

ANA CLARISSA MASUKO DOS SANTOS ARAUJO

O ARTIGO 110 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO
NACIONAL: ALTERAÇÃO DE CONCEITOS E
DEFINIÇÕES DO SISTEMA JURÍDICO

MESTRADO EM DIREITO TRIBUTÁRIO

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA

SÃO PAULO – 2007

ANA CLARISSA MASUKO DOS SANTOS ARAUJO

O ARTIGO 110 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL:
ALTERAÇÃO DE CONCEITOS E DEFINIÇÕES
DO SISTEMA JURÍDICO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Tributário, sob a orientação do professor Paulo de Barros Carvalho.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA

SÃO PAULO – 2007

BANCA EXAMINADORA

São Paulo, SP __ de _____ de 2007.

Dedico esse trabalho à minha mãe,
Alice Hatsue Masuko.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por ter me dado força e perseverança, para a conclusão desse trabalho.

Agradeço ao Mestre Paulo de Barros Carvalho e à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, por descortinarem uma nova visão do Direito.

Agradeço a todos os amigos e queridos, que ao longo da caminhada do mestrado, apoiaram-me com sua amizade, amparo, incentivo, idéias: Angela Sartori, minha avó Argentina Araujo, Beatriz Cardoso Montanhana, Camila Pereira Justo (in memorian), Camila Vergueiro, Carolina Scorsato, meu irmão Cassiano Masuko dos Santos Araujo, Érica Nozaki, Fada Pietra Lopes Guimarães Machado (in memorian), meu avô Francisco Araujo, Janaína César, João Mendonça Amorim, José Dion de Melo Teles, Lúcia Clemente, Mara Lúcia Thomaz, Marcos Vilarinho, Maria Rita Lunardelli, minha avó Mieko Masuko (in memorian), Paulo César Conrado, Priscila Tanaca, Ricardo Campos Padovese, Rodrigo Dalla Pria, meu avô Toshio Masuko (in memorian), meu pai Wilson dos Santos Araujo (in memorian), dentre tantos outros queridos.

RESUMO

ARAUJO, Ana Clarissa Masuko dos Santos. "O Artigo 110 do Código Tributário Nacional: Alteração de Conceitos e Definições do Sistema Jurídico". São Paulo, 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de pós-graduação em Direito, PUC, São Paulo.

A dissertação é referente à interpretação da norma jurídica, especialmente o art. 110 do Código Tributário Nacional brasileiro, que estabelece que a lei tributária não poderá alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas das normas que estabelecem as competências tributárias, através de instrumental guarnecido pela Teoria dos Sistemas Autopoiéticos e da Semiótica.

Demonstra-se que esse dispositivo proíbe que o legislador infraconstitucional altere o espectro semântico de conceitos jurídicos que conformam a regra-matriz de incidência tributária veiculados nas normas de competência constitucional, trazendo como consequência imediata, a alteração das faixas de competência tributária e mediadamente, o incremento de arrecadação. À luz do estudo da dinâmica da abertura cognitiva e fechamento operacional dos sistemas sociais autopoiéticos, dos limites de interferência das comunicações do sistema político e econômico no sistema jurídico, da forma de apropriação das irritações do ambiente sem interferência em sua autopoiese, que se refletem na constituição da significação das comunicações jurídicas, assevera-se que o art. 110 do Código Tributário Nacional determina que conhecimentos externos ao sistema jurídico apenas se transformarão em informações jurídicas, se devidamente selecionadas e processadas por seus códigos e programas; do contrário, gerarão comunicações fundadas em critérios extrajurídicos, causadoras de ruído e corrupção sistêmica, acarretando perda de diferenciação com o meio ambiente e a sua ruptura enquanto sistema autopoiético.

ABSTRACT

ARAUJO, Ana Clarissa Masuko dos Santos. "Section 110 of the National Internal Tax Code: Modification of Concepts and Definitions of the Legal System." Sao Paulo, 2007. Master's dissertation in Law – Post-graduation study in Law, PUC (Pontifical Catholic University, Sao Paulo).

This dissertation addresses the interpretation of rule of law, particularly the section 110 of the National Internal Tax Code that establishes that tax law cannot modify the definition, content and scope of statutes, concepts and forms of clauses that establish tax competencies through the Theory of Autopoietic and Semiotic Systems.

This particular section prevents a legislator from modifying the semantic aspect of legal concepts that shape the matrix-rule of tax incidence transmitted in constitutional competency rules, resulting, as immediate consequence, in the modification of the ranges of tax competency and in collection increase. In the light of the study of dynamics of cognitive openness and operational closeness of autopoietic social systems, limits of interference of communications of political and economic systems in the legal system and the form of appropriation of environmental issues without interfering in its autopoiesis, which are reflected in the constitution of legal communication meanings, it is claimed that the section 110 of the National Internal Tax Code determines that external knowledge upon legal system will be only transformed in legal information, if properly selected and processed by their codes and programs, otherwise, they will generate communication based on extralegal criteria, spreading noise and systemic corruption, as well as leading to loss of differentiation with the environment and rupture while being an autopoietic system.

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	5
RESUMO	6
ABSTRACT	7
INTRODUÇÃO	18
CAPÍTULO 1 - PREMISSAS EPISTEMOLÓGICAS	21
1. TEORIA DOS SISTEMAS, SEMIÓTICA E A CRISE PARADIGMÁTICA	21
1.1 SOBRE A CRISE DE PARADIGMAS	21
1.2 CRISE DE PARADIGMA E SISTEMAS DE REFERÊNCIA	23
2. CRISE PARADIGMÁTICA DA CIÊNCIA DO DIREITO E TEORIA DOS SISTEMAS	31
3. CRISE PARADIGMÁTICA DA CIÊNCIA DO DIREITO E TEORIA DA LINGUAGEM	36

CAPÍTULO 2 - TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS AUTOPOIÉTICOS	40
1. SOBRE A TEORIA GERAL DOS SISTEMAS	40
2. AUTOPOIESE E DINÂMICA DE FUNCIONAMENTO DOS SISTEMAS	42
3. ABERTURA COGNITIVA, FECHAMENTO OPERACIONAL E DUPLO INGRESSO	50
4. CÓDIGO BINÁRIO E PROGRAMAS	54
5. SISTEMAS PARCIAIS DO SISTEMA SOCIAL	56
6. SISTEMA POLÍTICO	59
7. SISTEMA ECONÔMICO	62
8. ACOPLAMENTO ESTRUTURAL	64
9. ACOPLAMENTO ESTRUTURAL E LINGUAGEM	68
CAPÍTULO 3 - SISTEMA COMUNICACIONAL DO DIREITO	74
3.1 O SISTEMA JURÍDICO E SUA FUNÇÃO	74
3.2 AUTOPOIESE DO SISTEMA JURÍDICO	79
3.3 ABERTURA COGNITIVA E FECHAMENTO OPERACIONAL DO DIREITO	81
3.3.1 FECHAMENTO OPERACIONAL E CÓDIGO BINÁRIO	82
3.3.1.1 CÓDIGO BINÁRIO	84
3.3.2 ABERTURA COGNITIVA E PROGRAMAS CONDICIONAIS	86
3.3.2.1 PROGRAMAS CONDICIONAIS	90
3.3.2.2 CONSTITUIÇÃO	94
4. REDUNDÂNCIA E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA	97

5. CENTRO E PERIFERIA DO SISTEMA JURÍDICO	98
6. ACOPLAMENTO ESTRUTURAL- INTERAÇÃO COM O AMBIENTE	99
E COM OUTROS SISTEMAS	99
6.1 FECHAMENTO OPERATIVO E ACOPLAMENTO ESTRUTURAL	99
6.2 ACOPLAMENTO ESTRUTURAL E SUBSISTEMAS SOCIAIS	101
7. PRESTAÇÕES ENTRE O SISTEMA JURÍDICO E O SISTEMA POLÍTICO	103
8. PRESTAÇÕES ENTRE O SISTEMA JURÍDICO E O SISTEMA ECONÔMICO.....	104
9. SISTEMA JURÍDICO E LINGUAGEM	108

CAPÍTULO 4 - A LINGUAGEM - ELEMENTO CONSTITUTIVO DAS OPERAÇÕES

DOS SISTEMAS AUTOPOIÉTICOS SOCIAIS	110
4.1 LINGUAGEM E TEORIA DOS SISTEMAS	110
4.2 O "GIRO LINGUÍSTICO" E MUDANÇA DE PARADIGMA: DA FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA À FILOSOFIA DA LINGUAGEM	113
4.3 TEORIA GERAL DOS SIGNOS	117
4.4 LINGUÍSTICA	117
4.4.1 METALINGUAGEM	123
4.4.2 TEXTO E CONTEXTO	125
4.5 CLASSIFICAÇÕES DA LINGUAGEM.....	127
4.5.1 CLASSIFICAÇÃO QUANTO ÀS FUNÇÕES	127

4.5.2 CLASSIFICAÇÃO QUANTO À FORMA	131
4.5.3 CLASSIFICAÇÃO QUANTO AO TIPO	132
4.5.3.1 LINGUAGEM NATURAL, ORDINÁRIA OU VULGAR	133
4.5.3.2 LINGUAGENS ARTIFICIAIS	134
4.6 LINGUAGEM E A CONSTITUIÇÃO DE SENTIDO	138
4.7 INCERTEZAS SIGNIFICATIVAS CONOTATIVAS E DENOTATIVAS	141
4.7.1 VAGUEZA – PROBLEMA DENOTATIVO	144
4.7.2 AMBIGÜIDADE – PROBLEMA CONOTATIVO OU DESIGNATIVO	146
4.7.3 “CONCEITUAR” E “DEFINIR”	148
4.8 DEFINIÇÕES	150
4.8.1 TÉCNICAS DE DEFINIÇÕES -DEFINIÇÕES CONOTATIVAS E DENOTATIVAS	152
4.8.2 A TIPOLOGIA DAS DEFINIÇÕES	154
4.8.2.1 DEFINIÇÕES LEXICOGRÁFICAS	154
4.8.2.2 DEFINIÇÕES ESTIPULATIVAS	155
4.8.2.3 DEFINIÇÕES ACLARADORAS OU EXPLICATIVAS	156
4.8.2.4 DEFINIÇÕES PERSUASIVAS	157
4.9 SISTEMAS AUTOPOIÉTICOS E REDEFINIÇÃO	159
COMO DECORRÊNCIA DO DUPLO INGRESSO	159

CAPÍTULO 5 - SISTEMA JURÍDICO E LINGUAGEM	164
5.1. DIREITO COMO TEXTO	164
5.2 DIREITO E INTERPRETAÇÃO	166
5.3. DA REVELAÇÃO DO SENTIDO VERSUS CONSTRUÇÃO DOS CONTEÚDOS DESIGNIFICAÇÃO DOS TEXTOS LEGAIS	171
5.3.1 REVELAÇÃO DO SENTIDO DOS TEXTOS LEGAIS	172
5.3.2 CONSTRUÇÃO DOS CONTEÚDOS DE SIGNIFICAÇÃO DOS TEXTOS LEGAIS	173
5.3.3 IMPRECISÕES LINGÜÍSTICAS E INTERPRETAÇÃO: INTERPRETAÇÃO COMO A OPÇÃO DE UMA DENTRE AS POSSIBILIDADES PARA A CONSTRUÇÃO NORMATIVA	175
5.3.4 INCIDÊNCIA E APLICAÇÃO DO DIREITO	181
5.3.5 INTERPRETAÇÃO COMO PROCESSO DE SELEÇÃO DAS POSSIBILIDADES COMUNICATIVAS – PERCURSO DA CONSTRUÇÃO DE SENTIDO	183
5.4 A INTERPRETAÇÃO DOS TEXTOS NORMATIVOS À LUZ DOS	185
MÉTODOS TRADICIONAIS DE INTERPRETAÇÃO	185
5.5 MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO	188
5.5.1 MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO LITERAL OU GRAMATICAL	188
5.5.2 MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO HISTÓRICO – EVOLUTIVO	189

5.5.3 MÉTODO LÓGICO DE INTERPRETAÇÃO	191
5.5.4 MÉTODO TELEOLÓGICO DE INTERPRETAÇÃO	193
5.5.5 MÉTODO SISTEMÁTICO DE INTERPRETAÇÃO	195
5.6 TIPOS DE INTERPRETAÇÃO	197
5.6.1 INTERPRETAÇÃO ESPECIFICADORA	197
5.6.2 INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA	197
5.6.3 INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA	198
5.7. INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO DO DIREITO	199
5.7.1 DOGMAS DO DIREITO POSITIVO	199
5.7.2 INTEGRAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO – LACUNAS E ANTINOMIAS ...	202
5.7.3 ANALOGIA	206
5.7.4 PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO E PRINCÍPIOS	207
GERAIS DE DIREITO PÚBLICO	207
5.7.5 EQÜIDADE	209
5.8 CONCEITOS, DEFINIÇÕES, INSTITUTOS E FORMAS JURÍDICOS	210
5.8.1 CONCEITOS JURÍDICOS	211
5.8.2 DEFINIÇÕES JURÍDICAS	211
5.8.3 INSTITUTO JURÍDICO	212
5.8.4 FORMAS JURÍDICAS	215

CAPÍTULO 6 LIMITES IMPOSTOS PELAS ESTRUTURAS DO SISTEMA JURÍDICO PARA ALTERAÇÃO DE DEFINIÇÕES, CONCEITOS, INSTITUTOS E FORMAS JURÍDICAS – O ART.110 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL	219
6.1. FRONTEIRAS PARA O INTÉRPRETE NO ESTABELECIMENTO DO SENTIDO DA COMUNICAÇÃO JURÍDICA	219
6.2. CORRUPÇÃO NA COMUNICAÇÃO ENTRE O SISTEMA JURÍDICO	224
E OS DEMAIS SUBSISTEMAS	224
6.3. INTERFERÊNCIAS DE SUBSISTEMAS SOCIAIS NO SISTEMA DO DIREITO	227
6.3.1 INTERFERÊNCIAS INTERSISTÊMICAS POR COMUNICAÇÕES	227
CORROMPIDAS	227
6.3.2 IMPRESCINDIBILIDADE DO FECHAMENTO	232
6.3.3 IMPRESCINDIBILIDADE DA ABERTURA	234
6.3.4 CORRUPÇÃO NAS COMUNICAÇÕES ENTRE O SISTEMA JURÍDICO E O POLÍTICO	236
6.3.5 CORRUPÇÃO NAS COMUNICAÇÕES ENTRE O SISTEMA JURÍDICO E O ECONÔMICO	238
6.3.6 INTERFERÊNCIAS SISTÊMICAS NO DIREITO TRIBUTÁRIO	240
6.4. O ART.110 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL.....	242
6.4.1 MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO E O ART. 110 CTN	242
6.4.2 DEFINIÇÃO, CONTEÚDO E ALCANCE DE INSTITUTOS, CONCEITOS E FORMAS DE DIREITO PRIVADO	248

6.4.3 ALTERAÇÃO DE FAIXAS DE COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA POR	253
MUTAÇÃO INCONSTITUCIONAL	253
6.4.4 ALTERAÇÃO DE CONCEITOS E DEFINIÇÕES DA REGRA-MATRIZ DE	259
INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA	259
6.5. LIMITES DECORRENTES DO ART.110 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL- DA AUTO-REFERÊNCIA À HETERORREFERÊNCIA, NAS FRONTEIRAS DO SISTEMA JURÍDICO	264
CAPÍTULO 7 - ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA DE ACORDO COM AS PREMISSAS DESENVOLVIDAS ANTERIORMENTE	267
SÍNTESE	303
CONCLUSÕES	305
BIBLIOGRAFIA	314

“A questão foi formulada pela primeira vez em maio de 2061, em uma aposta de técnicos do super-computador “Multivac”, máquina auto-ajustável e auto-corrigível, utilizado pela humanidade para solucionar os problemas que afetassem a evolução.

A esse tempo as viagens interplanetárias tornavam-se menos freqüentes, pois os combustíveis estavam acabando, após séculos de exploração. A humanidade passou a estocar energia solar para empregá-la como combustível, em larga escala.

Nesse dia, perguntou-se ao Multivac: “Como reverter o processo de entropia do Universo?”

Multivac, após algum tempo, fez aparecer uma mensagem em sua tela: “Dados insuficientes para uma resposta significativa.”

Trilhões de anos se passaram e a necessidade de consumo de energia crescia em progressão geométrica, mais veloz que a expansão da humanidade. Durante esse tempo, por diversas vezes fizeram a questão aos sucessores do Multivac, obtendo-se sempre a mesma resposta. E o Universo mantinha sua marcha em direção à entropia, com a população aumentando em relação inversamente proporcional aos recursos naturais.

Chegou um tempo em que todas as estrelas tinham se convertido em Anãs Brancas e daí se apagando, até a extinção - a entropia iria crescer ininterruptamente até alcançar o estágio máximo.

Todas as mentes humanas foram fundidas em uma só, enquanto uma infinidade de corpos jazia em estado latente. O Homem, então, era um só e disse: “O Universo está morrendo.”

O Homem questiona o computador AC, uma das únicas fontes de energia mantidas: “Como pode a entropia ser revertida?”

AC responde: "Ainda há poucos dados para uma resposta significativa".

O Homem diz: "Colete dados adicionais".

AC: "Tenho feito isso por cerca de cem bilhões de anos. Meus antecessores e eu fomos perguntados sobre isso diversas vezes. Todos os dados que armazenei restaram insuficientes".

"Haverá um tempo", diz o Homem, "em que os dados serão suficientes ou esse problema é insolúvel em todas as circunstâncias concebíveis?"

AC: "Nenhum problema é insolúvel em todas as circunstâncias concebíveis".

O Homem diz: "Quando teremos dados suficientes para responder à questão?"

AC: "Ainda há poucos dados para uma resposta significativa".

O último Homem faz uma pausa antes de se fundir, mira o espaço em destroços e pergunta a AC: "Esse é o fim? Poderia o Caos ser revertido em Universo novamente?"

AC: "Ainda há poucos dados para uma resposta significativa".

A última mente do Homem, então, funde-se e só o AC passa a existir no hiperespaço, para responder à última questão. Todas as outras questões tinham sido respondidas e até que a última o fosse, AC não poderia libertar sua consciência.

Os dados foram coletados e correlacionados durante intervalo de tempo incalculável. Por outro intervalo incalculável, AC cuidadosamente organizou o seu programa, tomando como partida o que foi o Universo e o Caos.

Então, AC responde: "FAÇA-SE A LUZ!".

E a luz se fez.

(do conto "The Last Question", de Isaac Asimov)

INTRODUÇÃO

Através do presente trabalho visa-se abordar o tema da interpretação da norma jurídica, especialmente no que tange ao Direito Tributário e o mandamento do art.110 do Código Tributário Nacional, através de instrumental guarnecido pela Teoria dos Sistemas Autopoiéticos e da Semiótica, com o fito de trazer novas perspectivas sobre o tema.

O art.110 do Código Tributário Nacional, localizado no capítulo de “Interpretação e Integração da Legislação Tributária” estabelece que:

“Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.”

Ao longo dos tempos, desde as mesas de trabalho do anteprojeto da Lei n. 5.172/66, nosso Código Tributário Nacional, esse dispositivo tem sido alvo de acaloradas discussões, na doutrina e nas Cortes brasileiras, que ora oscilam para uma interpretação econômica do dispositivo, ora para a interpretação a partir e restrito ao sistema jurídico.

Verifica-se que esses debates estão longe de alcançar um termo, vide a imensa quantidade de demandas que chegam às portas dos tribunais, invocando o art.110 do Código Tributário Nacional: em reiteradas oportunidades, o legislador infraconstitucional amplia o espectro semântico de conceitos jurídicos que estarão localizados nos critérios constitutivos da regra-matriz de incidência tributária, veiculados nas normas constitucionais, tendo como consequência imediata, a alteração das faixas de competência tributária e mediatamente, o incremento de arrecadação.

Qual é o limite de interferência de outros subsistemas sociais, como o político e econômico, no sistema jurídico? Como os subsistemas sociais interagem, ao exercerem suas funções especializadas na sociedade? Qual é o limite para o intérprete do

sistema jurídico na constituição de normas que veiculem a obrigação tributária? É possível admitir as interferências sistêmicas no sistema jurídico? Em caso positivo, sob quais balizas? É possível uma interpretação econômica do Direito? Enfim, como essas questões convergem para a regra do art.110 do Código Tributário Nacional?

Todas essas questões serão desenvolvidas ao longo do estudo, a partir da premissa da filosofia da linguagem, cujo enfoque é o constitutivo da significação das normas jurídicas. Ademais, abordar-se-á o Direito como sistema autopoietico de comunicações, composto por linguagem especializada, dotada de códigos e programas próprios, para alcançar o desígnio de regular as condutas humanas.

Assim, para a demonstração dessas premissas, percorre-se o um percurso.

Inicialmente, no capítulo 1, serão abordados os dois enfoques teóricos que serão trilhados - a Teoria dos Sistemas e a Semiótica – contextualizando-os como nova proposta paradigmática para o estudo do Direito.

O Capítulo 2 trata da Teoria dos Sistemas Autopoieticos, contextualizando-a e discorrendo sobre seus conceitos fundamentais, para, em seguida, no Capítulo 3, aplicá-los ao sistema jurídico, tomado como subsistema social autopoietico.

O Capítulo 4 enfocará a Teoria da Linguagem, em seus principais conceitos e estruturas, para no Capítulo 5, transportá-los à linguagem jurídica, oportunidade em que iremos nos aproximar mais da questão objeto do trabalho, o art.110 do Código Tributário Nacional. Destarte, nessa ocasião, ingressa-se no tema da interpretação e de seus principais métodos e operações lógicas, já munidos de instrumental teórico dos capítulos anteriores.

No Capítulo 6, já se estará propriamente no âmbito de estudo do art.110 do Código Tributário Nacional, buscando-se analisar os problemas sintáticos, semânticos e pragmáticos que lhe estão subjacentes, à luz das novéis perspectivas abertas pelas teorias sistêmica e lingüística.

Finalmente, não se olvidando da relevância da intersecção entre teoria e prática, o Capítulo 7 visará a analisar diversos julgados e teses que tramitaram ou tramitam nas Cortes brasileiras e que gravitam em torno do art.110 do Código Tributário Nacional, buscando contrapor as conclusões outrora alcançadas, com as posições dos órgãos credenciados pelo sistema a aplicar normas jurídicas.

CAPÍTULO 1

PREMISSAS EPISTEMOLÓGICAS

1. TEORIA DOS SISTEMAS, SEMIÓTICA E A CRISE PARADIGMÁTICA

1.1 SOBRE A CRISE DE PARADIGMAS

Algumas considerações são necessárias antes que se ingresse no tema analisado.

O tema desenvolvido no presente trabalho assenta-se nos instrumentais teóricos da Semiótica e da Teoria dos Sistemas, na versão desenvolvida por Luhmann. Em ambos os casos, não se tem a pretensão de trazer uma análise aprofundada das teorias, mas apenas traçar as premissas sobre as quais repousam as reflexões que nele serão desenvolvidas.

O principal intuito ao adotar o modelo da Teoria dos Sistemas é conduzir a atenção do estudioso do Direito ao tema da interdisciplinaridade ou ao contexto, como a forma que os sistemas sociais, especialmente o político e o econômico, podem afetar às operações do sistema jurídico, em sua tarefa de seleção e processamento de informações do ambiente.

Para tanto, almeja-se, nesse intróito, tecer breves considerações propedêuticas

para a ambientação do tema, iniciando sobre a questão da crise dos paradigmas.

“Paradigma” é palavra que deriva do grego “paradeigma”¹, com acepção de “modelo”, de acordo com a utilização de Platão, que considerava como “paradigma” o mundo de seres eternos, imagem do mundo sensível. Nas ciências, o termo é empregado, na maioria das vezes, como o padrão teórico que melhor soluciona os problemas eleitos como relevantes, por determinada comunidade científica.

Uma escola recebe o predicado de “paradigma” por parecer “melhor” aos olhos da comunidade científica, o que não significa que irá trazer todas as soluções aos conflitos que lhe são apresentados.

De acordo com a análise histórica das ciências elaborada por Thomas Kuhn², a mudança de um paradigma científico para outro é bastante árdua, porém está configurada uma revolução científica quando verificados episódios históricos em que há a substituição total ou parcial de um paradigma por outro com ele incompatível, por tratar de objetos outrora desconhecidos pela predecessora ou por reunir um grupo de teorias.

A derrocada de um paradigma é causada pelo triunfo de uma escola paradigmática, que se dá quando, paulatinamente, logra êxito em atrair a maioria da comunidade científica da posterior geração.

O início da crise caracteriza-se pelo obscurecimento do paradigma em vigor e o conseqüente relaxamento na aplicação das suas regras de pesquisa. Paira sobre a comunidade científica o crescente sentimento de insatisfação, de funcionamento defeituoso do modelo vigente.

Fracassados os esforços de articulação do paradigma atual para enfrentar um novo fenômeno, reconhece-se o que denominou de “anomalia”, fenômeno caracterizado pela resistência à assimilação pelo modelo vigente, fazendo com que surja a demanda

1 Nicola Abbagnano. Dicionário de Filosofia.

2 A Estrutura das Revoluções Científicas passim.

por novas teorias. Em outras palavras, a consciência de uma “anomalia” é fundamental para a ciência, enquanto o “reconhecimento de que, de alguma maneira, a natureza violou as expectativas paradigmáticas que governam a ciência normal”³, que, *mutatis mutandis*, pode-se aplicar às ciências sociais, demandando o ajuste da teoria para absorção do novo fato ou para a mudança do paradigma.

A anomalia gera período de insegurança na comunidade científica, pois impulsiona grandes revisões das técnicas e instrumentos do paradigma em vigor, já que as regras existentes não mais atendem as expectativas de solução de problemas novos que se apresentam. O novo problema pode desaparecer com a adaptação da técnica do paradigma em vigor, ou resistir às novas abordagens, situação que pode, conforme dito, redundar no aparecimento de novas teorias, candidatas a substitutas do paradigma.

Configurada a crise paradigmática, reconstrói-se o objeto da ciência, a partir de novos princípios e métodos, embora no período de transição possa haver coincidência parcial dos problemas que são passíveis de serem solucionados pelos velho e novo paradigma. Ao final, haverá a modificação da forma de solução de problemas, de métodos e objetivos da ciência - a nova surge com regras próprias, inserida em universo de discurso também distinto.

1.2 CRISE DE PARADIGMA E SISTEMAS DE REFERÊNCIA

Um grande exemplo advindo das ciências naturais pode ilustrar as assertivas acima. No final do século XIX, a física clássica, de base newtoniana, passou por grande crise, dando espaço ao surgimento da teoria da relatividade e da mecânica quântica.

A Física Moderna revolucionou a visão do mundo cartesiana, reducionista. A noção de interdependência entre todas as coisas do mundo foi uma das contribuições fundamentais da Teoria Subatômica.

3 A Estrutura das Revoluções Científicas, p.78.

Cogito, ergo sum. O método estabelecido por Descartes era o analítico, segundo o qual o observador decompunha o objeto em partes para dispô-los de forma lógica. Essa contribuição metodológica cartesiana foi fundamental para o desenvolvimento de várias ciências, rapidamente se alastrando como uma concepção de mundo em que este operava como uma máquina, impulsionada por precisas regras matemáticas e princípios mecânicos, hábeis a explicar todos os fenômenos naturais.

Esse arcabouço teórico serviu como estrutura à Física de Isaac Newton, que desenvolveu uma concepção mecanicista da natureza, com base em fórmulas matemáticas, que se estabeleceu como o grande paradigma do pensamento científico ocidental, dos séculos XVII até parte do século XX. A base de seu pensamento promovia a síntese entre a teoria cartesiana e o método empírico-dedutivo de Bacon, aplicando a interpretação sistemática a princípios básicos da dedução para experimentos.

A partir do famoso insight da maçã, desenvolveu uma teoria em que os fenômenos físicos consistiam em movimento de partículas materiais, impulsionado pela força da gravidade, que os atraía mutuamente e que por ele foi traduzido por equações de movimento. De acordo com a concepção mecanicista da natureza de Newton, espaço e tempo eram absolutos, neles se movimentando partículas materiais sólidas, todas compostas pela mesma substância e norteadas por um rigoroso determinismo, com causas e efeitos bem definidos.

A mudança de paradigma foi trazida pela teoria revolucionária de Albert Einstein, que mudou drasticamente o pensamento científico a partir do século XX, com dois artigos publicados em 1905 - um tratando da teoria da relatividade, outro, da teoria dos fenômenos atômicos.

Einstein visou buscar um fundamento unificado para a Física. Na elaboração da teoria da relatividade, uniu as teorias da eletrodinâmica e da mecânica e, posteriormente, da gravidade, o que resultou na ruptura dos conceitos newtonianos de espaço e tempo, um dos principais pilares da Física clássica. As coordenadas de espaço e de tempo passam a ser conceitos relativos, estabelecidos em função de elementos subjetivos de

observador, onde espaço e tempo são fundidos num continuum quadridimensional, em que o tempo é incorporado às três dimensões espaciais⁴.

Despindo-se de todas as nuances e desdobramentos dessa impactante teoria das ciências naturais, a essência desse paradigma traz às ciências sociais um importante conceito metodológico, qual seja, sobre a importância da noção de sistemas de referência ao estudo de bens culturais, como o Direito. A escola do Construtivismo Lógico-Semântico absorveu esse conceito, mormente ao estabelecer uma nova concepção de estudo do Direito, tendo em mira o chamado "Giro Lingüístico". Traz-se as palavras de Paulo de Barros Carvalho⁵:

"Sim, porque a idéia de sistema de referência toma posição dominadora em todo o conhecimento humano. Sem sistema de referência, o conhecimento é desconhecimento, como ensina Goffredo Telles Júnior.

A propósito, apontando para o sistema e referência como condição do próprio conhecimento, essa grande figura das letras jurídicas brasileiras serve-se do exemplo extremamente sugestivo de Einstein, imaginando um trem muito comprido (5.400.000Km), a caminhar em movimento constante e em movimento retilíneo e uniforme (240.000Km/s), que tivesse uma lâmpada bem no centro e duas portas, uma dianteira e outra traseira, que se abriam, automaticamente, assim quem os raios de luz emitidos pela lâmpada as atingissem. Einstein demonstrou, com operações aritméticas bem simples, que um viajante desse trem, vendo acender-se a lâmpada, veria também, nove segundos depois, as duas portas se abrirem simultaneamente.

Para um lavrador que estivesse no campo, a certa distância do trem, ainda que percebesse o acendimento da lâmpada no mesmo instante que o viajante, cinco segundos após veria a porta traseira abrir-se e somente quarenta e cinco segundos depois, teria visto a abertura da porta dianteira. Passemos a palavra para o Prof. Goffredo:

4 Marcelo Gleiser, A Dança do Universo, p. 251-358.

5 Direito Tributário- Fundamentos jurídicos da incidência, p. 2-3.

'Que acontecerá? Einstein observou que os fatos presenciados pelo viajante e pelo lavrador foram rigorosamente os mesmos. Mas, disse Einstein, o lavrador não estava dentro do trem e, portanto, o seu sistema de referência não era o sistema de referência do viajante'.

(...)

Quando se afirma algo como verdadeiro, portanto, faz-se mister que indiquemos o modelo dentro do qual a proposição se aloja, visto que será diferente a resposta dada, em função das premissas que desencadeiam o raciocínio."

Os sistemas de referência podem ser entendidos como o universo de discurso ou o contexto cultural no qual está imerso determinado indivíduo, que o permite processar as informações que advêm do ambiente, de sorte a criar as suas próprias. É o sistema que o dota de "tesouras" para efetuar os cortes necessários à sua compreensão de mundo. São, assim, atributos dos sistemas de referência, nas palavras de Goffredo da Silva Tellles Júnior (grifos do autor)⁶:

"Cada ser humano possui seu próprio universo cognitivo, isto é, possui um conjunto ordenado de conhecimentos, uma estrutura cultural, que é o seu próprio sistema de referência, em razão do qual atribui a sua significação do mundo.

Toda realidade pode ser objeto de conhecimento. Mas o conhecimento de uma realidade está sempre condicionado pelo sistema de referência do sujeito conhecedor.

Nenhum conhecimento é absoluto. Cada conhecimento é conhecimento na medida em que é referido a um sistema anterior de conhecimentos.

Sem esta referência, o conhecimento não tem sentido. E um conhecimento sem sentido equivale ao desconhecimento.

6 Direito Quântico, p.217-218.

Um conhecimento só é conhecimento verdadeiro quando relacionado a um sistema de referência.

Todo conhecimento verdadeiro é relativo. Todo conhecimento verdadeiro depende do sistema de referência a que se acha associado.”

E, mais adiante⁷ :

“A verdade é o conhecimento da realidade, segundo dado sistema de referência. O erro é o falseamento da realidade, segundo um dado sistema de referência.”

E Pontes de Miranda⁸ :

“O princípio da relatividade está à base do pensamento moderno. É germe inextinguível e fecundo, que deu ao Homem a consciência da sua humildade e da sua grandeza. Primeiro foi na teoria do espaço e do tempo que se mostrou. Quanto às propriedades e qualidades, há a grande lição de Heimholtz. A Ernst Mach e a B.Stallo devem-se considerações magistrais. A existência objetiva dos seres é-nos dada pelas relações entre eles. É impossível formar o conceito da coisa em si (...)”

O grande legado de Einstein, portanto, foi apontar que não há verdades absolutas. Há coerência interna de um discurso, sob a égide de determinado sistema referência.

Isso tudo, quanto à Teoria da Relatividade.

A teoria ou mecânica quântica, por sua vez, que tomou a forma pela qual hoje a conhecemos por sucessores de Einstein, como Werner Heisenberg e Max Planck, décadas mais tarde, descortinou a nova realidade dos fenômenos atômicos e subatômicos e

7 Direito Quântico, p.222.

8 Sistema da Ciência Positiva do Direito, p.76.

explicitou, aos cientistas daquele tempo, que a linguagem que tinham como instrumental para sua ciência não alcançava esses novos fenômenos.

Os átomos deixaram de ser vistos como partículas duras e sólidas, após a descoberta de que são formados de minúsculas partículas subatômicas, os elétrons, que giram em torno de um núcleo, composto de prótons e nêutrons. As partículas subatômicas possuíam características duais, apresentando-se como partículas ou ondas, dependendo de como interagem com o ambiente, nos termos da situação experimental concreta. Também de natureza dual, as partículas de luz ou “quantas”, apresentam-se como partículas ou ondas eletromagnéticas.

Na teoria quântica, uma partícula subatômica não pode ser entendida enquanto ente isolado, mas no contexto de suas inter-relações com outros sistemas, sendo de fundamental importância a noção de probabilidade, ie, variáveis não-locais, que não podem ser previstas matematicamente, mas apenas em termos estatísticos. Assim, por exemplo, o salto de um elétron de uma órbita para outra, não pode ser previsto, podendo-se apenas analisar a probabilidade de sua ocorrência, porque ocorre por interferências não-locais. Em outras palavras, os conceitos tradicionais de “causa e efeito” são substituídos por “causalidade estatística”, porque decorrem da dinâmica de determinado sistema.

O aparente paradoxo que se apresentava, em que algo poderia ser duas coisas simultaneamente, pela aplicação de conceitos da física clássica de “partícula” e “onda”, acabou sendo objeto de estudo do físico Niels Bohr, que desenvolveu o “princípio da incerteza”, muito importante para a Física contemporânea, cuja essência era a noção de complementaridade - “partícula” e “onda” eram descrições complementares e parciais da mesma realidade.

Assim como no exemplo da teoria da relatividade, o que é subjacente à teoria quântica, passível de apropriação para as ciências sociais, é que se parte de uma visão de mundo reducionista, de cunho cartesiano, para uma visão sistêmica, em que se verifica a importância da inter-relação entre as partes. Nos domínios da Física

Subatômica, a tónica é a concepção de universo enquanto uma grande rede interligada, pois as partículas subatômicas só podem ser apreendidas em contexto dinâmico, em que há movimento e interação – a teoria quântica descortinou a natureza essencialmente dinâmica da matéria, em que as relações mantidas entre as partes são mais importantes que elas próprias.

A abordagem sistêmica dos fenômenos não se limitou aos domínios da Física: derramou-se por diversos campos dos saberes humanos. Na Medicina, por exemplo, surgiram autores que contestaram veementemente a visão reducionista implantada por Descartes, que, aplicada ao organismo humano, separava a mente do corpo, *res cogitans* da *res extensa*, na terminologia cartesiana. Tal cisão seria incompatível com várias doenças de fundo psicossomático, que se manifestavam na interação do ser humano com o ambiente que o circundava- não só o cérebro é indissociavelmente ligado ao corpo por nervos motores e sensoriais periféricos e pela corrente sanguínea, como ambos interagem em conjunto com o ambiente, de diversas formas⁹.

As linhas acima visaram apenas a acomodar a um determinado contexto, o sistema de referência, sob a égide do qual se desenvolve o presente trabalho. As incursões a outras ciências, como a Física e a Medicina, visaram, mediatamente, a demonstrar como o paradigma epistemológico eleito, extravasa as fronteiras do conhecimento jurídico¹⁰. Por outro lado, expressam a idéia que se deseja transmitir: da interconexão entre

9 Nesse sentido, a obra do neurologista português António R. Damásio: "A separação cartesiana pode estar também subjacente ao modo de pensar dos neurocientistas que insistem que a mente pode ser perfeitamente explicada em termos de fenómenos cerebrais, deixando de lado o resto do organismo e o meio ambiente físico e social – e, por conseguinte, excluindo o facto de parte do próprio meio ambiente ser também um produto de acções anteriores do organismo. Protesto contra esta restrição, não porque a mente não esteja directamente relacionada com a actividade cerebral mas porque esta formulação restritiva é forçosamente incompleta e insatisfatória em termos humanos. É um facto incontestável que o pensamento provém do cérebro, mas prefiro enquadrar esta afirmação e considerar as razões por que os neurónios conseguem pensar tão bem. Esta é, de facto, a questão principal. (...)

A divisão cartesiana domina tanto a investigação como a prática médica. Em resultado disso, as conseqüências psicológicas das doenças do corpo propriamente dito, as chamadas doenças reais, são normalmente ignoradas ou são levadas em linha de conta muito mais tarde. Mais negligenciado ainda é o inverso, os efeitos dos conflitos psicológicos no corpo. é curioso pensar que Descartes contribuiu para a alteração do rumo da medicina, ajudando-a a abandonar a abordagem orgânica da mente-no-corpo que predominou desde Hipócrates até o Renascimento. Que irritado Aristóteles teria ficado se lhe tivessem dito." (O Erro de Descartes, p.256).

10 O próprio Luhmann era um autor de extrema versatilidade, tendo escrito sobre os mais diversos temas.

sistemas. Depreende-se das palavras de Niklas Luhmann¹¹ que os sistemas devem ser vistos sob uma perspectiva orgânica, ie, estruturas e processos não são entidades apartadas, seja nos organismos celulares, nos seres humanos, na linguagem, no Direito:

“An autopoietic system does not consist of two different kinds of entities, namely structures and processes. It is not composed of two different kinds of matters or substance. The enzymes of the living cell are at the same time outcomes of production, productive factors, and programming factors which organize the reproduction of the cell. The human kind does not consist of two different kinds of entities which have been called – by the logic of Port royal and by Locke, as well as their followers – ideas and representations. There are not two different qualities of a communicative system, langue and parole, as the linguistic theory of Saussure would have it. Finally, it is questionable what it means to say that a legal system consists of ‘norms and activities’.”

E Gregorio Robles¹²:

“A partir de esta época el pensamiento jurídico entra en lo que podemos denominar la crisis de la especialización. La moda es encerrarse en el ‘laboratorio’ a analizar ‘microorganismos’, perdiendo la visión del conjunto. La dispersión el lo que caracteriza el panorama intelectual en el que nos movemos. Los filósofos han dejado de ocuparse del sentido del derecho, reduciendo su cometido a parcelas concretas: teoría de las normas, lógica del razonamiento jurídico, teoría de la justicia, etc. Por su parte, los juristas vuelven la espalda a la filosofía y se enrocan en el microcosmos de las instituciones con un enfoque eminentemente técnico que pierde de vista el espíritu global del sistema.”

Essa idéia de unidade e interconexão persistirá ao longo do texto, como na analogia de funcionamento dos sistemas sociais a organismos celulares. Humberto Maturana

11 Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of Legal System, p.1440.

12 El Derecho como Texto, p.28.

e Francisco Varela, fundadores da teoria dos sistemas autopoieticos biológicos¹³, reconhecem a larga abrangência do modelo criado, que lança seus braços por diversos sistemas, para além dos biológicos, participe da “dança construtiva” da realidade. São dos autores, as palavras:

“Es decir, una progresiva mutación del pensamiento que termina con la larga dominancia del espacio social del cartesianismo y que se abre la conciencia aguda de que el hombre y la vida son las dos condiciones de posibilidad de significación y de los mundos en los que vivimos. Que conocer, hacer y vivir no son cosas separables y que la realidad y nuestra identidad transitoria son partners de una danza constructiva. Esa tendencia que designo como un giro ontológico no es una moda de filósofos, sino que se refleja en la vida de todos. Entramos en una nueva época de fluidez y flexibilidad que trae detrás de la necesidad de una reflexión acerca de la manera de como los hombres hacen los mundos donde viven, y no los encuentran ya hechos como una referencia permanente.”

2. CRISE PARADIGMÁTICA DA CIÊNCIA DO DIREITO E TEORIA DOS SISTEMAS

Inicialmente, necessárias são algumas advertências, para que não transpareça que se deseja transpor o dito anteriormente para a seara do Direito, sem as cautelas necessárias.

A primeira advertência que deve ser feita é quanto ao “grau paradigmático” alcançado pela Teoria dos Sistemas em nossa comunidade científica. Nesse sentido, pode-se entender que se vivencia um momento pré-paradigmático da Ciência do Direito, em

13 De máquinas y seres vivos – autopoiesis: la organización de lo vivo, p.57.

que não se pode falar em uma teoria que efetivamente tenha substituído o paradigma kelseniano, não obstante várias teorias estejam se estabelecendo, pelo trabalho de autores como Luhmann, Habermas, Dworkin. Subsistem muitas perplexidades em face de lacunas teóricas, sem que se tenha ainda encontrado um modelo hábil a enfrentá-las.

Acredita-se que, precisamente sob a ótica da crise do modelo teórico, que tão agudamente atinge o trabalho dos operadores do Direito, é que o tema eleito - a interpretação do Direito Tributário no contexto de ingerências políticas e econômicas - torna-se mais pungente, como se tentará demonstrar nos capítulos que se seguirão.

O Direito, tradicionalmente, pelo seu próprio objeto, a regulação de condutas intersubjetivas para a manutenção do status quo, é resistente a mudanças. Pode-se dizer, que tem a pretensão de ser um sistema hermético, o que, na sua dinâmica, não é possível, como se demonstrará.

Embora se constate um momento de crise paradigmática do Direito, o paradigma kelseniano pode ser considerado como a tradição teórica prevalecente na Europa e na América Latina, granjeando a adesão de muitos juristas, sendo o ponto de partida fundamental para a reflexão das teorias que hoje surgem. Essa é a segunda advertência, que, na verdade, pode ser inferida da primeira.

O terceiro e último alerta é quanto à forma de abordagem da Teoria dos Sistemas. O intuito não foi o mergulho vertical no estudo de autores que se debruçaram sobre a temática dos sistemas. Quanto a Niklas Luhmann, de quem se utilizará muitos instrumentos, não se ingressará profundamente em sua doutrina, pois o intento é, tão - somente, contextualizar a forma de tratamento do tema.

A fundamental contribuição da Teoria Pura do Direito de Kelsen foi a construção de uma metodologia rigorosa para a explicação dos conceitos jurídicos, cuja consequência foi soerguer as fronteiras do sistema jurídico, "protegendo-o" de explicações e fundamentos que lhe fossem exteriores. Kelsen filtrou do direito vigente à época, todas as explicações "metafísicas", métodos aplicados a outras áreas de conhecimento, de sorte que afastava todos os fundamentos que fossem exteriores ao sistema jurídico, erigindo

um verdadeiro cordão de isolamento.

O Direito passou a ser estudado sob uma perspectiva interna, enquanto sistema auto-operativo, que controlava sua reprodução.

A análise do momento histórico em que floresceu a Teoria Pura habilita a contextualização da crise mencionada. Entre os séculos XIX e XX, o Estado Liberal e as teorias que nasceram, estabeleciam a rígida separação entre Estado e sociedade, entre o público e o privado, entre Política e Economia, ao mesmo tempo marcado, fundamentalmente, por traço elitista, pois vigorava, à época, restrita participação política. Portanto, trazia respostas para um anseio específico de um dado momento histórico. Diz Eros Grau¹⁴:

“Não obstante, observo ainda que a construção kelseniana é expressão de uma determinada postura ideológica, erigida desde a visualização da ordem jurídica como um conjunto de normas sancionadas pelo Estado. Essa visualização é consequência ou derivação do liberalismo individualista dominante na política e na economia a partir do século XVIII (Madrazo 1965/6). E isso, paradoxalmente, ainda que a teoria kelseniana se preste a justificar qualquer espécie de autoritarismo, na medida em que esvazia o direito de qualquer sentido axiológico. Daí o ciclo verdadeiramente trágico experimentado pelos que, vinculados ao ideário do liberalismo econômico e político, são guardiães de uma construção teórica sempre disponível aos autocratas.”

Ademais, a restrita participação política e assim, o menor número de interesses a serem harmonizados, possibilitava a maior sistematização da produção legislativa, o que não se verifica nas épocas atuais, em que há intensidade e diversidade de interesses antagônicos a serem filtrados e acomodados pelos legisladores.

Atualmente, altera-se o cenário sob o qual foi erigido o edifício de Kelsen - a participação política é ampla, esmaecem as fronteiras entre o direito público e o privado, surge a necessidade de acomodação de uma gama extremamente variada de interesses, ge-

14 Direito Posto e o Direito Pressuposto, p.27.

rando contundentes problemas de consistência e harmonização do Direito, que não tem logrado êxito em trazer respostas às novas situações que se apresentam.

Os contínuos influxos de outros sistemas como o econômico e o político, sofridos pelo sistema jurídico que, por sua vez, é recalcitrante em oferecer efetivas respostas à sociedade, expõe o problema da operacionalização do Direito.

De acordo com Tomas Kuhn, no bojo da eleição de determinado paradigma, uma comunidade científica também elege quais os problemas serão relevantes para serem confrontados, ie, delimita quais os problemas serão reputados científicos ou deverão ser objeto da atenção dos estudiosos. As outras questões serão consideradas "metafísicas", até porque não são passíveis de serem enunciadas, em consonância com o instrumental construído no âmbito de um paradigma.

Destarte, se no Estado Liberal fez-se necessário identificar e delimitar o Direito para que pudesse ser concebido como sistema ("o que é o Direito?"), estabelecendo-se suas fronteiras em relação ao ambiente que o circundava, sob o referencial adotado, o questionamento de autores como Luhmann, acerca de sua função ("para que serve o Direito?"), no atual contexto social, seja mais relevante¹⁵.

Assim como Kelsen, Luhmann, sob a égide do positivismo jurídico, frisa a distinção entre o direito empírico e a justiça transcendental, não buscando focar o direito sob as luzes de manifestação de autoridade supra-humana, mas como técnica social peculiar, fundada na conduta humana.

Na Alemanha da década de 70, a ciência jurídica enfrentava a necessidade intensa de transformação, o que levou alguns autores a reestruturar as premissas da reflexão científica sobre a crise do positivismo e o fim do jusnaturalismo.

15 Nas palavras de Norberto Bobbio: "Si se aplica a la teoría del derecho la distinción entre enfoque estructuralista y enfoque funcionalista, muy usada por las ciencias sociales para diferenciar y clasificar sus teorías, parece indudable que en estudio del derecho en general (del que se ocupa la teoría general del derecho) durante los últimos cincuenta años ha prevalecido lo primero de esos enfoques. Sin dejamos arrastrar por los rótulos, siempre peligrosos aunque utilices, creo que se puede afirmar con cierta tranquilidad que el desarrollo de la teoría del derecho tras el giro kelseniano, ha seguido las sugerencias estructuralistas bastante más que las funcionalistas. Para decirlo con pocas palabras, quienes se han dedicado a la teoría general del derecho se han preocupado mucho más por saber 'de qué se compone el derecho' que por saber 'para que sirve'." (Hacia una Teoría Funcional del Derecho, p.9).

Nesse contexto, surge Luhmann, para quem a crise do positivismo não estava assentada na questão da legitimação ou na diferença entre direito natural e direito racional, mas sim no próprio conceito de positividade, que do ponto de vista teórico, era insuficiente, por não possuir capacidade de união satisfatória. Não havia contra-face para a "positividade", gerando a insuficiência quanto à descrição das relações jurídicas, já que não se podia mais articular esses conceitos.

A distinção entre direito natural e direito positivo já não era válida e a imutabilidade do direito ficaria submetida ao direito positivo, o que não implicaria em que o direito se submetesse à arbitrariedade, mas que o direito teria à sua disposição a capacidade de regulação da sua própria modificabilidade.

Foi nesse cenário e partindo-se dessas premissas, que Luhmann passou a desenvolver a teoria dos sistemas operativamente fechados. Na Teoria dos Sistemas, vige a perspectiva funcional do Direito, pois é estudado não pelo tipo de estrutura que ostenta, mas pelo tipo de função desempenhada.

Assim, pretende-se refletir sobre o funcionamento do Direito, mormente sob o prisma de sua resposta às "irritações" advindas de seu ambiente, sendo proposto o estudo do alcance sintático, semântico e pragmático, do art. 110 do Código Tributário Nacional. Tal artigo encerra em sua mensagem a prescrição de que o Direito, especificamente o Tributário, deve selecionar e processar as informações que lhe são externas, de forma que possa regular as condutas intersubjetivas a partir da sua própria racionalidade, código e programas, sem que haja interferência de outros subsistemas sociais, que possam corromper sua comunicação.

3. CRISE PARADIGMÁTICA DA CIÊNCIA DO DIREITO E TEORIA DA LINGUAGEM

O estudo da linguagem percorreu um longo percurso desde Platão, passando pelo processo de transição que culminou no que se convencionou chamar “giro lingüístico” ou “reviravolta lingüística”, com as atuais filosofias da linguagem, das quais faz parte a Semiótica, tal como concebida por Charles Sanders Peirce.

Nos diálogos de Crátilo, Platão põe a questão da linguagem como a contraposição entre “essencialismo” e “convencionalismo”, em que, no primeiro caso, a linguagem ou as palavras seriam imanentes à própria essência das coisas, enquanto no segundo, as palavras manteriam vínculos meramente arbitrários com as coisas designadas¹⁶.

A primeira tese era a defendida por Platão e durante muito tempo prevaleceu na cultura ocidental, ainda que sob roupagens diferentes; a segunda, foi defendida pelos sofistas e mais se adequa às pretensões a serem defendidas.

Para a corrente naturalista, haveria um criador de nomes para as coisas, denominado como “nomoteta” ou “onomaturgo”, que desenvolveria suas atividades em consonância com um modelo ideal, ao qual o homem teria acesso através de sua inteligência. A linguagem não seria constitutiva da experiência humana do mundo, pois o conhecimento das essências não prescindiria de mediação lingüística.

O “convencionalismo” defendido pelos sofistas negava o vínculo da linguagem

16 Diz Sócrates, defensor da corrente essencialista: “Saber, porém, a maneira como as coisas em si devem conhecer e investigar é empresa, talvez, superior às minhas e às tuas forças. Baste-nos, por isso, concordar que não é dos nomes que se deve partir, mas que as coisas, muito de preferência a partir dos nomes, devem conhecer-se e investigar-se, partindo delas mesmas.”(Crátilo, p.156).

Diz Hermógenes, defensor da corrente convencionalista: “Para mim, ó Sócrates, não existe outra denominação justa, além da que permite designar cada objecto pelo nome que lhe pus e a ti por aquele que lhe puseste. Do mesmo modo, vejo cada uma das cidades atribuir, por vezes, nomes diferentes aos mesmos objectos e distinguirem-se nisto os Gregos dos outros Gregos e os Gregos dos Bárbaros.”(Crátilo, p.13).

com a essência das coisas, de forma que as palavras eram atribuídas às coisas por convenção e não de acordo com leis divinas.

O cerne da teoria do “naturalismo” prevaleceu durante muito tempo na cultura ocidental, embora os prenúncios do “giro lingüístico” já eram vislumbrados em filósofos como Hobbes, para quem a linguagem tinha como função a constituição das relações sociais e políticas formando o pacto do Estado, além de que, havia uma ligação arbitrária entre coisas e palavras, pois estas se remetiam a idéias e não a coisas¹⁷.

Hume, no século XVIII, estabelece um pensamento antimetafísico, no qual não há realidade objetiva da causalidade, do mundo e dos sujeitos, ou seja, não há mundo exterior ao sujeito, que o percebe através de sua experiência sensível. A linguagem intermediaria tal experiência e as idéias do sujeito pensante¹⁸.

Da mesma forma Kant, embora não tenha atribuído destaque à linguagem em sua teoria, concebia-na como designação do pensamento, hábil a possibilitar o entendimento de si mesmo e dos outros.

Na visão dos historiadores, a ruptura com a noção platônica de essencialismo, ocorreu com Nietzsche, que negava qualquer vínculo apriorístico entre o pensamento e o mundo. A “coisa em si” para o pensador, é algo intangível e à linguagem, cumpre o papel de estabelecer a relação das coisas com os homens¹⁹.

No século XIX, Humboldt afirma a importância da linguagem como a construção do mundo no qual estamos inseridos, não como mero instrumento que o homem detém para estar no mundo.

Também no século XIX floresce o Neopositivismo Lógico ou Empirismo Lógico, amplo movimento filosófico que alguns historiadores enquadram dentre a tradição analí-

17 Lênio Streck, *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, p. 131.

18 Lênio Streck, *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, p. 133.

19 Lênio Streck, *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, p. 136.

tica²⁰, que, em linhas gerais, compreende o Atomismo Lógico cujos representantes maiores são Russel e Wittgenstein.

Originado do trabalho de pensadores e cientistas agrupados no Círculo de Viena e da filosofia analítica, cujas principais diretrizes surgiram da segunda fase do trabalho de Wittgenstein, *Investigações Filosóficas*, tem como idéias comuns, de forma geral, a atitude filosófica de tendência empírica, estudo da linguagem como essencial, já que concebida como método e controle da ciência.

O conhecimento estaria no exato limite da linguagem, isto é, o que se pode conhecer é o que se pode dizer com significado e as proposições, para serem verdadeiras, caracterizar-se-iam por fornecer informação acerca dos fatos, isto é, os enunciados verdadeiros necessitariam de comprovação efetiva, afastando-se, assim, enunciados metafísicos, bem como pseudo-proposições.

O *Tractatus Logico-Philosophicus*²¹ de Wittgenstein foi fundamental para elaboração dos fundamentos dos quais se serviram os estudiosos do Círculo de Viena. No aforisma, “os limites de meu mundo significam os limites de minha linguagem” fica evidenciada a importância da linguagem, enquanto instrumento de controle da ciência.

A linguagem seria a “figuração lógica do mundo”²² não havendo a possibilidade de algo do mundo ser exprimível, se não por meio da linguagem, sob pena de se estar diante de uma proposição sem sentido. Assim, os elementos do mundo são os fatos e os fatos são exprimidos mediante proposições significantes, logo, a linguagem delimita a nossa realidade²³.

20 História da Filosofia, 3o vol, Juan Manuel Navarro Cordon. Também, Marilena Chauí, Um Convite à Filosofia.

21 Obra que representa a “primeira fase” de Wittgenstein, em contraposição à segunda, que se detém ao estudo da linguagem ordinária e ao pragmatismo.

22 Abbagnano, História da Filosofia, p.6.

23 Nesse sentido que devemos entender o último aforismo de Wittgenstein no *Tractatus*, segundo, o qual, “sobre aquilo de que não se pode falar, deve-se calar”.

No século XX, Charles Sanders Peirce, nos Estados Unidos, inaugura a Semiótica, e Saussure, na Europa, a Semiologia, ciências que estudaram profundamente os signos, como metalinguagens, que tinham as diferentes linguagens como objeto²⁴.

Essa passagem do pensamento platônico até os pensadores que rechaçam o vínculo da linguagem com o mundo ideal é entendida pelos historiadores como a passagem de uma filosofia da consciência, em que há autonomia entre palavras e coisas, para a filosofia da linguagem, em que a linguagem é constitutiva do mundo.

Para Villen Flusser, pela linguagem transforma-se o caos em cosmos, ordenando-se a desordem, a linguagem estrutura o mundo:

“Que conhecimento, realidade e verdade são aspectos da língua. Que ciência e filosofia são pesquisas da língua. E que religião e arte são disciplinas criadoras de língua. Essa afirmação nada deveria ter de original ou chocante, ou rebuscado. As antigas sabedorias dos nossos antepassados a afirmam. Logos é a palavra, é o fundamento do mundo dos gregos pré-filosóficos. Nama-rupa, a palavra-forma, é o fundamento do mundo dos hindus pré-vedistas. Hachem hacadoch, o nome santo, é o Deus dos judeus. E o evangelho começa com a frase: No começo era o verbo. A despeito desses testemunhos, e a despeito da identificação do Cristo com o verbo, a afirmação da identidade entre estrutura do cosmos e língua continua a chocar o mundo moderno. A filosofia da atualidade forma o último elo da cadeia que nos alienou da língua e nos afastou da proximidade no qual nossos antepassados viveram com a língua.”

Diante desse quadro, a resistência da Dogmática Jurídica à recepção do “giro lingüístico”, acarreta importantes desdobramentos ao estudo do Direito, como se demonstrará ao longo do trabalho.

24 Lênio Streck, *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, p. 149-156.

CAPÍTULO 2

TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS AUTOPOIÉTICOS

1. SOBRE A TEORIA GERAL DOS SISTEMAS

A Teoria Geral dos Sistemas floresce em cenário científico que se contrapõe a concepções reducionistas de cunho analítico, que dominavam vários setores do saber humano, como a Física.

Vários teóricos debruçaram-se sobre a teoria dos sistemas, ao mesmo tempo que, há várias tentativas de formulação de uma Teoria Geral dos Sistemas, ou, nas palavras de Luhmann, a Second Order Cybernetics ou Cibernética de Segunda Ordem (teoria dos sistemas que observam)²⁵, apta a reunir as obras que tratam dos sistemas, pinçando seus aspectos comuns²⁶.

25 Agrega-se a essa nova geração de teorias do sistema, a noção de que os observadores do sistema não estariam somente no ambiente, mas também no interior do sistema – os sistemas seriam dotados de auto-observação. Esse observador interno, por sua vez, também é um sistema, como por exemplo, a ciência, que para cumprir seu desígnio de observar, necessita ter sua rede própria de comunicação. A cibernética dos sistemas que observam foi denominada de “cibernética de segunda ordem”.

26 Como foi o caso do biólogo Ludwig von Bertalanffy, que em 1954, juntamente com o matemático Anatol Rapoport, fundou a “Society for General System Research”. A Teoria Geral dos Sistemas, pensada como a teoria geral sistêmica, como proposta por von Bertalanffy, buscava estabelecer regras gerais aplicáveis a quaisquer tipos de sistemas, ou isoformismos. Os isoformismos visavam a investigar traços comuns de sistemas reais distintos, para estabelecer regras gerais, complementando as abordagens reducionistas para o conhecimento científico.

Na cibernética de segunda ordem há observadores que observam- observam o observador de primeira ordem- para distinguir o que está sendo observado e o resultado dessa observação, enquanto escolha de uma entre várias possibilidades. O resultado da observação não pode ser apreendido pelo observador de primeira ordem, que apenas consegue verificar o que está sendo indicado, mas não como ele próprio observa. Para Luhmann esse conceito de diferentes níveis de observação é fundamental ao estudo da sociologia, na medida em que a sociedade não pode ser concebida como uma coleção de fatos, mas nas diversas formas como os eventos efêmeros podem se apresentar e serem interpretados²⁷.

Na busca de uma acepção de base para sistemas, valendo-se da já clássica lição de Tércio Sampaio Ferraz Jr., o sistema é um ente complexo, composto de elementos, que mantêm entre si relações - os elementos são o repertório de um sistema, enquanto as relações mantidas que os interligam, a sua estrutura²⁸.

Para Marcelo Neves²⁹:

"(...) define-se sistema como um conjunto de elementos (partes) que entram em relação formando um todo unitário. Portanto, todo sistema implica elementos (reais ou proposicionais), relações e também unidade, que pode decorrer de uma fundamentação unitária (sistema proposicional) ou da forma como se apresentam ao sujeito cognoscente os modos de se relacionarem os seu elementos (sistema real ou empírico)."

27 Michael King e ot., Nikla's Luhmann Theory of Politics and Law, p.19.

28 "Note-se bem a diferença: uma sala de aula é um conjunto de elementos, as carteiras, a mesa do professor, o quadro-negro, o giz, o apagador, a porta etc.; mas estes elementos, todos juntos, não formam uma sala de aula, pois pode tratar-se de um depósito da escola; é a disposição deles, uns em relação aos outros, que nos permite identificar a sala de aula; esta disposição depende de regras de relacionamento; o conjunto destas regras e das relações por elas estabelecidas é a estrutura. O conjunto dos elementos é apenas o repertório. Assim, quando dizemos que a sala de aula é um conjunto de relações (estruturas) e de elementos (repertório) nela pensamos como um sistema. Sistema é um complexo que se compõe de uma estrutura e um repertório." (Introdução ao Estudo do Direito, p.165).

29 Teoria da Inconstitucionalidade das Leis,p.2.

No mesmo caminho envereda Cristiano Carvalho³⁰, para quem as características inerentes a todo sistema, sejam os reais ou proposicionais, são seus elementos e sua estrutura, de sorte que conceitua sistema como “todo conjunto de elementos que se relacionam entre si segundo sua própria estrutura. Nos sistemas complexos, essa estrutura é determinada pelo próprio sistema.”

E para Claus- Wilhelm Canaris³¹:

“Sobre o conceito geral de sistema deveria dominar – como múltiplas divergências em aspectos específicos – no fundamental, uma concordância extensa: é ainda determinante a definição clássica de Kant, que caracterizou o sistema como ‘a unidade sob uma idéia, de conhecimentos variados’ ou, também, como ‘um conjunto de conhecimentos ordenados segundo princípios’.”

“Sistema”, portanto, pode ser entendido como conjunto de elementos atraídos por uma força centrípeta, seus princípios ordenadores, mantendo relações entre si.

No presente trabalho, opta-se pela perspectiva funcional-sistêmica, baseada no arcabouço teórico desenvolvido por Niklas Luhmann, acerca da sociedade moderna e seus subsistemas, a teoria dos sistemas autopoieticos, utilizando-se de algumas ferramentas conceituais desse modelo, para assentar as idéias que se desenvolverão. Portanto, a seguir, discorrer-se-á sobre os sistemas autopoieticos.

2. AUTOPOIESE E DINÂMICA DE FUNCIONAMENTO DOS SISTEMAS

O termo “autopoiese” deriva do grego “auto”, “si próprio” e “poiesis”, de produção, criação, para se referir aos sistemas que produzem a si mesmos. Foi empregado pela primeira vez para denotar a organização circular dos organismos vivos por Humberto

30 Teoria do Sistema Jurídico, p.42-43.

31 Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito, p. 9-10.

Maturana³², na década de 60.

O conceito de autopoiese, fundamental para a Teoria dos Sistemas, foi formulado de forma inaugural pelo biólogo e filósofo chileno Humberto Maturana, em conjunto com Francisco Varela, aplicando-o ao seu objeto de estudo, os organismos vivos. Para esses estudiosos, um organismo vivo teria a capacidade de reproduzir a partir de seus próprios recursos, seus elementos constituintes, definindo a sua unidade.

Condição necessária para a constituição de um sistema autopoietico é o fechamento operacional, que permite que seja autônomo e possa distinguir-se de seu ambiente. Se um sistema não é mais hábil a reproduzir seus elementos constituintes, deixa de existir, porque segundo essa concepção, não há espaço para autonomia relativa, sendo fundamental, nesse sentido, suas estruturas que determinam o que pode existir dentro de um sistema.

Ademais, se há sistema deve ser pressuposto o ambiente, porque a idéia de sistema é assentada na dicotomia sistema/ambiente. Da mesma forma, há sistema, porque há adaptação ao ambiente, está aberto às irritações do exterior, que apenas ingressam de maneira indireta, como informações selecionadas e processadas a partir de suas próprias estruturas.

Estabelecendo-se como premissa a acepção bastante lata de ambiente, como contexto de complexidades extremas, palco de todos os fenômenos de maneira ilimitada e infinitas possibilidades, os sistemas autopoieticos surgem a partir da diferenciação com o ambiente, com a função de operar como redutores de complexidades.

A complexidade do mundo não pode ser absorvida integralmente pelo homem, dada a limitação de sua capacidade de apreensão de informações do ambiente. Nesse contexto, Luhmann entende que a "complexidade" é concernente à existência de um número maior de possibilidades do que se possa efetivamente realizar, além de que, as possibilidades podem ocorrer de forma contrária à expectativa, o que denomina de

32 De Máquinas y Seres Vivos, p.17.

“contingência”. A complexidade e a contingência ensejam a necessidade de criação de estruturas, os sistemas, que possam fazer frente a essas questões, aplacando as frustrações³³ :

“Sobre essa situação existencial desenvolvem-se estruturas correspondentes de assimilação da experiência, que absorvem e controlam o duplo problema da complexidade e da contingência. Certas premissas da experimentação e do comportamento, que possibilitam um bom resultado seletivo, são enfeixadas constituindo sistemas, estabilizando-se relativamente frente a desapontamentos.(...) A esse nível de comportamento seletivo podem ser formadas e estabilizadas expectativas com relação ao mundo circundante.”

De acordo com essa vertente da teoria dos sistemas, não há sentido na distinção entre sistemas abertos e fechados, porque o fechamento é condição para a abertura, sendo a recíproca, verdadeira. O fechamento, nessa acepção, não significa ausência de interação, sendo que o externo gera apenas perturbações nas atividades interiores ao sistema, que por ele são interpretadas, de sorte que os conceitos de input/output são substituídos pelo de acoplamento estrutural.

O importante conceito de “acoplamento estrutural” traz a idéia de que os sistemas autopoieticos são aptos a interagir, produzindo irritações mútuas, sem que haja a perda de identidade, por força de sua organização homeostática³⁴ , nos limites de suas margens de tolerância de variabilidade. Se tal margem de variabilidade não for observada, o sistema perde a forma organizativa que lhe confere unidade, desintegrando-se, pois todas as variações devem estar voltadas à conservação de sua organização

33 Niklas Luhmann, Sociologia do Direito I, p.46

34 O conceito de “homeostase”, também apropriado das ciências biológicas, significa o estado de equilíbrio dinâmico de um organismo, ou seja, o processo através do qual um organismo mantém as condições internas constantes necessárias para a vida. Os organismos dotados de mecanismos homeostáticos podem fazer frente às variações do ambiente, mantendo as condições internas equilibradas.

autopoiética³⁵.

A concepção sistêmica dos organismos vivos conduziu à abordagem holística e dinâmica dos sistemas naturais, em que a soma das partes é algo distinto do todo, pois as relações de interdependência entre os elementos constituintes de um sistema, entre os sistemas e entre o sistema e o ambiente, ganham importância.

A especificidade e inovação do conceito de autopoiese, para Maturana e Varela, em relação às teorias sistêmicas anteriores, motivo de sua grande aceitação, constituir-se-iam pelos seguintes pontos³⁶:

i- a problemática da autonomia dos organismos seria central, concebida pelos autores na forma mínima de sua unidade;

ii- o estudo da autonomia não é abordada apenas em relação aos seus elementos constituintes, mas também quanto à sua forma organizativa;

iii- essa organização é um mecanismo de constituição de sua identidade;

iv- o processo que constitui essa identidade é circular, enquanto uma rede de produções metabólicas, os quais permitem a constituição de uma membrana que, ao mesmo tempo, permite a própria existência dessa rede – a sua auto-produção;

v- as interações dessa identidade autopoiética ocorrem não apenas ao nível de suas estruturas constituintes, mas enquanto unidade organizada, de forma que emerge o

35 Assim, questão fundamental é quanto à possibilidade de relativização da autopoiese. Para Luhmann, não se pode analisar a autopoiese nos termos de gradação, pois há autopoiese ou não, inexistindo uma terceira opção, pois um sistema autopoiético não pode ser relativamente autônomo: "En el concepto de autopoiesis hay que conservar un elemento de explicación duro: o un sistema es autopoiético o no lo es (según el esquema, o esto/o lo otro). Un sistema no puede ser un -poco – autopoiético. Esta disposición de teoría es prácticamente obvia en la biología: un organismo o está vivo o está muerto (con las excepciones muy extremas de casos en los que no es posible reconocer la vida o la muerte); una mujer o está embarazada o no lo está (ejemplo de labios de Maturana). Esto significa que el concepto de autopoiesis no incluye por sí mismo un poco de gradación. Por eso el concepto de autopoiesis no puede explicar la evolución de los sistemas complejos." (Introducción a la Teoría de Sistemas, p.94).

36 Niklas Luhmann, Introducción a la Teoría de Sistema., p.45-46.

fenômeno da constituição de significados, pois os sistemas autopoieticos são dotados de capacidade interpretativa. Para os autores, esse fenômeno interpretativo seria o ponto central de todos os fenômenos cognitivos da natureza, incluindo a vida social, pois a significação refere-se a uma identidade definida e não pela simples captação de informações do ambiente.

vi- nos sistemas autopoieticos, a evolução ocorre por séries reprodutivas, que geram variação estrutural com a conservação da identidade. O fenômeno evolutivo seria secundário em relação à identidade do sistema, pois seria sua condição necessária.

O conceito de autopoiese foi adotado e adaptado às ciências sociais, como a do Direito, por autores como Niklas Luhmann e Gunther Teubner³⁷, de acordo com a idéia de que há um sistema autopoietico a partir da identificação de uma operação peculiar, caracterizada pela "auto-referência" e circularidade, somente viável no interior de um sistema.

Interessante observação é que tanto Maturana quanto Varela, criadores do modelo autopoietico para a organização dos seres vivos, opunham-se à sua aplicação aos modelos sociais, na forma como foi feito por Luhmann, pois discordavam que os sistemas pudessem ser constituídos por comunicações e não por seres vivos³⁸. A transposição do conceito de autopoiese para sistemas sociais seria, dessa forma, uso abusivo do conceito³⁹.

37 Observe-se que, muito embora tanto Luhmann quanto Teubner adotem modelos teóricos sistêmicos, autopoieticos, há diversos pontos sobre os quais divergem. Nesse estudo, não se ingressará nessa seara, porém se direcionará o foco à teoria luhmaniana.

38 Nas palavras de Maturana: "Tampoco los sistemas sociales son sistemas autopoieticos en otro dominio que no es el molecular. Sin duda no lo son en el dominio orgánico, pues en ese dominio lo que define a lo social son relaciones conductuales entre organismos. Tampoco lo son, o podrían serlo, en un espacio de comunicaciones, como propone el distinguido sociólogo alemán Niklas Luhmann, porque en tal espacio los componentes de cualquier sistema serían o comunicaciones, no seres vivos, y los fenómenos relacionales que implican el vivir de los seres vivos, que de hecho connotamos en la vida cotidiana al hablar de lo social, quedarían excluidos. Yo diría a lo más, que un sistema autopoietico en un espacio de comunicaciones se parece a lo que distinguimos al hablar de una cultura." (De Máquinas y Seres Vivos, p.19).

39 Para Varela: "Cuando la idea de una red de procesos se transforma en interacciones entre personas, y la membrana celular se transforma en el 'borde' de un grupo humano, se incurre en un uso abusivo, como lo expresé en un comentario crítico que he publicado al respecto." (De Máquinas y Seres Vivos, p.51).

Destarte, para Luhmann a teoria autopoietica seria aplicável não somente aos organismos vivos, como também nos sistemas que “operam com sentido”⁴⁰, como o sistemas sociais e os sistemas psíquicos.

No modelo criado por Luhmann, há três categorias de sistemas autopoieticos, de acordo com o ambiente em que desenvolveriam suas operações auto-referenciais: o biológico, o psíquico e o social. O sistema biológico operaria diretamente com o mundo físico, o psíquico teria como meio a consciência, enquanto o social, com comunicações⁴¹.

Nesse passo, importante ressaltar que a teoria luhmaniana inovou, ao construir um modelo em que a sociedade é formada pelo conjunto de todas as formas de comunicações e não por homens, que seria “ambiente” para a sociedade. Contudo, muito embora haja essa ruptura com a tradição humanista, que gerou críticas incisivas, isso não implica que se relegue papel secundário aos indivíduos, porque sob a égide dessa teoria, o ambiente não é menos importante que o sistema, mas diferente, ou seja, possui um maior grau de complexidade.

Essa construção justifica-se para atribuir o fechamento operacional do sistema social, pois os homens, dotados de liberdade e autonomia, trazem um grau de complexidade maior do que o sistema, que seria composto pelas informações já filtradas e processadas, ou seja, não é possível a observação direta de um conjunto de indivíduos, pois não se pode perscrutar a consciência de cada um, ao passo que as comunica-

40 Segundo Luhmann o “sentido” apenas existe nos sistemas psíquicos e sociais- sistemas constitutivos de sentido- e é entendido como o meio indispensável às suas operações, porque tem a função de controlar os excedentes das possibilidades dos dados atuais do mundo, “é a unidade da diferença entre o real e o possível”, permitindo a construção da complexidade do mundo, tomado pela contingência e não pela imutabilidade. (Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann, p.146-147).

41 “The distinction between these categories is fundamental to his general theory and relates to the different media through which they perform their self-referring operations and relates to their environment. Living systems exists within and perform their operations directs upon media that exists in the natural world, such as temperature, pressure, electrical impulses, proteins, viruses, bacteria and other living organisms. For psychic systems the media is consciousness. This consists of all thoughts as well as feelings and emotions in so far as the individual being system is able to give them meaning and significance. Yet it is social, not psychic systems to which Luhmann devotes almost all his extensive writings, and the medium for these systems is communications.”(Michael King e Chris Thornhill, Niklas Luhmann’s Theory of Politics and Law, p.4).

ções, objetivadas, são observáveis⁴².

Entretanto, embora encampasse a aplicação do modelo autopoietico aos sistemas sociais, não entendia que houvesse a simples transposição dos conceitos dos sistemas biológicos, porque se tratariam de distintos sistemas, já que as comunicações, elementos constituintes dos sistemas sociais, não seriam “unidades vivas”⁴³, conformando distintas formas de organizações autopoieticas.

42 Esclarecedoras são as palavras de Celso Campilongo: “Se a sociedade for imaginada como um conjunto de homens concretos será impossível compreender o conceito de fechamento operacional. O modelo de Luhmann pressupõe uma grande ruptura com a tradição humanista e com boa parte da sociologia que considera o homem, enquanto unidade de sistema psíquico e orgânico, o elemento essencial da sociedade. Luhmann coloca o homem como ambiente da sociedade. Ao contrário de que imaginam os críticos mais apressados dessa tese, isso não comporta, de modo algum, desvalorização do homem perante a sociedade. Esse é um ponto fundamental para a compreensão do modelo de Luhmann. Sem a sua correta apresentação, o modelo fica exposto a censuras que tendem a adjetivá-lo de tecnocrático, antidemocrático, ou ‘escandaloso’, por menosprezar o indivíduo. Primeiramente, diga-se que a diferença sistema/ambiente atribuí ao ambiente importância tão grande quanto aquela do sistema. Além disso, dizer que os homens são o ambiente do sistema social não significa afirmar que o sistema possa manobrar ou conduzir os homens ao seu bel prazer. Por fim, Luhmann considera o ambiente sempre mais complexo e rico de possibilidades do que o sistema, isto é, o sistema não pode determinar o ambiente (do mesmo modo que a sociedade também é mais complexa do que os sistemas psíquicos e nunca é inteiramente determinada ou compreendida pelos indivíduos). Ora, desse modo, a margem de liberdade, imprevisibilidade e autonomia conferida aos homens (ao ambiente da sociedade) é ainda maior do que aquela conferida ao sistema ou à eventual inclusão dos homens no sistema social.”, Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial, p.68-69.

No mesmo sentido: “Luhmann’s steadfast refusal to see people, their actions or their beliefs as the foci of attention for his particular version of sociology has attracted critical comment from many quarters. Yet it is not anti-humanism in any moral sense of the term or even sheer perversity that has led Luhmann to turn his back to human beings, but rather the logical outcome of his rejections of theories which reduce society to collections of individuals, each with his or her consciousness which can not be observed directly. For him, sociology should be concerned with what is observable: the thoughts of people are not, whereas communications are.”(Michael King e Chris Thornhill, Niklas Luhmann’s Theory of Politics and Law, p.4).

43 “This kind of approach is acceptable only if we are prepared to accept its anti-Aristotelian premise: that social systems and even psychic systems are not living systems. The concept of autopoietic closure itself requires this theoretical decision. It leads to a sharp distinction between meaning and life as different kinds of autopoietic organization, and meaning-using systems again have to be distinguished according to whether they use consciousness or communication as a mode of meaning-based reproduction. (...) To use ipsissima verba: autopoietic systems ‘are systems that are defined as unities as networks of productions of components that recursively, through their interaction, generate and realize the network that produces them and constitute, in the space in which they exist, the boundaries of the network as components that participate in the realization of the network.’ (...) Social systems use communication as their particular mode of autopoietic reproduction. Their elements are communications that are recursively produced and reproduced by a network of communications and cannot exist outside of such a network. Communications are not ‘living’ units, they are not ‘conscious’ units, they are not ‘actions’.”,(Essays on self-reference, p. 1-3).

Muito embora o sistema social tenha como ambiente o sistema natural e o da consciência, apenas comporá o sistema social aquilo que possa ser comunicado, aquilo a que se possa atribuir sentido e ser compreendido.

Nesse ponto também reside uma questão fundamental da teoria de Luhmann, qual seja, o sentido que atribui à “comunicação”: enfeixa a informação, a transmissão e a compreensão. O conceito de “comunicação” seria distinto do conceito de “linguagem”, porque a premissa da qual parte faz a separação entre o sistema da consciência e os sistemas sociais e a linguagem habitaria ambos, portanto, não sendo um pré-requisito para a diferenciação do sistema social⁴⁴. À linguagem não haveria o pré-requisito de ser compreendida, sendo que as comunicações necessitam ser compreendidas, não importando por qual meio se manifestam - por palavras, gestos ou outros signos⁴⁵.

Assim, o Direito, enquanto um dos subsistemas parciais do sistema social, também se configuraria como sistema autopoietico. Nas palavras de Teubner⁴⁶ “o Direito constitui um sistema autopoietico de segundo grau, autonomizando-se em face da sociedade, enquanto sistema autopoietico de primeiro grau, graças à constituição auto-referencial dos seus próprios componentes sistêmicos e à articulação de um hiperciclo.” Sobre a concepção do Direito como sistema autopoietico, será dedicado o próximo capítulo.

44 Essays on self-reference , p.15.

45 Assim, alerta-se que, olhos voltados para essa distinção, sempre que se aborde o tema da linguagem nesse trabalho, far-se-á menção a um dos componentes do processo comunicativo, porém, não se tratando como equivalente ao conceito de comunicação.

46 O Direito como Sistema Autopoietico, p.53

3. ABERTURA COGNITIVA, FECHAMENTO OPERACIONAL E DUPLO INGRESSO

O tema da abertura, enquanto comércio com o ambiente - de energia nos sistemas biológicos e de informação, nos sistemas de sentido - é fundamental para a teoria dos sistemas. Sistemas abertos "interpretan el mundo (bajo la disposición de la energía o de la información) y reaccionan conforme esa interpretación. La entropía en ambos casos obliga a que los sistemas establezcan un proceso de trueque entre sistema y entorno."⁴⁷

Ao conceito de intercâmbio da Teoria Geral dos Sistemas, uniu-se a Teoria da Evolução de Darwin, que trazia em si a idéia de que os estímulos provenientes do ambiente podem alterar a estrutura do sistema, pois geravam a seleção de novas estruturas e a prova de que as novas estruturas poderiam ser estáveis. Do darwinismo, a Teoria Geral dos Sistemas apropriou-se das categorias de "variação", "seleção" e "estabilização"⁴⁸.

Derivou-se, ainda, da teoria geral dos sistemas abertos, diversas teorias subsidiárias: teoria do input/output, teoria do feed back negativo, teoria do feed back positivo.

Na teoria dos inputs e outputs, os sistemas são concebidos como máquinas, que podem transformar inputs em outputs, ambos com funções iguais, de acordo com decisões estruturais do sistema. Esse modelo formal aplicado às ciências sociais não respondeu satisfatoriamente a diversas questões relevantes, porque não se adaptou às peculiaridades do sistema social, tais como, a relação mantida entre as estruturas e as operações.

47 Introducción a la Teoría de Sistemas, p.47.

48 Em sua obra mais conhecida, "Sobre a origem das Espécies por meio da seleção Natural ou A Preservação das Raças Privilegiadas na luta pela Sobrevivência", de 1859, Charles Darwin criou uma teoria científica que alcançou grande notoriedade, equiparada à de Einstein, com a teoria da relatividade. De acordo com essa teoria, na luta pela sobrevivência, os indivíduos que lograssem melhor se adaptar ao ambiente sobreviveriam, transmitindo as características que lhe permitiram manter-se, para as próximas gerações. Por outro lado, as características prejudiciais à adaptação desapareceriam ao longo das gerações, pela extinção dos indivíduos a que pertenciam, de sorte que apenas as espécies mais fortes sobreviveriam.

A teoria do feedback negativo apropriada da cibernética visou a enfrentar a questão de como um sistema poderia gerar outputs relativamente estáveis, frente a um ambiente instável, ou, em outras palavras, qual seria o mecanismo mediante o qual o sistema poderia medir determinadas informações que expressassem a distância entre sistema e ambiente. O termostato era o protótipo desse modelo teórico, trazendo a idéia de que o sistema seria capaz de diminuir as distâncias com o ambiente, que pusessem em risco a sua estabilidade, ou diminuir efeitos produzidos no ambiente e que somente poderiam ser controlados dentro do sistema.

O feedback positivo, em contrapartida, produziria desequilíbrio ao sistema, alterando a sua homeostase a ponto de chegar à sua ruptura, situação em que se desintegraria a estrutura sistêmica⁴⁹.

Todavia, a teoria dos sistemas abertos não era suficiente para responder questões tais como a forma de reprodução, manutenção e desenvolvimento da diferença entre sistema/ambiente e quais os tipos de operação de determinado sistema.

A visão do fechamento dos sistemas nasceu com o trabalho de teóricos como o biólogo chileno Humberto Maturana, o físico austríaco Heinz von Foerster e o filósofo alemão Gotthard Günther.

De acordo com essa concepção, o sistema deveria ser capaz de distinguir a si próprio em relação ao ambiente, delimitando as operações que efetuasse, ie, que poderia reproduzir, de sorte que reconhecesse que algumas operações pertenceriam ao sistema, enquanto outras, ao ambiente, pois nenhum sistema poderia operar fora de seus limites. Nas palavras de Maturana e Varela⁵⁰:

49 Sobre esses mecanismos da cibernética, respectivamente, de calibração e desintegração, produzidos pelo sistema, esclarece Cristiano Carvalho: "Entretanto, o feedback, tanto positivo como negativo, é algo produzido pelo próprio sistema. O fator externo é apenas a mensagem (daí a importância da abertura cognitiva do sistema, de um eficaz mecanismo receptivo). É o próprio mecanismo homeostático do sistema que converterá essa mensagem em feedback positivo ou negativo. Se a mensagem foi assimilada pelo sistema, sem perturbar o seu equilíbrio, temos feedback negativo. Se, ao contrário, a mensagem exceder a capacidade homeostática do sistema, temos feedback positivo.", (Teoria do Sistema Jurídico, p.87).

50 A árvore do conhecimento, p.52-53.

“Pois bem: o que é peculiar a essa dinâmica celular, em comparação a qualquer outro conjunto de transformações moleculares nos processos naturais? É muito interessante: esse metabolismo celular produz componentes e todos eles integram a rede de transformações que os produzem. Alguns formam uma fronteira, um limite para essa rede de transformações. Em termos morfológicos, podemos considerar a estrutura que possibilita essa clivagem no espaço como uma membrana. No entanto, essa fronteira membranosa não é um produto do metabolismo celular tal como o tecido é produto de um tear, porque essa membrana não apenas limita a extensão da rede de transformações que produz seus componentes, como também participa dela. Se não houvesse essa arquitetura espacial, o metabolismo celular se desintegraria numa sopa molecular, que se espalharia por toda parte e não constituiria uma unidade separada como a célula.”

Os sistemas fechados operacionalmente se caracterizam por realizar operações, produtoras de novos elementos que o constituem, dependentes de operações anteriores, que, por sua vez, são condição necessária para a ocorrência de novas operações, de maneira recursiva ou circular, o que é denominado por Luhmann de “auto-referência”. Essa conexão recursiva entre as operações do sistema confere-lhe a unidade.

O fechamento operativo estabelece que a causalidade é canalizada de forma que o sistema seja compatível com a desordem do ambiente, o que Luhmann denomina “ordem a partir do caos”, sem que perca sua unidade, através do conceito, que trabalharemos adiante, de acoplamento estrutural.

Nesse sentido, a teoria dos sistemas levaria em conta um vetor de diferenciação, de sorte que “el sistema no es simplemente una unidad, sino una diferencia”⁵¹. Paradoxalmente, ao mesmo tempo que o sistema emerge precisamente porque se contrasta com o ambiente, ele mesmo produz as suas diferenças, para estabelecer suas próprias fronteiras, com operações que lhe são exclusivas.

51 Introducción a la Teoría de Sistemas, p.77.

Na teoria de Luhmann não há a classificação entre sistemas fechados e abertos, vigente em outras teorias sistêmicas, pois em seu modelo, o fechamento operativo é condição para a abertura. O sistema difere do ambiente por ser redutor de complexidades; a autopoiese de um sistema cria estruturas, que delimitam o âmbito de relações de suas operações. Apenas comunicações estabelecem novas comunicações, determinando rede recursiva de operações, que não se conectam ao ambiente por inputs e outputs.

Entretanto, as estruturas de um sistema são construídas e reproduzidas através de informações que ocorrem apenas em seu interior - assim, a linguagem, por exemplo, apenas pode se transformar por comunicações internas. Os sistemas coordenam-se com o ambiente, mas o reproduzem dentro deles mesmos, pelos seus próprios meios, através do mecanismo denominado de re-entry ou duplo ingresso, que pode ser descrito nos seguintes termos⁵²:

“Esse duplo ingresso opera-se do seguinte modo: o sistema jurídico sai do lado interno da forma e vai até o lado externo – sistema social – para buscar uma comunicação que deseja disciplinar, trazendo-a de volta ao interior da forma, para dar-lhe tratamento segundo seu código, que é lícito/ilícito (...). Convém esclarecer que esse duplo ingresso opera-se apenas no lado interno da forma. O lado externo só se apresenta como componentes da delimitação, uma vez que para poder dizer o que pertence ao sistema (interno) é necessário diferenciá-lo do ambiente (externo).”

Nesse sentido, concebe-se o re-entry ou duplo ingresso, como mecanismo que possibilita a seleção de informações do ambiente e seu processamento interno, de acordo com os códigos peculiares a determinado sistema, que mantém sua diferença com o ambiente, delimitando a suas fronteiras.

Portanto, é nessa acepção, que se diz que os sistemas são dotados de capacidade interpretativa do ambiente, detendo aptidão para construir suas próprias significa-

52 Fabiana Del Padre Tomé, A Prova no Direito Tributário, p.47.

ções, pelo mecanismo do duplo ingresso, conceito fundamental da teoria dos sistemas autopoieticos, pois é o ponto de contato entre a abertura cognitiva e o fechamento operacional. Nas palavras de Maturana e Varela⁵³:

“El fenómeno interpretativo es una clave central de todos los fenómenos cognitivos naturales, incluyendo la vida social. La significación surge en referencia a una identidad bien definida, y no se explica por una captación de información a partir de una exterioridad.”

Na teoria dos sistemas fechados, não há inputs ou outputs, ou o trânsito direto de informações de fora para dentro, porque as informações são submetidas a filtros altamente seletivos de cada sistema.⁵⁴

Assim, a concepção autopoietica dos sistemas é baseada na idéia auto-reprodução, enquanto processo que interliga eventos e operações, de forma diferenciada do ambiente, constituindo a sua ordem e unidade.

4. CÓDIGO BINÁRIO E PROGRAMAS

O fechamento operacional nunca poderá ser entendido como impermeabilidade do sistema em relação ao ambiente e aos demais sistemas autopoieticos, porque haverá constante irritação entre eles.

53 De máquinas y seres vivos, p.46.

54 Sobre esse tema, diz Luhmann: “To repeat again and again this trivial point, closure does not mean empirical isolation. Closure is a highly selective, improbable, artificial achievement - not in the sense of intentional design, but as an outcome of evolution.

The emerge of closed systems requires a specific form of relations between systems and environments; it presupposes such forms and is a condition of their possibility as well. The theory of ‘open systems’ describes these forms with the categories of input and output. The theory of autopoietic system replaces the input/output model with the concept of structural coupling. It renounces the idea of an overarching causality (admitting it, of course, as a construct of an observer interested in causal attributions), but remains the idea of a highly selective connections between systems and environments.” (Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of Legal System, p.1431).

Tendo-se em conta as constantes irritações de fora, viabiliza-se o fechamento operacional do sistema e sua delimitação em relação ao ambiente, através da existência de um código binário, que permite selecionar o que pertence ao sistema ou não, mantendo a ordem e suas operações recursivas em permanente movimento. Os códigos são responsáveis por realizar a distinção de um sistema, existindo somente em seu interior e somente por ele podendo ser operado.

Os códigos sistêmicos serão sempre binários, atuando sobre os estímulos provenientes do ambiente, processando-os em consonância com as especificações do sistema em questão: por exemplo, códigos lícito/ilícito, poder/não poder, bom/ruim, peculiares aos sistemas jurídico, político e moral, respectivamente.

Os programas, por sua vez, operam como filtros seletivos ao determinar a maneira como será aplicado o código bivalente, estabelecendo critérios de atribuição de valores dos códigos, pois estes por si mesmos, apenas são hábeis a selecionar as informações do ambiente que são ou não relevantes ao sistema, de forma rígida e tosca.

Os programas determinam em quais condições pode uma operação ocorrer, atribuindo-lhe o código positivo ou negativo. Os códigos podem operar através dos programas sistêmicos. Por exemplo, os programas das ciências serão as teorias e os métodos, que fixam as condições em que se poderá sustentar uma "verdade".

Destarte, os programas prestar-se-iam a compensar a forma da rígida aplicação do código, permitindo a introdução de elementos extra-sistêmicos, orientando a aplicação do código, de acordo com critérios internos, pois sempre estará pressuposto o fechamento operacional. Por essa razão, podem variar, ao contrário dos códigos que serão sempre imutáveis.

A combinação entre código e programa (invariabilidade e variabilidade) permite ao sistema ser aberto e fechado ao mesmo tempo, já que o programa acompanha a evolução da sociedade e o código diferencia o Direito dos demais sistemas, sendo inexorável a complementação entre programação e codificação.

A diferença entre auto-referência e heterorreferência, portanto, expressa-se pela diferença entre codificação e programação, ou, a autopoiese realiza-se pela combinação entre código e programa, sendo que o código viabiliza o fechamento operacional e o programa, a abertura semântica.

Assim, em síntese esquemática:

FECHAMENTO OPERACIONAL ↔ ABERTURA COGNITIVA
AUTOREFERNCIA ↔ FECHAMENTO OPERACIONAL ↔ CÍGO
HETERORREFERENCIA ↔ ABERTURA COGNITIVA ↔ PROGRAMA
~~**MEMA AUTOPOIÉTICO-FUNÇÃO ESPECÍFICA-CÍGO PROGRAMA**~~

5. SISTEMAS PARCIAIS DO SISTEMA SOCIAL

Os sistemas autopoieticos surgem a partir da diferenciação com o ambiente, com a função de operar como redutores de complexidades, uma vez que a complexidade do mundo não pode ser absorvida integralmente pelo homem.

Os sistemas autopoieticos operam dentro de outros sistemas autopoieticos, de forma que em cada operação realiza a si próprio e ao sistema dentro do qual opera. Em virtude do contraste sistema/ambiente, bem como da constante necessidade de redução de complexidades, os sistemas de segundo grau surgem tomando como ponto de partida um grau de complexidade menor, já que o seu ambiente é um sistema autopoietico.

As sociedades seriam para Luhmann, frutos da evolução das formas de diferenciação societária face à crescente complexidade, de variação, seleção e estabilização de estruturas. Haveria quatro estágios de evolução, distinguidos por diversos critérios, como geográficos, naturais, hierárquicos e funcionais. Em um estágio inicial, de diferenciação segmentária, passando para um modelo de diferenciação centro/periferia, nas sociedades estratificadas e, finalmente, para um modelo de sociedade

de alto grau de complexidade, que por isso é diferenciada funcionalmente⁵⁵.

Tal estruturação surge a partir do momento em que, através de um processo de evolução, são gerados processos de diferenciação, de variação, seleção e estabilização de estruturas, de forma recursiva, estimulados por problemas ocorridos no âmbito do sistema, que acabaram se convertendo em outros sistemas autopoieticos.

O sistema social, concebido como sistema que compreende todas as operações sociais, é dividido em subsistemas também autopoieticos, que lhe auxiliam na tarefa de processamento das informações ambientais de alta complexidade, reproduzindo o mesmo mecanismo de trocas entre sistema e ambiente, pois para esses subsistemas, o sistema social opera como ambiente.

Em face dessas considerações, o sistema social, enquanto sistema autopoietico, encerrará em seu bojo outros sistemas autopoieticos, como o sistema jurídico, operante na sociedade, que embora desempenhe uma função social, o faz por meio de reprodução autopoietica própria.

No âmbito de uma sociedade moderna, os subsistemas distinguem-se entre si, por realizarem funções específicas, de acordo com os problemas que se apresentem, como políticos, econômicos, jurídicos, religiosos. A especialização desempenhada por esses subsistemas atende à demanda de redução de complexidades de uma sociedade de quantidade infindável de informações.

O sistema social passa a desenvolver novas funções em resposta às novas contingências, fazendo florescer novos subsistemas comunicativos, autopoieticos, como o Direito, a Política, a Economia. Portanto, às operações comunicacionais pré-existentes, agregam-se outros códigos binários, para o desempenho de funções específicas. Os novos sistemas autopoieticos de segundo grau acoplam-se estruturalmente entre si e com o sistema social, observando-se mutuamente.

55 Como ensina Celso Campilongo (Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial, p.23-24).

Através da combinação de códigos e programas específicos, cada subsistema desempenha função que lhe é peculiar, sem prejuízo da constante troca mantida entre eles e o ambiente. Cada subsistema processa mensagens oriundas do ambiente e de outros subsistemas, de acordo com racionalidade própria, de códigos especializados que operam a seleção de estímulos relevantes de cada subsistema. Esses meios de comunicação veiculam valores que possibilitam as trocas dos subsistemas e seu processo de comunicação interno, permitindo a constituição da próxima operação. Exemplo bastante elucidativo dessa dinâmica é dado por Gustavo Valverde⁵⁶, que transcrevemos:

“Tome-se um exemplo para conferir maior concretude ao conceito. Luhmann considera a política, o direito e a economia como sistemas sociais parciais, integrantes do sistema social total. Esses sistemas encontram-se estruturalmente acoplados. O direito e a economia pela ‘propriedade’ e pelo ‘contrato’; o direito e a política pela ‘Constituição’. É possível extrair desse contexto o instituto constitucional do tributo, para nele identificar uma forma particular de acoplamento estrutural entre esses sistemas. Considere-se, portanto, o tributo como uma figura constitucional e como uma relação de propriedade. Pois bem. Certamente o tributo segue tendo uma qualificação particular dentro de cada um desses sistemas. Para a política ele representa o resultado de uma escolha coletiva que decidiu pela conveniência e utilidade de onerar determinada atividade social no intuito de financiar o Estado; para o direito ele permanece sendo uma forma particular de relação jurídica entre o Estado e o contribuinte; enquanto que para a economia, o tributo (leia-se aqui: imposto) e a sua forma de pagamento em dinheiro representam uma manifestação de riqueza por parte daquele que realiza o fato gerador - e nesse ponto o conceito de capacidade contributiva estreita ainda mais as conexões entre sistema político, jurídico e econômico.”

Não obstante, a autonomia dos subsistemas impõe que não haja interferência em

56 Coisa Julgada em Matéria Tributária, p.51.

sua operação, respeitando-se seus códigos e programas, sob pena de se ingressar em um processo de corrupção que abale a autopoiese, o que equivale à sua ruptura enquanto sistema.

Os códigos e programas de um determinado subsistema social são ambientes para outro, portanto, ininteligíveis, considerando-se que a sua autopoiese implica que a irritação externa apenas possa ser apreendida por seu código e programa peculiares. Dessa forma, a operação de um subsistema social não poderá ser reproduzida por outro, ainda que pelo mecanismo de acoplamento estrutural possa haver a irritação recíproca.

A seguir, abordar-se-á brevemente os sistemas parciais da política e da economia, que entendemos serem os mais relevantes para o objeto desse trabalho, na medida em que são aqueles que, invariavelmente, irritam o sistema jurídico.

6. SISTEMA POLÍTICO

O sistema político, enquanto subsistema parcial da sociedade, surge com a função específica de trazer a ela decisões politicamente vinculantes, relacionando-se com utilização do poder⁵⁷. Dessa função, resultará seu código comunicativo e programas peculiares: seu código será expresso em poder /não poder, maioria/minoria ou governo/oposição, que se prestarão a realizar a função de tomada de decisões vinculativas da sociedade, enquanto seus programas serão os políticos-eleitorais, propostos pelos governos.

O sistema político depende de legitimação do poder, que se dá através da atuação de mecanismos como o processo eleitoral, que viabilizam a legítima detenção do poder pelos governantes.

57 Glosario sobre la Teoría Social de Niklas Luhmann , p.128.

Nesse contexto do código de poder, encontra-se a distinção entre centro e periferia do sistema político, em que o primeiro é entendido como o Estado e o segundo, como por inúmeras organizações políticas, como os partidos políticos e associações que, embora não produzam diretamente decisões coletivamente vinculantes, prestam-se a prepará-las ou sugerir-las.

A periferia é revestida de grau maior de complexidade, porque é nessa região que surgirá a maior parte das demandas políticas, sendo mais suscetível às irritações do ambiente.

Na parte central do sistema político, o Estado terá a função de realizar operações de organização e direcionamento do sistema político, para que haja a tomada de decisões coletivamente vinculantes.

Os programas da Política são teleológicos, voltados a determinados objetivos. Se tomarmos a democracia nos termos de Raffaele De Giorgi⁵⁸, enquanto “manutenção de complexidades” ou “incremento de possibilidades de escolha”, o sistema político terá que desenvolver estruturas e operações hábeis a lidar com alto grau de instabilidade, para o desenvolvimento de sua função de tomadas de decisões coletivamente vinculantes.

Pressupondo uma sociedade democratizada, de ambiente de extrema complexidade, a seleção de possibilidades que manterá a racionalidade do sistema acarretará a frustração daquelas expectativas que ficaram de fora. O paradoxo do sistema político consiste, portanto, em aumento de atendimento de demandas, que originam a redução da inclusão, como se verifica no Welfare State, que encontra dificuldades severas para a inclusão generalizada, em virtude da indisponibilidade dos meios.

O sistema político, porque opera com programas inclusivos, terá como vetor a

58 Apud Celso Campilongo, Política, sistema jurídico e decisão judicial, p.72.

lógica da justiça distributiva⁵⁹, na acepção aristotélica, com critérios de seleção de informações do ambiente mais abrangentes e, por isso, mais flexíveis, o que trará sensíveis repercussões para os sistemas jurídico e econômico, que também operam como limitadores ao sistema político⁶⁰:

“El Estado del bienestar (Welfare State) se caracteriza por el intento de inclusión de todos los individuos en el sistema político. Los intentos de inclusión política generalizada sin embargo han encontrado mucha dificultad, dependientes de la disponibilidad inadecuada de los medios. La política se limita con dos códigos externos a ella misma: el dinero y el derecho. Estos códigos no son utilizables para una inclusión generalizada, en particular por el tratamiento de las personas por medio de terapias o de intervenciones educativas. Estos, además, crean vínculos drásticos (jurídicos y económicos) a la intervención política. Las dificultades del estado del bienestar, sobre todo de carácter económico, han llevado a la afirmación de concesiones más restrictivas del Estado. La distinción entre Estado expansivo y estado restrictivo se ha vuelto así importante como nueva orientación codificada para la elección de los programas.”

Ademais, observe-se que, regra geral, o acoplamento estrutural entre sistema jurídico e sistema político dá-se pela Constituição e pelas leis.

59 Os conceitos de “justiça distributiva” e “justiça comutativa” são delineados por Aristóteles, em sua obra “Ética à Nicômaco”, em que, na primeira, haveria uma troca dos bens já existentes entre os sujeitos, enquanto na segunda modalidade de justiça, haveria a partilha, a proporção geométrica dos bens entre a coletividade. Nesse sentido, o sistema jurídico operaria com uma lógica de justiça comutativa, enquanto a política, distributiva, pois tem como objetivo, o acréscimo de inclusão social.

60 Glosario sobre la Teoría Social de Niklas Luhmann, p.130.

7. SISTEMA ECONÔMICO

O sistema parcial econômico tem como meio para produção de autopoiese o dinheiro, condensado sob a forma dos preços. As operações do sistema econômico são os pagamentos e seu meio de comunicação é o dinheiro, fundamental para que o sistema econômico diferencie-se de outros sistemas sociais, como o sistema político.

O paradoxo do sistema econômico decorre da quantidade limitada de bens existentes, de sorte que o acesso de alguém sobre um bem, implicará no não acesso de outrem. Portanto, "sobre la escasez se funda la paradoja específica de la economía: el intento de eliminar la escasez a través el acceso a los bienes crea el problema de la escasez."⁶¹

Destarte, a codificação da propriedade é fundada no código ter/não ter, a detenção de propriedade de um indivíduo implica a exclusão dos demais, o que permite a dinâmica de circularidade dos bens na sociedade.

Ademais, todos os pagamentos exigem justificativas, que compõem a heterorreferência do sistema econômico, pois os motivos que geram a necessidade de um pagamento fazem parte do ambiente e não podem ser transferidos ao interior do sistema econômico, de forma automática.

Os programas econômicos apenas se ocupam de preços que, na economia moderna, são fixados de forma auto-regulatória pelo mercado, cujo foco é apenas a adequação do preço, independentemente de outros tipos de valorações, como as do sistema moral. Em outras palavras, os critérios que condicionam as operações do sistema econômico apenas podem provir de seu interior e apenas podem ser traduzidos em preços e outros critérios econômicos, que levem em conta os custos e benefícios de uma operação. Nos dizeres de José Reinaldo Lima Lopes⁶²:

61 Glosario sobre la Teoría Social de Niklas Luhmann , p.69.

62 Raciocínio Jurídico e Economia, p.140

“Ora, o tipo ideal na economia é uma racionalidade, que explica e interpreta as ações ‘de um ponto de vista econômico’. O ponto de vista econômico pode ser o ponto de vista do custo e do benefício. O preço, ou o custo, e os benefícios esperados são legitimamente levados em conta para justificar e dar razão de ser (racionalidade) do juízo econômico. A economia pode dizer, portanto, o que custa e quanto custa, no curto, médio, no longo prazo, para um agente, ou vários e assim por diante.”

A atuação estatal no sistema econômico terá como objetivo a melhoria da eficiência econômica e da distribuição de rendimentos, a estabilização da economia através de políticas macroeconômicas e a condução da política econômica internacional.

A principal fonte de custeio das despesas públicas estatais para a consecução de seus programas são os tributos, que permitem a apropriação de recursos de particulares, para redirecioná-los a finalidades públicas – é o veículo de transferência de bens privados para bens públicos, como programas de saúde, educação e segurança da sociedade⁶³.

Assim, sob a perspectiva do sistema econômico, o tributo apenas é decodificado como uma forma de pagamento, que irá custear as despesas públicas. Ademais, do ponto de vista do sistema econômico, na instituição de determinada exação, estarão em jogo critérios de custo, de mensuração pecuniária da conduta eleita para figurar no antecedente de uma norma de incidência tributária, de avaliação de signos presuntivos de riqueza, estudos sobre os impactos que determinada exação possa ter sobre o mercado e toda a sorte de cálculos de eficiência, custo e benefícios do tributo⁶⁴.

63 Samuelson, Paul e Nordhaus, Willian, *Economia*, p-.286.

64 Na *Riqueza das Nações*, Adam Smith dedica-se, em certa passagem, a fazer análises sobre impostos- imposto sobre a renda da terra, sobre a renda, renda das casas, sobre o lucro ou sobre o rédito resultante do capital, imposto alfandegário- tecendo diversas análises econômicas das exações. As análises feitas deixam transparecer com clareza, as especificidades das análises econômicas dos tributos, cuja racionalidade é totalmente distinta da jurídica, como se depreende de um trecho, que trata do imposto sobre consumo de cerveja, na Inglaterra do século XVIII: “Um rédito maior do que aquele que é actualmente retirado de todos os impostos pesados sobre o malte e a cerveja forte e fraca poderia ser aumentado ainda mais, diz-se frequentemente, por meio de um imposto muito

8. ACOPLAMENTO ESTRUTURAL

No bojo das teorias de sistemas autopoieticos, fundados nos conceitos de abertura cognitiva e fechamento operacional, em que há seleção e processamento interno das informações advindas do ambiente, de acordo com códigos e programas peculiares ao sistema, o conceito de acoplamento estrutural é de suma importância.

Vimos anteriormente que, devido à autopoiese, o sistema não é hábil a reproduzir e realizar qualquer tipo de operação, havendo restrições na produção de comunicações, reduzindo-se o seu âmbito de operação. O fechamento auto-referencial faz com que o próprio sistema reproduza a sua diferenciação em relação ao ambiente.

Por outro lado, a abertura cognitiva impõe a idéia de que o sistema é auto-irritável ao ambiente, mantendo com este relações, o que nos conduz ao conceito de acoplamento estrutural.

“Acoplamento estrutural” é meio pelo qual os diferentes sistemas podem se relacionar e se irritar mutuamente. Pode-se visualizá-los como engates, conexões que estabelecem as relações entre os sistemas, que se sensibilizam reciprocamente, de forma a possibilitar o seu desenvolvimento. É dizer, embora o ambiente não possa determinar a forma pela qual se dará a operação de reprodução de estruturas do sistema, apenas poderá operar de maneira compatível com o ambiente.

mais leve sobre o malte, sendo as oportunidades de defraudar o rédito muito maiores numa fábrica de cerveja do que numa de malte, ficando os que fabricam cerveja para uso particular isentos de todos os direitos ou composição para direitos, o que não é o caso dos que fabricam o malte para uso particular. Na fábrica de cerveja preta de Londres, um quarto do malte é geralmente transformado em mais de dois barris e meio, às vezes em três, de cerveja preta. Os diversos impostos sobre o malte atingem seis xelins sobre o produto de um quarto de quintal de malte. Na fábrica de cerveja da província para a venda normal, um quarto de quintal de malte é raramente transformado em menos de dois barris e meio de cerveja forte. Os diversos impostos sobre a cerveja fraca atingem um xelim e quatro dinheiros por barril. Na fábrica de cerveja da província, portanto, os diversos impostos sobre o malte, cerveja forte e fraca, raramente atingem menos de vinte e três xelins e quatro dinheiros, muitas vezes de vinte e seis xelins, sobre o produto de quarto de quintal de malte. Mas retirando todos os diversos impostos sobre a cerveja forte e fraca e triplicando o imposto sobre o malte, ou aumentando-o de seis a dezoito xelins sobre o quarto de quintal de malte, poderia auferir-se por meio deste imposto somente, afirma-se, um rédito ainda maior, que é o que actualmente retirado de todos esses impostos mais pesados.” (p. 589-590).

Outro conceito conectado ao de “acoplamento estrutural” é o de “irritação”, que pode ser entendida como a reação de um sistema ao ambiente. Considerando-se que todo sistema adapta-se ao seu ambiente e que, ademais, os sistemas são autônomos, o ambiente apenas pode afetar o sistema produzindo irritações, que são re-elaboradas internamente, de sorte que se entende que as irritações são construções internas, resultantes do confronto com as próprias estruturas do sistema- são auto-irritações.

Por “informação”⁶⁵ deve-se entender, no contexto da teoria sistêmica, como um acontecimento apto a selecionar o estado do sistema, através de suas estruturas, portanto, a informação sempre provirá de dentro do sistema, de forma a lhe trazer equilíbrio, diante de um estímulo vindo do ambiente.

Nas operações de engate entre os diversos tipos de comunicações, há pressões para que os sistemas fiquem indiferenciados, promovendo-se a corrupção dos códigos dos respectivos sistemas.

Ainda que na teoria sistêmica prevaleça a ausência de harmonia entre os sistemas, deve haver alguma coordenação entre eles. O acoplamento estrutural não implica que um sistema se imiscua em outro ou que operem de forma harmônica, porém há um evento comum à seletividade de um ou mais sistemas, que gera conseqüências diferentes no interior de cada qual, que operam de forma independente. Assim, por exemplo, uma esmola na igreja é operação do sistema econômico e do religioso, simultaneamen-

65 “Por conseguinte denominamos ‘información’ a un acontecimiento que selecciona estados del sistema. Esto es posible solo mediante estructuras que limitan y preleccionan las posibilidades . La información presupone estructura, pero no es en sí una estructura, sino un acontecimiento que actualiza el uso de las estructuras. Los acontecimientos son elementos que se fijan puntualmente en el tiempo, acontecen una sola vez y solo en el lapso mínimo necesario para su aparición. Este suceso temporal los identifica y, por lo tanto, son irreptibles. Precisamente por esto sirven como elementos de unidad de los procesos. (...)”

La información es, por lo tanto, simple información de un sistema. Hay que nombrar, además, otra característica que sirve indirectamente a la definición del concepto de información: debe tratarse de sistemas autopoieticos, por lo tanto, de sistemas que siempre actúan en la transformación de su propio estado. De lo contrario se trataría de un simple cambio en el sistema mediante una influencia exterior. Solo a los sistemas autopoieticos se les presenta la influencia exterior como una determinación para la autodeterminación y con ella como información modifica el contexto interno de la autodeterminación sin rebasar la estructura legal con la que el sistema tiene que contar. Las informaciones son, por conseguinte, acontecimientos que delimitan la entropía, sin determinar por ello al sistema.” (Niklas Luhmann, Introducción a la teoría dos Sistemas, p.105-106).

te, ainda que seu significado religioso não coincida com o econômico. Isto porque o acoplamento estrutural ocorre apenas ao nível das estruturas, mas não da auto-reprodução dos sistemas, como se depreende⁶⁶:

“Cuando acontece un acoplamiento estructural entre dos sistemas, no significa que exista una fusión entre ellos o que haya una coordinación estable de las operaciones respectivas. El acoplamiento estructural se realiza en correspondencia con un evento, el cual desaparece en el momento mismo de su aparición: la coincidencia, por lo tanto, es solo momentánea y no conforma una fusión entre las operaciones de los sistemas coludidos, en cuanto que vuelven a separarse inmediatamente después de su encuentro.(...)”

El acoplamiento estructural, entendido de este modo, es completamente compatible con la hipótesis de la clausura autopoietica de los sistemas. Del sentido, en cuanto que interviene solo al nivel de las estructuras, y no de la autorreproducción: la completa independencia de los sistemas de la constitución de los propios elementos y en la determinación de sus conexiones permanece intacta, mientras que al mismo tiempo se observa una coordinación entre estructuras recíprocas.”

De toda a sorte, nesse talho, a retomada do conceito de diferença entre sistema e ambiente é fundamental: o sistema apenas existe, porque há ambiente, sendo a recíproca verdadeira. Nenhum sistema pode evoluir a partir de si mesmo, pois embora a reprodução das estruturas só possa ocorrer no interior do próprio sistema, é estimulada a partir do ambiente. Os impulsos do ambiente produzem mutações no sistema e a causalidade entre sistema e entorno pode apenas ser observada no plano dos acoplamentos estruturais, levando-se sempre em consideração, a autopoiese.

O acoplamento estrutural não se relacionará com a totalidade do ambiente, mas apenas com uma porção selecionada, de forma que apenas um corte do ambiente estará acoplado estruturalmente ao sistema, canalizando a causalidade que produzirá efei-

66 Niklas Luhmann, Introducción a la teoría dos sistemas, p.99.

tos em seu interior. O que não estiver nesse âmbito de seleção será indiferente ao sistema.

A redução de complexidades é condição para o aumento de complexidade, o que significa que quanto maior a capacidade de estabelecimento de acoplamentos estruturais de um sistema com seu ambiente, maior a possibilidade de criação de estruturas em seu interior. Nos sistemas naturais, o mesmo ocorre- o cérebro opera dessa forma, ou seja, por meio dos sentidos o cérebro reduz a complexidade do ambiente que não pode ser apreendido em sua totalidade, possibilitando, por outro lado, a formação de estruturas complexas no cérebro.

O acoplamento estrutural dos sistemas sociais depende de linguagem para se realizar, porque esta é redutora de complexidades do meio ambiente, mediante de signos convencionais⁶⁷ :

“El acoplamiento estructural que se realiza a través del lenguaje, pone de manifiesto con el lenguaje deja fuera una multitud de posibilidades de percepción y absorbe solo unas pocas y que, gracias a eso, puede ser él mismo complejo.(...) Por tanto, tenemos en el lenguaje, tanto oral como escrito, el ejemplo más patente de patrones altamente selectivos que se reducen a unos cuantos signos estandarizados y que no permite que toda la riqueza de percepción pueda ser procesada. Por más complejo que sea el lenguaje y por más refinadas que se pudieran ser sus estructuras temáticas, jamás podría posibilitar el reflejo de todo lo que existe en el entorno, en todos los niveles de operación de la realidad.”

Ademais, a possibilidade de se influir no sistema sempre deve respeitar a autopoiese. O sistema apenas pode reagir se for capaz de processar informações do ambiente e transformá-las em estruturas. As estruturas não são determinadas pelo ambiente, sendo a função do acoplamento estrutural fornecer constantes irritações ao siste-

67 Niklas Luhmann, Introducción a la Teoría de Sistemas, p.101.

ma, aumentando sua capacidade de desenvolver as estruturas para processar informações.

Entretanto, deve-se observar que quanto mais se verifica a necessidade do estabelecimento de acoplamentos estruturais, para que o sistema se adapte ao ambiente, mais se desenvolve o seu potencial de destruição, pois o sistema ficará mais suscetível a interferências de outros sistemas, geradoras de ruído em suas operações.

9. ACOPLAMENTO ESTRUTURAL E LINGUAGEM

Conforme mencionado alhures, no modelo criado por Luhmann, há três categorias de sistemas autopoieticos, de acordo com o ambiente em que desenvolveriam suas operações auto-referenciais: o biológico (opera diretamente com o mundo fenomênico), o psíquico (opera pela consciência) e o social (opera mediante comunicações).

Da mesma forma, foi mencionado que o acoplamento estrutural seria a forma de relacionamento entre dois sistemas autopoieticos, tomados do ponto de vista de um observador localizado externamente ao sistema, que pode verificar como sistemas que reproduzem suas próprias operações põem-se em relação com o ambiente. A evolução dos sistemas autopoieticos é intimamente referente às relações mantidas entre sistema e ambiente, ou seja, da combinação entre autopoiese e acoplamento estrutural.

O acoplamento estrutural dos sistemas que processam sentido, como os sistemas da consciência e comunicacionais, ou sistemas psíquicos e sociais, ocorre com exclusão de outros acoplamentos estruturais. Isto porque a comunicação é autônoma em relação ao mundo fenomênico, não havendo ligação direta entre os fenômenos físicos e a comunicação, porque apenas pode se dar por intermédio da consciência.

Em consonância com o conceito de acoplamento estrutural, o que é comunicado

do ambiente é o filtrado e selecionado pelas estruturas dos sistemas, de acordo com o critério da conveniência dos efeitos a serem produzidos em seu interior. Em suas palavras⁶⁸:

“En el caso del acoplamiento estructural entre sistemas psíquicos y sociales, la tesis fundamental es que los sistemas de comunicación (sociales) están acoplados a la conciencia y a ninguna otra cosa más. La comunicación es totalmente independiente con respecto a lo que acontece en el mundo: como los átomos evolucionan hasta llegar a convertirse en moléculas, o como el viento o las tormentas azotan el mar; o como es la forma visual u óptica de las palabras. Todo ello no juega ningún papel relevante para la comunicación, sino solo lo que la conciencia sea capaz de entremediar.(...)La conciencia es la única que puede tener capacidad de percepción y darse cuenta de lo que sucede en el mundo. La comunicación, en cambio, no puede percibir: transcurre en alguna medida en la oscuridad y en el silencio. Dado que es la conciencia la que percibe, se puede decidir a utilizar, en un momento dado, energía motora para hablar o escribir. La comunicación misma no puede ver, ni oír, ni sentir: no tiene ninguna capacidad de percepción.”

A linguagem, assim, permite que haja a interpenetração entre os sistemas psíquicos e sociais, atuando como meio para a expressão dos pensamentos, como também, meio para formular as comunicações dos sistemas sociais, pois pela linguagem objetiva-se a percepção, de acordo com as notas selecionadas em relação ao mundo, sendo redutora de complexidades. A linguagem opera enquanto estrutura altamente seletiva, traduzida em símbolos, que permitem a produção de sentido ser duplicada pelos sistemas psíquicos e sociais, pois a linguagem opera como seu acoplamento estrutural.

Assim, a evolução de um sistema social dá-se através de um processo em que as irritações não- comunicacionais do ambiente que atuam sobre o sistema social, são

68 Introducción a la teoría dos sistemas, p.206.

filtradas duplamente pela consciência e pela verificação da possibilidade de comunicação. Nas interações mantidas entre os subsistemas sociais, ainda haveria um terceiro filtro, estabelecido pelas linguagens especializadas de cada qual⁶⁹.

A consciência teria fundamental importância nesse contexto, na medida em que controlaria o acesso ao mundo fora da comunicação, em razão de sua capacidade de percepção, de filtros altamente seletivos que também seriam acoplados a processos neurofisiológicos que, por sua vez, dependeriam do acoplamento de outros sistemas autopoieticos da vida.

Sob o prisma dessa teoria, constrói-se um modelo no qual visualizamos uma rede de relações entre diversos sistemas, acoplados estruturalmente, de forma que se relacionam mutuamente, com total dependência dos acoplamentos estruturais e, ao mesmo tempo, total autonomia de operações, cujo vetor é a diferença entre sistema e ambiente.

O acoplamento estrutural entre sistemas de consciência e os sistemas de comunicação é realizado através da linguagem, que opera como veículo para a consciência. Em outras palavras, a função da linguagem é operar como o acoplamento estrutural entre consciência e comunicação, ao mesmo tempo em que a linguagem é requisito para a auto-poiese das comunicações, já que possibilita a estabilidade da recursividade de sentido nas operações comunicativas, ou seja, garante a permanência da circulação comunicativa.

Deve ser lembrado que Luhmann faz a distinção entre informação e ato de comunicar, pois a informação pode ser apreendida pela percepção ou interpretação de informações, que não sejam transmitidas por forma lingüística, como a linguagem corpo-

69 Sobre esses acoplamentos estruturais, diz Gunther Teubner: "O próximo monstro sistêmico - a diferenciação funcional - revela-se outro pesadelo, porque novamente altera drasticamente a situação. A determinação de esferas de sentido autônomas na sociedade, sua constituição de acordo com cada um dos próprios códigos e programas, e especialmente seu fechamento mútuo permitem a elas um novo modo de lidar com a desconstrução. Um de seus efeitos é a sua imunização em relação a outros mundos de sentido e seus paradoxos. O sistema jurídico permanece indiferente ao paradoxo de Creta, declarando-o um problema que só interessa à lógica. No direito, a desconstrução somente conta mediante o paradoxo do direito, que ameaça a aplicação do código binário lícito/ilícito." (Direito, Sistema e Policontextualidade, p.67).

ral. Apenas haverá comunicação se a percepção converter-se na distinção entre informações ulteriores, podendo ser atribuída a um emittente. O enunciado lingüístico revela a intenção comunicativa, permitindo distingui-la de comportamentos voltados a outros fins.

A linguagem viabiliza a comunicação, pois permite a sua compreensão, utiliza de mecanismos de generalizações simbólicas em forma de signos, que permitem a comunicação não somente do dato atual, mas também sobre possibilidades. Ademais, é arbitrária, pois não há conexão entre o signo lingüístico e o conteúdo a que se refere, não havendo um motivo substancial que determine a utilização de determinada seqüência de signos, dissociando-se o conteúdo dos veículos que a transmitem, sendo por essa razão possível à linguagem referir-se a objetos abstratos, como a Justiça. Em outras palavras, não há ligação entre os signos lingüísticos e os objetos denotados, mas sim a univocidade entre informação e ato de comunicar, de forma generalizada.

Para cada enunciado positivo, é possível a formulação lingüística de sua negativa, de sorte que toda comunicação lingüística, implicitamente, possa fazer remissão ao possível enunciado oposto, assumindo a comunicação a forma de diferença entre duas possibilidades opostas. Por essa razão, a linguagem pode comunicar todos os conteúdos, permitindo estabelecer um mecanismo de evolução da sociedade.

Ainda que a linguagem seja a unidade constitutiva da autopoiese da comunicação, não conforma por si própria um sistema comunicativo autopoietico, sendo hábil apenas a conformar efeitos secundários na comunicação. Opera como meio pelo qual sistemas autopoieticos estruturam suas operações e estabelecem a sua reflexividade, mas por si, não realiza operação específica que a diferencie do ambiente.⁷⁰

70 Diz Luhmann: "En resumen, la teoría debe dejar en claro que el lenguaje no es ningún sistema, porque no posee una forma específica de operación. La operación del lenguaje le adviene o por la comunicación o por una realización de conciencia que introduce en lenguaje la forma del sentido. Es evidente que se pueden efectuar procesos de atribución a la acción en el lenguaje en el sentido de que se sabe a quién se debe preguntar cuando algo no se ha entendido, o cuando es necesario adjudicar a alguien responsabilidad, o cuando es menster contradecir a alguien. Todo esto es cierto, pero son fenómenos secundários de la autopoiesis de la comunicación, pero no su unidad elemental, basal, constitutiva." (Introducción a la teoría dos sistemas, p.213).

Com essa assertiva, não se quer negar que a linguagem seja dotada de sistematicidade e organização, porém não no sentido de um sistema autopoietico, que executa uma função específica, em relação ao seu ambiente. A linguagem é mecanismo do qual se servem os sistemas autopoieticos de sentido, sendo fundamental para viabilizar o fechamento operacional, pois termos lingüísticos são constituídos como articulações internas dos sistemas psíquicos e sociais.

Segundo Luhmann, haveria uma tendência atual de se traçar um paralelo entre a teoria da cibernética de segunda ordem e a teoria semiótica, em que haveria a fusão de uma semiótica de segunda ordem com cibernética de segunda ordem, em que há observação de observações⁷¹.

Na assim denominada de semiótica de segunda ordem, quando se diz que alguém confere significado, há referência da distinção entre significante e significado, de forma que quem confere significados, o faz de maneira reflexiva, em nível de segunda ordem. A distinção entre significante e significado seria estruturada na forma de re-entry.

A tríade semiótica, em que o signo seria composto de significante, significado e significação, compondo-se dos planos sintático (estrutura do signo), semântico (âmbito do designado) e pragmático (direcionado aos utentes da linguagem), seria relida, nos termos da teoria dos sistemas, nos conceitos de Spencer Brown de distinção/indicação e re-entry. Ademais, à Semiótica seriam agregados os conceitos de acoplamento estrutural, dos efeitos de inclusão/exclusão, do aumento do potencial de complexidade.⁷²

71 Introducción a la teoría dos sistemas, p.215.

72 Sobre a utilização da teoria dos sistemas autopoieticos para a compreensão da hermenêutica jurídica, José Maria Arruda de Andrade: "Nesse sentido, a teoria biológica autopoietica se filiará a corrente teórica que pretende romper com a tradição da linguagem como representação e com a noção de que o processo de conhecimento é o de captação de realidades exteriores.

A diferença reside no fato de a teoria autopoietica chegar a tal ponto, sobretudo diante de uma releitura da noção de sistema nervoso, rompendo com a tradição que considerava partícipe de um processo de inputs e outputs. 'O fenômeno interpretativo é a chave central de todos os fenômenos cognitivos naturais, incluindo a vida social. O significado surge em referência a uma identidade bem definida, e não se explica por uma captação de informação a partir do exterior' [VARELA, 1997:48]. (Interpretação da Norma Tributária, p.145).

Com efeito, frise-se que, de acordo com essa abordagem, a linguagem não guarda conexões com o ambiente, sendo indiferente às operações que correm no exterior do sistema, além de operar como produtora e reprodutora de diferença, sendo dotada de mecanismos de auto-controle, em que disponibilizaria as palavras relevantes para a próxima operação, os possíveis estabelecimento de referências, signos e significados necessários para a reprodução da linguagem. Tudo isso implicará que não há revelação de sentido pela linguagem, pois esta não toca o dado real.

CAPÍTULO 3

SISTEMA COMUNICACIONAL DO DIREITO

3.1 O SISTEMA JURÍDICO E SUA FUNÇÃO

“Para que serve o Direito”? Esse é a pergunta sobre a qual se debruçou Luhmann, autor preocupado em fazer uma análise funcional do Direito, também sob a perspectiva do direito positivo, enquanto fruto de processo de escolha ou decisão. Na teoria dos sistemas vige a perspectiva funcional do Direito, pois é estudado não pelo tipo de estrutura que ostenta, mas pelo tipo de função desempenhada.

O sistema jurídico pode ser definido como sistema autopoietico de segundo grau, porque imerso em outro sistema autopoietico, da sociedade, diferenciado e autônomo em relação a esta, em virtude de sua auto-referencialidade.

Para Luhmann, o sistema jurídico se auto-reproduz, a partir de elementos que lhe são internos- comunicação jurídica, que produz comunicação jurídica, por meio de comunicação jurídica. Contudo, o ponto de partida de sua teoria é a sociedade e não o próprio Direito, que é seu subsistema, caracterizada pelas comunicações que produz.

Assim, conforme o capítulo anterior, a concepção autopoietica dos sistemas é

baseada na idéia auto-reprodução, enquanto processo que interliga eventos e operações, de forma diferenciada do ambiente, constituindo a ordem e unidade, que o distingue dos demais sistemas autopoieticos. Por essa razão, autores que adotam os modelos sistêmicos, frisam que a estrutura do sistema jurídico não seria hierarquizada, como idealizou Kelsen, porém “heterárquica”.

As operações que qualificam normativamente a comunicação jurídica com o código lícito/ilícito fecham-se, de forma circular, para construir a realidade do sistema jurídico, de sorte que se faz um corte metodológico em relação à problemática dos fundamentos da ordem normativa, substituindo-se o axioma da norma jurídica fundamental pelo do fechamento operacional do sistema, como clarifica José Engrácia Antunes⁷³:

“Quase inevitavelmente ocorre ao espírito a analogia do pensamento autopoietico com a teoria kelseniana, com uma diferença de desenho teórico, ali circular, aqui piramidal: se KELSEN pensou poder encontrar numa fictícia Grundnorm a panacéia para o eterno problema do fundamento último da racionalidade jurídica, TEUBNER e os adeptos da teoria autopoietica eliminam o próprio problema ao salientar a circularidade e a auto-referência do direito.”

E Karl Heinz Ladeur⁷⁴:

“The autopoietic concept of system is general – we will come back to the legal system later – is based on the assumption of a necessary continuation, a self-production of a system – not on some essential unity to be presupposed and reproduced – but on a process linking event to event – in a differential mode. It does not proceed in a top-down approach sticking to the preservation of a settled core of a rules but, instead, is rather in search of net work-like patterns of linkages to be generated in a bottom-up mode leading to the

73 Prefácio de O Direito como Sistema Autopoietico, p.XXIII.

74 The Theory of Autopoiesis as an Approach to a better Understanding of Postmodern Law: from the Hierarchy of Norms to the Heterarchy of Changing Patterns of Legal Inter- relationships., p.9-10.

construction of distributed order linked to its own process of self-generation. This would allow for a first characterization: this idea of a system is heterarchical, not hierarchical, ie, does not presuppose a fundamental unity or a universal rationality or the like.”

A sociedade é definida como conjunto de comunicações, pois estas só podem existir nesse contexto - quanto maior o número dos meios de comunicação, maior a complexidade na sociedade.

A evolução, enquanto aumento de complexidade dos sistemas autopoieticos, seria fruto do processo de variação, seleção e estabilização de estruturas, em que há a “multiplicação de expectativas normativas conflitantes (variação); processo de decisão das expectativas admitidas no sistema (seleção); regulamentação e programação condicional das expectativas normativas válidas (estabilização)⁷⁵”.

As unidades básicas do sistema jurídico não seriam normas, mas comunicações especializadas, em virtude de código peculiar. A comunicação seria composta pelo ato de emitir, informar e compreender e constituiria a matéria-prima da sociedade e seus sistemas parciais. “Sistema” não seria o conjunto de regras sistematicamente organizadas, mas de operações fáticas, tal como as operações sociais que consistem em comunicações, pois conforme mencionado, o ponto de partida da teoria dos sistemas não são as normas e nem tipologia dos valores, mas a distinção entre sistema/ambiente.

Os sistemas sociais também não são compostos por homens, de molde a romper com a dicotomia “sujeito versus objeto”. Essa dicotomia, presente na obra de Kelsen, é substituída pela do “sistema versus ambiente”, ponto fulcral da teoria dos sistemas.

Sob o prisma do Direito, a multiplicação das possibilidades de comunicação fez com que deixasse muitas vezes de ser concebido em sua função específica. Todavia, a comunicação jurídica assume forma distinta das produzidas no âmbito econômico, polí-

75 Celso Campilongo, Política, sistema Jurídico e Decisão Judicial, p.89

tico ou de qualquer outro subsistema que se apresente.

A função específica do Direito para Luhmann é a “garantia das expectativas normativas”, ou “generalização congruente de expectativas normativas”, ou a “estabilização e manutenção de fluxos comunicacionais contrafáticos”, prestando-se à estabilização do código. Quer isso dizer que o Direito é contrafático, ou seja, não altera a dinâmica do sistema e seu fechamento operacional, o descumprimento de seu programa, socorrendo os desiludidos através do estabelecimento de sanções. Não depende, da mesma forma, de critérios subjetivos, porém há a generalização na compreensão do Direito, que dever ser observada por todos.

As normas jurídicas amparam as expectativas ainda quando inobservadas, distinguindo-se expectativas cognitivas das normativas, pois nestas, o comportamento será garantido pela perspectiva de aplicação de sanção, que ampara a decepção e confere força à expectativa. Num contexto de extrema complexidade do ambiente, em que há escassa possibilidade de assimilação dessas frustrações, a evolução social desenvolveu função específica, de um sistema que logre anteceder à expectativa de que algo ocorra de acordo com o prescrito na norma, estabilizando-a, pois uma norma jurídica não perde sua validade se é descumprida.

A complexidade de comunicações do sistema distingue-se pela função desempenhada, exigindo tratamento específico, pois conforma função específica. A especialização surge de cortes nos métodos de comunicativos, impostos pela necessidade de redução de possibilidades de comunicação, para sua melhora. Nesse sentido, o direito positivo reduz complexidades do sistema jurídico.

Essa função específica do Direito, que o diferencia do ambiente, permitindo o seu fechamento e discernimento de quais comunicações estariam aí incluídas ou, por outras palavras, a busca das linhas por onde traçaria o sistema seus próprios limites, são temas fundamentais tratados pela Teoria dos Sistemas, apoiando-se em rico instrumental conceitual, como a construção das definições de “unidade operativa”, “autopoiese” e “autonomia do sistema jurídico”. A função especializada viabiliza a unidade do sistema jurídi-

co, atributo não é premissa operativa do sistema, nem princípio, nem norma, pois nenhuma sentença mencionaria ou comprovaria a unidade do sistema. Em outras palavras, o sistema jurídico não requer nenhuma estrutura hierárquica que tenha a função de garantir a unidade do sistema ou que a tome como elemento a ser introduzido no sistema.

Nos sistemas autopoieticos que se valem do sentido como o modo de operação autopoietica, podem se observar e se descrever, reproduzindo sua própria unidade como identidade no interior do sistema, de forma tautológica, enquanto diferença em relação ao ambiente. E o único critério que define sua identidade é a sua diferenciação em relação ao ambiente⁷⁶.

O Direito não adquire a realidade pelas normas, mas pelas operações que produzem e reproduzem o sentido específico e, nesse contexto, estruturas são necessárias para que se tenham conexões altamente seletivas das operações. As operações acarretam produção de diferença ou o efeito discriminatório entre sistema e ambiente.

Para desenvolver essa idéia, Luhmann elabora reflexão sobre como as operações do sistema jurídico produziram a diferença entre sistema e ambiente e, como esta diferença requer, necessariamente, recursos para que as operações possam reconhecer o tipo de operação que lhes pertencem e, ao mesmo tempo, excluir as que não lhe pertencem.

Quanto à forma de operacionalização, não há nenhuma determinação estrutural que provenha de fora, pois somente o Direito pode dizer o que é Direito, por isso, a produção de estruturas é um assunto circular, já que para as operações referirem-se recursivamente às outras operações, necessitam construir estruturas.

Tudo isso conduz à idéia de auto-referência, que é a representação que faz alusão ao código, a distinção entre “direito/não-direito”, que pressupõe a vigência normativa das expectativas para a explicação do código, de forma que há uma referência indireta

76 La observación sociológica del derecho, p.80.

capaz de garantir a capacidade de conexão das operações do sistema dentro dele mesmo. A comunicação jurídica é pressuposto para uma nova comunicação jurídica, em forma de argumentação circular.

A comunicação somente chega ao fim quando na realização da operação, há a distinção entre informação, ato de participar da comunicação, ato de entender a comunicação e o processo mínimo da comunicação decide qual desses três componentes se conectará ao momento seguinte, ou seja, com a próxima comunicação.

Ainda, a operação do sistema jurídico está ligada à auto-observação, no sentido de sistema que observa a diferença entre sistema e ambiente e a reproduz mediante suas operações, voltando a introduzir no sistema, com a ajuda da distinção entre sistemas (autorreferência) e ambiente (heterorreferência). Estas específicas operações devem sempre pertencer ao sistema jurídico, muito embora possam ser observadas de fora e é isso que afirma a tese do fechamento operativo ou do "construtivismo operativo".

Em suma, o sistema jurídico, ao realizar a sua função específica, que é a viabilização das escolhas em uma comunicação complexa, possibilitada pelo fato das operações se orientarem por normas, necessita garantir a consistência de suas decisões, devendo operar como unidade. Para a diferenciação dessa função e o fechamento operativo do sistema jurídico, são relevantes outros dois fatores que se estimulam mutuamente: a especificação da função do Direito e a codificação binária do sistema que prevê um valor positivo (direito) de um lado e um negativo (não direito), de outro.

3.2 AUTOPOIESE DO SISTEMA JURÍDICO

O conceito de autopoiese permitiu a constituição auto-referencial do sistema (Direito que produz Direito por meio do Direito) e possibilitou com isso a identificação das operações mais elementares do sistema e a sua unidade. A autopoiese é considerada uma

invariável, ou seja, ela é a mesma para toda classe de sistema que processa sentido⁷⁷.

Entretanto, a teoria sistêmica de Luhmann agrega ao dado da auto-referencialidade, o dado da auto-reprodução, pois os sistemas autopoieticos são dotados de capacidade para gerar ordem interna a partir das complexidades ambientais, bem como a capacidade de gerar suas próprias estruturas, o que os torna independentes em relação ao ambiente.

Os sistemas autopoieticos estão atados ao seu tipo de operação, tanto para a produção de suas operações subseqüentes, quanto de suas estruturas. São sempre sistemas históricos que partem do estado imediatamente anterior que eles mesmos criaram, realizando operações que se exaurem no tempo.

Nos sistemas jurídicos, as normas adquirem estruturas unicamente quando são utilizadas para conectar acontecimentos comunicativos, ou seja, as normas adquirem estruturas somente quando são citadas implícita ou explicitamente. A operação que conduz à reprodução autopoietica é a comunicação.

Todavia, é conceito essencial na medida em que é o único conceito que afirma que no sistema somente existem os seus elementos e estruturas, na medida em que se mantém constante a autopoiese.

Luhmann preferiu um conceito de autonomia que se torne rígido ao introduzir a expressão autopoiese. A autonomia consiste, então, no grau em que o sistema jurídico olha para ele mesmo ao invés dos padrões de algo externo ao sistema social, político ou ético, para orientar na execução ou aplicação do direito.

As comunicações jurídicas, no âmbito da autopoiese, têm dupla função: ser fato-

77 Contudo, o próprio Luhmann em várias passagens de sua obra reconhece que o problema do conceito de autopoiese, como muitos que emprega, aliás, dá margem a muita discussão crítica, de forma que o efeito revolucionário do conceito se encontra em uma relação inversamente proporcional ao seu valor de esclarecimento. Assim, menciona o autor que o conceito não esclarece, por exemplo, qual o tipo de estrutura que deve se levar em consideração nos efeitos mútuos dos acoplamentos estruturais entre sistema e ambiente e também não serve para esclarecer quais programas normativos são aqueles que constituirão o sistema.

res de produção, estabelecendo condições de conexão com as operações subseqüentes e conservar as estruturas, porque confirmam ou modificam as delimitações previamente estabelecidas nas estruturas. Assim, produzem a operação subseqüente e confirmam ou mudam a estrutura utilizada, para selecionar a próxima operação – os sistemas autopoieticos são assim, máquinas peculiares, pois se utilizam de suas estruturas para se produzirem a si própria, de forma renovada⁷⁸.

3.3 ABERTURA COGNITIVA E FECHAMENTO OPERACIONAL DO DIREITO

A diferença entre sistema e ambiente permite que se designem, em referência recíproca, produzindo o sistema suas relações com o ambiente a partir de seus próprios impulsos/operações. Essas operações são possíveis graças a uma rede recursiva que é o próprio fechamento operativo, de sorte que a abertura a questões cognitivas depende diretamente do fechamento normativo do sistema.

Os sistemas só podem operar de forma fechada porque dependem do ambiente, o fechamento operativo realiza-se nesse âmbito, que para o sistema jurídico seria o sistema da sociedade, abarcando tudo o que se sucede socialmente. Em outras palavras, só existe sistema, porque há ambiente e vice-versa.

A comunicação jurídica realiza-se na sociedade, o que implica que nesse modelo teórico sempre são pressupostos dois sistemas de referência: jurídico e social. Ademais, o sistema jurídico será constantemente irritado pelos demais subsistemas sociais, como a política e a economia.

78 Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of Legal System, p. 1440.

Na atual teoria dos sistemas, são os sistemas operativamente fechados, idéia que não é contrária à doutrina dos sistemas abertos a inputs/outputs, pois tem por fundamento o conceito do mecanismo de duplo ingresso.

Essa construção teórica da autopoiese, portanto, permite um grande avanço na teoria sistêmica, superando a dicotomia “abertura versus fechamento”, ao estabelecer que na dinâmica de funcionamento desses sistemas, viabiliza-se a abertura cognitiva precisamente porque o sistema dispõe de fechamento operacional, a sua auto-referencialidade. O sistema pode se adaptar às constantes mutações do meio ambiente, sem perder a sua diferenciação, sem se confundir com o ambiente, porque o ambiente é reconstruído internamente, a partir das suas próprias estruturas.

A função específica do Direito abrange as expectativas normativas, não as cognitivas, em relação às quais, se há frustração de um fato que contrarie a expectativa, é assimilada pelo aprendizado ou pela indiferença do sujeito.

Assim, esquematicamente, vislumbra-se a seguinte estruturação:

SISTEMA JURÍDICO= FUNÇÃO DO DIREITO= COMUNICAÇÕES JURÍDICAS=
CÓDIGO +PROGRAMA

3.3.1 FECHAMENTO OPERACIONAL E CÓDIGO BINÁRIO

O sistema é autônomo, por estabelecer determinada organização das relações mantidas por seus elementos conformadores, que são produzidos no interior do próprio sistema, embora mantenham constante interação com o meio.

A teoria luhmanniana procede à investigação de como opera o Direito e como observa suas próprias operações e conseqüências, nas quais a forma de “internalização”

de informações do ambiente ocorre pelo mecanismo de duplo ingresso, dando-se ênfase às relações entre sistema/ambiente, mediante estruturas próprias.

De qualquer sorte, para que seja possível o sistema construir as suas próprias complexidades, é necessário o fechamento operativo, consistente na seleção e conexão entre elementos, possibilitando falar-se de elementos próprios do sistema, dos limites do sistema e da diferenciação entre sistema e ambiente.

Para tanto, a produção de suas operações remete-se às suas próprias operações, em termos recursivos, ou seja, reproduzem –se a si próprios, determinando, então, o que pertence ao sistema e o que pertence ao ambiente, conformando uma estrutura tautológica – “Direito, que produz Direito, por meio de Direito”. A estrutura de “dever ser” seria apenas uma forma de revestir lingüisticamente a tautologia do Direito, pois o sentido jurídico –normativo é dado pela operação que estabelece qual comunicação pertence ou não, ao sistema jurídico, conferindo-lhe fechamento e unidade, como elucida Luhmann⁷⁹:

“El sistema juridico se ve precisado a definir tautologicamente la calidad normativa de sus decisiones. Puede sustituir palabras, definiendo las normas por ejemplo, como ‘deber ser’, pero esto sólo sirve para encubrir verbalmente la tautologia. El sentido jurídico- normativo (rechtsnormativer Sinn) es aquello que caracteriza a um elemento como perteneciente al sistema jurídico.(...) El debe ser del derecho simboliza la unidad y la clausura del sistema con su ambiente, no hay input (entrada) ni output (salida) de derecho. En otras palabras, la función social del derecho es desempeñada exclusivamente en el sistema jurídico y en ninguna otra parte más.”

O fechamento operativo implica que as normas permaneçam estáveis diante dos desenganos e ocorre sem exceção, não é um princípio normativo - assegura-se a “dureza contrafática do sistema” na rede de recursividade da autopoiese, ie, a norma

79 La observación sociológica del derecho, p.85

continua sendo norma graças às seqüências operativas da práxis, que a antecedem e a sucedem.

Como mencionado, estando o sistema jurídico imerso no sistema da sociedade, como todos os sistemas que atendem a uma função determinada na sociedade, alcança complexidade adequada ao nível de observação de segunda ordem, operando a sua reprodução autopoietica no modo da expectativa normativa. O fechamento operativo, em síntese, consiste na auto-observação contínua do sistema, segundo o esquema de legalidade e ilegalidade.

3.3.1.1 CÓDIGO BINÁRIO

A sociedade é sinônimo de comunicação e o subsistema jurídico, da mesma forma, tem como conteúdo comunicação com predicado de jurídica, critério geral de sua identificação, que se presta à realização da expectativa normativa.

A comunicação qualificada como jurídica implica que somente do sistema possa resultar clausura, reprodução de suas operações, definição de seus limites, sendo fator decisivo que a comunicação subordine-se a um código imutável. Assim, apenas pertence ao sistema jurídico a comunicação coordenada por códigos "conforme ao direito/não-conforme ao direito", ou "lícito/ilícito", ou "legal/ilegal". Essa comunicação e suas modificações devem se desenvolver dentro do próprio sistema jurídico, de acordo com esse código, não importando se sua origem tenha sido política ou econômica.

Um desdobramento importante desse mecanismo é afastar conceitos vagos e indeterminados das comunicações de cunho moral, como o princípio da Justiça ou quaisquer fundamentais valores ou princípios em seu contexto moral e transcendental, porque a forma recursiva da operação do sistema jurídico centraliza o que pertence ao sistema e não logra êxito em diferenciar comunicações que estão sob o código

moral/imoral⁸⁰.

O código garante a unidade do sistema e é critério distintivo para a comunicação jurídica, reconhecida por estar submetida a um código capaz de enlaçar outras comunicações jurídicas. Não está determinado em uma norma superior, porque isso implicaria o regresso ao infinito, o que é afastado pela visão heterárquica do sistema jurídico. Também não é norma, mas a estrutura de um mecanismo de reconhecimento e um procedimento de coordenação da autopoiese da sociedade. O Direito da sociedade realiza-se pela efetivação de um código e não em referência à criação de uma regra.

O código tem duas particularidades (i) é universalmente manejável independentemente de seu conteúdo e (ii) possibilita o fechamento operativo, por meio da reformulação de sua unidade como diferença⁸¹.

O sistema jurídico apenas estabelece que para dispor sobre o que é conforme ou discrepante com o Direito, deverá sê-lo com observação de suas condições e, nesse sentido, o sistema está fechado operativamente e determinado em suas estruturas. Para que o sistema jurídico não se confunda com o ambiente, deve prevalecer a dureza do código, sob pena de não se reconhecer o Direito como tal.

Tomando-se a moral, como exemplo, o Direito apenas estará claramente diferenciado do subsistema moral com base em critérios jurídicos próprios - os fatos podem ser delimitados e especificados conforme o contexto jurídico, independentemente da valoração efetuada pela moral.

O sistema é dotado de unidade, no sentido de que tudo deve ser compreendido como um fato interno ao sistema, já que é apenas estimulável internamente, a partir de inúmeras circunstâncias. Em outras palavras, a unidade do sistema jurídico equivale ao

80 Karl - Heinz Ladeur, *The Theory of Autopoiesis as an Approach to a better Understanding of Postmodern Law: from the Hierarchy of Norms to the Heterarchy of Changing Patterns of Legal Interrelationships*, p.14.

81 Niklas Luhmann, *El Derecho de la Sociedad*,, p. 126.

seu funcionamento autopoietico, que converge para a realização de específica função social, tendo como instrumentos a codificação e a programação.

A unidade reproduzir-se-ia em qualquer operação como resultado, tal como a unidade de um organismo reproduz-se pelo intercâmbio de células, embora a unidade não seja ela mesma uma operação do sistema. A unidade do sistema pode ser observada e descrita, o que deve ser feito por um observador que, por sua vez, é um sistema autopoietico, como a ciência (no caso de observador externo) ou de dentro do próprio sistema jurídico.

3.3.2 ABERTURA COGNITIVA E PROGRAMAS CONDICIONAIS

Enquanto o fechamento operativo consiste no contexto de auto-observação contínua do sistema, segundo o esquema de legalidade e ilegalidade, a abertura cognitiva sempre ocorre dentro das condições autopoieticas de integrar o caso particular/norma modificada à práxis presente e futura das decisões do sistema.

Importante reiterar desde sempre, a inexistência de causalidade de forma automática (input/output) em relação ao ambiente, em outras palavras, não há "determinismo social" (adaptação às mudanças) no sistema jurídico. Não existiriam inputs de comunicação jurídica, porque não há comunicação fora do sistema jurídico.

Destarte, não se pode falar em relação harmônica entre os sistemas, pois estes operam de forma fechada, reproduzindo sempre as mesmas operações e estabelecendo limites estruturais bastante demarcados, de forma a impedir sua atuação sincronizada.

Por outro lado, as assertivas anteriores não querem significar que esses sistemas sejam refratários ao ambiente, sendo fundamental a abertura cognitiva, consistente no mecanismo em que se parte do resultado de um processo de seleção, mediante

engates localizados no interior do sistema, que permitem a sua reprodução e o aprendizado para a transformação do sistema.

Nos moldes da reprodução autopoiética, o Direito efetua em seu ambiente, operação cognitiva para se apropriar de informações definidas em suas estruturas como relevantes para reprodução normativa do sistema (descritas nos programas jurídicos).

A abertura cognitiva viabiliza a formulação de normas, enquanto operações internas ao sistema, pois o direito apenas pode tomar em consideração fatos externos, como informação que tenha sido gerada internamente. Portanto, não se fala em inputs/outputs, mas em "re-entry" ou duplo ingresso, que transmite a idéia de que são reconhecidas as referências externas, apenas se estas referências forem partes do próprio sistema jurídico. Dito em outras palavras, o sistema jurídico não pode atribuir ao ambiente normas, mas somente conhecimentos, pois as normas são produtos de operação puramente interna e não um processo de "transfer" de informações. No caso de insegurança nos resultados das investigações, o sistema somente pode recorrer a mecanismos que estão em seus limites.

Todas as informações de outros subsistemas são consideradas conhecimentos para o Direito, que as transforma internamente. Assim, por exemplo, o Direito aprende que determinados sintomas do comportamento são indicadores de uma enfermidade psíquica, o que para ele significa que há impossibilidade de imputação de culpa⁸².

O próprio Direito dispõe em quais ocasiões deverá se ater aos resultados da investigação da ciência ou ao processamento científico de dados, quando as opiniões dos experts e das organizações adquirem um significado decisivo dentro do processamento jurídico, para a tomada de decisões. Esses conhecimentos, contudo, podem abandonar seu caráter essencial, quando utilizado em processos de transformações das decisões jurídicas adequadas à forma prevista, primando-se pela solidez das decisões.

82 Niklas Luhmann, *El Derecho de la Sociedad*, p.142.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado para intenções, propósitos secundários, motivações, no âmbito da legislação, que também são filtrados no interior do Direito, podendo ou não ser considerados para a interpretação de uma norma, pois dentro dessa concepção não é possível se considerar uma investigação histórica, como a intenção original do legislador.

Outro exemplo é o do uso pelos tribunais da linguagem cotidiana na interpretação dos textos da lei - há interpenetração, pois o Direito pressupõe que o ambiente é hábil a estruturar e reduzir complexidades, de forma que se aproveita desses resultados, sem analisar sua origem e quando seja necessário, o fará sob critérios estritamente jurídicos. O Direito permite que haja esse "aproveitamento" para facilitar a sua tarefa de redução de complexidades na comunicação jurídica, o que é distinto da idéia de que haja livre trânsito entre a comunicação social no sistema jurídico.

Esses engates que permitem que haja interações, denominados como "acoplamentos estruturais", atuam como filtros, pelos quais as mudanças do ambiente sejam tomadas como motivos de aprendizagem de forma cognitiva ou como processamento interno de informações, mas não como imposição direta de produção de decisões. Em sentido contrário, as comunicações jurídicas não logram interferir em outro sistema, exceto na forma de conhecimentos a serem ou não filtrados. Karl-Heinz Ladeur empregou metáfora extremamente elucidativa de como o sistema apropria-se das informações do ambiente - o sistema operaria como um homem cego, com sua bengala, tateando o ambiente, para estabelecer o seu próprio sistema de orientação que traduza o ambiente sob as suas condições, permitindo que se locomova, ainda que não enxergue os arredores:

"One could use the metaphor of a blind man using a stick to test the stability of the ground on which he walks. He draws the distinction stable – instable and constructs a whole recursive system of orientation on the basis of this chain of operations which allows him to walk but does not permit him a full description of his environment. The paradox of closure can also be demonstrated with reference to this example: if the blind man realizes that

his stick and the operations he performs allow for differentiation on a specific sensibility, he is able to set up quite a complex construction of his surrounding. It is the closure of this system-I shall come back to the theoretical questions- which allows for openness. This paradox can and must be de-paradoxified: if the system reduces itself to the organization of its operations (executed by the stick), it can find a productive way of coupling to its environment. The extreme and unstructured complexity is only accessible to the system if it develops a 'translation'-system of its own which does not correspond to its external reality. This is the explanation for the code-it is so to speak the blind man's walking stick"

Por outro lado, o mesmo autor alerta que os sistemas somente poderão existir em forma plural, ou seja, o sistema necessitará de um ambiente que seja previamente ordenado e estruturado, viabilizando as suas próprias operações:

"This is why, however, the system needs an environment which is composed and structured by other systems. Systems always exist in plural form: there are different systems, all of which operate on their own 'Eigenvalue' and allow other systems to use pre-structured complexity. For example, for the legal system it is absolutely necessary that other systems, science, economy, politics, etc. also develop their own autonomy – otherwise the autonomy will break down. Again, the example of the blind man can be helpful: he has to presuppose that there is a pre-structured order separating pavements from roads, that people in general are polite and not rude, distribution of shops, etc. Otherwise, orientation would be impossible because of unstructured and inaccessible complexity."

A lógica operacional do sistema jurídico estabelece que o ambiente em que se insere seja de complexidade reduzida, restringindo-se os temas que serão passíveis de apreciação. Assim, por exemplo, em suas relações com o sistema político, considerando-se que nesse, a lógica é inclusiva e abrangente, o sistema jurídico se servirá constantemente das reduções de complexidades já realizadas.

O Direito não cede a incisivas pressões sociais, pois uma modificação apenas é possível pelas formas que o sistema jurídico determine, embora a reação pronta aos meios de comunicação de massa dê a impressão de que haja uma causalidade na mudança da opinião pública e suas conseqüências jurídicas⁸³.

Mas há, reitere-se, reação automática apenas em sua aparência. É inegável que em um contexto de sociedade de comunicação em massa, com meios de envergadura da internet, a reorientação do sistema jurídico em direção a determinados valores eleitos na sociedade ocorre com muito mais rapidez daquele em que pode operar, ainda que por essa mesma razão, os efeitos sejam mais erráticos e requeiram, invariavelmente, pronta revisão.

3.3.2.1 PROGRAMAS CONDICIONAIS

Não é possível se falar em comunicação jurídica lançando-se mão apenas do conceito de código, que apenas possibilita que o fechamento organizacional, ou seja, que o sistema jurídico diferencie-se do ambiente pelo código binário, de maneira rígida e toca. Faz-se imprescindível à noção de programa, que matiza a aplicação do código, possibilitando a abertura cognitiva do sistema jurídico.

O programa pode ser entendido como regras previamente fixadas que orientam a identificação do conteúdo da expectativa normativa - são as normas jurídicas que determinam de que maneira o código deve ser utilizado. Assim, por exemplo, no caso da relação jurídica processual, as normas processuais e materiais incidentes sobre o caso concreto estabelecem a qual das partes será atribuída o código positivo, de licitude de sua conduta. Em poucas palavras, com a programação reparte-se o código lícito/ilícito sobre as situações fáticas.

83 Niklas Luhmann, *El Derecho de la Sociedad*, p.150.

A legislação tem papel fundamental para manutenção da diferenciação e como consequência, da autonomia do sistema jurídico, pois permite o isolamento de questões morais ou quaisquer outras, que possam ser estranhas à codificação, reduzindo complexidades.⁸⁴

O direito positivo é intrinsecamente ligado à autonomia do sistema jurídico, pois o direito só pode ser válido se estiver posto nas suas próprias normas, que regulam como deve ocorrer a sua auto-reprodução. Não há qualquer fator externo ao sistema que pode “introduzir o direito no direito”, uma vez que a sua formulação é tautológica – todas as mensagens do exterior devem ser processadas internamente.⁸⁵

O programa do sistema jurídico possibilita os processos de seleção ou filtros pelos quais as múltiplas possibilidades sociais ingressam no sistema, com redução de complexidade, sendo o programa inerente à idéia de abertura cognitiva.

Os programas do sistema jurídico são condicionais, mecanismo em que os códigos serão aplicados segundo a relação lógica “se então”, ie, a programação do sistema jurídico dirá que, ocorrido determinado fato, acarretará determinada comunicação- estabelece que o fato social será lícito ou ilícito. Isso porque, ao nível da codificação, às operações são atribuídos os valores “direito/não-direito”, permitindo o código que o sistema se feche, isto é, permite apenas que se enlacen comunicações jurídicas com comunicações jurídicas, perfazendo o esquema recursivo.

84 Como assevera Luhmann: “A canalização e controle das influências sociais através da legislação, portanto, a positivação do direito, constitui uma condição prévia essencial da autonomia social da evolução legal da decisão. O sentido em que são relevantes para a decisão e não já diretamente a idéia do verdadeiro e do justo que lhe foram impostas numa organização visualizada da vida social. Assim ele pode operar com um afastamento maior e não está obrigado, em todos os assuntos muito diversificados sobre os quais tem que decidir, a poder adivinhar os princípios morais do parecer que sejam susceptíveis de consenso. Ele pode e deve decidir como um estranho.” (Legitimação pelo Procedimento, p.56).

85 Nas palavras de Luhmann: “En las condiciones definidas por la diferenciación funcional, la validez del derecho sólo es posible si es ‘positiva’, es decir: puesta por el derecho mismo. El derecho puede regular la manera en que se reproduce a sí mismo, es decir: cómo se pasa legítimamente del derecho al derecho; pero esto sólo el derecho puede regularlo. No existen autoridades o instancias externas que puedan introducir derecho en el derecho. El derecho se constituye circularmente, y un observador que pretenda describir como unidad esta circunstancia debe recurrir, por tanto, a una formulación tautológica. Todas las restricciones son autoimpuestas; toda orientación por el ambiente debe ser manejada por el sistema en su próprio interior.” (La observación sociológica del derecho, p.90).

Ao nível da programação, encontram-se as normas jurídicas ou qualquer outra premissa de decisão do Direito- contratos, precedentes jurisprudenciais- a regra que se refere à designação de valores. Pode-se determinar em que ocasiões e em quais aspectos o sistema tem que processar informações. Nas sociedades complexas, o direito deve adquirir uma ampla capacidade de sensibilidade ou irritabilidade frente às condições mutáveis do entorno, o que nada mais é que a abertura cognitiva da qual são dotados os sistemas.

Sob essa perspectiva, com a positivação é possível canalizar e centralizar todos os conflitos políticos, organizando-os e regulamentando-os, ao reduzir a complexidade das contínuas tensões sociais e permitir que o sistema político possa absorver as mutações das contradições sociais⁸⁶. Ademais, o direito positivo canaliza os anseios por determinados valores da sociedade, filtrando previamente quais serão os valores a serem tutelados pelo sistema jurídico, permitindo a “relação oportunística com os valores”⁸⁷

Entretanto, é extremamente importante que se observe que a legislação é originada no contexto de outro subsistema, o político, ambiente no qual se desenvolve os procedimentos legislativos. Regra geral, aos legisladores cabe a disposição sobre normas gerais e abstratas, cabendo ao sistema jurídico aplicá-las aos casos concretos, que são denominadas por Luhmann, de decisões programadoras e decisões programadas, respectivamente.

Assim, o juiz está obrigado a decidir de maneira igual, as causas que se apresentam sob as mesmas condições, comprometendo-se com suas decisões e motivações⁸⁸,

86 O grau de complexidade com que lida o sistema político é elevadíssima, o que lhe confere a diferenciação frente ao ambiente, mas também problemas de integração: “É este o caso nos problemas de integração que resultam na estrutura diferenciada do sistema político e, precisamente (1)pelo novo compromisso entre necessidades conformes com os interesses e apoios políticos (2)pela integração da ‘imagem’pessoal ou de grupo, que está na base do alistamento, com a prática objetiva de decisão e (3) pela coordenação da política e administração.” (Legitimação pelo Procedimento, p.149).

87 Sociologia do Direito II, p.50.

88 Nas palavras de Luhmann: “O juiz submete-se ao princípio da igualdade de forma diferente que o legislador: ele não só tem que tratar igualmente as mesmas condições, mas também decidir da mesma forma os casos iguais. Com cada decisão ele se ata a casos futuros, e ele só pode criar um direito novo na medida em que reconheça e trate novos casos como constituindo casos diferentes.” (Sociologia do Direito II, p.35).

pois, em consonância com o sistema jurídico, lida com situações nas quais já ocorreram frustrações, que demandam um rígido referencial para seu processamento, com pouca margem para inovações.

O legislador, por seu turno, não lida com esse tipo de vinculação, pois os efeitos sociais de determinada legislação podem ser apreendidos cognitivamente, pois é no contexto do sistema político que está a “destinação da vontade de mudar, a instância da apreensão institucionalizada no direito”⁸⁹. Exceto nas situações específicas de tipificação de conduta, ao legislar, o legislador não está submetido aos programas condicionais, porém a programas finalísticos para a promoção do interesse público, sendo que o insucesso na promulgação de legislação com efeitos sociais nefastos gera responsabilidade política.

Sobre esse conflito de racionalidades dos subsistemas sociais, diz Luhmann⁹⁰:

“Todas essas considerações foram desenvolvidas sob o ângulo dos problemas em consequência da grande variabilidade estrutural. Elas demonstram que a positivação do direito coloca problemas que não podem ser resolvidos apenas pelo recurso exegético ao sentido de normas superiores ou pela acusação dos atores como os culpados por eles. Elas mostram que as condições sistêmicas sob as quais o direito pode ser criado são diferentes daquelas sob as quais ele é aplicado. Essa discrepância se refere não só às circunstâncias comportamentais de cada situação em ‘órgãos do Estado’ coadjuvantes de um processo de divisão do trabalho, como preconizado pela teoria clássica de divisão de poderes, mas se refere também ao grau de com-

89 Nas palavras de Luhmann: “A racionalidade das decisões programadoras não pode ser avaliada pelos mesmos critérios de racionalidade das decisões programadas, pois isso significaria desconsiderar a função dessa diferenciação. Legislação não significa aplicação do direito, e por isso uma não pode ser medida pelo padrão da outra. Já que se trata exatamente de problematizar e modificar o direito vigente, ele não é capaz de fornecer uma base suficiente para um julgamento através do processo legislativo, nem uma estrutura suficiente para a decisão legislativa. Suas condições paramétricas, e dessa forma as condições que possibilitam o direito positivo, devem ser buscadas nas necessidades estruturais do sistema, ainda pouco pesquisadas e muito menos elucidadas.” (Sociologia do Direito II, p.38).

90 Sociologia do Direito II, p. 51-52.

plexidade a ser superada, aos critérios de racionalidade e das possibilidades do seu controle, à relevância das informações, à propriedade dos modos de procedimento e à distribuição dos componentes normativos e cognitivos das expectativas."

Obviamente, não há o livre arbítrio para o estabelecimento do direito positivo pelo sistema político que ao ingressar no sistema jurídico, fica submetido às suas estruturas e processos seletivos, especialmente às normas jurídicas pré-existentes⁹¹, muito embora essa informação provoque a variabilidade da programação jurídica.

De qualquer sorte, esse tipo de situação gera severos paradoxos na tarefa interpretativa, na medida em que cada um desses subsistemas atua com racionalidades próprias. Em termos lingüísticos, esse quadro possibilita a compreensão da urdidura da linguagem jurídica, linguagem especializada que passa por diversas filtragens: do mundo fenomênico ao sistema da consciência, desta para o sistema social (linguagem ordinária), do acoplamento estrutural entre o sistema social ao subsistema político (linguagem política) e finalmente, da prestação do subsistema jurídico, em que também atuarão os filtros próprios desse último subsistema. Portanto, verifica-se que é imperativo o fortalecimento de processos de filtragem do subsistema jurídico, diante dessa grande variabilidade estrutural.

3.3.2.2 CONSTITUIÇÃO

No âmbito da teoria dos sistemas há uma mudança da visão da ordem jurídica, que passa a ser composta por estruturas heterárquicas e não hierárquicas, como é no

91 Diz Luhmann: "O direito positivo é inevitavelmente um direito politicamente escolhido, 'estatal'. Seu destino está entrelaçado com o do sistema político da sociedade, pois só assim é possível obter-se uma grande variabilidade do direito controlada por processos de seleção da própria sociedade. No entanto, isso não abre as portas para o livre arbítrio no estabelecimento puramente político do direito, e muito menos significa que o sistema político poderia decidir livremente sobre questões jurídicas, por si só e como se não possuísse um meio ambiente, aponta-se tão-somente para o caminho da procura das condições e das limitações estruturais da seleção do direito."(Sociologia do Direito II, p.44-45).

modelo kelseniano, pois a forma de operação das comunicações jurídicas é circular.

Nesse sentido, o direito positivo determina que somente o Direito possa criar Direito, fazendo-se um corte com quaisquer atos externos, como a vontade política e o direito natural, porque a introdução do direito positivo no sistema jurídico, apenas pode ser feita sob a perspectiva interna, pelo mecanismo de duplo ingresso. O texto constitucional permite esse fechamento operacional, ao estabelecer no seu bojo as próprias condições de sua auto-reprodução, como esclarece Luhmann⁹²:

“A Constituição é assim a forma mediante a qual o sistema jurídico reage à sua própria autonomia. Em outros termos, a Constituição deve deslocar aqueles sustentáculos externos que haviam sido postulados pelo jusnaturalismo.(...) No lugar dessa última, subentra um texto parcialmente autológico. Isso é, a Constituição fecha o sistema jurídico ao discipliná-lo como um âmbito no qual ela, por sua vez, reaparece. Ela constitui o sistema jurídico como sistema fechado mediante o seu reingresso no sistema. Nas modalidades já discutidas, isso se verifica ou através de regras de colisão que garantem o primado da Constituição; ou mediante disposições relativas à alteração/não-alteração da Constituição; e ainda: mediante a previsão constitucional de um controle de constitucionalidade do direito (da lei); e não em último lugar: ao invocar solenemente a vontade constituinte e a sua vontade como vinculantes per se. A Constituição reconhece a si própria.”

Sob o viés do sistema jurídico, a norma constitucional é componente do programa que se presta às expectativas de comportamento congruentemente estabilizadas⁹³, que tem o papel de dotar o sistema jurídico de critérios para a aplicação concreta das normas jurídicas, como também para a ponência de normas gerais, possibilitando o mecanismo de autonomia operacional do Direito, uma vez que possibilita a sua auto-reprodução. A atividade legiferante da Política terá que passar por filtros próprios, guarnecidos pela

92 A Constituição como Aquisição Evolutiva, p.8.

93 Marcelo Neves, A Constitucionalização Simbólica, p64.

Constituição, que estabelece os limites para o aprendizado do sistema jurídico, ie, variabilidade sem afetação do fechamento operacional. Ou nos dizeres de Marcelo Neves⁹⁴:

“À luz de ‘mecanismo reflexivos’, é possível exprimir-se isso da seguinte forma: a Constituição como normatização de processo de produção normativa é imprescindível à positividade como autodeterminação operativa do Direito.”

Nessa estrutura sistêmica visualiza-se a interação que há entre o subsistema jurídico e o político, especialmente no que tange à Constituição, que perfaz o acoplamento estrutural entre os subsistemas, permitindo as prestações recíprocas⁹⁵. Para o subsistema político, a Constituição legitima o uso do poder estatal, institucionalizando direitos fundamentais, disciplinando o processo eleitoral, institucionalizando a divisão de poderes e legitimando o uso da força física.

Destarte, a Constituição Federal possui três facetas, que estabelecem cortes diferenciados em sua abordagem, mas que se complementam, permitindo uma visão holística do texto constitucional: dimensão normativo-jurídica, fático-social e axiológica, como ensina Marcelo Neves⁹⁶:

“A Constituição compõe-se de três dimensões básicas: a fático-social (sociológica lato sensu), a normativo-jurídica e a ideológica (ou axiológica). Qualquer concepção unilateralista constitui obstáculo à compreensão do fenômeno constitucional.”

A convergência dessas três dimensões assimétricas no diploma constitucional,

94 A Constitucionalização Simbólica, p.67.

95 “Nessa perspectiva, a Constituição em sentido especificamente moderno apresenta-se como um via de prestações recíprocas e, sobretudo, como mecanismo de interpenetração (ou mesmo interferência) entre dois sistemas sociais autônomas, a Política e o Direito, na medida em que ela ‘possibilita uma solução jurídica do problema de auto-referência do sistema político e, ao mesmo tempo, uma solução política do problema de auto-referência do sistema jurídico.’” (Marcelo Neves, A Constitucionalização Simbólica, p.62).

96 Teoria da Inconstitucionalidade das Leis, p.59.

embora gere dificuldades comunicativas, não pode ser ignorada, porque influenciam a interpretação e produção de normas jurídicas.

4. REDUNDÂNCIA E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

A redundância pode ser entendida como a repetição de informações já existentes dentro do sistema, apontando como desnecessárias informações adicionais, sendo um vetor de segurança ao reduzir o valor de inovação de um argumento, servindo à fundamentação.

A redundância ativa as razões estabilizadas para serem novamente utilizadas, por isso é tida como efeito secundário da argumentação jurídica porque, ao se traçar um paralelo nas conexões dos argumentos entre as informações já pertencentes ao sistema, com uma mensagem exterior, estabelecendo que devem ser tratadas da mesma forma, visa-se a reduzir a incerteza. A razão da fundamentação é dotar o sistema de consistência Nas palavras de Luhmann⁹⁷:

“La redundancia no es, en este sentido, la razón de la fundamentación, sino su función y como tal es un criterio de comparación y intercambio que el discurso dentro del sistema se ve obligado a oscurecer cuando se trata de establecer razones a la luz de las evidencia internas del sistema. (...)”

La redundância se da de modo no especificado, pero las razones deben especificarse para que puedan distinguirse entre sí y presentarse como mejores razones. La redundancia es un evento contextual, esto es, un elemento del sistema, mientras que la argumentacion debe confiar en las

97 La observación sociológica del derecho, p.100.

propiedades intrínsecas de los argumentos, en su capacidad inherent de fundamentar convincentemente las posturas en cuestión. La redundancia misma no puede ser atribuída a ningún argumento; en cambio, esto es precisamente lo que debe atribuirse a todo esfuerzo de fundamentación.”

Assim, por exemplo, quando se busca uma solução com base na eqüidade, porque o julgador não entende justa uma determinada construção normativa, lança mão de uma definição persuasiva, que conduza tal construção a uma determinada intensão, detentora de uma carga de sentido cotidiana⁹⁸.

Obviamente, o sistema jurídico precisa também de inovações para se adaptar ao ambiente, mas a possibilidade de repetição, que prescinde da produção de novas respostas, converge para o fechamento operacional do sistema.

A esse mecanismo da redundância ou “conexão auto-limitativa dos argumentos”, em que há um “jogo” entre auto-descrições e descrições exteriores advindas da argumentação, que Luhmann relaciona ao método sistemático de interpretação.

5. CENTRO E PERIFERIA DO SISTEMA JURÍDICO

O sistema jurídico seria composto por um centro em que há a zona de maior sensibilidade ao ambiente, em que estão situados os tribunais, a comunicação realizada pelos juristas profissionais e onde se decide pela adjudicação dos valores lícitos/ilícitos.

98 Transcreve-se, por elucidativas, as palavras de Luis Alberto Warat: “No caso de definições persuasivas logra-se uma solução de eqüidade sem que a norma receba uma carga de sentido que possa transferir-se às outras aplicações jurídicas cotidianas dessas expressões. Geralmente os códigos não definem a determinação das características relevantes, que podem ser consideradas como paradigmáticas: as ‘centrais de inclusão’ são sempre fruto do trabalho dos doutrinários, dos professores e dos juízes.” (Introdução Geral ao Direito I ,p.37).

Na periferia do sistema estariam as leis, contratos e atos administrativos, que estabelecem contato do sistema jurídico com outros sistemas e, nesta condição, o não direito pode ser transformado em direito.

Porém, Luhmann dá especial atenção aos tribunais em sua atuação de emitir soluções para solucionar conflitos de interesses, pois estas reiteram a autonomia, criando novas comunicações e dispendo do uso da força para fazê-las cumpridas.

Embora as leis sejam relevantes nessa construção teórica, apenas o órgão credenciado pelo sistema poderá pôr em prática as normas jurídicas, precisamente por dispor do poder de aplicar sanções.

6. ACOPLAMENTO ESTRUTURAL- INTERAÇÃO COM O AMBIENTE

E COM OUTROS SISTEMAS

6.1 FECHAMENTO OPERATIVO E ACOPLAMENTO ESTRUTURAL

O fechamento estrutural dos sistemas traz à tona o tema da forma pela qual esses sistemas podem se relacionar com o seu ambiente, pressupondo forma especial que viabilize esse ingresso.

O próprio sistema deve servir como meio para o trânsito de inputs e output, mediante conexões altamente seletivas, denominadas de acoplamentos estruturais. A seleção de informações é sempre construída internamente, propiciando que o sistema extraia ordem do ruído e redundância da variação.

O acoplamento estrutural permite que haja contínuo fluxo de irritações, das quais

decorrem as transformações das estruturas do sistema, selecionando apenas as características que tenham relevância para o interior do sistema, e tendo duração efêmera, ou seja, constitui-se para o evento.

Assim, o acoplamento estrutural pode ser entendido como uma forma com dois lados: o interior que admite irritações e o exterior, em relação ao qual o sistema é indiferente⁹⁹. No que concerne ao sistema jurídico, comunicações sociais de um lado e comunicação veiculando projeções normativas, decorrentes de leis, contratos. Traçando-se um paralelo, seria como determinadas células, cuja membrana apenas deixa trespassar determinado tipo de íon, como o cálcio.

Não apenas é relevante o que, por meio do acoplamento estrutural ingressa no sistema, como também o que exclui, porque a exclusão importa em redução de complexidade, que é condição para que construa complexidade no interior do sistema¹⁰⁰. Essa redução é viabilizada de forma digital pela qual se realiza o acoplamento estrutural, pois a matéria-prima¹⁰¹ de todas as comunicações sociais é a linguagem.

Na visão sistêmica do Direito é fundamental a abordagem "policontextural", isto é, a análise abrangente do sistema jurídico e das relações que mantém com o seu ambiente, formado pela sociedade e por outros sistemas sociais. O conceito de abertura cognitiva flexibiliza a aquisição de conhecimentos, permitindo a resposta às requisições de uma sociedade de alta complexidade, em que fervilham inovações tecnológicas, demandas econômicas e políticas.

O Direito não é refratário ao ambiente, porque ele existe em função do seu entorno, que não é menos importante, porém mais complexo que o seu interior. A dinâmica de

99 Luhmann, *Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of Legal System.*, p.1433

100 Conforme Luhmann: "Reduction is necessary condition for the ability to resonate; reduction of complexity is a necessary condition for building complexity." (*Law as a Social System*, p.382).

101 A forma digital de processamento implica que a mensagem seja transmitida por símbolos generalizados, como a linguagem dos computadores, como os da linguagem idiomática, enquanto a analógica seria a linguagem não-verbal, composta por posturas, gestos, expressões faciais.

trocas com o ambiente permite que o sistema jurídico adapte-se às novas circunstâncias sociais e assim desempenhe a função de garantir as expectativas normativas¹⁰².

Mas essa interação não ocorre de forma simétrica, mas em diferentes velocidades, no interior de cada sistema, em função de sua estrutura e sua evolução histórica, não havendo sincronicidade entre as interações sistêmicas.

O sistema jurídico apenas poderá observar os outros sistemas através de suas próprias distinções, adaptando as mensagens do ambiente para o sistema de auto-reprodução de comunicação jurídica, sendo que quanto mais flexível se apresentar o sistema, mais fácil será seu aprendizado e adaptação. Em suma, o acoplamento estrutural permite a interação entre sistemas, sem que haja perda de sua autonomia. Sem a intermediação do mecanismo de acoplamento estrutural na relação entre os sistemas, haverá corrupção no trânsito de comunicações.

6.2 ACOPLAMENTO ESTRUTURAL E SUBSISTEMAS SOCIAIS

Pode-se afirmar que os demais subsistemas e o ambiente social, notadamente o subsistema político, também recebem influência direta do jurídico¹⁰³, de sorte que há,

102 Nas palavras de Karl-Heinz Ladeur: "But we would have to observe that this type of reality, of a world consisting of overlapping networks of interrelationships, is only accessible to the polycontextural observations generated by the differentiated systems of society. A relational concept of rationality could then be based on the search for compatibility between different systemic logics of law: economics, etc.. There is no room for a unitary approach to reality which could be reconstructed in the rule-oriented reflection of a knowing subject and this unity cannot be guaranteed by an intersubjective process of self-reflection in argumentative processes, either." (The Theory of Autopoiesis as an Approach to a better Understanding of Postmodern Law: from the Hierarchy of Norms to the Heterarchy of Changing Patterns of Legal Inter-relationships., p. 8).

103 Segundo Teubner, "a distinção crucial entre sistema e meio envolvente – que constitui a característica central dos sistemas abertos (o que encontra uma réplica, no seio destes mesmos, no fenómeno da auto-diferenciação sistémica) – conduz-no a centrar a atenção sobre conceitos tais como relação input-output, capacidade de adaptação sistémica ao respectivo meio envolvente, restabelecimento

nessa concepção, dependência ou irritação recíproca, sem que se abale a diferenciação funcional desses sistemas.

Na teoria dos sistemas autopoieticos designam-se “prestações”, o meio pelo qual os subsistemas sociais relacionam-se entre si, e “função específica”, a relação mantida entre o subsistema social com o sistema social, em que estão inseridos. Não há prestações entre o subsistema social e o sistema social, mas funções, porque os elementos que compõem o subsistema, da mesma forma compõem o sistema¹⁰⁴.

O sistema jurídico, por exemplo, oferece a prestação ao sistema político de legitimação do uso da força física, estabelecendo os parâmetros para essa legitimação, ao vincular o sistema político aos seus programas; o sistema político oferece ao sistema jurídico os parâmetros para as decisões judiciais, ao fazer ingressar as normas jurídicas no direito positivo¹⁰⁵. O acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e o sistema político dá-se pela Constituição, que vincula a ambos, embora seja processada no interior de cada qual, distintamente, de forma que um mesmo ato de promulgação de lei pode ter relevância para a Política e para o Direito.

O sistema econômico, cujos códigos são relativos à propriedade e ao dinheiro, totalmente distintos do sistema jurídico, atua no âmbito de redes recursivas de racionalidade própria, de sorte que recorta diferentes aspectos de uma transação, por

do equilíbrio sistémico através da intervenção regulatória, e organização “racional” e finalisticamente orientada. Racionalidade finalística, intervenção, organização, adaptação, manutenção do equilíbrio sistémico constituem conceitos-chave de estratégias políticas intervencionistas, endereçadas a produzir alterações específicas em vários domínios sociais servindo-se do direito.” (O Direito como Sistema Autopoietico, p.29).

104 Novamente recorrendo-se a Luhmann (grifos do autor): “En sistemas sociales diferenciados funcionalmente la relación de un subsistema con el todo es determinada por cada función específica. Sus relaciones con otros sistemas, por el contrario, pueden ser designadas como prestaciones y descritas con modelos de input/output. Es importante diferenciar escrupulosamente estas dos direcciones de la relación, función y prestación; de no ser así, se anula la posibilidad de analizar las consecuencias de la diferenciación sistémica funcional. La confusión entre función y prestación constituye el típico error de las teorías sociales ‘tecnocráticas’, que conceptúan a la sociedad como una especie de receptor de prestaciones, a pesar de que los mismos portadores de prestaciones sean también parte de la sociedad.” (Introducción a la teoría de Sistemas, p.94).

105 Celso Campilongo, Política, sistema jurídico e decisão judicial, p.94.

exemplo. Mas podem trocar prestações, através de acoplamentos como os contratos e os tributos: um ato de pagamento pode ser parte de uma transação econômica e ao mesmo tempo, o cumprimento de uma obrigação jurídica.

Portanto, verifica-se que um mesmo evento poderá ser processado por dois ou mais sistemas sociais autopoieticos, porque serão consideradas operações distintas para cada qual, no âmbito de sua rede recursiva de processamento de informações, construindo-se identidades significativas no âmbito de cada uma das comunicações especializadas¹⁰⁶.

Em síntese, observa-se que, ao se contrapor os arquétipos de cada um dos subsistemas sociais ora analisados, transparece, com clareza meridiana, a diferenciação que emerge entre cada uma das funções desempenhadas e, conseqüentemente, a impossibilidade de se tomar uma função por outra, impondo ao sistema jurídico o processamento de informações para as quais suas estruturas não estão habilitadas.

7. PRESTAÇÕES ENTRE O SISTEMA JURÍDICO E O SISTEMA POLÍTICO

As relações estabelecidas entre sistema jurídico e sistema político são assimétricas, pois a racionalidade que irá nortear o primeiro será o da “justiça corretiva” ou “procedimental”, isto é, entre as partes e observando a forma para se alcançar a decisão. No mesmo sentido aristotélico, a racionalidade do segundo, sistema político, será a da “justiça distributiva”, uma vez que seu vetor é a inclusão, operando, portanto, com critérios seletivos mais flexíveis e abrangentes.

106 Conforme Luhmann: “An observer may identify these aspects as one event and may even find himself unable to see two different operations. The systems, however, that generate their own elementary operations also need their own recursive networks and connections with earlier and later operations within the same system in order to construct meaningful identities.” (Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of Legal System,p.1437)..

O acoplamento estrutural que se estabelece entre o sistema jurídico e o sistema político é a Constituição. Da perspectiva do sistema jurídico, essa será o estatuto normativo de maior relevância para o estabelecimento de suas comunicações, a ser interpretado e aplicado; da perspectiva do sistema político, é um instrumento político.

O sistema político pode irritar o sistema jurídico por deter a capacidade de alterar o direito positivo, porque a positivação do direito dá grande margem de manobra ao sistema político.

Assim, o sistema jurídico se expõe ao político, porque este provê as necessidades de criação do direito positivo, ao mesmo tempo que o sistema político expõe-se ao sistema jurídico, na apreciação de legalidade desse direito positivo.

Outra importante prestação do Direito à Política é a legitimação do uso da força física, pois no âmbito do Estado de Direito, o sistema jurídico é detentor do uso da sanção, filtrando o acesso à força física, devendo apreciar todas as situações em que possa ocorrer.

8. PRESTAÇÕES ENTRE O SISTEMA JURÍDICO E O SISTEMA ECONÔMICO

No que tange às interferências do sistema econômico no sistema jurídico, relembremos dos códigos e programas peculiares à Economia: o código é ter/não ter, seus programas dizem respeito ao custo e benefício das operações, que sofrem os influxos do mercado e o meio de comunicação é simbolicamente generalizado pelo dinheiro, que permite que se estabeleça a rede recursiva de comunicações do sistema econômico (interligando pagamentos).

Verifica-se que a racionalidade que norteia o sistema econômico é a da eficiência na alocação de recursos, enquanto que a do sistema jurídico é a da legalidade, con-

forme leciona José Reinaldo Lima Lopes¹⁰⁷ (grifos do autor):

“Ao fazer a comparação do direito com a economia vemos que os respectivos raciocínios divergem também porque as decisões serão avaliadas (criticadas) diferentemente. Isto porque o sentido que se pode dar como resposta é diferente em cada um dos campos. No campo da economia a crítica e a avaliação podem ser feitas em termos de eficiência ou custo. No campo do direito a crítica dá-se pela legalidade. Isto quer dizer que a eficiência não pode ser o critério primeiro ou último de uma decisão jurídica, ela não dá sentido a uma questão jurídica. Pode ser que seja mais eficiente economicamente abandonar parte da população à própria sorte, eliminar sujeitos não desejados, impedir o acesso de etnias a certos lugares e assim por diante. Mas à pergunta sobre a obrigatoriedade ou não de tais ações não se pode responder com o critério de custo. Em certas circunstâncias o custo não pode ser a razão (ou sentido) da ação. Algumas coisas simplesmente não se fazem.”

Ademais, a lógica da Economia considera o indivíduo isoladamente, enquanto o Direito volta-se às condutas intersubjetivas, norteia-se por uma lógica de reflexividade, em que sempre se terá em mira o outro. Assim, por exemplo, a propriedade, para a Economia é analisada em função do sujeito e o objeto do qual é proprietário, enquanto que para o Direito, a propriedade deve ser analisada sob a perspectiva de sua função social¹⁰⁸.

107 Raciocínio Jurídico e Economia, p.142.

108 Sobre esse ponto, vale a pena transcrever, mais uma vez, José Reinaldo de Lima Lopes: “Outra característica que pode ser apontada encontra-se na forma como os outros sujeitos entram no raciocínio. A economia- conforme entendida modernamente – pode desenvolver um tipo ideal em que o sujeito deliberadamente é um ser por definição isolado: o mundo, que inclui as pessoas, é apenas o limite empírico de suas decisões. No pensamento jurídico, por definição, o que está em jogo é o outro. A propriedade, como observam os teóricos do direito, não é uma relação de um sujeito com uma coisa, mas uma relação de um sujeito com todos os outros sujeitos do ordenamento; a obrigação contractual é sempre uma relação com outro sujeito do ordenamento. E na falta de um outro determinado, a noção mesma de validade da norma quer expresser que ‘qualquer um’ que tome o sistema jurídico com guia de sua ação levará em contra a mesma norma que todos os outros. As normas convertem-se, assim, em mediadoras da cooperação. O raciocínio jurídico toma a ação do outro como referência, considerando o outro como sujeito e não como objeto da ação. O direito implica reciprocidade, isto é, o sujeito de direito, por definição, confronta-se com outros sujeitos de direito: à obrigação de um corresponde o crédito de outro; ao poder de um corresponde a imunidade de outro, e assim por diante. Há um grau inescapável de reflexividade no modelo da regra jurídica.” (Raciocínio Jurídico e Economia, p.148).

Contudo, da perspectiva dos sistemas autopoieticos, os interesses econômicos que influenciam o sistema jurídico, deverão ser contextualizados e inseridos na rede recursiva do sistema jurídico.

Sob o ponto de vista da atuação estatal no sistema econômico, seus objetivos serão os da melhoria da eficiência econômica, a melhor distribuição de rendimentos, estabilização através de políticas macroeconômicas, bem como a condução da política econômica internacional. No que tange à melhoria da distribuição de renda, as políticas fiscais e de despesa pública são fundamentais, pois a arrecadação é realocada em programas de saúde, educação e segurança da sociedade¹⁰⁹.

Portanto, pode-se afirmar que um acoplamento estrutural de extrema importância entre o sistema jurídico e o econômico, são os tributos.

Destarte, a principal fonte de custeio das despesas públicas estatais são os tributos, em que a arrecadação é consistente na apropriação de recursos de particulares, para direcioná-los a finalidades públicas – é o veículo de transferência de bens privados para bens públicos.

Nesse contexto, o sistema econômico norteia-se por dois princípios fundamentais, para o estabelecimento de uma tributação eficiente, quais sejam, o “princípio do benefício”, pelo qual cada contribuinte pagará na proporção dos benefícios que lhe são devolvidos através das políticas públicas e o “princípio da capacidade de pagamento”, segundo o qual, deve haver correspondência entre o que o contribuinte paga e a sua manifestação de riqueza¹¹⁰.

109 Samuelson, Paul e Nordhaus, Willian, Economia, p.286.

110 Nas palavras de Samuelson e Nordhaus: “O princípio do benefício, segundo o qual os diferentes indivíduos devem ser tributados na proporção do benefício que recebem dos programas governamentais. Da mesma forma que as pessoas pagam com o seu dinheiro na proporção do seu consumo provado de pão, os impostos sobre um indivíduo devem estar relacionados com o seu uso de bens colectivos, como as estradas e os parques naturais públicos.

Segundo o princípio da capacidade de pagamento o montante de impostos que um indivíduo paga deve estar relacionado com o seu rendimento ou a sua riqueza. Quanto maiores forem a riqueza ou o rendimento, maiores os impostos, geralmente os sistemas tributários organizados de

Ainda, pode haver interferências do sistema político no sistema econômico que, por sua vez, intervém no sistema jurídico, pois eles estão em irritação recíproca. Assim, por exemplo, no Estado Providência, o sistema político intervém de maneira reiterada no sistema econômico, para que haja oferta de programas sociais que alcancem a sociedade de forma generalizada. Contudo, o sistema econômico não possui estruturas para solucionar questões desse quilate, o que pode gerar situações de corrupção, como de fato se verifica. Os economistas Samuelson e Nordhaus¹¹¹ descrevem como essa problemática apresenta-se pela perspectiva da ciência econômica:

“(...) Por um lado, os governos têm de defender as respectivas fronteiras, estabilizar as economias, proteger a saúde pública e regular a poluição. Por outro, muitas políticas concebidas para proteger o interesse público sofrem de ineficiências e incongruências.

Quer isto dizer que devemos substituir a mão invisível do governo pela mão invisível dos mercados? A ciência econômica não pode responder a questões políticas tão profundas; tudo o que pode fazer é examinar os pontos fortes e os pontos fracos de ambas as escolhas, a pública e a privada, e apontar os mecanismos (tais como os impostos verdes ou os subsídios à investigação e ao desenvolvimento) com os quais uma mão invisível corrigida pode ser mais eficiente do que os extremos, tanto do puro *laissez-faire*, como da orientação burocrática sem limites.”

O sistema econômico, em virtude da escassez de recursos públicos para custear a inclusão generalizada nos programas sociais, interfere no sistema jurídico, para que haja incremento das receitas do Estado¹¹². É precisamente nesse intervalo que podem

acordo com o princípio da capacidade de pagamento são também redistributivos, o que significa que retiram fundos dos indivíduos com maior rendimento para aumentarem os rendimentos e o consumo dos grupos pobres.” (Economia, p. 291-292).

111 Economia, p.300.

112 Apontam Samuelson e Nordhaus, uma forma de corrupção na interferência do sistema econômico no sistema jurídico- é o caso da Suécia em que a tributação abocanha 70% dos rendimentos dos suecos, para viabilizar um Estado-Providência de notáveis proporções. Verifica-se que nesse país, os contribuintes vêm resistindo à tributação, clamando pela redução de despesa pública, com a manutenção dos principais programas sociais. (Economia, p.286).

se apresentar comunicações jurídicas corrompidas, decorrentes de interferências do sistema econômico e político, gerando um estado de entropia¹¹³ no sistema jurídico.

9. SISTEMA JURÍDICO E LINGUAGEM

Conforme se discorreu, nos sistemas que processam sentido, como é o caso do Direito, subsistema social constituído de específicas comunicações, a linguagem é requisito para a autopoiese, possibilitando a estabilidade da recursividade de sentido nas operações. A linguagem é o meio de formação da unidade, que vai sofrer mutações na medida da sua diferenciação funcional, especializando-se. Nas palavras de Marcelo Neves¹¹⁴:

“Em Luhmann, verdade, amor, propriedade/dinheiro, poder/direito, arte, crença religiosa e ‘valores fundamentais’ constituem exemplos de ‘meios de comunicação simbolicamente generalizados’. O conceito de símbolo/simbólico deve nesse caso designar o meio da formação da unidade. Assim sendo, dentro de situações sociais altamente complexas e contingentes, os meios simbolicamente generalizados de comunicação são diferenciados conforme códigos de preferência dicotômicos entre um ‘valor’ e ‘desvalor’, entre um ‘sim’ e um ‘não’, que só tem relevância com relação a um dos meios de comunicação, eles vão distinguir-se da linguagem natural não especializada, surgindo então a linguagem especializada da ciência, do Direito, da economia, da arte etc.”

113 O conceito de “entropia” inicialmente concebido no estudo da Termodinâmica, sendo apropriado pela Teoria da Informação, pode ser entendido, de uma forma geral, como a tendência que todos os sistemas têm de passar da ordem, à crescente desordem.

114 A Constitucionalização Simbólica, p.23.

Portanto, o modelo luhmaniano de sistema jurídico é formado por atos comunicativos, pela combinação de um código binário (sim/não) e programas condicionais, operando a partir da linguagem especializada, para conformar rede de comunicações realizadas no âmbito de um sistema operativamente fechado, porém cognitivamente aberto.

Assim sendo, a seguir, trataremos da Semiótica, mais especificamente, da linguagem, uma vez que o estudo das vicissitudes da linguagem será de fundamental relevância para a operacionalidade do sistema jurídico.

CAPÍTULO 4

A LINGUAGEM - ELEMENTO CONSTITUTIVO DAS OPERAÇÕES DOS SISTEMAS EMAS AUTOPOIÉTICOS SOCIAIS

4.1 LINGUAGEM E TEORIA DOS SISTEMAS

No contexto da teoria dos sistemas autopoieticos, a linguagem é condição necessária para a realização da autopoiese nos sistemas sociais, pois estes processam sentido, que se constitui em específicas comunicações, que garantem a permanência das operações de circulação comunicativa.

Na teoria de sistemas de Luhmann, a produção de sentido é duplicada pelos sistemas psíquicos e sociais, pois a linguagem é o acoplamento estrutural entre sistemas da consciência e sistemas sociais.

Para a realização da função do sistema jurídico, estabilização das expectativas normativas contrafáticas, o uso da linguagem assume relevância fundamental, porque o uso da linguagem permitirá segurança nas operações internas, com alto grau de redundância.

Portanto, um sistema social irritará outro, por meio da linguagem que, de acordo com a operação autopoietica, fechamento operacional e abertura cognitiva, será apreendida de acordo com o código e programa específicos. Essa forma de interação, denominada como acoplamento estrutural, permite que o sistema interprete as informações advindas do ambiente. Em outras palavras, os sistemas autopoieticos interpretam o ambiente, sendo essa a marca fundamental dessa teoria, como podemos depreender das palavras de Varela¹¹⁵, co-criador do conceito de autopoiese dos organismos:

“El fenómeno interpretativo es una clave central de todos los fenómenos cognitivos naturales, incluyendo la vida social. La significación surge en referencia a una identidad bien definida, y no se explica por una captación de información a partir de una exterioridad.”

Nesse contexto, acepção “interpretação” é a forma pela qual o subsistema social do Direito incorpora as informações provenientes do lado de fora de suas fronteiras, processando-as em consonância com seus códigos e programas peculiares.

Nesse capítulo percorrem-se os meandros da Semiótica, buscando acomodá-la ao pano de fundo da teoria dos sistemas, em que a linguagem é elemento constitutivo das operações e dos acoplamentos estruturais dos sistemas autopoieticos de sentido, devendo, dessa forma, estar em harmonia com a forma organizativa própria de cada um desses sistemas, que lhes confere a unidade.

Novamente, é importante advertir que sob a égide desse modelo, a linguagem não forma por si só, um sistema, porque não é possível indentificar operação que seria peculiar a um “sistema lingüístico”, já que ela está presente em todos os sistemas de sentido¹¹⁶. Embora seja unidade constitutiva da autopoiese da comunicação, não confor-

115 De máquinas y seres vivos, p.46.

116 Nas palavras de Clarice von Oertzen de Araujo: “A linguagem inclui-se entre as instituições humanas resultantes da vida em sociedade. O direito é apenas uma das formas sociais institucionais que se manifesta através da linguagem, a qual possibilita e proporciona a sua existência. A linguagem é o veículo do qual se utiliza o homem para comunicar-se. O Direito, sendo a disciplina dos comportamentos sociais intersubjetivos, é suscetível de mudanças sob a pressão das diferentes necessidades, com vistas a adaptar-se ao modo mais econômico e racional de satisfazer o bem-estar social.” (Semiótica do Direito, p.19).

ma por si própria um sistema comunicativo autopoietico.

Assim, lastreando-se nessas bases, ao se estudar o sistema jurídico, não se posiciona tão somente como observador localizado nos limites da fronteira do sistema, porém, fazendo-se incursões ao seu exterior, com o fito de se verificar a forma em que estará se dando o acoplamento estrutural com os demais sistemas.

Nesse sentido, os fatores que irão irritar o sistema jurídico poderão provir de prestações com outros subsistemas sociais, como a Política e a Economia, bem como do acoplamento estrutural com o próprio sistema social, no qual está imerso.

Pode-se afirmar que o sistema jurídico é composto de camada de linguagem artificial destacada da linguagem ordinária, ou seja, aquela empregada no mundo social, pois o sistema social é o ambiente do sistema jurídico. No caso das interações com outros subsistemas, concebe-se que estes estão interagindo com o sistema jurídico e influenciando a sua produção normativa¹¹⁷.

Portanto, a linguagem ordinária, meio das comunicações do sistema social, especializa-se, na medida em que desenvolve função social diferenciada, da qual se origina um subsistema. O subsistema, por sua vez, ao erigir suas fronteiras e estabelecer a autopoiese, pelo mecanismo de duplo ingresso, passa a selecionar notas da linguagem ordinária que atendam aos seus códigos e programas sistêmicos, gerando, como conseqüência, meio comunicativo diferenciado, cuja unidade constitutiva é a linguagem especializada.

Um dos pontos fundamentais da inovação trazidos pela Teoria dos Sistemas em relação ao paradigma predominante na doutrina jurídica é precisamente, essa amplia-

117 Sobre essa rede de interações, Clarice von Oertzen de Araújo: "A aplicação da semiótica e da Teoria da Informação possibilita enxergar nas relações sociais o meio ou o contexto que provoca todas as interações, comunicações. A complexidade social é a fonte contínua de estímulo que provoca as estruturas normativas, impelindo-as ao seu desempenho, provocando e deflagrando as semioses normativas. Claro está que a informação nova não entra diretamente no sistema, mas tem que ser dominada por ele. Para que as relações sociais adquiram o estatuto de mensagens jurídicas elas são 'fotografadas' e traduzidas no conteúdo conceitual de uma relação ou fato jurídico; técnica (denominada codificação) mediante a qual o sistema procura dominar a informação nova, incorporando-a em seu repertório e estrutura." (Semiótica do direito, p.62).

ção do campo de visão que permite que a análise extravase os lindes do sistema jurídico e se trace um panorama de como os fatores externos podem alterar o sistema jurídico, provocando uma rede complexa de relações entre camadas de linguagens de diversas tessituras.¹¹⁸

Dessa forma, ao se estudar a forma como o sistema jurídico reage a estímulos externos, não se busca a, de certa forma, “enfraquecê-lo”, afastando a sua identidade, “contaminando-o” com informações de outras ciências, ao contrário, reforça-se o traçado de suas fronteiras, ao se estabelecer que quaisquer informações do ambiente somente serão processadas segundo a racionalidade própria do sistema jurídico.

4.2 O “GIRO LINGÜÍSTICO” E A MUDANÇA DE PARADIGMA: DA FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA À FILOSOFIA DA LINGUAGEM

No Capítulo 1 viu-se que o estudo da linguagem percorreu um longo percurso, desde Platão, passando pelo processo de transição que culminou no que se convencionou a chamar “giro lingüístico” ou “reviravolta lingüística”, com as atuais filosofias da linguagem, como a Semiótica, concebida por Charles Sanders Peirce.

Na história da evolução da filosofia ocidental, o estudo da linguagem teve como paradigma, por muito tempo, o modelo ideal de cunho platônico, segundo o qual o homem teria acesso às verdades transcendentais através de sua inteligência.

A linguagem não seria constitutiva da experiência humana do mundo, pois o co-

118 Interessante neste tocante, a crítica que Luiz Alberto Warat faz a respeito do Positivismo Lógico: “Ora, o Positivismo Lógico identifica a ciência com a linguagem a partir de uma atitude reducionista, que pensa a linguagem como uma estrutura textual auto-suficiente, encontrando a significação no interior do próprio sistema criado e esquecendo as outras cenas significativas, como a produção social dos sentidos que, na verdade, é anterior ao próprio significado textual.” (O Direito e sua Linguagem, p.15).

nhecimento das essências não prescindiria de mediação lingüística, de forma que, nas palavras de Streck¹¹⁹, "é possível afirmar que a concepção central no pensamento metafísico ocidental pressupõe um conhecimento visto como um processo de adequação do olhar ao objeto, buscando a similitude entre o pensamento e a coisa, desvendando as essências próprias das coisas".

De Hobbes a Nietzsche, todavia, paulatinamente, há a transição para um modelo convencionalista, nos moldes daquele defendido pelos opositores de Platão, nos diálogos do Crátilo. Entretanto, ganha bastante força com o advento do Neopositivismo Lógico ou Empirismo Lógico¹²⁰ e os estudiosos do Círculo de Viena.

Essa corrente filosófica era composta de pensadores de diversas áreas do saber, que buscavam uma Epistemologia Geral, alcançada pela redução do campo filosófico, ao reduzir a Filosofia à Epistemologia, e esta, por sua vez, à Semiótica. Em suma, há a redução da filosofia à análise da linguagem.

Ao lado de proposições verdadeiras haveria proposições em que a verdade e sentido não estariam condicionadas à realidade dos fatos, os enunciados não-verificáveis, cujo significado seria buscado nos próprios termos componentes¹²¹, denominados por Wittgenstein de tautologias, que podemos verificar no campo da lógica e da matemática. Na proposição "Os limites de meu mundo significam os limites de minha linguagem" fica evidenciada a importância da linguagem, enquanto instrumento e controle da

119 Hermenêutica Jurídica em Crise, p.125.

120 O termo "neopositivismo" pode ser entendido como uma nova roupagem ao positivismo que Comte (1798-1857) preconizou na segunda metade do século XIX, no sentido de uma teoria do saber, ou seja, como corrente filosófica que se ocupa em determinar a natureza do saber, do saber científico. Por outro lado, quanto ao termo "empirismo", o denominador comum entre os primeiros empiristas, antigos e medievais, e os pensadores do Círculo de Viena, é a necessidade de que qualquer verdade seja passível de verificação e comprovação, do contrário, estarmos tratando de um sem-sentido. Entretanto, o traço distintivo fundamental é a exigência fundamental de que a verdade seja comprovada por um método específico. Com efeito, os empiristas lógicos conceberam a linguagem como seu método de controle e instrumento, para a verificação das proposições verdadeiras.

Enfim, denominaram-se neopositivistas ou empiristas porque recusavam a metafísica, enquanto sistema de conhecimentos localizados além da experiência sensível.

121 Dicionário de Filosofia, Nicola Abbagnano, p.328.

ciência.¹²²

A linguagem seria a “figuração lógica do mundo”¹²³ não havendo a possibilidade de algo do mundo ser exprimível, que não por meio da linguagem, sob pena de estarmos diante de uma proposição sem sentido. Assim, os elementos do mundo são os fatos e os fatos são exprimidos mediante proposições significantes, logo, a linguagem delimita a minha realidade¹²⁴.

No século XX, com a Semiótica de Charles Sanders Peirce e a Semiologia e Saussure, estabeleceu-se uma evolução profunda nas teorias das linguagens, pois essas ciências estudaram profundamente os signos, criando uma série de categorias que guarnecem um instrumental precioso para os estudiosos, consolidando a passagem da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem.

No âmbito da filosofia da linguagem não existem essências transcendentais a serem reveladas, porém recortes do mundo expressos em linguagem, por cada indivíduo, de acordo com a própria capacidade de percepção: o mundo é o que dele podemos interpretar.

Essa circunstância é obscurecida, pelo fato de irmos a um mundo em que muitas coisas “já foram interpretadas”, que são nossos horizontes culturais, como clarifica Leonidas Hegenberg¹²⁵, ensinando que o ser humano seria “atirado” em seu contato com o mundo, devendo a ele se ajustar, tanto intelectual como fisicamente, isto é, devendo interpretá-lo, porque a interpretação tem como função “emprestar inteligibilidade às coisas”, pois, “mun-

122 Embora para Abbagnano essa proposição revelaria até mesmo uma forma de solipsismo, na medida em que apenas o que pudesse se manifestar através de minha linguagem seria mundo, isto é, o mundo seria meu mundo, pode-se inferir também, a correspondência entre a linguagem e os elementos do mundo, que são fatos da experiência imediata, e quando faltam os fatos, falta o significado, ou o objeto da palavra. Portanto, os enunciados factuais somente serão providos de sentido quando verificados empiricamente, como dado da experiência imediata. (Dicionário de Filosofia, p.919).

123 Nicola Abbagnano, História da Filosofia, p.6

124 Nesse contexto que devemos entender o último aforismo de Wittgenstein no Tractatus, segundo a qual, “sobre aquilo de que não se pode falar, deve-se calar”.

125 Saber de e Saber que, p.19 e 39.

do" nesse contexto, é composto de "coisas com específica interpretação".

O homem é "animal simbólico", na expressão de Umberto Eco, nascido em uma cultura que surge a partir da instauração da atividade simbólica¹²⁶.

O nosso ajuste intelectual ao mundo inicia-se com o aprendizado da língua, composto de um vocabulário básico, que irá se ampliar em virtude do aumento das experiências de vida, colocando-nos em face de novos eventos e coisas, que devem ser nominados.

O relevante é que a postura filosófica de cunho platônico vincou profundamente o Direito, ao fixar a premissa hermenêutica de que o intérprete seria o revelador de sentido das normas jurídicas. No entanto, o atual tratamento dado à interpretação, pelos mais recentes estudos lingüísticos, tem incorporado toda essa evolução e a mudança de paradigma, concebido esse ato como constitutivo do sentido, porém não revelador de essências. Para Streck, citando Marques Neto¹²⁷: "Daí que, pelo processo interpretativo, o jurista 'não reproduz ou descobre o verdadeiro sentido da lei, mas cria o sentido que mais convém aos seus interesses teórico e político. Nesse contexto, sentido contraditórios podem, não obstante, ser verdadeiros. Em outras palavras, o significado da lei não é autônomo, mas heterônomo. Ele vem de fora e é atribuído pelo intérprete.'"

Essa resistência da dogmática jurídica à recepção do "giro lingüístico", acarreta importantes desdobramentos ao estudo do Direito. Esse tema, entretanto, será tratado

126 "O homem, disse-se, é um animal simbólico, e neste sentido não só a linguagem verbal mas toda a cultura, os ritos, as instituições, as relações sociais, o costume, etc., mais não são do que formas simbólicas (Cassirer, 1923; Langer, 1953) nas quais ele encerra a sua experiência para a tornar intermutável: instaura-se a humanidade quando se instaura a sociedade, mas instaura-se a sociedade quando há comércio de signos. Com o signo, o homem destaca-se da percepção bruta, da percepção do hic et nunc, e abstrai. Sem abstracção não existe conceito, embora sem ela nem sequer exista signo. É discutível se existe (na nossa mente, no hiperurânio ou nas coisas) algo que corresponda ao conceito ou à idéia de cavalo; é certo, porém, que existe um signo que, se não está por todos os cavalos, está ao menos por alguma coisa a que por comodidade chamaremos a idéia de cavalo. Toda a discussão filosófica sobre as idéias nasce porque articulamos signos. Elaboram-se signos mesmo antes de emitir sons, em qualquer caso antes de emitir palavras. Segundo os psicanalistas, a criança entregue ao seu primeiro jogo simbólico, ao esconder e fazer reaparecer um objeto (/Fort – Da!, Fort+Da!/, segundo um exemplo de Freud) instaura já o jogo estrutural e significativo, a oposição significante da presença e da ausência." (O Signo, p.97).

127 Hermenêutica Jurídica e (m) Crise ,p. 96.

com maior acuidade no próximo capítulo.

Antes, serão abordados alguns temas relevantes para o estudo da linguagem, vistos como instrumentais úteis para a interpretação dos textos jurídicos.

4.3 TEORIA GERAL DOS SIGNOS

Um das definições de Peirce para “signo” é “alguma coisa que significa algo a alguém”¹²⁸, pois cria na mente a quem é dirigido um outro signo, interpretante daquele primeiro, relativo a um objeto, estabelecendo com eles, uma relação triádica- signo, interpretante e objeto. A representação (relação em que algo está no lugar de outro) não equivale ao signo, mas sim à relação triádica que este estabelece com o objeto e o interpretante, de forma que a noção de signo só pode ser concebida no âmbito dessa relação.

O signo é um fenômeno que a mente relaciona com outro fenômeno, por conta de uma relação de causa e efeito ou de um vínculo arbitrariamente fixado¹²⁹.

Os signos representam objetos, atuando como um “procurador do objeto”, embora com eles não se confundam, sempre havendo “sobras do objeto”, aspectos que não são captadas pelo signo, como bem esclarece Lucia Santaella¹³⁰:

“Em relação ao objeto, o signo tem caráter vicário, ele age como uma espécie de procurador do objeto, de modo que a operação do signo é realmente a operação do objeto através e por meio do signo. Assim sendo, pode-se dizer que o signo tem uma função ontologicamente mediadora como

128 Apud Lúcia Santaella, Teoria Geral dos Signos, p.11.

129 Guibourg e outros, Introducción al Conocimiento Científico, p.18.

130 Guibourg e outros, Introducción al Conocimiento Científico, p.23.

vicário do objeto para a mente. Isso significa, conseqüentemente, que o signo, na sua relação com o objeto, é sempre apenas um signo, no sentido de que ele nunca é completamente adequado ao objeto, não se confunde com ele e nem pode prescindir dele.”

O objeto é algo diverso do signo¹³¹, mas o determina, pois o signo representa o objeto, porém em alguns de seus aspectos, o que conduz à idéia de “experiência colateral”. A experiência colateral é o que está fora do signo, o que não é recebido pelo interpretante, que dele recebe apenas determinado aspecto que foi trazido do objeto.

Outra classificação dos objetos traçada por Peirce é relativa ao “objeto imediato”, o objeto tal como o signo o representa, está dentro do signo, e o “objeto dinâmico” ou “mediato”, que é o objeto no mundo.

Quanto ao interpretante, não se confunde com um intérprete, ie, uma mente subjetiva que por um ato interpretativo determina o signo. O interpretante é propriedade objetiva do signo, pois o signo é capaz de gerar o interpretante, já que veicula em si propriedades do objeto.

Charles Morris¹³² criou modelo, largamente difundido, relativo à forma de se conceber o signo, estabelecendo três perspectivas:

-sintática: o signo é abordado em relação a outros signos, de acordo com a forma em que são combinados, mediante regras próprias ou em relação à estrutura interna do significante do signo, ie, trata-se da conexão dos signos entre si;

-semântica: o signo é abordado em relação àquilo que significa, é a conexão dos signos com seus objetos. O vínculo que se forma entre a palavra e a coisa é artificial, fruto da liberdade de estipulação, de determinado indivíduo, de acordo com suas necessida-

131 Lucia Santaella adverte que essa assertiva vale para os símbolos, uma vez que o índice é conectado materialmente com o seu objeto, enquanto o ícone, o objeto é criado pelo próprio signo, determinado o signo posteriormente. (Teoria Geral dos Signos , p.38).

132 Apud Umberto Eco, O Signo, p.27.

des, ressaltando-se o risco dessa liberdade, que fica condicionada a questões de aceitação pelo uso comum e da vagueza, que é a falta de precisão no significado e da ambigüidade, enquanto a existência de duas ou mais conotações para uma mesma palavra, também conhecida como polissemia¹³³. Tal convenção consubstancia-se em uma relação entre classe e objeto, pois se estipula quais são as notas essenciais de um objeto e a palavra que vai designar essa relação.

- pragmática: considera-se o signo quanto aos usos que seus destinatários fazem dele.

Considerando-se que o signo apenas representa alguns aspectos de seu objeto, sendo em relação a este sempre incompleto, buscará se completar no interpretante, que, por sua vez, também tem natureza sígnica, de sorte que manterá déficit com o objeto, numa relação infinita, que é denominada por Peirce como "regressão infinita do signo".

Embora a potencialidade sígnica não dependa de similaridades com o objeto, há três modos, de acordo com determinadas qualidades que determinam o tipo de relação que o signo mantém com o seu objeto dinâmico, em outras palavras, para que algo seja significante de seu objeto, há três fundamentos:

- se a qualidade é interna ao objeto, estamos diante de um ícone, pois há em comum com o signo alguma qualidade;

- se a qualidade é decorrente de uma relação existencial ou conexão de fato, trata-se de um índice;

- se a qualidade é imputada, sendo a relação com o objeto convencional, trata-se de um símbolo.

133 Assim é o que ocorre nas ciências, em que o cientista cria o seu próprio campo objetual, por meio da linguagem, apesar do objeto enquanto realidade fática manter-se o mesmo.

No direito, encontram-se diversos problemas de ordem semântica, mormente nos casos de polissemia. Assim, o próprio termo "direito" pode ser considerado como conjunto de normas válidas, ciências jurídicas, direito subjetivo, dentre outros.

Considerando-se a abrangência lata do conceito de signo, que poderá abranger quaisquer sistemas de comunicação ou significação, como imagens, comportamentos, alimentos, música, objetos, a linguagem humana é concebida como o mais importante sistema de signos, pois através dela é possível discorrer sobre outros sistemas de signos¹³⁴ - a linguagem media o significado de quaisquer substâncias. E é por essa razão que Luhmann considera-a como a unidade constitutiva dos sistemas autopoieticos que processam sentido.

A linguagem é composta de símbolos, isto é, signos artificiais eleitos em função de uma convenção entre os membros de uma comunidade, organizados em uma estrutura, que visa à comunicação. A linguagem verbal, não como restrita à linguagem escrita, mas suscetível de nessa forma ser posta.

A Lingüística, portanto, é o capítulo da Semiótica, enquanto Teoria Geral dos Signos, que se ocupa de uma categoria de signo, a linguagem, como a forma de expressão dos povos em determinado contexto histórico e cultural.

4.4 LINGÜÍSTICA

A Lingüística é a ciência que se ocupa de sistema sígnico composto de símbolos eleitos em função de uma convenção entre os membros de uma comunidade, objetivando a comunicação, que leva em conta o contexto histórico e cultural de determinada sociedade.

Saussure criou alguns dos importantes conceitos da Lingüística, quais sejam:

-Língua- abrange o sistema de signos e respectivas regras de interpretação, como

134 Nesse sentido, Clarice von Oertzen de Araujo: "Hoje já se tornou pacífica a conclusão de que a linguagem é o mais importante sistema de signos (sistema semiótico), pois é a partir dele que outros sistemas de comunicação se constroem, uma vez que a linguagem verbal é a única que comporta a possibilidade de seu uso para falar de outros sistemas de signos." (Semiótica do Direito, p.17).

as regras gramaticais e dicionários, utilizados por uma comunidade lingüística, como seu código estabelecido para a comunicação¹³⁵ .;

- Fala – trata-se do ato individual pelo qual se manifesta a língua, é o ato que põe em ação a língua¹³⁶ ;

Sob o ponto de vista sincrônico, analisa-se a língua em seu aspecto estático, “fotografando-a” com fulcro de se elaborar estudos gramaticais, por exemplo, conforme elucida Saussure¹³⁷ :

“A Lingüística sincrônica se ocupará das relações lógicas e psicológicas que unem os termos coexistentes e que formam sistemas, tais como são percebidos pela consciência coletiva.”

Por outro lado, o ponto de vista diacrônico, é a abordagem dinâmica da língua, em sua evolução ao longo do tempo, o que implica em estabelecer o nexo que une a língua à fala. Novamente recorrendo-se a Saussure¹³⁸ :

Nas palavras de Roland Barthes: “Objetos, imagens, comportamentos podem significar, claro está, e o fazem abundantemente, mas nunca de uma maneira autônoma; qualquer sistema semiológico repassa-se de linguagem. A substância visual, por exemplo, confirma suas significações ao fazer-se repetir por uma mensagem lingüística (é o caso do cinema, da publicidade, das historietas em quadrinhos, da fotografia de imprensa etc.), de modo que ao menos uma parte da mensagem icônica está numa relação estrutural de redundância ou revezamento com o sistema da língua; quanto aos conjuntos de objetos (vestiário, alimentos), estes só alcançam o estatuto de sistemas quando passam pela mediação da língua, que lhes recorta os significantes (sob a forma de nomenclaturas) e lhes denomina significados (sob a forma de usos ou razões); nós somos, muito mais do que outrora e a despeito da invasão das imagens, uma civilização da escrita. Enfim, de um modo muito mais geral, parece cada vez mais difícil conceber um sistema de imagens ou objetos, cujos significados possam existir fora da linguagem: perceber o que significa uma substância é, fatalmente, recorrer ao recorte da língua: sentido só existe quando denominado, e o mundo dos significados não é outro senão o da linguagem.” (Elementos de Semiologia, p.12).

135 Nas palavras de Saussure: “A lingua existe na coletividade, sob a forma duma soma de sinais depositados em cada cérebro, mais ou menos como um dicionário, cujos exemplares, todos idênticos, fossem repartidos entre todos os indivíduos.”(Curso de Lingüística Geral, p.27).

136 De acordo com Saussure: “O estudo da linguagem comporta, portanto, duas partes: uma, essencial, tem por objeto a língua, que é social em sua essência, tem por objeto a língua, e independente do indivíduo; esse estudo é unicamente psíquico; outra, secundária, tem por objeto a parte individual da linguagem, vale dizer, a fala, inclusive a fonação e é psíco-física.” (Curso de Lingüística Geral, p.27).

137 Curso de Lingüística Geral, p.116.

138 Curso de Lingüística Geral, p.116.

“A Lingüística diacrônica estudará, ao contrário, as relações que unem os termos sucessivos não percebidos por uma mesma consciência coletiva e que se substituem uns por outros sem formar sistema entre si.”

Todavia, para que haja comunicação, não basta que haja linguagem. O processo constitutivo da interação comunicacional, de acordo com o modelo de Roman Jakobson¹³⁹ seria composto de seis componentes: (i) remetente, codificador ou emissor, (ii) destinatário, decodificador ou receptor, (iii) uma mensagem ou informação, (iv) um canal ou contato, físico e psicológico entre remetente e destinatário (v) contexto ou referente (apreensível e verbal ou suscetível de verbalização); (vi) um código¹⁴⁰ (comum, total / parcial), na qual se encontra a linguagem propriamente dita.

Essa noção converge para a Teoria de Sistemas de Luhmann, em que os sistemas sociais são formados por comunicações enquanto procedimento complexo, que envolve objetivação, ie, a emissão de mensagem que seja compreendida por um destinatário, sendo necessária, porém não suficiente, a intermediação da linguagem nesse processo.

No âmbito desse processo comunicacional, as mensagens são constituídas por signos, dotados de características e formas de organização próprias, que são estabelecidos através de operações lógicas de inclusão de classes, que está subjacente à classificação das linguagens, à formação das palavras e na apreensão do contexto, conforme se verá.

139 Lingüística e Comunicação, p. 123. Para esse autor, esse modelo, que busca analisar a linguagem em ação, é fruto do estudo conjunto da lingüística com a teoria matemática da comunicação e da teoria da informação, cujos expoentes são Shannon, W. Weaver, N. Wiener e R.M. Fano. Dessas teorias, muitos conceitos foram apropriados, tais codificação e decodificação, redundância entre outros.

140 Observemos que a acepção de “código” empregada na Semiótica é totalmente distinta daquela empregada por Luhmann, que emprega o similar “linguagem”, como símbolos convencionais que possibilitam a comunicação humana.

4.4.1 METALINGUAGEM

Uma das maiores contribuições da Lógica Simbólica aos estudos lingüísticos, foi a construção do conceito de metalinguagem. A metalinguagem exprime a possibilidade de uma linguagem falar de outra, de outro nível, em uma relação de linguagem –objeto e metalinguagem. Nesse sentido, a Lógica, a Semiótica, a Lingüística, enfim, todas as camadas de linguagem que façam referência a outras linguagens, serão metalinguagens.

Nas palavras de Roman Jakobson¹⁴¹, “A faculdade de falar determinada língua implica a faculdade de falar acerca da língua. Tal gênero de operação `metalingüística’ permite revisar e redefinir o vocabulário empregado. Foi Niels Bohr quem evidenciou a complementaridade dos dois níveis: - linguagem-objeto e metalinguagem: todo dado experimental bem definido deve ser expresso em linguagem comum, ‘onde existe uma relação complementar entre o uso prático de cada palavra e as tentativas de dar-lhe definição precisa’”.

Guibourg¹⁴² ensina que na linguagem, há palavras que falam acerca de coisas, enquanto que na metalinguagem, há palavras que falam acerca de palavras. Assim, quando se diz “as formigas têm seis patas”, está-se utilizando linguagem-objeto, enquanto que quando se diz “a frase ‘as formigas têm seis patas(...)’”, está-se utilizando metalinguagem.

A distinção faz-se importante na medida em que há metalinguagem expressa na mesma linguagem da linguagem-objeto, ou as auto-referências lingüísticas, que podem trazer paradoxos. Assim, no paradoxo do mentiroso, por exemplo, tem-se em um livro, o seguinte enunciado: “tudo o que se diz neste livro é falso”. Como o enunciado também está contido no livro, também está fazendo uma assertiva acerca de si, portanto, se é falso, é verdadeiro, e, por outro lado, se é verdadeiro, é falso.

141 Lingüística e Comunicação, p.67.

142 Introducción al Conocimiento Científico, p.26-27.

A solução desse problema está na diferenciação dos níveis de linguagem, pois as condições de verdade de uma proposição não podem ser encontradas na linguagem-objeto, mas na metalinguagem, evitando-se, dessa forma, contradições.

A sistemática de linguagem-objeto e metalinguagem foi trazida aos campos jurídicos por Kelsen, ao utilizar os conceitos de norma jurídica, enquanto direito positivo e regra jurídica, como proposição descritiva da linguagem prescritiva que conforma a primeira.

Todavia, no âmbito da teoria dos sistemas, deve-se adequar a concepção tradicional, atentando-se que se está diante de estruturas heterárquicas e não hierárquicas, de forma que o conceito de metalinguagem sofre adequações: tratam-se de relações circulares e não relações hierárquicas, de forma que há uma estrutura recursiva entre metalinguagem e linguagem objeto. O exemplo é dado por Marcelo Neves, quanto a decisões interpretativas do texto constitucional que são metalinguagem em relação Constituição Federal, embora encontrem nela o seu fundamento de validade. Transcreve-se¹⁴³:

"A propósito, é de observar-se que também numa perspectiva semiótica a supremacia normativa hierárquica da Constituição deve ser relativizada. A separação completa entre metalinguagem e linguagem-objeto tem sentido apenas no plano sintático. Na dimensão semântico- pragmática condicionam-se reciprocamente metalinguagem e linguagem-objeto. Por outro lado, embora o texto constitucional atue como metalinguagem em relação à 'concretização constitucional', as decisões interpretativas da constituição representam metalinguagem com respeito ao texto constitucional (linguagem-objeto). Se se tem presente a característica do texto constitucional de ser simultaneamente metalinguagem e linguagem-objeto com relação à linguagem concretizadora, então tanto a distinção entre norma e texto constitucional, como também a insustentabilidade da concepção tradicional da supremacia hierárquica da Constituição."

143 Constitucionalização Simbólica, p.81-82.

Ademais, no âmbito da teoria do sistema, traz-se o conceito de “cibernética de segunda ordem”, ou seja, que os observadores do sistema não estariam somente no ambiente, mas também no seu interior – os sistemas seriam dotados de auto-observação e auto-descrição. A cibernética dos sistemas que observam, denominada de “cibernética de segunda ordem”, implica recorrer-se freqüentemente ao conceito de metalinguagem, enquanto linguagem que trata de outra linguagem, pois numa estrutura recursiva, as comunicações sempre estarão atadas a outras comunicações.

4.4.2 TEXTO E CONTEXTO

Uma porção do significado de um termo advém da posição ocupada em um determinado sistema referencial, sendo inafastável a análise do uso pelos sujeitos da linguagem, pois há comunicação se o emissor e o destinatário de uma mensagem não discordam quanto a determinado emprego de um termo. Imprescindível também se faz o contexto para se determinar a função de uma linguagem, pois um trecho isolado não fornece todas as informações necessárias para a avaliação.

A Teoria dos Sistemas acrescenta ao estudo do processo comunicacional o dado contextual: alarga-se o campo de visão para se verificar as relações que os sistemas sociais autopoieticos mantêm entre si, que interferem na sua funcionalidade, predominando aqui a análise pragmática, assentada sob a abertura cognitiva dos sistemas. Nessa perspectiva, nem sistema, nem ambiente preponderam. O fechamento é imprescindível para se não se dilua o sistema no ambiente. A abertura é imprescindível à adaptação ao ambiente. Esses dois parâmetros se implicam mutuamente: o sistema autopoietico é fechado porque é aberto e é aberto porque é fechado¹⁴⁴.

144 Nesse sentido, Marcelo Neves: “No caso dos sistemas sociais, a autopoiese operacional é combinada com a referência cognitiva do meio ambiente. A heterorreferência informativa é pressuposto da auto-referência operacional e vice-versa. No sistema jurídico, isso significa, como observamos no item anterior, a conexão entre fechamento normativo e abertura cognitiva. O direito, enquanto sistema autopoietico é, ao mesmo tempo, normativamente simétrico e cognitivamente assimétrico.”(A Constitucionalização Simbólica, p.125).

As palavras podem ser usadas em múltiplas acepções, inúmeros são os usos das construções frásicas possibilitadas pela gramática (não há correspondência necessária entre forma e função) e as regras sintáticas são apenas um dos elementos para se detectar o sentido da função da linguagem.

Portanto, o intérprete deve sair da significação de base e buscar significação contextual, sendo o plano pragmático é fundamental para a decodificação da mensagem.

A Semiótica opera com os conceitos de enunciação, enunciação enunciada e enunciado enunciado¹⁴⁵. Destarte, na análise de um texto o ato de enunciação é momento pressuposto, que deixa suas marcas no produto (enunciação enunciada), que permitirão reconstruí-la, ao menos parcialmente- o enunciado enunciado seria o que restaria, além da enunciação enunciada.

De acordo com Diana Luz de Barros¹⁴⁶, o ato de enunciação é permeado por escolhas do enunciador, que enuncia suas opções ideológicas e valorativas, que são projetados no discurso, que o direciona e que poderão vir à tona pela análise da enunciação enunciada. Todavia, essa análise interna do texto não é suficiente para a verificação das opções axiológicas nele veiculadas ou o seu sentido completo, devendo-se aumentar o foco de análise para abranger o ambiente em que está inserido, isto é, o contexto.

O "contexto", dentro dessa perspectiva, seria a "organização de textos que dialogam com o texto em questão", ou como um texto maior, no qual estaria inserido o texto

145 Nas palavras de José Luiz Fiorin (grifos do autor): "Manar Hamad propõe considerar o conjunto enunciativo que engloba todas as marcas da enunciação disseminadas no texto-objeto como uma totalidade estrutural. Esse processo enunciativo colocado no interior do enunciado não é a enunciação propriamente dita, cujo modo de existência é ser o pressuposto lógico do enunciado, mas a enunciação enunciada. Teríamos, assim, dois conjuntos no texto –objeto: a enunciação enunciada, que é o conjunto das marcas, identificáveis no texto, que remetem à instância da enunciação; o enunciado enunciado, que é a seqüência enunciada desprovida das marcas da enunciação (para essa distinção, cf. também Courtès, 1948, p.48). Esse processo enunciativo, visto como um micro universo semântico completo, seria analisado de acordo com o percurso gerativo. Esse processo de enunciação enunciada seria metalingüístico em relação ao processo do enunciado enunciado. Isso significa que uma relação hierárquica se estabelece entre esses dois processos, que dependem de dois sistemas distintos (Hamad, 1983, p.35-46)." (Astúcias da Enunciação, p.36-37).

146 Teoria Semiótica do Texto, p.83.

objeto de interpretação, atribuindo-lhe sentido. O ato de enunciação seria o mediador entre o texto e o contexto e a busca de sentido apenas poderá se complementar, através da análise de um discurso sob a perspectiva interna e externa¹⁴⁷ :

“Reconstrói-se a enunciação, por conseguinte, de duas perspectivas distintas e complementares: de dentro para fora, a partir da análise interna das muitas pistas espalhadas no texto; de fora para dentro, por meio das relações contextuais – intertextuais do texto em exame. A enunciação assume claramente, na segunda perspectiva, o papel da instância mediadora entre o discurso e o contexto sócio-histórico.”

No âmbito das comunicações sociais, os subsistemas sociais, como o jurídico, em virtude de sua propriedade de auto-referência, buscará no interior sistema, no código binário e no direito positivo, a construção das comunicações jurídicas que, no entanto, sempre deverão ser contextualizadas, não só se levando em conta as estruturas internas, como também a heterorreferência. Em outras palavras, pode-se dizer que sob esse viés, a tarefa de contextualização tem como foco uma área maior de abrangência, como no caso de prestações intersistêmicas, que deverá considerar qual o contexto sistêmico um termo foi inicialmente empregado e como pode o mesmo ser processado, pelos códigos e programas jurídicos.

4.5 CLASSIFICAÇÕES DA LINGUAGEM

4.5.1 CLASSIFICAÇÃO QUANTO ÀS FUNÇÕES

Os sistemas idiomáticos devem ser compostos de recursos lingüísticos que habilitem ferramental suficiente para realizar a comunicação, em diversos contextos das relações intersubjetivas.

147 Teoria Semiótica do Texto, p.83.

Para alcançar o desígnio comunicacional, vislumbra-se uma série de funções que a linguagem tem para descrever objetos ou situações, para se cantar, para descrição de experimentos científicos, para formulação de questionamentos, para expressar estados subjetivos, para se dar ordens¹⁴⁸.

As funções da linguagem desempenham importante papel para a interpretação, na medida em que se prestam a contextualizar a comunicação, pois trazem o dado exterior à mensagem, a sua perspectiva pragmática. Na eliminação das ambigüidades, por exemplo, o contexto em que um termo no processo de comunicação - as intenções do sujeito emissor, fatores históricos, emocionais - é fundamental para a constituição do sentido.

Na pragmática dos discursos, mesclam-se essas funções da linguagem, de sorte que a maioria dos usos da linguagem é mista, como é o caso do sermão que, muito embora seja revestido de uma linguagem predominantemente prescritiva, ao estabelecer as diretrizes para o comportamento dos fiéis, neles poderá despertar sentimentos subjetivos, bem como veicular informações descritivas sobre o mundo¹⁴⁹.

Portanto, é relevante o corte metodológico que permite o desenvolvimento de um estudo da classificação das funções da linguagem, pois se as manifestações lingüísticas invariavelmente trazem mais de uma função, para o seu estudo o cientista focaliza aquela função entendida como predominante, considerando critérios pragmáticos, conforme sublinha Alf Ross¹⁵⁰.

148 Na lição de Roman Jakobson, no âmbito do esquema do processo comunicacional, à medida que se evidencia um dos seis elementos constituintes do processo comunicacional – remetente, destinatário, mensagem, contexto, canal, código – está-se tratando de função da linguagem distinta. Assim, por exemplo, se enfatiza o emissor, está-se diante da função emotiva, que é centrada em quem fala; se estiver focalizando o contexto, a função cognitiva; se a atenção estiver volvida para o código, a função metalingüística (em frases tais como "Não estou compreendendo, o quer dizer?") e assim por diante. (Lingüística e Comunicação, p. 123).

149 Irving Copi, Introdução à Lógica, p.51.

150 Direito e Justiça, p.176-177.

É o que Gregorio Robles denomina de “princípio da prioridade pragmática”¹⁵¹, aplicável a todo tipo de texto, determinando que todos os elementos constitutivos de um texto apenas adquirem sentido contrapostos à sua totalidade. Assim por exemplo, na obra *Don Quixote de la Mancha*, uma ordem dada a Sancho Panza, na totalidade de significado da obra, não pode ser entendido como linguagem prescritiva, mas sim, de uma narração fictícia.

Dentre essa multiplicidade de funções que a linguagem pode desempenhar, distinguem-se três categorias gerais de usos básicos da linguagem ordinária:

-função informativa ou descritiva- implica a utilização da linguagem para a formulação de afirmações ou negativas acerca do mundo, portanto, é uma função referencial, mantendo um vetor semântico com as situações indicadas. É a função que se presta à transmissão de notícias ou quaisquer conhecimentos, veiculando feixes de proposições afirmativas ou negativas, que remetem o destinatário a referentes situacionais ou textuais. Dessa maneira, a sintaxe própria dessa função de linguagem é a da lógica apofântica, a qual se atribui valores de verdade e falsidade às descrições efetuadas.

-função expressiva- trata-se da utilização da linguagem para transmitir sentimentos e estados subjetivos ou suscitar determinados estados emocionais em seus destinatários, como é o caso da poesia. O emissor exprime seus sentimentos mediante determinadas fórmulas lingüísticas, como expressões interjeicionais, de sorte a provocar no receptor os mesmos sentimentos.

-função diretiva ou prescritiva de condutas – a utilização da linguagem presta-se a causar ou impedir uma ação, como é o caso das ordens e pedidos dirigidos a alguém. Assim, essa linguagem é pontuada de ordens, comandos, prescrições dirigidas aos comportamentos intersubjetivos, empregada por organizações normativas para implantar seus valores nas condutas humanas, alterando o mundo social, como o faz o

151 “Para entender un elemento concreto de un texto no se puede perder de vista la función pragmática del conjunto. El ‘castigo’ por el error de perspectiva es, sencillamente, no entender nada.” (El Derecho como Texto, p.59).

direito positivo. A sintaxe própria desse tipo de linguagem é a da lógica deôntica, que veicula valores de validade ou não-validade, cujo teórico de referência é George Henrik Von Wright, com sua obra *Deontic Logic*, de 1951.

Além dessas três principais espécies de funções, pode-se ainda detectar¹⁵² :

- função interrogativa- é a linguagem empregada nas perguntas ou pedidos de respostas, empregada principalmente em situações desconhecidas ou quando há pretensão de ação de outrem, não estando sujeita à lógica alética, pois uma pergunta apenas poderá ser valorada de acordo com sua adequação ou inadequação, porém não quanto à sua verdade ou falsidade.

- função operativa ou performativa- linguagem empregada para concretizar uma ação que exige essa linguagem, por essa razão denominadas de “elocuições de desempenho” por Irving Copi¹⁵³, contendo “verbos atuantes”, no sentido de que a elocução desempenha a ação que descreve, dentro do contexto de um código normativo determinado, como é o caso do pedido de desculpas.

- função fáctica ou cerimonial- trata-se da linguagem introdutória da comunicação, bem como dos recursos lingüísticos para mantê-la, veiculando pouco conteúdo informativo, sendo fundamental para sua identificação, a análise de seu plano pragmático.

- função persuasiva- empregada para o convencimento do interlocutor para aceitação da argumentação do emissor, que evidencia determinados aspectos que entende mais valorosos. Observa Paulo de Barros Carvalho¹⁵⁴ que, em maior ou menor grau, a comunicação é imbuída do propósito de persuadir o seu destinatário, porém, nessa situação, esse propósito é manifesto, sendo a função que prevalece nos conflitos de interesses, como é o caso do discurso judicial, de acordo com a lógica da argumentação ou

152 Apostila de Lógica Jurídica, do curso de mestrado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

153 Introdução à Lógica, p.52-53.

154 Apostila de Lógica Jurídica, do curso de mestrado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

retórica, que elabora a interpretação visando à decisão¹⁵⁵.

-função afásica- é a linguagem composta de conjunto de enunciados, também denominados de “contra-mensagem” que visam a gerar ruídos na mensagem de um emissor, de sorte a obscurecer o seu entendimento.

-função fabuladora- linguagem descritiva, porém não visando à formulação de enunciados valorados como verdadeiros ou falsos, mas a veicular conteúdos significativos, como a ficção que permeia textos fantasiosos, o cinema, mitos, anedotas, hipóteses dos cientistas e das ficções jurídicas.

-função metalingüística- é a linguagem que tem como objeto o próprio discurso em que se insere, estabelecendo outro nível de linguagem, embora com o mesmo código, ie, estabelecendo metalinguagem no interior do discurso. Nesse caso, o emissor discorre sobre a sua fala.

4.5.2 CLASSIFICAÇÃO QUANTO À FORMA

A forma e a função da linguagem não se confundem: a linguagem empregada em sua função declarativa não assumirá, necessariamente, a forma de uma oração declarativa¹⁵⁶. A complexidade da comunicação não pode ser solvida a partir da identificação da forma e do conteúdo de um discurso, pois conforme sublinhado, a análise pragmática é inexorável, dependendo dos critérios eleitos pelo emissor, para se precisar o contexto do ato comunicacional.

155 Essa estrutura sintática, porque busca o convencimento de determinados destinatários, não poderá possuir sintaxe equiparável às próprias das linguagens em sua função descritiva ou prescritiva. Trata-se da Teoria da Argumentação, da qual emerge a lógica retórica, própria da argumentação, enquanto tipo específico de raciocínio, que corresponde a procedimentos quase-lógicos. São procedimentos “quase-lógicos” porque embora revistam-se da aparência de estarem formatados de acordo com as regras da lógica formal, tratam-se de argumentos persuasivos.

156 Nas palavras de Leonidas Hegenberg: “Sentenças declarativas, interrogativas e imperativas são entidades lingüísticas. Podem ser concretas, como espécimes que ocupam espaço no lugar e no tempo; ou abstratas, como tipos. Asserções, indagações e comandos, porém, são entidades não-lingüísticas, para as quais a distinção espécime/tipo deixa de ter aplicação.(...) Asserções (afirmações, declarações) são habitualmente feitas -não sempre, no entanto,- enunciando (pronunciando) uma sentença declarativa. Por seu turno, sentenças declarativas são habitualmente enunciadas (pronunciadas) – não sempre, todavia, - com o propósito de fazer (produzir, emitir) asserções.” (Saber de e Saber que, p.52).

Nesse sentido, para Irving Copi¹⁵⁷, um dos pressupostos para a interpretação de um texto é que se saiba qual a função ou funções que desempenha aquela linguagem e, para tanto, a sua estrutura gramatical pode fornecer indícios que, contudo, não serão suficientes para se alcançar quaisquer conclusões, porque a função de uma linguagem não se confunde com sua forma, nem com seu conteúdo, sendo imprescindível a contextualização¹⁵⁸.

A “frase” enquanto “construção que encerra um sentido, pode ser formada por uma ou mais palavras, com verbo ou sem ele, ou por uma oração ou mais orações”¹⁵⁹, com que expressamos nosso pensamento, de acordo com as regras gramaticais de nosso idioma, classificam-se nas seguintes classes:

- a) declarativas-que se referem a fatos, sem expressão de sentimentos ou opiniões;
- b) interrogativas- que se prestam à formulação de perguntas;
- c) exclamativas-que exprimem sentimentos, tais como espanto, alegria, admiração;
- d) imperativas- que veiculam ordens, mandamentos ou imposições.

4.5.3 CLASSIFICAÇÃO QUANTO AO TIPO

Todas as linguagens são compostas por signos convencionalmente estabelecidos, que formarão sistemas de símbolos e irão variar em seu grau de artificialidade,

157 Introdução à Lógica, p.55

158 Nos dizeres de Genaro Carrió, a forma gramatical não pode ser reputada como um guia seguro para apreender o sentido das palavras, pois muitas vezes as palavras são empregadas de forma independente à sua significação descritiva: “Una de las causas que hacen que la forma gramatical no sea una guía segura es que existen numerosas palabras que al margen o con independencia de lo que podríamos llamar su significado descriptivo, tiene la virtud, por decir así, de provocar sistemáticamente determinadas reuestas emotivas en la mayoría de los hombres.” (Notas sobre Derecho y Lenguaje, p.22).

159 Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa.

muito embora não se olvide que a linguagem natural, em certa acepção também é uma linguagem artificial, na medida em que é composta por símbolos convencionais ¹⁶⁰.

Essa distinção será a base para o critério eleito na a classificação das linguagens quanto ao seu tipo, levando em conta as formas de conexão entre as comunicações, mantendo a recursividade auto-referencial. Na teoria dos sistemas, a linguagem ordinária que compõe os fluxos comunicativos da sociedade especializa-se, na mesma medida em que evolui o sistema social, surgindo novas tessituras lingüísticas. Assim, na classificação das linguagens quanto aos tipos, parte-se do pressuposto de que as linguagens especializadas dos subsistemas sociais, inclusive o Direito, são derivadas da linguagem natural, passando por processo de diferenciação, em função dos códigos binários, que estabelecem o fechamento operacional desses sistemas autopoieticos.

De acordo com essa especialização, portanto, é possível distinguir-se os seguintes tipos de linguagens:

4.4.3.3.1 LINGUAGEM NATURAL, ORDINÁRIA OU VULGAR

Esse tipo de linguagem é a que permeia todas as comunicações humanas, pelo uso de um grupo social ao longo do tempo, sofrendo variações significativas no processo de comunicação. Portanto, é marcada pela flexibilidade de formas, espontaneidade, sendo intensa no plano pragmático, ao mesmo tempo em que a sintaxe e a semântica são constituídas por estruturas frouxas, altamente dependentes de contextualização ¹⁶¹.

Em virtude de suas características, é repleta de imprecisões significativas, como

160 Guibourg, *Introducción al Conocimiento Científico*, p.20.

161 Na definição de Warat: "A linguagem natural pode ser caracterizada como o processo de enunciação efetuado na comunicação humana, através de componentes sígnicos que apresentam imprecisões significativas, multiplicidade de regras de formação e carência, na maioria dos casos, de uma transmissão economicamente organizada, onde a produção de seus sentidos possui um alto grau de dependência do contexto comunicacional que os produz." (*O Direito e sua Linguagem*, p.52).

a vagueza e a ambigüidade, que são predicados indesejados em situações em que o rigor na forma de expressão seja imprescindível, como no caso do discurso científico.

4.5.3.2 LINGUAGENS ARTIFICIAIS

i-Linguagem Técnica

Esse é o tipo lingüístico especializado, que se destaca do discurso natural em sua base e estrutura, podendo ser caracterizada como “linguagem natural com termos técnicos”¹⁶².

Distingue-se da linguagem natural por ser permeada de expressões de cunho científico e provenientes de outros subsistemas sociais, com significado restrito e maior grau de univocidade em determinados campos do saber, com o escopo veicular informações imediatas sobre funcionamento de determinado objeto, nos domínios de linguagens especializadas. Por outro lado, não se confunde com a linguagem científica, ainda que na sua textura se encontre descrições acerca do objeto sob métodos rigorosos, porque predomina a linguagem ordinária.

Esse é o tipo de linguagem do qual se constitui o direito positivo, já que esse enunciado pelo Poder Legislativo, cuja composição heterogênea, fruto do regime democrático de representatividade política, tem como produto, enunciados que mesclam expressões de cunho científico, com alta incidência de linguagem ordinária.

Essa urdidura lingüística pode ser compreendida pelas relações entre sistemas sociais autopoieticos, pois o direito positivo origina-se de uma prestação do subsistema político ao subsistema jurídico. O âmbito sistêmico do procedimento legislativo é subsistema político que, por sua vez, configura-se como diferenciação funcional do siste-

162 Ricardo Guibourg, *O Introducción al Conocimiento Científico*, p.22.

ma social. Em termos lingüísticos, portanto, o direito positivo é linguagem especializada que passa por diversas filtragens: do mundo fenomênico para o sistema da consciência, desta para o sistema social (linguagem ordinária), do acoplamento estrutural entre o sistema social para o subsistema político (linguagem política) e finalmente, da prestação do subsistema jurídico, em que também atuarão os filtros próprios desse último subsistema.

Nessa intrincada rede de relações, não surpreendem os incisivos problemas que surgem na interpretação de textos jurídicos, pois entre cortes seletivos no trânsito entre sistemas, insertos num contexto de tensão de interesses políticos, a apropriação dessas informações pelo sistema jurídico fica à mercê de toda a sorte de ruídos.

ii. Linguagem Científica

Trata-se a linguagem científica de um discurso artificial, originário da linguagem ordinária que, todavia, sofre processo de depuração, em que há substituição de termos imprecisos por outros unívocos¹⁶³, buscando-se elaborar rigorosos e precisos feixes de proposições descritivas sobre determinado objeto, sistematizados e norteados por método rigoroso, que logrem produzir conhecimentos sujeitos a controle veritativo. Assim, há extremo cuidado com o plano sintático e semântico, com conseqüente enfraquecimento do pragmático, visando ao máximo despojamento de enunciados de cunho axiológico.

Considerando-se as ciências como teorias que formam feixe de enunciados sobre determinado campo objetual, com a finalidade e pretensão de atingir conclusões ver-

163 Para que se alcance tal nível de precisão, lança-se mão do "processo de elucidação", que consiste no emprego da palavra com o conseguinte esclarecimento sobre o sentido em que foi utilizada, criado no seio do Neopositivismo Lógico, por Rudolph Carnap. O saber científico seria alcançado mediante a criação de uma linguagem científica, obtida mediante a substituição dos termos da linguagem natural, repleta de ambigüidades, para uma linguagem artificial, iria traduzir os dados do mundo em linguagem, de maneira rigorosa. Com o processo de elucidação pretendeu-se substituir conceitos vagos e imprecisos da linguagem natural, por outros mais exatos, para a produção de enunciados que possibilitem maior grau de consistência nas conclusões científicas.

dadeiras, seja pelo enfoque zetético ou dogmático¹⁶⁴, imperativa a constituição desse discurso de forma precisa e unívoca.

iii. Linguagem Filosófica

Na lição de Paulo de Barros Carvalho a linguagem filosófica conforma o discurso que trata de questões sobre a existência humana, seu pensamento e posicionamento no mundo, incidindo sobre todas as regiões ônticas - seja a física e natural, a metafísica, ideal, cultural, tendo como foco objetos lingüísticos ou extralingüísticos. Esse discurso veicula a meditação sobre conhecimento vulgar (doxa) e conhecimento científico (episteme) para investigação das possibilidades de determinada ciência, para esclarecê-los, de forma que “suspende o interesse pelos objetos do mundo existencial, em atitude de renúncia momentânea e metodológica, e projeta sua atenção no fenômeno que ocorre entre o ser cognoscente e o objeto.”¹⁶⁵

Dessa forma, esse tipo de linguagem é marcado por alta carga axiológica, em que há preponderância do enfoque zetético, veiculando as mais profundas indagações existenciais do homem. Ademais, o seu objeto impõe que se extravase os limites da linguagem de determinada ciência ou das referências mundanas, com a finalidade de sobre elas divagar ou criticar, de sorte que se pode considerá-la uma forma de metalinguagem.

164 No magistério de Tércio Sampaio Ferraz, em toda investigação científica que vise à formação de uma teoria podem existir os dois enfoques, havendo preponderância de um ou outro, dependendo da natureza da questão. Sob o enfoque zetético, há procedimento de perguntas, para questionamento dos conceitos fundamentais e premissas, enquanto que sob o enfoque dogmático, as premissas são firmadas de forma absoluta. (Introdução ao Estudo do Direito, p. 40-44).

165 Língua e Linguagem-Signos Lingüísticos – Funções, Formas e Tipos de Linguagem – Hierarquia de Linguagens”, Apostila de Lógica Jurídica, p.36.

iv. Linguagem Formalizada

A linguagem formalizada é o instrumento que atende à necessidade de abandono dos conteúdos de significação das linguagens idiomáticas e peculiaridades gramaticais de cada língua, para apreender relações ou vínculos associativos entre classe de indivíduos e elementos, revelando a pureza dos conceitos primitivos, que não ficam visíveis na linguagem ordinária, em função de fatores pragmáticos decorrentes da relação contínua do homem e a realidade circundante.

Para o alcance desse mister, recorre-se a procedimento de formalização ou “salto para o domínio das formas lógicas”¹⁶⁶, em que são retirados conteúdos de significação de palavras, os quais são substituídos por uma representação simbólica convencionada, composta de letras, números ou sinais.

Portanto, é provida de rígida estrutura sintática e é bem organizada, com plano semântico em que seus termos encontram exclusivamente uma significação, com ínfima dimensão pragmática¹⁶⁷. O domínio da linguagem formalizada é de grande valia para as ciências, pois a sua sistemática permite que se elimine da investigação, problemas que geram ruídos no processo comunicacional, como do naipe das ambigüidades e vagueza, viabilizando sofisticadas análises¹⁶⁸.

166 Lourival Vilanova, *Formalização da Linguagem- Proposições e Fórmulas*, p.145.

167 Nas palavras de Lourival Vilanova: “Não fosse o sistema de linguagens com sentido, que põe as regras do cálculo e define o valor dos signos substantivos, e não fosse a linguagem portadora de significados, que interpreta o algoritmo lógico, o cálculo lógico se reduziria a nada. Parafrazeando ainda Gonseth: o não falar de nada específico, o não ter sentido concreto (individual ou universal), justamente isso confere ao símbolo logístico seu poder generalizador, o de ser uma linguagem que fala de um objeto qualquer, portadora de uma significação qualquer. ‘Qualquer’ indica que o signo é de variável e que o logos, é formal, não porque se prive de qualquer significado, mas porque é substituível, no contexto formal em que se insere, por um significado qualquer, referente a uma coisa qualquer (l’objet quelconque). Aqui o minimum de significação (a significação qualquer, ie, o ponto de intersecção lógico de todas as significações concretas possíveis) e o minimum de objeto demonstram que a lógica formal e ontologia formal se encontram em relação de correspondência, como linhas que se partem de uma mesma matriz – mathesis formalis.”(*Teoria das Formas Sintáticas*, p.154).

168 Como enfatiza Paulo de Barros Carvalho: “Não é preciso ressaltar que a adoção de signos que representem as formas lógicas facilita sobremaneira a elaboração de cálculos (de predicados, de proposições, de relações), por permitir tábuas combinatórias ricas e sofisticadas, abrindo espaço para a criação de sistemas aptos para descrever as variadas e complexas situações do mundo.

4.6 LINGUAGEM E A CONSTITUIÇÃO DE SENTIDO

Segundo Guibourg¹⁶⁹, quando se identifica objetos da realidade, o intelecto delimita-a sistematicamente, “cortando-a” de acordo com preferências subjetivas. Esse procedimento não é muito evidente pelo fato de se estar em um mundo em que antecessores já fizeram aqueles “cortes”, portanto, aceita-se as convenções como se fora algo natural, algo inerente à própria natureza das coisas do mundo¹⁷⁰.

Entretanto, esse procedimento de “cortes” quedaria ao infinito se fosse feito em relação a todos os objetos do mundo, que são infinitos e é por essa razão que se agrupam os objetos em conjuntos ou classes. Da mesma forma, o conceito nunca abrangerá todo o objeto, porém apenas suas partes, do contrário, se efetivamente a palavra tocas-se os objetos, se houvesse uma palavra para cada um dos objetos do mundo, não haveria as ambigüidades.

Estabelece-se que um objeto pertencerá a uma determinada classe quando apresentar determinadas condições, havendo não só a estipulação do nome que terá essa classe, como também quais serão as características que deverão ocorrer em um objeto, para nela se enquadrar. Trata-se de uma operação lógica em que a classe ou conceito agrupará diversos objetos, reais ou imaginários, presentes ou futuros.

Para além do interesse teórico que possa suscitar, a matematização da Lógica é a responsável direta por grandes e relevantes conquistas de nosso tempo, especialmente no campo da informática, com o projeto e aperfeiçoamento de circuitos digitais (hardware), desenvolvimento de programas (software) de toda a gama de contribuições que a computação eletrônica vem exibindo nas sociedades modernas.”(Curso de Direito Tributário, p.146).

169 Introducción al Conocimiento Científico, p.18.

170 Santiago Nino cita Jorge Luis Borges, para apontar o equívoco da concepção essencialista da linguagem, (Introducción al análisis del derecho, p.249):

“Si el nombre es el reflejo de la cosa

(como dice el griego en el Crátilo)

En las letras de ‘rosa’ está la rosa

Y todo el Nilo en la palabra ‘Nilo’”

De acordo com Guibourg¹⁷¹, o lógico Gottlob Frege estabeleceu a distinção entre duas formas ou componentes do significado, a denotação ou extensão, elementos de uma classe, e a conotação ou designação, como critérios de inclusão a uma determinada classe.

Assim a palavra “cachorro” poderia ter como conotação “mamífero, quadrúpede, com pêlos etc.”, enquanto a sua denotação ou extensão, incluiria cockers spaniels, viralatas, shi-tzus. Determinar-se-ia, assim, uma espécie de “cachorraridade” que se apresentaria nesses diversos espécimes, que assim se incluíam no conceito de cachorro.

Com essas distinções, é possível resolver a questão de haver objetos de existência efetiva e outros, produtos da imaginação dos homens, como os seres da floresta, ou objetos que existem, ou subsistem, respectivamente. Nessas situações de objetos que não existem na realidade, há um significado para essa palavra, porque apesar de não ter denotação, isto é, não existem entes reais que possam se enquadrar nessa definição, possui conotação, ou um conjunto de critérios que perfazem esse conceito.

Por outro lado, ocorreria o inverso com os nomes próprios, há denotação porque há um ser que se enquadra em determinado nome, mas não se pode dizer que há um conjunto de requisitos que impõem aquele nome ou conotação, pois os nomes próprios são produtos de uma preferência.

Segundo Alfred Tarski¹⁷², a Lógica, além do estudo dos indivíduos, ocupa-se também com o estudo das classes, enquanto conjunto de indivíduos, por ele denominadas de “Classes de Primeira Ordem”, bem como conjunto de classes, como seus elementos, que são denominadas de “Classes de Segunda Ordem”, “Classes de Terceira Ordem” e assim por diante.

Os indivíduos ou elementos de uma determinada classe são selecionados de

171 Introducción al Conocimiento Científico, p. 41-42

172 Introducción a la Lógica, p.95-104

acordo com uma função proposicional, que contenha uma variável livre. Assim, por exemplo, tratando-se de uma classe K , que englobe todos os números ' x ', tais que ' $x > 0$ ', está-se referindo à classe de todos os números positivos, em obediência à função proposicional dada.

Essas funções proposicionais com uma variável livre expressam propriedades de objetos, que somente afetam os objetos que a satisfazem e a classe correspondente à função proposicional, que conterà como elementos apenas os objetos que detenham essas propriedades. Dessa forma, a toda propriedade de objetos corresponderá uma classe univocamente determinada e ao contrário, a toda classe pode-se assinalar uma propriedade possuída tão somente pelos elementos desta classe, que é a propriedade de pertencer a ela.

A "relação de pertinência" é a que se mantém entre os objetos e uma classe, quando aqueles obedecem à função proposicional com uma variável livre que se refere àquela classe e que afeta somente a estes objetos. A toda propriedade de objetos corresponderá uma classe univocamente considerada, enquanto que, reciprocamente, a toda classe corresponderá uma propriedade que somente os elementos daquela classe a possuirão, que é a propriedade de pertencer a ela.

E é essa sistemática de classificação utilizada na linguagem, em relação às palavras - ao convencionarmos o uso de uma palavra, ou definindo uma palavra, estabelece-se a classe que abrigará objetos da realidade em que vivemos.

E essa operação ocorrerá tantas vezes quantos forem os contextos de uso, no sistema social – em função de se estar diante de linguagem ordinária, empregada no seio da comunicação da sociedade, de linguagem especializada, referente a um determinado subsistema social, como é o jurídico ou, ainda, relativa às prestações de um subsistema a outro, em que haverá interação de linguagens especializadas. Isso porque cada sistema autopoietico estabelecerá seus próprios critérios de pertinencialidade, de acordo com seus códigos e programas.

Portanto, um dos fatores que condiciona essa relação entre palavra e objeto, é a cultura de certa comunidade social que, em muitas vezes, são coincidentes ao longo do globo, outras não¹⁷³. Nessa concepção, a linguagem seria um complexo sistema de classificações, que não se refere a coisas que estão na natureza, mas a um dado cultural. Não haveria, dessa forma, classificações verdadeiras ou falsas, porém classificações úteis ou inúteis, conhecidas ou desconhecidas, todas girando em torno das demandas do sistema no seio da qual emerge.

4.7 INCERTEZAS SIGNIFICATIVAS CONOTATIVAS E DENOTATIVAS

A linguagem natural é flexível em suas formas e intensa no plano pragmático, ressentindo-se de regras rígidas nos planos sintático e semântico, o que dá ensejo a problemas de acesso à significação plena e incertezas na comunicação.

A própria operação lógica utilizada para se atribuir nomes que fazem referência aos elementos do mundo, dará ensejo às incertezas na comunicação, na medida em que ao se estabelecer os critérios de inclusão à classe de um termo, apenas serão eleitas algumas notas ou propriedades consideradas relevantes, sem, contudo, lograr esgotar as possibilidades¹⁷⁴.

173 O exemplo dado pelo professor Guibourg é bastante esclarecedor: os esquimós têm cinco vocábulos para designar a neve, pois para este povo que vive em constante contato com esse fenômeno da natureza, ela aparece como cinco realidades diferentes. Por outro lado, os astecas tinham apenas um vocábulo para designar "frio", "neve" e "gelo". (Introducción al Conocimiento Científico, p.43).

174 Nas palavras de Carrió: "Una de las principales funciones de las palabras- aunque no la única- es hacer referencia a objetos, propiedades, fenómenos, estados de ánimo, actividades, etc. Como nuestro equipo lingüístico no es lo suficientemente rico, ni habría ventaja alguna en que lo fuera tanto, no disponemos de una palabra para cada objeto individual, para cada hecho concreto, para cada propiedad de cada objeto individual o hecho concreto, etcétera.(...)El nuestro esta armado en base a palabras generales que sirven para aludir a grupos o familias de objetos, hechos o propiedades, y no en base a nombres propios de objetos, hechos o propiedades individuales.

Es aquí, en el uso de palabras generales, que son palabras clasificadoras, donde se halla la raíz de ciertas incertidumbres que pueden, y suelen, frustrar una comunicación lingüística." (Notas sobre Derecho y Lenguaje, p.27).

Os critérios que conformam uma palavra de classe, que determinam e demonstram o conceito correspondente é a conotação ou intensão desse vocábulo. A conotação de um termo 't' é composta de todas as propriedades de um objeto, para que se inclua na extensão de 't'¹⁷⁵. Em outras palavras, a conotação forma o critério de uso de uma palavra de classe, erigindo um conceito. O conceito é formado por tais critérios que identificam uma classe e que inclui os objetos que se ajustem a esses requisitos¹⁷⁶.

A denotação ou extensão é o conjunto de todos os objetos que podem ser enquadrados em uma determinada palavra, por observarem determinados critérios eleitos que identificam uma classe.

A denotação e a conotação mantêm-se relacionadas, pois são inversamente proporcionais: o aumento de conotação implica na redução de denotação e vice-versa¹⁷⁷.

A significação de base de um termo é composta pela combinação possível de signos que são a ele associados, que permitem a constituição de seu sentido, de acordo com as regras de uso comuns de um sistema idiomático¹⁷⁸. Destarte, a significação de base relaciona-se com a análise semântica dos termos, tendo-se como grande exemplo os dicionários.

175 Leonidas Hegenberg, Definições, p.77.

176 Nas palavras de Guibourg: "Existen ciertas razones, más o menos uniformes, por las que incluimos un objeto en una clase o lo excluimos della. Estas razones forman un critério de uso de la palabra de clase, y tal criterio es la piedra de toque del concepto: tenemos el concepto de mosca (ou mouche, o fly) a los objetos que lo satisfagan, y para no llamar con ese vocablo a las cosas que no se ajusten a esos requisitos. El conjunto de requisitos o razones, es decir, el critério de uso de una palabra de clase (determinante y demostrativo del concepto correspondiente) se llama designación de esa palabra." (Introducción al Conocimiento Científico, p.42).

177 Como elucida Santiago Nino: "La designación y la denotación de una palabra están en función recíproca. Si la designación se amplía (por ejemplo, porque antes se exigían las propiedades A e B para que un objeto integrara la clase y ahora se requieren A, B y C), la denotación posible de la palabra se restringe, porque hay potencialmente menos objetos que reúnan un mayor número de propiedades definitorias. A la inversa, una exigencia menor en cuanto a la designación de la palabra, lleva a una extensión mayor de la denotación potencial de ella." (Introducción al análisis del derecho, p.252).

178 Introdução Geral ao Direito I, p.131.

De acordo com Warat¹⁷⁹, a linguagem natural apresenta uma significação incompleta sob o prisma de sua significação de base, devendo-se recorrer à pragmática para sua especificação. Nesses termos, haveria três zonas na linguagem:

- a) luminosidade positiva- não há dúvidas quanto à inclusão na denotação;
- b) luminosidade negativa- não há dúvidas quanto à não inclusão na denotação;
- c) incerteza- há legítimas dúvidas quanto ao ingresso ou não na denotação.

Em sua significação de base, a linguagem pode apresentar características na estrutura conotativa ou denotativa que interferem na comunicação, conhecidas como ambigüidade e vagueza, respectivamente.

De qualquer sorte, há que se ter presente que a incerteza significativa e a imprecisão lingüística são constantes nas linguagens¹⁸⁰, mesmo nas linguagens formalizadas, portanto, não pode ser abordada como um problema a ser eliminado.

Na linguagem ordinária do sistema social, opera-se com um duplo processo redutor de complexidades: o sistema social deve lidar com os cortes estabelecidos pelos indivíduos de acordo com suas preferências pessoais, bem como os da sociedade, norteados por dados culturais. Há o processo redutor de complexidades do sistema da consciência, que recorta algumas notas do mundo fenomênico vertendo-o em linguagem, bem como a redução de complexidades da passagem do sistema de consciência para o sistema social.

179 Nas palavras de Warat: "Strictu sensu, denominaremos significado de base ao núcleo de sentido proveniente da padronização da articulação interna entre o significante e o significado. Simplificado, o significado de base nos mostra os sentidos socialmente standardizados." (O Direito e Sua Linguagem, p.76 e ss).

180 Idéia bem expressa por Hegenberg: "Termos têm suas definições dependentes do significado de outros termos, num regresso que só termina, por assim dizer, na ostensão. Qualquer palavra possui, via de regra, um significado em que coabitam duas partes distintas: uma, geralmente estável, que decorre do uso; outra, geralmente instável, fruto da história individual, de caráter aleatório. Em consequência, a precisão se mostra ideal utópico, porquanto essa parte 'individual' do significado não pode ser eliminada." (Definições, p.121).

Os ruídos na comunicação tornam-se mais agudos nas linguagens dos subsistemas sociais, que deverão crescer ao procedimento anterior, o seu próprio processo seletivo da linguagem ordinária. Em diversas outras situações, em que há o relacionamento entre subsistemas sociais, a problemática é recrudescida, pois o processo comunicacional envolverá duas linguagens especializadas. Lá na ponta do processo comunicacional estará a significação de base dos termos, que é, na sua raiz, imprecisa.

Não obstante, é importante reter que a linguagem é instrumento redutor de complexidades, não se confunde com o mundo fenomênico sobre a qual se refere, de forma que a busca da eliminação dos ruídos que afetam as comunicações deve ser suficiente para viabilizar que o instrumento realizado os objetivos para o qual foi criado, para aperfeiçoar os processos comunicativos. Em outras palavras, a incerteza significativa das linguagens é inafastável.

4.7.1 VAGUEZA – PROBLEMA DENOTATIVO

Há vagueza na ausência de regras definidas para aplicação de um termo, sendo que os critérios existentes não possibilitam precisar os limites para sua denotação, levando os usuários a decidir pragmaticamente a inclusão ou não de situações, objetos ou subclasses de termos na denotação. Portanto, a vagueza é problema semântico, concernente ao significado, aos predicados enquanto signos descritivos de propriedades ou atributos de algo.

Na zona de incerteza significativa localiza-se a vagueza, pois ocorrerá quando não se está seguro quanto aos casos limítrofes de aplicação de um termo. A zona de vagueza envolve uma decisão puramente convencional, pois as regras de uso não definem com exatidão os critérios de aplicação, além de que, deve-se considerar a existência de termos “contínuos”, que são aqueles referentes a situações alteradas pelo tempo e espaço.

Um exemplo atinente ao sistema jurídico é dado por Guastini¹⁸¹: a compra e venda, entendida, em sua zona de luminosidade positiva, como a troca de mercadorias por dinheiro. Se o preço médio de determinada mercadoria 'X' seja 100, a troca de 'X' por 100, 99, 101, 95, seguramente é compra e venda. Contudo, a troca de 'X' por 1, é doação simulada, ou a troca de 'X' por 100, doação de dinheiro. Entre esses padrões, há uma zona cinzenta, em que não se sabe precisar em que momento a compra e venda passa a ser doação simulada.

Ademais, há termos referentes a situações ou objetos que não contêm todas as características designativas explicitadas pelas regras de uso, que, por sua vez, não se relacionam a propriedades designativas consideradas "condições necessárias e suficientes" para a aplicação denotativa do termo.

Nesse caso, faz-se necessária decisão designativa auxiliar (definição aclaratória), que também não elimina a vagueza, pois suas próprias propriedades designativas são vagas, já que é inerente à linguagem a impossibilidade de previsão de situações inéditas.

Partindo-se dessa idéia, pode-se dizer que o Judiciário, ao se deparar com problemas das lacunas na lei, fruto de vagueza das normas gerais, produzirá definições que esclareçam a aplicação de determinada norma jurídica ao caso concreto¹⁸², com função prescritiva ou estipulativa.

Entretanto, o dado fundamental é que, a zona de penumbra ou de casos marginais, de acordo com Guastini¹⁸³, cai nas margens do argumento, em que haverá a discricionariedade do intérprete para a decisão de inclusão no campo de aplicação da norma.

181 Problemas de Interpretación, p.125.

182 Transcrevemos o exemplo dado por Irving Copi: "Por exemplo, a Corte Suprema da Carolina do Norte decidiu, recentemente, que um iate não era um 'veículo com motor', tornando, assim, sua venda sujeita apenas a uma taxa especial de 1% . Um terceiro propósito de dar definições é, portanto, reduzir a vagueza dos termos correntes (...)." (Introdução à Lógica, p. 108).

183 "La vaguedad de las expresiones usadas en el lenguaje de las fuentes hace que el intérprete, frente a un caso 'marginal', es decir, un caso que cae en os márgenes de 'argumento', pueda decidir discrecionalmente si el supuesto de hecho en examen debe o no ser incluido en el campo de aplicación de la norma en cuestión."(Problemas de Interpretación, p.125).

No exemplo da linguagem do direito positivo tributário, há problema de vagueza quanto às contribuições sociais, ao menos nos tribunais, se seriam enquadradas na classe dos tributos; da mesma forma, há vagueza nas hipóteses de competência para a instituição de empréstimos compulsórios, quando o texto constitucional fala em “investimento público de caráter urgente” e “relevante interesse nacional”, termos nos quais é patente a dificuldade de alcance semântico. O mesmo se pode dizer quanto à locução “normas gerais de direito tributário”, que disporia sobre fato gerador, base de cálculo, contribuintes, obrigação, lançamento, prescrição, decadência, entre outros, de forma que a extensão da classe é tamanha, que pouco sobraria para as outras classes de normas disciplinarem. E maior ou menor grau, no entanto, sempre estará presente a vagueza, na tessitura do direito positivo, impondo o trabalho (re)construtivo do intérprete. .

4.7.2 AMBIGÜIDADE – PROBLEMA CONOTATIVO OU DESIGNATIVO

A ambigüidade é caso particular de incerteza conotativa, no qual os termos possuem mais de um conjunto de propriedades designativas, ou seja, um mesmo significante veicula propriedades aplicáveis a âmbitos denotativos distintos. Assim, a ambigüidade é a incerteza quanto à classe a que o rótulo se aplica. Uma vez especificada a classe, há dúvidas quanto à sua extensão, o que é um problema de vagueza.

Por essa razão, na eliminação das ambigüidades, o contexto em que um termo é aplicado é fundamental, muito embora, em alguns casos não será suficiente. O significado contextual em que se assenta um processo de comunicação, como as intenções do sujeito emissor, fatores históricos, emocionais etc.

Riccardo Guastini¹⁸⁴ traça uma classificação de ambigüidades nos seguintes termos:

184 Problemas de Interpretación, p.124-129.

i. ambigüidades semânticas- decorrente dos significados dos termos, que pode levar o intérprete a decidir discricionariamente qual é o sentido que pode ser adjudicado. O termo "doutor", descontextualizado, por exemplo, não permite apreender se trata de licenciado em medicina ou em outras ciências;

Aqui se enquadra a polissemia, como forma de ambigüidade na qual o mesmo termo designa um conjunto de significados designativos conectados metaforicamente. Ex: "pesado" pode ser um livro ou uma tonelada de ferro ou uma pessoa cansativa.

A ambigüidade equívoca é tipo de ambigüidade semântica , na qual um termo tem um uso vulgar relacionado com seu uso científico, mas com significação distinta, como, por exemplo, "sal" e "álcool"¹⁸⁵ .

Outro tipo de ambigüidade é a processo-produto¹⁸⁶ , em que o mesmo significante pode ser aplicado tanto à atividade, quanto ao seu produto. Ex: ciência é atividade exercida pelos cientistas e o seu resultado, enquanto discurso; o lançamento enquanto ato, ou procedimento.

ii. ambigüidades sintáticas- decorrente da sintaxe dos enunciados ou da estrutura lógica dos enunciados, da forma como se conectam. Problemas típicos desse tipo seriam os relacionados ao uso de pronomes e adjetivos pronominais, como os que atribuem uma posição jurídica subjetiva a uma classe de sujeitos (Ex: Os cidadãos são sujeitos da obrigação tributária – todos ou apenas alguns?); ou na presença de uma disposição a qual é conectada determinada consequência jurídica, há duas consequências possíveis - o antecedente realiza-se na presença de ambas ou na presença de uma ou outra?). De forma geral, essa espécie de ambigüidade é solvida pelo contexto, mas se isso não for possível, há margem de discricão para o intérprete.

185 Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho*, p.261.

186 Como esclarece Santiago Nino: "Así ocurre con la llamada ambigüedad de 'proceso-producto', que surge cuando uno de los significados de las palabras se refiere a una actividad o proceso, y el producto o resultado de esa actividad o proceso. Es lo que acontece con palabras como 'trabajo', 'ciencia', 'construcción', 'pintura'. Si alguien dice 'me encanta la pintura', puede dudarse de si lo que gusta es pintar él o contemplar los cuadros." (*Introducción al análisis del derecho*, p.261).

iii. ambiguidades pragmáticas- decorrente do contexto em se utilizam os enunciados, podendo o enunciado ser empregado em distintos atos de linguagem que não podem ser clarificados pelo contexto. Ex: No enunciado “o sujeito A toma parte da assembléia”, não há clareza se o sentido refere-se a uma norma imperativa, permissiva ou constitutiva.

No Direito Tributário há patente ambigüidade semântica no caso do termo “tributo”, como bem demonstra Paulo de Barros de Carvalho¹⁸⁷ ao detectar suas múltiplas acepções, também no termo “fato gerador” que designa tanto o evento previsto na hipótese do antecedente da regra-matriz, quanto a linguagem competente e, finalmente, quanto ao “lançamento” que Eurico D. Santi¹⁸⁸, percorrendo o mesmo percurso, verificou diversas acepções, como o produto do procedimento ou o próprio procedimento administrativo.

4.7.3 “CONCEITUAR” E “DEFINIR”

O termo “conceito” é ambíguo, tendo significado múltiplo.

Para Leônidas Hegenberg¹⁸⁹, “conceito” seria o conteúdo de um pensamento, que quando expresso em linguagem, seria denominado como “termo”. No mesmo sentido, manifestam-se Allaor Caffé Alves¹⁹⁰ e Eros Grau¹⁹¹.

No entanto, neste trabalho utiliza-se “conceito” na acepção de Guibourg exposta

187 Curso de Direito Tributário, p.20 e ss.

188 Lançamento Tributário, p. 144-145.

189 Definições, p.59.

190 “A simples apreensão intelectual é a operação inicial pela qual o espírito obtém os primeiros elementos, que, depois, por meio de operações posteriores [julgamentos e inferências], são conjugados uns com outros. Estes elementos, produtos da simples apreensão da inteligência, em sua expressão verbal, denominam-se termos. O termo, portanto, é a expressão verbal do conceito [idéia].” (Lógica: pensamento formal e argumentação-elementos para o discurso jurídico, p.169).

191 “A cada conceito corresponde um termo. Este – o termo – é o signo lingüístico do conceito. Assim, o conceito, expressado no seu termo, é coisa (signo) que representa outra coisa (objeto).” (Ensaio e discurso sobre a aplicação do direito, p.220).

anteriormente, como “termo”, linguagem objetivada: “conceito” implica a determinação de uma palavra que enfeixa certos critérios que permitem a inclusão de determinado objeto, por haver observância desses requisitos. Essa é a significação de base que encontramos na linguagem ordinária e que foi apropriada pela linguagem jurídica.

A definição, por sua vez, é a indicação de um significado, em operação lógica composta de duas partes, o definiendum, como a palavra ou sujeito da proposição que se quer definir e o definiens, como a enunciação do significado da palavra, pela explicitação dos critérios de inclusão de classe ou enumeração de elementos que nela se incluem.

Nesse sentido, o “significado de base” equivale a uma definição, isto é, há um conceito ao qual podem ser atribuídos determinados significados, estabelecendo-se a demarcação do que será incluído ou não, de acordo com os usos sociais.

De acordo com a espécie de definição utilizada, variará a enunciação do significado - na definição verbal, por exemplo, comunicam o significado de uma palavra através de outras palavras, enquanto que a ostensiva, pela indicação de exemplos.

Nesse contexto, “conceito” e “definição” não se confundiriam, servindo a definição para explicitar o conceito. Poderia se inferir, então, que o conceito poderia se colocar no lugar do definiendum, enquanto termo a ter o significado explicitado.

Pode-se constatar, portanto, que em última instância, todas as questões relacionadas à constituição do significado e às incertezas significativas, estarão reduzidas à operação lógica de inclusão de classes, em função das categorias de denotação e conotação: “conceituar” equivale a selecionar os critérios que constituirão a relação de pertinência à classe, ou seja, a conotação; “definir” é operação em que se explicitam os critérios para a inclusão de classes ou a explicitação dos elementos que compõem a extensão de uma classe, enumerando-os.

4.8 DEFINIÇÕES

Nascemos inseridos em um mundo de linguagem, pré- estabelecido. Aprendemos a nos comunicar, em nossa infância, observando e repetindo o comportamento lingüístico de outros seres humanos. Contudo, essa forma de aprendizagem informal é limitada, de sorte que o avanço impõe que se recorra a métodos formais de aprendizagem, em que se explicitam os significados dos termos utilizados¹⁹².

O significado de base de um termo, aliado ao contexto em que se insere a comunicação, muitas vezes é suficiente para eliminar problemas comunicativos, eliminando vagueza e ambigüidade dos termos. Todavia, em outras ocasiões, não são suficientes para extirpar o estado de incerteza, em contextos comunicacionais mais complexos, sendo necessário que se precise o sentido em que se emprega um termo.

Em acepção bastante simplificada, definir é explicitar o significado de um conceito ou explicitar os seus critérios conotativos, hábeis a erigir a relação de pertinencialidade de determinada classe. Ao se objetivar os critérios de inclusão em um determinado conceito, ilumina-se a zona de penumbra significativa, adjudicando-se um dos significados possíveis.

De outra parte, não é possível falar-se em definições sem se tomar em conta o contexto em que se insere e seu significado de base, as funções da linguagem empregadas em determinado processo de comunicação: as definições isoladamente consideradas apenas poderão fornecer significados parciais dos termos, pois na zona de penumbra significativa haverá várias possibilidades de construção de sentido a serem adjudicadas¹⁹³.

192 Irving Copi, Introdução à lógica, p.105.

193 Nas palavras de Leônidas Hegenberg: "Há que lembrar, enfim, que qualquer elucidação de conceitos não se dá em um vazio conceitual. Na ciência, em especial, as definições implicam ou pressupõem leis e se apresentam no seio de sistemas. Por isso mesmo, as definições sofrem, muitas vezes, o destino do conhecimento. Definir não é sempre uma atividade simplesmente lingüística, mas, ao contrário, uma atividade que se executa sobre teorias e informações empíricas. Dito de outro modo, a definição não deve ser apenas formalmente correta, mas deve, ainda, muitas vezes, ser materialmente adequada – tanto no sentido epistemológico (é correto o conhecimento que fica implicitamente reportado) como no sentido pragmático(...)."(Definições, p.68).

Com a definição, visa-se a introduzir um termo novo ou um novo emprego para um termo já em uso, para fazer referência a uma palavra, pois se definem palavras, mas não coisas¹⁹⁴. De acordo com Leônidas Hegenberg¹⁹⁵:

“A definição é uma correspondência signo-signo e, pois, nessa medida, uma operação conceitual. Essa operação destina-se, em suma, a

1. introduzir formalmente um termo novo em algum sistema de signos (como a linguagem de uma teoria, por exemplo) e, ainda a

2. especificar, de algum modo, o significado do termo introduzido na medida em que são precisos os significados dos termos definientes.”

As definições prestam-se a eliminar ambigüidades, ao explicar os diferentes significados de termos ou proposições ambíguas, distinguindo o seu significado, para eliminação da incerteza. Ao definir, da mesma forma, pode-se delimitar com maior precisão a aplicabilidade de um termo em determinado contexto, eliminando a vagueza.

Estabelecidos esses conceitos, entende-se que “definir” é explicitar a conotação de um termo, ou seja, erigir os critérios que estabelecerão a classe de certos objetos, mediante um processo de classificação. Dessa forma, elegem-se características relevantes de elementos da realidade, para que se enquadre em determinada classe.

A operação lógica de inclusão de classes é de fundamental importância para a

194 A teoria clássica erigiu regras aplicáveis às definições conotativas, que embora não tenham caráter absoluto, compõem um norte para o desenvolvimento dessa técnica de definição. São elas:

- i. a definição deve veicular atributos essenciais da espécie;
- ii. a definição não pode ser circular;
- iii. a definição não deve ser excessivamente ampla, nem restrita;
- iv. a definição não deve ser expressa em linguagem ambígua, obscura ou figurada;
- v. a definição não deve ser negativa, se é possível formulá-la em termos positivos.

Conforme Leonidas Hegenberg, *Definições*, p.27.

195 *Definições*, p.35.

linguagem, principalmente sob o aspecto semântico, pois o refinamento ou a delimitação do espectro semântico de um termo será obtido pelo processo de aperfeiçoamento das definições¹⁹⁶.

4.8.1 TÉCNICAS DE DEFINIÇÕES -DEFINIÇÕES CONOTATIVAS E DENOTATIVAS

As definições conotativas ou designativas, mais utilizadas, envolvem a enumeração de características que se depreendem do conceito, de sorte que se possa avaliar se dado objeto pode ser rotulado sob aquele conceito, se possui as propriedades comuns ao critério de designação.

Essa técnica de definição também é conhecida como definição “por gênero e diferença” ou “analítica”, por envolver a divisão em classes e subclasses, em consonância com características compartilhadas, eleitas de determinadas entidades. Dentro da classe, serão eleitos traços específicos de seus elementos, a “diferença específica”, que comporão as subclasses.

As definições denotativas estabelecem a explicitação dos elementos que comporão a extensão de uma classe, isto é, a classe de objetos a qual se aplica um termo. Esse tipo de definição, por enumeração, tende a ser incompleta, pois parte da premissa que haja um sujeito onisciente, que logre a esgotar a enumeração de todos os elementos de uma classe, o que não é possível, como no caso da classe dos números¹⁹⁷. Ademais, embora a prática das comunicações aponte ser essa a forma mais “didática” de se explicitar o significado de um termo, encontra uma série de restrições, como o fato de a enumeração

196 Como aponta Leonidas Hegenberg: “Está claro que o aspecto semântico depende de reconhecimento de propriedades relevantes dos objetos. Depende, em suma, da intensão do termo em pauta. A intensão, como facilmente se percebe, nem sempre se determina com precisão, o que requer aperfeiçoamentos graduais e sucessivos de nosso vocabulário. Tais aperfeiçoamentos são alcançados, muitas vezes, por meio de adequadas definições.” (Saber de e Saber que, p.79).

197 É o que ocorre, por exemplo, no direito positivo, em dispositivos que enumeram situações ou coisas, que invariavelmente a discussão sobre o rol selecionado tem o atributo de “taxativo” ou “exemplificativo”.

de elementos invariavelmente não permitir se conhecer quais foram os critérios conotativos selecionados, ou a existência de termos desprovidos de extensão.

A relação entre conotação e denotação será inversamente proporcional, pois à medida que se incrementa a conotação, encurta-se o número de elementos que possam compor determinada classe¹⁹⁸. Em outras palavras, a ordem crescente de intensão determina ordem decrescente de extensão.

Por outro lado, não haverá denotação se não houver conotação, embora a recíproca não seja verdadeira, pois é possível a existência de classe vazia, sob o aspecto de referência com a realidade: no caso de seres míticos, por exemplo, haverá uma conotação, sem que haja a respectiva denotação, ao menos no plano existencial. Pode-se afirmar, assim, que a denotação sempre será secundária em relação à conotação, delineando as regras de uso de uma língua.

Note-se que é possível que um conjunto de elementos que componha uma determinada classe, também componha outra classe, embora detenham intensões distintas, pois os critérios de intensão determinam a extensão de uma classe, embora a recíproca não seja verdadeira.

Destarte, os critérios de inclusão de classe apenas tomam em consideração algumas das características de uma multiplicidade das que são possíveis de verificação em um objeto. Assim, por exemplo, sobre o evento em que determinado indivíduo paga certa quantia em dinheiro aos cofres públicos, pode ser recortado de diversas formas, pelos subsistemas sociais para os quais esse evento é relevante: para o sistema jurídico, será cumprimento da obrigação tributária nos termos do art. 3º do Código Tributário Nacional; para o sistema político, o resultado de uma decisão coletivamente vinculante, que opta por onerar determinados signos de riqueza em prol do interesse público; para o sistema econômico, uma forma de pagamento em dinheiro, que alimenta as finanças públicas.

198 Luis Alberto Warat, *Direito e sua Linguagem*, p.55-56.

4.8.2 A TIPOLOGIA DAS DEFINIÇÕES

A partir da acepção de base do conceito de definição - operação lógica em que se combina a um conceito, uma explicitação de seus critérios de inclusão, que podem ser denotativos ou conotativos- os estudiosos estabeleceram espécies de definições, que levam em conta os propósitos daquele que a emprega, no contexto do discurso.

Com efeito, no âmbito da dialeticidade do processo judicial, flagra-se o emprego constante de definições persuasivas pelas partes; nas ciências, o processo de elucidação busca incessantemente o controle semântico e pragmático da linguagem através de definições estipulativas.

Muitas espécies de definição são encontradas, mormente nos domínios das ciências empíricas e da matemática¹⁹⁹, como as definições redutoras ou operativas. Ou no domínio das ciências, as definições teóricas.

A seguir, são abordados alguns dos tipos de definições.

4.8.2.1 DEFINIÇÕES LEXICOGRAFICAS

Esse tipo de definição aplica-se a termos já pertencentes a um sistema idiomático e visam à eliminação das ambigüidades ou à ampliação de vocabulário de um sujeito, informando um significado já existente para determinado termo. Pode-se dizer que a definição lexicográfica estabelece o significado de base de um conceito.

As definições lexicográficas indicam a forma sob a qual um termo é empregado em uma comunidade localizada historicamente. Em dado contexto, o definiendum de um termo já é estabelecido pelas regras de uso do sistema idiomático, como exposto

199 Para esse fim, a obra de Leonidas Hegenberg, *Definições*, oferece material de pesquisa riquíssimo.

em um dicionário.

Entretanto, o fato de fazer referência a um significado já conhecido não implica afirmar que a utilização de um termo se realizará sem conflitos, uma vez que a pragmática das comunicações é demasiadamente rica. Sempre haverá empregos heterodoxos dos termos, pois o “uso das palavras é questão estatística”²⁰⁰.

De qualquer sorte, para a linguagem jurídica as definições lexicográficas serão relevantes na medida em que esta se nutre da linguagem ordinária, portanto, a significação de base é apropriada, mas processada pelo mecanismo de duplo ingresso, que lhe adjudicará sentido específico que, no entanto, não se desconecta totalmente da significação de base.

4.8.2.2 DEFINIÇÕES ESTIPULATIVAS

As definições estipulativas veiculam a introdução de um novo termo em um sistema idiomático, de forma que aquele que introduziu o termo convencionou o significado, é ato de escolha. Essa estipulação também pode se referir a termos já existentes, determinando a significação em novo contexto.

Essas definições também são conhecidas como “nominais” ou “verbais” e se referem a expressões lingüísticas que compõem o definiendum e o definiens, determinando-lhes o significado²⁰¹.

Opera com a idéia de convencionalismo na atribuição de palavras a objetos, no caráter arbitrário e constitutivo linguagem, com o qual operam os estudiosos adeptos à

200 Irving Copi, *Introdução à Lógica*, p.116.

201 Assim, nas definições estipulativas, entende-se que: “A estipulação tem o efeito de uma expressão específica, o definiendum, deve ser tomada como sinônimo de outra expressão, o definiens – cujo significado foi previamente determinado. A definição nominal toma, pois, em geral, a forma ‘Seja a expressão E sinônima da expressão F’.” (Irving Copi, *Introdução à Lógica*, p.116).

filosofia da linguagem. O sujeito emissor deverá definir ou atribuir significado ao novo termo, que poderá ser aceito ou não pela comunidade do discurso em que se insere, embora não possa ser considerado verdadeiro ou falso, na medida em que é ato arbitrário. A linguagem aqui é utilizada em sua função diretiva²⁰².

É na definição estipulativa em que se insere o processo de elucidação, enquanto procedimento que estipula o sentido preciso de um termo no discurso científico. O novo símbolo técnico definido substituirá as palavras que constituem o definiendum, atribuindo maior clareza ao discurso científico.

Pode-se aplicar essa idéia ao sistema jurídico, pois o Poder Judiciário lança mão de definições estipulativas, ao eleger uma dentre as opções possíveis de construção que uma norma jurídica possibilita, adjudicando um dos sentidos possíveis. Dessa forma, estipulará qual a definição de determinado conceito jurídico, com força prescritiva, atribuindo segurança jurídica ao discurso.

4.8.2.3 DEFINIÇÕES ACLARADORAS OU EXPLICATIVAS

Esse tipo é empregado para eliminar a vagueza de palavras, que embora não sejam novas em um sistema idiomático, têm caráter vago que não pode ser eliminado pelo seu uso padrão.

Por essa razão, nesse tipo de definição haverá um quantum de definição estipulativa, com emprego da função diretiva da linguagem, prática comum no discurso jurídico²⁰³, como importante mecanismo de retórica.

202 Irving Copi, Introdução à Lógica, p.114.

203 "De modo geral, os juristas apresentam argumentos destinados a justificar suas decisões em tais casos, e essa prática demonstra que não consideram suas definições aclaradoras como simples estipulações, nem mesmo nas próprias áreas que não estão abrangidas pelo uso precedente ou estabelecido. Pelo contrário, procuram guiar-se, em parte, pelo que presumem, em sua concepção, ser de interesse público."(Irving Copi, Introdução à Lógica, p.117).

4.8.2.4 DEFINIÇÕES PERSUASIVAS

As definições persuasivas têm como finalidade a influência de comportamentos, pela manipulação dos signos lingüísticos, de sorte a gerar relações associativas com outros signos determinados.

De acordo com Warat²⁰⁴, há definições que são persuasivas, na medida em que se alteram os critérios de relevância em função de valores do intérprete, com a consequente alteração de sua denotação, com o fito de convencer o destinatário a partilhar de um juízo valorativo. Altera-se o significado de um termo, abrindo novas possibilidades de aplicação, por critério axiológico.

Portanto, diz-se que a definição persuasiva implica processo redefinitório, por meio da eleição de novos critérios de relevância ou de inclusão na classe, em detrimento de uma dada significação de base, que geram como consequência, alteração da denotação de um termo.

Por meio de técnicas que redefinem um termo legal, de débil significação ou de significação imprecisa, são destacados aspectos que não estão evidentes nos seus usos comuns ou atribuindo-lhe valores outrora não aceitos. São manipulados os critérios de relevância do termo, para que fiquem evidentes os valores favoráveis ao emissor, ao mesmo tempo em que se omitem ou se ofuscam valores desfavoráveis. Um grande exemplo dos lingüistas para definições persuasivas são os estereótipos, rótulos que nos remetem a altas cargas emotivas. Por essa razão que Carrió, citado por Warat, assevera que "a definição persuasiva é uma armadilha verbal dirigida ao receptor da mensagem"²⁰⁵.

Entende Warat que a interpretação da lei sempre implicará produzir definições

204 Introdução à Teoria Geral do Direito, vol.I, p.33 e ss.

205 O Direito e sua linguagem, p.35.

persuasivas, o que equivaleria a dizer que todas as definições judiciais são persuasivas. O tecido de linguagem das normas jurídicas, fincado na linguagem natural, seria repleto de termos vagos e polissêmicos, causados especialmente pelo fato de que não coincidiriam os critérios de uso de determinado termo e a significação atribuída por um órgão julgador.

Na atividade judicial, o órgão julgador, ao produzir uma definição, estabeleceria outras conotações a um conceito constante de um enunciado prescritivo, de forma que “a vagueza dos termos jurídicos é, mais que uma incerteza denotativa, uma incerteza valorativa.”²⁰⁶ Para tanto, lança mão de variáveis axiológicas, tais como “estado de necessidade”, para direcionar a outro sentido a solução de um conflito de interesses.

Nesse sentido, ainda que reste inalterado o plano sintático ou dos significantes, base empírica das normas jurídicas, a definição persuasiva altera a significação de base de um termo²⁰⁷.

São espécies de definição persuasiva, as redefinições diretas e indiretas.

Nas redefinições diretas, o sujeito emissor explicitamente expõe em sua mensagem, o seu intento de alterações de critérios de relevância de um termo, especialmente lastreado com o fim de eliminar incertezas significativas que produzem ruído na comunicação.

As redefinições diretas podem ser atribuídas à atividade judicial, viabilizada por vagueza e ambigüidade da linguagem jurídica, que possibilita a interpretação da lei ou a

206 Introdução a Teoria Geral do Direito I, p.37.

207 “Ora, na interpretação da lei o processo redefinitório está sempre determinado por fatores axiológicos. O modo de produção significativo da sentença envolve necessariamente uma atividade definitiva eticamente condicionada. E quando o juiz altera a modalização deontica convencional, para uma conduta, está redefinindo persuasivamente. De forma mais ampla podemos dizer que toda vez que no uso contextual de um termo são alterados os critérios de relevância regularmente explicitados, isto é, a significação de base do aludido termo, ocorre uma redefinição. É neste sentido que se atendendo a razões circunstanciais e ideológicas transmuda-se, muitas vezes, o significado das palavras da lei mantendo-se inalterados seus grafismos ou significantes. Tal mecanismo facilita a adequação da jurisprudência, às exigências reais ou supostas, de um dado momento histórico.” (Luis Alberto Warat, Introdução a Teoria Geral do Direito I, p.38).

fixação de seu sentido, sob o argumento de revelação da vontade do legislador, inscrita no texto legal. Assim, na atividade judicial, as redefinições diretas poderão cumprir relevante função retórica, permitindo realizar a subsunção de um evento a determinada norma geral e abstrata, com a utilização de critérios de relevância não usuais na praxe jurídica.

As redefinições indiretas, interferem também na significação de um termo pela alteração do critério de inclusão, entretanto, aqui, esse processo é fundamentado em outros argumentos retóricos, não ficando explícito o propósito redefinitório. Esses fatores de cunho retórico podem ser a dogmática, a adjetivação desqualificadora, variáveis axiológicas, alterações sintáticas do texto normativo²⁰⁸.

Destarte, ao lançar mão de variáveis axiológicas, por exemplo, há escusa para a alteração do critério de relevância, através da provocação de alta carga emotiva, hábil a deslocar o significado previamente fixado. Um exemplo de variável axiológica, bastante claro no Direito, é o “estado de necessidade”, que pode interferir no critério de relevância de “homicídio”.

4.9 SISTEMAS AUTOPOIÉTICOS E REDEFINIÇÃO

COMO DECORRÊNCIA DO DUPLO INGRESSO

Em acepção ampla, no procedimento de redefinição, altera-se o critério de relevância para a constituição da classe, destacando aspectos que não estão evidentes nos usos comuns ou atribuindo-lhe valores outrora não aceitos²⁰⁹.

208 Luis Alberto Warat, *Introdução Geral ao Direito I*, p.43.

209 Para Warat: “Redefinir, já o antecipamos, é alterar as características relevantes de um termo, permitindo ou provocando uma mudança em sua denotação. Mais precisamente é alterar o significado de um termo possibilitando sua aplicação a situações antes não consideradas.” (*Introdução Geral ao Direito I*, p.38).

Para Guastini, as “redefinições” seriam espécies de definições estipulativas, que se prestariam a precisar o significado de um conceito, eliminando a ambigüidade e vagueza de seus usos ordinários²¹⁰.

Na teoria dos sistemas autopoieticos esse mecanismo estará presente ainda em contextos em que não se tenham propósitos persuasivos em sentido estrito, pois é inerente à natureza dos sistemas autopoieticos a capacidade interpretativa do ambiente.

Nos sistemas autopoieticos que interpretam sentido, em que o meio para o acoplamento estrutural com o ambiente é a linguagem, verifica-se cada qual deterá critérios próprios para selecionar as notas que são relevantes para o estabelecimento de cortes, a partir de uma visão interna, que leva em conta os programas e códigos próprios, pelo mecanismo de duplo ingresso.

O exemplo dado alhures novamente se presta a esclarecer a afirmação: o pagamento de certa quantia em dinheiro aos cofres públicos pode ser recortado de diversas formas pelos subsistemas sociais, de forma que para o sistema jurídico, será cumprimento da obrigação tributária; para o sistema político, resultado de decisão coletivamente vinculante; para o sistema econômico, forma de pagamento.

Diante disso, ter-se-á uma intrincada rede de relações entre linguagens, que podem redundar em ruídos insuportáveis aos processos comunicacionais. Com efeito, a linguagem ordinária pode ser vista como uma significação de base ilhada por larga zona de penumbra significativa, sendo saturada de ambigüidades e vagueza. E a partir dessa linguagem, permeada por incertezas significativas, o subsistemas sociais tecem a sua linguagem especializada, selecionando os critérios que entendem rele-

210 “También pertenecen al género de las definiciones estipulativas las denominadas ‘redefiniciones’. Para aclarar que és una redefinición es necesario tener presente que todos (casi todos) los vocablos y sintagmas de uso común tienen un significado impreciso: son (a menudo) ambíguos y (siempre) vagos. Pues bien, una redefinición consiste en precisar el significado de un vocablo o sintagma, eliminando (al menos em parte) la ambigüedad y la vaguedad que son propias del uso comum.” (Distinguiendo, p.202).

vantes para suas comunicações²¹¹.

Seja como for, sempre haverá redefinição nos fluxos comunicacionais dos sistemas sociais, por imposição do mecanismo de duplo ingresso que, entretanto, pode variar em sua intensidade.

Destarte, o subsistema social poderá manter a mesma conotação empregada na linguagem ordinária e/ou nas linguagens especializadas de outros subsistemas sociais, que deve se acomodar, todavia, ao contexto intra-sistêmico²¹². Em um grau maior

211 Por essa razão Luhmann fez o alerta sobre o paradoxo da comunicação, como a sua improbabilidade, em virtude da impossibilidade de realização de uma comunicação efetiva, pois o significado apenas poderá ser apreendido em um contexto que, por sua vez, irá se alterar de acordo com o sistema de consciência de cada indivíduo, tanto do emissor da informação como o seu receptor, que também irá selecionar as informações desde o seu próprio ponto de vista e valores: "His theory starts from the premise that communication (and so, society) is improbable, despite the fact that we experience and practice it every day of our lives and would not exist without it. He identifies three 'improbabilities' associated with effective communication. The first is that of meaning: 'meaning can be understood only in context, and context for each individual consists of what his own memory supplies. The second improbability concerns the transmission of communications to recipients: 'it's improbable that a communication should reach more persons than are present in a given situation. The problem is one of the extension of the space and time'. Luhmann calls his third improbability 'the improbability of success'. By success he means 'that the recipient of the communication accepts the selective content of the communication (the information) as a premise of his own behaviour', 'even if a communication is understood, there can be no assurance of its being accepted'. Depending on the content of a communication, acceptance might involve acknowledging and acting in accordance with its truth, value, importance, lawfulness, potency, correctness and so on, but it may also involve' processing experiences and other thoughts and other perceptions on the assumption that a certain piece of information is correct'". (Michael King e Chris Thornhill, Niklas Luhmann's Theory of Politics and Law, p.15-16).

212 Nas palavras de Luhmann: "Concepts are also internal operators referring to internal differences, or at least, this has to be presupposed. Even if a concept – like the bona fides of the Romans – has moral connotation in everyday language, these do not become part of the law except by explicit reference. In other words, bona fides is not a 'source of law'. The same holds true for terms that are used in legal texts but also have scientific meanings (often more than one) outside the law. If a concept is used explicitly as citation, it refers to environmental norms, rules, and customs as facts that must be proven." (Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of Legal System., p.1430). 213 Para Marcelo Neves: "Defina-se o Direito como plexo de normas ou cadeia de comunicações, ou mesmo, no sentido de Teubner, como entrelaçamento hipercíclico de norma (estrutura), ato (elemento), procedimento (processo) e dogmática (identidade) jurídicos (cf. pp.127s), trata-se sempre de um fenômeno intermediado linguisticamente. Distinguem-se, então, as dimensões sintática, semântica e pragmática do sistema jurídico enquanto linguagem normativa em geral: do ponto de vista sintático, ela vai ser caracterizada pela estrutura 'relacional deontica, sendo functor específico o dever-ser (D), que se triparte em três submodais: o obrigatório(O), o proibido (V) e o permitido (P)', sob o aspecto semântico, dirige-se à realidade com a pretensão de dirigir normativamente a conduta em interferência intersubjetiva; na perspectiva pragmática destina-se a orientar normativamente as expectativas dos sujeitos de Direito. Mas, para diferenciar-se a linguagem jurídica (especialização da linguagem natural), não é suficiente caracterizá-la como linguagem normativa. Na teoria dos sistemas autopoieticos, é imprescindível que um único sistema funcional da sociedade disponha da diferença linguisticamente intermediada entre lícito e ilícito." (A Constitucionalização Simbólica, p. 141).

de variação, poderá determinar explicitamente critérios totalmente distintos, afastando-se de sua intensão originária.

No caso de alteração da intensão original, deve haver menção explícita nos programas do subsistema social, do contrário, entende-se que são mantidos os critérios conotativos da linguagem ordinária, uma vez que a linguagem especializada é redutora de complexidades daquela e nela está contida.

Outro tanto se pode dizer dos termos apropriados de outra linguagem especializada, especialmente porque se há opção pela apropriação de um termo cuja complexidade foi bastante reduzida pelos procedimentos de filtragem anteriores, infere-se que foram man-

tidos os critérios conotativos.

No exemplo do sistema jurídico, se o texto constitucional, prescreve que “faturamento” é o complemento do verbo que conforma o critério material da contribuição social, porém, nada menciona acerca da alteração de seus critérios conotativos, devem ser mantidos os critérios conotativos originários, desde que se adequem à auto-referência do sistema jurídico.

CAPÍTULO 5

SISTEMA JURÍDICO E LINGUAGEM

5.1. DIREITO COMO TEXTO

Considerando-se o exposto anteriormente, o Direito pode ser concebido como conjunto de comunicações constituído de camada de linguagem especializada, seus programas, que preponderantemente assumem a forma escrita, gerando comunicações sobre a forma prescritiva (“dever ser”) das condutas sociais, de acordo com o código lícito e ilícito. Tomada como complexo de comunicações encadeadas, pode ser estudado de acordo com o modelo da Semiótica²¹³.

Além disso, o Direito é “texto aberto”, no sentido que sempre estará se modificando, como aponta Gregorio Robles²¹⁴:

“El texto jurídico es un texto abierto. No es por tanto, una ‘obra’ (aunque es posible el análisis literario o histórico de una porción del texto jurídico, como puede ser, por ejemplo, el código civil). La apertura del texto consiste

213 E nas palavras de Gregorio Robles: “Como texto, el derecho es susceptible de los análisis típicos de cualquier otro texto. Por esta razón, la teoría del derecho puede caracterizarse como una teoría hermenéutico-analítica o, empleando una más simple, comunicacional. Pragmática, semántica y sintaxis son las tres operaciones posibles del texto jurídico.”(El Derecho como Texto, p. 17).

214 El Derecho como Texto, p.55.

en que no se da de una vez por todas (como sucede con la novela) sino que se va generando y regenerando progresivamente como mecanismo autopoiético que es. El ser textual del derecho es un ser in fieri, nunca acabado sino permanentemente en transformación. Se autogenera mediante decisiones diárias, que toman cuerpo en nuevas leyes, en nuevas normas de distinto tipo, en nuevas sentencias judiciales, etc.”

Ademais, tomando-se o Direito enquanto sistema imerso no sistema social, agrega à sua auto-referência a interação constante com o ambiente, do qual extrai a base reprodutiva da sua comunicação, que será processada segundo sua organização interior. O Direito é bem cultural, de forma que o dado axiológico lhe é inerente - não se pode operar com o sistema jurídico sem tomar em consideração o dado axiológico, o contexto do sistema social e demais subsistemas²¹⁵.

Os termos empregados pelo legislador nos textos normativos são extraídos da linguagem ordinária, com sentido mais restrito ou técnico, dada a sua função específica, de regulação das condutas intersubjetivas. Pode-se dizer que essa camada lingüística prescritiva de condutas sobrepõe-se à linguagem social, numa relação metalingüística, em que a primeira é metalinguagem e a segunda, linguagem-objeto²¹⁶.

215 Nas palavras de Paulo de Barros Carvalho “Venho assinalando, também, que a linguagem, típica realização do espírito humano, é sempre um objeto da cultura e, como tal, carregando consigo valores. Como decorrência imediata, o direito positivo apresenta-se ao nossos olhos como objeto cultural por excelência, plasmado numa linguagem que porta, necessariamente, conteúdos axiológicos. Agora esse oferecer-se em linguagem significa dizer que aparece na amplitude de um texto, fincado este num determinado corpus que nos permite construir o discurso, utilizada aqui a palavra na acepção de plano de conteúdo, a ser percorrido no processo gerativo de sentido. Surgirá o texto quando promovermos a união do plano de conteúdo ao plano de expressão, vale dizer, quando se manifestar um sentido firmado no suporte empírico objetivado, que é o plano expressional.” (Curso de Direito Tributário, p.109).

216 Como argutamente observa Paulo de Barros Carvalho: “Se o direito pretende governar as condutas intersubjetivas, impulsionando-as em direção a certos valores, há de empregar a linguagem numa função suficientemente forte para atingir seus objetivos, que não serão simplesmente descritivos de eventos e de condutas sociais. Suas proposições prescritivas (Ldp) vertem-se sobre a realidade social (Lrs) para constituir o plano da facticidade jurídica (Lfj). Daí a distância entre as duas realidades, que bem pode ser explicada pela teoria da hierarquia das linguagens. As linguagens de sobrenível, isto é, as metalinguagens, são sempre redutoras das correspondentes linguagens-objeto. Uma linguagem que fale de outra linguagem será, forçosamente, sempre mais reduzida, mais angusta. A coincidência é algo impossível, como nos foi dado perceber pela breve menção à ‘curva assintótica’, na teoria dos objetos sígnicos.” (Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência Tributária, p.99-100).

Esses antecedentes geram conseqüências severas quanto à vagueza e ambigüidade da linguagem jurídica, pois embora o legislador intente determinar um espectro semântico próprio para o termo técnico pinçado da linguagem ordinária, esta não se desliga completamente de seu sentido comum. A tensão que se estabelece entre o “aspecto onomasiológico” e “aspecto semasiológico” das palavras, utilizando-se da terminologia de Tércio Sampaio Ferraz Júnior²¹⁷, em que o primeiro relaciona-se ao uso na linguagem ordinária e o segundo, à significação normativa, gera, inexoravelmente, ruídos na comunicação jurídica.

O mesmo se pode dizer de tensões entre termos advindos das comunicações do sistema social, que tenham sido objeto de mais de um subsistema social, como o jurídico e o econômico, o jurídico e o político, o político e o econômico. Na dinâmica de funcionamento e interação entre esses subsistemas, haverá ruído nessas comunicações.

5.2 DIREITO E INTERPRETAÇÃO

A dinâmica comunicacional descrita, não tem como fator suficiente a linguagem, que é um dos seus elementos constituintes, porém, a linguagem apreendida por um destinatário, o que conduz à questão da interpretação²¹⁸.

217 Introdução ao Estudo do Direito, p.231.

218 Nas palavras de Raimundo Bezerra Falcão: “Surge então uma inferência fundamental: os elementos constitutivos do sistema social e de seus subsistemas não são os seres humanos individuais em sua dimensão biológica estrita, essencial, porém, comunicações. Nós iríamos mais longe. Diríamos informações comunicadas, com o intuito de melhor chamarmos a atenção para a unidade primeira e radical, gizando a prenhez de sentido inerente à vida vivente, ou seja, sócio-histórica, reclamando permanente interpretação.

Ora, considerando que não há comunicação sem linguagem, nem linguagem sem comunicação, a conclusão é que também não há sistema social alheio ao sentido. E à linguagem também. Como conseqüência, pode-se ainda dizer que a função da linguagem é o sentido, ou que só há linguagem porque há sentido para comunicar ou para ser extraído.” (Hermenêutica, p.71).

Ao ser humano, não há mundo sem interpretação, posto que esta operacionaliza a percepção do meio cultural no qual se insere, sendo regida pela lei da progressividade sígnica, ou seja, a cultura compõe-se de sistema de signos, em que se incluem palavras, objetos, valores, comportamentos, no qual o significado de um significante passa a ser significante de outro significado²¹⁹, de forma ilimitada.

Na teoria de Luhmann, o homem é sistema autopoietico psíquico, cujo meio para operar é a consciência, que se acopla estruturalmente ao sistema social, pela linguagem que produz sentido para as comunicações. Portanto, enquanto sistema autopoietico, filtra do mundo fenomênico apenas as notas que entende relevantes.

A fonte emissora da linguagem, cumprindo o seu desígnio de emissão, da linguagem emancipa-se, pois o destinatário apreenderá o sentido, de acordo com suas próprias categorias mentais e formas de organização das informações, produzindo-o a partir dos elementos colhidos do ambiente²²⁰. A interpretação presta-se a captar o sentido, indomável em sua essência, mas que repousa em bases previamente organizadas, em termos históricos, culturais, sociais, em que se insere o sujeito cognoscente.

Essa base estável a que se referirá a interpretação contém regras que norteiam a dinâmica e a estrutura da linguagem, conduzindo-a em direção aos valores e objetivos de determinada sociedade. A esse conjunto de regras ou técnicas de interpretação, dá-se o nome de "Hermenêutica"²²¹. Assim, é imperioso que se sublinhem os desígnios da Hermenêutica, de estabilização das expectativas no seio da sociedade, direcionando-a

219 Como elucida Umberto Eco: "Cada objecto a que um signo é referido pode tornar-se por sua vez o significante do próprio significado do significante inicial ou o mesmo significante cujo significado metalíngüístico é o significante inicial. Não existem portanto signos em sentido específico, qualquer objecto podendo ser instituído como significante de um outro objecto (mantendo o termo 'objecto' a aceção mais ampla possível)." (O Signo, p.151).

220 Nesse sentido, Gregorio Robles: "¿Qué se quiere decir cuando se afirma que la obra tiene vida propia? Se quiere decir que la obra vive como totalidad dotada de sentido, y que esa totalidad de significado tiene su propia historia, que es distinta del autor, esto es, de su biografía." (El Derecho como Texto, p.47).

221 Nas palavras de Raimundo Bezerra Falcão: "(...) a Hermenêutica será focalizada como sendo um sistema de diretrizes voltadas à orientação da atividade interpretativa, a fim de que esta não se deixe levar de roldão pelo sentido, dada a inesgotabilidade deste, que é capaz de provocar desvios na função social da interpretação- princípio este a que outorgamos especial relevo." (Hermenêutica, p.84).

aos objetivos almejados pelo sistema jurídico.

Destarte, o vocábulo “Hermenêutica” é derivado de Hermes, aquele que na mitologia grega, era o intermediário entre os deuses e seres humanos, operando como tradutor da linguagem do Olimpo. Por essa razão, Tércio Sampaio Ferraz Júnior²²², assevera que:

“A hermenêutica jurídica é uma forma de pensar dogmaticamente o direito que permite um controle das conseqüências possíveis de sua incidência sobre a realidade antes que elas ocorram. O sentido das normas vem, assim, desde o seu aparecimento, ‘domesticado’. Mesmo quando, no caso de lacunas, integramos o ordenamento (por equidade, por analogia etc.) dando a impressão de que o intérprete está se guiando pelas próprias exigências do próprio real concreto, o que se faz, na verdade, é guiar-se pelas próprias avaliações do sistema interpretado. Esta astúcia da razão dogmática põe-se, assim, a serviço do enfraquecimento das tensões sociais, na medida em que neutraliza a pressão exercida pelos problemas da distribuição do poder, de recursos, de benefícios escassos. E o faz, ao torná-los conflitos abstratos, isto é, definidos em termos jurídicos e em termos juridicamente interpretáveis e decidíveis.”

Nessas trilhas, caminha Streck²²³, que entende não ter ocorrido na Hermenêutica e Filosofia do Direito a mudança de paradigma da filosofia da consciência para a Filo-

222 Introdução ao Estudo do Direito, p 280.

223 Hermenêutica Jurídica e(m) Crise, p.47 e ss. Para Streck, o paradigma da filosofia da linguagem é fundamental para uma análise política do Direito. Assim, a impossibilidade de transformação da ideologia em símbolos, é decorrente de uma “censura significativa”, que impede que a realidade seja inscrita em linguagem e sua própria estruturação na mente dos indivíduos, já que esta também se estrutura em linguagem. Ademais, não se vislumbram os problemas, já que para que exista, deve ser traduzido em linguagem competente.

Como resultado, tem-se que o operador do direito adquire um “habitus”, isto é, exerce suas atividades jurídicas de maneira acrítica, passando por cima das contradições existentes, aplicando o Direito, sem conseguir atingir o âmago dos problemas jurídicos que se apresentam, além de conceberem seus conhecimentos como meros símbolos de status e poder. Há uma reprodução de axiomas pré-concebidos, que não possuem suas respectivas explicações e assim, gerando conformismo.

sofia da Linguagem, precisamente porque a Filosofia da Consciência teria como ponto de partida e fim, o indivíduo considerado isoladamente, enquanto que a Filosofia da Linguagem teria como referência a coletividade, uma vez que ao processo de comunicação, é inerente a intersubjetividade.

A crise dos paradigmas é sustentada, citando Warat, por um fenômeno assim denominado "sentido comum teórico dos juristas"²²⁴, isto é, a aceitação de todo o arcabouço trazido pela dogmática jurídica, com seus valores, crenças, fetiches representados por conhecimentos morais, epistemológicos, científicos, políticos, legitimado pelos discursos dos órgãos institucionais, como os tribunais e casas legislativas.

Esse "sentido comum jurídico" injeta no Direito ideologias, mediante convenções lingüísticas nos atos de enunciação, que atingem os seus operadores que, todavia, não têm consciência dessa sistemática, posto que a ideologia não é representada simbolicamente, mas em campo localizado "depois dos significantes e dos sistemas de significação dominantes", ou, o "local dos segredos"²²⁵.

Nesse contexto, apenas em tese é aceita a dissidência, que já é previamente circunscrita a determinados padrões hermenêuticos prefixados, ceifando-se as possibilidades de interpretação e diluindo-se assim, toda a problemática social, no bojo do Direito. O mecanismo de abstração de conflitos age transformando "discursos de" em "discursos sobre", ou seja, em caso concreto, quando há uma situação em que a lei carrega em si um conteúdo absurdo em termos de relações sociais, os juristas passam a fazer uma análise sobre ou a partir da lei, sem discutir o conteúdo da lei em si, focando as atenções simplesmente para a prática de uma rigorosa hermenêutica, "coisificando" as relações sociais.

Essa sistemática Tércio Sampaio Ferraz denominou de "astúcia da razão dogmática" que se presta ao arrefecimento dos conflitos sociais, mediante "mecanismos de deslocamento ideológico-discursivos", que os transformam em conflitos abstratos, em outras palavras, há deslocamento discursivo do plano da vida para o da abstração jurídica.

- 224 Haveria quatro funções do "sentido comum", quais sejam, a normativa, na qual os juristas atribuem significação aos textos legais e norteiam as ações institucionais, a ideológica, na qual há a homogeneização dos valores e sua legitimação, concomitantemente à ocultação da vertente histórica e social do Direito, a retórica, que efetiva a ideológica e, finalmente, a política, derivada das demais e que sustenta as relações de poder.

Atente-se para o fato de que a doutrina de Streck, de certa forma, pode ser entendida como distinta a dos neopositivistas lógicos, pois para eles não haveria uma instância do pensamento intermediária entre o mundo e a linguagem, enquanto que Streck afirma que a ideologia estaria justamente no "local dos segredos", entre os significantes e significados.

- 225 *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, p.51.

De qualquer sorte, nesse contexto, pode-se conceber a Hermenêutica ou as regras de interpretação do direito positivo como espécie de metalinguagem, ie, linguagem que fala acerca do direito positivo, estabelecendo a forma pela qual será a sua aplicação, o que é denominado como "metalinguagem crítica", por Clarice von Oertzen de Araújo²²⁶.

Um outro ponto a ser destacado é que, de acordo com Riccardo Guastini, "interpretar" equivale a "definir", porque pelo processo interpretativo, determina-se o alcance de conceitos, sintagmas ou enunciados completos²²⁷:

"La definición y la interpretación son, pues, congéneres. Se habla de definición em relación a vocablos e sintagmas; se habla de interpretación em relación (también) a enunciados: pero la actividad intelectual (determinación del significado de expresiones lingüísticas) es la misma."

O processo interpretativo realizar-se-á no âmbito das decisões judiciais, bem como das partes processuais, da Dogmática. Enfim, a interpretação é incessante, embora possa ser classificada de acordo com sua função, como novamente é apontado por Guastini. Nesse sentido, a interpretação será²²⁸:

-a criação de um significado, que é a realizada pelo legislador.

-a decisão de um significado, que é a estipulação de determinado significado, feita pelos magistrados;

-o reconhecimento de um significado, que é a operação cognoscitiva da Dogmática;

226 "Pelo processo da metalinguagem a doutrina e a jurisprudência constroem uma linguagem paralela àquela do desempenho do Poder Legislativo, procurando descrever o funcionamento do sistema, eliminando os seus ruídos, harmonizando ou decidindo os conflitos normativos sociais. É justamente a absorção do ruído que produz no aspecto semântico da informação uma programação para ações futuras." (Semiótica do Direito, p.24).

227 Distinguiendo, p.203.

228 Distinguiendo, p.206.

Há um dogma hermenêutico de grande aceitação, segundo o qual não cabe ao legislador elaborar “definições”. Todavia, refuta-se esse dogma, porque se entende que o legislador, ao tecer o direito positivo, deve interpretar o direito já posto, mormente sob as luzes da Constituição, harmonizando-o aos interesses sociais a serem canalizados – o legislador, a partir do subsistema político deve interpretar o subsistema jurídico. Ao interpretar, produz definições. Assim, por exemplo, no exercício da competência tributária, deverá interpretar o texto constitucional, estipulando o alcance dos conceitos lá empregados, produzindo (re)definição. O magistrado, por sua vez, da perspectiva do sistema jurídico, produzirá nova (re)definição, ao interpretar qual o significado que deverá ser adjudicado ao conceito jurídico empregado no direito positivo.

Destarte, os sistemas autopoieticos interpretam o ambiente através do mecanismo de duplo ingresso, apropriando-se de conceitos do ambiente (re)definindo-os, ie, estipulando-lhes significados consoantes aos critérios encontrados no seu interior.

5.3. DA REVELAÇÃO DO SENTIDO VERSUS CONSTRUÇÃO DOS CONTEÚDOS

DESIGNIFICAÇÃO DOS TEXTOS LEGAIS

Relembre-se que na obra “Crátilo”, de Platão, há diálogo no qual Hermógenes e Crátilo discutem se os nomes são mera convenção (posição defendida por Hermógenes) ou se são vinculados por natureza às coisas (a posição de Crátilo).

A primeira parte da premissa segundo a qual a atividade interpretativa restringir-se-ia à revelação da real essência das normas jurídicas, tem caráter meramente reprodutivo do que desde sempre já estava posto no ordenamento jurídico. A atividade interpretativa seria meramente reprodutiva e o intérprete, intermediário entre a Verdade encerrada nos textos normativos e a sociedade.

A segunda corrente, constitutivista, convencionalista, ou ainda, construtivista, defendia que a atividade interpretativa seria efetivamente produtiva das normas jurídicas – a incidência confundir-se-ia com o próprio ato de aplicação normativa.

Discorrer-se-á brevemente sobre cada uma delas e suas repercussões à linguagem jurídica.

5.3.1 REVELAÇÃO DO SENTIDO DOS TEXTOS LEGAIS

O primeiro paradigma epistemológico, preponderante atualmente no direito brasileiro, o processo interpretativo conduz à descoberta do verdadeiro sentido da lei, partindo-se de marco claramente platônico²²⁹.

Nessa perspectiva, só há um sentido possível correspondente a uma norma jurídica, que deve ser descortinado pelo intérprete, como se tratasse de um ato meramente cognoscitivo e não um ato de vontade, como precisamente discorreu Kelsen²³⁰:

229 Nesse sentido, Carlos Maximiliano: "A Hermenêutica Jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito. As leis positivas são formuladas em termos gerais; fixam regras, consolidam princípios, estabelecem normas, em linguagem clara e precisa, porém ampla, sem descer a minúcias. É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito. Para o conseguir, se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e, logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em resumo, o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar, isto é, - determinar o sentido e o alcance das expressões de Direito." (Hermenêutica e Aplicação do Direito, p.13).

E, no mesmo sentido, Clovis Bevilacqua: "Assim o interprete, esclarecendo, iluminando, alargando o pensamento da lei, torna-se um factor da evolução jurídica. É certo que sua acção é limitada pelo próprio edicto da lei, e se este se recusa a aceitar as modificações sociaes, o interprete nada mais tem que fazer senão esperar que o legislador retome a sua empreza atrasada, e, enquanto esse momento não chega, pedir à razão jurídica lhe revele a norma a seguir. Para que sua decisão traduza, de facto, o direito immanente às relações sociaes, é necessário que o interprete seja dotado de um critério seguro, de um senso juridico apurado e de um largo preparo intellectual, não sómente nas disciplinas propriamente juridicas, mas ainda em todas as sciencias que se occupam com o homem e com a sociedade, desde a psychologia até a história, a economia e a sociologia." (Theoria Geral do Direito Civil, p.56).

230 Teoria Pura do Direito, p.467.

“A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer todas as hipóteses, apenas uma única solução correcta (ajustada) e que a ‘justeza’ (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. Configura o processo desta interpretação como se se tratasse tão-somente de um acto intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em acção seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura actividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correcta (justa) no sentido do Direito positivo.”

Esta é a corrente ainda preponderante na dogmática jurídica atual, o que pode ser explicado pelo fato de que melhor atende a interesses subjacentes às operações do sistema jurídico, como os políticos, pois ao se estabelecer que o intérprete revelou a essência do direito positivo, como consequência, exclui quaisquer outras possibilidades, revelando o alto grau persuasivo desse tipo de construção.

5.3.2 CONSTRUÇÃO DOS CONTEÚDOS DE SIGNIFICAÇÃO DOS TEXTOS LEGAIS

Sob a ótica constitutiva da significação das normas jurídicas, bem como, abordando-se o Direito como sistema de comunicações, composto por linguagem especializada, de códigos e programas próprios, com a função de regular as condutas humanas, a interpretação é concebida como tarefa (re)construtiva, que tem como base textos normativos, o “material bruto do ordenamento jurídico”²³¹, enquanto a Hermenêutica, o

231 “Las decisiones generan texto verbalizado cuyas unidades elementales llamamos normas jurídicas. Ahora bien, Éstas no vienen dadas directamente por las decisiones, sino que son el resultado de una reconstrucción hermenéutica que opera sobre el ‘material bruto del ordenamiento’. El conjunto de las normas forman el sistema jurídico, concepto paralelo pero no identificable con el ordenamiento, puesto que ele sistema es también producto que es el ordenamiento.”, Gregório Robles, *El Derecho como Texto*, p.16. De acordo com Robles, o direito é texto posto que a linguagem jurídica sempre será suscetível de verbalização e será formado por decisões, normas e instituições, três conceitos co-implicados.

conjunto de regras que norteiam a interpretação²³².

O objeto mediato do Direito, segundo a terminologia de Peirce, seriam as relações sociais ou fatos sociais, que seriam representados, de acordo com a linguagem jurídica, na forma de fatos jurídicos, seus objetos imediatos²³³.

O sistema jurídico (re)constrói a realidade de acordo com seus próprios padrões e códigos. A diferenciação funcional do sistema jurídico possibilita que ele realize as suas operações de forma circular, sem interferência do sistema social e é nesse sentido que podemos entender a afirmação segundo a qual “o Direito cria suas próprias realidades”, a realidade do dever ser.

Um exemplo bastante impressionante é dado por Celso Antônio Bandeira de Mello²³⁴, sobre a legislação da questão racial de determinado período histórico da África

232 Nas palavras de Paulo de Barros Carvalho: “Vimos que a aplicação do direito pressupõe a interpretação, e esse vocábulo há de ser entendido como a atividade intelectual que se desenvolve à luz dos princípios hermenêuticos, com a finalidade de construir o conteúdo, o sentido e o alcance das regras jurídicas. Utilizo a palavra ‘hermenêutica’, neste trecho, não apenas como teoria científica que se propõe a estudar as técnicas possíveis de interpretação, no estilo de Emilio Betti, mas na sua acepção mais ampla, abrangendo o que ficou conhecido por ‘hermenêutica filosófica’, consoante o pensamento de Heidegger e de Gadamer. Para este último, interpretar é criar, produzir, elaborar sentido, diferentemente do que sempre proclamou a Hermenêutica tradicional, em que os conteúdos de significação dos textos legais eram ‘procurados’, ‘buscados’ e ‘encontrados’, mediante as chamadas técnicas interpretativas. Como se fora possível isolar o sentido originário e a intenção do editor da norma.” (Curso de Direito Tributário, p. 95).

233 Nas lições de Eros Grau: “Cumprir ver, por outro lado, que os conceitos jurídicos são usados não para definir essências, mas sim para permitir e viabilizar a aplicação de normas jurídicas. Expressados, são signos de signos (significações) cuja finalidade é a de possibilitar aquela aplicação.

(...)

Este ponto, pois, necessita - no meu modo de ver- ser enfatizado: os conceitos jurídicos são signos de predicados axiológicos. Ou, dizendo o de outra forma, prestam-se a atribuir um acidente axiológico à coisa, estado ou situação.

Atribuída à coisa, estado ou situação uma determinada significação (conceito jurídico), quanto a ela aplicar-se-ão umas- e não outras, ou nenhuma- determinadas normas jurídicas.

Esta, de resto, a finalidade dos conceitos jurídicos: não o conhecimento ou uma descrição da essência de coisas, estados e situações, mas a viabilização da aplicação, a uma coisa, estado ou situação, de uma determinada ou um determinado conjunto de normas jurídicas.” (Ensaio e discurso sobre a aplicação do direito, p.228-229).

234 Teoria Geral do Direito, p.8.

do Sul. Negros e brancos tinham regimes jurídicos distintos nesse contexto, pois os primeiros tinham esfera de proteção de direitos subjetivos muito mais restrita, não poderiam exercer certas profissões, negros e brancos não poderiam casar -se, dentre outras distinções. No exemplo dado, uma moça branca, apaixonada por um negro, pleiteou em juízo que fosse "convertida" em negra para se casar, no que obteve êxito. Embora não houvesse modificações em sua tez, o regime jurídico dos negros passou a lhe ser aplicado, pois perante o sistema jurídico era negra. Tempos depois, o casamento ruiu, culminando na separação e no desejo de "voltar a ser branca", o que novamente foi deferido em juízo.

Obviamente, é bastante criticável o programa do sistema jurídico sul africano, pois elegeu discrimen para aplicação de seus programas, altamente condenado pelos sistemas moral e ético. Todavia, esse dado não afetava a autopoiese do sistema, que permanecia cerrado em sua operação, processando essas comunicações jurídicas.

5.3.3 IMPRECISÕES LINGÜÍSTICAS E INTERPRETAÇÃO: INTERPRETAÇÃO

COMO A OPÇÃO DE UMA DENTRE AS POSSIBILIDADES PARA A

CONSTRUÇÃO NORMATIVA

Prega parte da doutrina que desde o momento em que nova norma jurídica é introduzida no sistema jurídico, passa a ter autonomia e existência própria, rompendo-se o liame entre criador e criatura, o que deve ser acatado. No entanto, dessa assertiva também não se infere que a vontade do legislador fosse substituída pela vontade da lei, como ente que contém em seu bojo a Verdade e a Justiça, a ser

revelada²³⁵, uma vez que haverá várias possibilidades de construções de sentido, que dependerão de uma série de fatores.

Entretanto, por outro lado, deve-se afastar a idéia de que, sob o norte da corrente construtivista, haveria “descontrole” quanto ao uso da linguagem, que ficaria à mercê dos subjetivismos dos sujeitos que a interpretam. Mesmo no que tange à linguagem natural, a sociedade estrutura uma série de regras de uso de linguagem e elege valores, denominados por Paulo de Barros Carvalho²³⁶, como “horizontes culturais de determinada sociedade”, sem as quais não seria possível a comunicação.

No que tange à interpretação do direito positivo, isso não implica o império do total arbítrio, mas sim, que o intérprete pode escolher uma dentre as várias possibilidades oferecidas pela linguagem jurídica, para a aplicação da norma²³⁷.

Essa idéia é mais contundente no sistema jurídico, pois para cumprir o seu desígnio específico de regular as condutas intersubjetivas e estabilizar as expectativas normativas no seio da sociedade, deverá erigir camada de linguagem artificial, que tenha contornos mais precisos e regras de uso mais rigorosas em relação àquela empregada no sistema social.

Os conceitos jurídicos, tal como na linguagem natural, também são circundados

235 Nesse sentido, Alípio Silveira: “A interpretação propriamente dita opera, não no plano subjetivo da vontade presumido ou fictícia dum corpo de legisladores fisicamente considerados, mas no plano objetivo da vontade da lei, da voluntas legis. A lei, uma vez editada, adquire vida própria, se destaca da vontade dos legisladores. Ela tem uma vontade própria, visceralmente ligada ao seu fim social e às exigências de bem comum que ela visa a satisfazer. Tanto esse fim como essas exigências são especificados e precisados pelos métodos hermenêuticos de que são objeto: o método teleológico ou finalista, e um lado, e o método histórico-evolutivo ou progressivo, do outro. Vai sem dizer que a interpretação sistemática é também precioso instrumento de indagação da vontade da lei. Mas essa indagação, seja qual for o método aplicado, tem sempre como ponto de partida a letra da lei.”(Hermenêutica Jurídica: seus princípios fundamentais no direito Brasileiro, vol. 1, p.223).

236 Curso de Direito Tributário, p.129.

237 Como ensina Paulo de Barros Carvalho: “É no átimo de aplicação que aparece o homem, atuando por meio dos órgãos singulares ou coletivos, na sua integridade psicofísica, com seus valores éticos, com seus ideais políticos, sociais, religiosos, fazendo a seleção entre as interpretações possíveis, estimando-as axiologicamente, para eleger uma entre outras, expedindo então a nova regra jurídica. É por isso que se diz com acerto, que a escolha que o aplicador faz, entre as várias possibilidades interpretativas, é um ato de decisão política.”(Curso de Direito Tributário , p.90).

por zona de penumbra significativa, em que irão se alojar inúmeras dúvidas quanto à subsunção de determinado enunciado prescritivo ao evento ocorrido no mundo fenomênico²³⁸.

Todavia, há nuances gradativas ao longo do percurso gerador de sentido - há situações nas quais os eventos sociais que serão objetos de subsunção, de acordo com determinada norma jurídica, estão na zona central de luminosidade da significação da linguagem, denominados como “casos claros”, por Genaro Carrió²³⁹.

Nos “casos claros”, embora se afaste a idéia de que o “intérprete revelou o sentido da norma” pelos motivos anteriormente expostos, determinada norma jurídica ou a autoridade competente fixou qual o significado do enunciado prescritivo; ou certo significado em determinado contexto, faz referência a um uso preponderante na sociedade, restando pouca margem para o subjetivismo do intérprete.

Na outra ponta, haverá casos marginais, em que o direito positivo não abrangerá, não logrando o intérprete encontrar a norma jurídica subsumida ao caso que se apresenta, de sorte que, sendo obrigado a decidir, segundo a regra sistêmica do non liquet, adjudica um sentido à norma jurídica²⁴⁰.

Observe-se que é condição de inserção do ser humano na sociedade a interpretação, de molde que o mundo nos é apresentado como fruto desse processo interpretativo,

238 Nas palavras de Genaro Carrió: “No es verdad que los términos y los conceptos jurídicos se asemejen a los de la geometría en que unos y otros están integrados por un número determinado de elementos necesarios, que no se pueden tocar sin que la figura (jurídica o geométrica) se desmorone. No es cierto que las llamadas figuras jurídicas poseen ‘purísimos perfiles indeformables’.”(Notas sobre derecho y lenguaje, p. 52).

239 Notas sobre derecho y lenguaje, p.56-57.

240 “Para considerar el caso como incluído o como excluído el intérprete se vé forzado a adjudicar a la regla un sentido que, en lo que hace el caso presente, hasta este momento no tenía. Sólo así puede fundar en ella la inclusión o la exclusión. Ese sentido o significado no estaba en la regla. Claramente há sido puesto por el intérprete sobre la base de una decisión no determinada por los hábitos lingüísticos establecidos. Si esta adjudicación de sentido no es arbitraria (y no tiene por qué serlo), estará guiada por ciertos standards valorativos, sociales, políticos, económicos etc., a la luz de los cuales se aprecian y sopesan las consecuencias de la inclusión o exclusión. Estos critérios adicionales son los que dan fundamento a la decisión; no la regla o reglas del orden jurídico, que simplemente no se oponen a ella.”(Genaro Carrió, Notas sobre derecho y lenguaje, p.57).

do que se pode inferir que o ser humano constrói o seu meio pela linguagem. Contudo, para que haja comunicação, ou seja, para que a mensagem emitida por determinado sujeito possa ser compreendida por um destinatário, a linguagem empregada deve ser inteligível, deve ser comum a ambos. Para tanto, há regras de uso da linguagem.

Entre um extremo e outro, entre a zona de luminosidade da linguagem e nos casos em que há adjudicação de sentido, na zona de penumbra, indubitavelmente haverá margens para a interpretação, ainda que em gradações variadas. As “gradações de luminosidade” da linguagem jurídica não são claramente delimitadas, ou seja, não há como precisar o momento de passagem da zona de luminosidade para a de penumbra, porque se seguem diversos matizes no intervalo.

Se o Direito é camada de linguagem que se destaca da linguagem natural, invariavelmente apresentará casos de dúvidas e de sombras, por conta da textura aberta da linguagem, na expressão de Hart²⁴¹. De acordo com Kelsen, todo o ato de criação jurídica será em parte determinado e em parte indeterminado, pela própria natureza da linguagem, sendo a parte determinada uma moldura no interior da qual estão diversas possibilidades de significação para a norma jurídica - é possível sacar diversas normas individuais da mesma norma geral²⁴².

Novamente é de Kelsen²⁴³ a lição de que as normas jurídicas veiculam uma “moldura” para a interpretação da norma no interior da qual abrem-se diversas possibilida-

241 “Los lenguajes naturales – tal como el inglés – muestran, cuando se los usa así, una irreductible textura abierta. Es importante apreciar, sin embargo, por qué, aparte de esta dependencia respecto del lenguaje tal como efectivamente es, con sus características de textura abierta, no podríamos considerar deseable, ni aun como ideal, la concepción de una regla tan detallada que la cuestión sobre si ella se aplica o no a un caso particulares tuviera siempre resuelta de antemano y nunca exigiera, en el momento de aplicación efectiva, una nueva elección entre alternativas abiertas. Dicho brevemente, la razón está en que la necesidad de tal elección nos es impuesta por que somos hombres y no dioses.”. (El Concepto de Derecho, p.159-160).

242 São de Kelsen os seguintes dizeres: “Simplesmente a indeterminação do acto jurídico pode também ser a consequência não intencional da própria constituição da norma jurídica que deve ser aplicada ao acto em questão. Aqui temos em primeira linha a pluralidade de significações de uma palavra ou de uma sequência de palavras em que a norma se exprime: o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis.” (Teoria Pura do Direito, p.465).

243 Teoria Pura do direito, p.471.

des de construções²⁴⁴. O processo de interpretação, portanto, implica a escolha de uma dessas possibilidades.

A interpretação surge precisamente em atendimento à necessidade de se eleger uma dentre as várias possíveis normas individuais albergadas por uma norma geral, pois não há uma única possibilidade.

Acresça-se que não há no sistema jurídico uma metanorma que estabeleça a forma de interpretação ou qual é o método de interpretação que deve prevalecer, de sorte a estabelecer qual é o único sentido possível da norma individual.

Diante do exposto, infere-se que no momento da interpretação abre-se espaço para a interferência do sistema social e demais subsistemas no jurídico, pois na escolha de uma entre as várias possibilidades que se abrem à aplicação de determinada norma jurídica, incidirão diversas informações, enquanto estímulos provenientes de fora do sistema jurídico, sendo por este processados, que influenciarão o ato de vontade do intérprete na eleição daquela que mais se acomode às preferências pessoais.

Destarte, as irritações de fora do sistema jurídico, como pautas valorativas ou outros critérios de conveniência social, podem interferir na produção de comunicações do sistema jurídico, desde que se faça a ressalva de que devem ser “vistas” a partir das estruturas do próprio ordenamento jurídico. Embora o sistema jurídico seja dotado de fechamento operacional, isso não implica que seja refratário ao ambiente, ao contrário, é condição para que perdure enquanto sistema, a sua abertura cognitiva.

Todavia, a problemática estará configurada nas situações em que irritações provenientes do ambiente rompem as fronteiras do ordenamento jurídico, sem que sejam processadas pelas categorias do sistema jurídico, passando automaticamente ao interior

244 Ademais, para Kelsen, haveria duas categorias de intérpretes, o “intérprete autêntico”, aquele que o próprio sistema jurídico estabelecerá, por meio de suas normas de estrutura, como sujeito competente para introduzir normas jurídicas individuais e concretas no sistema ou executar sanções; e os demais intérpretes, não abarcados pelas normas de competência, mas que devem observar uma determinada norma para a regulação de sua própria conduta, ou, ainda, a classe formada pelos intérpretes doutrinários.

do sistema, para criar comunicações fundadas em critérios extrajurídicos.

Para que seja cumprido o desígnio comunicativo, mormente no caso da comunicação especializada do Direito, são erigidas regras que intentarão conter a dinâmica da linguagem, fugidia por essência. Não se afigura adequado tomar com foros absolutos a atuação dos intérpretes como criadora do Direito, como se os juízes dispusessem de poderes indistintos aos dos legisladores, da mesma forma que, de plano, afasta-se a idéia do intérprete como “revelador” do direito positivo.

Com efeito, em nosso sistema, apenas o intérprete autêntico poderia definir o sentido dos textos de direito positivo²⁴⁵. Dentre a multiplicidade de possibilidades de construção de comunicações, apenas a eleita pelo intérprete autêntico seria revestida de linguagem prescritiva, portanto, hábil a regular comportamentos, reconhecendo-se a norma emanada como uma das possíveis, diante de determinada “moldura”.

Todavia, a situação em que a construção esteja fora da moldura, afeta a homeostase do sistema, colidindo com as estruturas internas, mormente o texto constitucional²⁴⁶. O sistema jurídico irritado por outros sistemas produzirá comunicações, ainda que não fundadas em critérios jurídicos, ao menos em um primeiro momento. Todavia, essa situação de corrupção crônica, acabará por interferir na manutenção da homeostase do sistema, o que, em situações extremas, poderá ocasionar até mesmo a sua ruptura.

245 Situação que é severamente criticada por Tércio Sampaio de Ferraz²⁴⁵, porque deixa ao total arbítrio dos órgãos credenciados pelo sistema o estabelecimento da significação normativa. (Introdução ao Estudo do Direito, p.236-8).

246 Embora Kelsen entenda ser possível ao intérprete autêntico produzir normas que não estejam fundadas no sistema jurídico: “A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa.” (Teoria Pura do Direito, p.471).

5.3.4 INCIDÊNCIA E APLICAÇÃO DO DIREITO

Na esteira do raciocínio anterior, incidência e aplicação do Direito são conceitos que se confundem, porque não há incidência automática e infalível da norma ao fato, mas sim, o homem, que impulsionando o processo de positivação, constrói, a partir dos textos de lei, as normas jurídicas, prescrevendo em linguagem competente os fatos jurídicos que darão ensejo, aí sim, automática e infalivelmente, a uma obrigação, norteadas pelos modais deônticos “obrigatório”, “proibido” e “permitido”, pelo nexos de causalidade jurídica.

Em outras palavras, a atividade de aplicação da norma jurídica não tem caráter declaratório da verdade normativa, mas veicula uma das possíveis significações da norma jurídica, juridicizando-a. É ato que “faz” incidir a norma jurídica. Em consonância com as premissas eleitas, a linguagem é constitutiva da realidade, nela promovendo cortes de acordo com propriedades previamente selecionadas.

A subsunção ou incidência normativa pode ser entendida como a operação lógica na qual há três substratos semióticos- linguagem verbal ou não-verbal, que se refira à realidade social e transmuda-a em fato social; a linguagem jurídica composta de normas gerais e abstratas relativas a esses fatos sociais; a linguagem resultante da combinação das duas anteriores, que traduz o fato social em fato jurídico²⁴⁷. Essa operação lógica de subsunção, de incidência do conceito de norma, em sua hipótese, sobre o conceito de fato, que faz nascer o fato jurídico é também denominado de ato de aplicação²⁴⁸.

A incidência, segundo Eurico Marcos de Santi,²⁴⁹ pode ser conceituada como “o

247 Semiótica do direito, p.62-63.

248 No escólio de Eros Grau: “Porque a interpretação do direito consiste em concretar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação (Gadamer 1991/401), o intérprete, ao interpretar a lei, desde um caso concreto, a aplica. Interpretação e aplicação não se realizam autonomamente. O intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso dado (Gadamer 1991/397). Assim, existe uma equação entre interpretação e aplicação: não estamos, aqui, diante de dois momentos distintos, porém frente a uma operação (Marí 1991/236). Interpretação e aplicação se superpõem.” (Direito Posto e o Direito Pressuposto, p.153).

249 Ensaio e discurso sobre a aplicação do direito, p.62.

fenômeno da norma jurídica de transformar em fato jurídico, o suporte fático, que o direito considerou relevante para ingressar no mundo jurídico” e é fruto do mecanismo de duplo ingresso, pois o evento adquirirá a forma que o sistema jurídico programou.

Nesse sentido, o ato de aplicação de Direito identifica-se com as fontes materiais do Direito, entendendo-se estas, como atos de enunciação habilitados a criar normas introdutoras (enunciados), porque são previstos em outras normas jurídicas que juridicizam esses “fatos-fonte”, não se interrompendo a recursividade comunicativa. O ato de criação/aplicação do direito pode-se dar nos processos de produção normativa do Judiciário e do Executivo²⁵⁰, dentro da competência específica que o ordenamento jurídico lhes concedeu.

Observe-se que a operação lógica de subsunção, entendida como operação que envolve a adequação dos eventos fenomênicos aos critérios conotativos dos antecedentes normativos, implicará a alta incidência axiológica para a construção normativa, porque o juízo de semelhança ou de analogia dos eventos à norma, dependem de valorações e preferências do intérprete. Isso porque há situações em que há dificuldade de se vislumbrar todos os critérios conotativos no fato ou não ficar claro quais as notas são relevantes para inclusão, como no caso dos princípios²⁵¹. Portanto, é inexorável a interpretação, porque implicará os cortes feitos para se atribuir sentido ao mundo.

250 Assim, em linhas gerais, o Legislativo é precipuamente produtor de normas gerais e abstratas no sistema, enquanto que os outros poderes, também em regime de precipuidade, em atos de aplicação daquelas normas gerais e abstratas, põem normas individuais e concretas no sistema e essa será a natureza jurídica de cada um dos produtos ou enunciados dos atos de enunciação de cada um desses órgãos. Há veículos introdutores de normas legislativas, administrativas e judiciárias, cujos atos de enunciação originam-se de agentes diversos, em consonância com as normas de competência e, cujos produtos, enunciados, também são diversos, normas gerais e abstratas e individuais e concretas.

251 Diz Warat: “Outra coisa interessante de observar é que, quando se diz que duas coisas ou situações têm algumas características comuns, quando se decide a inclusão de um caso a uma classe, incontestavelmente está sendo feita uma operação analógica. Definir é sempre fazer analogia, claro que de uma forma bastante encoberta. E isto é tão encoberto, que a proibição da interpretação analógica é um dos pilares do princípio da reserva legal, esquema axiológico, eixo do processo penal democrático, apesar de que os juízes penais, quando interpretam, definem.”, (Introdução Geral ao Direito I, p.48-49).

5.3.5 INTERPRETAÇÃO COMO PROCESSO DE SELEÇÃO DAS POSSIBILIDADES COMUNICATIVAS – PERCURSO DA CONSTRUÇÃO DE SENTIDO

Concebido o direito positivo como camada lingüística vazada em termos prescritivos, dirigida às condutas sociais, de acordo com o modelo erigido por Paulo de Barros Carvalho, a interpretação é realizada pelo percurso dos três planos de discurso do Direito, mediante processo dinâmico no qual os planos se inter-relacionam, para a composição da significação adequada ao produto legislado²⁵². O percurso gerador de sentido tem como roteiro, inicialmente, a passagem pelo conjunto de enunciados tomados no plano da expressão, depois o conjunto dos conteúdos de significação dos enunciados prescritivos, para culminar no domínio articulado de significações normativas, de sorte a buscar a decodificação de símbolos no seu uso, suas regras de controle de denotação e conotação (semânticas), regras de controle das combinatórias (sintáticas) e regras de controle de funções (pragmáticas). Alerta o eminente professor que não se trata de um percurso retilíneo, porém, cheio de idas e voltas, consoante as contingências que se apresentem ao intérprete.

Assim, no Plano Sintático (plano das formulações literais), há a relação dos símbolos entre si, sem qualquer interferência do mundo externo, isto é, a articulação entre os enunciados e marca o início do processo de interpretação, além de ser o plano em que são introduzidas as modificações no sistema. É o plano onde o enfoque é voltado para os suportes físicos e sua composição morfológico-sintática.

O Plano Semântico (plano dos enunciados prescritivos ou sistema das significações proposicionais) é marcado pelo início do ingresso no conteúdo do texto, investigando-se a dimensão semântica dos conteúdos legislativos e perfazendo a ponte

252 Passim Paulo de Barros Carvalho, Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência.

de ligação entre a linguagem do direito positivo e as condutas sociais. Analisam-se os enunciados prescritivos de forma isolada, sua significação de base, bem como a contextualização das palavras em várias acepções, que se prestarão a novas junções, para a formação da norma jurídica.

O Plano Pragmático (plano da norma jurídica) é o que congrega o subsistema das formações normativas, compondo as significações encontradas no sistema S2, para formação de unidades lógicas determinadas pelas estruturas condicionais.

Esse processo não é estanque, envolvendo intervalos seqüenciais nos quais se volta aos outros dois planos em busca de outras significações prescritivas, visando à incorporação de diretrizes constitucionais e à integração da norma em face de eixos de subordinação e coordenação do sistema, para alcançar o pleno sentido da norma jurídica.

Esse é o plano de aplicação do direito, no qual o homem, pertencente ao contexto social, emprega os signos jurídicos em função de vetores axiológicos comuns à sociedade, relacionado os símbolos com seus utentes, ie, a forma como são empregados na comunidade jurídica para motivar os comportamentos.

Aqui valerão todas as considerações acerca dos conceitos de "texto em sentido estrito" e "texto em sentido amplo", como também a dupla "sistema/ambiente" – o contexto no qual se desenvolve uma situação concreta influirá diretamente no âmbito semântico das palavras, pois o âmbito pragmático é de fundamental importância para a construção do sentido.

Conforme afirmado, o juiz não é apenas o "boca da lei" como sói ser designado pela doutrina tradicional, porque na atuação como agente credenciado pelo sistema jurídico a introduzir novas normas jurídicas, cria/produz Direito, sempre dentro das fronteiras estabelecidas pelos programas do sistema. E na construção do sentido, trilha o percurso gerador de sentido, aplicável às linguagens de uma forma geral, o qual, passa pelos três planos semióticos, em busca do sentido possível.

5.4 A INTERPRETAÇÃO DOS TEXTOS NORMATIVOS À LUZ DOS

MÉTODOS TRADICIONAIS DE INTERPRETAÇÃO

Diante do exposto anteriormente, é inegável que as premissas adotadas discrepam da abordagem tradicional que se dá ao tema da interpretação jurídica.

De plano, é imperativo que se estabeleça o método hermenêutico compatível com as premissas do trabalho: o método sistemático. Contudo, a acepção para o método sistemático também não coincide com a acepção tradicional, pois aqui se entende que não só o intérprete tem de levar em consideração o sistema jurídico como um todo, como também levar em consideração as interações mantidas com o sistema social e com os demais subsistemas, como o político e o econômico, na medida em que, conforme discurremos, no contexto de uma sociedade complexa, as irritações contínuas entre sistemas, interfere em suas comunicações. O todo é inafastável, tanto do ponto de vista do sistema jurídico, como em suas relações mantidas com os outros subsistemas sociais, ou seja, em suas operações auto e heterorreferentes²⁵³.

253 Como nos ensina, novamente, Raimundo Bezerra Falcão: "Intrinsecamente, a consideração do todo há de ser tida inafastável porque a ordem jurídica, conforme visto antes, constituiu um sistema. Ora, é da natureza do sistema ser uma unidade. Mas não se trata de uma unidade morta, parada, apenas física, como, por exemplo, uma casa o é. Trata-se de uma unidade funcional, em que cada elemento ou parte, mesmo sem perder sua forma ou base física, tem de contribuir para o funcionamento do todo. Só é parte porque há o todo. No todo. Para o todo. Isso é lógica elementar. Essencial. Necessária, portanto, à própria caracterização do elemento enquanto parte.(...)Mas a consideração do todo também precisa ser feita à vista do sistema e dos subsistemas sociais. O sistema jurídico, tal qual os outros sistemas sociais, não é inteiramente impermeável, completamente fechado, aos outros subsistemas sociais e ao próprio sistema social encarado em sua totalidade. Os fluxos e contrafluxos de influência são incontestáveis. A reciprocidade é evidente, até pela verdade de que o Direito é produto do social e tem o social o seu fim último. A apreensão do sentido dos objetos jurídicos há de fazer-se, por conseguinte, com a sensibilidade para essa tessitura sistêmica. E isso acontece porque, embora o sistema jurídico seja uma unidade e, portanto, completo em si, não é fechado no sentido da impermeabilidade às influências exógenas. Somente é fechado no sentido de ser completo, de ser uma unidade. No sentido de se perfazer como sistema. Afora isso é aberto, querendo-se significar, com tal afirmação, que se liga a outros sistemas e subsistemas, deles recebendo influências e influenciando. Enfim, não se há de esquecer que o ordenamento jurídico é na sociedade, da sociedade e para a sociedade, tanto em sua contextura global quanto em seus aspectos particulares, como, por exemplo, o aspecto político, o aspecto econômico, e assim por diante. Em razão disso é que o todo é inafastável do Direito e, pois, de sua interpretação também do ponto de vista extrínseco, isto é, em face do que é externo ao ordenamento jurídico, que não se justifica nem se exaure em si mesmo, porém só em virtude de onde vem e para onde tende e ao que se destina. Eis aí a necessidade de consideração extrínseca do todo."(Hermenêutica, p.187-188).

É necessário que se revise vários dogmas da interpretação, como o clássico brocardo jurídico, “in claris cessat interpretatio”, porque o ato de interpretar é inescrutável e inexorável ao ser humano. É incessante a interpretação²⁵⁴.

Ricardo Lobo Torres²⁵⁵ assevera que “as normas de interpretação e a integração do Direito são ambíguas, insuficientes ou redundantes. Necessitam elas próprias de interpretação”. Não haveria, dentre os métodos de interpretação classicamente estudados, aquele que pudesse manter ampla coerência com a teoria constitutiva da linguagem, exceto se tivermos em conta propósitos retóricos na invocação de um ou outro método de interpretação.

Os órgãos credenciados pelo sistema à criação de normas individuais e concretas para a solução de conflito de interesses, de acordo com a construção normativa que defender, invocarão um dos métodos tradicionais de interpretação em detrimento de outro, que melhor se acomode à motivação de sua decisão, fazendo crer que a operação lógica subjacente seria contrária²⁵⁶. Em outras palavras, sob o ponto de vista tradicional da hermenêutica jurídica, o método de interpretação seria o instrumento hábil a revelar o sentido da norma; todavia, ao se passar para o paradigma construtivista, o órgão julgador construirá a norma de acordo com suas preferências, porém obrigado a motivá-la, recorrerá à doutrina e método que se subsumam à opção eleita.²⁵⁷

254 Diz Alípio Silveira: “A própria clareza é, aliás, um conceito absolutamente relativa: uma lei que seja clara nos seus termos pode às vezes ser ambígua ou obscura no fim que tem em vista, e uma que o foi por largo tempo e que não deu lugar a dúvidas, pode tornar-se ambígua ou duvidosa mais tarde, por virtude do parecimento de novas relações, quanto às quais nasce a incerteza de saber se são ou não reguláveis pela norma então pacificamente aplicada. Tinha pois razão o jurisconsulto Ulpiano quando escrevia: *Quamvis sit manifestissimum edictum praetoris, attamen non est negligenda interpretatio e ius* (L.1,§11, D.25.4).” (Hermenêutica Jurídica: seus princípios fundamentais no direito Brasileiro. Volume 1,p.131).

255 Normas de Interpretação e Integração do Direito tributário, p.21.

256 Nas palavras de José Maria Arruda de Andrade: “Se se trata de uma busca não pelas causas, mas pelas justificativas [PhU§217], a tentativa de congelar e de tornar estáticos os métodos hermenêuticos tende ao fracasso. O pós-positivismo rejeita a tentativa de hierarquizar métodos de hermenêutica tradicional, preferindo considerá-los aspectos de uma operação uma, refutando qualquer hierarquia entre eles.” (Interpretação da Norma Tributária, p.261).

257 Diz Warat: “À luz dos argumentos expostos conclui-se que os métodos interpretativos podem ser indiscriminadamente utilizados apesar de o senso comum teórico dos juristas exigir sua compatibilidade com o tipo de problema a que se apliquem. Nas páginas anteriores reiteramos o caráter retórico das fórmulas interpretativas. Ora, isto explicaria a possibilidade de combinação de fórmulas hermenêuticas aparentemente inconciliáveis.” (Introdução Geral ao Direito I, p.90).

Com efeito, ensina a doutrina que os métodos de interpretação deverão ser aplicados de maneira sucessiva, considerando a improbabilidade de cada um deles, isoladamente, alcançar o sentido da norma jurídica, inobstante prescindida-se de uma “metanorma de hermenêutica” racionalizadora da aplicação desses métodos, o que redundaria em grande margem de liberdade aos aplicadores.

De qualquer sorte, o anseio por uma metanorma de interpretação, que pudesse apreender o sentido da linguagem jurídica, talvez nunca lograsse êxito, pela natureza da linguagem, especialmente devido ao seu contexto movediço, cuja consequência é inviabilizar a precedência de um método sobre outro.²⁵⁸

Paradoxalmente, aponta Tércio Sampaio Ferraz Júnior²⁵⁹, que é precisamente a ausência da “metanorma” quanto à aplicação dos métodos de interpretação, que viabiliza a operatividade do dogma do non liquet, posto que a indefinição possibilita a decidibilidade dos conflitos:

“Uma certa dose de indefinição, por isso, é talvez, um dos pressupostos ocultos da língua hermenêutica e, pois, da configuração da vontade do le-

No mesmo sentido, Ricardo Lobo Torres: “Mas a polissemia não se restringe ao conteúdo das normas sobre a interpretação e a integração, posto que igualmente ocorre com referência aos métodos prescritos por aquelas normas. A relativa indeterminação dos conceitos de interpretação extensiva, de interpretação e integração etc., torna ambíguas as que as recomendam, o que leva frequentemente o juiz a atuar de acordo com a sua consciência, apelidando de interpretação extensiva aquilo que é analogia e dizendo que respeita os limites da atividade interpretativa quando na realidade já está procedendo à integração do ordenamento jurídico.” (Normas de Interpretação e Integração do Direito tributário, p.22-23).

258 Como fica claro das assertivas de Humberto Ávila: “Para o tema aqui tratado, basta constar que pode haver muitos casos no Direito Tributário, nos quais a interpretação não aponta para uma só direção, quer porque existe uma indeterminabilidade lingüística ou estrutural, quer porque os argumentos sistemáticos não são resolutivos. Como já foi dito e deverá ser detalhado adiante, o significado das normas jurídicas depende – também no Direito Tributário – de inúmeros elementos normativos e contextuais. Além disso, as normas são caracterizadas pela indeterminabilidade lingüística (porque contêm conceitos normativos que, em virtude da sua vagueza, porosidade, multivocidade e inconsistência são indeterminados ou contêm preceitos valorativos carecedores de preenchimento, que colocam o aplicador do Direito diante da tarefa de valorar conjuntos de fatos sem fornecer diretrizes específicas a respeito desse conjunto de fatos) e pela indeterminação estrutural (o aplicador do Direito se vê instruído a enunciar consequências jurídicas de acordo com princípios gerais). Nos casos nos quais duas decisões normativas se afiguram possíveis, sem que o sistema jurídico ofereça ‘expressamente’ um critério para sua solução, esta deverá ser construída coerentemente a partir da própria Constituição, especialmente de seus princípios.” (Sistema Constitucional tributário, p.210).

259 Introdução ao Estudo do Direito, p.270.

gislador racional. Aliás, de modo geral, o segredo do bom êxito da atividade interpretativa está em que não há critérios precisos que indiquem quando se deve usar uma ou outra forma de interpretação ou se o intérprete deve valer-se de métodos sistemáticos, sociológicos ou teleológicos. Não é sem razão, pois, que a doutrina hermenêutica costuma dizer difusamente que a interpretação é um ato de síntese e que o intérprete, para alcançar a *ratio legis*, deve lançar mão de todos os meios doutrinários a seu alcance.”

A seguir, discorrer-se-á brevemente sobre alguns dos tradicionais métodos de interpretação jurídica, enquanto regras que, classicamente vêm orientando a doutrina no desígnio de solução dos conflitos de interesse.

5.5 MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO

5.5.1 MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO LITERAL OU GRAMATICAL

O método de interpretação literal é o que toma em consideração o plano textual do direito positivo, para buscar na estrutura gramatical do texto o sentido da norma jurídica, tendo surgido à época da edição do Código Civil, de Napoleão Bonaparte.

As questões analisadas são de cunho léxico ou do vocabulário das palavras, a seqüência em que as palavras se apresentam e suas conexões, suas regras de concordância e as demais questões concernentes às exigências gramaticais de determinado idioma, restringindo o seu campo de atuação ao plano sintático da linguagem jurídica.

Contudo, é de se frisar que o método literal de interpretação, numa visão construtivista da interpretação, apenas será de utilidade para a missão do intérprete se for tomado apenas como o marco inicial da tarefa exegética, enquanto análise do plano

sintático, porque não é possível apreender o significado de termos sem se recorrer ao contexto em que se acomoda.

Corroborando essa afirmação, o fato de a linguagem jurídica ser destacada da linguagem utilizada na sociedade, pois o sistema jurídico é subsistema do sistema social, de forma que muitos termos empregados na linguagem natural, com maior liberdade de uso, terão seu âmbito pragmático restringido, ao serem transportados ao sistema jurídico²⁶⁰.

Observe-se que não se deve confundir a abordagem literal para a interpretação da norma com o estabelecimento do sentido e alcance de um conceito jurídico, como muitas vezes se verifica na jurisprudência.

5.5.2 MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO HISTÓRICO – EVOLUTIVO

Esse método interpretativo, nascido no seio da Escola Histórica Alemã, cujo maior expoente é Savigny, “requer investigações de tendências circunstanciais ou das con-

260 Ensina Karl Larenz: “A flexibilidade, a riqueza de cambiantes e a capacidade de adaptação da linguagem geral constituem ao mesmo tempo a sua força e a sua fraqueza, o que tem como consequência que do uso lingüístico, apenas, se não obtém um sentido literal inequívoco. Em lugar disso, encontramos um número maior ou menor de significados possíveis e de variantes de significado. (...) Não obstante, a conexão de significado da lei e também pelo menos em parte, o escopo de uma regulação, inferir-se-ão, por seu lado, da sucessão e conjugação daqueles significados que correspondem aos termos particulares e aos encadeamentos de frases do texto legal, em conformidade, precisamente, com o uso lingüístico geral ou com o uso lingüístico especial por parte da lei.(...). Quanto menos o sentido literal, conforme o uso lingüístico geral ou, também, conforme a um uso lingüístico jurídico especial, for capaz de fixar logo de modo definitivo o significado de uma expressão precisamente neste contexto, neste lugar da lei, tanto menos se deverá prescindir do seu conhecimento, devendo pois pôr-se em marcha o processo de compreender mediante o interpretar. É isto que queremos dizer quando afirmamos que toda a interpretação tem que começar com o sentido literal.” (Metodologia da Ciência do Direito, p. 451-452).

E Paulo de Barros Carvalho: “Entretanto, a consistência sintática é apenas um prius com relação à validade semântica. Uma construção lingüística pode ser uma verdade sintática, visto que seus termos estão devidamente situados nos tópicos respectivos, cumprindo cada qual sua função de contexto, mas, ao mesmo tempo, não corresponder a uma formulação semanticamente válida.

Transportando o raciocínio para a linguagem jurídica, veremos que o estudo desenvolvido no nível sintático, por mais importante que seja, é insuficiente para cobrir toda a dimensão dos enunciados prescritivos que, vertidos em linguagem, suscitam, obrigatoriamente, além do exame sintático, investigações nos planos semântico e pragmático. E o método literal se demora na sintaxe, deixando quase intacta a verificação das significações dos vocábulos jurídicos, bem como a forma com que os utentes dessa linguagem os utilizam na comunidade”. (Curso de Direito Tributário, p.106).

dições objetivas e subjetivas que cercaram a produção da norma, esmiuçando a evolução do substrato de vontade que o legislador depositou no texto da lei²⁶¹ ". Deixa de lado aspectos racionais na interpretação do texto legal, para se fixar no que seria a vontade geral, levando em consideração não só o direito positivo, como os costumes, originados do espírito do povo.

O "legislador" relaciona-se ao órgão credenciado pelo sistema a inovar no corpo do direito positivo, com novas normas gerais e abstratas no ordenamento, sendo, normalmente, órgão coletivo, como assembleia, parlamento, câmaras. A interpretação pelo método histórico evolutivo implicará a consulta a projetos de lei, atas, exposições de motivos, relatórios ministeriais.

Todavia, firmes nas premissas expendidas, entende-se que a linguagem jurídica objetivada, ou seja, a nova norma jurídica introduzida no ordenamento jurídico, passa a ter autonomia e existência própria, rompe-se o liame entre o órgão legislativo e o corpo legislativo. Em outras palavras, a comunicação transmitida pelo legislador, fonte objetiva da comunicação jurídica, dela se desvincula, para ganhar sentido nas mãos do sujeito que interpreta²⁶² .

Os anais do Congresso e outros documentos que se remetam à instância da enunciação podem ter um valor educativo para o intérprete apenas, mas este construirá a norma desde sua própria perspectiva, podendo ou não agregar ao seu percurso gerativo de sentido, os dados obtidos acerca da "vontade do legislador".

261 Conforme magistério de Paulo de Barros Carvalho, Curso de Direito Tributário, p. 97.

262 Diz Raimundo Bezerra Falcão: "A linguagem do legislador, como voz do passado que é, não terá a pretensão de impor-se, por cima de tudo, ao intérprete. A voz do legislador sucumbiu, desaparecida, ao ser significativo da norma tal qual ela se põe, no ato da interpretação, ao espírito do intérprete, na sensibilidade da situação. A essa altura, a norma é 'quem' fala. É a 'primeira pessoa'. Mas é preciso prevenir-se contra o privilégio da primeira pessoa. Ela não é o ponto de partida. Este está no intérprete – repita-se, sensibilizado pela situação, mas não frivolidado, efemerizado e superficializado por ela. O intérprete é o centro interior da articulação intelectual. A 'primeira pessoa' – recapitule-se, a norma, no caso do Direito- é simplesmente o centro exterior de articulação. A norma ou o centro exterior é o 'falar'. O intérprete ou o centro interior é o 'ouvir'. A prioridade do 'falar' sobre o 'ouvir' é somente cronológica e formal. E no 'falar' está a prioridade cronológica e formal, no 'ouvir' está muito mais, porque aí está a prioridade da prevalência no inteligir a fala e no processar o sentido. O intérprete é o sumo sacerdote do ritual divinizante da captação de sentido." (Hermenêutica, p.80).

Ademais, critica Warat o cunho ideológico do método, na medida em que estabelece o fenômeno jurídico como decorrência de determinismo causal, relacionados a conceitos metafísicos, como o “espírito do povo”, não se preocupando com dados do presente, para a solução de conflitos atuais²⁶³.

5.5.3 MÉTODO LÓGICO DE INTERPRETAÇÃO

O método lógico de interpretação visa a alcançar o sentido da norma jurídica através das regras da lógica formal.

Na visão atual, tem-se a Lógica como ciência de linguagem norteadas por regras sintáticas rigorosas e aspecto semântico empobrecido, de forma que os signos apontem para somente um sentido. Para tanto, utiliza-se a simbologia para reproduzir relações entre termos, proposições e argumentos em linguagem formalizada, sendo, portanto, seu objeto as entidades formais que organizam a estrutura do pensamento humano, ou o universo das formas lógicas.

O universo das formas lógicas é formado por entes ideais, portanto, é axiologicamente neutra e somente apreensível por atos do intelecto de formalização ou abstração lógica, em que se despoja a linguagem de seus núcleos de significação, o que se denomina de “isolamento temático”, que ficam entre parênteses, substituindo-os por símbolos genéricos, variáveis e constantes lógicas, que expressam somente as relações sintáticas do discurso.

263 “Desde logo se percebe que a base histórica da escola é ideológica. Os fenômenos jurídicos são produtos de um determinismo causal, pensado ilusoriamente como o melhor caminho para a compreensão do presente e do passado. Por outra parte, os aspectos sociais não são explicados por seus determinantes, mas relacionados metafisicamente com o espírito do povo. A grande preocupação da escola não é a de compreender os conflitos sociais em um determinado momento mas ligá-los repressivamente com o passado. Assim, o direito é algo natural que deve ser captado por atos de intuição (ideológica). Daí porque os partidários do método histórico consideram que a lei não é jurisprudencialmente construída, mas compreendida pelo juiz a partir do método histórico, único adequado para tal finalidade.”(Introdução Geral ao Direito I ,p.73).

Dessa forma, pode-se conferir precisão à análise formal, pois reveladas as estruturas, revela-se o esquema formal, viabilizando-se a análise lógica, que permite a reconstrução dos passos dados pelo conhecimento científico, em outro nível de linguagem, regida por leis puramente formais.

No caso das proposições jurídicas ocorre a mesma sistemática, pois a linguagem do direito positivo vem inserta em um contexto de heterogeneidade semântica, apesar de conterem homogeneidade lógica, porque todas as normas jurídicas têm idêntica esquematização formal, isto é, a descrição de um fato "F" que, quando ocorrido, desencadeia uma relação jurídica (S' R S"), entre dois sujeitos de direito, modalizadas pelos operadores deônticos, obrigatório, permitido e proibido²⁶⁴.

O intérprete deverá percorrer o ordenamento jurídico em busca da norma jurídica em sua inteireza lógica, obedecendo a esse esquematismo, integrando o sistema, "caçando" enunciados prescritivos, ou frases isoladas do diploma jurídico, para conformar a forma lógica do juízo condicional.

Nessa esteira, para o professor Lourival Vilanova²⁶⁵ o ponto de apoio para análises formais deve ser a Ciência do Direito, enquanto teoria geral dos diversos ramos didáticos do Direito, além do estudo da jurisprudência, que propiciam o "Direito como experiência", ou seja, o alcance da realidade pela Lógica. Se assim não fosse, haveria o risco de a Lógica Jurídica ser concebida como "peripécia algorítmica" que perderia razão de ser, na medida em que não influenciaria a Ciência do Direito e a prática do Direito.

Destarte, a principal crítica ao método lógico é que a Lógica, não é suficiente para esgotar todo o conhecimento jurídico, pois levado às últimas conseqüências, pode conduzir ao excesso de formalismo, que não se coaduna com a natureza do sistema jurídico que é bem cultural, subsistema social, permeado de valores e em constante

264 Paulo de Barros Carvalho, *Direito Tributário- Fundamentos Jurídicos da Incidência*, p.7.

265 *As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo*, p.62 e ss.

interação com seu meio²⁶⁶. Atuando somente no plano sintático, o método lógico não ingressa no semântico ou no pragmático, que não podem ser afastados do estudo de quaisquer linguagens.

5.5.4 MÉTODO TELEOLÓGICO DE INTERPRETAÇÃO

O método teleológico de interpretação visa a alcançar o sentido da norma através da descoberta de suas finalidades, apreendida por procedimentos interpretativos lógicos.

Nesse capítulo, pode-se enquadrar a escola da Jurisprudência dos Interesses de Philip Heck, voltada ao direito privado, além do método teleológico propriamente dito, voltado ao direito público, tendo ambas, como referência, Ihering²⁶⁷, surgidas do anseio de se contrapor ao formalismo dos métodos literal e lógico na interpretação, que prevalecia à época, século XIX.

O cerne de ambas as correntes é a justificativa das decisões judiciais por argumentos políticos, pois dela decorrem conseqüências que devem convergir para objetivos políticos e sociais almejados pela sociedade. O Direito teria a função de realizar os interesses da sociedade, pois se “o fim inspirou o dispositivo; deve por isso mesmo, servir também para lhe limitar o conteúdo; retifica e completa os caracteres da hipótese legal e auxilia a precisar quais as espécies que na mesma se enquadram”²⁶⁸.

266 Como já sublinhara Carlos Maximiliano (grifos do autor): “Aquêlo processo abstrato tirava a um ramo de estudos a sua principal característica, a de ser, por excelência, uma ciência social, e, portanto, destinada a adaptar-se à vida da coletividade, variar à medida das necessidades da prática, fornecer novas concepções jurídicas acordes com as circunstâncias mutáveis do meio. Jamais se prescindirá da colaboração da inteligência orientada pelo saber: o esforço para conseguir a Eúritmia Lógica e o desejo de raciocinar com perfeição têm um limite- a utilidade social, nem sempre fácil de enquadrar a rigidez de um silogismo.”, (Hermenêutica e Aplicação do Direito, p.158-159).

267 Luis Alberto Warat, Introdução Geral ao Direito I, p.81.

268 Carlos Maximiliano, Hermenêutica e aplicação do direito, p.189.

Na lição de Karl Larenz, haveria um “âmbito material” regulado pelas normas jurídicas, que seriam fins objetivos, na medida em que o legislador intenta realizar as finalidades do próprio Direito, com determinada regulação. No advento da promulgação de novos programas jurídicos, visa-se a contemplar determinado segmento da sociedade, a partir de verificação de suas necessidades e da forma como se estrutura²⁶⁹.

Não era o intuito da escola da jurisprudência dos interesses, contudo, deixar de lado o direito codificado, mas estabelecer o entendimento segundo o qual, no preenchimento de lacunas, o intérprete não deveria imprimir suas próprias preferências e valorações, como também não poderia haver a ausência de decisão ou o non liquet. Deveria o intérprete perseguir as finalidades da norma, buscando um ideal de justiça, de molde a priorizar as normas individuais e concretas, em detrimento ao ordenamento jurídico²⁷⁰.

Novamente, é de Warat a crítica que se faz ao método interpretativo, de não lograr atribuir ao sistema jurídico condições de realizar a segurança jurídica, em função da enorme dificuldade de eleição dos valores a serem tutelados em determinada sociedade. Ao final, os interesses acabam sendo tutelados em virtude de interferências do sistema político no jurídico²⁷¹.

Observe-se, finalmente, que as mesmas ressalvas tecidas quanto ao método histórico-evolutivo aqui podem ser tecidas, posto que a partir do momento em que a norma

269 Conforme se depreende de suas palavras “As estruturas materiais previamente dadas no ‘domínio da norma’ são, de facto, critérios objectivos de interpretação. São por isso critérios teleológico-objectivos, pois que sua atendibilidade em ordem à interpretação resulta de que a lei em causa- o que em caso de dúvida deve ser admitido – intenta uma regulamentação materialmente adequada. Quando o legislador, por causa, por exemplo, de um fim por ele considerado como primordial, quis consciente e perceptivelmente sobrepor-se a tais estruturas, eles têm de ser afastados de modo a que o resultado não seja manifestamente absurdo.”(Metodologia da Ciência do Direito, p.470-471).

270 Como expõe José Maria Arruda Andrade: “No contexto das imperfeições e da ausência de completude do ordenamento jurídico estatal, o jurista deve optar por um tipo de estratégia hermenêutica, sobretudo tendo em vista que a decisão concreta (e não o ordenamento jurídico) passa a ser o ponto principal da ciência jurídica.” (Interpretação da Norma Tributária, p.56-57).

271 “A dificuldade repousa em encontrar um padrão ou critério qualificador, que determine o interesse social que merece ser protegido ou privilegiado. Em geral, cada setor social identifica o seu interesse com o interesse social. O problema se resolve, na prática, pela imposição do poder político com que conta cada setor, que o permite erigir em interesse social seu próprio e particular interesse, muitas vezes disputado com aquele.” (Introdução Geral ao Direito I, p.83-84).

jurídica é objetivada, desliga-se da instância de sua enunciação. As eventuais finalidades que o legislador quis perseguir no momento de edição da norma podem flutuar na mesma razão dos câmbios dos valores sociais, de sorte que o método teleológico perderia sua força para resolução de conflitos de interesses atuais.

5.5.5 MÉTODO SISTEMÁTICO DE INTERPRETAÇÃO

O método sistemático de interpretação, em sua acepção tradicional, pretende alcançar o sentido da norma jurídica, cotejando-a com o ordenamento jurídico como um todo. Seria o método que melhor se adequaria às premissas expendidas, na medida em que não perderia de vista o contexto do percurso gerador de sentido, atuaria não apenas no plano sintático, mas abrangeria o semântico e o pragmático. Isto, porque, como afirma Paulo de Barros Carvalho, “o jurista é o lógico, o semântico e o pragmático da linguagem do direito”²⁷².

Por esse método, verifica-se a compatibilidade de um dispositivo com toda a estrutura do sistema jurídico, porque se parte do pressuposto do ordenamento jurídico constituir-se como unidade – “a ordenação sistemática permite entender a norma questionada não como fenômeno isolado, mas como parte de um todo”²⁷³.

O dispositivo normativo, antes de perder sua individualidade, esmaecendo-se na análise holística do sistema jurídico, ganha maior precisão, emergindo com maior nitidez o seu significado e alcance²⁷⁴. Os conceitos jurídicos são (re)definidos, levando-se em

Nesse mesmo contexto, Carlos Maximiliano (grifos do autor): “Para atingir determinado fim há diversos meios; por outro lado, um meio serve para conseguir mais de um objetivo; por isso a finalidade constitui um elemento mediato, de valor sabido, porém não absoluto, para descobrir o verdadeiro sentido e alcance das disposições.” (Hermenêutica e aplicação do direito, p.194).

272 Curso de Direito Tributário, p.107.

273 Claus-Wilhelm Canaris, Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito, p.156.

274 Como apontara Carlos Maximiliano: “Confronta-se a prescrição positiva com outra de que proveiu, ou que da mesma dimanaram; verifica-se o nexa entre a regra e a exceção, entre o geral e o

conta uma série de variáveis, como se depreende de Humberto Ávila²⁷⁵ :

“Os conceitos não estão prontos no dispositivo objeto de interpretação. Eles são, na verdade, coerentemente reconstruídos pelo intérprete com base em argumentos lingüísticos, sistemáticos, genéticos, históricos e meramente práticos. Como a Constituição estabelece o sobreprincípio do Estado de Direito como sendo fundamental, o intérprete, dentre as várias decisões de interpretação que se lhe apresentam, deve atribuir, em nome dos subprincípios da separação dos poderes, da segurança jurídica e da legalidade, prevalência aos argumentos lingüísticos e sistemáticos, pois eles se baseiam na primazia daquilo que é objetivável no ordenamento jurídico frente àquilo que deixou de sê-lo. Nesse sentido, é preciso dar prevalência, dentre as várias hipóteses conceituais, àquela que mais é suportada pelos princípios fundamentais do subsistema de Direito Tributário.”

Para finalizar, renova-se a afirmação de que se adota o método sistemático como o que mais se adequa às demandas do sistema jurídico e à específica natureza de sua linguagem. Mas ressalva-se que a acepção que se emprega ao método sistemático é bastante ampla, porque extrapola os lindes do sistema jurídico, para lançar a análise a outros sistemas da sociedade, sempre com olhos fixos nos mecanismos da autopoiese – fechamento operacional versus abertura cognitiva.

particular, e dêste modo se obtêm esclarecimentos preciosos. O preceito assim submetido a exame, longe de perder a própria individualidade, adquire realce maior, talvez inesperado. Com êsse trabalho de síntese é melhor compreendido.” (Hermenêutica e aplicação do direito ,p.162).

E nos elucidativos dizeres de Paulo de Barros Carvalho: “O critério sistemático da interpretação envolve os três planos e é, por isso, exaustivo da linguagem do direito. Isoladamente, só o último (sistemático) tem condições de prevalecer, exatamente porque ante-supõe os anteriores. É, assim, considerado o método por excelência.

De qualquer modo, a exegese dos textos legais, para ser completa, tem de valer-se de incursões nos níveis sintático, semântico e pragmático da linguagem jurídica, única forma de chegar-se ao conteúdo intelectual, lembrando-nos sempre que a interpretação é um ato de vontade e um ato de conhecimento e que, como ato de conhecimento, não cabe à Ciência do Direito dizer qual é o sentido mais justo ou correto, mas, simplesmente apontar as interpretações possíveis.” (Curso de Direito Tributário, p.101).

5.6 TIPOS DE INTERPRETAÇÃO

5.6.1 INTERPRETAÇÃO ESPECIFICADORA

A interpretação especificadora, no magistério de Tércio Sampaio Ferraz Jr.²⁷⁶, pressupõe que conflitos devem ser solucionados com o mínimo de perturbação social, norteadas pelo princípio de economia do pensamento, ou seja, não é necessário se vislumbrar toda as possibilidades significativas apresentadas, cessando o labor interpretativo quando o conflito estiver em condições de ser solucionado. Ademais, de acordo com a dogmática tradicional²⁷⁷:

“A teoria dogmática dirá que, na interpretação especificadora, a letra da lei está em harmonia com a mens legis ou o espírito da lei, cabendo ao intérprete apenas constatar a coincidência.”

Portanto, opera sob a égide do aforismo jurídico mencionado alhures, “in claris cessat interpretatio”, em relação ao qual se teceu considerações sobre sua inadequação.

5.6.2 INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA

Essa modalidade de interpretação restringe o alcance do sentido da norma, em detrimento da amplitude de sua literalidade, como o exemplo das normas do Código Tributário Nacional que tratam sobre as isenções²⁷⁸, consideradas normas de caráter

276 Introdução ao Estudo do Direito, p.267.

277 Introdução ao Estudo do Direito, p.268.

278 “Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;

II - outorga de isenção;

III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.”

excepcional, cuja interpretação deve ser amesquinhada.

Restringe-se a extensão de um determinado termo jurídico por imposição interpretativa, de onde aparece hialino o poder constitutivo das interpretações e todo o arsenal de “poder de violência simbólica”, segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr., ou “sentido comum teórico dos juristas”, expressão de Luis Alberto Warat. Sobre a interpretação restritiva, manifesta-se Tércio²⁷⁹:

“Percebe-se, assim, como a hermenêutica é, ela própria, um poder de violência simbólica que faz a lei falar. Obviamente, a teoria dogmática não retrata as coisas desta maneira, pois sempre dirá que a restritividade decorre da teleologia imanente ao ordenamento, sendo uma exigência de valores que constituem a voluntas legislatoris ou a mens legis. Tudo se faz, pois, em nome da ratio legis (na verdade, a vontade do legislador racional).”

5.6.3 INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA

Em contraposição à interpretação restritiva, a extensiva conduz à ampliação do sentido da norma a desbordar a literalidade do texto normativo, partindo da premissa que o legislador não teria esgotado a previsão de todas as possibilidades que pudessem se apresentar.

Ampliam-se as denotações e as conotações, imprimindo maior vagueza e ambigüidade²⁸⁰, o que leva, até mesmo a dogmática tradicional constatar que, nesse caso, é patente a interferência das subjetividades do intérprete, o que vai de encontro ao dogma

279 Introdução ao Estudo do Direito, p.269.

280 “Assim, se a mensagem normativa contém denotações e conotações limitadas, o trabalho do intérprete será o de torná-las vagas e ambíguas (ou mais vagas e ambíguas do que são em geral, face à imprecisão da língua natural de que se vale o legislador)”, Tércio Sampaio Ferraz Jr.(Introdução ao Estudo do Direito, p.269).

de revelação do sentido das normas, que torna a sua utilização bastante restrita.

Essa restrição sobressai-se em normas jurídicas como as penais e as tributárias, em que é uma imposição do próprio sistema a tipicidade cerrada. No caso, as normas tributárias devem ser constituídas à luz do princípio da estrita legalidade, que estreita a margem de discricionariedade do intérprete, na edição das normas individuais e concretas.

5.7. INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO DO DIREITO

5.7.1 DOGMAS DO DIREITO POSITIVO

A velha problemática da integração do Direito, mormente quanto à questão da colmatação das lacunas, assenta-se sobre três pilares da tradição dogmática, quais sejam, o dogma da completude do ordenamento jurídico, do legislador racional e da concepção do ato de interpretação como revelador de essências e de verdades transcendentais.

O dogma da completude do ordenamento jurídico estabelece que este possui normas para todas as possibilidades que se apresentem, inexistindo a possibilidade de existência de lacunas. Em outras palavras, um ordenamento seria incompleto se, para determinado caso, não houvesse nem a prescrição modalizada como proibida, nem como permitida.

Conjuga-se ao dogma da completude a regra do *non liquet*, que estabelece que os órgãos credenciados pelo sistema para enunciar normas individuais e concretas, são obrigados a julgar todas as controvérsias que se lhe apresentem²⁸¹. O sistema jurídico é completo, devendo o juiz julgar todas as lides que chegam ao seu exame, com base em norma jurídica existente.

281 Em nosso direito, temos a Lei de Introdução ao Código Civil e o Código de Processo Civil, que veiculam, respectivamente, as seguintes disposições:

Nessa esteira, sendo todos os comportamentos humanos regulados por normas, o que não está prescrito no ordenamento jurídico, é conduta livre, não havendo uma terceira possibilidade²⁸².

Alie-se à completude, a sua racionalidade, que é postulada pelo dogma do legislador racional, que nas lições de Carlos Santiago Nino²⁸³ é figura construída pela técnica dogmática, para “reformular el derecho positivo adecuandolo a determinados ideales, si bien haciendo aparecer esa reformulación como si tratara de una mera descripción de soluciones que el derecho encierra en forma latente, es la atribución al legislador de ciertas propiedades de racionalidad, o que sirven para garantizarla, que están muy lejos de caracterizar a los legisladores reales.”

Aponta Tércio Sampaio Ferraz Júnior²⁸⁴ que esse “super-legislador” não se confunde com o legislador real, aquele que efetivamente realiza atos de enunciação para introduzir normas no ordenamento e nem com o legislador normativo, como ato juridicamente competente que positiva normas. O legislador racional seria dotado das seguintes características:

-é figura singular – abstrai-se a realidade dos órgãos legislativos, normalmente colegiados;

“Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

“Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)”

282 Nas palavras de Norberto Bobbio: “Frente ao problema da completude, se desejamos um certo tipo de ordenamento como o italiano, caracterizado pelo princípio de que o juiz deve julgar cada caso mediante uma norma pertencente ao sistema, a completude é algo mais que uma exigência, é uma necessidade, quer dizer, é uma condição necessária para o funcionamento do sistema. A norma que estabelece o dever do juiz de julgar cada caso com base numa norma pertencente ao sistema, não poderia ser executada se o sistema não fosse pressupostamente completo, quer dizer, como uma regra para cada caso. A completude é, portanto, uma condição sem a qual o sistema em seu conjunto não poderia funcionar.” (Teoria do Ordenamento Jurídico, p.117-118).

283 Introducción al análisis del derecho, p.328.

284 Introdução ao Estudo do Direito, p.254-255.

- é permanente – ainda que os legisladores reais pereçam;
- é único- todas as normas ficam submetidas à sua vontade;
- é consciente- conhece todas as normas, incluindo as normas passadas;
- omnisciente- conhece todos os fatos, passados , presentes e futuros;
- omnipotente-suas normas vigem até que decida sobre sua retirada;
- é justo;
- é coerente;
- é econômico-não há palavras supérfluas ou contraditórias nas normas jurídicas;
- é operativo- todas as normas são aplicáveis;
- é preciso- sempre confere um uso preciso aos termos jurídicos.

Essa sistemática foi arquitetada pelo positivismo jurídico para possibilitar a sua própria operacionalidade, na medida em que “por meio da língua hermenêutica reconstrói-se o discurso do ordenamento, como se o intérprete ‘fizesse de conta que’ suas normas compusessem um todo harmônico, capaz, então, de ter um sentido na realidade”²⁸⁵

Lourival Vilanova²⁸⁶ afirma que o dever de julgar decorre não da completude do ordenamento jurídico, mas da possibilidade de ser “completável”, pois o dever de julgar confere completabilidade ao sistema, que qualifica deonticamente o evento controvertido, através de proposição prescritiva. O mundo real, dada a sua riqueza inesgotável, não pode ser apreendido pelas formas lógicas de ordenação do conhecimento, pois estas são redutoras de complexidades.

285 Introdução ao Estudo do Direito, p.255.

286 As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo, p.246-247.

Só há sentido em falar no ato de interpretação como revelador de verdades universais, se o objeto sobre o qual ele se debruça, encontra-se em plano transcendental, de acordo com a metáfora do hermeneuta como tradutor de palavras divinas aos homens comuns. O direito positivo é, assim, atribuído a um legislador racional, dotado de “super poderes”, cujo trabalho é livre de falhas ou imprecisões, porque se encontra em um plano ideal. Os pontos de partida ou as fronteiras do direito positivo sempre se localizarão, no plano das idéias, do dever ser ideal.

5.7.2 INTEGRAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO – LACUNAS E ANTINOMIAS

Nesse contexto, soa contraditório cogitar-se de “integração” do ordenamento jurídico. Destarte, a “integração” tem sido concebida como método pelo qual o aplicador do sistema jurídico colmata lacunas e soluciona antinomias, produzindo prescrições normativas a fim de albergar um evento ao qual não há previsão normativa ou opta por um dos enunciados prescritivos que são contrários.

Portanto, é conceito intrinsecamente conectado ao conceito de “lacunas”, que nos dizeres de Karl Engisch²⁸⁷ podem ser entendidas como:

“(...) deficiências do Direito positivo (do Direito legislado ou do Direito consuetudinário), apreensível como faltas ou falhas de conteúdo de regulamentação jurídica para determinadas situações de facto em que é de esperar a regulamentação e em que tais falhas postulam e admitem a sua remoção através duma decisão judicial jurídico-integradora.”

Quanto às antinomias, diz Guastini:

“Existe antinomia siempre que dos normas conectan a un mismo supuesto de hecho dos consecuencias jurídicas diversas e incompatibles, de modo que se dan controversias no susceptibles de solución alguna.”

287 Introdução ao Pensamento Jurídico, p.279.

Em face dos dogmas da completude do ordenamento jurídico e do legislador racional, afigura-se incoerente ou excludente a possibilidade de existência de lacunas e antinomias e a conseqüente necessidade de sua integração, mormente diante de um sistema referencial essencialista, do processo de interpretação²⁸⁸.

Entretanto, a problemática afigura-se mais clara a partir do sistema de referência construtivista. Com efeito, o giro lingüístico trouxe grandes repercussões sobre a matéria, pois a partir do momento em que se parte da premissa que o processo interpretativo tem cunho construtivo e não substantivo, ou seja, não revela essências, mas constrói a norma jurídica, desaparece o *discrímen* que separa a "interpretação" da "integração". Poder-se-ia falar em "gradações construtivas" da atividade interpretativa, porém não haveria critério diferenciador tal como erigido pela doutrina tradicional.

Assim, haveria lacunas axiológicas e não técnicas, conforme Lenio Luiz Streck²⁸⁹, colmatadas por critérios retóricos, de acordo com preferências e necessi-

288 Conforme entende Lenio Streck: "Entretanto, o que deve ser colocado é que, da forma dogmática como a maior parte dos doutrinadores brasileiros aborda a problemática das lacunas, não há, logicamente, espaço para a existência das mesmas." (*Hermenêutica Jurídica e(m) crise* , p.106).

289 "Dito de outro modo, pode-se afirmar que uma lei considerada como justa pelo intérprete ou aplicador aparece sempre como um texto normativo claro. Por outro lado, um dispositivo de uma lei, entendido como injusto, aparece sempre aos olhos do intérprete ou do aplicador como obscuro e, às vezes, a questão é enquadrada como um caso de ausência legislativa, enfim, uma lacuna. Numa palavra: somente e quando nos colocamos de acordo com o seu sentido." (*Hermenêutica Jurídica e(m) crise* , p.105).

E Tércio Sampaio Ferraz Filho: "Uma consideração global sobre os meios de integração nos faz perceber neles o exercício do poder de violência simbólica pela hermenêutica. Os meios quase lógicos acentuam e crescem as relações de autoridade do ordenamento. Emergem da argumentação capaz de conferir à decisão uma neutralização dos comunicadores, como se estes não contassem que o intérprete explicita. Como, porém, são quase lógicos, desponta neles momentos de poder-reputação, de neutralização dos próprios conteúdos das normas que se estendem às lacunas do ordenamento. É o recurso ao telos e aos valores. Já os meios institucionais em graus diferentes, são um exercício de poder-liderança. Neutraliza-se a diversidade social de opiniões, pela imposição bem sucedida de consenso. Isto é evidente no costume. Menos nos princípios gerais do direito e ainda menos na equidade. Daí as cautelas, sobretudo quanto à última, e a exigência, em grau crescente do primeiro para o terceiro, de apoio no poder-reputação." (*Introdução ao estudo do Direito*, p.278). Observe-se que Tércio classifica os meios de integração em dois grupos: instrumentos institucionais formado pelos costumes, princípios gerais de direito e equidade; instrumentos quase -lógicos, conformados da analogia, indução amplificadora e interpretação extensiva. Nos primeiros, para seu emprego é necessário procedimento analítico, embora não haja estrita observância das regras da lógica formal, pela sua natureza axiológica. Nos segundos, apóiam-se na idéia de instituição. Ressalva que, muito embora a classificação não se funde em critérios precisos, pode ser utilizada, porque refere-se à forma de argumentação retórica- em uma, há a aparência de raciocínio formal e na outra, apresentam-se argumentos materiais .

dades do intérprete²⁹⁰.

Para Guastini²⁹¹ há inadequação na colocação do problema, considerando-se que tanto lacunas como antinomias são propriedades dos ordenamentos jurídicos e a sua existência ou não, frutos de opção por determinada interpretação e por essa razão, são, via de regra, evitadas. As antinomias resolvem-se pela decisão de deixar de aplicar uma das normas em contradição, seja pelo fundamento da abrogação ou da invalidade, enquanto a lacuna, pela construção de uma nova norma jurídica.

Por essa razão não seria adequado falar-se em “lacunas” ou “antinomias”, porém, afastando-se o dogma positivista de completude do ordenamento jurídico, como conjunto finito e hermético, encampa-se a idéia de que, no caso de dúvidas surgidas em relação a casos marginais, o intérprete produz a norma jurídica, de acordo com regras estabelecidas pelo sistema.

Nessa acepção, as categorias eleitas para suprir as lacunas da lei pelo método de integração são vagas e ambíguas o suficiente para fazer ingressar na construção da norma jurídica valores, os mais diversos, afrouxando a conotação dos termos, para ampliar sua extensão, o que mereceu a acertada crítica de Pontes de Miranda²⁹²:

“A rigor, equidade é apenas palavra-válvula, com que se dá entrada a todos os elementos intelectuais ou sentimentais que não caibam nos con-

290 Observe-se que Kelsen concebia o problema das lacunas como ficções jurídicas, fruto de decisão de política jurídica do intérprete autêntico, que diante da valoração de um caso concreto, poderia se eximir de aplicar determinada norma, sob o fundamento de lacuna ou obscuridade da lei, conforme se verifica: “Vistas as coisas mais de perto, verifica-se que a existência de uma ‘lacuna’ só é presumida quando a ausência de uma tal norma jurídica é considerada pelo órgão aplicador do Direito como indesejável do ponto de vista da política jurídica e, por isso, a aplicação, logicamente possível- do Direito vigente, é afastada por esta razão político-jurídica, por ser considerada pelo órgão aplicador do Direito como não equitativa ou desacertada.” (Teoria Pura do Direito, p.339).

291 “Ahora bien, es importante subrayar que, a pesar de la opinión consolidada, los problemas que nacen de las antinomias y de las lagunas no son propiamente problemas interpretativos. Lagunas y antinomias, de hecho, son propiedades del sistema jurídico entendido como sistema de normas en sentido estricto: normas y no disposiciones todavía por interpretar. En otras palabras, tanto las lagunas como las antinomias se presentan – cuando se presentan- por una interpretación realizada: son el resultado de las decisiones interpretativas de los operadores jurídicos. Por esta razón, las lagunas y las antinomias son relativamente raras: comunmente se evitan, se previenen, por los juristas mediante oportunas opciones interpretativas.” (Problemas de Interpretación ,p.12-13).

292 Comentários ao Código de Processo Civil, tomo II, p.213.

ceitos primaciais do método de interpretação. Para que se atenuem a rapidez exegética, a prática e os legisladores têm recorrido a essa noção ambígua, senão equívoca, com que se manda tratar com igualdade sem se definir de igualdade se trata, nem se dizerem os seus começos e os seus limites. No fundo, a vantagem, se vantagem realmente há, de tal expressão, em povos estranhos à tradição de nosso direito, tem sido semelhante à de todas as outras expressões vagas. A vaguidade serve sempre quando se quer o arbítrio, ou quando se pretende deixar alguém determinar a norma, sem se confessar que se deu a alguém tal poder.”

Norberto Bobbio²⁹³ classifica a integração em auto-integração e heterointegração, em que a primeira refere-se à forma de integração que se nutre de elementos do próprio ordenamento jurídico e a segunda, de elementos que lhe são externos.

Classicamente, a heterointegração recorria ao Direito Natural, mas pode recorrer também a ordenamentos anteriores, como o direito romano, a normas de outro ordenamento estatal, aos costumes, a opiniões emanadas no seio da dogmática ou ao próprio juízo de equidade. A auto-integração recorre a elementos que compõem o próprio sistema jurídico.

No contexto desse trabalho, essa classificação é interessante apenas na medida em que se puder fazer a ressalva de ser possível traçar um paralelo entre heterointegração e heterorreferência do sistema jurídico, no sentido de que remissões do sistema jurídico a outros sistemas, apenas será possível se observado o mecanismo do duplo ingresso. Caso não feita a distinção, ter-se-ia que admitir a possibilidade apenas de integração intra-sistêmica. Se o sistema jurídico recorre ao sistema contábil para fazer a heterointegração, apropriando-se de conceitos como o de “faturamento”, o faz diante de sua “própria visão”, através do processamento por suas estruturas, premissa de fundamental importância quando se trata do tema dos limites para a interpretação.

Posto isso, no Direito Tributário, é no art.108 do Código Tributário Nacional que

293 Teoria do Ordenamento Jurídico, p.147.

se faz menção aos métodos de integração da legislação tributária:

“Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

I - a analogia;

II - os princípios gerais de direito tributário;

III - os princípios gerais de direito público;

IV - a equidade.”

Imerso nesse quadro, o tema da integração vem se desenvolvendo na doutrina e jurisprudência de forma controversa ao longo dos tempos, sem que se tenha alcançado conclusões, na medida em que é atinente ao tema das próprias estruturas do sistema jurídico.

Discorrer-se-á brevemente sobre os incisos do art.108 do Código Tributário Nacional.

5.7.3 ANALOGIA

Entende-se por “analogia” o método de integração da legislação tributária em que, a um evento não previsto nas normas do direito positivo, aplica-se disposição normativa aplicável a hipóteses semelhantes²⁹⁴.

O argumento por analogia pressupõe juízo de valor, que estabelece a semelhança entre as hipóteses de incidências claramente delineadas e os eventos em tese não previstos. A seleção das notas semelhantes, que correlaciona ambos, será determinada

294 Ou nas palavras de Paulo de Barros Carvalho : “Tem-se por analogia o expediente de que se serve o aplicador da lei, ao colher em norma que incide em caso semelhante a disciplina jurídica que o sistema positivo não mencionou expressamente.” (Curso de Direito Tributário, p.102).

mediante ato valorativo do intérprete, ou seja, o critério de pertinencialidade que incluirá determinado evento na extensão de determinada hipótese de incidência, vertendo-o em fato juridicamente relevante é estabelecido de acordo com as preferências do aplicador da norma²⁹⁵.

Verifica-se que o conceito de lacunas e de interpretação analógica são complementares, cabe interpretação analógica porque há lacunas. Portanto, todas as observações tecidas quanto ao tema das lacunas e integração devem se estender à analogia.

Assim, por exemplo, a clássica lição segundo a qual a analogia diferenciar-se-ia da interpretação extensiva, na medida em que a primeira se limita a incluir no conteúdo da norma um sentido pré-existente, mas não explicitado pelo legislador, e na segunda, o intérprete aplica uma norma a um caso para o qual não havia dispositivos jurídicos com base em uma suposta semelhança entre os casos, não resiste a um teste de coerência. Em ambos os casos, há, em maior ou menor grau, interferência das subjetividades do intérprete, que através de atos de valoração, estabelecerá seus próprios critérios de semelhanças ou desvendamento de eventuais disposições ocultas nas dobras do ordenamento jurídico.

5.7.4 PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO E PRINCÍPIOS

GERAIS DE DIREITO PÚBLICO

Os incisos II e III, do art. 108 do Código Tributário Nacional referem-se, respectivamente, aos princípios gerais de direito público, enquanto diretrizes gerais que impreg-

295 Como elucida Lourival Vilanova: "O suporte do argumento por analogia, no universo – do - Direito, é juízo de valor. Uma semelhança objetiva não é levada ao nível do Direito sem valoração. A similitude factual, só por si mesma, não entra no mundo do Direito. Faz-se indispensável juízo-de-valor sobre a relevância do semelhante. E nem sempre a semelhança é factual, mas juridicamente construída.

Quando estendemos o âmbito de incidência de uma norma jurídica, passando dos casos previstos para os casos não-previstos, fazemos a seleção valorativa da norma que vai exercer o papel de premissa maior (tomado o argumento como silogismo num sentido amplo). Depois, para construirmos a premissa menor, onde se afirma a semelhança, tomamos posição valorativa. Valoramos a semelhança como relevante, separamos certas notas como essenciais e pomos entre parênteses as notas dessemelhantes".(As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo, p.251-252).

nam o ordenamento jurídico, como a Segurança Jurídica, a Justiça, a Legalidade, e aos princípios gerais de direito tributário, enquanto vetores atinentes especificamente ao capítulo do Sistema Tributário Nacional, como a capacidade contributiva, proibição de tributação com efeitos de confisco.

Todavia, observa-se que sobre o termo jurídico “princípios”, a doutrina está longe de chegar a um acordo sobre a intensão, bem como sobre a extensão, o que lhe confere notável maleabilidade de emprego, hábil a flexibilizar a rigidez do código binário do sistema jurídico.

Nesse sentido, há várias definições de princípios na dogmática jurídica, dentre as quais destacamos as de Humberto Ávila²⁹⁶:

“Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.”

E afirma Paulo de Barros Carvalho, sobre os princípios gerais de direito público e princípios gerais de direito privado, respectivamente:

“São máximas que se alojam na Constituição ou que se despregam das regras do ordenamento positivo, derramando-se por todo ele. Conhecê-los é pressuposto indeclinável para a compreensão de qualquer subdomínio normativo, e o direito tributário só pode ser entendido à sombra desses princípios.”

“Dizem-se princípios gerais de direito tributário aqueles primados que, explícita ou implicitamente, se irradiam pelo subsistema das normas tributárias, penetrando-as e ativando-as em certa direção.”

Verifica-se que há multiplicidade de significados para o termo “princípios”, que

296 Teoria dos Princípios, p. 129.

geram dificuldades para a captação do seu alcance semântico, como, aliás, anota Manuel Atienza²⁹⁷ : i. como normas programáticas, que veiculam a obrigação de observar determinados fins; ii. como norma que veicula os valores protegidos pelo ordenamento jurídico; iii. como normas de estrutura dirigidas aos órgãos aplicadores do ordenamento jurídico; iv. como máximas da dogmática jurídica, que permitem a sistematização da ordem jurídica; v. como norma geral, para regulação de casos, cujas propriedades relevantes são da mesma forma, bastante gerais; vi. como normas redigidas numa fórmula especialmente vaga.

Contudo, o que importa é reter que justamente essa natureza fugidia dos princípios permite que haja a válvula de escape necessária ao intérprete na construção da norma jurídica, invariavelmente saturando-a com os valores que lhe sejam mais preciosos, ainda que sob o argumento de a estar adequando a objetivos transcendentais. É o esforço de contextualização, que permite adequar as normas jurídicas aos vetores axiológicos mais caros ao sistema jurídico.

5.7.5 EQÜIDADE

A equidade é forma de heterointegração da legislação tributária, na qual se recorria ao princípio de justiça, para “calibrar” a construção da norma jurídica, retificando eventuais desigualdades materiais. Abbagnano, remetendo-se à ética aristotélica, afirma que²⁹⁸ :

297 Las Piezas del Derecho, p.3-4.

298 Dicionário de Filosofia, p.339-340.

Na mesma trilha, Paulo de Barros Carvalho: “Tem vez a equidade quando ser humano, posto na contingência de aplicar o direito, sopesa refletidamente seus valores e os da sociedade em que vive, observa os fatos sociais e examina-lhes as proporções na sua grandeza real, abrandando os rigores da lei e imprimindo-lhes ares de maior suavidade e dimensão humanitária. Não é um conceito construído pelo direito positivo, apenas mencionado. Daí a dificuldade em referi-lo com precisão. Mas a equidade, outrora já confundida com a justiça, está com ela intimamente associada, podendo dizer-se, com os romanos, *aequitas sequitur legem*, como instrumento de realização dos ideais de bem comum que a comunidade social anela.” (Curso de Direito Tributário, p.104).

“A lei tem necessariamente caráter geral; por isso às vezes a sua aplicação é imperfeita ou difícil em certos casos. Nesses casos a equidade vem para julgar, não com base na lei, mas com base na justiça que a própria lei deve realizar. Portanto, nota Aristóteles que o justo e o eqüitativo são a mesma coisa; o eqüitativo é superior, não ao justo em si, mas ao justo formulado em uma lei que, em virtude de sua universalidade, está sujeita ao erro.”

Destarte, o intérprete, ao construir a norma, percorrendo os três planos semióticos, deverá congregiar o subsistema das formações normativas, compondo as significações encontradas no plano semântico, para formação de unidades lógicas determinadas pelas estruturas condicionais. Entretanto, isso não basta, porque deverá contextualizar a norma jurídica ao ambiente em que vive, olhos fixos nos horizontes culturais de determinada sociedade. E é nesse instante em que poderá a equidade ser aplicada, para a saturação do conteúdo da norma construída - em situações limites do sistema jurídico, emerge o ato de valoração do intérprete, que poderá ser norteado pelo melhor se acomode à sua tábua de valores.

Portanto, o juízo eqüitativo relaciona-se ao contexto, a valores que prevalecem no seio social, devendo ser contraposto às especificidades do caso concreto, porém não criando normas gerais aplicáveis a situações consideradas semelhantes, pois o seu alto teor de subjetividade impede que possa ser tratada como fonte do direito²⁹⁹.

5.8 CONCEITOS, DEFINIÇÕES, INSTITUTOS E FORMAS JURÍDICOS

O art. 110 do CTN estabelece que a lei tributária não poderá alterar a “definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado”, fórmu-

299 Conforme Tércio Sampaio Ferraz Júnior, *Introdução ao Estudo do Direito*, p.277.

la vaga e ambígua, que se intentará nesse tópico elucidar.

5.8.1 CONCEITOS JURÍDICOS

Conforme capítulo anterior, “conceito” é conectado à idéia de “conotação” ou “intensão”, enquanto critérios que conformam uma classe³⁰⁰. Assim, o “conceito” enfeixa certos critérios, para a inclusão de elementos que observem esses requisitos. Os indivíduos ou elementos de uma determinada classe são selecionados de acordo com uma função proposicional, que contenha uma variável livre.

Conceito que tenha o predicado de jurídico, implica que os critérios conotativos sejam encontrados no seio do próprio sistema jurídico, ou seja, é vedada a alteração desses critérios por outros do ambiente ou por outros não previstos no programa jurídico.

5.8.2 DEFINIÇÕES JURÍDICAS

Por “definição”³⁰¹, entende-se a indicação de um significado, em operação lógica composta de duas partes: o definiendum, como o conceito ou sujeito da proposição que se quer definir e o definiens, como a enunciação do significado da palavra, de acordo com a classificação da definição utilizada.

300 De acordo com Paulo de Barros Carvalho: “Conceituar importa selecionar caracteres, escolher traços, separar aspectos, desprezando os demais. As singularidades irrelevantes, o legislador deixa de lado, mesmo porque são em tal quantidade que o trabalho ganharia proporções infinitas. E surge o conceito, após a aplicação do critério seletivo que o legislador adotou, critério esse que nada mais é que um juízo de valor expedido em consonância com sua ideologia, tomada a palavra, neste ensejo, como pauta de valores, tábua de referências axiológicas.” (“Guerra fiscal” e o princípio da não-cumulatividade do ICMS, p.659).

301 Em seu voto no RE 346.084-6, o Ministro Eros Grau dá uma esclarecedora definição de definição jurídica: “A definição jurídica, pois — “Para os efeitos desta lei entende se por...” — é a explicitação do termo do conceito e não deve ser confundida com o conceito jurídico. Este é o signo de uma significação, expressado pela mediação do termo. A definição jurídica está referida ao termo e não diretamente ao conceito; consubstancia — repita se — uma explicitação do termo do conceito.”

As definições prestam-se, da mesma forma, a eliminar as ambigüidades, ao explicar os diferentes significados de termos ou proposições ambíguas, distinguindo o seu significado, para eliminação da incerteza. Ao definir, da mesma forma, podemos delimitar com maior precisão a aplicabilidade de um termo em determinado contexto, eliminando a vagueza.

Nos sistemas autopoieticos que interpretam sentido, sempre haverá redefinição nos fluxos comunicacionais, por imposição do mecanismo de duplo ingresso, alterando-se o critério de relevância para a constituição da classe. Destarte, cada sistema autopoietico deterá critérios próprios para selecionar as notas que são relevantes ao estabelecimento de cortes, a partir de uma visão interna, que leva em conta programas e códigos próprios.

Ademais, "definir" equivale a "interpretar", porque pelo processo interpretativo, determina-se o alcance de conceitos estipulando-lhes significados, o que se dá tanto na esfera de produção do direito positivo, quanto nas decisões jurisdicionais.

5.8.3 INSTITUTO JURÍDICO

A palavra "instituição" deriva da palavra latina "institutio", "instituire", cujo sentido é estabelecer, formar, construir. A expressão "instituto jurídico" sofre de problemas de ambigüidade, encontrando-se múltiplos significados nos quais é empregado. Alguns dos possíveis significados da expressão³⁰²:

i. instituição jurídica como sinônimo de pessoa jurídica, mais especialmente como sinônima de "associação"³⁰³;

302 De Plácido e Silva, Vocabulário Jurídico, p.840.

303 Nas palavras de San Tiago Dantas: "Das pessoas jurídicas, podem-se apontar duas variedades: 1º as associações ou instituições; 2º as fundações.

ii. instituição como qualquer organização, pública ou privada, que tenha finalidades próprias, determinados pelo ato de vontade fundante³⁰⁴ ;

iii. instituição como o ato de fundar algo, que tenha finalidades próprias, determinadas pelo ato de vontade que a fundou³⁰⁵ ;

iv. no plural, pode ser entendida como conjunto de órgãos estatais representativos da soberania nacional- são as instituições públicas instituição como conjunto de regras sobre as quais repousam a organização formada;

v. instituição como conjunto de leis , regras ou regime³⁰⁶ ;

vi. instituição como ato de estabelecer encargos em relação a certos bens, como instituição de ônus sobre um imóvel;

vii. instituição como investidura, nomeação, como é a instituição de herdeiro.

viii. instituição como estabelecimento de ensino

De acordo com o presente contexto, a acepção de "instituto" mais adequada é a

A diferença entre associações e as fundações é capital. Enquanto que nas associações predomina o elemento pessoal, quer dizer, a pessoa jurídica que se organiza em torno de um elemento fundamental, que é o agrupamento das pessoas físicas que a compõem, nas fundações a pessoa jurídica se organiza em torno de outro elemento fundamental que é o patrimônio destinado à consecução de fins comuns."(Programa de Direito Civil, p.215).

304 Como elucida de Plácido e Silva: "Em decorrência, é a expressão empregada para designar a própria corporação ou a organização instituída, não importa o fim a que se destine, isto é, seja econômico, religioso, pio, educativo, cultural, recreativo, etc. Consideram-se pessoas jurídicas."

305 Nos itens 'ii' e 'iii' estamos diante de uma especial categoria de ambigüidade, de "processo de produto", em que se utilizam os mesmos termos tanto para o procedimento, como para o seu resultado.

306 No Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa: "Instituto .s.m.(1552 MNóbrC 120).1.aquilo que está estabelecido como regulamento, regra ou regime. 1.1. REL regra de vida de uma ordem religiosa estabelecida no momento de sua fundação.(...) 3 . (JUR) conjunto de regras e princípios jurídicos que regem determinadas entidadesou determinadas situações de direito <i.falência><i.tutela><i.servidão>."

No Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas:"INSTITUTO JURÍDICO.Filos.Diz-se de cada uma das entidades componentes do cosmo jurídico, com disciplina própria. Assim, instituto do casamento, instituto da decadência, instituto do contrato etc."

'v', que se refere ao um conjunto de leis, regras e preceitos, que convergem ou gravitam em torno de determinado conceito jurídico, com definição delineada no sistema jurídico.

O instituto, todavia, seria um subconjunto dos ramos do sistema jurídico, que são as divisões, para efeitos didáticos – o Direito Tributário, o Direito Civil, o Direito Penal, o Direito Administrativo - cujos feixes normativos seriam maior em complexidade, composto de normas jurídicas de diversos escalões hierárquicos, inclusive princípios, que costumam ser denominados em seu conjunto de "regime jurídico"^{307, 308}.

Gregorio Robles entende que o Direito é estruturado em normas, que se agrupam, formando instituições. Não seria possível estudar um ordenamento jurídico concreto pela análise isolada de normas, pois estas seriam "células", que comporiam "órgãos", os institutos³⁰⁹.

Descontadas as nuances de cada uma das acepções, pode-se ficar com uma significação de base de "instituto jurídico" como o conjunto composto pelo conceito e regime jurídico – conceito que mantém nexos de causalidade jurídica com determinado feixe normativo.

307 Como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello: "Diz-se que há uma disciplina jurídica autônoma quando corresponde a um conjunto sistematizado de princípios e normas que lhe dão identidade, diferenciando-a das demais ramificações do Direito.

Só se pode falar em Direito Administrativo, no pressuposto de que existam princípios que lhe são peculiares e que guardem entre si uma relação lógica de coerência e unidade compondo um sistema ou regime: o regime jurídico-administrativo."(Curso de Direito Administrativo, p.36).

308 No mesmo sentido, Cândido Rangel Dinamarco: "No processo civil moderno é indispensável pensar nas categorias jurídicas que compõem o sistema (institutos processuais) a partir das premissas representadas pelos princípios e garantias.O estudo dos institutos fundamentais não prescinde do correto conhecimento dos fundamentos do sistema."(Instituições de Direito Processual Civil – tomo I, p.298).

309 Assim, em sua acepção: "El sistema que refleja un ordenamiento concreto es un sistema de instituciones. Estas constituyen entramados normativos unitarios alrededor de un principio básico (principio institucional) y cuya función es regular jurídicamente aspectos concretos de la realidad social."(El Derecho como Texto, p.26-27).

Nesse sentido, Antonio J.Franco "Os arts.109 e 110 mencionam também o termo 'instituto' – dos princípios gerais de direito privado e do direito privado. Há sinonímia entre 'institutos'e 'instituições', não obstante na linguagem técnico-jurídica haja outras acepções. Assim, fala-se em instituição da propriedade ou do instituto da propriedade, instituição do habeas corpus etc. (Guimarães Menegale).

5.8.4 FORMAS JURÍDICAS

Não existe forma sem substância. Não há conteúdo sem continente, pois tudo o que nos rodeia é veiculado por uma forma. Quando se fala em “forma” em detrimento à essência ou substância, portanto, vem à mente a idéia de estrutura, que não se altera em função de seu conteúdo material ou empírico, tal como um molde que pudesse ser receptáculo de substâncias líquidas. Nas palavras de Pontes de Miranda³¹⁰, forma “é o revestimento jurídico que exterioriza a declaração de vontade”.

O tema da forma, assim, é particularmente caro aos domínios da Lógica³¹¹, que trata precisamente das estruturas dos raciocínios. Todavia, deve-se traçar a distinção

O instituto jurídico regula, através de normas, a mesma causa, ou ‘as mesmas relações humanas, que formam um todo lógico’. É o conjunto de normas ou princípios. Os institutos da mesma natureza, ligados num campo comum da ação, ‘formam o conteúdo de cada ramo do Direito, pois se entrelaçam, compondo um sistema normativo específico’. Ou, a um conjunto de institutos denomina-se um sistema.” (Comentários ao Código Tributário Nacional, vol.2, coord. Ives Gandra da Silva Martins, p.130-131).

310 Tratado de Direito Privado, v.3, p.346.

311 Observa-se que há uma forma lógica própria do sistema jurídico, pois este é formado por linguagem dirigida ao direcionamento das condutas humanas. A Lógica Deontica revela-nos a especificidade da forma jurídica, com estruturas formais peculiares ao Direito, reveladas pela análise sintática da linguagem jurídica. A Lógica Deontica não se confunde com a Lógica Apofântica, cujos modos são o necessário, o contingente e o possível, pois aquela tem suas especificações, manifesta-se nos modos permitido, obrigatório e proibido, que são a tripartição do dever-ser, que não se referem às proposições deonticas. Caso reduzíssemos o modo deontico ao alético, o direito passaria a ser mera previsão, cujas proposições seriam sujeitas aos valores de verdade ou falsidade.

Apesar de haver um paralelismo entre os modos aléticos e os deonticos o modus que afeta o enunciado jurídico é o deontico, o que significa dizer que deve ser a implicação do conseqüente pelo estatuído na hipótese sendo que se a implicação fosse apenas necessária ou impossível, seria supérfluo o ‘dever-ser’, que modalizado estabelece que uma conduta é obrigatória, permitida ou proibida. A causalidade jurídica nasce pela relação de imputação gerada pelo functor ‘dever-ser’, que é neutro quando liga à hipótese à tese do juízo hipotético-condicional e quando modalizado, no contexto de uma relação jurídica, realiza a síntese deontica, pois vincula dois ou mais sujeitos, um na condição de sujeito ativo e outro, na condição de sujeito passivo. (Cf. Lourival Vilanova, Causalidade e Relação no Direito, p.92).Veja-se a tabela de correlação:

Aléticos	tics
))
))
)))

entre a Lógica Formal e Lógica Material. Isto porque, em uma visão contemporânea, a Lógica é estudada como ciência de linguagem, norteadas por regras sintáticas rigorosas e aspecto semântico empobrecido, de forma que os signos apontem para somente um sentido, pois seu objeto são entidades formais que organizam a estrutura do pensamento humano ou o universo das formas lógicas.

A Lógica Formal opera com a substituição de símbolos dos atos de experiência e físicos, pelo procedimento de formalização ou abstração lógica, isto é, parte-se da proposição vestida de significações próprias de uma determinada linguagem, para buscar a estrutura constante que revele o vínculo em que reside o formal, mediante sua substituição por variáveis e constantes lógicas.

A Lógica Material, por sua vez, é analisada sob os ângulos semântico, e pragmático, pois, como toda linguagem, é dotada de plano sintático, plano do semântico e pragmático, que lhe permite ser aplicada a um específico campo do conhecimento. Em outras palavras, permanece o procedimento de formalização, mas variam os objetos, e, conseqüentemente, os métodos que, por sua vez, podem ter técnicas distintas de implantação e operação.³¹²

Na Lógica Material Jurídica, substituem-se as variáveis e constantes lógicas, também denominados por categoremata e sincategoremata, por conteúdos de significação do direito positivo. Assim, por exemplo, a proposição da Lógica Formal “ $p \rightarrow q$ ”, na Lógica Material, poderá assumir a forma “Se prestar serviços, deve ser o pagamento de ISS”, desformalizando-se o esquema puramente simbólico. A Lógica Material pressupõe um “acolhimento ao extralógico, à concreção ontológica do objeto jurídico”³¹³.

312 Como atesta Lourival Vilanova: “Pois bem. A lógica material é a lógica em sua função pragmática e sua função semântica. Todo sistema de símbolos – e a lógica, como qualquer ciência, consta de um sistema de símbolos de linguagem – pode ser considerado, conforme a teoria de Charles Morris, sob três ângulos: I) as relações dos símbolos entre si; II) a relação dos símbolos com os objetos simbolizados; e III) a relação dos símbolos com os que os usam. São, respectivamente, as relações sintáticas, as relações semânticas e as relações pragmáticas. Acantonada em seu próprio domínio, o domínio do formal, a lógica é sintaxe, quer dizer, um sistema de leis que estabelece que combinações de símbolos (implicitamente, que categorias na linha do pensamento da fenomenologia husserliana) conduzem ao sem-sentido, ao contra-sentido e ao sentido formalmente consistente (em desdobramento, analiticamente falso, como ‘A é não - A’, ou, analiticamente verdadeiro, como ‘A é A’).” (O Universo das Formas Lógicas e o Direito, p.14).

313 Lourival Vilanova, “O Universo das Formas Lógicas e o Direito”, p.18.

Feitas todas essas considerações, observe-se que é nesse contexto que deve ser apreendido o significado de “forma jurídica”. O juízo condicional, que conforma a estrutura mínima para que se forme o sentido deôntico completo, possui estrutura formal representada da seguinte forma: $D[f?(S'R S'')]$, que pode ser lida “dada a ocorrência de determinado fato ‘F’, deve-ser a instalação da relação jurídica ‘R’ entre os sujeitos S’ e S’’”.

Assim, há proposição-antecedente que descreve um evento de possível ocorrência na realidade social, que implica uma proposição conseqüente, unidas por nexos de causalidade estabelecido pela vontade da autoridade competente, que é o “dever-ser” neutro ou não-modalizado. Na proposição-conseqüente, há o estabelecimento de relação jurídica, a prescrição de conduta intersubjetiva, proibida, permitida ou obrigatória. Essa é a forma, que veicula os programas condicionais do sistema jurídico.

Saturando-se essa estrutura com termos jurídicos, o antecedente é hábil a selecionar características das condutas que se quer regular, viabilizando o procedimento lógico de subsunção: aí está a “forma jurídica”, no uso que se faz no contexto da interpretação econômica do Direito. A “forma” nessa acepção confunde-se com a hipótese de incidência, como o antecedente da norma abstrata, da qual derivará o procedimento lógico de aplicação do Direito, a qual, se tiver critérios seletivos alterados, alterará a denotação, influenciando na configuração do conseqüente.

Portanto, sob determinada leitura, quando o art.110 do CTN refere-se a “formas jurídicas” como na doutrina do “abuso de formas”, entende-se que se referem ao procedimento lógico de subsunção ou de aplicação do Direito, mais especificamente à operação lógica que subsume determinado evento do mundo real ao antecedente de uma norma, estabelecendo a correlação entre as notas selecionadas na hipótese de incidência com as que são vislumbradas no caso concreto. Em outras palavras, a norma concreta, produto da subsunção, deve

poder se remeter à conotação estabelecida na norma abstrata, sob pena de ofensa à forma.³¹⁴

314 Novamente socorrendo-se do brilhantismo de Lourival Vilanova: “Por mais geral que se exprima uma norma de direito positivo, suas referências são determinadas, significativamente endereçadas.

Ainda que numa linguagem tipificadora descreva hipóteses genéricas de fatos jurídicos, tipos-de-sujeito-de-direito, de objetos de prestações jurídicas, de quadros genéricos de vínculos obrigacionais, sempre há um conteúdo de significação concreta (conotação) nos conceitos de direito positivo, apontando (denotação) para certos fatos do mundo que se tornaram elementos do universo jurídico. Por isso, dizemos que a linguagem que compõe o direito positivo é uma linguagem-de-objetos, uma linguagem conotativa e denotativamente qualificada, feita para o universo da conduta humana.”.(O Universo das Formas Lógicas e o Direito p.19).

CAPÍTULO 6

LIMITES IMPOSTOS PELAS ESTRUTURAS DO SISTEMA JURÍDICO PARA ALTERAÇÃO DE DEFINIÇÕES, CONCEITOS, INSTITUTOS E FORMAS JURÍDICAS – O ART.110 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

6.1.FRONTEIRAS PARA O INTÉRPRETE NO ESTABELECIMENTO DO SENTIDO DA COMUNICAÇÃO JURÍDICA

A natureza intrínseca da linguagem irá repercutir de forma notável na seara da interpretação jurídica. A necessidade de adequação de normas gerais e abstratas a eventos do mundo social aliada à natureza fugidia da linguagem, ou da “improbabilidade da comunicação”, na denominação luhmanniana, poderá gerar aumento da discricionariedade das decisões jurisdicionais.

Todavia, embora essas considerações possam conduzir à idéia de que o processo comunicativo seria fenômeno totalmente incontrolável, tendo como consequência a liberdade absoluta do intérprete para a construção das normas jurídicas, não é essa a premissa que norteia este trabalho. Se por um lado considera-se que não há revelação

de aspectos substanciais do texto jurídico pelo labor interpretativo, por outro, deve-se ter presente as balizas veiculadas pelos horizontes culturais comuns de determinada sociedade, localizada no tempo e no espaço, na qual se insere o sistema jurídico e que lhe serve de contexto³¹⁵.

O Direito, enquanto bem cultural aberto cognitivamente ao sistema social e aos subsistemas sociais, seu ambiente, encampa sua linguagem, seus valores e informações, ao eleger as condutas que visa a regular, sendo inafastável o dado axiológico do sistema jurídico e o contexto no qual se insere.

Na teoria dos sistemas autopoieticos na versão delineada para organismos vivos, as células são sistemas autopoieticos de primeira ordem, enquanto os organismos formados por células, também conformam sistemas autopoieticos de segunda ordem. Esse tipo de construção pode ser empregado de maneira indefinida: por exemplo, uma família, enquanto agregado de organismos vivos, seria sistema autopoietico de terceira ordem e assim por diante.

Mutatis mutandis, nos sistemas que processam sentido, a construção pode ser vislumbrada da mesma forma - há o mundo em seu estado bruto, no qual está inserido o

315 Diz Raimundo Bezerra Falcão: "Tal acontece dentro desse processo de organização do mundo. A fragmentação real e prévia da experiência fica fora da peneira e dos ralos do sentido. Este, ao nascer, já concatenou os fragmentos. E por isso nasceu. Até o corpo humano e os gestos que produz perdem a atomicidade e a 'realidade' de partículas, para se untarem, soldarem-se, no contexto significante. Só então se dá a interiorização, carregada de sentido. O intelecto os organiza, de modo a transmutá-los, fazendo significações. Nessa organização dá-se a multiplicação do sentido, pois cada intelecto organiza o mundo: não sem base estabilizante – por causa da racionalidade, das categorias ou como se ache melhor dizê-lo-, mas com a folga inerente a cada espírito." (Hermenêutica, p.76-77).

E nas palavras de Genaro Carrió "Si los jueces no quieren resolver a las ciegas o en forma arbitraria los casos de la penumbra (que por razones obvias constituyen una importante proporción de los que se litigan), no les basta con conocer a fondo las normas jurídicas y sus fuentes, ni saber armar con ellas estructuras coherentes. Tiene que poseer, además, una adecuada información de hecho sobre ciertos aspectos básicos de la vida de la comunidad a que pertenecen, un conocimiento serio de las consecuencias probables de sus decisiones y una inteligencia alerta para clarificar cuestiones valorativas y dar buenas razones em apoyo de las pautas no específicamente jurídicas en que, muchas veces, tienen que buscar fundamento. Algo semejante se requiere de los juristas que no se resignen a ser meros espectadores de un espectáculo que no entienden. De lo contrario, ni unos ni otros estarán en condiciones de cumplir una función social verdaderamente útil." (El Derecho y su lenguaje, p.60).

sistema social, que por sua vez, contém diversos subsistemas, como o econômico, o político, o jurídico, o religioso. O sistema jurídico, nessa perspectiva, é sistema autopoietico de segundo grau, imerso em outro sistema autopoietico, da sociedade, sofrendo influxos desse e de outros sistemas autopoieticos de segundo grau³¹⁶.

Por essa razão, não há de se perder de vista o esforço de contextualização – as fronteiras para o intérprete no estabelecimento do sentido de uma norma. Mais uma vez consagram-se os conceitos de “texto em sentido estrito” e “texto em sentido amplo”, concebida pelos lingüistas, que se demonstram formidáveis para se tratar do percurso gerador de sentido. A proposição jurídica isolada carece de sentido, pois este somente se produz em referência ao todo e o “todo”, o contexto da dinâmica das interações sistêmicas – operações próprias do sistema jurídico e deste com seu ambiente, pois a parte só adquire o sentido no todo.

Ademais, o sistema jurídico é dotado de memória, no sentido empregado por Raffaele De Giorgi³¹⁷, para quem a “memória” consiste em um modus operandi do sistema, que permite controle contínuo de sua consistência, viabilizando a síntese de todas as transformações e “irritações” a que está sujeito, de sorte a selecionar as que possibilitam conexões que se adaptem a novas situações, atualizando o sistema³¹⁸.

316 Sobre essa interação, manifestou-se Eros Grau: “O direito é mais do que isso. Há de ser visualizado, assim, como instância de um todo complexo. Instância, porém, dotada de eficácia própria, que, no entanto, se manifesta no bojo de uma relação de causalidade estrutural, resultante da interação dela – instância jurídica – com as demais instâncias desse todo complexo.

Se por um lado, o direito interfere na produção, no funcionamento e na produção das relações de produção, reproduzindo-as de maneira deformada, ideologicamente, é certo também, de outra parte, que a sociedade capitalista é essencialmente jurídica e nela o direito atua como mediação específica e necessária das relações de produção que lhe são próprias. Tais relações de produção não poderiam estabelecer-se, nem poderiam reproduzir-se, sem a forma do direito (Poulantzas 1967/160). Em outros termos: a estrutura econômica do capitalismo não existiria se não existisse um direito que supusesse regras gerais e sujeitos abstratos, livres e iguais. O que importa nesse passo é a verificação de que o direito é, sempre, um instrumento de mudança social. O direito é produzido pela estrutura econômica, mas, também, interagindo em relação a ela, nela produz alterações. A economia condiciona o direito, mas o direito condiciona a economia.” (Direito Posto e o Direito Pressuposto, p.41).

317 Direito, Tempo e Memória, p.148-49.

318 Luhmann traça um paralelo com a geração nos sistemas biológicos, em que a procriação e nascimento de organismos não se dá de um processo absolutamente novo, uma “nova evolução presidida pelo acaso”, o que seria excessivamente lento. O nascimento de um novo organismo dar-se-ia por programas seletivos pré-constituídos, estabelecido por regras hereditárias. O Direito, da mesma forma, não acionaria suas estruturas a cada novo caso concreto, mas por um modelo ou programa pré-constituído. (Legitimação pelo Procedimento, p.53).

As operações do sistema jurídico oscilariam entre a memória e as variações do ambiente, convergindo para motivações de decisões a novos casos concretos que possuam fundamentos respaldados pelo sistema. Esse formato de operação permite que haja a transformação dos ruídos do ambiente, em comunicações jurídicas³¹⁹.

Assim, a discricionariedade enquanto a escolha dentre uma das possíveis construções lingüísticas não equivale à arbitrariedade, em que não há motivação para a aplicação de determinada norma a um caso concreto. Há limites para processamento de informações postos pelas estruturas do sistema, que deverão ser observados.

O sistema jurídico operará de forma inconsistente, não dando vazão à complexidade do ambiente, se não processar adequadamente as novas informações, que possam lhe irritar de forma contínua e que gerem constantes desvios de sua memória, ou seja, do controle da variação, como seria o exemplo da produção excessiva de novas normas jurídicas pelo sistema político.

O processo judicial também será marcado pela diferenciação, tendo sempre em mira os limites que o separam do meio ambiente, não sendo, contudo, hermético em relação a ele. Sob a guarida do processo judicial, criam-se instrumentos de seleção, mediante regras e decisões próprias do sistema jurídico, de molde a vedar o transfer automático de informações ou a validade automática de informações advindas do ambiente no sistema jurídico³²⁰.

319 "A interpretação é sustentada por argumentos que, por sua vez, se distinguem porque são dotados ou não de fundamento. Os fundamentos devem ser fundamentados. Para isto, o saber jurídico dispõe de artefatos históricos – os conceitos-, de esquematismos de tipo dogmático, de textos com caráter normativo, de conteúdos de sentido dotados de um alto grau de redundância capaz de orientar a seleção de informações, delimitar o âmbito da pesquisa e evitar inconsistências que possam ser reconhecidas. É aqui, então, que se ativa a memória do sistema, ou seja, se vê, mais precisamente, que o sistema é, ao mesmo tempo, sua memória e o destinatário das operações de sua memória. A memória realiza conexões que dependem de formas de acoplamento flexível entre as informações que podem ser repetidas a partir de outras operações do sistema. Se a redundância é a informação da qual já se dispõe, a informação faltante é constituída de variedade. Ambas se potencializam reciprocamente e a evolução estabiliza formas jurídicas com um potencial combinatório sempre mais alto." (Raffaele De Giorgi, *Direito, Tempo e Memória*, p. 150).

320 Nas palavras de Luhmann: "Como todos os sistemas, os procedimentos jurídicos constituem-se pela diferenciação. Diferenciação não quer dizer isolamento causal ou comunicativo. Os tribunais não são prisões. Trata-se antes de construir para si um ambiente intelectual, de forma que os

Os sistemas parciais da sociedade, como a Política, o Direito e a Economia, produzem comunicações com conteúdo semântico próprio e operações peculiares, que devem ser respeitados na medida de suas limitações estruturais e funcionais, ainda que possam ser e de fato são, sensibilizados pelas demandas do ambiente.

Ainda que os estímulos externos demandem transformações nos sistemas, estes somente poderão evoluir revestidos de clausura operacional, solitários, paralelamente aos outros sistemas, nunca em situação de se imiscuírem. É o que Teubner chama de “co-evolução em isolamento recíproco, num processo de co-evolução ‘cega’ que está fora do alcance do controle do primeiro e que é aparentemente disciplinado pela dupla selectividade da autopoiesis do sistema jurídico e do subsistema regulado”³²¹.

Como exemplo de transformações aptas a gerar a evolução do sistema jurídico, permitindo o incremento de eficácia de seus filtros seletivos, há o aprendizado de magistrados sobre temas econômicos, com intuito de melhor interpretar e adequar normas jurídicas relacionadas, sempre sob o viés jurídico, nunca visando a um “salto” da informação econômica, dentro de suas fronteiras.

As intervenções de um sistema parcial em outro apenas ocorrerão enquanto observação recíproca, entre sistemas fechados operacionalmente e independentes, sendo que qualquer estímulo veiculado pelos acoplamentos estruturais, apenas será válido para o respectivo sistema enquanto comunicação intra-sistêmica.

processos seletivos de elaboração de informações do meio ambiente possam ser orientados por regras e decisões próprias do sistema, portanto, que estruturas e acontecimentos do meio ambiente não sejam automaticamente válidos no sistema, mas sim que só possam ser reconhecidas após filtragem de informações. A diferenciação só pode, pois, ser realizada pelo estabelecimento autônomo do procedimento judicial e avança tanto, quanto as possibilidades do sistema.” (Legitimação pelo Procedimento, p. 53).

6.2. CORRUPÇÃO NA COMUNICAÇÃO ENTRE O SISTEMA JURÍDICO

E OS DEMAIS SUBSISTEMAS

Afirmou-se anteriormente que o código binário é estrutura interna aos sistemas autopoieticos, que realiza o seu fechamento operacional e que atribui valores às comunicações, ao permitir o reconhecimento de suas operações e estabelecer sua unidade.

Nesse modelo, o termo “corrupção” refere-se aos códigos binários, numa situação em que é imposto a um sistema operações que refogem ao seu programa e, portanto, para as quais não é apropriado o código específico, de forma que não consegue responder à demanda, com conseqüências severas à autopoiese.

Os sistemas sociais autopoieticos apenas podem observar o outro como ambiente, não sendo hábeis a observar as operações internas do outro sistema ou a forma como opera suas estruturas seletivas³²². Em outras palavras, um sistema somente pode observar outro sistema através de seu mecanismo de seleção de informações, ou seja, (re)constrói o significado do outro sistema, a partir de si próprio.

Há estado de corrupção, por exemplo, quando se verificam fenômenos como o da politização do Judiciário, quando o sistema político irrita o sistema jurídico com pretensões em relação às quais, nem seu código ou programa foram concebidos para processar. Vivemos em um período histórico em que o ambiente altamente instável e alto grau de complexidade passam a gerar intensa pressão sobre o sistema jurídico, conseqüentemente, aumentando-lhe a pressão interna. Em decorrência do aumento de sensibilidade, há geração de instabilidade.

322 “System A will depend for successful communication not only upon its own selectivity (that is its selection of meanings from those available to it) but also upon the selectivity of the other system, B. The problem is that the only way that system A can observe (or ‘understand’) system B is through its own (A’s) selectivity. The same is true of B’s observation of A. Each system then constructs its relationship to the other from meaning that is available exclusively to itself.” (Michael King e ot., Niklas Luhmann Theory of Politics and Law, p.30).

Se por um lado os acoplamentos estruturais viabilizam a realização da heterorreferência dos sistemas, por outro, podem dar ensejo à intromissão de um sistema em outro, desvirtuando o código e programa com o qual operam, em afronta à autopoiese.

O Direito pode deixar de conhecer a causalidade/impulso exterior não previsto no sistema, porém, posteriormente, deverá se ajustar às pressões, como por exemplo, ao não perseguir delitos ou não executar sentenças dos tribunais relativas a delitos de menor potencial ofensivo, em prol de um valor jurídico maior, como o de evitar distúrbios. Todavia, nunca se pode olvidar que da aprendizagem, podem advir sinais de alarme.

O sistema jurídico exposto freqüentemente às intromissões de outros sistemas, como o econômico ou político, opera em estado de corrupção, reconhecendo estímulos estranhos por suas normas, porém não sendo capaz de resistir à pressão³²³.

Nas situações limites, em que houve exposição contínua ao estado de corrupção, o Direito apenas opera como sistema de forma ocasional e desconexa e, em caso extremo, já não se pode falar em fechamento operativo e da aprendizagem cognitiva. O ambiente produz efeitos destrutivos ao sistema, a partir do momento em que possa interferir na operação de autopoiese³²⁴.

Os códigos e programas de determinado subsistema social são ininteligíveis para outro, de sorte que a informação externa apenas possa ser apreendida por seu código e programa peculiar. A autonomia dos subsistemas impõe que não haja interferência em sua operação, respeitando-se códigos e programas, que são insubstituíveis, ie, um sistema autopoietico não pode operar por outro, sob pena de se ingressar em processo de entropia, que conduzirá à ruptura.

323 El Derecho de la Sociedad, p.137-138.

324 Luhmann afirma que a autopoiese é um princípio bastante robusto no direito, na sociedade e na vida porque pode prosseguir ou parar, embora admita que possa haver destruições parciais ou perdas momentâneas, que não chegam a gerar a ruptura da autopoiese.

Esse entendimento não se imiscui com valores ou desvalores, porque relativo às engrenagens do sistema. O exemplo dado é o do nazismo, em que Hitler suspendeu artigos constitucionais, exonerou juízes contra o sistema, editou leis com novos conteúdos, promovendo uma mudança de orientação dentro do sistema jurídico e da possibilidade da realização autopoiética dessa mudança. Não estavam permitidas intromissões políticas ao sistema jurídico³²⁵.

O processo de absorção de inseguranças no comércio dos sistemas mantém incólume a autonomia, tudo dependendo da rede recursiva dentro da qual o conhecimento é reconhecido como aplicável, sempre se tendo em vista que as cognições heterorreferenciais são operações internas do sistema.

No caso de pluralidades de valores tutelados pelo texto constitucional, o sistema jurídico possui mecanismos para dirimir tais conflitos, com mecanismos internos, nunca buscando critérios fora do próprio sistema: parte-se do Direito e regressa-se ao Direito, em operação de caráter tautológico e circular.

Observe-se que a distinção entre normativo/cognitivo é distinta da sistema/ambiente - às vezes o Direito pode reconhecer a simples existência das normas no ambiente, enquanto em outras, processar cognitivamente as informações.

Sistema e ambiente existem simultaneamente e o sistema alcança a liberdade de "mudança de direção" (mudança do centro gravitacional) da auto-referência em direção à heterorreferência, ou vice-versa, mediante a internalização dessa diferença. O problema de uma decisão correta pode estar relacionado, às vezes, com a determinação dos fatos, outras, com a interpretação das normas.

O sistema pode oscilar de operação em operação, entre a referência interna, auto-referência e a externa, heterorreferência, sem nunca desbordar os seus limites. A auto-referência e a heterorreferência devem efetuar-se conjuntamente, na forma do fechamento operativo para que seja possível a abertura cognitiva.

325 El Derecho de la Sociedad, p.138-139.

O sistema jurídico é o órgão que a sociedade lança mão para dar forma jurídica às concepções mutáveis do mundo, mas a autopoiese não se bloqueia com isso, perdurando de outra forma. Portanto, abertura e fechamento nas interações com o meio envolvente são condições sine qua non para a manutenção do sistema autopoietico.

Sobre essa forte pressão do ambiente a que se submete o sistema jurídico, pode-se concluir que a autopoiese apenas será mantida, se, ao invés de sucumbir a pressões ambientais, erigindo formas ilegais e simplistas de absorção das irritações ambientais, desenvolver técnicas de seleção de informações ou filtros mais eficazes, que podem lograr êxito ou não, mas que devem continuamente serem tentadas para estancar o processo de entropia³²⁶.

6.3. INTERFERÊNCIAS DE SUBSISTEMAS SOCIAIS NO SISTEMA DO

DIREITO

6.3.1 INTERFERÊNCIAS INTERSISTÊMICAS POR COMUNICAÇÕES

CORROMPIDAS

No capítulo 3, afirmou-se que a linguagem do sistema jurídico é especializada, isto é, é linguagem artificial, em que são mesclados enunciados de cunho científico e

326 Nas palavras de Luhmann: "The system may select, condense, confirm, change, or forget structures – but all this is a way to continue its own autopoiesis. Of course this does not prevent destruction, but it goes on as long as it goes on. If a system can organize structural changes, it can increase its adaptative capacity, but also maladaptation. Under a condition of sufficient complexity, a system can differentiate procedures for changing structures, and structures for organizing procedures for changing structures. This all requires and uses the type of operation that produces and reproduces the unity of the system." (Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of Legal System, p.1440).

proveniente de outros subsistemas sociais, com alta incidência de linguagem ordinária, pois provém do Poder Legislativo, de composição heterogênea, fruto do regime democrático de representatividade política, além de ser dirigido a todo o sistema social, devendo ser de fácil compreensão³²⁷.

Em outras palavras, a linguagem jurídica é camada de linguagem artificial destacada da linguagem natural, que compõe as operações de comunicação do sistema jurídico, cuja função específica é a regulação dos comportamentos intersubjetivos, sendo o sistema jurídico, subsistema social.

Destarte, tendo-se em vista que a linguagem ordinária se apresenta repleta de imprecisões significativas, como a vagueza e a ambigüidade, sendo marcada pela flexibilidade de formas e espontaneidade, configurando-se como intensa no plano pragmático, com frouxa estrutura semântica, dá-se ensejo a interferências intersistêmicas no momento de aplicação das normas jurídicas. Reitere-se que a linguagem jurídica sempre será redutora de complexidades, pois selecionará os caracteres que sejam relevantes para os sujeitos do processo de comunicação – a curva assintótica determina que nunca se tocarão o ser e o dever ser.

Ademais, atua em irritação recíproca com os demais subsistemas sociais por acoplamentos estruturais, sendo por eles estimulada, de forma que as linguagens

327 Nas palavras de Karl Larenz³²⁷“Que o significado preciso de um texto legislativo seja constantemente problemático depende, em primeira linha, do facto da linguagem corrente, de que a lei serve em grande medida, não utilizar, ao contrário de uma lógica axiomatizada e da linguagem das ciências, conceitos cujo âmbito esteja rigorosamente fixado, mas termos mais ou menos flexíveis, cujo significado possível oscila dentro de uma larga faixa e que pode ser diferente segundo as circuntâncias, a relação objectiva e o contexto do discurso, a colocação da frase e a entoação de uma palavra. Mesmo quando se trata de conceitos em alguma medida fixos, estes contêm freqüentemente notas distintivas que, por seu lado, carecem de uma delimitação rigorosa.”

E mais adiante:“Nos domínios em que cada um entra em contacto com o Direito, seja, por exemplo, nos negócios do dia-a-dia, os termos da linguagem jurídica são parte integrante da linguagem geral, mesmo quando se utilizem nesta última com menor precisão. Por esta via toda e qualquer pessoa tem acesso imediato ao mundo do Direito, de que necessita para orientar-se no mundo social a que, justamente, pertence também a presença da ordem jurídica. Por este motivo, a linguagem das leis não pode afastar-se tanto do uso lingüístico geral como ocorre com a linguagem de algumas ciências. A linguagem jurídica é um caso especial de linguagem geral, não é uma linguagem simbolizada, completamente desligada dela. Isto tem como conseqüência, como já repetidamente sublinhamos, que não é capaz de alcançar a exactidão de uma linguagem simbolizada, de maneira que seus termos continuam a necessitar de interpretação.”, (Metodologia da Ciência do Direito, p. 439 e 451).

especializadas dos outros subsistemas, observados os condicionamentos sistêmicos próprios, interferem no sistema jurídico, sendo o contrário verdadeiro.

Assim, a linguagem jurídica, além de se apropriar da linguagem natural, também o faz em relação a linguagens especializadas de outros subsistemas sociais que, por sua vez, também se nutrem da linguagem ordinária. Entretanto, mesmo nesses casos nos quais a linguagem natural já foi objeto de processamento por um subsistema social, nem por isso o mecanismo de duplo ingresso do sistema jurídico deixa de operar, pois ao se utilizar de um termo de uma linguagem técnica, redefinirá o termo, diante de sua própria perspectiva³²⁸.

Em todos esses casos, mesmo de conceitos provenientes de outros subsistemas sociais, não haverá identidade de conceitos³²⁹, pois estes irão cambiar, consoante as necessidades estabelecidas pela função de cada um dos subsistemas, que em virtude disso, irá selecionar as notas que melhor se prestem aos fins.

Não obstante, embora o sistema jurídico possa estabelecer critérios de conotação que se adequem às suas próprias operações, deve observar um núcleo duro de significação ou significado de base, até mesmo porque, do contrário, não faria sentido o legislador buscar tais ou quais conceitos do exterior, visando a alcançar determinada extensão,

328 Conforme observou Eduardo Pugliese Pincelli: "Isso não significa afirmar que se deva prescindir das definições de renda produzidas pelas teorias econômicas e contábeis, bem como dos critérios de uso da palavra proventos na linguagem ordinária. Afinal, como ensina PAULO DE BARROS CARVALHO, o direito se expressa por uma linguagem técnica, ou seja, se assenta no discurso natural, mas aproveita muitos termos de cunho determinado, pertinentes aos mais diversos campos científicos. A palavra renda, por exemplo, foi construída pela ciência econômica, enquanto o vocábulo proventos, de há muito serve a ciência das finanças públicas. Portanto, qualquer estudo sobre a definição do conceito de renda e proventos, no domínio do direito positivo, deve partir dos critérios de uso produzidos pela Economia, pela Ciência das finanças e pela Contabilidade, sem desconhecer os demais usos consagrados pela linguagem ordinária, por mais imprecisos e ambíguos que sejam seus termos." (Definição de Renda e Proventos de Qualquer Natureza a Partir da Constituição da República de 1988 e sua Influência na Leitura do CTN e na sistemática Geral de Tributação dos Não-Residentes, p.138).

329 Como ilustra, novamente, Eduardo Pugliese Pincelli: "Mas a identidade é bastante difícil, na medida em que cada ciência pretende ressaltar alguma característica que considere importante, constituindo assim, um conceito econômico de renda, um conceito contábil de renda e, por igual modo, um conceito jurídico de renda". (Definição de Renda e Proventos de Qualquer Natureza a Partir da Constituição da República de 1988 e sua Influência na Leitura do CTN e na sistemática Geral de Tributação dos Não-Residentes, p.139).

já que há opção de construir novos conceitos.

A problemática do extravasamento do alcance do sentido dos conceitos, definições, institutos e formas jurídicos, relaciona-se também à verificação de quais variáveis – econômicas, políticas ou outras quaisquer - irão interferir no âmbito das zonas de incerteza da linguagem, onde há legítimas dúvidas quanto ao ingresso ou não na denotação de um determinado conceito. As interferências de outros subsistemas nas zonas de incerteza da linguagem do direito positivo, geram comunicações que não podem ser processadas pelas estruturas do sistema.

Ademais, ao enfrentar os ruídos gerados pelas interferências intersistêmicas, uma das formas mais comuns de reação do sistema jurídico é a criação de programas que possam se adequar à demanda que se apresenta, às custas de alto grau de indeterminação em sua linguagem, gerando operações circulares viciosas, que, de forma crescente, aumentam o nível de desordem no sistema.

Portanto, não se trata aqui da satanização das demandas provindas de outros sistemas, como o econômico. Ao contrário, o ponto de partida foi justamente a negação de uma visão exclusivamente intra-sistêmica do Direito, para incluir o dado ambiental como inarredável, pois a abertura cognitiva permite que o sistema perdure, adaptando-se ao ambiente. Trata-se de afastar o dado extrajurídico, como irritação que transpõe as fronteiras do sistema jurídico, sem observância de seu código binário e programas. Ainda que uma irritação ingresse com a falsa aparência de comunicação jurídica, se não puder ser processada pelo código lícito/ilícito e não estiver em conformidade com o direito positivo, será ruído e não comunicação.

Alfredo Augusto Becker³³⁰ traz exemplo extremamente elucidativo, dado por Vittorio Berliri, sobre como se dá a interferência no sistema jurídico, sem passar pela filtragem, portanto, gerando ruídos nas comunicações (grifos do autor):

330 Teoria Geral do Direito Tributário, p.124.

“Mas dizer a priori e como regra geral, que – só porque a justificação do imposto é a existência de uma determinada capacidade contributiva – uma empreitada que produza efeitos econômicos análogos aos da venda deve, só por tal circunstância, ser tributada como venda porque demonstra uma igual capacidade contributiva, seria quase como dizer que um gato soriano deve ser considerado como um cão, para os efeitos da aplicação do imposto sobre cães, unicamente porque o imposto sobre cães é um imposto direto que percute a capacidade contributiva, e a posse de um gato soriano demonstra uma capacidade contributiva não menor que a demonstrada pela posse de um cão felpudo. É claro que um tal esquema lógico de raciocínio pode ser autorizado e concludente no plano econômico-financeiro, contudo é inadmissível no plano jurídico.”

Pode-se reverter esse processo de entropia pela observância das estruturas do sistema jurídico, em seu processo de adaptação a estímulos do exterior. Com base no modelo construtivista da linguagem, o sistema jurídico, constituído de comunicações jurídicas, irá construir suas próprias realidades, no sentido de que toda a informação transposta do ambiente, será processada de acordo com filtros próprios, que o verterá em comunicações jurídicas³³¹.

331 Nas palavras de Teubner³³¹: “As comunicações jurídicas constroem a ‘realidade jurídica’ no chamado tipo ou hipótese legal de uma norma jurídica. Os elementos típicos ou facti-species normativos incorporam distinções intrinsecamente jurídicas, permitindo assim ao sistema jurídico produzir suas próprias categorizações. Desse modo, nos actos legislativos, o direito como que ‘inventa’ o seu próprio meio envolvente. O processo de subsunção jurídico-normativa de um determinado estado de facto não consiste num processo de transladação de informação procedente da envolvente para o sistema jurídico e de comparação com o material já aí existente, mas traduz-se antes num processo de relação recíproca entre as duas operações sistêmicas internas diferentemente estruturadas: a elaboração hermenêutica do tipo legal da norma e a elaboração fáctico-analítica dos dados de facto. Ora, a operação pela qual um determinado quid concreto é constituído a partir de uma colecção de ‘factos em bruto’ (‘hard facts’) corresponde já a uma reconstrução interna pelo direito de sua própria realidade social envolvente.(...) A influência procedente do mundo exterior consiste apenas na estimulação desses processos internos de selecção.”(Direito como Sistema Autopoiético, p.157-8).

6.3.2 IMPRESCINDIBILIDADE DO FECHAMENTO

A idéia fundamental do conceito de sistema autopoietico impõe a observância de uma série de condições para o funcionamento dos sistemas, que, não observados, rompem com a própria autopoiese.

A realidade demonstra que, em sua dinâmica de funcionamento, a relação entre os sistemas dista de ser sincrônica, estando sujeita a toda sorte de interferências, que são ocasionadas especialmente nos casos em que comunicações são objetos de mais de um sistema jurídico ou que um indivíduo atue em diversos sistemas simultaneamente³³².

Um evento considerado ineficaz, sob o prisma econômico, poderá chegar aos portais do sistema jurídico sob a forma de uma demanda judicial dos operadores econômicos. Da mesma forma, uma demanda de determinado setor político poderá ser viabilizada normativamente, por meio de produção legislativa que veicule essas informações transcodificadas pelo sistema jurídico, de forma que este possa evoluir, transformando os ruídos gerados por essa demanda, em ordem interna³³³. Cada sistema reagirá

332 Nesse sentido é a análise de Gunther Teubner sobre as relações entre sistema jurídico e sistema econômico: "Os subsistemas não coexistem de modo separado, como se encontrassem lado a lado, mas interferem mutuamente em, pelo menos, dois aspectos possíveis: uma comunicação participa simultaneamente em vários circuitos autopoieticos e uma pessoa actua em contextos sistêmicos diferentes. Um terceiro e ainda indefinido domínio de interferência – o 'entrecruzamento' entre o subsistema funcional e sociedade – poderá ser provisoriamente designado como interferência estrutural ou sistêmica. A consequência de tais interferências não consiste, como FRANKENBERG erroneamente assume, em que uma mão invisível guia a relação harmoniosa entre os mundos interno e externo, mas antes em graves conflitos entre informação e interferência, ou seja, em as descrições intra-sistêmicas do mundo exterior entrarem em choque com as operações sistêmicas reais junto do respectivo meio envolvente. Note-se que não se trata aqui de um mero conflito 'acadêmico' entre as diferentes auto e heterodescrições (vg., a questão de saber se a imagem da economia apreendida pelo direito corresponde à imagem que a economia tem dela própria), mas do conflito mais complexo entre o modo como o meio envolvente é construído no interior do sistema (a imagem que o direito tem da economia) e as operações que têm lugar nos sistemas envolventes, por seu turno, autopoieticamente fechados (processos económicos reais)." (O Direito como Sistema Autopoietico, p.207-208).

333 Observe-se que, para Teubner, o processo judicial seria o único meio hábil a permitir a adequação do sistema jurídico às demandas de outros subsistemas sociais, sem romper com a homeostase do sistema jurídico: "Trata-se, sem dúvida, de uma forma de regulação extremamente indirecta, consistente em influenciar processos de co-evolução sistêmicos através do aumento deliberado das possibilidades de variação dentro do sistema jurídico. Boa ou má, a verdade é que esta é a única que verdadeiramente respeita a natureza autónoma auto-referencial do sistema jurídico, que, por definição, nos ensina que este só poderá afinal regular outros subsistemas sociais regulando-se a si próprio." (O Direito como Sistema Autopoietico, p.165).

a estímulos provocados pelos outros a partir da sua própria perspectiva – a Economia, através do código referente aos preços; a Política, pelo código de poder; o Direito, pela legalidade³³⁴.

A diferenciação de um sistema é consistente em seu código e programa, responsáveis pela clausura operacional e abertura cognitiva, respectivamente. Nesse contexto, a situações de interferências sistêmicas, o sistema jurídico poderá reagir nessas duas frentes, tentando absorver o ruído pela incorporação das descrições do sistema interferente como se suas fossem; ou poderá flexibilizar o máximo possível seus programas, adaptando-o às operações do sistema interferente.

Na incorporação de auto-descrições de outros sistemas, é novamente Teubner que ensina que não será possível a manutenção da estabilidade do sistema, pois, em situações limites, de reiteradas operações como as que tais, que equivalem à incorporação de código estranho em suas operações, há desintegração do sistema, rompida a diferenciação.

No caso da adaptação de programas jurídicos às reiteradas interferências de outros subsistemas, algo semelhante ocorreria, em virtude do alto grau de indeterminação que assumiriam, no intento de atendimento às demandas externas³³⁵.

334 "A economia, por exemplo, reconstrói a 'sociedade' através da linguagem dos preços; ela interpreta o 'direito', não em termos de código de orientação imperativa das condutas, mas sim integrando-o nos seus cálculos como mais um factor de custo (montante e probabilidade das sanções. A política reconstrói o seu o seu 'público' através da linguagem do poder. O direito reconstrói a sua 'realidade jurídica' através da distinção binária legal/ilegal. E assim por diante." (Gunter Teubner, *Direito como Sistema Autopoiético*, p.207).

335 Nas palavras de Teubner: "Existiria porventura uma possibilidade de o sistema evitar uma ressonância catastrófica: ele poderia procurar variar as suas próprias observações, fazendo incorporar as auto-descrições dos sistemas envolventes na sua própria descrição intra-sistémica desses sistemas. Mas isso conduziria, por via de regra, tão só a um novo problema. Incorporar de forma constante um código externo nas próprias operações internas do sistema significaria a desintegração do sistema ele mesmo. Por esta razão, resta uma escapatória ou compromisso insatisfatório, que pressupõe uma clara separação entre código e programa sistêmicos: o de deixar intacto o código do próprio sistema mas adaptar o seu programa às auto-descrições do outro sistema, enquanto tal se mostrar compatível com aquele código. Todavia, o preço desta solução consiste em tornar o programa sistémico altamente indeterminado, já este se deve assim simultaneamente adaptar às exigências da envolvente social e manter-se compatível com o código sistémico – o que apenas permitirá adaptações ad hoc a situações particulares, sem qualquer pretensão de universalidade." (*Direito como Sistema Autopoiético*, p.209).

Em outros termos, regra geral, as pressões ou interferências exercidas pelo sistema econômico e político sobre o sistema jurídico, acarretam a geração de comunicações fundadas em critérios extrajurídicos, em detrimento dos princípios da segurança jurídica e da legalidade.

6.3.3 IMPRESCINDIBILIDADE DA ABERTURA

Não se deve olvidar que os sistemas autopoieticos são abertos cognitivamente ao ambiente, dependendo a sua própria existência enquanto sistema das trocas que mantém com seu entorno: se há sistema, deve ser pressuposto o ambiente, porque a idéia de sistema é assentada na dicotomia sistema/ambiente.

Destarte, entende-se que para a manutenção da homeostase sistêmica, a noção da necessidade da interação com o meio, que se dá através dos acoplamentos estruturais é tão importante quanto a vedação de interferências ou ruído nas comunicações mantidas entre subsistemas e o ambiente. Isso porque numa sociedade de alto grau de complexidade, muitas vezes os programas e códigos de determinado subsistema social não são suficientes para o desempenho de sua função, devendo recorrer a prestações de outros subsistemas³³⁶.

Observe-se que, para este autor, esse estado de interferência é uma fatalidade do nível de complexidade que sociedade atual alcançou – a perda da consistência interna, aumento de casuísmos e crescente especialização de áreas, são produtos da necessidade de convivência do sistema jurídico com outros sistemas: “O programa é determinado parcialmente por considerações gerais relativas aos respectivos efeitos, por considerações políticas e por critérios de eficiência econômica, sendo porém, subordinado ao código jurídico, tratado como direito válido e convertido numa decisão à luz da distinção ‘legal/ilegal’. O resultado deste compromisso precário consiste num aumento dramático da indeterminação do direito. Mas este é o preço a pagar pelo direito, se este quiser ter uma possibilidade remota de sucesso no tratamento das interferências entre esferas sociais autônomas.” (Direito como Sistema Autopoietico, p.211).

336 Conforme se depreende da lição de Luhmann: “Para la economía, por ejemplo, se plantea (por parte del entorno social) com una urgencia creciente el problema de lo recursos finitos. La duración de casi todos los materiales y fuentes de energía que son utilizados em la actualidad es limitada. La tendencia dominante parece ser el traducir este hecho al lenguaje de los precios y costes. El que esto no siempre funciona puede verse en los precios del petróleo (ahora no son demasiado altos, sino que antes estaban demasiado bajos!). Pero a partir de ahí habría que preguntarse se el lenguaje del medio dinero ofrece em general una adecuada forma de expresión y reacción frente a este problema de la escasez; si el problema, al menos para la economía puede ser resuelto mediante la consideración de costes de oportunidad; si la distribución de los fines del gasto puede dejarse

Afirma Luhmann³³⁷ :

“La investigación actual, en cambio, ha llegado a la conclusión de que los sistemas altamente complejos aumentan, al mismo tiempo, la autonomía (si es que se permite usar así este concepto) y la dependencia. Sólo así se hace posible explicar por qué los sistemas político, económico, del derecho, son altamente dependientes e independientes con respecto al entorno: se sabe de las dificultades de la política cuando la economía no florece; o las dificultades de la economía cuando la política no puede ofrecer, mediante regulaciones de derecho, seguridades....”

Nesse contexto, a função específica seria realizada pelo código e programas do sistema social, enquanto as prestações configuram-se pela necessidade de determinado subsistema realizar função específica de outro subsistema, sem que haja ofensa à autonomia do primeiro. Como por exemplo, quando no âmbito do sistema educacional necessita-se da produção de decisões vinculantes, função específica do sistema político, em prol da garantia política pela supervisão curricular dos conteúdos do processo educativo³³⁸.

Os questionamentos surgem dessas situações, nas quais devem ser estabelecidos quais são suas causas e quais os limites para as prestações, de sorte que haja compatibilidade entre funções específicas e prestações.

A referida compatibilidade, segundo Luhmann, somente será possível se os meios de comunicação do subsistema emissor do estímulo puderem ser adaptados às estruturas do receptor. Considerando-se que não há sistema que cumpra a função de

unicamente en manos de los mecanismos del precio, etc. Si esto no suscita dudas, aparecen entonces las cuestiones relativas a intervención política en la economía, que deben ser respondidas de un modo totalmente independiente de la cuestión relativa a si la economía puede o debe planificarse por si misma, o las viejas discusiones sobre capitalismo y socialismo.” (Teoría política en el Estado de Bienestar, p.87-88).

337 Introducción a la teoría de Sistemas, p.95.

338 Teoría Política del Estado de Bienestar, p.95.

ser a instância superior apta a controlar os limites das prestações entre os sistemas, o único mecanismo do qual um sistema dispõe para a garantia da autonomia, é precisamente operar sua função específica, ainda que eventualmente necessite de meios de comunicação de outros subsistemas³³⁹. Para além disso, as interferências que extrapolem os limites das estruturas de determinado sistema, causarão corrupção.

6.3.4 CORRUPÇÃO NAS COMUNICAÇÕES ENTRE O SISTEMA JURÍDICO E

O POLÍTICO

O sistema político tem a função específica trazer à sociedade decisões politicamente vinculantes, relacionadas com a utilização do poder e, para tanto, seu código será expresso em poder / não poder, que se prestarão a realizar a função de tomada de decisões vinculantes da sociedade, enquanto seus programas serão os político-eleitorais.

Observa-se que há grande dificuldade em se identificar como ocorre o acoplamento estrutural entre o sistema político e jurídico. Destarte, ambos conduzem suas operações com observância ao direito positivo, têm seus princípios inscritos no texto constitucional, além de possuírem prerrogativas de lançarem mão de atos coercitivos³⁴⁰, a ponto de os teóricos dos sistemas abertos conceberem o sistema jurídico como subsistema do político, por não distinguirem com clareza suas funções.

De qualquer sorte, o sistema jurídico acopla-se ao sistema político pela Constituição, que é vista sob recortes totalmente distintos em um e outro sistema: para o primeiro, trata-se do mais relevante diploma normativo do direito positivo; para o segundo, trata-

339 "En los sistemas hay, por decirlo en otros términos, garantías de autonomía 'naturales', que el sistema político trata de influenciar mediante decisiones vinculantes. Esto no quiere decir que tales sistemas cumplirían sus funciones de modo óptimo sin prescripciones políticas; pero sí, que a estos efectos dependen medios de comunicación y de otros mecanismos efectivos que no están a la disposición del sistema político, en sí mismo especializado en su propia función." (Teoría Política del Estado de Bienestar, p.96).

340 Celso Campilongo, o Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial, p.84 e ss.

se de um instrumento político.

São assimétricas as relações estabelecidas entre sistema jurídico e sistema político, pois a racionalidade que irá nortear o primeiro será a da “justiça corretiva” ou “procedimental”, isto é, entre as partes e observando a forma para se alcançar a decisão. No mesmo sentido aristotélico, a racionalidade do segundo, sistema político, será a da “justiça distributiva”, uma vez que seu vetor é a inclusão, operando, portanto, com critérios seletivos mais flexíveis e abrangentes.

Das relações mantidas entre sistema político e sistema jurídico poderá advir ruído e corrupção, pois, como ensina Celso Campilongo³⁴¹, o código e programa condicional do sistema jurídico possuem características distintas daquelas atribuídas ao sistema político, cujo vetor é a inclusão. Se em determinada hipótese houver ruído nas comunicações geradas pelo sistema político, haverá repercussões no sistema jurídico, gerando situações de “politização do Judiciário”, ao mesmo tempo em que há “juridificação da política”.

Nesse sentido, uma das causas é o paradoxo que norteia as operações do sistema jurídico, qual seja, o dogma da unidade e completude do ordenamento, do qual deriva a proibição do non liquet, (ou a proibição aos órgãos sistêmicos de aplicação do Direito de se furtar de julgar qualquer conflito de interesses que chegue à sua apreciação), conduz a um maior grau de liberdade aos órgãos jurisdicionais. A obrigação de julgamento de todas as demandas que cheguem ao Judiciário, sem exceção, viabiliza o fechamento operativo do sistema jurídico, ao mesmo tempo que, causa a abertura cognitiva, pois o juiz recorrerá à discricionariedade e a padrões subjetivos, quando se deparar com hipóteses de lacunas normativas, por exemplo.

Assim, o sistema político irá produzir contínuas pressões, mediante mecanismo

341 “O direito sob a forma de programas condicionais (regras e procedimentos), e a economia, sob a forma de dinheiro, operam com códigos, técnicas e âmbitos decisórios muito diversos daqueles do sistema político. A política atua com a lógica da inclusão generalizada. O direito e a economia não podem adotar a mesma estratégia. Desconhecendo ou não conferindo a devida importância a seus limites estruturais, isto é, incapaz de se auto-observar, o sistema político perde o controle de suas operações e passa a pedir e a oferecer aos demais subsistemas prestações impossíveis de serem satisfeitas. Inúmeros problemas de politização do Judiciário e de juridificação da política, como se verá adiante, podem ser explicados e têm origem exatamente nesse contexto.” (Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial, p.75).

de produção legislativa exacerbada, que não logram serem prontamente processadas, convergindo em atribuição de maior poder ao centro do sistema jurídico, que por imposição da condição do próprio fechamento, não poderá deixar de proferir decisões. Há aumento de variedade interna, sendo necessária a manutenção da redundância³⁴². Esse mecanismo redundante no fenômeno de “politização do Judiciário”.

Os mesmos efeitos são produzidos pelos programas gerados no âmbito do Welfare State, que são revestidos de alto grau de abertura cognitiva, precisamente porque seus programas são voltados para o futuro, provocando “hiperssocialização do direito”, demandando “recursos cognitivos excessivos e inatingíveis” para o Judiciário, gerando desequilíbrios nas trocas entre o sistema jurídico e o ambiente³⁴³.

Uma outra situação de corrupção das comunicações é a das “Constituições simbólicas”, em que o texto constitucional serve apenas a políticas simbólicas, uma vez que o sistema jurídico não é suficientemente fechado, deixando que o subsistema político interfira diretamente em suas operações. Embora o sistema político demonstre ser limitado e irritado pelo jurídico, mantém as efetivas relações de poder camufladas no interior do sistema.

6.3.5 CORRUPÇÃO NAS COMUNICAÇÕES ENTRE O SISTEMA JURÍDICO E O ECONÔMICO

A Economia é sistema autopoietico dotado de códigos e programas específicos: o código é ter/não ter e os programas concernem ao custo e benefício das operações, que sofrem os influxos do mercado. Seu meio de comunicação é simbolicamente gene-

342 “This means, using the terminology introduced above, that the variety of the system increases and that the maintenance of redundancy becomes a problem. New forms must be introduced – perhaps as a consequence of the systems’ mutual appreciation.”. (Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, p.411).

343 Celso Campilongo, *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*, p.92.

realizado pelo dinheiro, que permite que se estabeleça a rede recursiva de comunicações do sistema econômico (interligando pagamentos).

Em virtude de sua função, não é possível que as demandas sejam atendidas automaticamente pelo sistema jurídico e vice-versa. O sistema econômico faz a distinção entre aqueles que têm e aqueles que não têm acesso a alguns bens, como o dinheiro e serviços, visando a operações lucrativas. A distinção feita pelo sistema jurídico concerne ao que é legal e ilegal, visando à consistência em suas decisões.

O exame da propriedade e das obrigações permite cortes jurídicos e cortes econômicos, de sorte que o acoplamento estrutural torna operações do sistema econômico em irritações no sistema jurídico e vice-versa, sem que se afete o fechamento de cada qual. Transações no sistema econômico e contratos, no sistema jurídico.

Contudo, se não houver mediação pelo correspondente acoplamento estrutural, ocorrem comunicações jurídicas corrompidas, decorrentes de interferências do sistema econômico, gerando estado de entropia no sistema jurídico³⁴⁴.

O exemplo dado por José Reinaldo de Lima Lopes³⁴⁵ é o da Medida Cautelar na Ação Direta de Constitucionalidade n. 9-6, em que se discutiu a sobretarifa de energia elétrica para usuários que superassem as metas de consumo, cuja arrecadação seria destinada a um bônus aos usuários que superassem a meta de poupança. A discussão dos Ministros levou em conta o conceito tributário de tarifa enquanto contraprestação de serviço e da tarifa como fator de redistribuição dos custos, que racionalizaria o sistema de fornecimento de energia elétrica.

344 Como bem explicita Luhmann: "A differentiated money economy makes high (and this is crucial!) unpayable demands on the law. In order to make the economy possible in the form of its own autopoiesis, law has to fulfil its own function, not that of the economy effectively. Law must not belong to the type of goods or services that can be bought in the economy system. Otherwise there would be a vicious circle in the use of money, and the conditions which make money transactions possible would have to be transacted and paid for in their own right." (Law as a Social System, p.391).

345 Raciocínio Jurídico e Economia, 160 e ss.

Consoante as premissas desse trabalho, embora se considere a demanda econômica como necessária, não logrará obter prestação do sistema jurídico, se não observar as estruturas de seu fechamento operacional.

6.3.6 INTERFERÊNCIAS SISTÊMICAS NO DIREITO TRIBUTÁRIO

As interferências exercidas pelo sistema econômico e político sobre o jurídico, sem intermediação pelo mecanismo de acoplamento estrutural, acarretam comunicações fundadas em critérios extrajurídicos ou corrupção no sistema, em detrimento dos princípios da segurança jurídica e da legalidade. Nesse sentido, inexorável o fechamento operacional para a manutenção dos limites do sistema em relação ao ambiente.

Por outro lado, o alheamento do sistema jurídico, ignorando as irritações advindas de seu meio envolvente, também afetarão a sua homeostase, pois a falta de adaptação de seu código e programa às questões sociais, abala a realização da função de garantia das expectativas normativas.

O ramo didático do Direito Tributário é coalhado de exemplos dessas interferências, mormente por se tratar de área do Direito responsável pelo fundamental acoplamento estrutural com a Economia: os tributos perfazem acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e o sistema econômico. No entanto, enquanto no primeiro a comunicação é norteadada por todo um feixe normativo, depreendido das normas do Sistema Tributário Nacional, impressas no texto constitucional, no segundo, será relevante a expressão pecuniária em relação às finanças estatais.

No caso do sistema político, o tributo pode ser analisado como uma decisão coletiva da sociedade, que, mediante as Casas Legislativas, entendem que determinadas manifestações de riqueza ou capacidade econômica deverão ser oneradas, em prol do bem estar de toda a coletividade.

Assim, a problemática da complexa rede que se estabelece é o cerne de vários julgados que chegam à Suprema Corte, especialmente na seara tributária, o que ficará claro no próximo capítulo, quando se analisará alguns julgados.

O sistema político, especialmente num contexto de Estado interventor, é afetado em grande medida pelo acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e econômico, porque necessita de vultosas quantias, angariadas, em grande parte pelos tributos, para a implementação de seus programas inclusivos, embora o único instrumento que disponha para tanto, seja a criação de direito positivo. Por isso, passa a intervir nessa relação entre os sistemas, de forma que o acoplamento estrutural entre o sistema econômico e o jurídico passa a ser o meio para o poder político.

O sistema econômico, por sua vez, diante da escassez de recursos públicos para custear a inclusão generalizada nos programas sociais, interfere no sistema jurídico, para que haja incremento das receitas do Estado, à revelia do acoplamento estrutural. Obviamente, a dinâmica descrita entre os três subsistemas desborda os limites da autopoiese, porque implica pressionar sistemas autopoieticos, econômico e jurídico, para processar informações que estão além de seus códigos e programas, pondo em risco a homeostase³⁴⁶.

Ainda que a necessidade por receitas públicas seja premente, considerando-se que o sistema jurídico costuma ter respostas mais lentas³⁴⁷ do que as políticas, o processamento dessa irritação apenas poderá ser feito a partir do interior do sistema. Não se trata de vedar instituição de novas exações, a despeito da rigidez do Sistema Tributário Nacional, mas de estabelecer como condição necessária e suficiente, a obe-

346 Como fica claro na seguinte passagem: "The structural coupling between the legal system and the economic system became the medium for the medium of political power. This meant that a loose coupling of possibilities was turned into politically acceptable forms by collectively binding decisions. In order to achieve the desired economic gains, the use of property and freedom of contract became more and more restricted. For some time now, the political system has been experimenting on the borderline of this possibility. The question is how far the political can go with intervention without putting the autopoiesis of the respective systems at risk, that is, the self-regenerating forces of money and law." (Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, p.402).

347 Um dos motivos da lentidão seria o fato de que em determinado estágio de evolução social, o sistema jurídico cumulava funções políticas. (*Law as a Social System*, p.394).

diência às estruturas, mormente as normas de competência do texto constitucional.

O dispositivo do direito positivo que projeta essa dinâmica, vedando que as interferências de outros subsistemas sociais acarretam corrupção nas comunicações jurídicas, é o art.110 do Código Tributário Nacional.

Destarte, em rigor, não são o fechamento operacional ou o acoplamento estrutural normas do sistema, mas decorrências da própria operação autopoietica do sistema. Contudo, em virtude das reiteradas situações de interferências corruptas, decorrentes, inclusive, de contexto histórico e social brasileiro, em que o sistema político impõe demandas crescentes de arrecadação (sem que, por sua vez, logre a implementar seus programas), essa talvez seja uma espécie de redundância (que se refere não a comunicações, mas às próprias estruturas do sistema), necessária em nosso sistema, basta ver a quantidade de demandas acerca desse tema que são analisadas pelo Judiciário.

6.4. O ART.110 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

6.4.1 MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO E O ART. 110 CTN

Sob as luzes das idéias desenvolvidas anteriormente será abordado o art.110 do Código Tributário Nacional, cuja redação é:

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Embates sobre qual método hermenêutico o art.110 do CTN elegeu para a interpretação das normas tributárias são invariavelmente tema das discussões doutrinárias,

oscilando-se entre os métodos de interpretação literal, teleológico e sistemático³⁴⁸, para os quais convergem diversas escolas doutrinárias, sem que se tenha chegado a um denominador comum, porque se assentam na tutela de princípios distintos - a igualdade, a segurança, a justiça.

Os defensores do método literal de interpretação preconizam que o dispositivo emanado no art.110 CTN, ao determinar que conceitos de direito privado devem ser abordados em sua letra, independentemente de sua apropriação por normas tributárias, ignoram o contexto de aplicação e por isso, dão primazia à literalidade da legislação.

Conforme visto, o método literal de interpretação apenas será de utilidade se tomado como marco inicial da tarefa exegética, enquanto análise do plano sintático, porque não é possível apreender o significado de termos, sem se recorrer ao contexto em que se acomoda.

Ao se estabelecer que conceitos, formas e institutos jurídicos não poderão ser alterados pela interpretação, visa-se a preservar a zona de luminosidade positiva, cuja conotação foi claramente prescrita pela norma jurídica, porém admitindo-se que os casos marginais ficarão à mercê da discricionariedade do intérprete.

Entretanto, essa abordagem não pode ser confundida com o método literal, pois a alteração do núcleo duro de significação de determinado conceito jurídico, dada a unidade do sistema jurídico, somente poderá ser feita com base em critérios jurídicos.

348 É a idéia que podemos depreender do comentário de Antonio J. Franco do Campos, aos arts. 109 e 110 do CTN: "No desenrolar dos estudos tratamos, em geral, das disputas decorrentes dos dois dispositivos: a) a doutrina romana é pelo resguardo da forma: também a tradicional é de apego à forma, no sentido de forma lícita do direito privado; b) no direito alemão há forte tendência de aplicar-se a lei segundo a realidade dos fatos econômicos, melhor dizendo, aceitou-se a prevalência econômica; c) no direito espanhol, o sentido jurídico predomina sobre o econômico, se o molde empregado for válido; a separação de campos entre o econômico e o jurídico é para que o estudo se desenvolva em ambas as esferas; d) o entendimento de Jarach é pela prevalência da realidade econômica, sobre a forma jurídica, o que não é ponto estreme de dúvida: a interpretação econômica vincula-se ao princípio da economia do imposto, aceito pela maioria dos mestres, como já vimos.

Parece-nos não ser necessário ressaltar que os conteúdos dos arts. 109 e 110 do CTN são o 'nó górdio' da problemática tributária, de maneira especial nos dias de hoje!"(Comentários ao Código Tributário Nacional – vol 2,, coord. Ives Gandra da Silva Martins, p.125).

Por outro lado, a afirmação de que o respeito ao sentido possível dos termos, para se utilizar a terminologia de Karl Larenz, seria uma forma de restringir a interpretação ao método literal, seria apenas uma forma manipuladora de argumentação, no intento de albergar novas significações a conceitos já apropriados pelo sistema jurídico³⁴⁹.

Os partidários do método de interpretação teleológico defendem a interpretação econômica da legislação tributária, ou seja, focando as atenções às repercussões econômicas de determinada norma tributária, privilegiando o princípio da igualdade e da justiça da tributação, em detrimento do princípio da segurança jurídica.

A teoria da interpretação econômica esteve presente nas discussões do anteprojeto do código, sendo defendida por diversos autores brasileiros, como Amílcar de Araújo Falcão³⁵⁰, deixando suas marcas na redação final, embora se chegou a ter uma versão em que se encampava expressamente a teoria do abuso de formas, que foi ao final, vetada, prevalecendo a redação que dava ênfase ao princípio da segurança jurídica³⁵¹.

Essa teoria que tem sua força principalmente na doutrina alemã, inicialmente por

349 Desta forma, não podemos concordar com a crítica feita por Ricardo Lobo Torres, vazada nos seguintes termos: "O Supremo Tribunal Federal, com apoio da doutrina positivista brasileira, vem interpretando isoladamente o art.110 do CTN, com o que adota o método lógico-literal, ainda que nas hipóteses examinadas inexista conflito federativo. Tal opção abandona totalmente o recurso aos métodos histórico, sistemático e teleológico.

O método literal se afirma na interpretação de inúmeras palavras utilizadas pela Constituição ou compreendidas implicitamente em conceitos constitucionais, como sejam, entre outras: usucapião, faturamento, folha de salário, locação de serviços, estabelecimento, etc.

Assim, o STF adere à interpretação da Constituição Tributária conforme o Código Civil (de 1916 ou de 2002?), conforme a Consolidação das Leis do trabalho e até conforme a legislação comercial!".(Normas de Interpretação e Integração Tributária, p. 181).

350 Em sua obra "Fato Gerador da Obrigação Tributária", o ilustre jurista afirmou: "Na delimitação do campo de incidência, que é de ordem constitucional, o legislador pode utilizar e freqüentemente se utiliza de conceitos econômicos, para definir competências tributaries, conceitos estes que, consierados pelo Direito para que se lhes confirmam efeitos ou qualificações juridicamente relevantes, passam a conceituar-se como fatos jurídicos.".(Fato Gerador da Obrigação Tributária p. 65).

351 Sobre a questão, discorreu Aliomar Baleeiro: "Parece certo, pois, que o CTN se apresenta tímido quanto à interpretação econômica: insinua-a, mas não a erige em princípio básico, proclamando, pelo contrário, o primado do Direito Privado quanto à definição, ao conteúdo e ao alcance dos institutos, conceitos e formas deste ramo jurídico, quando utilizados pela Constituição Federal, pelas dos Estados ou pelas Leis Orgânicas do DF e dos Municípios. A contrario sensu, tal primado não existe se aquelas definições, conceitos e formas promanam de outras leis ordinárias."(Direito Tributário Brasileiro, p.689).

Enno Becker, em 1919, que em reação ao formalismo jurídico que prevalecia à época, buscou outros aspectos que pudessem estribar a interpretação tributária. Aspectos econômicos e políticos subjacentes à relação jurídica tributária eram considerados na interpretação, devendo ser analisada a intenção dos sujeitos envolvidos, antes da forma jurídica que assumiu³⁵².

Finalmente, a corrente que defende o método sistemático de interpretação, vislumbra no mandamento do art.110 CTN, a unidade do Direito³⁵³. Nesse caso, seria até mesmo ocioso falar da leitura conjunta com o art.109 do CTN. E mais: devemos entender que não se restringe a vedação às normas constitucionais, porque os conceitos jurídicos estabelecidos em outros ramos devem ter seus limites semânticos respeitados ainda que veiculados em normas infraconstitucionais, como leis complementares, tudo sob a guarda da organicidade do sistema jurídico³⁵⁴.

Parece, inclusive, que essa foi a idéia que prevaleceu nos atos de enunciação que antecederam a promulgação do Código Tributário Nacional, como se depreende

352 Como bem sintetiza José Eduardo Monteiro de Barros: "A interpretação econômica nada mais é do que, como regra predominante, prevalente, a teoria de que o direito tributário deve dar valor à realidade econômica subjacente em todas as relações jurídicas. Em outras palavras: significa atender ao conteúdo econômico das relações jurídicas, com desprezo de suas formas legais. Essa é a idéia que moveu Enno Becker no estabelecimento dessa teoria a respeito da interpretação econômica. É apenas a busca de mais uma realidade - a realidade econômica subjacente -, com total desprezo das formas adotadas em direito privado, mas isso como regra predominante, como regra geral, princípio prevalente.(...)"

Para o direito tributário, as relações jurídicas apresentam relevância econômica, em termos de conteúdo, de substrato, com abandono do formalismo jurídico, de tal forma que o abuso de formas jurídicas não pode, de nenhum modo, evitar ou diminuir a incidência tributária.". (Interpretação Econômica em Direito Tributário, p.174).

353 Nesse sentido, Sérgio Feltrin Corrêa: "Desse modo, se de autonomia se trata no tocante ao direito tributário, ainda assim cabe considerar o inegável relacionamento entre os diversos ramos do direito. As divergências não são poucas no que tange ao entrosamento assim pretendido. Enquanto para muitos os conceitos de direito privado não podem ser livremente aplicados no âmbito do direito tributário, para significativa parcela de pensamento oposto nenhum óbice surge em utilizá-los de forma plena."(Código Tributário Nacional Comentado, Coord. Vladimir Passos, p.533-534).

354 Nesse sentido, Rubens Gomes de Souza: "Quid, quanto às leis complementares? As leis complementares são hierarquicamente superiores às leis ordinárias, estão em posição intermediária entre a Constituição e a lei ordinária: entretanto o art.110 só se refere à Constituição. E se a lei complementar contiver um dispositivo válido, dentro dos limites que a Constituição lhe dê, e que contenha, por via interpretativa ou de qualquer outra maneira qualquer, uma conceituação de figura de direito privado estará esta incorporada por força da Constituição. (que é o que o art.110 prevê), mas por força de lei complementar, ao direito tributário constitucional? Em que fica, neste caso, o art.110? Falha do Código, porque o Código, repetidamente, fala em lei complementar, mas dela esqueceu nesta passagem.". (Normas de Interpretação no Código Tributário Nacional, p.379).

das assertivas de Rubens Gomes de Souza³⁵⁵, que transcrevemos:

“Chegamos ao art.110. Ele é complementar do anterior e, dadas as conclusões a que se chegue quanto ao art.109, o 110 poderá estar prejudicado. Contém este dispositivo uma norma de limitação do âmbito do art.109 e especialmente da atuação do legislador fiscal. Precisamos recordar que estamos analisando uma lei normativa, ou seja, uma lei dirigida, primeiramente, ao legislador e apenas por via indireta ao contribuinte. Como norma dirigida ao legislador ordinário, o art.109 lhe proíbe manipular as formas do direito privado para efeitos tributários (o que é desnecessário dizer, porque ele não o poderia fazer para outros efeitos), salvo - e esta é a ressalva que se contém no art.110 – quando essas formas de direito privado sejam utilizadas para definir ou limitar a competência tributária. Parece-nos necessária a ressalva seja qual for a conclusão que se adote quanto ao art.109 – de que ela vem complementar, porque caso contrário teríamos uma lei ordinária sobrepondo-se à Constituição. Se a Constituição se refere a uma figura de direito privado, incorpora ao direito tributário aquela figura de direito privado que, por conseguinte, se torna imutável para o legislador fiscal ordinário, porque se converteu em figura constitucional.”

Ricardo Lobo Torres³⁵⁶ rechaça as leituras que tradicionalmente têm sido

355 Normas de Interpretação no Código Tributário Nacional, p.379.

356 Como atesta Ricardo Lobo Torres: “Os conceitos do direito tributário e do direito civil, ainda que projetados para o direito constitucional, subordinam-se ao princípio da unidade do direito.

Assim sendo, os conceitos constitucionais tributários abrem-se para a interpretação segundo os vários métodos, desde o literal até o sistemático e o teleológico. Não são conceitos fechados e unívocos, eis que, da mesma forma que os demais conceitos tributários, operam dentro da possibilidade expressiva do texto a interpretar. Na interpretação de conceitos e tipos constitucionais tributários deve-se recorrer também aos aportes das ciências afins, principalmente a ciência das finanças, a economia e a política. Há muitos anos ensinou Pontes de Miranda que o ‘conceito de imposto de renda é conceito constitucional, cujo conteúdo a Constituição de 1967 deixou à doutrina.’.(Normas de Interpretação e Integração Tributária, p. 174).

No que é seguido por José Maria Arruda de Andrade: “O art.110 do CTN, conseqüentemente, apresenta uma dupla incongruência: se lido em conjunto com o art.109, sinaliza no sentido da superioridade do método sistemático sobre o teleológico; se objeto de leitura solteira, abre-se para a

feitas do art.110 CTN: a sua “leitura solteira” (ie, sem cotejá-lo com o art.109³⁵⁷ do mesmo diploma legal), implicaria na consagração da interpretação meramente literal e restritiva das regras tributárias, ao passo que a sua leitura conjunta com o art.109 do CTN, sinalizaria a prevalência do método sistemático sobre o teleológico.

O intento de estabelecer uma escala entre os diversos métodos de interpretação entra em conflito com a natureza do direito positivo e o contexto no qual se insere, as características de fluidez da linguagem jurídica, bem como as constantes pressões a que se submete pelo entorno.

Contudo, na comparação entre os métodos, o sistemático pode ser considerado o método por excelência, entendendo-se que não se cogita do método teleológico isoladamente considerado e, muito menos, da possibilidade de se fazer a leitura de um dispositivo normativo, excluindo-se os demais. Com efeito, o sistemático é o método que melhor se adequaria a uma concepção construtivista da linguagem, no seio da teoria dos sistemas.

Observa-se apenas, que a abordagem tradicional desse dispositivo, ainda que sob a égide do método sistemático, traz uma visão intra-sistêmica de interpretação jurídica, pois “sistema” teria o sentido de “unidade do ordenamento jurídico”, ou seja, intérprete tomaria o sistema jurídico como um conjunto de normas em relações coordenadas.

A consideração do dado extra-sistêmico deve nortear esse percurso gerador de sentido, pois a praxe jurídica demonstra que a esmagadora maioria dos problemas enfrentados no Direito Tributário, surge de interferências sistêmicas, ou seja, ao reagir a influxos dos outros sistemas autopoieticos, o sistema jurídico reage gerando comunica-

interpretação meramente literal e restritiva. Em ambos os casos, a presença do art.110 do CTN conduz ao distanciamento entre a temática dos direitos fundamentais e dos princípios e a interpretação do direito constitucional tributário.”. (Interpretação da Norma Tributária, p. 259).

357 Prescreve o art.109 do CTN:

“Art.109. Os princípios gerais do direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para a definição dos respectivos efeitos tributários.”

ções que afrontam a sua própria racionalidade, de forma a não lograr êxito em sua função específica, de estabilização das expectativas normativas.

6.4.2 DEFINIÇÃO, CONTEÚDO E ALCANCE DE INSTITUTOS, CONCEITOS E FORMAS DE DIREITO PRIVADO

Sobre o sentido de “definição”, “institutos”, “conceito” e “formas” discorreu-se no capítulo anterior, concluindo que lhes é subjacente a idéia de conotação e denotação ou de classe e elementos, persistindo a lógica de inclusão de classes:

-“conceito” confunde-se com a idéia da classe;

-“definição” estrutura-se de forma que o definiendum explicita os critérios conotativos do conceito;

-“instituto” pressupõe um conceito, atrelado à incidência de feixe normativo peculiar;

-“forma” são os critérios conotativos estabelecidos em antecedente norma geral, estabelecendo o conceito de fato, que irá possibilitar a operação lógica de subsunção.

Portanto, em última instância, verifica-se que as definições, os institutos e formas, partirão do conceito jurídico, esse entendido como critérios conotativos que erigem uma classe, no contexto do sistema jurídico. Destarte, as definições, institutos e formas, partirão de determinado conceito jurídico, para a ele agregarem outros critérios conotativos ou se articularem com outros conceitos. Aliás, de outra forma não poderia ser, considerando-se que a operação lógica de inclusão de classes é subjacente à constituição da própria linguagem.

Quanto à expressão “direito privado”, no entanto, algumas observações são necessárias, porque a leitura apressada restrita à letra do dispositivo, poderia nos conduzir à falsa idéia de que o mandamento do art.110 CTN estaria restrito ao Direito Civil.

Primeiramente, reiterando o exposto, a preferência recai sobre o método sistemático de interpretação, com abrangência maior a que usualmente empregada na doutrina tradicional³⁵⁸. O método sistemático toma em consideração não apenas circunstâncias do próprio sistema jurídico, como também do seu ambiente ou contexto. Não se trataria, destarte, de uma análise que se restringiria a verificar a forma como os “ramos do direito” se inter-relacionam, porém, verificar os influxos de fora do sistema jurídico.

Depois, deve-se observar que há uma razão histórica para que o dispositivo normativo utilize a expressão “a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado”, como se outros ramos didáticos do sistema jurídico estivessem excluídos do campo de irradiação dessa regra.

Pontes de Miranda ensina que o direito privado vem sendo objeto de profundos estudos há mais de dois milênios, o que sofisticou sobremaneira esse ramo. Em relação à Parte Geral do direito privado, que considera um ramo autônomo do sistema jurídico, a doutrina pandectista do século XIX desenvolveu-a de tal maneira, que alcançaram um alto grau de sistematização, o que acabou por se refletir em toda a Teoria Geral do Direito, possibilitando a sua sistematização, adotada por muitos juristas. Por essa razão, afirma Pontes de Miranda^{359, 360}:

358 Nesse sentido, José Maria Arruda de Andrade: “A outra leitura possível desse dispositivo tem um caráter sistemático, já que recusa a independência do direito tributário perante os outros ramos (e suas legislações) e preconiza que os conceitos de direito privado utilizados pela lei tributária conservarão seu sentido e alcance originais. trata-se de uma leitura conjugada entre os arts.109 e 110 CTN.”. (*Interpretação da Norma Tributária*, p.259).

359 Encampando a mesma abordagem, Maria Helena Diniz³⁵⁹: “Apesar de haver objeções à sua inclusão no Código Civil, grande é sua utilidade por conter normas aplicáveis a qualquer relação jurídica. Deveras, o direito civil é bem mais que um dos ramos do direito privado; estabelece os parâmetros de todo o ordenamento jurídico e engloba princípios -ético-jurídicos de aplicação generalizada e não restritiva às questões cíveis. É consultando o direito civil que o jurista alienígena percebe qual a estrutura fundamental do ordenamento jurídico de um dado país e que o jurista nacional encontra as normas que têm repercussão em outros âmbitos do direito. é na Parte Geral que estão contidos os preceitos normativos relativos à prova dos negócios jurídicos, à noção de defeitos dos atos jurídicos, à prescrição e à decadência, institutos comuns a todos os ramos do direito. Eis porque Planiol, Ripert, e Boulanger sustentam que o direito civil continua sendo o direito comum, compreendendo as normas atinentes às relações de ordem privada, generalizando conceitos fundamentais utilizados, freqüentemente, por jusplucistas.

Além do mais a Parte Geral fixa, para serem aplicados, conceitos, categorias e princípios, que produzem reflexos em todo o ordenamento jurídico e cuja fixação é condição de aplicação da Parte Especial e da ordem jurídica; isto é assim porque toda a relação jurídica pressupõe sujeito, objeto e fato propulsor que a constitui, modifica ou extingue.”. (*Tratado de Direito privado*, tomo I, p.XIX e XX).

360 *Tratado de Direito privado*, tomo I, p.XIX e XX.

“A Parte Geral do Direito privado tem, necessariamente, de trabalhar com os conceitos que são comuns a todos os ramos do direito privado; e com os conceitos que somente são comuns aos ramos do direito civil ou ao direito comercial, ou a outro ramo.”

Portanto, a locução “direito privado”, sob determinada leitura, está apontando para a Teoria Geral do Direito e quando o dispositivo do art. 110 do CTN estabelece a vedação à alteração de institutos, conceitos e formas de Direito Privado, tem como vetor, o sistema jurídico de forma global. Em outras palavras, a remissão ao direito privado é relativa à forma como se estruturam as suas conotações.

Outra observação que se pode fazer quanto ao tema, é que a classificação entre direito público e privado não encontra mais respaldo em grande parte da doutrina, mesmo no setor que a considera como corte meramente didático, como a divisão em ramos.

Sobre essa classificação tece crítica feroz Alfredo Becker³⁶¹, dizendo que é inútil para o desejo de uma sistematização geral do direito, pois, citando lições de Kelsen, varia ao longo do tempo e com o critério utilizado para o jurista para fundamentar a classificação. Assim, por exemplo, Bobbio dizia que se levasse em consideração o critério da fonte, no contexto do direito positivo, essa classificação restaria inútil.

Tércio Sampaio de Ferraz³⁶² leciona que essa dicotomia tem origens fincadas no Direito Romano, criada no contexto da organização sócio-econômica daquela sociedade. Hoje, em contexto histórico totalmente diverso, esses princípios dogmáticos são de difícil aplicação, pois não se pode separar com clareza a esfera pública da privada, surgindo campos jurídicos intermediários como o Direito do Trabalho.

Quanto ao conceito de “formas”, no capítulo anterior, afirmou-se que se referem à estrutura lógica do juízo condicional, o qual viabiliza a operação que subsume determinado evento do mundo real às notas selecionadas na hipótese de incidência, com as que

361 Teoria Geral do Direito Tributário, p.31.

362 Introdução ao Estudo do Direito, p.127.

são vislumbradas no caso concreto, atrelado a uma relação jurídica pelo nexo de causalidade deôntico.

Acresça-se que a terminologia “forma” de direito ganhou força com a “teoria do abuso de formas”, surgida da doutrina formada em torno do código tributário alemão de 1919, que inaugurou o conceito de “interpretação econômica do direito”³⁶³, com vistas a combater a elisão e evasão fiscais. Essa escola doutrinária preconizava a prevalência da interpretação econômica à jurídica, ao arrepio de princípios como da tipicidade e segurança jurídica.

No âmbito dessa teoria, ainda que fosse possível a subsunção de um evento determinado ao previsto no antecedente de uma determinada norma, ou seja, houvesse observância à forma, o intérprete poderia não aplicá-la por entender lesiva, a repercussão econômica desse ato³⁶⁴.

363 Cristiano Carvalho menciona os dispositivos que veicularam esse conceito no código alemão, *Breves Considerações sobre Elisão e evasão Fiscais*, p.59:

“§4º -Na interpretação das leis fiscais deve-se ter em conta a sua finalidade, o seu significado econômico e a evolução das circunstâncias.”

“§5º - A obrigação do imposto não pode ser evitada ou diminuída mediante o abuso das formas e das possibilidades de adaptação do direito civil.”

364 Nas palavras de Cristiano Carvalho: “A teoria do abuso do direito significa basicamente uma forma de interpretação jurídica que possibilita uma adequação do ordenamento ao caso concreto, levando em conta valores supranormais aplicáveis aos fatos. Outrossim, mesmo que o fato subsuma-se à norma geral e abstrata prevista especificamente para ele, o aplicador do direito poderá levar em consideração outros fatores a fim de aplicá-la ou não. São princípios que devem ser levados em conta também, de forma a possibilitar uma abertura do sistema jurídico em relação ao seu ambiente de entorno, o macrossistema social. É evidente que o próprio sistema deve permitir essa abertura, já contendo em si os valores norteadores, ie, os princípios, expressos ou implícitos já se encontram no seio do ordenamento.”.(Teoria do Sistema Jurídico, p.59).

E Alberto Xavier: “O conceito de ‘abuso de formas’, tal como surgiu no direito alemão, não se refere ao instituto do abuso de direito, de raiz francesa, mas ao fenômeno que ocorre quando se utiliza um tipo ou modelo negocial (denominado impropriamente ‘forma’), não para realizar a causa-função típica, mas para atingir fins que não se harmonizam com aquela causa (como sucede nos negócios indiretos) ou quando a causa-função típica é um meio que excede os fins a que as partes visam (como sucede nos negócios fiduciários).

É precisamente à inusualidade, anormalidade, artificialidade, atipicidade ou inadequação (Unangemessenheit) do negócio empregado que pretende aludir o conceito de ‘abuso de forma’.”.(Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Antielisiva, p.92-93).

Deve-se ponderar que talvez esse resquício da teoria da interpretação econômica, influenciou as mesas de debates que precederam a edição do Código Tributário Nacional, pois lá havia defensores do modelo. Sem se aprofundar nesse tema, que ganhou força principalmente após a inclusão do parágrafo único ao art.116 do CTN, pela Lei Complementar n.104/2001, que veiculou a “norma geral antielisiva” no sistema jurídico brasileiro, o que vale dessa breve menção é entender o sentido do que se convencionou denominar “forma” e a crítica à doutrina que a ronda, de interpretação.

Destarte, sendo o mecanismo de subsunção próprio das estruturas de processamento de informações do sistema jurídico, em que pela operação lógica de aplicação da norma geral e abstrata, construindo o fato jurídico a partir do arquétipo prescrito na hipótese de incidência, os únicos efeitos que podem ser considerados são os que se submetam ao código lícito/ilícito - dado o fato jurídico, deve ser a relação jurídica, tal como os programas do direito positivo previamente estatuíram. Quaisquer comunicações que tomem em consideração o código econômico ter/não ter, não poderão ser processadas pelo sistema jurídico.

A regra do art.110 CTN estabelece que, sob a perspectiva sistêmica do ordenamento jurídico, todas essas categorias - definições, institutos, conceitos e formas - que componham as normas de competência tributária, deverão convergir, com exceções dos casos em que o próprio órgão competente para regular a reprodução autopoietica, no caso, o legislador constitucional, expressamente altera a significação. Este é o escólio de Alfredo Becker (grifos do autor)³⁶⁵:

“Da fenomenologia jurídica acima indicada decorre o seguinte: uma definição, qualquer que seja a lei que tenha enunciado, deve valer para todo o direito; salvo se o legislador expressamente limitou, estendeu ou alterou aquela definição ou excluiu sua aplicação num determinado setor do direito; mas para que tal alteração ou limitação ou exclusão aconteça é indispensável a existência de regra jurídica que tenha disciplinado tal alteração, extensão ou exclusão. Portanto, quando o legislador tributário fala de ven-

365 Teoria Geral do Direito Tributário, p.123.

da, de mútuo, de empreitada, de locação, de sociedade, de comunhão, e incorporação, de comerciante, de empréstimo, etc., deve-se aceitar que tais expressões têm dentro do Direito Tributário o mesmo significado que possuem no outro ramo do direito, onde originalmente entraram no mundo jurídico. Lá, por ocasião de sua entrada no mundo jurídico, é que houve uma deformação ou transfiguração de uma realidade pré-jurídica (exemplo: conceito de Economia Política; instituto da Ciência das Finanças Públicas)."

Note-se que se pode traçar um paralelo com a expressão "deformação ou transfiguração de uma realidade pré-jurídica", empregada por Becker, para a sistemática de duplo ingresso, utilizada no seio da teoria dos sistemas autopoieticos. Ou seja, a "entrada no mundo jurídico" exige que haja uma "deformação" de expressões oriundas de uma realidade pré-jurídica, porque a produção autopoietica pressupõe fechamento operacional, além de que, uma vez dentro, manterá a "deformação" original.

6.4.3 ALTERAÇÃO DE FAIXAS DE COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA POR MUTAÇÃO INCONSTITUCIONAL

A Constituição opera como metalinguagem prescritiva em relação à regra-matriz de incidência, pois opera como seu critério de validade³⁶⁶. Em outras palavras, a Constituição estabelece os critérios de reforma, pelo poder constituinte derivado.

A nossa Carta Constitucional é do tipo rígida, ou seja, exige ato de enunciação qualificado para ejetar normas jurídicas no sistema, distinto e mais exigente daqueles previstos para alteração de leis ordinárias ou complementares, do que advém o princípio

366 Nas palavras de Marcelo Neves: "Do ponto de vista semiótico, esta supremacia do subsistema normativo constitucional implica o seu funcionamento como metalinguagem prescritiva em relação às normas infraconstitucionais (linguagem-objeto), enquanto funciona, direta ou indiretamente, como critério de validade.". (Teoria da Inconstitucionalidade das Leis, p.63).

da supremacia da Constituição Federal³⁶⁷. E as normas constitucionais veiculam uma série de regras e princípios que se voltam à garantia dessa rigidez, como são as limitações ao poder de tributar, o pacto federativo, delimitação de competências, em operação de caráter circular.

Contudo, o sistema jurídico vive sob o contínuo influxo de demandas de seu ambiente e conseqüentemente, há pressões para alteração do texto constitucional, de sorte que se forma um paradoxo entre a alteração e estabilidade, como se depreende das palavras de Anna Candida da Cunha Ferraz³⁶⁸:

“A Constituição de um Estado, por consubstanciar sua estrutura fundamental, presume-se estável.

Estabilidade, todavia, não significa imutabilidade. Bem ao contrário. A eficácia das Constituições repousa, justamente, na sua capacidade de enquadrar ou fixar, na ordem constitucional, as vontades e instituições menores que a sustentam.

A relação entre estabilidade e mudança, ou entre a estática e a dinâmica constitucional, se apresenta qualquer que seja o tipo de ordenamento constitucional positivo.

Assim, estabilidade e mudança são componentes necessários do conceito de rigidez constitucional, da qual deflui a supremacia constitucional, ‘princípio basilar do direito constitucional moderno.’”

Observa-se que, mesmo nas Constituições do tipo rígido, as alterações do meio ambiente acabam por interferir no texto constitucional, alterando o alcance semântico de

367 Conforme José Afonso da Silva (grifos do original): “A rigidez constitucional decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal. Da rigidez, emana, como primordial consequência, o princípio da supremacia da constituição que, no dizer de Pinto Ferreira, ‘é reputado como uma pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político’.” (Curso de Direito Constitucional Positivo, p.45).

368 Processos Informais de Mudança da Constituição, p.5-6.

seus conceitos e definições, por mecanismos informais. Observando essas operações, a doutrina denominou de “reforma constitucional” a mudança fundada em requisitos inscritos no próprio texto constitucional, como as emenda e, de “mutação”, à alteração no sentido e alcance de conceitos e definições constitucionais, pela interpretação judicial e leis infraconstitucionais, às vezes de maneira imperceptível e paulatina, pelo “poder constituinte difuso”, na denominação empregada por Georges Burdeau³⁶⁹.

Dentre os procedimentos informais de alteração do texto constitucional, há aqueles que alteram a constituição de maneira compatível, sem extrapolar os significados possíveis, atribuídos pelo texto constitucional, as “mutações constitucionais” e aqueles que vão além, as “mutações inconstitucionais”. Pode-se, então, traçar o seguinte quadro:

Tipo de reforma	reforma constitucional	emenda	mutação
Reforma	alteração do texto constitucional	alteração do texto constitucional	alteração do texto constitucional
as	alteração do texto constitucional	alteração do texto constitucional	alteração do texto constitucional
as	alteração do texto constitucional	alteração do texto constitucional	alteração do texto constitucional

Na mutação por leis infraconstitucionais, o legislador interpreta o texto constitucional, alterando a significação de base dos termos constitucionais, ie, a interpretação constitucional legislativa é atividade legiferante que, no exercício da competência constitucional, atribui o alcance dos conceitos empregados no texto constitucional, para dar continuidade à marcha do processo de positivação³⁷⁰. Se o significado atribuído desbordar os

369 Apud Anna Candida da Cunha Ferraz, Processos Informais de Mudança da Constituição, p.6.

370 Nas palavras Anna Candida da Cunha Ferraz “O órgão legislativo, ao desdobrar o sistema proposto pela Constituição, terá que interpreta-la, terá que atribuir sentido concreto à linguagem do constituinte, decidir e determinar o curso de criação e da aplicação subsequente da norma constitucional; em suma, interpretará o alcance das normas constitucionais ao expedir a lei que tenha por objetivo a sua aplicação”. (Processos Informais de Mudança da Constituição, p.65).

significados constitucionais possíveis, estar-se-á diante de mutação inconstitucional³⁷¹.

Não se deve olvidar que o legislador habitará o subsistema político e para ele a Constituição se mostrará em suas dimensões fático-social e axiológica, que mantêm relações assimétricas com a normativo –jurídica, fator que traz a predisposição para a ocorrência de mutações inconstitucionais.

Sob o prisma das estruturas internas do sistema jurídico, verifica-se que as interferências sistêmicas podem gerar incongruências nas estruturas normativas que compõe a regra-matriz de incidência dos respectivos tributos, através de mutações inconstitucionais. A extrapolação dos limites semânticos estabelecidos pelo próprio sistema jurídico, à revelia de seus códigos e programas em virtude de interferências de outros subsistemas sociais, principalmente o político e o econômico, tem como consequência imediata, a alteração das faixas de competência tributárias, estabelecidas no texto constitucional, como precisamente expõe Aliomar Baleeiro³⁷²:

“Quando a Constituição usa um conceito, um instituto ou forma do Direito Privado, o nome empregado denota certo objeto, segundo a conotação que ele tem na ciência jurídica particular, da qual se origina. A conotação completa que advém da ciência do Direito Privado é condição prévia de inteligibilidade e univocidade do discurso constitucional. E se utiliza a discriminação e delimitação de competência, enfim, o pacto federativo. Permitir ao intérprete ou ao legislador ordinário interessado (que legisla em causa própria) que alterasse o sentido e alcance desses institutos e conceitos constitucionalmente empregados, seria permitir que firmasse, sem licença da Constituição, novo

371 Novamente nas palavras Anna Candida da Cunha Ferraz “Os processos de mutação manifestamente inconstitucionais violam a constituição. Contrariando-a, produzem deformação constitucional cujo alcance varia em grau e profundidade; a) podem contrariar parcialmente a Constituição afetando-a apenas num caso concreto, sem que o texto constitucional seja alterado ou revogado. Exemplifique-se: a prática de ato inconstitucional pelo executivo, tal como uma nomeação decretada sem observância das formalidades constitucionais e não infirmada; b) podem ab-rogar ou derogar temporariamente, a eficácia das normas constitucionais; c) podem produzir rupturas no ordenamento constitucional; d) podem produzir rupturas no ordenamento constitucional; e) podem provocar mudança total da Constituição”. (Processos Informais de Mudança da Constituição, p.245).

372 Direito Tributário Brasileiro, p.690.

pacto federativo, nova discriminação de competência. Sendo assim, o art.110 do CTN determina a cristalização da denotação e da conotação jurídicas daqueles institutos, conceitos e formas, vedando-se ao legislador tributário a alteração do sentido que é própria do Direito Privado.

O art.110, implicitamente, somente dita o comando: obedeça-se à Constituição.”

No Sistema Tributário Nacional, a rigidez vai se refletir claramente na profusão de regras de delimitação de competências tributárias e de repartição de receitas, de forma que se têm os impostos da União, dos Estados e Distrito Federal e Municípios³⁷³. A alteração das faixas de competência somente é permitida por ato de enunciação qualificado, de manifestação do poder constituinte derivado, de acordo com procedimento prescrito no próprio texto constitucional³⁷⁴.

É certo que a vagueza e a ambigüidade são inexoráveis, pela própria natureza intrínseca da linguagem³⁷⁵, dando-se sempre margem à interpretação, que pode quedar

373 Sobre o Princípio Federativo, Humberto Ávila: “Por fim, a Constituição Brasileira institui o sistema federativo, cuja relevância se exterioriza por dois motivos. De um lado, os fatos que cada ente federado pode tributar não podem ser tributados pelos outros entes federados. Em razão disso, institui-se um sistema de conceitos mínimos: aos estados cabe tributar alguns fatos; aos Municípios outros e à União Federal, outros fatos. Dentro desse sistema de ‘conceitos mínimos’, há uma federação bastante complexa, atualmente com 5561 municípios, 27 unidades estatais e a União Federal. Nesse sistema, precisa-se, em função da necessidade de segurança e estabilidade, de normas gerais tributárias, e essas normas gerais tributárias devem justamente estabelecer num nível de concretização maior precisamente àqueles conceitos que já estão postos ou pressupostos pela Constituição Federal. A conjugação de todos esses elementos – regras de competência, sistema rígido, princípios garantidores e sistema federativo – caracteriza a Constituição Brasileira, que se diferencia das outras porque as outras constituições não têm esse entrincheiramento de razões e essa rigidez que a nossa Constituição tem.”. (Eficácia do Novo Código Civil na Legislação Tributária, p.68).

374 Nas palavras de Geraldo Ataliba³⁷⁴: “São características extrínsecas do sistema constitucional tributário:

a) rigidez; b) tratamento exaustivo da matéria.

Cracterísticas do sistema constitucional tributário brasileiro. O constituinte abordou, também, a estrutura do sistema tributário, não deixando ao legislador ordinário margem para inovar no sistema tributário. A rigidez é característica fundamental e as outras são acessórias e secundária.”.(Hermenêutica e Sistema Constitucional Tributário, p.35).

375 Nesse sentido, José Maria Arruda de Andrade: “Não há como se estabelecer, de antemão, as regras de como cada conceito jurídico deva ser interpretado/aplicado. Para que um conceito seja útil,

ao infinito. Esse dado pode gerar um paradoxo incontornável em relação a uma camada de linguagem que tenha o intuito de regular condutas humanas, portanto, devendo ser dotada de segurança e estabilidade.

Contudo, há balizas do próprio sistema jurídico, especialmente no texto constitucional³⁷⁶ e dos horizontes culturais de nossa sociedade, que reduzem as margens das incertezas significativas, diminuindo as possibilidades de construções lingüísticas. Ao controle das incertezas advindas dos processos de comunicação ou a escolha de uma das possibilidades, visa a interpretação equalizar.

A Constituição Federal finca firmes balizas para o estabelecimento das normas de competência, reduzindo sensivelmente a margem de manobra do legislador infraconstitucional, o que é denominado por Humberto Ávila³⁷⁷, de “reservas materiais” da Constituição. Portanto, não podem ser descartadas as opções constitucionais, precisamente porque se consubstanciam de estruturas seletivas que permitem a operacionalidade sistêmica³⁷⁸.

basta que ele seja definido em determinados contextos práticos, pois o emprego das palavras não está totalmente regulado por regras [PhU§68]. Muitas vezes um conceito de contornos imprecisos é o que foi possível e é o que basta a uma determinada situação [PhU§71].” (Interpretação da Norma Tributária, p.265).

376 Nesse sentido, Aldo de Paula Júnior: “Entendemos que o limite semântico é decorrência da estrutura rígida de nossa Constituição, da natureza da competência tributária e dos contornos do federalismo fiscal.

Se um limite semântico no texto da Constituição da República o legislador infra-constitucional poderia alterar o sentido das competências tributárias sem obediência às vedações do art.60, §4º da CF/88.”. (A Interpretação do Conceito de ‘ Comunicação’ Veiculado pelo Art.155, II, CF/88 Frente às Novas Tecnologias, p.5).

377 “A Constituição Federal utiliza determinadas expressões cujo significado mínimo não pode ser desprezado pelo intérprete. O desprezo desses conteúdos mínimos de sentido implica violação da Constituição e, certamente, a desconsideração do postulado da supremacia da constituição. A Constituição Brasileira como que reserva conteúdos para si, afastando sua manipulação pelo legislador infraconstitucional.”. (Sistema Constitucional Tributário, p.202).

378 Como é novamente Humberto Ávila quem nos demonstra: “Em face de todas essas considerações, pode-se concluir que as regras de competência utilizam-se de determinados conceitos que, em virtude do postulado de supremacia da Constituição, não podem ser desconsiderados, ainda que exista sempre uma margem de indeterminação irrenunciável por meio da linguagem. Sua concretização é que irá, porém, desvelar quais são os elementos prescindíveis e imprescindíveis, sempre de acordo com os aspectos valorativos. O essencial é que a Constituição usa expressões que, na linguagem comum ou técnica, possuem significados mínimos que não podem ser desprezados pelo intérprete. Além disso, a comparação dos significados mínimos das várias expressões

Destarte, se o legislador constitucional utilizou determinada definição, conceito ou instituto para compor as hipóteses de incidência tributárias, mantendo a mesma conotação empregada na linguagem ordinária e/ou nas linguagens especializadas de outros subsistemas sociais, fez a opção de incorporá-lo aos programas do sistema jurídico, estabelecendo, da mesma forma, normas estruturais que impedem a alteração por sujeito e procedimento não credenciados para tanto³⁷⁹.

Todavia, se a opção sistêmica for pela alteração da intensão originária de um termo, menciona explicitamente os novos critérios.

6.4.4 ALTERAÇÃO DE CONCEITOS E DEFINIÇÕES DA REGRA-MATRIZ DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA

O art.110 do CTN estabelece que os conceitos que compõem a regra-matriz de incidência tributária, no exercício da competência constitucional, não poderão ter o alcance de seu significado alterado para além das fronteiras do sistema jurídico, ou seja, a alteração dos critérios conotativos, para ampliar a denotação, com base em critérios não agasalhados pelo direito positivo.

A regra-matriz de incidência tributária é esquema lógico concebido por Paulo de

utilizadas pela Constituição também permite a compreensão de determinados conceitos no próprio ordenamento constitucional.

Os conceitos, porém, podem ser construídos de várias formas, o que gera o problema de estabelecer qual, dentre os vários conceitos passíveis de serem construídos, deve ser escolhido. Nessa hipótese, somente uma teoria jurídica da argumentação poderá indicar qual dos argumentos deverá receber prioridade do intérprete, de modo a orientá-lo na própria reconstrução jurídico-conceitual". (Sistema Constitucional Tributário, p.213).

379 Como observa Humberto Ávila: "Isso significa que a utilização de uma expressão específica por uma regra constitucional de competência faz com que o intérprete tenha de verificar se não havia um conceito técnico previsto no direito infraconstitucional pré-constitucional (não necessariamente no direito privado). Se havia um conceito e o legislador constituinte resolveu não modificá-lo pela instituição de um novo conceito, a referência à expressão significa uma opção sua pela incorporação desse conceito legal ao ordenamento constitucional. Foi exatamente o que ocorreu no caso de base de cálculo das contribuições sociais sobre o faturamento."

Barros Carvalho³⁸⁰, para se construir a norma jurídica tributária, a norma primária dispositiva (que na hipótese, descreve um ato/fato lícito), que regula a relação jurídica tributária, em seu conseqüente.

A regra-matriz de incidência tributária pode ser vista como fruto de procedimento de redução fenomenológica, em que se desvencilha o objeto (direito positivo), de tudo que lhe é prescindível, reduzindo-lhe as complexidades, para mostrar ao sujeito cognoscente a estrutura lógica da norma.

Na hipótese da regra-matriz de incidência tributária há o critério material, que indica o comportamento de um indivíduo, inserido em dada coordenada espaço-temporal. No conseqüente, tem-se critério pessoal, ou seja, a definição de sujeito passivo e ativo, e o critério quantitativo, que abarca a alíquota e a base de cálculo de determinada exação. Todos esses elementos são traduzidos em esquema formal, redutor de complexidades.

Analisando-se, isolando-se e montando-se as proposições dispersas no corpo do ordenamento jurídico e encaixando-as dentro desse esquema, para cada um dos critérios da regra-matriz de incidência, alcança-se o desenho da norma-padrão de incidência, mediante um trabalho de interpretação.

Considerando-se que o Direito é texto, composto de palavras, sujeito, portanto, às incertezas significativas, a cada critério da regra-matriz, poderá ocorrer interferências sistêmicas, alterando-se o sentido de conceitos e definições que os compõem, tal como estabelecido no art. 110 do CTN.

Ao intérprete caberá verificar se a ampliação do espectro semântico deu-se em consonância com os códigos e programas do sistema jurídico, pelo labor interpretativo.

Portanto, como exemplo, verifica-se a alteração dos critérios conotativos, hábeis a alterar a aplicação da regra-matriz de incidência tributária, nos seguintes casos:

380 Passim Curso de Direito Tributário.

- critério material - a alteração do complemento do verbo que determina a conduta, núcleo da hipótese de incidência tributária, extravasa as competências outorgadas constitucionalmente. É o caso do critério material do Imposto sobre Serviços, o ISS, em que o critério material será "prestar serviços". Quanto ao complemento "serviços" há diversas situações em que o legislador municipal amplia os critérios conotativos de "serviço" para equipará-lo a obrigações de dar, como locações;

-critério temporal – no exemplo do Imposto sobre Produtos Industrializados incidente sobre as importações de mercadorias, embora a lei federal estabeleça que o critério temporal é o desembaraço aduaneiro, termo final do procedimento de despacho aduaneiro, o regulamento desloca esse momento para o seu termo inicial, que é o registro da declaração de importação;

- critério quantitativo- alíquota – no caso da alíquota zero do Imposto sobre Produtos Industrializados, retira-se da denotação do conceito "isenção", um rol de produtos industrializados, criando-se de forma arbitrária, uma nova classe, de produtos sujeitos de alíquota zero, que, em verdade, teriam os mesmos critérios da classe de isenção (afinal, zero multiplicado por zero, é igual a zero), como artifício para fugir do princípio da anterioridade, inscrito no texto constitucional. Trata-se, em verdade, de posição política da União, curvando-se às premências do sistema econômico;

- critério quantitativo- base de cálculo – no caso que tem sido discutido nas Cortes brasileiras, do PIS e Cofins incidentes sobre importações, discute-se o alcance semântico da expressão "valor aduaneiro", que é instituto jurídico, com feixe normativo próprio, de tratado internacional incorporado ao direito brasileiro. No exercício de competência tributária, criou-se um "novo" conceito para "valor aduaneiro";

-critério pessoal - no Imposto sobre Circulação de Mercadorias, incidente sobre importação de mercadorias, discutiu-se sobre a sujeição passiva, pois houve a extensão da tributação a pessoas físicas, por via reflexa da alteração da significação de base de "mercadorias". Da mesma forma, a cobrança de Cofins de empresas sem empregados, quando a norma constitucional estabelece como sujeitos passivos, os empregadores.

Enfim, os exemplos são infundáveis e todos convergentes ao mandamento do art.110 do Código Tributário Nacional.

Socorre também ao intérprete, em sua análise, o confronto da base de cálculo com o critério material. Nesse esquema, a base de cálculo é hábil a confirmar, infirmar ou afirmar o critério material expresso na composição do suposto normativo, desempenhando três funções distintas, quais sejam, i. medir as proporções reais do fato (função mensuradora); ii. compor a específica a dívida (função objetiva) e iii. confirmar, infirmar ou afirmar o critério material da descrição contida no antecedente da norma (função comparativa)³⁸¹.

Especialmente a função mensuradora, relaciona-se com a legitimidade do exercício da competência tributária, de acordo com os arquétipos estabelecidos na Constituição Federal, porque os legisladores fixam a fórmula numérica de estipulação de conteúdo econômico das manifestações exteriores, que servem de padrão mensurável do comportamento previsto no núcleo da incidência, buscando a mediação do sucesso com dados compatíveis com sua natureza. Por outro lado, em sua função comparativa, a base de cálculo opera como índice para identificar o critério material da hipótese, operando como instrumento eficiente para confirmar, infirmar ou afirmar o núcleo da incidência normativa, protegendo o contribuinte dos defeitos da redação legal. Destarte, ao comparar a medida estipulada como base de cálculo com o critério material, a grandeza deverá ser mensuradora da materialidade do evento, devendo ser característica peculiar do fato jurídico tributário.

381 “Sobre servir de parâmetro para o cálculo do tributo exigível (b), a base de cálculo deve medir, necessariamente, as proporções reais do fato (a) e confirmar, infirmar ou afirmar o verdadeiro critério material da regra matriz de incidência tributária (hipótese de incidência, fato gerador, *fattispecie* abstrata, etc.) (c). Este binômio, base de cálculo e critério material (fato gerador), é imprescindível à determinação da espécie e natureza do tributo, devendo guardar, entre ambos os elementos ou dimensões do fato gerador, estreita correlação lógica, de tal arte que, em caso de conflito, a base de cálculo prevalece como critério de identidade da natureza do tributo. É o que, de modo empírico, mas acertado, se nota ao imposto sobre a renda, cuja natureza é dada pela natureza de rendimentos tributáveis, não doutros valores aleatórios, como indenização, por exemplo. Daí dizer-se da base de cálculo que “tem o condão de infirmar o critério material oferecido no texto, que será substituído por aquele outro que percebemos medido.” (Paulo de Barros Carvalho, Curso de Direito Tributário, p. 331).

Assim, se houver discrepância entre o critério material em relação à base de cálculo, esta última prevalece. No caso das situações abraçadas pelo art.110 do Código Tributário Nacional, portanto, se houver a eleição de critério material que, ao ser comparado com a base de cálculo, demonstre incompatibilidade, haverá inconstitucionalidade, por ofensa à competência tributária³⁸².

Cada um desses critérios constitutivos da regra-matriz possui conteúdo semântico com zonas de luminosidade e penumbra. A alteração de sua intensão inevitavelmente causará a alteração de sua denotação, ie, dela serão sacadas normas individuais e concretas, que não poderão se remeter ao texto constitucional, pois se tratam de mutações inconstitucionais³⁸³.

A alteração dos critérios seletivos para as comunicações jurídicas estabelecidos no texto constitucional implica a construção de comunicações que refogem ao código e programas jurídicos. A eleição de uma dentre as possibilidades que se abrem à interpretação, nunca poderá estar fundada em critérios buscados fora do sistema jurídico, como a necessidade de se suprir déficits orçamentários, ainda que travestidos de roupagens jurídicas, com soem ser argumentações baseadas em premissas vagas e ambíguas, como o princípio da justiça, da razoabilidade.

382 Nesse sentido Marcelo Salomão e outros: "Como já visto anteriormente, compete à base de cálculo o mister de apresentar perfeita correspondência com a materialidade do evento. É por isso que, ilustrando o por ora dito, ao se criar um imposto sobre veículos automotores, não se poderá ter como base de cálculo o valor da renda de seu proprietário, uma vez que tal grandeza carece de pertinência em relação ao evento materialmente descrito."(Tributação no Setor Bancário e Questões Controversas, p.536).

383 Nesse contexto, assevera Warat: "Generalizando, é possível afirmar que ao se estabelecer que a norma A, e não B, é característica definitiva de um termo contido na norma, está-se alterando as conseqüências jurídicas da mesma. Noutra perspectiva constata-se que nas definições jurídicas toda característica definitiva é também uma característica decisória, isto é, forma parte da decisão." (Introdução Geral ao Direito I, p.39).

6.5. LIMITES DECORRENTES DO ART.110 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO

NACIONAL – DA AUTO – REFERÊNCIA À HETERORREFERÊNCIA,

NAS FRONTEIRAS DO SISTEMA JURÍDICO

O sistema jurídico opera sob diferentes condições de reprodução autopoietica, combinando auto-referência e heteroreferência. Todavia, ao tomar as referências externas, o sistema deve objetivar separar os interesses que são protegidos pelo direito positivo, de outros, que devem ser combatidos.

Nesse sentido, a polarização das posições da jurisprudência dos interesses e da escola analítico-formalista, entre uma visão exclusivamente intra-sistêmica, sem considerar as interações sociais, em contraposição a outra que leve em conta interesses extra-jurídicos, chegando a diluir o sistema em seu ambiente, chegam a um ponto médio: a reprodução autopoietica pressupõe interação com o meio que, todavia, será vertida em comunicação jurídica, a partir do processamento pelas estruturas interiores³⁸⁴. Sobre a questão, manifestou-se Luhmann:

“The legal system operates under different conditions of autopoietic reproduction. It has to combine internal and external references and, to the extent that generalizations are useful, may refer to well-tried concepts and to well-known interests. There is no contradiction in using both references simultaneously. Concepts articulate the self-referential aspects of legal

384 Nesse sentido José Engrácia Nunes: “Num tempo caracterizado pela fragmentação da soberania política, pelo eclipse dos conceitos de direito natural, e pelo desencantamento do Estado - Providência, não admira que vários juristas tenham procurado averiguar das potencialidades explicativas da hipótese autopoietica no domínio próprio do Direito. Com efeito, o actual debate em curso na filosofia e teoria do direito parece dominado por um impasse: dum lado, as teorias analítico-formalistas (de que a ‘Teoria Pura’ ainda é paradigma), centradas que estão exclusivamente na positividade do direito, facilmente se alheiam da relação entre o direito e a sociedade; do outro, as teorias sociológicas, tendo prescrutado exaustivamente todo o tipo de interacções sociais do direito, não sucederam ainda, porém, a fazer justiça à respectiva autonomia. Neste estado de coisas, a teoria da autopoiesis surge como uma espécie de ‘ovo de Colombo’ (EWALD), capaz de oferecer ao direito a possibilidade de utrapassar a falsa alternativa entre um sistema normativo autónomo ou um sistema decisoria socialmente condicionado.”(Direito como Sistema Autopoietico, Prefácio,p.XIX e XX).

decisions; interests, on the other hand, are environmental facts to be taken as given. The task of the system as formulated by the system consists of distinguishing interests protected by the law from interests to be suppressed and combated."

Destarte, os conceitos jurídicos são estruturas internas, auto- construídas, que podem ou não, sofrer influxos de interesses exteriores ao sistema. Todavia, não podem ficar à mercê de interesses da sociedade, ainda que urgentes, sob pena de perda gradual de consistência interna, pois a capacidade de apartar interesses protegidos daqueles não protegidos, não é dada pelo ambiente de forma arbitrária, mas construída internamente por operações que possam reconhecê-los e separá-los de acordo com critérios de consistência do sistema³⁸⁵.

Em outras palavras, sistema jurídico não é hermético ao ambiente, recebendo as demandas advindas de outros sistemas sociais, porque é condição de sua homeostase, permitindo que se adapte ao ambiente. Assim, se houver dificuldades severas na manutenção da estrutura estatal e implementação de programas de interesse público, o sistema jurídico poderá receber a demanda, processando-a internamente, desde que, com observância das normas de competência tributária.

Em caso contrário, deverá ser reconhecido que esse é interesse não protegido pela ordem interna, de forma que acolhê-lo, à revelia da estrutura interna do sistema, implicará golpear a consistência do sistema, o que pode gerar a desestabilização da operação autopoietica, atingindo a sua própria operacionalidade.

O limite para a interpretação e construção de normas jurídicas sempre terá como referência o próprio sistema, que apenas poderá oferecer prestações aos outros

385 Diz Luhmann: "At the level of single cases, there may be a choice between giving priority to the urgency of interests or the purity of legal concepts, but the system as such cannot choose in this way. If its decision are presented as evaluations of interests, this amounts to understanding conceptual issues and neglecting for the time being the control of consistency. If the reasons given are conceptual ones, this will be a disguised way of favoring or disfavoring certain interests more than others. In theoretical terms, the ultimate problem always consists of combining external and internal references, and the real operations which produce and reproduce such combinations are always internal operations." (Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of Legal System, p.1431).

subsistemas sociais, dentro do sentido possível estabelecido pelo programa jurídico.

Com efeito, no momento da interpretação abre-se espaço para a interferência do sistema social e demais subsistemas no sistema jurídico, pois na escolha de uma entre as várias possibilidades de aplicação de determinada norma jurídica, incidirão diversas informações, enquanto estímulos de fora do sistema jurídico que influenciarão o ato de vontade do intérprete na eleição daquela que mais se acomode às preferências pessoais, pois este, também é sistema autopoiético, da categoria psíquica. A tarefa de interpretação envolve rede complexa de sistemas autopoiéticos, em interação.

Destarte, o intérprete, ao construir a norma, percorrendo os três planos semióticos, deverá, ao final, contextualizá-la ao ambiente em que se insere, em consonância com os horizontes culturais da sociedade. No “plano de aplicação do direito” o homem, pertencente ao contexto social, emprega os signos jurídicos em função de vetores axiológicos e demandas do ambiente.

Sob o paradigma construtivista da linguagem, o órgão julgador construirá a norma de acordo com determinadas preferências heterorreferenciais, pois interesses externos não são de plano repelidos pelo sistema jurídico – há interesses protegidos e outros, não. Disso decorre a obrigação de motivá-la a partir das estruturas internas. Em outras palavras, a atividade de aplicação da norma jurídica não tem caráter declaratório da verdade normativa, mas veicula uma das possíveis significações da norma jurídica, de acordo com interesses em pauta, juridicizando-o.

CAPÍTULO 7

ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA DE ACORDO COM AS PREMISSAS DESENVOLVIDAS ANTERIORMENTE

Nesse capítulo, serão analisados alguns julgados, cujo cerne é a questão veiculada pelo art.110 do Código Tributário Nacional. Muitos dos que são ou que foram discutidos no Judiciário não serão abordados, tendo-se em vista os limites angustos desse trabalho. O que importa reter, contudo, é questão de fundo subjacente a todos eles e aplicável a todos os casos ainda não apreciados.

Caso 1 - Contribuição social incidente sobre pagamentos a administradores e autônomos

A Lei nº 7.787, de 30 de junho de 1989, que veiculou alterações na disciplina da Previdência Social, estabelecia que a contribuição das empresas, incidente sobre a folha de salários, seria recolhida sob a alíquota de 20%, sobre as remunerações pagas aos segurados empregados, além de aos "avulsos, autônomos e administradores"³⁸⁶.

386 "Art. 3º A contribuição das empresas em geral e das entidades ou órgãos a ela equiparados, destinada à Previdência Social, incidente sobre a folha de salários, será:

Entretanto, insurgiram-se os contribuintes contra a exação, na medida em que se entendia que a competência outorgada pela Constituição Federal de 1988, em sua redação originária³⁸⁷, anteriormente à Emenda Constitucional nº 20/1998, limitava a incidência da contribuição sobre a “folha de salários”, a ser paga por “empregador”, o que excluía quaisquer trabalhadores que não mantivessem vínculo empregatício com a empresa. Invocando-se o art. 110 do Código Tributário Nacional, argumentou-se que a expressão “folha de salários” não poderia ter o seu sentido alterado pelo legislador ordinário que, nesse caso, estaria estabelecendo novas fontes de custeio, por veículo introdutor inválido, pois sem observância do §4º, art. 195 do texto constitucional.

Destarte, “empregador”, de acordo com o sistema jurídico brasileiro, especialmente a Consolidação das Leis do Trabalho, art. 3º, é aquele que mantém com o empregado, vínculo empregatício, ou seja, há relação de subordinação e dependência, pagando salários e tomando para si os riscos da atividade econômica. Portanto, relação de subordinação e dependência, enquanto critérios conotativos para o conceito jurídico de “empregado”, não estão presentes na conotação dos conceitos de “autônomos”, “administradores” e “avulsos”³⁸⁸.

I - de 20% sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados empregados, avulsos, autônomos e administradores;”

387 “Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro;

(...)

§4º - A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I.”

388 Sobre esse tema, o Ministro Cezar Peluso manifestou-se no RE 346.084-6/PR: “Noutras palavras, o que se assentou aí foi que a extensão lógico-jurídica da locução constitucional “folha de salários” se atrela ao conceito normativo da classe empregados, representando a soma dos valores que lhes são pagos por conta da relação de trabalho. De modo que, como espécie do gênero ‘valores pagos pela pessoa jurídica por prestação de serviços’, não poderia o legislador federal tomá-la pelo gênero, pois a competência do art. 195, I, se restringe àquela.”

Por outro lado, o entendimento contrário firmou-se no sentido de que, dada a natureza de contraprestação da previdência social, não se poderia excluir nenhuma categoria de segurados do recolhimento, sob pena de se deixar uma população a descoberto, com o conseqüente déficit no sistema previdenciário. Quando a carta constitucional utilizou o termo "salário", portanto, teria abrangido todas as remunerações pagas, não apenas aqueles decorrentes de relação jurídica de trabalho.

O RE 166.772-9/RS, de 12/05/1994, Relator Ministro Marco Aurélio, abordou a constitucionalidade da expressão "autônomos e administradores", sendo julgada inconstitucional pelo Plenário da Suprema Corte, por maioria dos votos, vencidos os Ministros Francisco Rezek, Ilmar Galvão e Carlos Velloso, sob a seguinte ementa (que grifamos):

"INTERPRETAÇÃO - CARGA CONSTRUTIVA - EXTENSÃO. Se é certo que toda interpretação traz em si carga construtiva, não menos correta exsurge a vinculação a ordem jurídico-constitucional. O fenômeno ocorre a partir das normas em vigor, variando de acordo com a formação profissional e humanística do intérprete. No exercício gratificante da arte de interpretar, descabe 'inserir na regra de direito o próprio juízo - por mais sensato que seja - sobre a finalidade que 'conviria' fosse por ela perseguida - Celso Antonio Bandeira de Mello - em parecer inédito. Sendo o Direito uma ciência, o meio justifica o fim, mas não este aquele.

CONSTITUIÇÃO - ALCANCE POLÍTICO - SENTIDO DOS VOCÁBULOS - INTERPRETAÇÃO. O conteúdo político de uma Constituição não é conducente ao desprezo do sentido vernacular das palavras, muito menos ao do técnico, considerados institutos consagrados pelo Direito. Toda ciência pressupõe a adoção de escorreita linguagem, possuindo os institutos, as expressões e os vocábulos que a revelam conceito estabelecido com a passagem do tempo, quer por força de estudos acadêmicos quer, no caso do Direito, pela atuação dos Pretórios.

SEGURIDADE SOCIAL - DISCIPLINA - ESPÉCIES - CONSTITUIÇÕES FEDERAIS - DISTINÇÃO. Sob a égide das Constituições Federais de 1934, 1946 e 1967, bem como da Emenda Constitucional no 1/69, teve-se a previsão geral do tríplice custeio, ficando aberto campo propício a que, por norma ordinária, ocorresse a regência das contribuições. A Carta da República de 1988 inovou. Em preceitos exaustivos - incisos I, II e III do artigo 195 - impôs contribuições, dispondo que a lei poderia criar novas fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecida a regra do artigo 154, inciso I, nela inserta (par. 4º do artigo 195 em comento).

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - TOMADOR DE SERVIÇOS - PAGAMENTOS A ADMINISTRADORES E AUTÔNOMOS - REGÊNCIA. A relação jurídica mantida com administradores e autônomos não resulta de contrato de trabalho e, portanto, de ajuste formalizado a luz da Consolidação das Leis do Trabalho. Daí a impossibilidade de se dizer que o tomador dos serviços qualifica-se como empregador e que a satisfação do que devido ocorra via folha de salários. Afastado o enquadramento no inciso I do artigo 195 da Constituição Federal, exsurge a desvalia constitucional da norma ordinária disciplinadora da matéria. A referência contida no par. 4 do artigo 195 da Constituição Federal ao inciso I do artigo 154 nela insculpido, impõe a observância de veículo próprio - a lei complementar. Inconstitucionalidade do inciso I do artigo 3º da Lei n. 7.787/89, no que abrangido o que pago a administradores e autônomos. Declaração de inconstitucionalidade limitada pela controvérsia dos autos, no que não envolvidos pagamentos a avulsos."

Nesse interessante julgado, discorreu-se sobre a natureza da linguagem e os influxos que sofre, de forças políticas e/ou econômicas. Assim, o voto do Ministro Marco Aurélio abordou a questão nos seguintes termos (grifos nossos):

"Já se disse que 'as questões de nome são de grande importância, porque, elegendo um nome ao invés de outro, torna-se rigorosa e não suscetível de mal-entendido uma determinada linguagem. A purificação da linguagem é uma parte essencial da pesquisa científica, sem a qual nenhuma pesquisa

poderá dizer-se científica' . (Studi Sulla Teoria Generali del Diritto, Torino – G. Giappichelli, edição 1995, página 37). Realmente, a flexibilidade de conceitos, o câmbio do sentido destes, conforme os interesse em jogo, implicam insegurança incompatível com o objetivo da própria Carta que, realmente, é um corpo político, mas o é ante os parâmetros que encerra e estes não são imunes ao real sentido dos vocábulos, especialmente os de contornos jurídicos. Logo não merece agasalho o ato de dizer-se da colocação, em plano secundário, de conceitos consagrados, buscando-se homenagear, sem limites técnicos, o sentido político das normas constitucionais.”

Conforme mencionado, o entendimento que prevaleceu foi no sentido de que não se poderia atribuir ao termo “salário” sentidos diferentes, em consonância com os entendimentos que estavam em disputa, já que sob o prisma do sistema jurídico, esse é conceito bem definido, com feixe normativo próprio, o que lhe reduz a margem de vagueza e ambigüidade. Enquanto espécie do gênero “remuneração”, o salário estaria ao lado de pro labore e honorários, mas não seria seu sinônimo.

Observe-se que não se tratou de se eleger como método interpretativo, o literal, conforme argumento empregado nos votos vencidos, mas sim de se determinar a zona de luminosidade positiva de determinado conceito jurídico, cuja conotação foi claramente prescrita pela norma jurídica. Tratou-se, em verdade, de apreender a significação possível do termo, de acordo com os sistemas que frequenta³⁸⁹.

Portanto, utilizando-se o instrumental teórico aqui proposto, o Judiciário, nessa ocasião, encampou o entendimento de que o sistema jurídico não poderia absorver, sem

389 Nesse sentido, merece destaque o voto do Ministro Celso de Mello: “As expressões empregador, salários e empregado, Sr. Presidente, refletem noções conceituais largamente consolidadas no plano de nossa experiência jurídica. Desse modo, e não obstante o sentido comum que se lhe possa atribuir, esses conceitos encerram carga semiológica que encontra, no discurso normativo utilizado pelo legislador constituinte, plena correspondência com o seu exato, técnico e jurídico significado, do qual não pode o legislador ordinário divorciar-se ao veicular a disciplina de qualquer espécie tributária, sob pena de transgredir o comando inscrito no art.110 do Código Tributário Nacional, que faz prevalecer, consoante adverte Aliomar Baleeiro (‘Direito Tributário Brasileiro’, p.444, 10ª ed., 1993, Forense), ‘o império do Direito Privado (...)quanto à definição, conteúdo e alcance dos institutos, conceitos e formas daquele direito ...’(grifei).”.

qualquer tipo de filtragem, demandas do sistema econômico e político, no caso, o tão propalado déficit da seguridade social³⁹⁰. Uma interpretação que estabelecesse a equivalência dos termos implicaria em forte interferência no sistema jurídico, pois atingiria a Segurança Jurídica, item fundamental de seu programa.

Esse é fundamental case para a resolução de diversos conflitos que florescem na seara tributária e que tem se prestado de norte para diversas discussões, pois muitas terão como questão de fundo, o art. 110 do CTN.

De qualquer sorte, é interessante observar que após a pacificação do entendimento do órgão judicial competente para fixar a interpretação de normas constitucionais, o Legislativo editou a Emenda Constitucional n.20/1998, que alterou o art. 195, I, 'a' da Constituição Federal, incluindo no âmbito de incidência da contribuição previdenciária, as remunerações pagas a autônomos, avulsos e administradores:

“a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;”

Nesse caso, verifica-se que a saída encontrada para que fosse atendida a demanda dos outros sistemas sociais, foi adaptar o programa do sistema jurídico, flexibilizando-o, para lhe dar guarida. A situação anterior, com efeito, foi entendida como transfer automático de demandas, no sistema jurídico.

Caso 2 – Base de cálculo de PIS e COFINS, prescrita pelo art.3º da Lei 9.718/98

No RE nº 346.084-6 o Pleno do Supremo Tribunal Federal, relatoria do Ministro

390 Ainda no brilhante voto do Ministro Marco Aurélio: “Assim enquadrado o direito, o meio justifica o fim, mas não este àquele. Compreendo as grandes dificuldades de caixa que decorrem do sistema de seguridade social pátrio. Contudo, estas não podem ser potencializadas, a ponto de colocar-se em plano secundário a segurança, que é o objetivo maior de uma Lei Básica, especialmente no embate cidadão-Estado, quando as forças em jogo exsurtem em descompasso.”

Marco Aurélio, analisou a constitucionalidade das alterações promovidas pela Lei 9.718/98, lei de conversão da Medida Provisória n. 1.724/98, que modificou a base de cálculo da COFINS e do PIS, em seu art. 3º, § 1º, que define o conceito de faturamento. Discutiu-se na ocasião, que diante da redação original do art. 195, I, da Constituição Federal, anteriormente à a data da promulgação da Emenda Constitucional 20, de 15.12.98, o PIS e a COFINS somente poderiam ser cobrados sobre “faturamento”, entendido como a renda obtida das vendas de mercadorias e serviços.

A Lei Complementar nº 70, de 1991, prescrevia um específico sentido de “faturamento”, no art. 2º, declarado constitucional na Ação Direta de Constitucionalidade nº 1, da relatoria do Ministro Moreira Alves:

“Art. 2º A contribuição de que trata o artigo anterior será de dois por cento e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.

Parágrafo único. Não integra a receita de que trata este artigo, para efeito de determinação da base de cálculo da contribuição, o valor:

a) do imposto sobre produtos industrializados, quando destacado em separado no documento fiscal;

b) das vendas canceladas, das devolvidas e dos descontos a qualquer título concedidos incondicionalmente.”

O art.3º da Lei nº 9718/1998, antes da alteração pela Emenda Constitucional nº 20/98, ampliou a definição de “faturamento”, para incluir quaisquer ingressos, independentemente da classificação contábil, o que, em decorrência, ampliou a base de cálculo da contribuição, pois aí poderiam ser incluídos o resultado de aplicações financeiras, dividendos, royalties, aluguéis, indenizações, dentre outros ingressos:

“Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

§ 1º. Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.”

Ademais, foi analisada a possibilidade de uma lei inconstitucional na origem, receber durante a *vacatio legis*, o fundamento constitucional que lhe faltava antes da entrada em vigor, o que repercutiria na convalidação do art. 3º da Lei 9.718/98 pela Emenda Constitucional 20/98, que alterou a redação do art. 195 da Constituição Federal, para introduzir a receita como base de cálculo das contribuições, pois ao tempo da sua promulgação, não era nesses termos vazado o texto constitucional.

A ementa foi veiculada nos seguintes termos:

“CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE – ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 – EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente.

TRIBUTÁRIO – INSTITUTOS – EXPRESSÕES E VOCÁBULOS – SENTIDO. A norma pedagógica do artigo 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobrepõe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários.

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – PIS – RECEITA BRUTA – NOÇÃO – INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por

peças jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada.”

Atendo-se ao que interessa, as implicações da aplicação do art.110 do CTN, nos votos dos Ministros, analisar-se-ão algumas passagens valiosas para esse estudo.

O Ministro Gilmar Mendes entendeu que não há conceito definitivo de faturamento incorporado ao texto constitucional, pois a referência a “faturamento” contida no art. 195, é norma constitucional aberta e de feição institucional, que já admitiu acepções diversas daquela adotada no âmbito do direito comercial, em outros julgados da Corte, negando provimento ao recurso:

“Na tarefa de concretizar normas constitucionais abertas, a vinculação de determinados conteúdos ao texto constitucional é legítima. Todavia, pretender eternizar um específico conteúdo em detrimento de todos os outros sentidos compatíveis com uma norma aberta constitui, isto sim, uma violação à Constituição. Representaria, ainda, significativo prejuízo à força normativa da

Constituição, haja vista as necessidades de atualização e adaptação da Carta Política à realidade. Tal perspectiva é sobretudo antidemocrática, uma vez que impõe às gerações futuras uma decisão majoritária adotada em uma circunstância específica, que pode não representar a melhor via de concretização do texto constitucional.”

Os fundamentos para tal afirmação, qual seja, o art.195, I da CF/88 como “norma aberta”, foram precedentes do Supremo Tribunal Federal, evolução histórica das contribuições, que apontavam, desde sempre, a não equivalência do sentido de “faturamento” na legislação tributária e comercial e, finalmente, a natureza institucional de faturamento.

O fundamento que mais interessa, contudo, é o relativo ao “caráter institucional” do critério “faturamento”, que parece o mais relevante, no voto visto como um todo. Transcrevemos uma passagem sobre o tema (com grifos nossos):

“Em verdade, tal como o próprio complexo normativo constitucional relativo à seguridade social, observa-se que o critério para tributação denominado faturamento, contido no art. 195, assume feição nitidamente institucional. E isso não é novidade no Direito Constitucional, havendo uma plethora de normas constitucionais garantidoras de realidades institucionais que não encontram uma definição de seus limites no texto da Constituição (e.g. propriedade, liberdade, família, consumidor, etc.). Tal fenômeno também ocorre no âmbito das normas constitucionais tributárias, bastando lembrar dos conceitos de renda, confisco, grande fortuna, etc.

Observo, ainda, que a própria seguridade social, em que se insere o parâmetro constitucional de controle do caso em exame, possui feição eminentemente institucional. E configura-se como tal antes e após a EC nº 20/98.

(...)

A seguridade social, autêntica realidade institucional disciplinada constitucionalmente entre nós, obriga o legislador a promulgar um complexo normativo que assegure sua existência, funcionalidade e utilidade pública e privada. A fonte de custeio da seguridade social, prevista no art. 195, I, da Constituição, que serve de parâmetro à alegação de inconstitucionalidade ora em exame, por certo não encontra no texto da Carta disciplina suficiente ou exaustiva. Ao contrário, assume feição típica das instituições. Não há, ali, um conceito estático de folha de salários, de rendimentos, de receita, de faturamento ou de lucro. Como realidade institucional, aquela fonte de custeio assume feição dinâmica, em que a definição de seu conteúdo está aberta a múltiplas concretizações.”

Verifica-se que, tal como nos casos da incidência na folha de salários, sobre a qual se discorreu anteriormente, desloca-se o eixo da questão à necessidade de operacionalidade da seguridade social, que aqui se deve ler como custeio sendo que, nos votos vencidos do RE 166.772-9/RS, tal argumentação escudava-se nas formas de custeio da seguridade, especialmente no princípio do universalismo da seguridade soci-

al, enquanto no voto em tela, no “caráter institucional” do conceito que, para sua garantia, demandariam “caráter dinâmico, aberto a múltiplas concretizações”.

Novamente, deve ser reiterada a visão segundo a qual, esses critérios são extrajurídicos, advindos da necessidade orçamentária de custeio da seguridade, nas quais o quantum devido a título de contribuição é visto no seu caráter pecuniário e não mais de relação jurídica. Também se vislumbra interferência do sistema político, de inclusão generalizada da população nos programas de seguridade social, no âmbito de um Estado pretensamente de Bem – Estar Social.

O “caráter institucional” segundo a acepção com a qual se operou ao longo do trabalho, só autorizaria a afirmar, sob a exclusiva ótica do sistema jurídico, que este estabeleceu um feixe normativo próprio para determinado conceito jurídico, de forma que verificada a existências de seu critério de conotação, deve ser tais e quais normas. Precisamente esse feixe normativo que viabiliza a proteção do instituto.

Entretanto, ainda que tais normas veiculem a proteção aos mais caros anseios de determinada sociedade, sendo dotadas de alto teor axiológico, jamais poderiam veicular mandamento que implicasse a própria ruptura do fechamento operacional do sistema jurídico - o tal caráter aberto dessa categoria normativa a demandas econômicas de eficiência no custeio da seguridade social ou políticas de inclusão generalizada da população nos programas sociais, não seria operação a ser processada pelo sistema jurídico.

O sistema jurídico somente processaria o que estivesse veiculado em seus programas normativos, ou seja, no direito positivo e tudo sob seu específico código binário.

Não se pode assumir que o “caráter institucional” daria ensejo a uma “feição dinâmica”, em que “a definição de seu conteúdo está aberta a múltiplas concretizações”. Não se olvida que, fortes nas premissas eleitas, entende-se ser possível, no âmbito da interpretação, a abertura a várias possibilidade semânticas. Todavia, a cada uma delas, deve corresponder uma fundamentação a ser encontrada no interior do próprio sistema jurídico, o que, desde logo, implicará a existência de um conteúdo mínimo de significação

para os termos empregados, que delimitará o marco inicial para a zona de indeterminação lingüística. As mencionadas “múltiplas concretizações” podem ser construídas a partir daí, do contrário, estar-se-ia diante de arbitrariedade e não discricionariedade.

No voto analisado, embora não apregoe a total liberdade significativa do termo, não logra trazer um *discrimen* jurídico para justificar a acepção de faturamento encontrada no art.3º da Lei n.9718/98, exceto a “compatibilidade do dever de contribuir do indivíduo com o interesse da comunidade”, o que, conforme dito, remete-se aos sistemas econômico e político. Ademais, a invocação do esgarçado princípio da proporcionalidade, que estabeleceria que as “restrições ou ampliações legais sejam adequadas, necessárias e proporcionais” e legitimaria a ampliação da base de cálculo das contribuições, possui conotação e denotação flácidos o suficiente, para dar guarida a quaisquer critérios, inclusive aqueles encontrados fora do sistema jurídico, encobrendo-os com aparência de juridicidade. É o que se depreende (com grifos nossos):

“As disposições legais a ela relativas têm, portanto, inconfundível caráter concretizador e interpretativo. E isto obviamente não significa a admissão de um poder legislativo ilimitado. Nesse processo de concretização ou realização, por certo serão admitidas tão-somente normas que não desbordem os múltiplos significados admitidos pelas normas constitucionais concretizadas. Na perspectiva de proteção a direitos individuais, tais como as prerrogativas constitucionais dos contribuintes, deverá ser observado especialmente o princípio da proporcionalidade, que exige que as restrições ou ampliações legais sejam adequadas, necessárias e proporcionais.

Enfim, a faculdade confiada ao legislador de regular o complexo institucional da seguridade, assim como suas fontes de custeio, obriga-o a compatibilizar o dever de contribuir do indivíduo com o interesse da comunidade. Essa necessidade de ponderação entre o interesse individual e o interesse da comunidade é, todavia, comum a todos os direitos fundamentais, não sendo uma especificidade da seguridade social.

Neste passo, reconhece-se que a seguridade social, instituição que entre nós encontra disciplina constitucional, está submetida a um permanente e intenso

processo de concretização. O fenômeno é o mesmo quando se discute especificamente a fonte de custeio da seguridade prevista no art. 195, I, da Constituição, ora concretizada por meio da Lei nº 9.718, de 1998.

Fixados tais pressupostos, não se afigura admissível qualquer leitura que pretenda incorporar ao vocábulo faturamento, contido no inciso I do art. 195 da Constituição, um sentido único e imutável. Tal perspectiva implicaria negar a realidade institucional do parâmetro definidor daquela fonte de custeio da seguridade social..”

Outra passagem do mencionado voto que vai de encontro com o exposto em linhas anteriores, é da característica primordial da qual nossa Constituição é dotada - a rigidez. Disso decorre que, ao atribuir competência tributária, remetendo-se a um conceito jurídico com contornos previamente delimitados, fez uma opção, de restringir a competência naqueles termos e não em outros. Caso contrário, o próprio texto constitucional trataria de empregar outros termos jurídicos, mais amplos ou mais restritos. Da própria estrutura constitucional, segue que se explicitou em seus enunciados prescritivos, determinados conceitos, definições ou institutos, não “conferiu ao legislador amplo poder de conformação”, até mesmo porque haveria aí um contra senso. Entretanto, foi nesse sentido que caminhou o voto, como se verifica (com grifos nossos):

“Em conclusão, rejeito a tese formulada neste recurso extraordinário que, em síntese, pretende incorporar ao texto constitucional definições meramente legais ou doutrinárias de faturamento. Tal tese importaria em interpretação da Constituição conforme à lei, o que é um equívoco.

Não há uma única definição ou uma única delimitação possível da expressão “faturamento” que possua status constitucional. Ao contrário, tal como ocorre com outras realidades institucionais, nesse ponto a Constituição conferiu ao legislador amplo poder de conformação. E a conformação positivada no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, por certo não ofende o art. 195, I, da Constituição, seja em sua redação original seja na redação fixada pela EC 20. Lembre-se, mais uma vez, que esse entendimento segue e reforça a linha já traçada por esta Corte nos precedentes citados, no sentido de que, sob o manto do art. 195, I, da Constituição, são admissíveis definições de

faturamento que não correspondam de modo ortodoxo àquele conceito adotado no âmbito do direito comercial.”

O voto do Ministro Cezar Peluso foi o que mais perto caminhou das premissas eleitas, em seus fundamentos, dando provimento ao recurso, para declarar a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98. Quanto ao caput do art. 3º, declarou constitucional, dando-lhe interpretação conforme à Constituição. Entendeu que o § 1º do art. 3º da Lei 9.718/97, ao ampliar o conceito de receita bruta para toda e qualquer receita, violou a noção de faturamento pressuposta no art. 195, I, b, da CF, antes da Emenda Constitucional 20/98, que equivaleria ao de receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, de forma que restou afrontado o § 4º do art. 195 da CF, pois teria havido a instituição de nova fonte de custeio de seguridade, à revelia do mandamento do art. 154, I, da CF.

O cerne de sua fundamentação foi a natureza vaga e ambígua da linguagem jurídica, que são afastadas pelo legislador pela atribuição de sentidos específicos a certos termos, bem como pelo “conteúdo semântico mínimo recognoscível a cada vocábulo” oriundos da linguagem natural ou técnica, das quais se nutre o direito positivo, que lhes atribui um “ limite de resistência”. Se o legislador tem o intuito de atribuir nova significação a um termo apropriado de outros sistemas, explicita-o através de normas jurídicas que veiculam definições específicas, do contrário, entende-se que o espectro semântico foi preservado. Eis trecho do voto (com grifos nossos):

“Mostrou SAUSSURE que ninguém pode duvidar de que o termo (signo lingüístico) não decorre da natureza do objeto (significado), mas é estipulado arbitrariamente pelos usuários da linguagem, mediante consenso construído ao longo da história, em torno de um código implícito de uso. As palavras (signos), assim na linguagem natural, como na técnica, de ambas as quais se vale o direito positivo para a construção do tecido normativo, são potencialmente vagas, “esto es, tienen un campo de referencia indefinido consistente em un foco o zona central y una nebulosa de incertidumbre”. Mas isso também significa que, por maiores que sejam tais imprecisões, há sempre um limite de resistência, um conteúdo semântico mínimo recognoscível a cada vocábulo, para

além do qual, parafraseando ECO, o intérprete não está “autorizado a dizer que a mensagem pode significar qualquer coisa. Pode significar muitas coisas, mas há sentidos que seria despropositado sugerir”. Para afastar ambigüidades ou construir significados no discurso normativo, pode o legislador atribuir sentidos específicos a certos termos, como o faz, p. ex., no art. 3º do Código Tributário Nacional, que impõe a definição de tributo.

Na grande maioria dos casos, porém, os termos são tomados no significado vernacular corrente, segundo o que traduzem dentro do campo de uso onde são colhidos, seja na área do próprio ordenamento jurídico, seja no âmbito das demais ciências, como economia (juros), biologia (morte, vida, etc.), e, até, em outros estratos lingüísticos, como o inglês (software, internet, franchising, leasing), sem necessidade de processo autônomo de elucidação.

Quando o legislador, para responder a estratégias normativas, pretende adjudicar a algum velho termo, novo significado, diverso dos usuais, explicita-o mediante construção formal do seu conceito jurídico-normativo, sem prejuízo de fixar, em determinada província jurídica, conceito diferente do que usa noutra, o que pode bem ver-se ao art. 327 do Código Penal, que define “funcionário público” para efeitos criminais, e ao art. 2º da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), que atribui, para seus fins, análogo conceito à expressão “agente público”.

Quando não haja conceito jurídico expresso, tem o intérprete de se socorrer, para a re-construção semântica, dos instrumentos disponíveis no próprio sistema do direito positivo, ou nos diferentes corpos de linguagem.

Como já exposto, não há, na Constituição Federal, prescrição de significado do termo faturamento. Se se escusou a Constituição de o definir, tem o intérprete de verificar, primeiro, se, no próprio ordenamento, havia então algum valor semântico a que pudesse filiar-se o uso constitucional do vocábulo, sem explicitação de sentido particular, nem necessidade de futura regulamentação por lei inferior. É que, se há correspondente semântico na ordem jurídica, a presunção é de que a ele se refere o uso constitucional.

Quando u'a mesma palavra, usada pela Constituição sem definição expressa nem contextual, guarde dois ou mais sentidos, um dos quais já incorporado ao ordenamento jurídico, será esse, não outro, seu conteúdo semântico, porque seria despropositado supor que o texto normativo esteja aludindo a objeto extrajurídico."

Assim, o sentido mínimo de "faturamento" foi buscado no direito positivo brasileiro, no Código Comercial, que empregava o termo "fatura" em diversas passagens, com conteúdo semântico de "documento representativo da venda mercantil"; a Lei nº 5.474/1968 (Lei das Duplicatas) em seu art. 1º enuncia que a fatura emitida pelo vendedor é representativa de compra e venda mercantil; sob roupagens atuais, a atividade comercial, de acordo com o art. 966 do Código Civil, implica "atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços; a Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/1976) prescreve no art.177 que a escrituração da companhia "será mantida em registros permanentes, com obediência aos preceitos da legislação comercial e desta Lei e aos princípios de contabilidade geralmente aceitos", apropriando-se de conceitos contábeis para regular a elaboração das demonstrações financeiras.

Mais adiante alude ao caráter rígido de demarcação de competências tributárias, fazendo remissão ao art.110 CTN, bem como ao caráter sistemático do ordenamento jurídico, os quais fincariam firmes balizas à atuação do legislador infraconstitucional que, ultrapassadas, ensejariam a "corrupção legal dos termos e conceitos usados ou supostos pela Constituição da República":

"Tal atribuição legal de denotação ou significado mais extenso, que compreende todos os elementos do gênero ou classe de receitas, seria válida, se não afrontasse o alcance do texto constitucional que usa o termo faturamento, para outorga de competência tributária, com conteúdo semântico mínimo, sem o qual seria impossível observar e controlar os limites dessa mesma competência constitucional, assim como seria impossível preservar todo o grave alcance da proibição constitucional de prisão civil por dívida (art. 5º, LXVII), se não fosse compreensível e restrita a condição jurídica de depositário infiel.

Apesar de parecer expletivo, ante a própria inteligência do sistema, o qual já não permite alteração da competência tributária pelo ente federado que a recebe, dada a rigidez constitucional, é, a respeito, peremptório o art. 110 do Código Tributário(...)

É claro que o preceito não serve a interpretar a Constituição, mas tem eficácia enquanto predica sanção de invalidez às normas tributárias que a contrariem nos aspectos enunciados. E não deixa de confirmar que a Constituição da República usa, implicitamente, conceitos de direito privado para definir ou limitar competências tributárias.

Ao outorgar à União competência para instituir contribuição social sobre o faturamento, o constituinte originário indicou-lhe desde logo, de modo expresse, o fato gerador (hipótese de incidência) e a base de cálculo possíveis, interditando ipso facto à lei subalterna alargar ou burlar tais limites mediante subterfúgios lingüísticos ou conceituais, como, p. ex., alteração dos significados normativos incorporados pela Constituição."

O voto do Ministro Eros Grau negou provimento ao recurso, por entender que a Emenda Constitucional 20/98 seria hábil a convalidar a Lei n.9718/98, porque fora publicada anteriormente a sua vigência, bem como não fora ou ainda declarada inconstitucional.

Inicia seu voto discorrendo sobre seu modelo de classificação dos conceitos, inspirado na obra de Ascarelli, fundado nas diferentes funções na linguagem jurídica - [i] os conceitos jurídicos meramente formais, [ii] as regulae juris e [iii] os conceitos tipológicos [fattispecie] – para enquadrar "faturamento" na extensão dos conceitos jurídicos tipológicos [fattispecie], que se "referem a fatos típicos da realidade".

Num segundo momento, recorre às lições de John Hospers para afirmar que os conceitos seriam como "rótulos convencionais sobre determinadas garrafas", o que poderia ser feito de modo arbitrário:

“Ora, o artigo 3º da Lei n. 9.718/98 não diz mais do que isso. Seu § 1º é que vai além, para afirmar que ali - e ali não se cogita de faturamento, mas de receita bruta - se trata da totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para tais receitas. Voltando a HOSPERS: a lei esclareceu o sentido que atribuiu ao termo ‘receita bruta’ – ‘qualquer um pode usar o ruído que quiser para se referir a qualquer coisa, contanto que esclareça o que designa o ruído em questão’.

Esse § 1º do artigo 3º da Lei n. 9.718/98 veicula uma definição jurídica. Os conceitos jurídicos, vimos, são expressados através de termos: o termo é o signo do conceito. Ora, porque esses termos são colhidos na linguagem natural, que é virtualmente ambígua e imprecisa, inúmeras vezes textos normativos operam a enunciação estipulativa de conceitos, ou seja, definem os seus respectivos termos. O que se tem referido por ‘conceito estipulativo ou legal’ corresponde, em regra, a uma definição, que o texto normativo.”

E, essa toada, de que haveria ampla liberdade de construção de “conceito estipulativo”, parece se confirmar pela forma como continua a conduzir o seu voto:

“O momento é propício para a afirmação de que, em verdade, a Constituição nada diz; ela diz o que esta Corte, seu último intérprete, diz que ela diz. E assim é porque as normas resultam da interpretação e o ordenamento, no seu valor histórico-concreto, é um conjunto de interpretações, isto é, conjunto de normas; o conjunto das disposições (textos, enunciados) é apenas ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potenciais.”

Entretanto, quando se avançava em direção às conclusões, de que haveria abertura cognoscitiva alheia ao fechamento operacional do sistema jurídico, que poderia conduzir a transfers automáticos de informações do ambiente, consoante valores “históricos-concretos”, que adaptariam o texto constitucional ao um ambiente de constantes mutações, permitindo a “aposição de quaisquer rótulos” aos conceitos jurídicos,

desloca-se o seu eixo de argumentação para a questão da recepção: o § 1º do artigo 3º da Lei n. 9.718/98, como não teria sido retirada do ordenamento jurídico, “continua a ter existência de modo [re]novado”, sob novo fundamento de validade, a Emenda Constitucional 20/98.

Destarte, ao deslocar o eixo da discussão, esteia as premissas outrora perfiladas e problematizadas, sob outros fundamentos, que não tinham sido, até então, expostos nas premissas, o que se entende consubstanciar um mecanismo para revestir de aparente legitimidade as premissas adotadas que inevitavelmente conduziriam a uma conclusão de inconstitucionalidade, se fossem mantidas a coerência da estruturação interna do raciocínio silogístico. Nas suas palavras, transformou a análise do conflito em “meramente um jogo formal”. Diz o voto do Ministro Eros Grau:

“Ora, a Lei n. 9.718 foi publicada no dia 28 de novembro de 1.998, vinte dias antes da vigência da EC 20/98. Sua eficácia foi protraída para o dia 1º de fevereiro de 1.999, mercê da anterioridade nonagesimal. Não produziu nenhum efeito anteriormente à vigência da nova emenda constitucional, até então gozando de presunção de constitucionalidade, tendo sido por ela recebida. A inconstitucionalidade pretérita não declarada resultou superada pelo recebimento do preceito veiculado no § 1º do artigo 3º da Lei n.9.718/98 pela EC 20/98.

São por certo ponderáveis as razões do voto do eminente Ministro CEZAR PELUSO, sempre brilhantes e fundamentadas. Concebido porém o ordenamento como expressão de uma ordem concreta, histórica e cultural e admitido que a força normativa da Constituição que cumpre privilegiar é a afirmada pelo texto mais atual — e aqui é necessário pensarmos essa ordem como uma continuidade que se reproduz no tempo, permanecendo diuturnamente contemporânea à realidade — teremos, ao nos afastarmos do puro normativismo, que o recebimento do preceito de que se cuida pela EC 20/98 supera qualquer vício cuja consistência dependeria do confronto com a redação anterior do texto constitucional, que já não produz nenhuma consequência jurídica. Esta Corte já se manifestou nesse sentido ao apreciar o AgR-AI n.

113.353/SP, Relator o Ministro SIDNEY SANCHES, e o AgR-AI n. 114.375/RJ, Relator o Ministro OCTÁVIO GALLOTTI. Digo-o com todas as vênias: o pensamento que conduz à declaração, agora, de inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei n.9.718/98, de modo a negar o seu recebimento pela Constituição emendada é expressivo de puro normativismo formal: tanto é que, para ele, a simples republicação da lei vinte dias após seria suficiente para torná-la constitucional...”

Ora, o núcleo da controvérsia era precisamente o alargamento da base de cálculo sem atribuição de competência, porque não havia ainda a Emenda Constitucional 20/98. Embora não seja o objetivo do trabalho analisar a incisiva questão da constitucionalidade das emendas constitucionais, em tese, elas legitimariam a ampliação da base de cálculo, porque o nosso sistema estabelece que o órgão credenciado para atribuir competências é o legislador constitucional. Portanto, a necessidade de ampliação de arrecadação, como input do ambiente, seria processada enquanto comunicação jurídica.

O voto do Ministro Celso de Mello merece ser destacado, por ponderar sobre os problemas ligados às interferências de outros subsistemas sociais no jurídico, que designou como “avaliações discricionárias fundadas em razões de pragmatismo governamental”. A única forma de manter a homeostase do sistema jurídico é a submissão ao direito positivo estabelecido no texto constitucional. Obviamente, ainda que não estribado no modelo teórico aqui utilizado, é intuitiva a noção de que a tolerância a reiteradas intromissões, especialmente as políticas e as econômicas no sistema jurídico, acabam por afetar a sua operacionalidade. Vejamos (com nossos grifos):

“Tenho salientado, em diversas decisões que proferi no Supremo Tribunal Federal (RTJ 144/435-436, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RE 428.354/RS, Rel.Min. CELSO DE MELLO, v.g.), que os desvios inconstitucionais do Estado, no exercício do seu poder de tributar, geram, na ilegitimidade desse comportamento do aparelho governamental, efeitos perversos, que, projetando-se nas relações jurídico-fiscais mantidas com os contribuintes, deformam os princípios que estruturam a ordem jurídica, subvertem as finalidades do sistema

normativo e comprometem a integridade e a supremacia da própria Constituição da República.

Cumpra assinalar, por isso mesmo, que o caso ora em exame justifica, plenamente, que se reiterem tais asserções, pois é necessário advertir que a prática das competências impositivas por parte das entidades políticas investidas da prerrogativa de tributar não pode caracterizar-se como instrumento, que, arbitrariamente manipulado pelas pessoas estatais, venha a conduzir à destruição ou ao comprometimento da própria ordem constitucional.

A necessidade de preservação da incolumidade do sistema consagrado pela Constituição Federal não se revela compatível com pretensões fiscais contestáveis do Poder Público, que, divorciando-se dos parâmetros estabelecidos pela Lei Magna, busca impor ao contribuinte um estado de submissão tributária absolutamente inconvincente com os princípios que informam e condicionam, no âmbito do Estado Democrático de Direito, a ação das instâncias governamentais.

Bem por isso, tenho enfatizado a importância de que o exercício do poder tributário, pelo Estado, deve submeter-se, por inteiro, aos modelos jurídicos positivados no texto constitucional, que institui, em favor dos contribuintes, decisivas limitações à competência estatal para impor e exigir, coativamente, as diversas espécies tributárias existentes.”

E mais adiante:

“O respeito incondicional aos princípios constitucionais evidencia-se como dever inderrogável do Poder Público. A ofensa do Estado a esses valores - que desempenham, enquanto categorias fundamentais que são, um papel subordinante na própria configuração dos direitos individuais ou coletivos - introduz, de um lado, um perigoso fator de desequilíbrio sistêmico e rompe, de outro, por completo, a harmonia que deve presidir as relações, sempre tão estruturalmente desiguais, entre os indivíduos e o Poder.”

E entendeu estar-se diante de situação desse quilate, no caso da ampliação do conceito de "faturamento" para efeitos de constituição do critério quantitativo das contribuições, na medida em que o seu critério fundante é econômico, como se depreende (com nossos grifos):

"Veja-se, pois, que, para efeito de definição e identificação do conteúdo e alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, o Código Tributário Nacional, em seu art. 110, "faz prevalecer o império do Direito Privado - Civil ou Comercial..." (ALIOMAR BALEEIRO, "Direito Tributário Brasileiro", p. 687, item n. 2, atualizada pela Professora MISABEL ABREU MACHADO DERZI, 11ª ed., 1999, Forense - grifei), razão pela qual esta Suprema Corte, para fins jurídico-tributários, não pode recusar a definição que, aos institutos, é dada pelo direito privado, sob pena de prestigiar, no tema, a interpretação econômica do direito tributário, em detrimento do postulado da tipicidade, que representa, no contexto de nosso sistema normativo, projeção natural e necessária do princípio constitucional da reserva absoluta de lei em sentido formal, consoante adverte o magistério da doutrina (GILBERTO DE ULHÔA CANTO, "in" Caderno de Pesquisas Tributárias nº 13/493, 1989, Resenha Tributária; GABRIEL LACERDA TROIANELLI, "O ISS sobre a Locação de Bens Móveis", "in" Revista Dialética de Direito Tributário, vol. 28/7-11, 8-9)."

Caso 3- Imposto sobre Serviços de qualquer Natureza incidente sobre Locações de Bens Móveis

No RE nº 116.121-3-SP, novamente volta o tema do art.110 CTN, discutindo-se os limites do papel do legislador ordinário na aplicação de conceito constitucional, para fins de estabelecimento de competência tributária. O STF julgou inconstitucional a exigência de imposto sobre serviços na "locação de bens móveis", por extrapolar o conceito de "serviços" pressuposto pela Constituição na outorga de competência aos municípios, cuja ementa foi nos seguintes termos:

“TRIBUTO – FIGURINO CONSTITUCIONAL. A supremacia da Carta Federal é conducente a glosar-se a cobrança de tributo discrepante daqueles nela previstos.

IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS – CONTRATO DE LOCAÇÃO. A terminologia constitucional do Imposto Sobre Serviços revela o objeto da tributação. Conflita com a Lei Maior dispositivo que imponha o tributo considerado contrato de locação de bem móvel. Em direito, os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprio, descabendo confundir a locação de serviços com a de móveis, práticas diversas regidas pelo Código Civil, cujas definições são de observância inafastável – art. 110 do Código Tributário Nacional.”

A locação de bens móveis, item 79 da lista de serviços do Decreto n.406/68, desbordaria do conceito de prestação de serviços, conforme a competência tributária atribuída aos Municípios, na medida em que trata de obrigação de dar - entrega de bem locado - e não de fazer, não havendo prestação por parte do locador. A estrutura de ambas as obrigações estava inscrita no Código Civil de 1916, nos arts. 1188 (locação) e 1216 (serviços).

Observe-se que a matéria já tinha sido objeto do RE n.112.947-6/SP³⁹¹ (DJ 07/08/1987), da relatoria do Ministro Carlos Madeira, em que se tinha atribuído um sentido amplo para “prestação de serviços”, para incluir locação de bens móveis, sob fundamento de que deveria ser levada em conta a realidade econômica subjacente à relação jurídica. A ementa foi transcrita nos seguintes termos:

“TRIBUTÁRIO. ISS na locação de bens móveis o que se destaca, ‘utilitatis causa, na locação de bens móveis, não é apenas o uso e gozo da coisa, mas sua utilização na prestação de um serviço. leva-se em conta a realidade econômica, que é a atividade que se presta com o bem móvel, e não a mera obrigação de dar, que caracteriza o contrato de locação, segundo o artigo 1188 do Código Civil. Na locação de guindastes, o que tem relevo é a ativida-

391 No mesmo sentido, foi o RE 115.103/SP.

de com eles desenvolvida, que adquire consistência econômica, de modo a tornar-se um índice de capacidade contributiva do imposto sobre serviços. Recurso não conhecido”.

O voto vencido do Ministro Octávio Gallotti, fez menção aos julgados mencionados, chancelando-os, fazendo remissão ao voto do Relator do RE 112.947-6, Ministro Carlos Madeira, que se manifestou nos seguintes termos (com nossos grifos):

“O que se destaca, utilitatis causa, na locação, não é apenas o uso e gozo da coisa, mas sua utilização na prestação de serviços. Aí está o fato gerador do imposto sobre serviços. Leva-se em conta a realidade econômica, que é a atividade que se presta com o bem móvel, e não a mera obrigação de dar, que caracteriza a locação, segundo o art.1188 do Código Civil. Só assim o poder de tributar pode alcançar a relação jurídica, levando-se em conta a sua consistência econômica.

É o que se dá precisamente na locação de guindastes, por parte do recorrente: não se cuida de locação de coisas móveis, mas do fato da sua atividade, desenvolvida com os guindastes, pelos serviços que com eles são prestados, adquirirem consistência econômica, de modo a tornar um índice de capacidade contributiva do Imposto sobre Serviços.

Não há, assim, contrariedade à norma do art. 24, II, da Constituição ou violação do art.110 do Código Tributário Nacional, na inclusão da locação de bens móveis na Lista de Serviços do Decreto-lei n.406/68, com a redação do Decreto-lei 834/69.”

Verifica-se que o entendimento expendido é explícito no preterimento das normas do direito positivo, em prol de demandas do sistema econômico, entendendo legítimas as interferências nesses termos. Em outras palavras, parte da necessidade de se alcançar, pela via de tributação, o signo presuntivo de riqueza, para depois, construir argumento ou mecanismo que pudesse se adequar à premissa. Ao estabelecer que com o bem móvel locado, o locatário irá prestar serviços, admite que o fato jurídico tributário irá se verificar nessa outra relação jurídica, indo, em tese, além de qualquer possibilidade da legislação

tributária, pois oneraria, inclusive, aquele que não é o legítimo sujeito passivo.

O Ministro Ilmar Galvão, que negou provimento ao recurso, manifestou-se também no sentido da total prevalência da interpretação econômica. Isto porque seu argumento aponta para a prestação de serviços secundários em relação à locação, como hábeis a afastar sua estruturação como obrigação de dar, bem como o fato de que, caso não tributado pelo ISS, não o seria também pelo ICMS por não haver circulação de mercadorias, configurando-se, assim, hipótese de não-incidência, o que seria inadmissível, frente aos grandes valores pecuniários envolvidos nesses contratos.

Ora, na verdade, não há óbice à tributação dos serviços secundários de forma individualizada. Entretanto, o que impressionou o Ministro, foi o fato de esses contratos ficarem no campo da não-incidência. Absurda apenas sob o ponto de vista econômico, porque envolve expressivas quantias, mas perfeitamente admissível para o sistema jurídico, que opera sob os vetores da legalidade e segurança. Transcreve-se a passagem do voto (com grifos nossos):

“Vale dizer que a locação envolve prestação de serviço. Manter um guindaste em funcionamento envolve serviços de manutenção. Assegurar o uso pacífico, exige uma assistência permanente, que implica prestação de serviço.

Daí, a inclusão do contrato na relação de serviços tributados pelo ISS.

O que se pretende, nesse caso, é a isenção de tributos sobre uma das atividades econômicas certamente das mais lucrativas, porquanto das mais exploradas presentemente, visto que, não sendo prestação de serviço, muito menos será circulação de mercadorias. Assim, não serve de base a nenhum dos tributos previstos na Constituição, o que soa inteiramente absurdo, não sendo de ser admitido.”

Em ambos os votos, aliás, verifica-se que, com a preponderância do foco econômico, não se poderia ignorar a riqueza envolvida nos contratos de locação desses equi-

pamentos.

Destarte, é nesse sentido o voto do Ministro Marco Aurélio, ao invocar o art.110 CTN, para dirimir a controvérsia (com grifos nossos):

“O preceito veio ao mundo jurídico como um verdadeiro alerta ao legislador comum, sempre a defrontar-se com a premência do Estado na busca de acréscimo de receita.

(...)

Em síntese, há de prevalecer a definição de cada instituto, e somente a prestação de serviços, envolvido na via direta o esforço humano, é fato gerador do tributo em comento. Prevalece a ordem natural das coisas cuja força surge insuplantável; prevalecem as balizas constitucionais e legais, a conferirem segurança às relações Estado-contribuinte; prevalece, alfim, a organicidade do próprio Direito, sem a qual tudo será possível no agasalho de interesses do Estado, embora não enquadráveis como primários.”

No que é seguido pelo Ministro Celso de Mello:

“Tenho para mim, na mesma linha de entendimento exposta por AIRES FERNANDINO BARRETO (Revista de Direito Tributário, vol.38/192) e por CLÉBER GIARDINO (Revista de Direito Tributário, vol.38/196), que a qualificação da ‘locação de bens móveis’, como serviço, para efeito de tributação municipal mediante incidência do ISS, nada mais significa do que a inadmissível e arbitrária manipulação, por lei complementar, da repartição constitucional de competências impositivas, eis que o ISS somente pode incidir sobre obrigações de fazer, a cuja matriz constitucional não se ajusta a figura contratual da locação de bens móveis.

Cabe advertir, neste ponto, que a locação de bens móveis não se identifica e nem se qualifica, para efeitos constitucionais, como serviço, pois esse negócio jurídico – considerados os elementos essenciais que lhe compõem a estrutura material – não envolve

a prática de atos que consubstanciam um praestare ou um facere.”

Caso 4-Base de cálculo da PIS e COFINS – exclusão do ICMS

Na mesma linha dos casos anteriores, o Pleno do Supremo Tribunal Federal está apreciando a constitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS, conforme autorizado pelo art. 2º, parágrafo único, da LC 70/91, no RE n.240785.

Embora ainda não haja julgamento definitivo, o resultado parcial do julgamento conta com seis votos favoráveis ao contribuinte, nos quais se reconhece a impossibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições, sob o fundamento de que a base de cálculo da soma pode incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços, ou seja, sobre a riqueza obtida com a realização da operação, e não sobre ICMS, que constitui ônus fiscal e não faturamento³⁹².

O Ministro Eros Grau, negou provimento ao recurso por entender que o montante do ICMS integra a base de cálculo da COFINS, porque está incluído no faturamento, haja vista que é imposto indireto que se agrega ao preço da mercadoria.

Destarte, o argumento do voto divergente é flagrantemente fundado em critérios extrajurídicos, pois, além das questões relativas ao próprio conceito de faturamento, funda-se em questão alheia ao sistema jurídico: a inclusão dos valores despendidos com a tributação, na composição de custos de venda de mercadorias de bens e serviços.

Com efeito, essa questão conduz à velha conhecida discussão sobre tributos diretos e indiretos, sobre a qual, é bem verdade, não houve consenso nos tribunais, havendo parte da jurisprudência que encampa o entendimento de que haveria tributos, os indiretos, como o ICMS e o IPI, que repercutiriam nas cadeias econômicas, pelo meca-

392 Art. 195. A seguridade social será financiada... mediante recursos provenientes... das seguintes contribuições sociais: I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:... b) a receita ou faturamento.”

nismo de tomada de créditos e que por isso, teriam seus custos repassados ao consumidor final, o real contribuinte, o contribuinte de fato daquelas exações.

Sob outro enfoque, esse repasse de valores na formação de custos não teria relevância para o sistema jurídico, porque refugiria ao código lícito/ilícito, sendo questão submetida aos códigos do sistema econômico (ter/não ter), com objetivo de incremento da eficiência econômica.

O sistema jurídico, em suas operações, apenas consegue visualizar aqueles que estão envolvidos nos processos de comunicação jurídica, ou seja, os sujeitos que mantêm relação jurídica, no caso, o ente tributante e o contribuinte de direito. A forma de alocação desses valores é algo que faz parte do ambiente, pois para o sistema jurídico trata-se da obrigação decorrente da incidência da norma tributária, enquanto que para o sistema econômico, há uma quantia em dinheiro, que onera o patrimônio do comerciante ou industrial. Ambos são recortes do mesmo evento, porém a partir de funções em contextos que não se confundem.

Mutatis mutandis, o mesmo raciocínio deve ser aplicado ao caso de inclusão de ICMS na base de cálculo dos PIS/PASEP e COFINS. O fato econômico de inclusão dos valores pagos a título de contribuição, não o torna componente do faturamento, pois esse é conceito jurídico com contornos precisos, exceto se o analisado da ótica do sistema econômico, que “olhará” todos esses componentes de uma só forma: como quantia em dinheiro, como custo e benefício da operação.

Caso 5- Base de cálculo da PIS e COFINS incidentes sobre as importações: valor aduaneiro

A Emenda Constitucional nº 42, de 30 de dezembro de 2003 alterou o texto constitucional, atribuindo competência para a criação de novas exações incidentes sobre a importação³⁹³, incluindo o inciso II ao parágrafo 2º do art.149, para estabelecer que as

393 Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio

contribuições sociais para a intervenção no domínio econômico poderão incidir sobre operações de importação de bens e serviços, bem como o inciso IV ao art. 195, prescrevendo que passa a ser sujeito passivo da contribuição a seguridade social, o importador de bens ou serviços do exterior.

Assim, em 29 de Janeiro de 2004 foi publicada a Medida Provisória nº 164, que instituiu a cobrança da Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social sobre a importação de bens e serviços, que passaram a serem denominados "PIS/PASEP-Importação e Cofins -Importação". A Lei n.10865, de 30 de abril de 2004 foi o resultado da conversão da mencionada medida provisória, consolidando o exercício dessa nova competência tributária, vazado o seu art. 1º nos seguintes termos:

"Art. 1º Ficam instituídas a Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público incidente na Importação de Produtos Estrangeiros ou Serviços - PIS/PASEP-Importação e a Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade Social devida pelo Importador de Bens Estrangeiros ou Serviços do Exterior - COFINS-Importação, com base nos arts. 149, § 2o, inciso II, e 195, inciso IV, da Constituição Federal, observado o disposto no seu art. 195, § 6º."

econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

(...)

§ 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o caput deste artigo: (...)

II - incidirão também sobre a importação de produtos estrangeiros ou serviços; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

(...)

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

Na esteira das análises anteriores, entende-se que essas duas novas exações, ainda não analisadas pela Suprema Corte, por coerência, deverão seguir o mesmo destino daquelas declaradas inconstitucionais. Desde a edição da medida provisória, essas exações foram alvo de severas críticas entre os doutrinadores, sendo apontadas como revestidas de diversos vícios de constitucionalidade, em virtude de graves distorções quanto à carga tributária, ofender princípios constitucionais como a isonomia, por serem instituídas como nova fonte de custeio da seguridade social não editada por lei complementar, pela ofensa ao princípio da não-cumulatividade em situações tais como as de empresas optantes pela sistemática de recolhimento de imposto de renda pelo lucro presumido, de importação de bens para ativo imobilizado.

Ponto pacífico é que as novas contribuições instituídas pela Emenda Constitucional nº 42 são novos tributos, independente de terem sido empregados antigos “rótulos”, pois, os nomes são convenções e a identificação de um tributo dá-se pela análise do binômio “hipótese de incidência/base de cálculo”³⁹⁴.

Entretanto, o relevante é focar um desses pontos polêmicos, tecendo breve análise do critério quantitativo, mais precisamente sobre a base de cálculo. A questão concerne ao extravasamento de competência do legislador infraconstitucional, ao determinar conceito específico de “valor aduaneiro” enquanto base de cálculo da COFINS, distinto daquele prescrito nos tratados internacionais ratificados e incorporados ao direito positivo.

De acordo com o art. 149, §2º do texto constitucional, com nova redação, o critério quantitativo terá o seguinte delineamento:

“III - poderão ter alíquotas: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

394 A esse respeito, é claro o Código Tributário Nacional, verbis:

Art. 4º - A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la:

I - a denominação e demais características formais adotadas pela lei;

II - a destinação legal do produto da sua arrecadação”

a) ad valorem, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)”

No exercício da competência constitucional, ao instituir a regra-matriz de incidência da COFINS e PIS /PASEP, o legislador veiculou o seguinte conteúdo para a composição da base de cálculo da exação, no art.7º da Lei n.10.865/2004:

“Art. 7º A base de cálculo será:

I - o valor aduaneiro, assim entendido, para os efeitos desta Lei, o valor que servir ou que serviria de base para o cálculo do imposto de importação, acrescido do valor do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS incidente no desembaraço aduaneiro e do valor das próprias .

Da leitura, desde logo se vislumbra o impasse criado pelos valores a serem considerados para composição de base de cálculo, uma vez que a delimitação do conceito jurídico de “valor aduaneiro” remete-se a acordo internacional internalizado no sistema jurídico.

Acresça-se, apenas a título de observação que há aumento da carga tributária do ICMS incidente sobre as importações, já que sua regra-matriz, no Estado de São Paulo, estabelece que há a inclusão do valor das contribuições para fins de cálculo, o que se soma com o “cálculo por dentro” do próprio ICMS. Esse “carnaval tributário”, citando Becker, gerou perplexidades já no momento do próprio cálculo das exações, pois a regra-matriz do ICMS determinava que os valores das contribuições fossem incluídos na base de cálculo do imposto, enquanto que MP nº 164/04 previa que o valor do ICMS fosse compreendido na base de cálculo das referidas contribuições, o que foi “sanado” na ocasião, por uma hermética fórmula construída pela Secretaria da Receita Federal.

Segundo o modelo lógico da regra-matriz de incidência tributária, o critério

quantitativo das contribuições sobre as importações, em sua base de cálculo, está veiculado no Anexo I do Acordo Constitutivo da Organização Mundial de Comércio, o Acordo de Valoração Aduaneira (Acordo de Implementação do Artigo VII do GATT) que foi incorporado pelo Decreto legislativo nº 30, de 15 de dezembro de 1994.

Essas normas jurídicas veiculam enunciados que implementam técnicas de harmonização tributária no comércio internacional de mercadorias, com regras claras e objetivas, de sorte a viabilizar uniformização da base de cálculo dos tributos aduaneiros, coibindo manipulação pelos Estados –Membros da Organização Mundial de Comércio que redundem em barreiras ao livre comércio de mercadorias, sob a égide da neutralidade dos sistemas tributários e da segurança jurídica³⁹⁵.

Para atingir esse escopo, o Acordo de Valoração Aduaneira erigiu seis métodos de valoração aduaneira, de aplicação seqüencial, sendo que o primeiro é o “valor de transação”, previsto no art. 1º do Acordo, que estabelece que o valor é o preço efetivamente pago ou a pagar pelas mercadorias, em uma venda para expor-

395 Esses designios estão inscritos logo no preâmbulo da convenção, in verbis:

“Os Membros,

Tendo em vista as negociações Comerciais Multilaterais

Desejando promover a consecução dos objetivos do Gatt 1994 e assegurar vantagens adicionais para o comércio internacional dos países em desenvolvimento;

Reconhecendo a importância das disposições do Artigo VII do Gatt 1994 e desejando elaborar normas para sua aplicação com vistas a assegurar maior uniformidade e precisão na sua implementação.

Reconhecendo a necessidade de um sistema equitativo, uniforme e neutro para a valoração de mercadorias para fins aduaneiros, que exclua a utilização de valores aduaneiros arbitrários ou fictícios;

Reconhecendo que a base da valoração aduaneira de mercadorias para fins aduaneiros, deve ser, tanto quanto possível, o valor de transação das mercadorias a serem valoradas;

Reconhecendo que o valor aduaneiro deve basear-se em critérios simples e equitativos, condizentes com as práticas comerciais e que os procedimentos de valoração devem ser de aplicação geral, sem distinção entre fontes de suprimento;

Reconhecendo que os procedimentos de valoração não devem ser utilizados para combater o dumping.

Acordam o seguinte:”

tação para o país de importação, ajustado com valores previstos no art.8^{o396}, que engloba todos os pagamentos efetuados ou a efetuar, como condição de venda das mercadorias objeto de valoração, pelo comprador ao vendedor, ou pelo comprador a terceiro, para satisfazer uma obrigação do vendedor.

Esses ajustes, de acordo com as prescrições do próprio Acordo, são taxativas, ie, nenhum acréscimo será feito ao preço efetivamente pago ou a pagar, se não previsto expressamente no Artigo 8^o.

Apenas na impossibilidade de sua apuração, as autoridades públicas passaram para os demais métodos³⁹⁷, de forma excludente e seqüencial, ao contrário do que ocor-

396 Ao ajustes, na medida em que sejam de responsabilidade do comprador e não estejam incluídos no preço efetivamente pago ou a pagar pela mercadoria, serão:

- a) as comissões e corretagens, excetuadas as comissões de compra;
 - b) o custo de recipientes e embalagens consideradas, para fins aduaneiros, integradas à mercadoria; e
 - c) o custo de embalar, compreendendo os gastos com mão-de-obra e materiais.
- os royalties e os direitos de licença relacionados com a mercadoria objeto de valoração, que o comprador deva pagar, direta ou indiretamente, como condição de venda dessa mercadoria, na medida que tais valores não estejam incluídos no preço efetivamente pago ou a pagar;
- o valor de qualquer parcela do resultado de qualquer revenda, cessão ou utilização subsequente da mercadoria importada, que reverta direta ou indiretamente ao vendedor.
- o valor de determinados bens e serviços fornecidos, direta ou indiretamente, pelo comprador, gratuitamente ou a preços reduzidos, para serem utilizados na produção da mercadoria importada:
- a) materiais, componentes, partes e elementos semelhantes incorporados à mercadoria;
 - b) ferramentas, matrizes, moldes e elementos semelhantes;
 - c) materiais consumidos na produção;
 - d) projetos de engenharia, pesquisa e desenvolvimento, trabalhos de arte e de design, e planos e esboços, realizados no exterior.
- custo de transporte das mercadorias importadas até o porto ou local de importação, onde devam ser cumpridas as formalidades de entrada no território aduaneiro;
- os gastos relativos à carga, descarga e manuseio, associados ao transporte das mercadorias importadas, até a chegada aos locais referidos no inciso anterior; e- o custo do seguro das mercadorias durante as operações.

397 Os Métodos Substitutivos de Valoração, utilizados, conforme mencionado, em ordem seqüencial prescrita pelo Acordo, serão:

re, por exemplo, na sistemática de preços de transferência, na qual o método que melhor aprover ao contribuinte será empregado. Os outros cinco métodos são prescritos de forma minudente pelo acordo, trazendo parâmetros e critérios para sua aplicabilidade, além de outras disposições, tais como relativas às transações realizadas entre pessoas vinculadas, com dispositivos específicos para a hipótese³⁹⁸.

Em síntese, o conceito jurídico de “valor aduaneiro” é exaustivamente tratado em normas jurídicas que compõem o sistema jurídico brasileiro, de sorte que restam poucas margens para inclusões de valores ou outras alterações que escapem a essa moldura normativa.

Nesse sentido, nota-se que o legislador, imbuído do poder constituinte derivado, não descurou desses aspectos, na medida em que o artigo 149 da CF, em sua nova redação, fixa o valor aduaneiro como base de cálculo da contribuição social que incida sobre a importação, harmonizando-se com compromissos internacionais. Destarte, sendo o Brasil Estado-Membro da Organização Mundial de Comércio, ratificou e incorporou à sua legislação interna a norma que prescreve o conceito jurídico de “valor aduaneiro”.

Portanto, é clara a antinomia que se estabelece, de sorte que se abrem, pelo

-Método Segundo(art.2º)- valor de transação de mercadorias idênticas vendidas para exportação para o mesmo país de importação, à mesma época;

-Método Terceiro(art.3º)- valor de transação de mercadorias similares, em venda de mesmo nível comercial, na mesma quantidade ou, na ausência dessas condições, venda de mercadorias similares , ajustados àquelas condições;

-Método Quarto(art 5º)- do valor deduzido a partir do valor de revenda, alcançado pela decomposição do valor de revenda da mercadoria, ou mercadoria idêntica ou similar;

-Método Quinto (art.6º)-valor computado, igual à soma do custo/valor dos materiais e da fabricação/processamento, mais montante de lucros e despesas gerais da mesma classe /espécie de mercadorias objeto de valoração, para exportação, acrescidos de todas as demais despesas de transporte;

-Método Sexto(art.7º)- é o residual, que é o valor obtido pela aplicação de critérios de razoabilidade, em função das disposições do Acordo.

398 O Acordo de Valoração Aduaneira, sob o prisma do Direito Internacional Tributário, fornece importante instrumental para alcance da harmonização tributária e dos desígnios do livre comércio, sob o prisma do direito interno, ie, dos operadores de comércio exterior, também apresenta como efeito o guarnecimento das administrações alfandegárias, de critérios que permitem apurar as reduções na base de cálculo relativa às operações de importação, de forma a diminuir as receitas oriundas de tributos aduaneiros. Em outras palavras, as normas de valoração aduaneira, sob determinado corte metodológico, seriam classificadas como enunciados prescritivos que “constroem” uma das peças da regra-matriz de incidência tributária, a variável “base de cálculo” do critério quantitativo.

menos duas hipóteses de interpretação: pode-se entender que houve revogação das normas jurídicas anteriores, originadas do Acordo de Valoração Aduaneira, segundo a regra que a lei posterior revoga a anterior ou que o legislador infraconstitucional, no advento da Lei n.10.865/2004, extrapolou o conceito de valor aduaneiro previamente definido, partindo-se da premissa que ofende a homeostase de nosso sistema jurídico a convivência de ambas as disciplinas jurídicas.

Na trilha do raciocínio desenvolvido, trata-se de mutação inconstitucional o enunciado prescritivo da Lei n.10865/2005 que faz a ressalva de que “valor aduaneiro apenas para efeitos de cálculo de PIS e COFINS e Importação” será diferente daquele estabelecido pela legislação de valoração aduaneira.

“Valor aduaneiro” é instituto jurídico delimitado no direito positivo brasileiro, que estabelece o seu alcance semântico, no sentido que esse regime jurídico encampa uma determinada significação do conceito, que impossibilita tal flexibilidade de seu emprego. Portanto, subsume-se a hipótese, à incidência do art.110 CTN.

Novamente, vale o argumento segundo o qual a abertura cognitiva do sistema jurídico não é absoluta, do contrário, haveria o comprometimento da própria clausura operacional. Portanto, o próprio direito positivo trata de produzir mecanismos aptos a balizar essas relações, gerando os filtros aptos a selecionar ou traduzir normativamente a forma como a linguagem do direito atravessará os portais do sistema jurídico.

O sistema jurídico tratou de construir feixe normativo que traçou, de forma precisa, como deverá ser manejado pelos intérpretes de cada país signatário o tratado, cercando-o e protegendo-o de possíveis utilizações com significações distintas, ie, reduzindo o espectro semântico do termo, de sorte a reduzir as possibilidades significativas.

O fato de se estar diante de um tratado internacional, nada altera, para efeitos de aplicação do art.110 CTN, porque o sistema jurídico brasileiro adotou uma postura dualista para os tratados internacionais, em que há um procedimento próprio para sua incorporação na ordem interna.

Todavia, considerando-se que esse tema é novo nos tribunais, não se sabe como a jurisprudência irá se posicionar, embora a questão de fundo seja similar aos casos anteriores, devendo ser solvida nos mesmos moldes³⁹⁹.

Diante de tudo, entende-se restar cristalino que, sob o aspecto base de cálculo do critério quantitativo das contribuições incidente sobre produtos estrangeiros, há mutação inconstitucional, porque o legislador, no exercício das competências atribuídas pela Emenda Constitucional 42, estabeleceu conceito de “valor aduaneiro” diverso daquele preexistente no sistema jurídico, veiculado por tratado internacional, Acordo de Valoração Aduaneira, incorporado mediante processo de ratificação regular.

Nesse sentido, não há flexibilidade de uso o emprego do instituto jurídico de “valor aduaneiro”, porque o direito positivo revestiu-o com disciplina jurídica própria, de sorte a restringir o seu campo de irradiação semântica, com vistas a limitar seu aspecto pragmático, ie, seu emprego pelos aplicadores do direito.

De acordo com a exposição de motivos da Emenda Constitucional nº 42, revela-se o intuito econômico de igualar a tributação do produto nacional, que sofria o ônus do PIS e COFINS, com a tributação do produto importado:

399 É o que se constata em alguns julgados, como o transcrito:

“COFINS E PIS – IMPORTAÇÃO – ARRENDAMENTO MERCANTIL – EC 42 – LEI 10.865 – BASE DE CÁLCULO – VALOR ADUANEIRO – GATT – LIMINAR, MEDIANTE CAUÇÃO IDÔNEA

Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, do TRF da 3ª Região

Processo 2004.03.00.034931-0 AG 210629

A definição do que seja valor aduaneiro é encontrada no art. VII, do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio – GATT. Referido acordo foi incorporado ao ordenamento brasileiro pelo Decreto nº 355/94, que, em seu art. 77, determinou que o valor aduaneiro de mercadorias importadas corresponde valor da mercadoria, acrescido dos custos de transporte, carga, descarga e manuseio associados ao mesmo, bem como da mercadoria durante essas operações.

Conforme se infere do artigo em comento, integra a base de cálculo das contribuições em questão o valor aduaneiro, o ICMS incidente no desembaraço aduaneiro e as próprias contribuições.

Entendo que a Lei nº 10.865/04 ampliou, indevidamente, o conceito de valor aduaneiro constante do GATT e Decreto nº 1.355/94, extrapolado o legislador infraconstitucional os limites impostos pela Constituição Federal.”

“As contribuições sociais ora instituídas dão tratamento isonômico entre a tributação dos bens produzidos e serviços prestados no País, que sofrem a incidência da Contribuição para o PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), e os bens e serviços importados de residentes ou domiciliados no exterior, que passam a ser tributados às mesmas alíquotas dessas contribuições.”

O argumento da isonomia, que desde sempre se prestou a justificar as interpretações econômicas do Direito, conforme demonstra a história, apenas seria hábil a juridicizar as contribuições, se houvesse observância dos mecanismos eleitos pelo próprio sistema, no exercício da competência atribuída por emenda constitucional, o que não ocorreu⁴⁰⁰.

SÍNTESE

Nesse capítulo, intentou-se empregar o instrumental exposto, para demonstrar como aparecem na práxis jurídica.

A regra que se aplica a esses casos, desde sempre, é a mesma, qual seja, a construção da norma jurídica deve percorrer trilha que está no interior do próprio ordenamento jurídico, ainda que guarnecida de informações providas do ambiente.

Não obstante, da mesma forma, os erros nos quais o legislador infraconstitucional incorre, também se revelam, desde sempre, os mesmos – um mecanismo perverso,

400 Até mesmo pelo prisma da economia, surpreendentemente, o argumento se mostra falacioso, pois segundo estudos elaborados à época da edição da MP 164, as bases dessas contribuições são complexas e mais abrangentes do que o produto nacional, além de que as contribuições incidam sobre uma base de cálculo mais alargada do que o próprio conceito de “valor aduaneiro”, base de cálculo estabelecida para o imposto de importação. Ainda, a inclusão das próprias contribuições na base, o chamado “cálculo por dentro”, acaba por refletir em aumento da alíquota nominal das contribuições, que, somadas, acrescentarão 10,19% sobre o valor que lhes tiver servido de base e que há o aumento da carga tributária do ICMS incidente sobre as importações, já que sua regra-matriz, no Estado de São Paulo, estabelece no critério quantitativo, que há a inclusão do valor das contribuições para fins de cálculo, o que se soma com o “cálculo por dentro” do próprio ICMS.

que reiteradamente se repete, de ardilosa e sornateiramente ingressar pelos portais do sistema jurídico pelas portas dos fundos, para angariar receitas à revelia das estruturas que o permitem. No "Carnaval Tributário" de Becker, a comunicação econômica se fantasia de jurídica, para angariar recursos, que alega serem tributos, instigada pelo sistema político.

Tem lá a sua comicidade, verificar que nosso Estado é reincidente em tentar ampliar a arrecadação, invariavelmente pelo mesmo subterfúgio, de alteração de faixas de competência tributária, pela mudança do campo semântico dos conceitos e definições jurídicos. Se não fosse...trágico.

Quando frustradas as tentativas de mutação do texto constitucional, por vias transversas, lança-se mão do poder constituinte reformador, alterando-se as faixas de competência por emendas constitucionais.

Destarte, viu-se que o sistema jurídico pode reagir a interferências de outros sistemas, tentando absorver as auto-descrições do sistema interferente, incorporando o código alheio como se seu fosse, ou flexibilizar o seu programa para adaptá-lo ao sistema interferente.

Contudo, da mesma forma alertou-se para o fato de que a produção reiterada de comunicações jurídicas fundadas em critérios extrajurídicos, pode acarretar a perda de diferenciação do sistema jurídico com o seu ambiente, esmaecendo as suas fronteiras, até o ponto de deixar de existir como tal, já que sob a perspectiva da teoria dos sistemas, opera-se sempre com o binômio "sistema versus ambiente".

Este trabalho não visa a trazer a resposta a essa problemática, que transitaria por temas como o do questionamento da inconstitucionalidade das emendas constitucionais, ou sobre a fixação do momento em que a diferenciação entre sistema jurídico e ambiente estaria sendo afrontada. Contudo, acredita-se que o sofisticado instrumental teórico erigido por Luhmann, é hábil a lançar luzes a um tema contundente e atual para os estudiosos do Direito Tributário.

CONCLUSÕES

I-

Os sistemas autopoieticos estabelecem-se pela diferença em relação ao ambiente: os sistemas são redutores de complexidades. Se há sistema, deve ser pressuposto o ambiente, já que a idéia de sistema é assentada na dicotomia "sistema versus ambiente".

As irritações do ambiente apenas ingressam de maneira indireta, como informações selecionadas e processadas a partir das estruturas sistêmicas. A combinação entre código e programa (invariabilidade e variabilidade) permite que o sistema seja dotado de auto-referência e heterorreferência, ie, fechamento operacional e abertura cognitiva.

O Direito é sistema autopoietico de segundo grau, porque imerso no sistema social, diferenciado e autônomo em relação a este, desempenhando função específica de garantia das expectativas normativas, coexistindo com outros subsistemas sociais, como a Política e a Economia.

A Teoria dos Sistemas acrescenta ao estudo do Direito o dado contextual: alargase o campo de visão para se verificar as relações que o sistema jurídico mantém com o sistema social e outros subsistemas sociais, que interferem na sua funcionalidade, assentada sob a abertura cognitiva do sistema jurídico.

O Direito não pode ser afastado de seu contexto: enquanto bem cultural aberto cognitivamente ao sistema social e aos subsistemas sociais, encampa suas comunicações, valores e informações, ao eleger as condutas que visa a regular, sendo inafastável o dado axiológico e a troca de informações provenientes de outros sistemas sociais.

No sistema jurídico a seleção de características dos eventos do ambiente, será norteadada pelo código lícito/ilícito e pela programação jurídica, o mesmo ocorrendo com cada função diferenciada da sociedade, a que corresponderá códigos e programas peculiares.

No ramo didaticamente autônomo do Direito Tributário, o evento que se subsume às notas seletivas da regra-matriz de incidência tributária, dando ensejo ao fato jurídico tributário e à conseqüente relação jurídica, será recortado de maneiras distintas por outros subsistemas sociais.

O sistema político tem como função específica trazer à sociedade decisões politicamente vinculantes, relacionando-se com a utilização do poder e para tanto, seu código será expresso em poder /não poder, que se prestará a realizar a função de tomada de decisões vinculantes, enquanto seus programas serão os políticos-eleitorais. Para o sistema político, portanto, o tributo pode ser analisado como decisão coletiva da sociedade que, canalizada às Casas Legislativas, entende que determinadas manifestações de riqueza deverão ser oneradas, em prol do bem estar de toda a coletividade.

O sistema econômico detém o código ter/não ter e os programas referem-se ao custo e benefício das operações, que sofre os influxos do mercado. Para o sistema econômico, a principal fonte de custeio das despesas públicas estatais são os tributos, veículo de transferência de bens privados para públicos, objetivando o aumento da eficiência econômica, a melhor distribuição de rendimentos e a estabilização através de políticas macroeconômicas.

O sistema político é afetado pelo acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e o econômico, porque necessita de vultosas quantias, angariadas em grande parte pelos tributos, para a implementação de seus programas inclusivos, embora o único instrumento de que disponha para tanto, seja a criação de direito positivo. Por isso, passa a intervir nessa relação entre os sistemas, de forma que o acoplamento estrutural entre o sistema econômico e o jurídico passa a ser o meio para o poder político.

O sistema econômico, irritado pelo sistema político, diante da escassez de recursos públicos para custear a inclusão generalizada nos programas sociais, interfere no sistema jurídico, para que haja incremento das receitas do Estado.

II-

A linguagem é composta de sistemas de símbolos eleitos em função de convenção entre os membros de uma comunidade, organizados em uma estrutura que visa à comunicação. Na identificação de objetos da realidade, o sistema da consciência delimita-a sistematicamente, "cortando-a" de acordo com preferências subjetivas, que estabelecem os critérios seletivos da lógica de inclusão de classes.

A significação de base de um termo é composta pela combinação possível de signos que são a ele associados, permitindo a constituição de sentido. A significação de base de uma linguagem apresenta características na estrutura conotativa ou denotativa, que geram ruídos na comunicação, conhecidas como ambigüidade e vagueza, pois a linguagem não toca a realidade- não há uma palavra correspondente a cada coisa do mundo.

O significado de base, aliado ao contexto em que se insere a comunicação, muitas vezes é suficiente para eliminar problemas comunicativos, eliminando vagueza e ambigüidade dos termos. Todavia, em contextos comunicacionais mais complexos, não é suficiente para extirpar o estado de incerteza significativa.

A zona semântica de penumbra ou de casos marginais cairá nas margens do argumento, pois haverá significados possíveis relacionados a um termo, que dependerão da discricionariedade do intérprete para a adjudicação de uma das possibilidades de construção de sentido.

Nos sistemas autopoieticos que interpretam sentido, em que o meio para o acoplamento estrutural com o ambiente é a linguagem, verifica-se que cada qual deterá

critérios próprios para selecionar as notas relevantes para o estabelecimento de cortes, levando em conta os programas e códigos próprios do sistema, pelo mecanismo de duplo ingresso.

O mecanismo de duplo ingresso implica procedimento de redefinição, pois se alteram os critérios conotativos para a constituição do conceito, destacando aspectos que não estão evidentes nos usos comuns, adaptando-os ao contexto do sistema autopoietico que dele se apropriou.

III-

O Direito é o conjunto de comunicações constituídas de linguagem especializada, que preponderantemente assumem a forma escrita, gerando comunicações sobre a forma prescritiva ("dever ser") das condutas sociais, de acordo com o código lícito e ilícito.

O acoplamento estrutural entre sistemas de consciência e os sistemas de comunicação é realizado através da linguagem, pois esta opera como o acoplamento estrutural entre consciência e comunicação, bem como meio para os fluxos comunicativos entre sistemas autopoieticos que processam sentido. A linguagem, assim, permite que haja a interpenetração entre os sistemas psíquicos e sociais, atuando como meio para a objetivação dos conteúdos mentais, bem como meio para formular as comunicações dos sistemas sociais, pois pela linguagem objetiva-se a percepção, de acordo com as notas selecionadas em relação ao mundo, sendo redutora de complexidades.

A linguagem opera como estrutura altamente seletiva, traduzida em símbolos, que permitem que a produção de sentido seja duplicada pelos sistemas psíquicos e sociais.

A linguagem jurídica é especializada, destacada da linguagem natural, porque o sistema jurídico é subsistema social, exercendo função diferenciada de regulação das condutas intersubjetivas. Apropria-se, da mesma forma, de termos das linguagens especializadas dos outros subsistemas sociais, através dos acoplamentos estruturais,

pois com eles estabelece constantes irritações.

De forma análoga, os outros subsistemas sociais deterão critérios próprios para selecionar as notas que são relevantes para o estabelecimento de cortes, pelo mecanismo de duplo ingresso. Cada subsistema social tece a sua linguagem especializada, selecionando os critérios relevantes para suas comunicações, em consonância com racionalidade própria de sua diferenciação funcional.

A positivação do Direito canaliza e centraliza todos os conflitos políticos e valores sociais, organizando-os e regulamentando-os, ao reduzir a complexidade das contínuas tensões sociais e ao permitir que o sistema político possa absorver as mutações das contradições sociais.

A legislação é originada no contexto do subsistema político, no qual se desenvolvem os procedimentos legislativos. Regra geral, aos legisladores cabe a disposição sobre normas gerais e abstratas, cabendo ao subsistema jurídico aplicá-las aos casos concretos.

Essa situação gera severas dificuldades na tarefa interpretativa, na medida em que cada subsistema atua com racionalidade própria – a comunicação transita por uma rede de sistemas autopoieticos. Em termos lingüísticos, esse quadro possibilita a compreensão da urdidura da linguagem jurídica, que é linguagem especializada que passa por diversas filtragens: do mundo fenomênico para o sistema da consciência, deste para o sistema social (linguagem ordinária), do acoplamento estrutural entre o sistema social e outros subsistemas para o político (linguagem política) e finalmente, da prestação do subsistema jurídico (linguagem jurídica).

A atividade legiferante da Política terá que passar por filtros próprios, guarnecidos pela Constituição, que é acoplamento estrutural entre o sistema político e o jurídico, estabelecendo os limites para o aprendizado do sistema jurídico, ie, variabilidade sem afetação do fechamento operacional.

Para o sistema jurídico, a norma constitucional é componente do programa que

se presta à estabilização das expectativas de comportamento, cujo papel é dotar o sistema jurídico de critérios para a aplicação concreta das normas jurídicas, como também para a introdução de normas gerais, possibilitando o mecanismo de autonomia operacional do Direito e a sua auto-reprodução.

As pressões ou interferências exercidas pelo sistema econômico e político sobre o sistema jurídico, não intermediadas pelo mecanismo de acoplamento estrutural, acarretam a geração de comunicações fundadas em critérios extrajurídicos ou corrupção no sistema, em detrimento dos princípios da segurança jurídica e da legalidade.

O extravasamento dos limites semânticos pela alteração dos critérios conotativos dos conceitos que compõem a regra-matriz de incidência tributária para além dos significados possíveis albergados pelo sistema, sem que se observe o mecanismo de duplo ingresso, constitui comunicações erigidas com base em critérios extrajurídicos.

Destarte, na Constituição Federal brasileira há normas de distribuição de competência tributária, que prescrevem as balizas nas quais poderá se dar a instituição de tributos e determinam os filtros pelos quais deverão ser processadas as demandas dos subsistemas político e econômico. A falta de mediação desse processo seletivo resulta em alteração das faixas de competência tributária, instituindo-se tributos à revelia das estruturas internas do sistema jurídico, o que gera corrupção nas comunicações intersistêmicas, que podem conduzir à entropia.

É nesse contexto que deve ser lido o art. 110 do Código Tributário Nacional, que é dispositivo que projeta de forma textual essa dinâmica no direito positivo, embora esta faça parte da própria estrutura diacrônica dos sistemas sociais autopoieticos.

IV-

A vagueza e a ambigüidade são inexoráveis, pela própria natureza intrínseca da linguagem, dando-se sempre margem à interpretação, que pode quedar ao infinito. Esse

dado pode gerar paradoxos incontornáveis em relação a uma camada de linguagem que tenha o intuito de regular condutas humanas, portanto, devendo ser dotada de segurança e estabilidade.

À luz do art.110 do Código Tributário Nacional, no estabelecimento do alcance semântico de determinado conceito, deverão ser consideradas as seguintes variáveis:

-o sistema jurídico é dotado de critérios próprios para seleção de estímulos ambientais, apropriando-se de termos das linguagens do ambiente a partir de cortes seletivos estabelecidos pelos seus códigos e programas;

-o sistema jurídico está contido no sistema social, mantendo com este vínculo estrutural, de sorte que a linguagem jurídica é derivada da linguagem natural, mesclada com especificidades decorrentes de sua diferenciação funcional. Como consectário, a linguagem jurídica repousa em bases previamente organizadas, em termos históricos, culturais, sociais, impressas na linguagem ordinária.

- o direito positivo é produzido no seio do sistema político, cuja racionalidade é distinta do sistema jurídico, que deverá se apropriar dessas comunicações a partir de seus filtros seletivos.

-o sistema jurídico mantém constantes interações com outros subsistemas sociais, trocando com estes irritações, que irão se refletir na apropriação de termos de outras linguagens especializadas, redefinidos por critérios conotativos próprios.

-o sistema jurídico poderá manter a mesma conotação empregada na linguagem ordinária e/ou nas linguagens especializadas, mantendo a significação de base original, embora acomodando-as ao contexto intra-sistêmico. Em grau maior de variação, poderá determinar critérios distintos, afastando-se de sua conotação originária.

-no caso de alteração da intensão original, deve haver menção explícita nos programas do sistema jurídico, do contrário, entende-se que são mantidos os critérios conotativos linguagem ordinária, uma vez que a linguagem especializada é redutora de

complexidades e está contida naquela.

-mutatis mutandis, o mesmo se pode dizer dos termos apropriados de outra linguagem especializada, especialmente porque se há opção pela apropriação de um termo cuja complexidade já foi reduzida pelos procedimentos de filtragem anteriores, infere-se que foram mantidos os critérios conotativos.

V-

O art.110 do Código Tributário Nacional relaciona-se com a construção de sentido dos critérios constitutivos da regra-matriz de incidência tributária, a partir da auto e heterorreferência do sistema jurídico.

A alteração do sentido dos conceitos que conformam os critérios da regra matriz de incidência irá alterar a sua denotação, fazendo com que se subsumam ao seu comando, eventos outrora não subsumíveis, isto é, normas individuais e concretas que não poderão se remeter à Constituição, rompendo com a circularidade da comunicação.

A natureza intrínseca da linguagem jurídica permite que se construam, pelo labor interpretativo, mais de uma significação, dentro da margem circunscrita aos critérios conotativos dos conceitos jurídicos. Essas margens conterão as comunicações jurídicas fundadas em critérios jurídicos, ou seja, estarão na margem de discricionariedade dos órgãos credenciados pelo sistema para a aplicação das normas.

Os conhecimentos do meio ambiente que não possam se transformar em informações, devidamente selecionadas e processadas pelo código e programa jurídicos, gerarão operações comunicativas fundadas em critérios extrajurídicos, que causarão ruído e corrupção nas comunicações, acarretando perda de diferenciação com o meio ambiente e a ruptura enquanto sistema autopoietico.

Não se trata de vedar a instituição de novas exações, ignorando-se as demandas

do ambiente, mas de estabelecer como condição necessária e suficiente, a observância ao código e programa jurídicos, mormente as normas de competência do texto constitucional.

Sob o paradigma construtivista da linguagem, o órgão julgador construirá a norma de acordo com determinadas preferências, pois interesses externos não são de plano repelidos pelo sistema jurídico – há interesses protegidos e outros não. Disso decorre a obrigação de motivá-la a partir das estruturas internas. Em outras palavras, a atividade de aplicação da norma jurídica não tem caráter declaratório da verdade normativa, mas veicula uma das possíveis significações da norma jurídica, de acordo com interesses em pauta, juridicizando-o.

Os sistemas somente poderão atuar nos limites de suas margens de tolerância de variabilidade. Se tal margem de variabilidade não for observada, o sistema perde a forma organizativa que lhe confere unidade, desintegrando-se, pois todas as variações devem estar voltadas à conservação da organização autopoietica.

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. tradução coordenada por Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. História da Filosofia. vol.11. 4ª ed .Lisboa:Editorial Presença, 2000.

ALCOVER, Pilar G. El derecho em la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann. Barcelona: José Mª Bosh Ed., 1993.

ALVES, Alaôr Caffé. Lógica: pensamento formal e argumentação-elementos para o discurso jurídico. São Paulo/Bauru: Edipro, 2000.

ANDRADE, José Maria Arruda de. Interpretação da Norma Tributária. São Paulo: MP Editora, 2006.

ARAÚJO, Clarice von Oertzen. Semiótica do Direito São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ATALIBA, Geraldo. Hermenêutica e Sistema Constitucional Tributária. In: Geraldo Ataliba (coord) .Interpretação no Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 1975.p.13-35.

_____. Sistema Constitucional Tributário Brasileiro, 1966.

ATIENZA, Manuel e Juan Ruiz Manero. Las Piezas del Derecho- Teoría de los Enunciados Jurídicos. Barcelona: Editora Ariel, 1996.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Eficácia do Novo Código Civil na Legislação Tributária. In: Betina Treiger Grupenmacher. (Org.). Direito Tributário e o Novo Código Civil.

São Paulo: Quartier Latin, 2004, p.61-79.

_____.Sistema Constitucional Tributário. São Paulo: Saraiva,

_____.Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BACQUÉ, Jorge. Métodos y usos de la definición (a propósito de las definiciones jurídicas)In: Derecho, Filosofía y Lenguaje: Homenaje a Ambrosio L.Gioja.Buenos: Aires: Astrea, 1976, p.1-8.

BALEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro, 11ª edição atualizada por Misabel de Abreu Machado Derzi, São Paulo: Forense.

_____.Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar. edição atualizada por Misabel de Abreu Machado Derzi, Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Teoria Geral do Direito. In: Geraldo Ataliba (coord) Interpretação no Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 1975.p.3-11.

BARROS, Diana Luz de. Teoria semiótica do texto.3ª ed., São Paulo: Ática, 1997.

BARTHES, Roland. Elementos de Semiologia.14ª ed. trad. Izidoro Blikstein.São Paulo: Pensamento-Cultrix, 2001.

BECKER, Alfredo Augusto. Teoria Geral do Direito Tributário. 3ª ed., São Paulo: Lejus, 1998.

BENKE, Rafael Tiago. Ensaio sobre Valoração Aduaneira no Brasil.In: Heleno Taveira Tôres (coord).Direito Tributário Internacional Aplicado. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

BEVILAQUA, Clovis *Theoria Geral do Direito Civil*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Livraria Francisco Laves, 1929.

BOBBIO, NORBERTO. *Hacia una Teoría Funcional del Derecho*. In: *Derecho, Filosofía y Lenguaje: Homenaje a Ambrosio L. Gioja*. Buenos Aires: Astrea, 1976, p.9.

_____. *Teoria da Norma Jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo/Bauru: Edipro, 2001.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1991.

CALDAS AULETE. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Delta, 1968.

CAMPILONGO, Celso. *O Direito na Sociedade Complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3ª ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CARVALHO, Cristiano Rosa. *Teoria do Sistema Jurídico- Direito, Economia, Tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. *Breves Considerações sobre Elisão e evasão Fiscais*. In: Marcelo Magalhães Peixoto (Org). *Planejamento Tributário*. São Paulo: quartier Latin, 2004, p. 52-70.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Apostila de Lógica Jurídica*. São Paulo: PUC/SP, 2004.

_____. Curso de Direito Tributário. 18ªed. rev. ampl.
São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos
da Incidência. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. “Guerra fiscal” e o princípio da não-
cumulatividade do ICMS. In III Congresso Nacional de estudos Tributários. Interpretação
e Estado de Direito. São Paulo: Editora Noeses, 2006, p.659-685.

CARRIÓ, Genaro R. Notas sobre Derecho y Lenguaje. 4º ed. Buenos Aires,
Abeledo-Perrot, 1990.

_____. Sobre los limites del lenguaje normativo. Buenos Aires:
Astrea, 2001.

CHALHUB, Samira. Funções da Linguagem. 5ª ed. São Paulo: Ática, 1991.

CHAUÍ, Marilena, Um Convite à Filosofia, São Paulo: Ática, 7ª ed., 1996.

COPI, Irving M. Introdução à Lógica. Trad. Álvaro Cabral. 3ª ed. São Paulo: Mestre
Jou, 1981.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. Glosario sobre la Teoría
Social de Niklas Luhmann, México: Universidad Iberomaericana, 1996.

CORDON, Juan Manuel Navarro. História da Filosofia, 3º vol. Lisboa:Edições 70,
1994.

DAMÁSIO, António R. O Erro de Descartes-emoção, razão e cérebro humano. 18ª
ed. Sintra: Publicações Europa –América, 1998.

DANTAS, San Tiago. Programa de Direito Civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: editora
Rio, 1979.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil – tomo I. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – 1º volume. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ECHAVE, Delia Tereza; URQUIJO, Maria Eugenia; GUIBOURG, Ricardo. _____ . Lógica, proposición y norma. Buenos Aires: Astrea, 1995.

ECO, Umberto. Semiotics and the Philosophy of Language, Bloomington: Indiana University Press, 1986.

_____. O Signo. 5ª ed. Lisboa: Editorial Presença, 1997.

ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. 7ª ed. Trad. João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

FALCÃO, Amílcar de Araújo. Fato Gerador da Obrigação Tributária. São Paulo: Resenha Tributária, 1971.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. Hermenêutica. São Paulo: Malheiros, 1997.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Processos Informais de Mudança da Constituição. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERRAZ, JR, Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação. 2ª. São Paulo: Atlas, 1994.

_____Direito, retórica e comunicação. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FIORIN, Jose Luiz. As astúcias da enunciação: as categorias de pessoa, espaço e tempo. São Paulo: Ática, 1996.

FLUSSER, Vilém. Língua e Realidade. 2ª ed. São Paulo: Ana Blume, 2004.

FRANÇA, Rubens Limongi. Hermenêutica. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

GLEISER, Marcelo. A Dança do Universo. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Ensaio e discurso sobre a aplicação do direito. 3ª ed, São Paulo: Malheiros, 2005.

GUASTINI, Riccardo. Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del derecho. Barcelona: Gedisa, 1999.

_____. Problemas de Interpretación. trad. Miguel Carbonell. revista eletrônica Isonomía nº 07/Outubro de 1997, p.121-131.

GUIBOURG, Ricardo; GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo Y. Introducción al Conocimiento Científico. Buenos Aires: Eudeba, 1993.

HART, Herbert L.A. El Concepto de Derecho. 2ª ed. trad. Genaro Carrió. Buenos Aires: Editora Nacional, 1963.

HEGENBERG, Leônidas. Definições. São Paulo: Cultrix e Ed. da Universidade de São Paulo, 1974.

_____. Saber de e Saber que: alicerces da racionalidade. Petrópolis: Vozes, 1999.

HILU NETO, Miguel. Imposto sobre Importações e Imposto sobre Exportações. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JAKOBSON, Roman. Lingüística e Comunicação. trad. Izidoro Bliksteins e José paulo Paes. São Paulo: Cultrix, 1991.

KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. Trad. Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado, 6ª ed. Coimbra: Armênio Amado Editora, 1984.

KING, Michael; THORNHILL, Chris. Niklas Luhmann's Theory of Politics and Law, Londres: Palgrave Macmillan, 2003.

KUHN, Thomas. A Estrutura das Revoluções Científicas. Trad. Beatriz Vianna e Nelson Boeira. 9ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

LADEUR, Karl-Heinz. The Theory of Autopoiesis as an Approach to a better Understanding of Postmodern Law: from the Hierarchy of Norms to the Heterarchy of Changing Patterns of Legal Inter-relationships. EUI Working Paper LAW n.99/3. European University Institute Badia Fielosana, San Domenico.

LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. Trad. José Lamago. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LIMA, Maria Ednalva. Interpretação e Direito Tributário. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

LOPES, José Reinaldo Lima. Raciocínio Jurídico e Economia. Revista de Direito Público e da Economia, Belo Horizonte, ano 2, n.8, out/dez 2004, p.137-170.

LUHMANN, Niklas. A Constituição como Aquisição Evolutiva. Trad. Menelick de Carvalho Neto. texto inédito. Pasta Pós- Graduação PUC, do Prof. Celso Campilongo.

_____. El Derecho de La Sociedad, trad. Javier Torres Nafarrate, México: Universidad Iberoamericana, 1998.

_____. Essays on self-reference. New York: Columbia University Press, 1990. p. 1-3.

_____. La observación sociológica del derecho. Crítica Jurídica: Revista Latinomericana de Política, Filosofía y derecho Instituto de Investigaciones Jurídicas n.12, 1993, p.73-108.

_____. Introducción a la Teoría de Sistemas. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

_____. Law as a Social System. Trad. Klaus A. Ziegert. Oxford: Oxford University Press, 1993.

_____. Legitimação pelo Procedimento. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

_____. Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of Legal System. Cardozo Law Review, volume 13, number 5, p.1419-1441, March 1992.

_____. Sociologia do Direito I, Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1983.

_____. Sociologia do Direito II, Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1983.

_____. Teoría Política en el Estado de Bienestar. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (org). Comentários ao Código Tributário Nacional- vol 2. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____;SOUZA, Fátima Bernardes Rodrigues. PIS/PASEP Importação- Inconstitucionalidades, Questões Atuais e Polêmicas, In: Marcelo Magalhães Peixoto e Octavio Campos Fischer (coord), São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana.trad. Humberto Mariotti e Lia Diskin. 5ª ed. São Paulo: Palas Athenas, 2001.

_____.De Máquinas y Seres Vivos: la organización de lo vivo.6ª ed.Santiago: Editorial Universitaria, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. São Paulo:Freitas Bastos.

MIRANDA Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo II. 2ª ed. Rio e Janeiro: Forense, 1958.

_____. Sistema da Ciência Positiva do Direito.Tomo I.Atualiza.Atualizada Vilson Rodrigues Alves.Campinas: Bookseller,2000.

_____.Tratado de Direito Privado.Tomo I.Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954.

_____. Tratado De Direito Privado. Tomo III. .Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954.

MOUSSALLEM, Tárek. Fontes do Direito.São Paulo: Max Limonad, 2001.

NAFARRETE, Javier Torres. Luhmann: La Política como sistema. México:Universidad Iberoamericana; Facultad de Ciências Políticas y Sociales, UNAM, FCE, 2004.

NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa.Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas. Porto Alegre:Universidade/UFRGS, Goethe – Institut/ICBA, 1997.

NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. São Paulo: Acadêmica, 1994.

_____. Teoria da Inconstitucionalidade das Leis. São Paulo: Sarai-va, 1988.

NINO, Carlos Santiago. Introducción al análisis del derecho. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea 1988.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo. Reviravolta lingüístico – pragmática na filosofia contemporânea. São Paulo: Loyola, 1996.

PAES, P.R.Tavares. Comentários ao Código Tributário Nacional. 6ª ed., São Paulo: Lejus, 1998.

PASSOS, Vladimir (Coord). Código Tributário Nacional Comentado. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

PAULA JÚNIOR, Aldo de. A Interpretação do Conceito de 'Comunicação' Veiculado pelo Art. 155, II, CF/88 Frente às Novas Tecnologias. In: III Congresso Nacional de estudos Tributários. Interpretação e Estado de Direito. São Paulo: Editora Noeses, 2006, p.1-27.

PINCELLI, Eduardo Pugliese. A Definição de Renda e Proventos de Qualquer Natureza a Partir da Constituição da República de 1988 e sua Influência na Leitura do CTN e na sistemática Geral de Tributação dos Não-Residentes, . In: In III Congresso Nacional de estudos Tributários. Interpretação e Estado de Direito. São Paulo: Editora Noeses, 2006, p.137- 182.

PLATÃO. Crátilo: diálogo sobre a justeza dos nomes. versão do grego Pe. Dias Palmeira. Lisboa: Livraria Sá da Costa, 1963.

ROBLES, Gregorio. El Derecho como Texto (Cuatro estudios de Teoría

comuncacional del Derecho). Madrid: Editorial Civitas 1998.

ROSS, Alf. Direito e Justiça. trad. Edson Bini. São Paulo/Bauru: Edipro, 2003.

SALOMÃO, Marcelo; RIBEIRO, Diego Diniz; PRATA, Gabriel Magalhães Borges. Tributação no Setor Bancário e Questões Controversas. In III Congresso Nacional de estudos Tributários. Interpretação e Estado de Direito. São Paulo: Editora Noeses, 2006, p.507-545.

SAMUELSON, Paul A. e NORDHAUS, Willian, Economia, 17ª ed., Amadora: McGraw – Hill Companies Inc., 1999.

SANTAELLA, Lúcia, Teoria Geral dos Signos. São Paulo: Pioneira, 2000.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Lançamento Tributário. São Paulo: Max Limonad, 1996.

_____Decadência e prescrição no direito tributário brasileiro. 2ª ed., São Paulo: Max Limonad.

SAUSSURE, Ferdinand de. Curso de Lingüística Geral. Org. Charles Bally. tradução Antônio Chelini, José Paulo Paes e Isidoro Blinkstein. 27ª ed. São Paulo: Cultrix, 2006.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Planejamento Fiscal Através de Acordos de Bitributação: Treaty Shopping. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

SIDOU, J.M. Othon. Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 8ª ed., São Paulo: Forense Universitária, 2003.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 1ªed. São Paulo: Companhia Editora Forense, 1963.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica Jurídica: seus princípios fundamentais no direito Brasileiro*. Volume 1. 2ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1985.

SMITH, Adam. *Riqueza das Nações*, Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª edição, Lisboa: 1999.

SOSA, Roosevelt Baldomir. *O Controle do Valor Aduaneiro: Comentários às Normas de Valoração Aduaneira no Âmbito do Mercosul*. São Paulo: Aduaneiras, 1998.

_____. *Valor Aduaneiro*. São Paulo: Aduaneiras, 1996.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 1999.

TARSKI, Alfred. *Introducción a la lógica: y a la metodología de las ciencias deductivas*. Buenos Aires: Espasa-Calpe, 1951.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Direito Quântico*. 7ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

TEUBNER, Gunther. *Direito como Sistema Autopoiético*. ; Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

_____. *Direito, Sistema e Policontextualidade*. São Paulo, Unimep, 2005.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A Prova no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2005.

TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito Tributário Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Pluritributação Internacional sobre as Rendas das Empresas*. 2.ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. Normas de Interpretação e Integração do Direito tributário. 4ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Abuso do Direito no Código Tributário Nacional e no Novo Código Civil. In: Betina Treiger Grupenmacher. (Org.). Direito Tributário e o Novo Código Civil. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 41-60.

TROIANELLI, Gabriel Lacerda. A Cofins e a Contribuição sobre o Lucro das Empresas sem Empregados. Revista Dialética de Direito Tributário n. 18, Março, São Paulo: Dialética, 1997, p.21 – 45.

_____. O ISS sobre a Locação de Bens Móveis. Revista Dialética de Direito Tributário n. 28 - Janeiro, São Paulo: Dialética, 1998, p.7-12.

VALVERDE, Gustavo Sampaio. Coisa Julgada em Matéria Tributária. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

VILANOVA, Lourival. Analítica do Dever-Ser. In: Escritos Jurídicos e Filosóficos, vol2. São Paulo: Axis Mundi, 2003, p.-45-91.

_____. Causalidade e Relação no Direito. 4ª ed, rev.amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo. São Paulo: Max Limonad, 1997.

_____. Teoria das Formas Sintáticas. In: Escritos Jurídicos e Filosóficos, vol2. São Paulo: Axis Mundi, 2003, p.93-155.

_____. O Universo das Formas Lógicas e o Direito. In: Escritos Jurídicos e Filosóficos, vol2. São Paulo: Axis Mundi, 2003, p.1-43.

WARAT, Luis Alberto. O Direito e sua linguagem. 2ª Versão. 2ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

_____Introdução Geral ao Direito I. Interpretação da Lei.
Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

XAVIER, Alberto. Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Antielisiva. São Paulo: Dialética, 2001.