

**PUC-SP – PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO
PAULO**

**Direito Tributário segundo paradigmas de uma sociedade
hipercomplexa**

Mestrado em Direito

SUB ARÉA: Direito tributário

AUTOR: Philippe André Rocha Gail

SÃO PAULO

2010

**PUC-SP – PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO
PAULO**

**O Direito tributário segundo paradigmas de uma sociedade
hipercomplexa**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora de Qualificação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Tributário, sob a orientação do Professor Doutor Marcelo da Costa Pinto Neves, de acordo com Circular 01/2008 da Coordenação do programa de pós-graduação em Direito da PUC-SP.

**SÃO PAULO
2010**

MARCELO DA COSTA PINTO NEVES

Orientador

PHILIPPE ANDRE ROCHA GAIL

Candidato

BANCA EXAMINADORA

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar agradeço a Pontifícia Universidade Católica na pessoa do Prof. Paulo de Barros Carvalho pela oportunidade. Agradeço ainda: Ao Prof. Paulo de Barros pelo incentivo aos debates e por ter iluminado o caminho nos momentos de grande escuridão, ao meu orientador Prof. Marcelo Neves fonte de inspiração intelectual e verdadeiro exemplo de ação educativa, aos meus pais pelo constante apoio e pelo incentivo nos momentos de inércia, à minha mulher e minha futura filha Chloé por todo amor e carinho. Ao amigo Jonathan Barros Vita por todo o apoio em todos os momentos desde o ingresso na academia até o término do presente trabalho sendo sempre motivador com suas palavras, idéias e clareza de raciocínio.

Aos professores Tácio Lacerda Gama e Robson Maia Lins pelo apoio e pela orientação nos momentos de incerteza.

À Profa. Clarice pela afinidade de idéias e pelas aulas de Semiótica.

Na vida percorremos etapas e esta sem sombra de dúvida foi uma etapa especial onde pude compartilhar momentos de grande satisfação com amigos amealhados no decorrer de todo o curso.

RESUMO

Este trabalho de investigação científica visa (re)observar o direito tributário por meio de uma nova chave de leitura. Esta chave inicia-se com o estabelecimento das noções fundamentais no primeiro capítulo, ressaltando a evolução das correntes filosóficas, especialmente, o giro linguístico e sua influência na dogmática contemporânea. No segundo capítulo estabelecem-se os conceitos derivantes da Teoria dos Sistemas aplicáveis ao trabalho, elucidando sua estruturação. No terceiro e quarto capítulos o subsistema jurídico da sociedade é revisitado a partir de uma autorreferência e de uma héterorreferência, respectivamente. No quinto capítulo a forma de legitimação das comunicações jurídicas através da diferenciação temporal são estudadas em conjunto com a localização geográfica das cortes administrativas e judiciais neste subsistema. No último capítulo alguns casos concretos do direito tributário julgados nas cortes administrativas e judiciais são estudados sob os novos paradigmas sistêmicos, ou seja, a mudança e contingência são postas em contraposição à certeza do direito e estabilidade das relações jurídicas já decididas.

Palavras-chave: *Direito tributário; fontes do direito, pós-modernidade; sociedade hipercomplexa; auto-referência; circularidade; incerteza, paradoxo; evolução.*

ABSTRACT

This work of scientific investigation is aimed to (re)observe tax law thru a new way of reading. This new way establishes itself into the first chapter stressing the evolution of the philosophical doctrines specially the linguistic turn and its influence in the contemporary legal dogmatic. In the second chapter the concepts deriving from the Systems' Theory applicable to this work are established and cleared in this structuring. In the third and fourth chapters the social legal subsystem is revisited from an auto-reference and hetero-referenced point of view, respectively. In the fifth chapter the form of legitimating the legal communications thru the time differentiation (proceedings) are studied as well as the geographical position of the judicial and administrative courts in this subsystem. In the last chapter, some actual cases regarding tax law decided in administrative or judicial courts are studied under theses systemic paradigms, in other words, change and contingency are put in contraposition with the legal certainty and stability of the decided legal relationships.

Key words: Tax law; fonts of law; post-modernity; hyper-complex society; auto-reference; circularity; uncertainty; paradox; evolution.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO I – NOÇÕES FUNDAMENTAIS.....	12
1.1. O Positivismo e o Neopositivismo Lógico.....	12
1.2 A Lógica.....	13
1.3 O Giro-linguístico: a superação da dualidade sujeito-objeto.....	14
1.4 O critério de verdade.....	18
1.5 O método e a unidade pela diferença.....	18
1.6 Sobre comunicação e linguagem.....	22
1.7 O observador: A questão da hierarquia <i>versus</i> heterarquia ou a questão da metalinguagem <i>versus</i> metalinguística.....	22
1.8 Sobre o conhecimento dogmático.....	26
CAPÍTULO II – TEORIA DOS SISTEMAS: Aspectos gerais.....	29
2.1 Uma nova visão a respeito da sociedade.....	29
2.2 A definição do conceito de comunicação.....	29
2.3 A complexidade.....	32
2.4 O conceito de sentido: sentido/sem sentido.....	34
2.5 O conceito de autopoiese.....	35
2.6 Dupla contingência.....	37
2.7 Expectativas cognitivas e normativas.....	38
2.8 Evolução social em Luhmann.....	38
2.9 Algumas conclusões de um Sistema operativamente fechado e cognitivamente aberto.....	40
CAPÍTULO III – O DIREITO HETERORREFERENTE.....	42
3.1 Notas sobre a distinção héterorreferente e auto-referente.....	42
3.2 O Direito héterorreferente: O Direito como objeto cultural.....	42
3.3 As funções de linguagem.....	45
3.4 O Direito e a Ciência do Direito: A hierarquia da linguagem.....	45
3.5 Sobre enunciados prescritivos e normas jurídicas.....	47
3.6 Sobre a relação entre a Semiótica e o Direito.....	49
3.7 Sobre Direito e Lógica.....	54
3.8 Conclusões sobre um Direito héterorreferencial.....	55
CAPÍTULO IV – SOBRE UM DIREITO AUTORREFERENTE.....	58
4.1 O Direito como generalização congruente.....	58
4.2 Expectativas normativas e norma jurídica.....	58
4.2.1 Expectativas cognitivas e normativas: Generalização temporal.....	60
4.2.2 A Institucionalização: Generalização Social.....	61
4.2.3 Pessoas, papéis, programas e valores: Generalização Prática.....	61
4.3 A Evolução do sistema jurídico: Uma rearticulação do conceito de positivismo.....	62
4.4 – Conclusões sobre um Direito autorreferencial.....	65
CAPÍTULO V – LEGITIMIDADE E DEMOCRACIA.....	67
5.1 O Estado democrático de direito: A Constituição como aquisição evolutiva.....	67
5.2 – Legitimidade pelo procedimento.....	69
5.3 – A posição geográfica dos Tribunais no sistema jurídico.....	71
5.4 – A posição geográfica dos Tribunais administrativos no sistema jurídico.....	72
5.5 – O <i>amicus curiae</i> como forma de democratização no procedimento decisório.....	73
5.6 – A abstrativização do controle de difuso de constitucionalidade.....	75
5.7 – Algumas conclusões a respeito da Constituição como aquisição evolutiva:.....	78

CAPITULO VI – APLICAÇÃO DOS CONCEITOS EM CASOS CONCRETOS NO DIREITO TRIBUTÁRIO	80
6.1 <i>Amicus curiae</i> em matéria tributária.....	80
6.2 . Mudança de jurisprudência nos tribunais administrativos	80
6.2.1 O cancelamento da Súmula n. 5 do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo	80
6.2.2 - O caso RBS	82
6.3 Mudança de jurisprudência nos tribunais judiciais.....	83
6.3.1 O conceito de serviços hospitalares.....	83
6.3.2 O crédito prêmio do IPI.....	84
CONCLUSÕES	86
BIBLIOGRAFIA	89

INTRODUÇÃO

Quando nos debruçamos sobre os estudos de Teoria Geral do Direito somos obrigados a enfrentar questões inerentes ao conhecimento humano e seus limites. É precisamente nesta etapa que são fixadas nossas premissas e definições de conceitos basilares, instrumental para enfrentarmos questões de menor abrangência, mais específicas, partindo assim do geral para o específico ou em outros termos da teoria para a prática, não que seja sempre uma relação de mão única daquela para esta, mas um duplo sentido com mútua implicação, onde a única coisa que não se admite é o isolamento de uma ou de outra, ou seja, não existe teoria sem prática ou vice-versa pois uma complementa a outra numa relação circular e autopoietica.

Quando nos dispomos a falar sobre determinado assunto estamos necessariamente envolvidos em um sistema de referência, um paradigma ou vários paradigmas de um mesmo sistema referencial. É nesse contexto que o presente trabalho pode ser inserido, portanto, não anseia exaurir todo o tema ou mesmo tripudiar tudo que não está alicerçado no mesmo sistema de referência. Trata-se apenas de uma das formas de enxergar o mundo e o sistema jurídico com ênfase na comunicação e nos reflexos introduzidos pela reviravolta linguística da “Filosofia da Linguagem”.

A abordagem da linguagem como ponto de partida para o conhecimento e sua aplicação dentro do direito tributário jamais seria possível não fosse o empenho, os questionamentos e todo o poder agregador de PAULO DE BARROS CARVALHO que há mais de vinte anos trabalha nesse espectro especulativo.

Interessante ainda notarmos que embora outras ciências evoluam com maior celeridade o Direito parece sempre estar arraigado em conceitos tradicionais que devem ser revistos e rediscutidos para assim permitir uma melhor compreensão de sua aplicação em casos concretos.

Fala-se constantemente, principalmente nas universidades nos cursos de graduação, em KELSEN de maneira pejorativa sem ao menos

situar a teoria kelseniana dentro do contexto em que foi concebida. O mesmo ocorre com o conceito de positivismo fazendo parecer por vezes estarmos trabalhando dentro de uma visão da escola legalista onde se prestigia o texto e não o contexto.

As maiores discussões das quais pessoalmente participo, inclusive nos cursos de pós-graduação, são mantidas não pelo seu conteúdo em si, mas principalmente pela eleição de paradigmas completamente distintos onde cada qual sequer concebe a possibilidade de um outro ponto de vista.

É por essa razão que aqui serão traçados algumas noções fundamentais do próprio conhecimento para que o leitor possa ao menos situar-se no contexto em que são trabalhados os conceitos e suas respectivas definições.

Falar em aplicação do direito na época em que o Código Tributário foi concebido tem um reflexo completamente diferente nos dias de hoje com toda a mudança de paradigmas havidas desde aquela época.

Acontece que somos muitos mais suscetíveis de agregar conceitos e definições não por compreendermos suas estruturas e funcionamento, mas pelo simples motivo de parecerem mais coerentes quando repetimos alguma definição fornecida pelo argumento de autoridade, sobretudo quando tais definições se encaixam dentro de determinados ideais de segurança, certeza e universalidade.

Estamos habituados a querer conhecer o mundo, explicá-lo, entendê-lo. Recorremos à ciência e quando não temos mais linguagem para explicar o que não se explica recorremos ainda à religião e à Deus, pois o que não se admite é não ter resposta, principalmente uma resposta que não confira certeza ou segurança.

No Direito não é diferente e aqui vamos tratar-se a esse respeito utilizando o mesmo exemplo acima citado fazendo referência a níveis distintos de linguagem onde a linguagem de nível superior visa explicar e ordenar a de nível inferior.

Da mesma forma serão apresentados duas formas de conceber e conhecer um mesmo objeto, o Direito, numa primeira vista de um plano

hétéroreferencial e outra mediante plano autorreferencial. Não com o intuito de definir qual o certo ou qual o errado, mas estabelecer conclusões em cada um deles a fim de permitir uma melhor compreensão do todo.

Assim, em oposição aos enraizados e tão propalados conceitos de certeza, segurança, fundamentação, hierarquia, unidade preconiza-se neste trabalho a incerteza, a insegurança, a desfundamentação a heterarquia e multiplicidade, sobretudo em uma sociedade moderna cujos níveis de comunicação e complexidade tornam necessário a constante evolução do sistema jurídico.

CAPÍTULO I – NOÇÕES FUNDAMENTAIS

1.1. O Positivismo e o Neopositivismo Lógico

O Positivismo é uma corrente filosófica cujo iniciador principal foi Auguste Comte (1798-1857). Surgiu como desenvolvimento filosófico do Iluminismo, a que se associou a afirmação social das ciências experimentais. Propõe à existência humana valores completamente humanos, afastando radicalmente teologia ou metafísica.

Augusto Comte considera o Positivismo como a fase final da evolução da maneira como as idéias humanas são percebidas. O Positivismo tem por base teórica a observação, ou seja, toda especulação acrítica, toda metafísica e toda teologia devem ser descartadas. Segundo esse ponto de vista devemos nos ater ao que é positivamente dado, aos fatos imediatos da experiência, afastando especulações metafísicas. Não existe conhecimento ou saber filosófico-metafísico, mas somente o saber e o conhecimento das ciências particulares.

A diferença entre o positivismo, o empirismo clássico e o Neopositivismo Lógico ou Empirismo Lógico é que para este o tema central é linguagem. A filosofia é praticada como uma análise da linguagem, mais especificamente “a análise da linguagem científica, isto é, da linguagem própria das ciências parcelares; e neste caso a filosofia é reduzida à lógica, à qual é ainda atribuída a tarefa de determinar as condições gerais e formais que tornam possível uma qualquer linguagem.”¹

A diferença entre o velho e o novo empirismo consiste no fato de o primeiro ser uma análise das faculdades humanas (psicologia) e o segundo uma análise das expressões em geral. Todas as proposições, linguagens, sistemas de símbolos, e mesmo filosofias, devem exprimir qualquer coisa. Mas para que assim seja é necessário que exista alguma coisa que possa ser expressa: esse é o material do

1 ABBAGNANO, Nicola. História da filosofia. Ed. Presença: 1970 – Lisboa, Vol. XIV, pág. 7.

conhecimento, e afirmar que deve ser dado pela experiência é uma forma de dizer que as coisas devem existir antes de as conhecermos.²

O Neopositivismo Lógico ou Empirismo Lógico surgem como nomes que representam as escolas – tal como o Círculo de Viena - que trouxeram verdadeira mudança de paradigma no que se refere à origem do conhecimento humano, erigindo a linguagem – científica - à própria condição de existência e controle desse mesmo conhecimento.

Dessa forma, a proposta do Neopositivismo Lógico é a redução da Filosofia da Ciência à Epistemologia e a epistemologia à Lógica dando uma grande importância à linguagem como instrumento do saber científico.

1.2 A Lógica

IRVING COPI³, esclarece que o conceito de lógica é comum a todos os utentes da língua, possuindo diversas significações. Ao procurar uma definição que atenda a delimitar o objeto do estudo da lógica o autor critica as diversas posições utilizadas para a definição do conceito, e procura definir o objeto de estudo da lógica, mesmo que rudimentarmente, como sendo o estudo dos métodos e princípios usados para distinguir o raciocínio correto do incorreto.

PAULO DE BARROS⁴, destaca que “a Lógica integra parte da Filosofia que trata do conhecimento. Inicialmente, entre os gregos assumiu a feição de arte ou dom de produzir argumentos de forma habilidosa. Evoluiu em seguida, para tornar-se um conjunto de proposições cujo objetivo ia mais além, oferecendo critérios para a determinação da própria validade dos esquemas intelectuais que buscavam o valor-verdade.”

Dessa forma, temos que a lógica dedica-se as estruturas do pensamento humano e suas possíveis inferências que conduzam a correção do pensamento.

² ABBAGNANO, Nicola. História da filosofia. Ed. Presença: 1970 – Lisboa, Vol. XIV, pág. 15.

³ COPI, Irving. M., Introdução à Lógica. Ed. Mestre Jou, pág. 20.

⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. A lógica e seu objeto - generalização e formalização – as estruturas lógicas - relações lógicas e relações fáticas – a chamada lógica formal e a metodologia. Apostila, pág, 44

Também é nesse sentido que assevera VILANOVA⁵: “Ainda que inexista paralelismo lógico-gramatical, ainda que as formas linguísticas não traduza, as formas lógicas, todavia como acentua Husserl(Recherches Logiques pág. 1/16, vol. II) as investigações lógicas tomam o fato da linguagem como ponto de apoio, se não como fim temático, pelo menos como índice temático para alcançar seu objeto próprio. A experiência da linguagem é o ponto de partida para a experiência das estruturas lógicas.

Em outras palavras a Lógica torna-se útil ao conhecimento enquanto utilizada na qualidade de ferramenta para conceder coerência e coesão ao raciocínio e as inferências por ele produzidas.

A Lógica tem por objetivo o estudo das formas do pensamento que, direcionada para algum determinado campo, permite a criação de uma linguagem isenta de vagueza e ambiguidade, própria para transmissão de conhecimento e de verificação de validade de seus esquemas, de seus dados, por correspondência mediante verificação empírica, ou seja, o critério de verdade utilizado é o da verdade por correspondência.

1.3 O Giro-linguístico: a superação da dualidade sujeito-objeto

Como visto, no começo do século passado, com o surgimento dos estudos acerca da linguagem tivemos verificado entre outras teorias o nascimento da Teoria dos Signos. Quase que simultaneamente, desenvolviam-se estudos que deram fundamental importância à linguagem, mais precisamente à linguagem científica como condição necessária e indispensável da formação do conhecimento.

Foi nesse sentido que durante décadas a filosofia, notadamente a Teoria do Conhecimento, dedicou-se a investigações acerca do conhecimento preconizando a existência de um sujeito cognoscente e um objeto-cognoscível. Grosso modo, podemos dizer que toda a discussão que envolvia o conhecimento estabeleceu-se nos moldes desse quadro diádico, sendo que alguns representantes de certas teorias depositavam mais confiança e importância no objeto, outros no sujeito cognoscente.

⁵ VILANOVA, Lourival. Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo. Ed. Noeses: 2005, pág. 40 e 41.

Segundo FLUSSER⁶, “Os filósofos definiram categoria como as formas básicas do ser e do conhecimento. A nefasta dicotomia entre o conhecido e o conhecedor institucionalizou-se.”

Nesse contexto evolutivo grande foi a colaboração da primeira obra de WITTGENSTEIN, o “*Tractatus lógico-philosophicus*”, que cunhou a frase: os limites do mundo são os limites da linguagem. Portanto, a realidade não seria um dado, mas sim uma articulação linguística.

Com a segunda e paradoxal obra de WITTGENSTEIN, “Investigações Filosóficas” solidifica-se o movimento denominado *linguistic turn* ou giro-linguístico onde verifica-se verdadeira revolução copérnica na filosofia do conhecimento. Uma reviravolta na filosofia, que supera a dualidade sujeito-objeto, intermediado pela linguagem, como instrumento de conhecimento, passando ela a ser responsável pela própria construção do objeto e do sujeito.

TATHIANE DOS SANTOS PISCITELLI⁷, ao tratar sobre esse movimento afirma que “passa-se então, a se considerar que a linguagem constrói a realidade. O indivíduo não utiliza a linguagem para construir o conhecimento, mas é a linguagem que constitui o indivíduo tal como esse se apresenta. As “coisas que estão no mundo” não possuem existência própria. Somente poderão existir mediante a compreensão que se dá pela linguagem.”

Foi nesse sentido que, MANFREDO ARAÚJO DE OLIVEIRA⁸, apontou os predicados do citado movimento:

“A reviravolta linguística do pensamento filosófico no século XX, se centraliza, então, na tese fundamental de que é impossível filosofar sobre algo sem filosofar sobre a linguagem, uma vez que esta é o momento constitutivo de todo e qualquer saber humano, de

⁶ FLUSSER, Vilém. Língua e Realidade. Ed. Annablume, 2ª Edição, pág. 128

⁷ PISCITELLI, Tathiane dos Santos. Os Limites da Interpretação das Normas Tributárias, Tese de Mestrado Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2006, Capítulo I, Item 1.1.1.

⁸ OLIVEIRA, Manfredo Araújo. Reviravolta Linguístico-Pragmática na filosofia contemporânea, Ed. Loyola, 2ª Edição, pág. 13

tal modo que a formulação de conhecimentos intersubjetivamente válidos exige reflexão sobre sua infra-estrutura linguística. É nesse sentido que K.-O. APEL vai dizer que a Filosofia Primeira não é mais a pesquisa a respeito da natureza ou das essências das coisas ou dos entes (ontologia), nem tampouco a reflexão sobre as representações ou conceitos da consciência ou da razão (teoria do conhecimento), mas reflexão sobre a significação ou sentido das expressões linguísticas (análise da linguagem)”

Até essa fase temos uma questão interessante que é o ponto para onde pretendemos fixar nossas atenções nesse trabalho. A referência utilizada até então foi sempre de um sujeito, ou de uma consciência transcendental no sentido kantiano o que acaba quase sempre gerando perplexidades quando dizemos que a linguagem cria a realidade ou mesmo que o direito cria sua própria realidade porque estamos ainda presos em antigos conceitos e na representação dualística e disjuntiva de sujeito-objeto.

HEINZ VON FOERSTER adverte com clareza:

“necessitamos não somente de uma epistemologia dos sistemas observados, mas também de uma epistemologia dos sistemas observadores. Necessitamos, portanto, reintegrar e conceber o grande esquecido das ciências e da maioria das epistemologias; e enfrentar sobretudo aqui, o problema incontornável da relação “sujeito→objeto”. Não se trata de modo algum de cair no subjetivismo, mas, ao contrário, de encarar o problema complexo em que o sujeito cognoscente, permanecendo sujeito, torna-se objeto do seu conhecimento.”⁹

É nesse exato contexto que a Teoria dos Sistemas utiliza-se do conceito de auto-referência/hetero-referência e dos reflexos que dele derivam quebrando antigos paradigmas que fixavam o conhecimento com referência à

⁹ VON FOERSTER, Heinz. *Self-Organizing Systems and their environment*, 1980, p. 17.

consciência própria de um sujeito e, dessa forma à primazia da diferença epistemológica entre sujeito e objeto.

Realidade, portanto, não é senão uma forma de perceber o mundo que nos rodeia, nosso entorno. O que nos permite afirmar a possibilidade de uma realidade distinta para cada sistema com capacidade de percepção diferente ou nas palavras de FLUSSER: “A imagem que se oferece é a seguinte: a realidade, este conjunto de dados brutos, está lá, dada e brutal, próxima do intelecto, mas inatingível. Este, o intelecto dispõe de uma coleção de óculos, das diversas línguas, para observá-la. Toda vez que troca de óculos, a realidade “parece ser” diferente”.¹⁰

A fim de ilustrar essa idéia, o documentário brasileiro - A Janela da Alma (2002)¹¹, de autoria dos cineastas JOÃO JARDIM e WALTER CARVALHO trata a visão como a janela da alma, o espelho do mundo, onde para cada pessoa com um grau de deficiência visual maior ou menor verifica-se a criação de realidades distintas.

Ainda em FLUSSER¹², reconhece ele ser WITTGENSTEIN o pensador que mais profundamente penetrou o problema da língua, porém deixa uma importante ressalva em sua obra com relação à postura do filósofo já que fala sempre na língua, como se existisse uma única, desprezando a pluralidade das línguas, ou seja de diferentes realidades.

Ou seja, no presente estudo, em perspectiva sociológica pós-moderna, policêntrica e hipercomplexa veremos que cada evento, pode ser objeto de reprodução em diferentes subsistemas sociais: científico, religioso, cultural,

¹⁰ FLUSSER, Vilém. Língua e Realidade. Ed. Annablume, 2ª Edição, pág. 52-53

¹¹ Sinopse: Dezenove pessoas com diferentes graus de deficiência visual, da miopia discreta à cegueira total, falam como se vêem, como vêem os outros e como percebem o mundo. O escritor e prêmio Nobel José Saramago, o músico Hermeto Paschoal, o cineasta Wim Wenders, o fotógrafo cego franco-esloveno Evgen Bavcar, o neurologista Oliver Sacks, a atriz Marieta Severo, o vereador cego Arnaldo Godoy, entre outros, fazem revelações pessoais e inesperadas sobre vários aspectos relativos à visão: o funcionamento fisiológico do olho, o uso de óculos e suas implicações sobre a personalidade, o significado de ver ou não ver em um mundo saturado de imagens e também a importância das emoções como elemento transformador da realidade se é que ela é a mesma para todos.

¹² FLUSSER, Vilém. Língua e Realidade. Ed. Annablume, 2ª Edição, pág. 85

econômico, jurídico entre outros, portanto a realidade passa a ser um conceito de potencialidade e relacional.

1.4 O critério de verdade

Outra consequência da virada linguística foi a mudança do critério de verdade que deixa de ser verificada pela correspondência entre a proposição e seu objeto e passa a ser uma construção linguística.

A prova disso está no fato de que os objetos não se insurgem contra as teorias que as descrevem. A afirmação ou negação de uma tese é feita por outra tese. Por isso, a verdade não se dá pela correspondência entre a proposição e o objeto a ser interpretado, mas sim pelo consenso de verdade entre aqueles que lidam com a teoria.¹³

Foi nesse novo contexto que HABERMAS¹⁴ ao tratar a respeito da ação comunicativa, centrou seu interesse no entendimento linguístico como mecanismo de coordenação das ações, elegendo a filosofia analítica e a teoria do significado como ponto principal da análise da ação comunicativa.

Nesse contexto, faz uma análise histórica da teoria dos significados rejeitando a semântica intencional por prender-se à intenção do agente, passando pela semântica referencial à semântica veritativa.

Ou seja, a validade de um enunciado deixa de ter somente relação com o estado de coisas a que se refere e passa a manter relação com o conjunto de regras estabelecidas pelos participantes.

Tomando a linguagem como ponto de partida na construção de todo e qualquer conhecimento passaremos a analisar as inflexões causadas nas diversas maneiras de conhecer a aplicar o Direito.

1.5 O método e a unidade pela diferença

¹³ GAMA, Tácio Lacerda. Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico: Ed. Quartier Latin, pág33.

¹⁴ HABERMAS, Jürgen. Teoria de la Acion Comunicativa. Madrid: Taurus, 1987, tomo I, pp. 351-369

O saber científico é considerado uma atividade de especialização, que não tem como compreender isoladamente a totalidade do objeto, daí a necessidade de estabelecer uma forma de surpreendê-lo a fim de reduzir complexidades e assim estabelecer um caminho para obtenção de uma proposição verdadeira dentro de determinado contexto. Esse caminho a ser traçado é o que chamamos de método.

O método científico até então propugnado foi a utilização de um recorte, de uma abstração, de um certo isolamento sobre o nosso tema de interesse a fim de configurar uma unidade para onde seriam então dirigidas as atenções e as proposições sobre ela construídas.

Inegável que tal postura sempre partiu da premissa da dualidade sujeito-objeto explorada no item anterior onde o mesmo observador se depara sobre diversos obstáculos tais como: o campo de interesse eleito para observação, a linguagem em si e os próprios mecanismos de percepção que se dispõe para transformar o desconhecido em conhecido.

Ainda nesse contexto a idéia de unidade sempre esteve fundada sobre os pilares da certeza e da unidade, vez que o conhecimento sofria fortes influências da matemática e da física clássica e da própria visão mecanicista de mundo.

Ocorre que tais conceitos sofreram fortes influências dos avanços da física e da matemática tais como: o teorema da incompletude de Godel, o princípio da incerteza, o princípio da complementaridade¹⁵, o princípio da relatividade, da auto-organização, da própria biologia, da química e encontrar alicerces mais adequados na diferença e na incerteza, características também da pós-modernidade, sendo justamente nesse diapasão que LUHMANN vai explorar o conceito de unidade pela diferença.

¹⁵ O princípio da complementaridade foi enunciado pelo físico dinamarquês Niels Bohr em 1928 e assevera que a natureza da matéria e energia é dual e os aspectos ondulatório e corpuscular não são contraditórios, mas complementares. Daí vem o nome do princípio. Isto significa que a natureza corpuscular e ondulatória são ambas detectáveis separadamente e surgem de acordo com o tipo de experiência. Assim, na experiência da dupla fenda a natureza evidenciada da luz é ondulatória, ao passo que no experimento do efeito fotoelétrico, a natureza que ressalta é a corpuscular, como demonstrou Einstein. Argumentos similares valem também para a matéria. Assim, o princípio da complementaridade atesta a ambigüidade e natureza dual da matéria e energia.

Segundo LUHMANN, a tendência mais radical sobre a diferença encontra-se na obra de GEORGE SPENCER-BROWN em seu livro *Laws of Form*.¹⁶

A referida obra se ocupa de demonstrar um cálculo matemático que tem por objetivo reduzir a álgebra dos valores de BOOLE a um único cálculo de operação em que a transformação de seus próprios termos requer apenas o fator tempo. Em outras palavras, a operação matemática não deve nada pressupor deve apenas começar com uma folha de papel em branco, com o mínimo possível de signos, sendo que a complexidade é obtida a partir do desenvolvimento e combinação desses próprios signos ao longo do tempo.

O primeiro signo sendo uma linha horizontal, pelo simples fato de traçá-la sobre o papel divide o espaço. O signo já é uma distinção no sentido de que se quiser traçar outra distinção deve-se levar em consideração a posição da primeira distinção e assim sucessivamente o que nos leva automaticamente para uma posição inicial auto-referente.¹⁷

Quando se efetua uma distinção indica-se uma parte da forma e com ela se dá, automaticamente, a outra parte. Indicar é ao mesmo tempo distinguir assim como distinguir também é indicar. Nenhuma parte é algo em si mesma. No momento em que se inicia uma operação de distinção já se pressupõe uma distinção na distinção.

Toda a teoria luhmanniana está baseada, então, em um preceito sobre a diferença: o ponto de partida deve derivar da disparidade entre sistema e meio, caso se queira conservar a razão social de Teoria dos Sistemas. Quando se escolhe outra diferença inicial, obtém-se então como resultado outro campo Teórico. Assim a Teoria dos sistemas não começa sua fundamentação com uma unidade, ou com uma

¹⁶ SPENCER-BROWN, Georges, *Laws Of Form*, reimp. Nova Iorque, 1979; *Only two can paly this game*, Cambridge, 1971 (publicado sobre o pseudônimo de James Keys).

¹⁷ LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Rio de Janeiro: Ed. Vozes, 2009, p. 84

cosmologia que represente essa unidade, ou ainda com a categoria do ser, mas sim com a diferença.¹⁸

Ou seja, LUHMANN¹⁹ afirma que tudo isso aplicado à Teoria dos Sistemas significa que um sistema é uma forma de dois lados e que um desses lados (o sistema) pode ser definido mediante um único tipo de operação.

O binômio sistema/ambiente reflete uma operação sustentada nessa tipologia e o indicador está posto do lado do sistema deixando do lado de fora o sistema, permitindo dessa forma darmos início às nossas especulações de caráter científico, sem com isso deixarmos de lado a utilização de paradigmas recursivos, auto-referenciais e paradoxais.

Por sua vez, temos um sistema quando uma operação é utilizada de forma recursiva, ou seja, quando tem capacidade de concatenar no tempo outras operações do mesmo tipo o que por sua vez implica numa seleção de operações (distinção) de seu próprio tipo e deixa de fora as demais.

Para a Teoria dos Sistemas, a comunicação é a operação social que detém tais predicados. A capacidade comunicativa é o elemento que permite diferenciar o sistema social dos demais sistemas, ou seja, é a diferenciação elementar entre comunicação e não-comunicação que distingue o sistema social do sistema orgânico e do sistema psíquico.

Dessa forma em sintonia com o entendimento de MARCELO NEVES²⁰ a Teoria dos Sistemas aborda a diferença fundamental existente entre “sistema/ambiente” como paradigma para compreensão da sociedade moderna que entende: multicêntrica ou policontextural.

¹⁸ LUHMANN, Niklas. Introdução à teoria dos sistemas. Rio de Janeiro: Ed. Vozes, 2009, p. 81

¹⁹ LUHMANN, Niklas. Introducción a la Teoría de Sistemas. México: Universidad Iberoamericana, 1996, pp 85-86

²⁰ NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil: O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 59-78.

1.6 Sobre comunicação e linguagem

Verificamos que a comunicação ou melhor dizendo a capacidade comunicativa é a operação elementar que permite diferenciar o sistema social dos demais sistemas, ou seja, é a diferenciação comunicação/não-comunicação que distingue o sistema social do sistema orgânico e do sistema psíquico.

A relação entre tais conceitos é justificada uma vez que entre eles existe um eixo paradigmático de conceitos que se implicam mutuamente.

Sobre o conceito de linguagem, ABBAGNANNO, assim inicia sua definição: “Em geral, o uso de signos intersubjetivos, que são os que possibilitam a comunicação.”²¹

Em termos de lógica clássica, seria verdadeira a proposição que afirmasse que a comunicação é condição suficiente da linguagem e esta por sua vez é condição necessária daquela.

Assim sendo, é constante neste estudo a utilização de conceitos da Filosofia da Linguagem e da Teoria dos Signos em conjunto com a Teoria dos Sistemas para melhor entender o fenômeno jurídico e seus reflexos.

1.7 O observador: A questão da hierarquia *versus* heterarquia ou a questão da metalinguagem *versus* metalinguística

Dado o fato que partimos da premissa da superação da dualidade sujeito-objeto, necessário identificar uma das primeiras e não menos importante conseqüências dessa postura, a questão da posição onde se situa o observador e certa forma da postura de níveis hierárquicos distintos de linguagem.

LUHMANN já advertiu: “Primordialmente, faz-se necessário compreender o termo observador, de um lado extremamente formal, ou

²¹ NICOLA ABBAGNANNO, em seu Dicionário de Filosofia: Ed. Martins Fontes, 2000, pág. 615

seja, evitar qualquer representação de exclusividade, no sentido de se um observador é uma consciência, um cérebro, ou um sujeito transcendental.”²²

E mais adiante: “Até o momento, os conceitos de operação e sistema se apresentam de um modo inteiramente normal - o que significa que o observador (o sistema) não se coloca acima da realidade; não paira acima as coisas e observa, digamos, do alto. O observador não é um sujeito situado fora do mundo dos objetos; ele é, ao contrário, um deles.”²³

Por seu turno, os lógicos nunca se perguntaram sobre a unidade da diferença de níveis, mas apenas defenderam como necessários. O recurso de situar o observador em um nível superior pode conter vícios de plausibilidade uma vez que o observador pode se dar conta de uma hetero-referência e uma auto-referência, ou seja pode assumir um ponto de vista interno ou externo, mas não pode executar as duas operações simultaneamente porque para isso deve utilizar a distinção externo/interno, porém não pode observar sua própria observação senão a partir de um outro nível mais elevado de linguagem e assim por diante numa postura que tenderia ao infinito.

Para o linguista JAKOBSON²⁴: “O neologismo “Metalinguística” é um pouco perigoso, porque “Metalinguística e “metalinguagem” querem dizer algo completamente diferente em Lógica Simbólica. Como é melhor ter relações desanuviadas com os lógicos, seria preferível evitar tais ambiguidades.”

No mesmo sentido, CLARICE ARAÚJO²⁵, adverte com precisão:

“Uma vez que metalinguística e metalinguagem não sejam expressões sinônimas para a Lógica Simbólica, cumpre elucidar que a concepção lógica (Tarski) dos conceitos de linguagem-objeto e metalinguagem não é a que está em jogo no interior dos ordenamentos jurídicos, uma vez que (i) os sistemas de Direito Positivo não se subordinam ao critério de não contradição e do terceiro excluído; (ii) as proposições

²² LUHMANN, Niklas. Introdução à teoria dos sistemas. Rio de Janeiro: Ed. Vozes, 2009, p. 154

²³ *idem ibidem*

²⁴ JAKOBSON, Roman. Linguística e comunicação. Ed. Cultrix, pág. 20.

²⁵ ARAÚJO, Clarice Von Oertzen de. **Semiótica do direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pág 22-23

prescritivas não estão sujeitas a valência verdade/falsidade, mas sim aos valores de validade/invalidade; e (III) a linguagem do Direito Positivo é semanticamente aberta.

A linguagem que opera na função metalinguística segundo JAKOBSON²⁶, focaliza o código, ou seja, o próprio discurso em que se situa. Há metalinguagem no interior do discurso. A função metalinguística, assim versada por JAKOBSON, pressupõe um único código e dentro dele, dois níveis de linguagem convivendo na mesma sequência textual. Difere, portanto, daquelas circunstâncias em que linguagem objeto e metalinguagem aparecem em momentos distintos e, muitas vezes, elaboradas por sujeitos diferentes.

A esse respeito GUIBURG já havia alertado que: “Esta distinción tiene gran importância, porque las reflexiones acerca del lenguaje expressas em mismo lenguaje (las autoreferencias lingüísticas) pueden conducir a paradojas. El caso típico de dificultad provocada por ignorar este punto es la llamada ‘paradoja Del mentiroso’, que ya era conocida por los antiguos gregos”²⁷

O conceito de uso diz respeito à linguagem-objeto que fala a respeito de coisas. A metalinguagem são palavras que falam a respeito de palavras. A menção é a utilização da linguagem na função metalinguística, auto-referencial, sendo que os signos deixam de referir-se a objetos e passam a serem eles os próprios objetos. Exemplo: Essa resposta está errada. (uso) / “Essa resposta está errada” é um exemplo de linguagem na forma e função declarativa. (menção).

A necessidade de situar o observador num plano mais elevado, ou de traçar níveis distintos de linguagem nasceu da necessidade humana até então perfilhada de criar conceitos universais, atemporais, calcados na certeza e na segurança cartesiana que não permitiam a permanência de paradoxos no conhecimento.

²⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. A lógica e seu objeto - generalização e formalização – as estruturas lógicas - relações lógicas e relações fáticas – a chamada lógica formal e a metodologia. Apostila, pág, 27

²⁷ GUIBURG, Ricardo ^a Introducion al conocimiento científico. Ed. Universitaria de Buenos Aires, pág. 27

Nesse contexto, a linguagem foi repartida em diversos níveis hierárquicos, cada qual com sua função, a fim de permitir a eleição de um plano de linguagem como ‘linguagem-objeto’ onde se encontra situado o paradoxo visualizado por um plano superior ‘metalinguagem’ capaz de resolvê-lo.

Outra saída, sem a necessidade de criar planos distintos e hierárquicos de linguagem seria a aplicação do conceito de reentrada (*reentry*), ou seja o reingresso da forma na forma ou da distinção do distinguido.

Em outras palavras, entendemos que ser observador da sociedade desde dentro oferece uma melhor posição teórica. A sociologia deve partir da autocompreensão dos sistemas que acoplam de maneira seletiva a auto-observação e hetero-observação e que se orientam segundo referencia a estruturas previamente estabelecidas.

Como será observado, a comunicação tem a característica de poder se relacionar indistintamente ao ato de comunicar ou a informação. Portanto auto-referente quando a comunicação se relaciona com a informação em si e hetero-referente quando diz respeito ao ato de comunicar.

A linguagem que opera na função metalinguística segundo JAKOBSON²⁸, focaliza o código, ou seja, o próprio discurso (ato de informação) em que se situa. Há metalinguagem no interior do discurso. A função metalinguística, assim versada por JAKOBSON, pressupõe um único código e dentro dele, dois níveis de linguagem convivendo na mesma sequência textual. Difere, portanto, daquelas circunstâncias em que linguagem objeto e metalinguagem aparecem em momentos distintos e, muitas vezes, elaboradas por sujeitos diferentes.

A compreensão dessa distinção será potencializada no tópico posterior a partir do momento que permite situar o conhecimento dogmático dentro de cada sistema e não fora dele. Não se trata de uma relação sujeito-objeto,

²⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. A lógica e seu objeto - generalização e formalização – as estruturas lógicas - relações lógicas e relações fáticas – a chamada lógica formal e a metodologia. Apostila, pág, 27

mas de uma operação onde o sujeito torna-se objeto de suas próprias especulações. A relação não é linear, mas circular e reflexiva.

O problema do ponto de vista linear hierárquico pode ser representado pela relação de Deus-homem. Assim, o homem, enquanto sujeito observador do mundo, chegou a determinado ponto do conhecimento em que lhe faltou linguagem e percepção suficientes para definir determinados aspectos de sua origem e condição no mundo. Com o objetivo de superar seu sentimento de incerteza e insegurança, tão incompatível com o pensamento lógico clássico criou-se a figura de Deus, ou seja, a maior das metalinguagens.

Por meio da lógica, a superação do paradoxo dá-se de cima para baixo numa relação linear e hierárquica, onde não existe questionamento da metalinguagem por ela mesma senão por meio de outra meta-metalinguagem e assim por diante, ou para utilizar nossa proposta de representação o que se admite é uma das duas assertivas Deus criou o homem ou o homem criou Deus, mas nunca uma relação circular tão saudável para o conhecimento se partimos de um ponto de vista circular.

1.8 Sobre o conhecimento dogmático

Como bem lembrou TÁCIO LACERDA GAMA: “A dúvida é a gênese do conhecimento científico. Ao questionar o sujeito se põe frente ao objeto.”²⁹

Apesar das críticas sempre presentes no presente trabalho acerca da distinção sujeito-objeto, devemos levar em consideração que o pressuposto é a dúvida e esta por seu turno somente existe mediante sistemas com capacidade reflexiva, de tal forma que se a dúvida é a gênese do conhecimento, a capacidade reflexiva é sua condição necessária de existência.

Nesse contexto podemos traçar uma distinção preliminar entre o conhecimento dogmático e zetético, sendo que este tem como pressuposto seu caráter meramente especulativo e aquele além de ter como pressuposto seu caráter

²⁹ GAMA, Tacio Lacerda. Competência tributária. São Paulo: Ed. Noeses, 2009.

também especulativo deve ter como resultado sempre uma tomada de posição ou uma decisão frente ao seu tema.

A esse respeito também interessante notar as diferenças com relação à delimitação do ambiente para os sistemas. Um observador para quem o sistema (com seu respectivo ambiente) é ambiente, pode de um modo geral observar mais coisas que o próprio sistema. O sistema somente pode determinar a partir dele mesmo o que seja seu ambiente. Por exemplo a ciência no sentido (zetética) pode analisar outros sistemas sobre aspectos que para eles mesmos não são acessíveis. E nesse sentido pode descobrir e tematizar estruturas e funções latentes. Ao contrario, é frequente, sobre tudo na sociologia que os sistemas desenvolvam formas de combater a complexidade que não são sensíveis a análise e a simulação científica.³⁰

Na atualidade existem muitos estudos em torno do que se designa como o fenômeno da reflexão interior de diversas disciplinas científicas: psicologia, filosofia da consciência. O esforço mais importante sobre este campo é representado por EDMOND HUSSERL para quem a operação da consciência só tem sentido quando se ocupada dos fenômenos. A consciência está, pois, orientada aos fenômenos, independente do que aconteça no ambiente e ao mesmo tempo ocupa-se de si mesma.³¹

A distinção que introduz HUSSERL é *noema* (o que pode se designar como fenômeno) e *noesis* (a disposição reflexiva da consciência) e dessa forma *noema* e *noesis* são um acoplamento perfeitamente delimitado no sentido de que a consciência não pode se perder no seu ambiente bem como também não pode restringir-se a ocupar-se de si mesma. Essa estrutura de acoplamento que realiza a consciência entre reflexão e fenômeno é denominada de Fenomenologia transcendental.³²

Transpondo esses conceitos para o Direito, mais especificamente para o sistema jurídico dentro da Teoria dos Sistemas veremos, que a dogmática é um conceito constantemente utilizado neste trabalho como sendo a capacidade

³⁰ LUHMANN, Niklas. Introducción a la Teoria de Sistemas. México: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 91

³¹ *idem ibidem*

³² *idem ibidem*

reflexiva do sistema de se auto tematizar, permitindo uma forma de evolução com seu ambiente, criando ou adequando estruturas com o intuito de estabilizar expectativas normativas.

CAPÍTULO II – TEORIA DOS SISTEMAS: Aspectos gerais

2.1 Uma nova visão a respeito da sociedade

A Teoria dos Sistemas propõe uma ruptura com as tradições das teorias sociológicas até então construídas uma vez que não tem como unidade a ação de um indivíduo ou um fato social.

Enquanto para a escola tradicional os paradigmas estavam sempre ligados ao subjetivismo ou individualismo do ser humano, para LUHMANN, comunicação é a unidade do sistema social e por seu turno essa unidade pressupõe, necessariamente, uma diferenciação.

Apesar de sofrer diversas críticas a esse respeito, especialmente por ser uma teoria anti-humanista, conclusão esta que somente pode ser obtida a partir de um referencial obtuso e calcado em paradigmas ultrapassados. O ser humano para a Teoria dos Sistemas é apenas um endereço de comunicação, é representado por *alter* e *ego*. Não faz parte do sistema social, muito embora faça parte do seu ambiente, mais precisamente do sistema psíquico, acoplado estruturalmente ao sistema social por meio da linguagem.

Assim sendo, se para WITTGENSTEIN os limites do mundo são os limites da linguagem, para a Teoria dos Sistemas os limites da sociedade são os limites da comunicação. Sem comunicação não há sociedade e fora da sociedade não há comunicação. Tudo o que não é comunicação é entorno, é ambiente, para o sistema social.

2.2 A definição do conceito de comunicação

A tradição estruturalista da linguagem teve início com SAUSSURE que elegeu a língua em oposição à fala, excluindo assim toda a consideração acerca da linguagem em relação a sua natureza social, histórica e cultural.

Por seu turno, ROMAN JAKOBSON, linguista russo que se dedicou à análise estruturalista da linguagem, revisou o modelo saussuriano para dar início a uma visão interdisciplinar entre língua e fala como instâncias interdependentes e não apenas dicotômica como acredita SAUSSURE.

Para o linguista russo, seis são os componentes da interação comunicacional, são eles: remetente, mensagem, destinatário, contexto, código e canal físico sendo que as funções da linguagem estariam ligadas a ênfase dada em cada um desses componentes e então teríamos as funções emotiva; poética; conativa; referencial; metalinguística e por fim fática.

Dessa forma, com base em tais pensamentos a transmissão de qualquer influência de uma parte para outra parte seria então a regra de ingresso no conceito de comunicação.

Porém, o conceito de comunicação para a Teoria dos Sistemas contrapõe essa idéia a partir do momento que a comunicação age como operação capaz de permitir autonomia ao sistema e não esta ligada a um sistema psíquico ou mesmo a uma consciência isolada, razão pela qual, apesar de extremamente difundida, a definição da comunicação por meio da metáfora da transferência deve ser adaptada à Teoria dos Sistemas.

A teoria luhmanniana questiona a metáfora da transferência mediante os seguintes argumentos identificados por LUHMANN³³, são eles: a) a comunicação não se trata de uma transmissão no sentido de que um sujeito 'A' perca ou deixe de possuir alguma coisa em relação a um sujeito 'B'; b) para saber se realmente houve comunicação não é necessário atingir a consciência de 'A' e de 'B' a fim de verificar uma identidade para que se comprove de fato uma comunicação; c) finalmente a comunicação não se trata de um ato simultâneo já que tal vínculo é quebrado quando analisamos a escrita uma vez que existe uma separação entre o ato de comunicar e o ato de entender.

Dito isso LUHMANN parece caminhar para uma definição onde são encontradas três seleções necessárias para que haja comunicação, são

³³ LUHMANN, Niklas. Introducción a la Teoria de Sistemas. México: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 303

elas: o ato de comunicar; a informação; e ato de entender (ou não entender). O ato de entender surge como redução de incerteza uma vez que o ato de entender não está impregnado de valores, mas sim orientado em “sim” e “não” de tal forma que a comunicação pode ter sido verificada (“sim”) sem que haja necessidade de reconstrução de todo o processo de comunicação.

LUHMANN afirma que: “Na teoria dos sistemas o que se enfatiza é a verdadeira emergência da comunicação. Não existe propriamente transmissão de alguma coisa; o que existe é uma redundância criada no sentido de que a comunicação inventa sua própria memória que pode ser evocada por diversas por distintas pessoas de diferentes maneiras.”³⁴

A Teoria dos Sistemas surge para estabelecer que a comunicação conduz a decisão de que tanto a informação como o ato de comunicar podem ser aceitados ou rejeitados, bifurcando a realidade em sim e não, observada sempre pelo ato de entender.

A comunicação deve ter referência a algo ou alguma coisa, um tema deve ser tratado e tal fenômeno pode ser o próprio tema, por exemplo, quando se diz que na realidade queria se dizer outra coisa e expressa-se esse estado de ânimo. A esse respeito, é interessante notar que a comunicação por si mesma é uma operação que tem capacidade de se auto-observar e, se assim não fosse não seria capaz como já dito de ser autopoietica.

Assim, temos que a comunicação é antes de tudo uma redundância e independe do ato de compreensão. Seus elementos são: atos de comunicação, informação e ato de entender, sendo que este último é o responsável pela observação do sistema de forma a reduzir incertezas mediante a aceitação ou rejeição (sim/não) de um dos referidos elementos.

³⁴ LUHMANN, Niklas. Introducción a la Teoria de Sistemas. México: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 308

O sistema reage às irritações conforme as diferenças que são aceitas ou não em seu interior com a intenção de restabelecer o equilíbrio interno, o que definimos aqui como homeostase sistêmica.

2.3 A complexidade

Em capítulo anterior, verificamos que a realidade é uma articulação linguística e ao mesmo tempo é potencialidade por ser um conceito relacional que está ligado à capacidade sensorial de quem a interpreta.

O homem vive em um mundo constituído sensorialmente, cuja relevância não é inequivocamente definida através do seu organismo. Desta forma o mundo apresenta ao homem uma multiplicidade de possíveis experiências e ações em contraposição ao seu limitado potencial em termos de percepção, assimilação de informação, e a ação atual e consciente.³⁵

A complexidade na Teoria dos Sistemas concentra-se inicialmente na premissa de que o ambiente é sempre mais complexo que o sistema, ou seja, relação sistema/ambiente onde este é sempre mais complexo que aquele. Sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. E por seu turno as possibilidades apontadas para as demais experiências podem ser diferentes das esperadas.

A partir dessa representação temos que o sistema age, portanto, de forma seletiva em relação ao seu ambiente, seja no plano de estruturas como no plano de processos. E por selecionar uma ordem, um sentido, ele se torna complexo ao fazer uma seleção entre seus elementos.

Sob uma visão formal a questão da complexidade fica então caracterizada como aumento da quantidade de elementos que devem permanecer unidos no sistema crescendo a quantidade de possíveis relações que esses mesmos elementos podem realizar, ensejando uma outra seletividade com respeito à limitação da forma como cada sistema deve relacionar tais elementos.

³⁵ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Vol. I. Rio de Janeiro: Edições tempo brasileiro, 1983, pág. 45

Em termos de comunicação, observamos que existem determinadas regras de possibilidade de relação, não se pode comunicar com todos, mas somente com determinadas pessoas.

Tal relação pode ser melhor identificada na relação jurídica onde, preservada algumas raras exceções, quem detém capacidade postulatória é o advogado para defender os interesses de seus clientes. É dele que parte o ato de fala competente para produzir comunicação no sistema jurídico que vai processá-la seguindo determinados processos e estruturas seletivas.

Assim o problema da complexidade leva diretamente a um limite, no qual não é possível relacionar todos os elementos. A relação entre todos os elementos entre si somente seria possível dentro de um panorama de complexidade simples, já em nosso sistema de referencia a relação é seletiva e, portanto complexa, ainda mais, aproveitando o título do presente estudo, hipercomplexa.

O paradigma da sociedade moderna ou pós-moderna, aqui concebida como uma sociedade hipercomplexa pode ser entendido nesse primeiro momento contraposto à idéia de complexidade simples onde um elemento 'X' se relaciona com 'Y' de forma estática. Característica esta de uma sociedade alicerçada sobre a idéia de segurança frente à instabilidade. Sob esse prisma a idéia de tempo é abstrata e não exerce papel decisivo ao passo que levando-se em consideração o tempo como critério de evolução e adaptação podemos admitir a possibilidade dos elementos mudarem suas relações de maneira seletiva adaptando-se frente à instabilidade.

A complexidade é um tema que vem sofrendo resistências no campo científico justamente por necessitar a quebra de antigos paradigmas já solidificados na sociedade. A prova disso é a necessidade científica de fixar seus pilares sobre a unidade e não sobre a diferenciação.

A questão da observação também já mencionada em tópico anterior é agravada quando concebemos sistemas com capacidade de auto-observação, autodescrição admitindo-se ainda que o sistema pode conter diversas

descrições de si mesmo e pode ainda saber que esta sendo observado preparando-se para evadir-se ou oferecer resistência ao planejamento, questão de observação de segunda ordem.

O sistema torna-se então hipercomplexo e confuso levando a necessidade de estabelecimento de uma padronização, de uma ordem, de uma racionalização.

A racionalidade deve ser aqui entendida como a racionalidade do sistema e não do ambiente. No mesmo sentido a racionalidade do sistema é a capacidade deste de selecionar aspectos do ambiente que serão por ele internalizados, em outras palavras é a capacidade do meio de desenvolver sua própria irritabilidade frente ao ambiente.

2.4 O conceito de sentido: sentido/sem sentido

A diferenciação na teoria luhmanniana é tão presente, de tal forma que não seria possível concebê-la não fosse esse conceito, tanto é verdade que ainda em fase preliminar já relacionamos a ela os conceitos de unidade, comunicação e agora, sentido.

O mundo é constituído em pares. Quando cria-se alguma coisa imediatamente cria-se também o seu contraposto. Bem e mal, mau e bom, certo errado, céu e inferno, deus e o diabo, imanente e transcendente, homem e mulher, ser e dever-ser, certo e errado, abstrato e concreto, justo e injusto, *alter* e *ego* e assim por diante numa espiral comparada ao DNA humano, mais uma vez, em pares.

A intolerância tem berço no momento em que os observadores se dão conta ou privilegiam apenas um dos lados da forma (diferenciação), ou seja, permanecem em um dos extremos rejeitando ou negando seu contraposto, ou em outro sentido permanecem no sistema sem observar o seu entorno ou vice-versa, o que a nosso ver, segundo os paradigmas aqui compartilhados, é inconcebível e até patológico numa análise mais dedicada sobre o assunto conforme será demonstrado.

Seguindo esse raciocínio, a definição mais elementar do conceito sentido não é senão uma forma de diferenciação que fornece os limites e divide o mundo em alguma coisa com sentido e outra sem sentido.

A noção de sentido está ligada a necessidade do sistemas de ordenar complexidade mediante o processo de seleção

Ocorre que o conceito de sentido deve ser trabalhado levando-se em consideração o contexto em que está inserido, ou seja, a diferenciação sentido/sem sentido está impregnada no tecido social e é dela interdependente, e por meio dessa relação de interdependência nasce a capacidade do sistema de se auto-observar (reflexão) e escolher suas estruturas trabalhando assim no eixo da seleção o que será visto com maior detalhe no item destinado à evolução dos sistemas.

É por dispor da capacidade de se diferenciar de seu ambiente, definindo e redefinindo o que é sentido, que se pôde verificar a existência de autopoiese não só em sistemas que se materializam com vida, mas também em sistemas que operam com base no sentido (psíquico e social).

2.5 O conceito de autopoiese

Tendo LUHMANN importado conceitos das ciências biológicas, especialmente o conceito de autopoiese do trabalho de MATURANA e VARELA³⁶, o ponto central de sua teoria deixou de ser tão-somente a diferenciação do sistema social como unidade de reprodução de comunicação dos demais sistemas que são incapazes de fazê-lo, mas, além disso, passou a ser a compreensão e emergência de sistemas funcionais operacionalmente autônomos no interior do sistema social mais abrangente.

Nesse diapasão esclarece que, autopoiese existe não só em sistemas que se materializam com vida, mas também em sistemas que operam com base no sentido (psíquico e social). Esses últimos têm a capacidade de

³⁶ apud CAPRA, Fritjof. A Teia da Vida. Uma Nova Compreensão Científica dos Sistemas Vivos. Ed. Cultrix, pág 34.

reproduzir seus próprios elementos definindo a sua diferença em relação ao sistema (auto-referência elementar).

Mais ainda, todos os processos e estruturas que compõem o sistema são também produzidos em seu interior (auto-referência processual ou reflexividade) e, por fim, a produção de novos elementos depende das operações procedentes do sistema (reflexão).

Auto-organização e autopoiese são conceitos que devem manter-se claramente separados. Cada um acentua aspectos específicos do fechamento operacional. Os dois tem como base um princípio teórico sustentado na diferença e um mesmo princípio de operação. Ou seja: o sistema só pode dispor de suas próprias operações; ou em outras palavras, dentro do sistema não existe outra coisa senão sua própria operação. Esta operação consegue configurar dois acontecimentos fundamentais, dentro do sistema: a auto-organização e a autopoiese.³⁷

Assim auto-organização significa construção de estruturas próprias dentro do sistema mediante operações específicas enquanto autopoiese significa determinação do estado posterior do sistema a partir da limitação anterior a qual a operação anterior chegou.

O conceito de estrutura deve ser definido mediante o conceito de expectativa e estas por seu turno refletem sobre a capacidade de conexão das operações. As expectativas realizam-se independentemente do que os indivíduos pensam ou imaginam e esta ligada a uma antecipação de sentido para reduzir complexidade e aumentar a complexidade apreensível.

³⁷ LUHMANN, Niklas. Introdução à teoria dos sistemas. Rio de Janeiro: Ed. Vozes, 2009, pág. 112

Com base em tais premissas, temos o sistema social como sistema mais complexo cuja diferença elementar que lhe confere unidade auto-referencial é sua capacidade comunicativa. Cada subsistema, por sua vez, vai se diferenciar por meio de um “código” binário específico, o que permite o sistema ser simultaneamente operativamente fechado e cognitivamente aberto em relação ao seu ambiente.

Dessa forma, cada sistema cria sua própria realidade sendo por essa razão que LUHMANN nega um espaço privilegiado a partir do qual possa se refletir sobre a sociedade. Todo conhecimento (observação) é parcial e redutor de complexidades.

2.6 Dupla contingência

A idéia de dupla contingência, conhecida graças a PARSONS constitui uma reformulação da antiga pergunta de como a ordem social é possível?

A questão da ordem social foi amplamente discutida em seus mais diversos aspectos e o conceito de dupla contingência fica muito mais claro quando trabalhado em conjunto com a idéia de conflito.

Para a solução de conflitos, recorria-se então às idéias de valores e cultura, situando estes numa posição hierárquica superior servindo de reguladora para a questão da dupla contingência e da ordem social.

A proposta da Teoria dos Sistemas tende a resolver a questão da dupla contingência não pressupondo uma dimensão hierárquica superior, sobretudo pelas críticas que já foram abordadas no início a respeito de estruturas hierárquicas, mas simplesmente pelo fato do desenvolvimento do fator tempo.

Nesse sentido, a comunicação desencadeia uma sequência que coloca o outro em uma situação de rejeição ou aceitação de tal forma que *alter* determina seu comportamento numa situação ainda indefinida e aguarda para ver como *ego* recebe a proposta sobre o seu comportamento num movimento circular cuja assimetria é dada não pelo fator hierárquico de valores, mas temporal.

A ordem social estruturada de forma hierárquica somente teria lugar nas culturas avançadas onde ocorre o processo de institucionalização o que pressupõe uma diferenciação hierárquica tendo no topo a dominação política o que não ocorre nas sociedades modernas conforme será adiante demonstrado.

2.7 Expectativas cognitivas e normativas

Expectativas cognitivas estão sujeitas a *revisão* em caso de desapontamento. Trata-se do caso em que se espera que a expectativa se ajuste à complexidade e à contingência da experiência no mundo.

Expectativas normativas, contudo, são contrafactuais. Elas são *imunizadas simbolicamente* para serem mantidas mesmo em caso de desapontamento. Aqui se espera que a contingência e a complexidade da experiência no mundo se ajustem à expectativa, e não o contrário. Quando uma experiência desaponta uma expectativa *cognitiva*, quem está errado é a *expectativa*; quando desaponta uma expectativa *normativa*, quem está errado é a *experiência*. Os sistemas sociais investem mais em expectativas cognitivas ou em normativas conforme seja mais necessária a *adaptação ao ambiente variável* ou a *integração e estabilização das estruturas sociais*.

2.8 Evolução social em Luhmann

Vimos que a teoria luhmanniana adota como elemento de base a comunicação e que a unidade do sistema é caracterizada pela distinção, ou seja, da própria diferença de si mesma, o que permite a identificação do ‘sistema’ e seu ‘ambiente’, com a sua ‘estrutura’ e sua própria ‘comunicação’.

Nesta etapa, com suporte na referida teoria partiremos em busca de elucidar a definição do conceito de ‘evolução’ para, a partir dele, demonstrar a evolução social como um processo de complexificação e diferenciação funcional para depois realizar uma análise voltada à sociedade hipercomplexa moderna.

Desde já, importante frisar que embora existam semelhanças com a teoria evolucionista darwiniana e mesmo neodarwinianas, especialmente no que diz respeito à ‘variação’ e ‘seleção’, delas distanciam-se na medida em que para a teoria darwinista o ‘ambiente’ e ‘a luta pela vida’ agem como fatores determinantes para a evolução, enquanto que para a teoria dos sistemas o ambiente não age como fator determinante, mas condicionante.

No mesmo sentido, as teorias neodarwinistas, especialmente a desenvolvida por RICHARD DAWNKINS (autor de “O gene egoísta”), o gene passa a ser o fator determinante da evolução, o que não é concebível na visão da teoria dos sistemas já que a infra-estrutura bioquímica pertence ao ambiente orgânico da sociedade.

Assim, a evolução dos sistemas não é guiada por um fim determinado, teleológico, nem tem por ideal o desenvolvimento final de sua forma absoluta. Muito pelo contrário, a evolução é obtida a partir da transformação do improvável em provável, dando ênfase ao acaso, à surpresa já que o sistema não fornece nenhuma interpretação do futuro.

Nesse sentido, o fenômeno evolutivo só se completa quando preenchem três condições vinculadas reciprocamente: variação, seleção e restabilização. Variação é a internalização pelo sistema de um elemento (comunicação) novo que o surpreende. A variação causa uma diferença no sistema que pode reagir expulsando o elemento inovador ou relegando-o ao esquecimento, o que não gera evolução, ou pode selecionar estruturas (expectativas) para por meio de uma nova diretriz processar o novo elemento (comunicação) no sistema. Por fim, não basta o processamento do elemento novo, existe a necessidade do sistema de manter as novas estruturas para processar elementos desse mesmo jaez momento em que poderá considerar-se evoluído no sentido da teoria dos sistemas.

Para LUHMANN, a sociedade é mais evoluída quanto mais complexidade estruturada ela tiver, havendo um incremento da capacidade sistêmica de criar complexidade estruturada, razão pela qual a evolução social está diretamente ligada à diferenciação dos três mecanismos evolutivos: variação, seleção e restabilização.

Nesses termos, com o intuito de explicar a sociedade moderna, trouxe o critério da complexidade. Esta quando aumenta implica maior contingência e permite abertura para o futuro com a conseqüente melhora na capacidade de tornar o improvável provável, resolvendo incertezas. Por seu turno, tal atitude implica maior pressão seletiva cuja sobrecarga demanda diferenciação sistêmico-funcional (sistemas parciais diferenciados operacionalmente autônomos).

É por essa razão que MARCELO NEVES³⁸, parafraseando LUHMANN conclui que: por meio da redução de complexidade o sistema pretende aumentar a complexidade apreensível.

2.9 Algumas conclusões de um Sistema operativamente fechado e cognitivamente aberto

Fixadas as premissas iniciais da Teoria dos Sistemas, diz-se que um sistema é operativamente fechado e cognitivamente aberto. Mas o que significa essa afirmativa além de representar um paradoxo?

Em nossa opinião essa assertiva é a síntese do conceito dos conceitos acima especificados, vejamos:

1. O sistema social difere-se a partir do elemento de base que é a comunicação e cada subsistema social elege uma diferenciação a partir de seu ambiente;
2. O sistema social e cada subsistema detém capacidade reflexiva, quando nos referimos nesta capacidade estamos nos referindo a uma reflexão interna e externa (auto-

³⁸ NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil: O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 59-78.

referência e hetero-referência), ou seja cada sistema é ao mesmo tempo observador e objeto de sua própria observação;

3. Em razão de sua capacidade reflexiva o sistema não busca sua fundamentação em elementos externos embora sejam deles condicionados, mas nele próprio já que tem capacidade de se diferenciar de seu ambiente criando e delimitando seu próprio sentido;
4. Todos os fenômenos de cada sistema são por ele internalizados a partir de seus próprios elementos, ou seja, uma comunicação no ambiente somente vai ser internalizada por meio de outra comunicação de cada subsistema social, daí outra assertiva comunicação gera comunicação;
5. Da mesma forma, cada evento ocorrido no interior do sistema social, cada fenômeno, pode ser objeto de reprodução em diferentes subsistemas. E por essa razão que afirmamos que cada sistema ou subsistema cria sua própria realidade, motivo pelo qual uma compreensão multicêntrica do mundo afasta a observação de um ponto de vista privilegiado, porém aumenta a capacidade analítica para a compreensão da supercomplexa sociedade mundial.

CAPÍTULO III – O DIREITO HETERORREFERENTE

3.1 Notas sobre a distinção héterorreferente e auto-referente.

Em capítulo anterior realizamos forte crítica sobre a delimitação do objeto de nosso estudo especialmente com relação à questão da distinção e forma onde enfatizamos que os maiores erros são causados quando construirmos determinadas assertivas sem levarmos em consideração o contraposto ou seja, o outro lado da forma.

Se tudo vem em pares como outrora afirmamos, daremos início ao estudo do Direito criando uma distinção na própria maneira em que esse objeto pode ser tematizado, tomando como ponto de partida a própria observação, assim sendo criamos uma distinção entre um Direito héterorreferente e auto-referente.

Mais uma vez esclarecemos que o intuito não é estabelecer entre elas um conectivo disjuntivo excludente, mas demonstrar a possibilidade de utilizar a capacidade analítica de ambas com a finalidade de melhor entender a relação entre o Direito e seu ambiente bem como sua função de generalizar expectativas normativas.

3.2 O Direito héterorreferente: O Direito como objeto cultural

O Direito dada a sua imanente complexidade constitutiva é um fenômeno que pode ser observado sob diversos aspectos, tais como a filosofia jurídica, a sociologia, historiologia, axiologia, psicologia, lógica, porém, independente do ângulo que se privilegia, é necessário sabermos sob qual tipo de objeto a que estamos nos referindo, pois esse deve ser ponto de partida para se ingressar nos meandros do conhecimento a fim de sabermos qual método mais adequado a ser empregado para surpreendê-lo.

Nesse sentido, CARLOS COSSIO³⁹ afirma que: “um objeto tiene que ser tratado com um método adecuado a su naturaleza, hemos de elucidar los diversos métodos gnoseológicos que corresponden a los objetos ideales, naturales y culturales, así como aclarar el acto de conocimiento com que se constituyen dichos métodos”

Foi com base na Teoria dos Objetos desenvolvida dentro do contexto filosófico da fenomenologia existencialista hursseliana, que COSSIO⁴⁰, ao verificar os critérios de ingresso na classe de cada objeto, inseriu o Direito dentro da classe dos objetos culturais:

<i>Objetos</i>	<i>1ª Característica</i>	<i>2ª Característica</i>	<i>3ª Característica</i>
Ideais	Irreais: não têm existência	<i>não estão na experiência</i>	<i>neutros ao valor</i>
Naturais	reais: têm existência	<i>estão na experiência</i>	<i>neutros ao valor</i>
Culturais	reais: têm existência	<i>estão na experiência</i>	<i>Valiosos positiva ou negativamente</i>
Metafísicos	reais: têm existência	<i>não estão na experiência</i>	<i>Valiosos positiva ou negativamente</i>

Os objetos metafísicos serão deixados de lado por não trazerem nenhuma referência útil ao objetivo deste trabalho, assim como fizeram os autores que trataram sobre a teoria dos objetos aplicada ao Direito. MACHADO NETO⁴¹, ao tratar sobre a supracitada classificação diz ela reconhecer as três regiões ônticas que constituem objeto do conhecimento científico, a saber: a) os objetos ideais que se caracterizam por serem a-espaciais e a-temporais, não se darem na experiência e serem neutros do valor, e cujo ato cognoscitivo é a intelecção, que se realiza através do método *racional-educativo (ou racional-dedutivo)*; b) os objetos naturais, espaciais e temporais, que se dão na experiência, são neutros ao valor e cujo processo de conhecimento é a explicação, realizável pelo método *empírico-indutivo*; c) os objetos culturais, que são espaciais e temporais, estão na experiência, são positivamente ou negativamente valiosos e são conhecidos mediante o processo gnoseológico da compreensão, por meio do método *empírico-dialético*.

³⁹ *Idem ibidem*

⁴⁰ COSSIO, Carlos. La Teoria Egologica Del Derecho y El Concepto Jurídico de Libertad. 2ª Ed. : Abeledo-Perot. 1964. pág.56

⁴¹ NETO, Antonio Luis Machado. Teoria da Ciência Jurídica. Ed. Saraiva. 1975, pág. 147

Assim, para COSSIO⁴², os objetos culturais, têm existência, estão na experiência e são valiosos. Por estarem ao alcance da experiência não prescindem de um substrato ou suporte fático e um sentido sustentado por esse suporte que é onde reside o caráter valioso ou desvalioso do bem cultural, qualquer que seja ele. Conforme esse suporte seja um objeto físico, um pedaço do mundo natural, como o mármore numa estátua, ou uma conduta humana, como um ato moral, teremos os objetos culturais divididos em *mundanais* e *egológicos*, respectivamente.

Foi com base nessas premissas que COSSIO concebeu a Teoria Ecológica, situando o Direito como um objeto cultural, cujo suporte fático seria a conduta regulada pela norma e não a norma em si.

Apesar de concordarmos com o jurista argentino, no que diz respeito de considerar o Direito como um objeto cultural, dentro de um contexto héterorreferente, situamos o enunciado jurídico prescritivo como sendo o suporte fático para, a partir dele, mediante a análise da conduta construirmos um significado e eventualmente subsunção desta àquela constituindo dessa forma o processo dialético.

Interessante notarmos que enquanto permanecemos no campo dos objetos naturais torna-se relativamente fácil fazer a distinção entre o objeto e a ciência que se ocupa de estudá-lo, assim, como exemplo, podemos citar a vida e a biologia; os astros e a astronomia; o mundo natural e a física entre outros, porém, ao transpormos nossa atenção para os objetos culturais tal distinção torna-se menos evidente já que são constituídos e conhecidos por meio da linguagem, invariavelmente.

Sendo a linguagem o elemento base, cabe agora estabelecermos outro critério de distinção a fim de identificar e delimitar o objeto de nossas especulações e o corpo linguístico que dele se ocupará.

⁴² *apud* NETO, Antonio Luis Machado. Teoria da Ciência Jurídica. Ed. Saraiva. 1975, pág. 147

3.3 As funções de linguagem

Para ter uma idéia geral das funções de linguagem é importante trazer os fatores constitutivos do processo linguístico de todo ato comunicacional. Segundo JAKOBSON⁴³ os componentes da interação comunicacional estão divididos em remetente, mensagem, destinatário, contexto, código e canal físico (contacto).

O remetente envia uma mensagem ao destinatário. Para ser eficaz, a mensagem requer um contexto a que se refere, apreensível pelo destinatário, e que seja verbal ou suscetível de verbalização; um código total ou parcialmente comum ao remetente e ao destinatário e finalmente um contato, um canal físico e uma conexão psicológica entre o remetente e o destinatário, que os capacite a ambos a entrarem e permanecerem em comunicação.⁴⁴

Ainda nessa esteira, ensina o mesmo autor que as funções da linguagem podem ser estudadas segundo a ênfase que é dada em cada um desses componentes, assim, respectivamente temos as seguintes funções: emotiva; poética; conativa (prescritiva); referencial; metalinguística e por fim fática.

Dessa forma, as normas jurídicas estariam inseridas no campo da função conativa uma vez que se orientam para o destinatário. Por seu turno a linguagem científica por fazer referência a um contexto, a algo que se fala, diz-se então referencial.

3.4 O Direito e a Ciência do Direito: A hierarquia da linguagem

PAULO DE BARROS⁴⁵, leciona que: “Ali onde houver uma linguagem existirá sempre a possibilidade de falar-se a respeito dela. Importa reconhecer que há níveis de linguagem, de tal modo que aquela em que se fala é a chamada de linguagem objeto, ao passo que a empregada para falar da linguagem-objeto denomina-se metalinguagem.”

⁴³ JAKOBSON, Roman. *Linguística e Comunicação*. São Paulo: Cultrix, 1991, pág. 122-3

⁴⁴ *idem ibidem*

⁴⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. *Apostila Língua e linguagem - signos lingüísticos – funções formas e tipos de linguagem – hierarquia de linguagens*, pág 31.

Vimos que a linguagem é ínsita ao Direito, uma vez que ela é ao mesmo tempo Ciência e objeto de seu estudo, porém com funções de linguagem distintas, ou seja, linguagem descritiva e prescritiva.

Quando se pretende distinguir o objeto e sua descrição, quando ambos são expressões linguísticas, uma das propostas é o estabelecimento de diferentes níveis de linguagem.

Assim, quando uma investigação se realiza em torno de uma linguagem, chamamos esta de linguagem objeto e a linguagem na qual os resultados da investigação são formulados chama-se metalinguagem.

Sendo a linguagem o ponto de partida, uma das formas de delimitação do Direito é traçar uma distinção entre as funções da linguagem, assim como foi proposto por KELSEN ao fazer a clara e porque não neopositivista distinção entre Ciência do Direito e seu respectivo objeto de estudo, as normas jurídicas, ou seja, o direito positivo.

Na linguagem objeto temos palavras que se referem a objetos e na metalinguagem temos palavras que se referem a outras palavras. A noção dos diferentes níveis de linguagem ajuda a sanar o chamado “paradoxo do mentiroso”. Isso porque a linguagem-objeto não é a linguagem competente para designar seus próprios valores de verdade ou falsidade. Tal ato deve ser realizado por meio de uma linguagem de nível superior, uma metalinguagem.⁴⁶

Para SAMIRA CHALHUB⁴⁷, “estamos sempre sujeitos a ler metalinguagens. Afirmamos também que ambos, leitura e mundo, são linguagens. Estamos dizendo que uma operação de conhecimento acerca de algo é, na relação eu-outro, uma tradução de linguagem, onde um termo A – que podemos considerar como a emissão que organiza os signos referentes ao objeto, operando um conhecimento acerca desse mesmo objeto – descreve, explica, identifica, reproduz/produz, cria, reinventa, equaciona, equivale a um termo B.

⁴⁶ GUIBURG, Ricardo. Introdução al conocimiento científico, pág. 26

⁴⁷ CHALHUB, Samira, A metalinguagem. Editora Atica. 3ª Edição: 1997, pág. 7

Assim ao preferirem-se os conceitos de direito positivo e Ciência do Direito à simplesmente Direito, elimina-se a ambiguidade deste último termo permitindo situarmos o direito positivo no plano da linguagem-objeto que por sua vez torna-se o objeto de estudo para onde são dirigidas as proposições da Ciência do Direito.

A Ciência do Direito passa a ser então um corpo linguístico, que se desenvolve a partir da análise dos enunciados prescritivos, objetivando ordená-los, declarando sua hierarquia, transmitido conhecimento sobre a realidade jurídica, clarificando a forma deôntica e valorativa que permeia todo sistema do direito positivo, bem como, suas significações, articulando questões de ordem lógico-jurídicas (normas tributárias), éticas (valores tributários) e histórico-culturais (fatos tributários).

Nesse sentido, a linguagem da Ciência do Direito é tida como uma metalinguagem, de função precípua descritiva, cujo vetor é descritivo da linguagem-objeto, a lógica que preside esta linguagem é a lógica das ciências, ou lógica apofântica, cujos enunciados submetem-se aos valores de verdadeiros ou falsos.

Identificada a classe de objetos de nosso estudo como sendo o direito positivo, compreendido como conjunto dos enunciados prescritivos inseridos no ordenamento jurídico é mister trazermos a diferenciação entre enunciados prescritivos e normas jurídicas.

3.5 Sobre enunciados prescritivos e normas jurídicas

O sistema jurídico é composto dos enunciados prescritivos inseridos no ordenamento jurídico, ou seja um sistema composto de linguagem em sua função conativa voltada para a regulação de condutas dos indivíduos.

Ocorre que a linguagem nesse paradigma héterorreferencial, depende da construção de sentido por meio de um observador inserido em um determinado contexto social que por sua

vez pode ser um agente credenciado no sistema ou não, o que resulta em termos práticos em uma interpretação autêntica ou não-autêntica dos mesmos enunciados.

O processo de construção de sentido parte necessariamente dos enunciados prescritivos em direção às normas jurídicas.

Como norma jurídica em sentido estrito deve se entender como a construção do sentido, formulada a partir da leitura dos enunciados prescritivos, composta de um lado por um antecedente (descriptor de condutas objetivas) e, de outro, por um conseqüente (prescritor de condutas), ambos ligados por um dever-ser neutro numa relação de implicação, onde, verificada a ocorrência do antecedente no mundo do ser, instala-se automática e infalivelmente a relação jurídica prevista no conseqüente modalizada em: proibido, obrigatório e permitido. Formalizando, teríamos o seguinte: $D=(p \rightarrow q)$, ou seja, se verificado a ocorrência de “p” então “q”.

Assim tanto o enunciado prescritivo como as normas jurídicas apesar de expressarem função conativa da linguagem, os enunciados se apresentam como frases soltas, atômicas, plenas de sentido, enquanto as normas jurídicas são dotadas de estrutura lógico-formal a fim de produzirem uma unidade completa de significação deôntica.

Nessa esteira que PAULO DE BARROS, esclarece que “o direito é um fenômeno complexo, sendo que uma forma de estudá-lo sem ter de enfrentar o problema de sua ontologia é isolar as manifestações normativas, ou seja, ali onde houver direito, haverá, necessariamente, normas jurídicas”.⁴⁸

Insta salientar que, a norma jurídica foi colocada em evidência, não para reduzir o Direito às normas, nem tampouco para suprimir os valores do Direito, mas tão-somente para permitir a construção de uma Teoria Científica, dentro de um contexto perfilhado naquela época onde se pretendia reduzir o conhecimento à lógica o que demandou a necessidade de situarmos o específico campo do sujeito enquanto

⁴⁸ CARVALHO, Paulo de Barros, Direito Tributário - fundamentos jurídicos da incidência. Ed. Saraiva: 2006 Pág. 19.

observador (Ciência do Direito, Ser, Estática) e seu objeto de estudo (direito positivo, Dever-ser, Dinâmica).

Dessa forma criam-se diversos sistemas diferenciados entre si pela função que a linguagem exerce em cada um deles levando a uma idéia de hierarquia e da conseqüente necessidade de se estabelecer uma metalinguagem, ou seja, estabelece-se um ponto de partida, uma linguagem-objeto, onde se situam os paradoxos, as contradições as antinomias e cria-se um plano superior onde são suprimidos ou pelo menos ocultados tas predicados, porém tendo sempre como vetor comum a linguagem.

3.6 Sobre a relação entre a Semiótica e o Direito

A semiótica é a ciência dos signos que estuda os fenômenos da representação.

Sobre relação entre a Semiótica e o Direito CLARICE DE ARAÚJO ensina que: “O signo é a unidade e o objeto da semiótica, assim como a norma é a unidade e o objeto da Ciência do Direito. Neste sentido genérico, a natureza relacional é uma propriedade comum entre os signos e a normas. Os signos relacionam objetos a significados. As normas relacionam proposições.”⁴⁹

Dado o fato de que a linguagem é ponto de partida inicial e inafastável para o conhecimento do fenômeno jurídico, a importância da Teoria dos Signos (Semiótica) é extremamente relevante uma vez ao traçar um corte metodológico, aproxima e surpreende o objeto de nosso estudo (signos), a fim de permitir o estudo dos enunciados prescritivos mediante análise dos planos: semântico, sintático e pragmático.

Sobre esse aspecto, FABIANA TOMÉ, assim esclarece: “A concepção da teoria comunicacional do direito tem como premissa que o direito positivo se apresenta na forma de um sistema de comunicação. Direito é linguagem, pois é a linguagem que constitui as normas jurídicas. Essas normas jurídicas, por sua vez, nada mais são que os resultados de atos de fala, expressos por palavras e inseridos no

⁴⁹ *Idem ibidem*

ordenamento por veículos introdutórios, apresentando as três dimensões s3gnicas: suporte f3sico, significado e significação”⁵⁰

No direito positivo, o referente (ou significado) s3o as rela33es sociais.

Nesse sentido, 3 como ensina CLARICE VON OERTZEN: “As leis s3o signos, na medida em que representam a regula33o estatal da conduta intersubjetiva, com a finalidade de garantir a paz e estabilidade social.” E mais adiante: “Tendo como premissa o car3ter s3gnico das leis, estabele3amos qual seja o objeto a qual se referem. No caso das leis jur3dicas (pois h3 tamb3m leis morais, 3ticas, f3sicas) o objeto que denotam 3 a conduta humana intersubjetiva em sua pluralidade de manifesta33es.

51

O exemplo pr3tico de efetiva aplica33o desse m3todo ao estudo do direito consiste em aprisionar os signos contidos nos enunciados prescritivos, produto da atividade psicof3sica da enuncia33o, a fim de dar in3cio ao processo de constru33o de significados para ao final produzir enunciados proposicionais dotados de estrutura l3gico-sint3tica definida, dando nascimento 3s normas jur3dicas em sentido estrito.

Interpretar consiste numa atividade cultural valorativa de atribuir significado aos signos. Nesse contexto, j3 esclarecemos que o direito positivo se manifesta por meio da linguagem e dessa forma 3til se faz seu estudo por meio da Teoria da Semi3tica, raz3o pela qual interpretar o direito, ou seja, interpretar os enunciados prescritivos, seria atribuir valores aos signos nele inseridos para a constru33o do enunciado proposicional dotado de estrutura l3gico-sint3tica definida.

⁵⁰ TOM3, Fabiana Del Padre. **A prova do direito tribut3rio**. 1ª Ed. S3o Paulo: Noeses, 2006, P

⁵¹ ARA3JO, Clarice Von Oertzen. **Fato e Evento Tribut3rio – Uma An3lise semi3tica**. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coord.) Curso de Especializa33o em Direito Tribut3rio: Estudos Anal3ticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p3g. 340.

As investigações no percurso de geração do sentido, conforme proposto por PAULO DE BARROS⁵², podem ser divididas em 4 (quatro) subsistemas, cuja divisão é realizada tão-somente para fins didáticos e metodológicos, consistindo na incisão do texto jurídico-positivo nos seguintes subsistemas: a) conjunto de enunciados, tomados no plano da expressão; b) conjunto de conteúdos de significação dos enunciados prescritivos; c) o domínio articulado de significações normativas e d) o conjunto de vínculos de coordenação e subordinação que se estabelecem entre as regras jurídicas.

Antes de iniciarmos a análise das subdivisões, é mister trazer a diferenciação, também por ele comentada, entre enunciados e normas jurídicas. Embora ambas se expressem na função conativa da linguagem, os enunciados se apresentam como frases soltas, atômicas, plenas de sentido, enquanto as normas jurídicas⁵³ são dotadas de estrutura lógico-formal a fim de produzirem uma unidade completa de significação deôntica.

Passemos agora à subdivisão concebida pelo Prof. PAULO DE BARROS CARVALHO, são elas:

a) conjunto de enunciados tomados no plano da expressão:

É o primeiro plano de contato do intérprete (S1) com a mensagem produzida pelo texto jurídico. São as marcas de tinta inseridas no papel que integram o conjunto de letras, as palavras, as frases, os períodos e os parágrafos, produzidos pelos órgãos de criação do direito e organizados de forma gramaticamente correta. Configura a única porção objetiva dos integrantes da comunidade comunicacional, sendo que tudo mais será entregue ao teor das subjetividades. É o plano onde serão verificadas as pesquisas morfológicas e sintáticas dos vocábulos empregados.

b) conjunto dos conteúdos de significação dos enunciados prescritivos:

É o momento de ingresso no plano do conteúdo (S2), onde o intérprete tendo isolado o suporte físico do texto que pretende compreender,

⁵² **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência.** 4ª. ed. Saraiva: São Paulo, 2006, pág. 60

⁵³ Nesse sentido, A norma jurídica em sentido estrito é a construção do sentido, formulada a partir da leitura dos enunciados prescritivos, composta de um lado por um antecedente (descriptor de condutas objetivas) e, de outro, por um conseqüente (prescritor de condutas), ambos ligados por um dever-ser neutro numa relação de implicação, onde, verificada a ocorrência do antecedente no mundo do ser, instala-se automática e infalivelmente a relação jurídica prevista no conseqüente modalizada em: proibido, obrigatório e permitido. Formalizando, teríamos o seguinte: D=(p -> q), ou seja, se verificado a ocorrência de “p” então “q”.

avança para atribuir-lhe valores unitários aos vários signos que se encontram na mensagem selecionando significações e compondo sentido. Nessa etapa já se tem a formação de enunciados no sentido de proposição, substância significativa que se pode adjudicar à base material que lhe dá sustentação física. É a atividade intermediária que consiste na interpretação de enunciados compreendidos isoladamente para depois serem confrontados com outros enunciados.

c) conjunto articulado das significações normativas – o sistema de normas jurídicas *strictu sensu*:

Nesta etapa o exegeta promove a contextualização dos conteúdos obtidos com a finalidade de produzir unidades completas de sentido para as mensagens deônticas.

Embora com propostas distintas, a subdivisão proposta por PAULO DE BARROS pode ser relacionada ao triângulo semiótico⁵⁴, uma vez que o subsistema (S1) contém os signos. Os objetos desses signos são seus conteúdos de significado (S2) e por fim o domínio articulado das significações (S3) em conjunto com (S4) refletiriam o interpretante.

PAULO DE BARROS⁵⁵ é contundente ao afirmar que uma coisa são os enunciados prescritivos, isto é, usados na função pragmática de prescrever condutas; outra, as normas jurídicas, como significações construídas a partir dos textos positivados e estruturados consoante a forma lógica dos juízos condicionais, compostos pela associação de duas ou mais proposições prescritivas.

Embora, ambas se expressem na função conativa (imperativa) da linguagem, os enunciados se apresentam como frases soltas, atômicas, plenas de sentido, enquanto as normas jurídicas são dotadas de estrutura lógico-formal a fim de produzirem uma unidade completa de significação deôntica.

⁵⁴ Adotamos a classificação peirceana: signo, objeto e interpretante.

⁵⁵ CARVALHO, Paulo de Barros, *Direito Tributário - fundamentos jurídicos da incidência*. Ed. Saraiva: 2006 Pág. 24.

Nesse sentido, a norma jurídica é a construção do sentido, formulada a partir da leitura dos enunciados prescritivos, de estrutura lógica definida, constituída de um lado por um antecedente (descriptor de condutas objetivas) e, de outro, por um conseqüente (prescritor de condutas), ambos ligados por um dever-ser neutro numa relação de implicação, onde, verificada a ocorrência do antecedente, instala-se automática e infalivelmente a relação jurídica prevista no conseqüente, modalizada em: proibido, obrigatório e permitido, onde formalizando, teríamos o seguinte: $D=(p \rightarrow q)$, ou seja, verificada a ocorrência de “p” então deve ser “q”.

O texto em sentido estrito restringe-se ao plano dos enunciados enquanto suportes de significações, de caráter eminentemente físico, expresso na seqüência material do eixo sintagmático. Mas não há texto sem contexto, pois a compreensão da mensagem pressupõe, necessariamente, uma série de associações que poderíamos referir como linguísticas e extralinguísticas. Nesse sentido, aliás, a implicitude é constitutiva do próprio texto. Haverá, portanto, um contexto de linguagem, envolvendo imediatamente o texto como as associações do eixo paradigmático, e outro de índole extralinguística, contornando os dois primeiros.⁵⁶

Interpretar consiste numa atividade cultural valorativa de atribuir significado aos signos, e uma vez que o Direito se manifesta por meio da linguagem, interpretar o direito - interpretar os enunciados prescritivos - seria trabalhar com o eixo paradigmático atribuindo valores aos signos nele inseridos para a construção do enunciado proposicional dotado de estrutura lógico-sintática definida, ou seja, a norma jurídica.

A fim de não confundirmos o mundo do ser com o mundo do dever-ser, é imprescindível estabelecermos ainda que, “existem duas espécies de interpretação que devem ser distinguidas claramente uma da outra: a interpretação do Direito pelo órgão que o aplica e a interpretação do Direito que não é realizada por um órgão jurídico, mas por uma pessoa privada e, especialmente pela ciência jurídica.”⁵⁷

⁵⁶ CARVALHO, Paulo de Barros, *Direito Tributário - fundamentos jurídicos da incidência*. Ed. Saraiva: 2006 Pág. 17 e s.

⁵⁷ KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*. 4ª Edição. Armênio Amado – Editor Sucessor – Coimbra, p.464

Assim, temos que a construção de normas jurídicas pode ser realizada por agentes competentes, ou seja credenciados no sistema jurídico e uma outra classe de normas jurídicas construída pelos demais agentes não credenciados no mesmo sistema, ou seja teremos construções autênticas e construções não autênticas, porém, ambas iniciam o processo do texto à norma.

3.7 Sobre Direito e Lógica

A postura científica acima proposta depende necessariamente de uma metodologia que seja capaz de efetuar um recorte em seu objeto de estudo capaz de abstrair tudo o que não lhe é interessante realizando assim uma abstração isoladora, neste caso os enunciados prescritivos.

Nesse sentido, PAULO DE BARROS: “A abstração isoladora é aquela que provoca um corte conceptual, de modo que logra separar o inseparável, sempre realizada no mesmo plano físico ao qual se refere.”⁵⁸

Mais ainda, a fim de permitir a redução do conhecimento ao rigor da Lógica e do estudo do plano sintático da linguagem, necessário ainda realizar um outro nível hierárquico por meio da abstração lógica.

A esse respeito, VILANOVA⁵⁹ aduz que a experiência lógica é fundada em atos de experiência dos entes físicos como símbolos (da linguagem natural ou da linguagem tecnicamente construída) que remetem as variadas formas de significação. Para se chegar a proposição como tal, é preciso ir-se ao tema com o tipo de experiência que Husserl denominou abstração (lógica), ou reflexão lógica. Isola-se tematicamente a forma, faz-se a formalização.

Ciente da impossibilidade de alcançar as formas lógicas por meio da abstração isoladora, VILANOVA⁶⁰ esclarece que a forma lógica

⁵⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. A lógica e seu objeto - generalização e formalização – as estruturas lógicas - relações lógicas e relações fáticas – a chamada lógica formal e a metodologia. Apostila, pág, 48

⁵⁹ VILANOVA, Lourival. Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo. Ed. Noeses: 2005, pág. 45.

⁶⁰ VILANOVA, Lourival. Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo. Ed. Noeses: 2005, pág. 50

não compõe nenhum objeto físico do mundo, nem nenhuma linguagem como sistema de sinais físicos (acústicos e visuais), nem está contida no processo psíquico de pensar. Então por separação abstrata, nunca tiraríamos a estrutura formal que está envolvida numa determinada linguagem natural ou técnica. Em rigor, a abstração lógica é uma formalização, é um encontrar-se com a forma lógica.

Nas palavras de PAULO DE BARROS⁶¹, formalizar é abrir mão das palavras, para optarmos por signos convencionalmente estabelecidos que não apontam para um determinado objeto, mas sim para o objeto em geral. Exemplo “S é P” – O céu é azul, o carro é preto.... Formalizar nesse sentido é a denominada abstração lógica que diverge da abstração utilizada em diversos níveis de comunicação como um corte conceptual a fim de separar o indissociável.

3.8 Conclusões sobre um Direito héterorreferencial

Diante da análise acima proposta, podemos extrair algumas conclusões, são elas:

1. A necessidade de criar níveis distintos de linguagem é corolário da distinção epistemológica sujeito→objeto e do já denominado movimento Neopositivismo Lógico, para o qual havia a necessidade de reduzir o conhecimento à epistemologia e este último à lógica permitindo assim a criação de um corpo de linguagem extremamente rígido e rico nos planos sintático e semântico reduzindo incertezas e eliminando paradoxos, vagezas e ambiguidades.
2. Estabelecer a distinção entre planos hierárquicos distintos de linguagem padece do vício de tender-se sempre ao infinito na criação de metalinguagens com vista a ordenar a linguagem do plano inferior, em outras palavras existe o plano dos enunciados prescritivos, em plano superior existe a Ciência do Direito e quando não existir mais linguagem ou confiança nesta última recorre-se à meta-meta-linguagem e assim por diante infinitamente;
3. A própria delimitação do sistema jurídico na proposta kelseniana parte da premissa de uma norma acima da Constituição Federal, por ele denominada de norma hipotética fundamental,

⁶¹ CARVALHO, Paulo de Barros. A lógica e seu objeto - generalização e formalização – as estruturas lógicas - relações lógicas e relações fáticas – a chamada lógica formal e a metodologia. Apostila, pág, 47

justamente pela necessidade da criação de um pressuposto externo e superior capaz de fundamentar o próprio sistema;

4. Estabelecer planos hierárquicos distintos de linguagem é ao mesmo tempo não permitir uma integração dos planos de linguagem, trata-se de um verdadeiro isolamento de planos e consequentemente de um isolamento do sistema jurídico o que na verdade acaba por gerar estruturas que são defasadas e não são adaptadas em relação ao seu ambiente;

5. Tal concepção acaba por privilegiar um verdadeiro decisionismo positivista incapaz de rever suas próprias estruturas justamente pela necessidade de sempre recorrer a uma instância superior da linguagem cuja capacidade de interferência em sua linguagem objeto é quase inexistente;

6. Por fim tal distinção de planos relega a dogmática e todos os participantes do processo comunicativos à vala da inutilidade uma vez que o que o conceito de validade e pertinência das normas jurídicas deixa de ser a relação com seu ambiente e seu contexto social e passa a ser simples critério de pertinência identificado pelo agente credenciado a produzir normas e procedimento previsto em lei;

7. Não é por outro motivo que não raro retornamos aos ideais da escola legalista do direito e vemos a criação de enunciados prescritivos repetitivos e tautológicos que de nada servem senão para demonstrar a incapacidade de se admitir uma nova perspectiva do Direito que se resume na simples assertiva de que a confiança, a segurança, não está na lei, mas sim nos agentes que tem capacidade de aplicá-las, pois já disse o jurista francês a lei é morta e o intérprete é vivo.⁶²

8. Ao mesmo tempo que a metalinguagem nos concede segurança e certeza, o sistema jurídico deve sempre ter suas bases na incerteza já que se certo fosse o sistema seria perfeito e acabado sendo um sem sentido falar em evolução de uma coisa que já se concebe evoluída. Da mesma

⁶² "Eu não recearia muito as más leis se elas fossem aplicadas por bons juizes. Não há texto de lei que não deixe campo à interpretação. A lei é morta. O magistrado vivo. É uma grande vantagem que ele tem sobre ela"

forma qual a certeza que existe no direito sendo que o que se sabe é que uma norma jurídica será criada, porém não sabemos qual e quando.

CAPÍTULO IV – SOBRE UM DIREITO AUTORREFERENTE

4.1 O Direito como generalização congruente

Com suporte nos aspectos gerais da Teoria dos Sistemas podemos afirmar que o Direito também pode ser surpreendido enquanto um subsistema do sistema social, sendo que este opera mediante uma diferenciação de base em comunicação e não-comunicação, e aquele se difere deste pela aplicação de um código binário específico lícito/ilícito.

Dessa forma, LUHMANN propõe uma mudança no foco da análise sociológica contemporânea e critica o fato que todas as perspectivas contemporâneas tomam a ação como um objeto em si da análise social. Surge então com a noção de auto-referência e quebra antigos paradigmas que fixavam o conhecimento com referência à consciência própria de um sujeito e, dessa forma à primazia da diferença epistemológica entre sujeito e objeto.

Assim, em nossa visão auto-referencial, sistêmica portanto, o Direito ou o sistema jurídico é composto por estruturas baseadas na generalização congruente de expectativas normativas. Congruente pois harmônico no sentido de impedir que estruturas normativas entrem em conflito umas com outras.

A função do Direito é portanto a generalização congruente de expectativas normativas, estabilizadas por meio de uma generalização temporal, social e prática.

4.2 Expectativas normativas e norma jurídica

O comportamento social numa sociedade dita hipercomplexa e contingente exige a realização de reduções de complexidade que possibilitem expectativas comportamentais recíprocas e que são orientadas a partir das expectativas.

Para a teoria luhmanniana o Direito é um sistema de expectativas normativas. O convívio social depende de que os envolvidos tenham certas expectativas uns sobre os outros a partir de onde poderão selecionar suas próprias condutas.

A função que tais expectativas exercem são de reduzir a complexidade e contingência do sistema social o que somente se concretiza a partir do momento em que são estabilizadas e generalizadas dentro de um sistema de onde se conclui que o sistema não tem a função de regular as condutas sociais mas de regular as expectativas.

Frise-se que a respeito da classificação da norma jurídica, adotamos a classificação cossiana no sentido de que a norma jurídica completa é composta por uma norma primária e uma norma secundária. A norma jurídica primária ou endonorma na terminologia adotada por COSSIO é a que prescreve um dever, se e quando acontecer um fato previsto no antecedente.

Norma secundária ou perinorma na terminologia de COSSIO é aquela que prescreve uma providência sancionatória, aplicada pelo Estado-Juiz, no caso de descumprimento de uma conduta estatuída na norma primária. Em ambas a estrutura formal é uma só. $[D (p \rightarrow p)]$, variando tão-somente o lado semântico, porque na norma secundária o antecedente aponta, necessariamente, um comportamento violador de dever previsto na tese da norma primária, ao passo que o conseqüente prescreve uma relação jurídica em que o sujeito ativo é o mesmo, mas agora o Estado, exercitando a sua função jurisdicional, passa a ocupar a posição de sujeito passivo. $D[(p \rightarrow q) \rightarrow S]$ e como desdobramento de S: $(S' R S'')$

Em linguagem formalizada teríamos o seguinte:

$D [(p \rightarrow q) . (-q \rightarrow S)]$	
$D \{ [h \rightarrow R'(Sa, Sp)]$	$. [- R' (Sa, Sp) \rightarrow R'' (Sa, Sj)] \}$
Norma primária	Norma secundária

Ocorre que a distinção ser e dever-ser no sentido de fática e normativo deve ser reformulada, pois o sentido do dever-ser não é menos fático que o ser. Toda expectativa é fática seja na sua satisfação ou no seu desapontamento, portanto o oposto de normativo não é fático, mas cognitivo.

4.2.1 Expectativas cognitivas e normativas: Generalização temporal

Denominamos desapontamento a frustração verificada a partir de um fato que não confirma uma expectativa de onde surge a necessidade de reagir diante da frustração.

Duas são as possíveis formas de reação frente uma expectativa frustrada: a.) adaptar a expectativa frustrada ou b) manter a expectativa. Na primeira opção estão situadas as expectativas cognitivas e na segunda as expectativas normativas ou contrafáticas.

Ocorre que, no caso das expectativas normativas devem ainda existir mecanismos de imunização da expectativa frustrada o que gera um processo de explicação ou de sanção. Em outras palavras por meio da explicação cria-se um tipo de exceção que não invalida a regra ou aplica-se uma sanção para aquele que descumpriu.

A distinção entre expectativas cognitivas e normativas e a conseqüente adoção de mecanismos de processamento ao desapontamento constituem a generalização temporal.

Dessa forma supera-se o problema dos desapontamentos pois, ao invés de evitá-los adota-os como base para criação de novas expectativas ou processa-os de forma a não prejudicar as expectativas ocasionando estabilização ao longo do tempo.

4.2.2 A Institucionalização: Generalização Social

A generalização social está ligada a idéia de integração de expectativas por meio de um consenso. Ocorre que a própria idéia de consenso em uma sociedade é utópica já que uma sociedade evolui muito mais pelo dissenso que pelo consenso.

O conflito de expectativas passa a ser então o papel central já que em determinado nível podem ser até mesmo aceitáveis, mas expectativas normativas devem ser estabelecidas com o intuito de serem bem sucedidas.

É por essa razão que existe a necessidade da criação de um consenso pressuposto onde as decisões de um valem como se todos estivessem de acordo de onde nasce o conceito de institucionalização.

O conceito de institucionalização deve permitir ainda a interação social por meio de procedimentos próprios onde alguns assumem papéis, definindo a situação em casos concretos que passam a ter a validade perante terceiros criando-se uma forma de legitimação das expectativas normativas pelo procedimento decisório das próprias instituições assim como ocorre em nosso caso no Judiciário e Legislativo.

Assim, se a adoção de expectativas normativas estabiliza certas expectativas no tempo a despeito de eventuais desapontamentos, a institucionalização estabiliza as mesmas expectativas na sociedade a despeito de eventuais discordâncias (generalização social).

4.2.3 Pessoas, papéis, programas e valores: Generalização Prática

Com relação à dimensão prática, temos que os níveis de abstração que as expectativas podem atingir podem ser assim divididos: a.) O primeiro nível representa o conjunto de expectativas pessoais de determinado indivíduo, do que ele faz ou espera em relação aos demais; b.) No segundo nível está o papel onde o conjunto de expectativas passa a ser o conjunto de expectativas de determinado grupo de indivíduos; c.) No terceiro nível situam-se os programas que por sua vez representam as regras ou procedimentos que devem ser observados por todos os indivíduos isoladamente ou

grupos. Pode-se dizer que trata-se de um nível com menor generalidade porém com grau de operacionalidade extremamente elevado; d.) No derradeiro nível encontram-se os valores que refletem um padrão geral de preferência/seletividade. Ao contrário dos programas, trata-se um plano de enorme generalidade e de baixíssima operacionalidade, que por sua vagueza permite com determinada facilidade, consenso entre os indivíduos, sem contudo determinar a ação entre eles.

Diante do exposto, as expectativas normativas estabilizam expectativas no tempo independentemente de eventuais desapontamentos (generalização temporal), a institucionalização estabiliza expectativas na sociedade a despeito de eventuais discordâncias (generalização social), a prioridade de papéis e programas neutraliza a variação individual e a vagueza valorativa (generalização prática).

4.3 A Evolução do sistema jurídico: Uma rearticulação do conceito de positivismo

Partindo de LUHMANN, variação evolutiva apresenta-se como comunicação de expectativas normativas inesperadas, ou seja, o comportamento não é previsto nas estruturas preexistentes. A evolução do direito ocorre quando temos presentes: variação (expectativas normativas inesperadas), seleção (rejeição ou produção de novas estruturas normativas) e restabilização (inserção de norma jurídica vigente no modelo estrutural).

Ocorre que, como bem pontuou MARCELO NEVES⁶³, no que concerne ao direito, embora estes três elementos estejam sempre em conexão, a diferenciação dos três mecanismos evolutivos constitui produto e fator da própria evolução do direito.

Com intuito de evidenciar a evolução do direito LUHMANN vai discutir o problema a partir da evolução endógena e exógena, postura que foi rejeitada por TEUBNER por se tratar de características do 1º Luhmann (pré-autopoiético).

⁶³ *Neves, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil: O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 18-25; 53-58*

A partir dessa compreensão do relacionamento (endógeno/exógeno) podemos vincular a evolução do direito aos diversos tipos evolucionários de sociedade. Diferenciação segmentária – direito arcaico; hierárquica – o direito das culturas avançadas e diferenciação funcional - direito positivo moderno.

A primeira diferenciação inicialmente proposta por LUHMANN restringe-se a verificação ou não de procedimentos decisórios e se estes dizem respeito à aplicação ou também à estatuição do direito. Nas sociedades arcaicas a idéia de direito decorre do desapontamento de expectativas solucionadas por meio de autodefesa da vítima ou se seu grupo. Inexistem estruturas ou procedimentos normativos. Não existe diferença entre ação e norma. Entre expectativas cognitivas e expectativas normativas se confundem. Toda ameaça é imputada a fatores externos. O impasse da evolução reside na variação. Não existe possibilidade de assimilação do desvio inovador. O desvio é tido como um câncer cuja aceitação implica em metástase e na conseqüente morte ou extinção do próprio grupo/clã.

Nas culturas avançadas ocorre o processo de institucionalização o que pressupõe uma diferenciação hierárquica tendo no topo a dominação política. O direito já não se expressa em vozes individuais, é aplicado e executado por um terceiro heterônomo. Já existe a possibilidade de generalização das expectativas normativas, mas normas e princípios são imutáveis. O direito ainda é concebido como algo verdadeiro, subordinado as expectativas cognitivas ainda vinculadas ao plano sacro. A variação (as condutas desviantes) intensifica-se, a seleção de estruturas mediante procedimentos já é presente mas o fundamento em uma ordem supostamente estável (instituição, direito verdadeiro) não permite uma distinção dos problemas de restabilização.

O impasse reside na constante variação e na deficiente seleção de estruturas incapazes de exercer sua função seletiva. Na transição entre as culturas avançadas pré-modernas e para a sociedade moderna a tônica reside na constante dicotomia ordem natural/ordem positiva o que acarreta na delimitação do direito alterável do não alterável. A noção de direito inteira e constantemente alterável somente surge com a positivação do direito na sociedade moderna. A positividade significa que a seleção envolve um processo legislativo que se diferencia da restabilização, que se concentra na dogmática

jurídica. Para LUHMANN o impasse da sociedade moderna encontra-se presente na restabilização tendo em vista a deficiência da dogmática jurídica em oferecer conceitos socialmente adequados (*output*).

Dessa forma, a noção de positividade como decidibilidade a alterabilidade do direito deve ser rearticulada dando enfoque à autodeterminação, fechamento operacional e abertura cognitiva, auto-referência e autopoiese. Tal postura decorre da superação da sociedade pré-moderna, diferenciada verticalmente.

Tal abordagem permite a afirmação que o fundamento de validade do direito é o próprio direito de tal forma que ele não busca elementos externos para sua fundamentação⁶⁴.

Somente com a adoção de um código diferencial específico (lícito/ilícito) torna-se possível a evolução do conceito de positividade como autodeterminidade.

A eleição de um código diferenciação funcional implica em fechamento operacional, sem que isso implique em isolamento causal. Com a adoção dos conceitos de autopoiese e auto-referência (fechamento operativo e abertura cognitiva) torna-se possível a afirmação de que o fundamento de validade do direito é o próprio direito no sentido de que ele não busca elementos externos para sua fundamentação.

Tal postura confirma o fato de que o sistema jurídico não é determinado por fatores externos sob pena de perder sua capacidade de autonomia e autopoiese, porém isso não significa dizer que o sistema age e opera isoladamente a seu bel prazer, o que implicaria em um sistema autista. É, portanto, condicionado pelo seu ambiente e é a partir dessa integração realizada pela comunicação que o sistema evolui e se adapta ao seu ambiente.

Ocorre que sistema é desparadoxizado por meio de sua abertura cognitiva (relação assimétrica) em relação ao ambiente, onde todas as

⁶⁴ Tal assertiva merece atenção do leitor, uma vez que não se pode olvidar que não há como se falar em sistema jurídico sem ter em mente do seu ambiente para o qual mantém abertura cognitiva. Caso contrário o direito seria um sistema manifestamente autista. Como vimos, o ambiente não determina o sistema jurídico, mas o condiciona em sua reprodução autopoietica.

informações são digitalizadas por meio do código próprio (lícito/ilícito), sendo que a única vedação ao sistema seria a aplicação do código ao próprio código. Seu questionamento acabaria em última análise por comprometer o fechamento operativo. Com a neutralização do direito, todos os valores são para o sistema ou juridicamente irrelevantes ou valores do próprio direito.

Nesse contexto, para LUHMANN justiça somente pode ser considerada no interior do sistema jurídico. Seja externamente, como adequada abertura ao ambiente, capacidade de aprendizagem e reciclagem; seja internamente, com relação à conexão da produção autopoietica.

4.4 – Conclusões sobre um Direito autorreferencial

1. Seguindo o presente sistema de referência, não partindo portanto da distinção entre níveis de linguagem o direito positivo é inserido como sendo um conjunto de expectativas normativas generalizadas e a ciência do Direito no sentido dogmático é a capacidade do próprio sistema de tematizar a si mesmo, ou seja, é sua capacidade reflexiva;

2. Essa dita capacidade reflexiva age como verdadeira fonte do Direito permitindo uma melhor adaptação e interação com seu ambiente, já que confere identidade ao sistema influenciando o ato de vontade do enunciador e na produção de novas estruturas;

3. A crítica que fazemos com relação à distinção entre diversos níveis de linguagem (linguagem objeto e metalinguagem) é que corre-se o risco de criarmos meta-meta-linguagens com direção ao infinito com o intuito de nos livrarmos da criação de paradoxos e partirmos em busca de uma pseudo segurança que nunca é atingida.

4. Por outro lado, ao deixarmos a Ciência à margem da fonte do direito desprestigiamos todo o trabalho realizado por inúmeros estudantes, cientistas, juristas e aplicadores do Direito que buscam justamente interferir no ato de vontade aproximando o enunciador e a comunicação por ele produzida de um ideal de justiça mediante correta e eficaz adequação entre o sistema jurídico e seu ambiente.

5. A importância desse ponto de vista reside então no fato de que sociedades modernas por produzirem uma grande densidade de comunicações, são cada vez mais complexas e,

conseqüentemente, demandam uma constante mudança e adequação do sistema jurídico o que somente será alcançado mediante um processo de reflexão (que implica em auto-observação e hétero-observação) realizada entre o sistema e seu ambiente.

6. Caso isso não ocorra, o sistema jurídico passaria a operar de forma autista não mantendo qualquer relação com seu ambiente. O sistema jurídico embora não seja determinado por seu ambiente, o que permite sua reprodução autopoietica, é por ele condicionado.

CAPITULO V – LEGITIMIDADE E DEMOCRACIA

5.1 O Estado democrático de direito: A Constituição como aquisição evolutiva

Verificarmos que numa sociedade moderna e hipercomplexa o direito caracteriza-se por uma desfundamentação, devendo ser então abordada como se verifica a relação entre o sistema jurídico e o sistema político no Estado Democrático de Direito.

No modelo luhmanniano o Estado Democrático de Direito caracteriza-se não apenas pela autonomia do direito, mas por uma diferenciação dos sistemas jurídico e político, mediante um relacionamento específico entre ambos.

O sistema político caracteriza-se pela tomada de decisão coletivamente vinculante ou da generalização da influência, sua autopoiese, assim como o sistema jurídico, também permite que as comunicações não sejam determinadas por fatores externos e particularismos.

O sistema político reproduz-se de acordo com seu código de preferência governo/oposição e seus respectivos programas. Disso decorre que o sistema político não está subordinado a nenhum outro código ou sistema, embora seja verificada uma comutação discursiva de acordo com seus programas e códigos próprios o que permite a criação das políticas econômicas, científicas, familiar, educacional, entre outras.

Tais políticas são legitimadas internamente pela circulação e contracirculação de público: ‘política’ e ‘administração’. Esta como subsistema encarregado de produzir decisões vinculantes, incluindo o parlamento, governo, burocracia administrativa e aquela como subsistema destinado a preparação de temas e a escolha de pessoas. A circulação do poder ocorre quando o público escolhe programas políticos e elege dirigentes, os ‘políticos’ condensam premissas para a tomada de decisões vinculantes, a ‘administração’ decide e vincula o público, que por sua vez, reage a isso na forma de eleições políticas.

Assim, as informações do ambiente são digitalizadas e somente se tornam politicamente relevantes se envolvidas na circulação e contracirculação do poder. Já vimos que o sistema reduz complexidade para aumentar a complexidade apreensível. No caso do sistema político não ocorre de outra maneira. A escolha de dirigentes e programas por meio do processo eleitoral age seletivamente sendo ainda necessário uma condensação política das premissas para a tomada de decisões no âmbito da administração.

Tais decisões implicam uma pressão seletiva já que o público em novo processo eleitoral realimenta a circulação do poder. Assim ponto de relevância a partir da autonomia da política, supera a antiga estrutura hierárquica, o código de preferência do direito passa a ser relevante no interior do sistema político. Nesse modelo, o Estado de Direito é definido como relevância do código lícito/ilícito para o sistema político.

As tomadas de decisões políticas estão subordinadas ao direito resultando uma interdependência entre esses sistemas. Sistema jurídico e sistema político estão nivelados horizontalmente numa relação de comutação e hetero-observação permanente e intensiva. Não significa limitação recíproca, mas incremento de possibilidades por controles recíprocos tal como uma dupla implicação (\leftrightarrow) em termos lógicos. Além das relações de prestação, interpenetração e interdependência a idéia de interferência que resulta antes de tudo em conflito intersistêmico. Tais conflitos são caracterizados pela mutua implicação entre programas condicionais, primariamente jurídicas e programas finalísticos, primariamente políticos.

Dito isso, a Constituição opera como acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político. Não se apresenta como via de prestações recíprocas, mas antes como mecanismo de interpenetração permanente e concentrada entre dois sistemas sociais autônomos. É a constituição que fecha o sistema jurídico e lhe concede autonomia operacional desvinculando-se de apoios externos.

A constituição também configura-se como instância interna que permite a inserção do código lícito e ilícito no sistema político. O procedimento eleitoral democrático e a divisão de poderes como mecanismo assegurador da

diferenciação entre direito e política atuam em conjunto aumentando a capacidade dos referidos sistemas de responder adequadamente às exigências do ambiente.

Nesse sentido o MARCELO NEVES⁶⁵ equipara a sobreposição do código poder/não poder, ou seja a prevalência do sistema político aos demais sistemas à Leviatã, o que vem a ser equilibrado pela presença de Têmis, ou seja, pela institucionalização do procedimento eleitoral e da divisão dos poderes bem como dos direitos fundamentais por meio da internalização do código lícito/ilícito no interior do sistema político.

5.2 – Legitimidade pelo procedimento

Vimos que é na dimensão social da generalização, bem como da institucionalização da instituição por meio de programas e valores específicos que se atinge uma generalização de expectativas normativas visando sua congruência no sistema jurídico.

É, portanto no procedimento que está a legitimidade das normas jurídicas, ou seja LUHMANN⁶⁶ define a legitimidade como uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo embora previsíveis, ainda não definidos, dentro de certos limites de tolerância, ou seja legítimas são as decisões onde os destinatários já dispunham de uma disposição para aceitá-la.

Nesse sentido LUHMANN⁶⁷ critica a questão do consenso sendo que as decisões são legítimas quando e enquanto houverem procedimentos adotados para a tomada de decisão.

Claro está que em um estado Social e Democrático tais procedimentos devem necessariamente prever formas e mecanismos de integração, permitindo uma adequação do sistema jurídico e político ao seu ambiente, pois se assim não fosse tal posicionamento levaria a um retorno ao legalismo ingênuo e a critérios

⁶⁵ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil: O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006

⁶⁶ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*, Brasília, Ed. Univ. de Brasília, 1980

⁶⁷ *idem ibidem*

meramente formais de decisões que podem estar em completa falta de sintonia com o seu ambiente.

Assim, torna-se fundamental a participação do povo tanto no sistema político no procedimento legiferante como no sistema jurídico nos procedimentos decisórios.

Nesse sentido MARCELO NEVES⁶⁸, assim conclui:

"A teoria luhmanniana dos sistemas nega radicalmente que o consenso possa ser condição de validade jurídica. Isso impossibilitaria a própria evolução do direito. Tal negação refere-se ao consenso como aceitação de todas as normas, refere-se ao consenso como aceitação de todas as normas por todos, em qualquer tempo, o qual não se encontra em nenhuma sociedade, ou simplesmente ao consenso fático como legitimador dos procedimentos em uma sociedade supercomplexa. mas se afirma que o procedimento desempenha uma função legitimadora enquanto conduz ao consenso suposto. legitimidade pelo procedimento envolve um processo de reestruturação das expectativas, que pode tornar-se amplamente indiferente ao fato de que aquele que tem de mudar suas expectativas concorda ou não."

Dessa forma essa forma de legitimação confere ao sistema capacidade de se autolegitimar em oposição a uma visão héterorreferente de legitimação, aqui tão combatida.

Essa autolegitimação é permitida a partir do momento que o sistema é fechado operativamente e cognitivamente aberto, permitindo uma melhor integração com seu ambiente.

⁶⁸ *Neves, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil: O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006*

A função primordial do procedimento não é a aplicação incontestável do direito, mas, sobretudo, conferir legitimidade às decisões e posições tomadas reduzindo complexidades adequando-se as estruturas existentes ou criando novas estruturas para a generalização congruente de expectativas.

5.3 – A posição geográfica dos Tribunais no sistema jurídico

Os tribunais ocupam uma determinada posição no sistema jurídico. Assim como os sistemas entre si diferenciam-se de maneira funcional, internamente podemos ainda estabelecer uma distinção interna do tipo centro-periferia.

Vimos que a Constituição opera como acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e o sistema político e que ambos interagem de forma autônoma e interdependente, razão pela qual não podemos aqui defender a idéia de qualquer hierarquia entre legislação e jurisprudência.

A única obrigatoriedade a que está vinculado o sistema jurídico é de dar uma decisão, tal como está previsto em seu no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

Em outras palavras, temos que o único caráter normativo dirigido ao sistema jurídico diz respeito à obrigação de proferir uma decisão que não se sabe o conteúdo nem quando será proferida, inexistindo uma relação hierárquica entre Lei e jurisprudência.

O referido artigo 4º da Lei de Introdução do Código Civil, representa o princípio do *non liquet* prevendo uma universalidade do dever de decidir que deve ser garantido por meio de uma organização na qual os Tribunais ocupam uma posição central no sistema jurídico, enquanto a legislação e os contratos ocupam uma posição periférica em relação ao sistema pois é lá que ocorrem níveis mais elevados de irritação do sistema em relação ao seu ambiente.

Dessa forma, a validade das Leis ficam condicionadas as decisões proferidas no centro do sistema jurídico pelos Tribunais exercendo assim função de estabilizar expectativas normativas o que torna a coerção em liberdade, pois ao mesmo tempo que obriga o Juiz a decidir, confere uma liberdade na construção do sentido.

Assim, dentro de nosso contexto teórico, levando-se em consideração a complexidade que emana de uma sociedade hipercomplexa em constante evolução, podemos concluir que uma decisão que seja proferida mediante um procedimento que permita a participação da sociedade, integrada por meio de discursos técnicos, e de uma capacidade reflexiva do sistema de se auto-observar, por meio do que denominamos de dogmática, chegaremos a decisões legitimadas por meio da adequação ao seu ambiente que independente de serem justas ou injustas devem ser aceitas por todos, pois refletem a generalização, orientação ou mesmo re-orientação de expectativas.

5.4 – A posição geográfica dos Tribunais administrativos no sistema jurídico

Se por um lado os tribunais judiciais encontram-se no centro do sistema jurídico, podemos situar os tribunais administrativos mais próximos da periferia em relação aos judiciais, local onde encontram maior irritação proveniente do ambiente.

A localização dos tribunais administrativos mais próximos da periferia permite uma melhor integração das Leis com os demais sistemas, seja por possuírem maior capacidade de sofrer irritações dos demais sistemas sociais seja por disporem de formas de participação com discursos técnicos mais especializados que os Tribunais judiciais.

No Brasil, a Constituição Federal garante os fundamentos do devido processo legal e a legislação ordinária os implementa tanto na esfera judicial como na esfera administrativa, vejamos:

O texto da Constituição Federal assim dispõe,
in verbis:

“Artigo 5º (...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; (...)

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem; (...)”

“Artigo 93 (...)

IX - todos os julgamentos dos órgãos do poder judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias e a seus advogados, ou somente a estes; (...)”

Assim os tribunais administrativos acabam operando de forma a produzir sentido adequando estruturas do sistema jurídico que serão em última análise reinseridas nos tribunais judiciais a fim de reorientar expectativas normativas de forma muito mais eficaz.

No âmbito tributário é nítido nos depararmos com questões que são muitas vezes melhor abordadas e orientadas nos tribunais administrativos, seja por possuírem melhor capacidade de adaptação frente às mudanças legislativas, seja por possuírem maior número de possibilidades de discursos técnicos que os judiciais.

Por fim temos certo que ambos também não estão situados em posições hierárquicas já que suas decisões sofrem uma espécie de mútua implicação característica de posições heterárquicas que permitem uma integração recíproca.

5.5 – O *amicus curiae* como forma de democratização no procedimento decisório

O amigo da corte denominado *amicus curiae*, recentemente utilizado no sistema jurídico brasileiro, mostrou-se verdadeiro mecanismo a ser utilizado como forma de integração de discursos técnicos e representação de grupos nos procedimentos de decisão judicial.

Isto significa dizer que o referido instituto democratiza o debate em questões de relevante interesse social, na busca de melhores soluções interpretativas, e de sentido para determinadas situações práticas.

Foram as leis nº 9.868/99 e 9.882/99 que ao disciplinarem respectivamente as ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade e de argüição de descumprimento de preceito fundamental, trataram sobre o tema.

A lei 9.868/99 em seu art. 7º assim trata sobre o assunto:

"Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

.....

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades."

Por seu turno a lei 9.882/99 em seu art. 6º, assim trouxe em seu texto normativo:

"Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a argüição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria."

No mesmo sentido, a Comissão de Valores Mobiliários, orientada pela Lei nº 6.385/76, em seu artigo 31 verifica-se a existência da função *amicus curiae* exercida pela CVM perante os tribunais judiciais.

Estabelece o referido dispositivo, *ad litteram*:

"Art. 31. Nos processos judiciais que tenham por objetivo matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de quinze dias a contar da intimação.

§ 1º A intimação far-se-á, logo após a contestação, por mandado ou por carta com aviso de recebimento, conforme a Comissão tenha, ou não, sede ou representação na comarca em que tenha sido proposta a ação.

§ 2º Se a Comissão oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, será intimada de todos os atos processuais subseqüentes, pelo jornal oficial que publica expedientes forenses ou por carta com aviso de recebimento, nos termos do parágrafo anterior.

§ 3º A comissão é atribuída legitimidade para interpor recursos, quando as partes não o fizeram.

§ 4º O prazo para os efeitos do parágrafo anterior começará a correr, independentemente de nova intimação, no dia imediato aquele em que findar o das partes. "

Tal exemplo nada mais é do que permitir a integração da experiência e do conhecimento altamente especializado daquela entidade para subsidiar e esclarecer as demandas judiciais, propiciando uma melhor orientação e adaptação das estruturas normativas.

5.6 – A abstrativização do controle de difuso de constitucionalidade

Vimos que no contexto da teoria dos sistemas o sistema jurídico tem a função de generalizar congruentemente as expectativas normativas. Tal procedimento ocorre quando determinada comunicação é internalizada e processada seguindo estruturas já existentes do sistema ou mediante adequação ou criação de novas estruturas.

As referidas estruturas quando reorientadas, adaptadas ou geradas permanecem no sistema e por vezes encerram verdadeira evolução do sistema jurídico quando assim estabilizadas.

No âmbito de controle concentrado de constitucionalidade é fácil identificarmos a produção de efeitos *erga omnes*, porém no controle difuso embora as estruturas já tenham desempenhado um papel de orientação das expectativas, porque então não generalizar tais efeitos não condicionando-os à suspensão do efeito da norma declarada inconstitucional ao sistema político, mais especificamente do art. 52, inciso X da Constituição Federal?

Esse pensamento acabou por criar a figura da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e relaciona-se às mudanças no sistema de controle de constitucionalidade das leis no direito brasileiro.

Isso significa dizer que o recurso extraordinário tem passado por diversas modificações, seja na jurisprudência do STF, seja pela própria alteração legislativa, que lhe conferem um caráter nitidamente objetivo, onde as normas geralmente aplicáveis ao controle concentrado de constitucionalidade são aplicadas ao controle difuso, visando, com isso, a efetividade das decisões proferidas pela Suprema Corte.

Como muito bem ressaltou a Ministra Ellen Gracie, no julgamento do AI nº 375.011, *“o Supremo Tribunal Federal, em recentes julgamentos, vem dando mostras de que o papel do recurso extraordinário na jurisdição constitucional está em processo de redefinição, de modo a conferir maior efetividade às decisões”*.

Verifica-se, portanto um movimento do Supremo visando uma aproximação entre o controle de constitucionalidade difuso e concentrado, principalmente no que concerne aos seus efeitos que transcendem os interesses das partes envolvidas.

Em completa sintonia com os nossos paradigmas aqui abordados, algumas decisões da Suprema Corte demonstram verdadeira evolução do sistema jurídico ao permitirem a aplicação de normas que somente deveriam ser aplicadas no controle concentrado de constitucionalidade.

Vejamos alguns exemplos trazidos por FREDIE DIDIER⁶⁹:

⁶⁹ DIDIER, Fredie. Curso de Direito Processual Civil”. Vol.03. Salvador: Juspodivm, 2007, pp.275-9

- a) a dispensa no preenchimento do requisito do prequestionamento de um recurso extraordinário, visando dar efetividade ao posicionamento do STF sobre questão constitucional no AI 375.011;
- b) o TSE editou resolução que conferiu efeitos *erga omnes* a decisão do STF no julgamento do RE 197.917SP que interpretou o art. 29, IV, da CF, que trata da fixação do número de vereadores em cada município;
- c) no RE 416827SC admitiu-se a sustentação oral de *amicus curiae*, figura típica do controle concentrado de constitucionalidade;
- d) no julgamento do HC n. 82.959, não obstante tenha considerado inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei n.8.072/90, aplicou-se o art. 27 da Lei n. 9.868/99 para dar eficácia não-retroativa (*ex nunc*) a decisão, quer dizer, houve modulação dos efeitos da decisão, previsto em lei apenas para os casos de controle concentrado;
- e) No RE 298.694 decidiu-se admitir a possibilidade de o STF julgar o recurso extraordinário com base em fundamento diverso daquele enfrentado pelo tribunal recorrido, permitindo-se a causa de pedir aberta, assim como acontece nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, sendo o RE decidido com base em outro fundamento;

Importante decisão do Ministro Gilmar Mendes na Rcl 4335/AC, diretamente relacionada ao tema, reconheceu que a regra do art. 52, X, da CF sofreu uma mutação constitucional, no sentido de que as decisões proferidas pelo Plenário do STF, em sede de controle difuso, não mais precisam de resolução do Senado Federal para terem efeito *erga omnes*.

Nesse sentido vejamos notícia extraída do Informativo do STF de n. 454/2007:

“Reclamação: Cabimento e Senado Federal no Controle de Constitucionalidade - 4

Considerou o relator que, em razão disso, bem como da multiplicação de decisões dotadas de eficácia geral e do advento da Lei 9.882/99, alterou-se de forma radical a concepção que dominava sobre a divisão de poderes, tornando comum no sistema a decisão com eficácia geral, que era excepcional sob a EC 16/65 e a CF 67/69. Salientou serem inevitáveis, portanto, as reinterpretações dos institutos vinculados ao

controle incidental de inconstitucionalidade, notadamente o da exigência da maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e o da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal. Reputou ser legítimo entender que, atualmente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o STF, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso. Concluiu, assim, que as decisões proferidas pelo juízo reclamado desrespeitaram a eficácia erga omnes que deve ser atribuída à decisão do STF no HC 82959/SP. Após, pediu vista o Min. Eros Grau. Rcl 4335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes, 1º.2.2007. (Rcl-4335)”

Diante do exposto, verifica-se que a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade reflete verdadeira evolução do sistema jurídico que trabalha conferindo sentido aos textos positivados por meio de suas decisões, permitindo uma melhor integração com seu ambiente.

5.7 – Algumas conclusões a respeito da Constituição como aquisição evolutiva:

1. A hierarquia constitucional proposta por KELSEN não corresponde às expectativas de uma sociedade hipercomplexa, de tal forma que somente mediante uma capacidade de decisão que adapte e transforme estruturas a partir de seus próprios elementos é capaz de responder as influências comunicacionais dos demais subsistemas sociais;
2. a superioridade da Constituição reside sim em sua capacidade de fechar operativamente o sistema jurídico, cujas características são sempre confirmadas a partir de sua própria lógica interna que possibilita sua revisão atualizando, além de outras estruturas, suas próprias, em busca de sentido;
3. da mesma forma que inexistem níveis hierárquicos entre os níveis de linguagem, sendo a dogmática a capacidade reflexiva do sistema de se auto tematizar, permitindo uma melhor

adaptação de suas estruturas, também inexistem diferenças hierárquicas entre jurisprudência e Lei em sentido amplo já que ambas operam no mesmo plano de forma heterárquica conferindo sentido ao sistema jurídico;

4. se a legitimação se dá pelo procedimento, temos que numa sociedade Democrática é legítima a decisão que melhor permitir uma integração entre o sistema jurídico e seu ambiente.

CAPITULO VI – APLICAÇÃO DOS CONCEITOS EM CASOS CONCRETOS NO DIREITO TRIBUTÁRIO

6.1 *Amicus curiae* em matéria tributária

As questões tributárias estão sempre permeadas de discussões técnicas, sendo imprescindível a participação de representantes de determinados grupos da sociedade no procedimento decisório.

Exemplo disso é o ingresso da Federação do Comércio do Estado de São Paulo (Fecomércio-SP) que foi admitida como *amicus curiae* na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4033, que contesta a isenção do pagamento da contribuição sindical patronal e das demais contribuições instituídas pela União para micro e pequenas empresas. O pedido foi atendido pelo ministro Joaquim Barbosa, do Supremo Tribunal Federal.

No mesmo sentido o ingresso da ABCOM - Associação Brasileira de Distribuidores de Combustíveis, requerendo seu ingresso na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2777 que trata do direito de restituição do ICMS/ST pago a maior.

Ainda podemos citar o recente caso da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS onde foi ajuizada a ADECON n.º 18, tendo ingressado na qualidade de *amicus curiae* a Confederação Nacional do Transporte - CNT e a Confederação Nacional do Comércio.

6.2 . Mudança de jurisprudência nos tribunais administrativos

6.2.1 O cancelamento da Súmula n. 5 do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo

A questão de edição de súmulas sempre foi questão largamente combatida por grande número de juristas, principalmente por conferirem um determinado grau de definitividade em relação ao entendimento de determinada corte.

O fato é que no sistema jurídico nada é definitivo, sendo que o que deve imperar é a imprevisibilidade do futuro, permitindo assim, a evolução e adequação do sistema.

Nesse sentido, podemos trazer a cancelada Súmula 5 do Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo que mudou seu entendimento em razão do posicionamento do Supremo Tribunal Federal ao julgar o Recurso Extraordinário 161.031/MG.

SÚMULA 005/2003

“Na compra de mercadoria proveniente de outra Unidade da Federação, por contribuinte paulista, cuja revenda seja efetuada no Estado de São Paulo, em operação contemplada com redução de base de cálculo, é legítimo o aproveitamento integral do crédito referente à compra.” (Cancelada)

No âmbito do Tribunal de Impostos e Taxas, consolidou-se o entendimento no sentido de que o precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal também se aplica nas situações em que há a compra de mercadoria proveniente de outra Unidade da Federação, e posterior revenda no Estado de São Paulo, em operação contemplada com redução de base de cálculo. Conseqüentemente, seria legítimo o crédito correspondente ao valor do imposto pago na operação de compra da mercadoria oriunda de outro Estado, ou do Distrito Federal, a despeito de a operação interna ser contemplada com a redução da base de cálculo que faz com que o montante do imposto devido na operação de saída no mercado interno seja inferior ao valor do crédito correspondente à entrada da mercadoria no estabelecimento do contribuinte. Não se deve exigir, nesses casos, o estorno proporcional à redução da base de cálculo, conforme era previsto expressamente na legislação tributária paulista.

Acontece, entretanto, que no dia 17 de março de 2005, o Pleno do STF, ao analisar o Recurso Extraordinário 174.478, não manteve o mesmo entendimento anterior que tinha sido afirmado quando julgara o Recurso Extraordinário 161.031 / MG.

De acordo com o Informativo STF N° 380, de março de 2005, o entendimento da Corte Constitucional com relação à redução da base de cálculo do ICMS e o estorno do crédito foi este:

ICMS: Redução de Base de Cálculo e Estorno de Crédito
O Tribunal, por maioria, negou provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que entendera ser legal a exigência do estorno do crédito do ICMS, relativo à entrada de insumos, proporcional à parcela correspondente à redução da base de cálculo do imposto incidente na operação de saída do produto industrializado. Entendeu-se se tratar, na espécie, de um favor fiscal que, mutilando o aspecto quantitativo da base de cálculo, corresponderia à figura da isenção parcial, sendo aplicável, dessa forma, o art. 155, § 2º, II, b, da CF/88, que determina a anulação do crédito relativo às operações anteriores na hipótese de isenção ou não-incidência nas subseqüentes. Vencido o Min. Marco Aurélio, relator, que, considerando ser regedora do conflito em questão a CF/69 — que não previa a referida hipótese da atual, dava provimento ao recurso e declarava a inconstitucionalidade do art. 32, II, do Convênio 66/88 e do art. 41, IV, da Lei 6.374/89, do Estado de São Paulo, que tratam da matéria. RE 174478/SP, rel. orig. Min. Marco Aurélio, rel. p/ acórdão Min. Cezar Peluso, 17.3.2005. (RE-174478)

Essa é a decisão que reflete o atual posicionamento do STF sobre o assunto, e não mais aquela que serviu de base para a elaboração da Súmula TIT N° 5.

6.2.2 - O caso RBS

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf) alterou, inesperadamente, seu entendimento na disputa entre a Fazenda Nacional e o grupo gaúcho de comunicação RBS. Em 2008, a Câmara Superior - instância máxima do órgão - havia absolvido a empresa de uma autuação fiscal de R\$ 286,04 milhões. A multa foi lavrada porque o Fisco entendeu que a empresa realizou, ao associar-se por 50 dias à Telefônica, uma operação de planejamento tributário batizada de "casa e separa".

Esta semana, no entanto, os conselheiros analisaram um novo recurso, interposto pela Delegacia da Receita Federal de Porto Alegre, e mantiveram a autuação fiscal. A reversão do entendimento após uma espécie de "trânsito em julgado" do recurso administrativo surpreendeu tributaristas. O processo tramita há sete anos no Carf.

6.3 Mudança de jurisprudência nos tribunais judiciais

6.3.1 O conceito de serviços hospitalares

A Primeira Seção do STJ alterou recentemente o seu entendimento relativo ao conceito de serviços hospitalares para fins de tributação do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

O entendimento anterior era no sentido de que:

"Por entidade hospitalar deve se entender o complexo de atividades exercidas pela pessoa jurídica que proporcione internamento do paciente para tratamento de saúde, com a oferta de todos os processos exigidos para prestação de tais serviços ou do especializado. (...) Impossibilidade de se interpretar extensivamente legislação tributária que concede benefício fiscal. (STJ; REsp 892.673; Proc. 2006/0218909-0; SC; Primeira Turma; Rel. Min. Luiz Fux; Julg. 18/09/2008; DJE 20/10/2008)"

Por esse entendimento, o STJ negava às clínicas médicas (ortopedia, traumatologia, oncologia, fisioterapia, etc.) a aplicação dos percentuais de 8% (IRPJ) e 12% (CSLL) sobre a receita bruta para a apuração do lucro presumido para incidência das respectivas alíquotas do IRPJ e da CSLL.

Com isso, tinha-se o entendimento de que a Receita Federal do Brasil estava correta ao exigir a aplicação do percentual padrão de 32% sobre a receita bruta para apuração do valor do tributo devido.

No entanto, diante de um grande número de demandas, os Ministros do STJ alteraram o entendimento do Tribunal sobre a questão. De acordo com este novo entendimento, os Ministros acreditam que a questão requer uma interpretação extensiva do termo "serviços hospitalares", uma vez que não pode ato infra-legal exigir algo que não está previsto na legislação aplicável.

O novo entendimento da Primeira Seção passou a ser o seguinte:

"(...) Deve-se entender como "serviços hospitalares" aqueles que se vinculam às atividades desenvolvidas pelos hospitais, voltados diretamente à promoção da saúde. Em regra, mas não necessariamente, são prestados no

interior do estabelecimento hospitalar, excluindo-se as simples consultas médicas, atividade que não se identifica com as prestadas no âmbito hospitalar, mas nos consultórios médicos. (...) Duas situações convergem para a concessão do benefício: a prestação de serviços hospitalares e que esta seja realizada por instituição que, no desenvolvimento de sua atividade, possua custos diferenciados do simples atendimento médico, sem, contudo, decorrerem estes necessariamente da internação de pacientes. (REsp 951251/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/04/2009, DJe 03/06/2009)"

6.3.2 O crédito prêmio do IPI

Desde de 2001, vários julgados do Supremo Tribunal Federal, que entenderam pela inconstitucionalidade dos Decretos-Lei nº 1.724/79 e 1.894, por considerar que a delegação de tais poderes ao Ministro da Fazenda contrariava Carta Magna de 1967. A exemplo, o RE 186.623/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, em 2001; o RE 186.359/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, em 2002; o RE 180.828/RS, Rel. Min Carlos Velloso, em 2003.

Ante o posicionamento do STF, o Senado Federal, em dezembro de 2005, editou a Resolução nº 71/2005, a qual, nos termos do art. 52, inciso X, da CF/88, suspendeu a execução do art. 1º do Decreto-Lei nº 1.724/79 e do inciso I do art. 3º do Decreto-Lei nº 1.894/81 apenas no que se refere à delegação de atribuições ao Ministro da Fazenda.

O entendimento do STJ quanto à vigência do incentivo analisado também oscilou ao longo dos anos.

Ocorre que, diferentes soluções passaram a ser adotadas nos julgados pelos tribunais: a) o crédito-prêmio de IPI foi extinto em 30 de junho de 1983; b) o crédito-prêmio de IPI foi extinto em 5 de outubro de 1990, nos termos do art. 41 do ADCT, diante do seu caráter setorial; e c) o crédito-prêmio continua em vigor até hoje, pois, por não apresentar natureza setorial, não foi abrangido pelo art. 41, § 1º do ADCT da CF/88.

Em 2007, a partir do julgamento do EREsp.

738.689/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, firmou-se no STJ entendimento de que o crédito-prêmio de IPI não se aplica às vendas para o exterior realizadas após 5 de outubro de 1990.

Com base nesse precedente, o Superior Tribunal de Justiça passou a entender que o crédito-prêmio de IPI "representava um benefício fiscal destinado ao setor industrial e foi extinto nos termos do art. 41, § 1º, do ADCT" (AgRg nos EREsp 771.219/SC, Rel. Min. Castro Meira, DJU 07/04/2008).

E finalmente, em decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), em 13 de agosto de 2009, na qual, por unanimidade, entendeu-se que o crédito-prêmio de IPI foi extinto em 1990, com base no disposto no § 1º do art. 41 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição Federal de 1988 (CF/88), segundo o qual seriam considerados revogados após dois anos, contados a partir da data da promulgação da Constituição, todos os incentivos fiscais de natureza setorial que estavam em vigor e que não foram confirmados por lei.

CONCLUSÕES

Além das conclusões já fixadas nos capítulos precedentes, o presente estudo visa demonstrar a importância de procedimentos que permitam a participação da sociedade, nos procedimentos decisórios para fazer jus a uma democratização do direito e de suas instituições já que a confiança não deve estar no texto de lei, mas em quem aplica ou em última análise no procedimento decisório eleito.

A certeza e a segurança não tem seus pilares no texto de lei, sobretudo porque se o sistema jurídico fosse certo e seguro não mais precisaria evoluir pois nele encontraríamos a resposta para todos os problemas e contingências sociais, o que evidentemente não acontece.

Devemos por confiança no caráter de incerteza, de surpresa, de dissenso, pois são eles que permitem uma adequação do sistema em relação ao seu ambiente, já que se o sistema operasse apenas de forma interna sem reação com seu ambiente seria então autista.

Como vimos evoluímos para um sistema jurídico que se fundamenta em si mesmo e para um conceito de positivismo que tem âncora na autodeterminação, no fechamento operacional e abertura cognitiva, auto-referência e autopoiese.

Assim, problema central para a ser a capacidade reflexiva do sistema de se autodefinir de se autotematizar o que nos leva a dogmática jurídica que será responsável pela formação e estabilização de estruturas que serão generalizadas congruentemente.

Sendo assim, devemos prestigiar todas as formas de comunicação que visem combater essa indiferença sistêmica, devemos prestigiar a dogmática, a jurisprudência, os protestos, as reportagens, como forma de adaptação de estruturas.

A partir da noção de auto-referência podemos assumir o direito como um sistema com capacidade de conhecer a si mesmo e quanto maior sua capacidade reprodutiva e cognitiva melhor será sua resposta às expectativas de seu ambiente social.

O que pode ainda ser concluído a partir das considerações tecidas neste trabalho é que durante décadas, para não dizer séculos, ficamos atidos à relação entre o sujeito e objeto sem focarmos a possibilidade de sistemas auto-referenciais. Da mesma forma, criamos constantemente mecanismos de ocultação de paradoxos por entendermos serem aporéticos e, por essa razão demos ênfase à criação de linguagens e metalinguagens cujo resultado é a constante criação de incertezas e inseguranças, quando o que se pretende é justamente o oposto, e aqui fica criado outro paradoxo, já que, quanto mais buscamos a certeza e segurança, mais incerteza e insegurança criamos.

Ao assumirmos uma postura auto-referencial do direito, e o paradoxo como um mecanismo produtivo, temos a possibilidade de compreender que é justamente a ausência de determinação do sistema jurídico por fatores externos, bem como sua imprevisibilidade, que tem o condão de transformar o improvável em provável, adequando sua reprodução com relação ao seu ambiente.

Por fim, tais considerações tornam-se de extrema relevância no que se refere ao direito tributário pois constantemente nos deparamos com questões altamente técnicas e especializadas que dependem da participação de discursos técnicos e da representação de grupos da sociedade os quais serão destinatários finais das normas tributárias onde a mudança de opinião e de posição não reflete uma decisão errada, mas simplesmente um entendimento que evolui no contexto de uma sociedade hipercomplexa que esta em constante e permanente evolução.

BIBLIOGRAFIA

- ABBAGNANO, Nicola. **História da filosofia**: Ed. Presença, 1970 – Lisboa, Vol. XIV
- _____. **Dicionário de filosofia**: Tradução de Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. **Análisis lógico y derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ARAÚJO, Clarice Von Oertzen. **Fato e evento tributário – Uma Análise semiótica**. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coord.) Curso de Especialização em Direito Tributário: Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- _____. **Semiótica do direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- AUSTIN, John Langshaw. Sentido e percepção. 2ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- _____. **Quand dire, c'est faire**. Paris: Seuil, 2002.
- BAUDRILLARD, Jean. **Simulacros e simulação**. Lisboa, Relógio d'água, 1991.
- BOBBIO, Norberto. **El Problema del positivismo jurídico**. Buenos Aires: EUDEBA, 1965.
- _____. **Teoria della norma giuridica**. Torino: G. Giappichelli, 1958.
- _____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 7ª edição. Brasília: UNB, 1996.
- CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**. Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. 1ª ed. Cultrix. São Paulo, 2006
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria da norma tributária**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- _____. **Curso de direito tributário**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 4ª. ed. Saraiva: São Paulo, 2006.
- _____. **Direito tributário: linguagem e método**. 2ª edição. São Paulo: Noeses, 2008.
- COPI, Irving M. **Introdução à lógica**. 2ª edição. São Paulo: Mestre Jou, 2004.
- CHALHUB, Samira, A metalinguagem. Editora Atica. 3ª Edição: 1997.
- COSSIO, Carlos. **La teoría egologica del derecho y el concepto jurídico de libertad**. 2ª Ed. : Abeledo-Perot. 1964
- ECO, Umberto. Tratado geral de semiótica. 4ª Edição. São Paulo: Perspectiva, 2005
- FERRAGUT, Maria Rita. **Presunções no direito tributário**. 2ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

- _____. **Responsabilidade tributária e o Código Civil de 2002.** São Paulo: Noeses, 2005.
- FILHO, Orlando Villas Boas. **O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.** São Paulo: Max Limonad, 2006.
- FIORIN, José Luiz. **Introdução ao pensamento de Bakhtin.** São Paulo: Ática, 2006.
- FLUSSER, Vilém. **Língua e realidade.** Ed. Annablume, 2ª Edição, 2007
- GAIL, Philippe André Rocha. **O malho e o cinzel na aplicação do direito. Uma análise frente ao novo paradigma introduzido por meio do giro-linguístico in Revista de direito tributário n.º99, pág. 103-115.** São Paulo: Malheiros, 2008.
- GAMA, Tácio Lacerda. **Competência tributária: fundamentos para uma teoria jurídica da nulidade.** São Paulo: Noeses, 2009.
- _____. **Contribuição de intervenção no domínio econômico.** 1ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003.
- GRAU, Roberto Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.** São Paulo. Ed. Malheiros: 2002
- HOFSTADTER, Douglas. Godel escher bach. **Les brins d'une guirlande éternelle.** Paris. Ed. Dunod. 2005
- JAKOBSON, Roman. **Linguística e Comunicação.** São Paulo: Cultrix, 1991
- KELSEN, Hans, **Teoria pura do direito.** 4ª Edição. Armênio Amado – Editor Sucessor – Coimbra
- KUSH, Martin. **Linguagem como cálculo versus linguagem como meio universal.** Rio Grande do Sul: Unisinos, 2001.
- LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas.** Rio de Janeiro: Ed. Vozes, 2009
- _____. **El Derecho de la sociedad.** Cidade do México: Universidad Iberoamericana, 2002.
- _____. **Introducción a la teoría de sistemas.** Cidade do México: Universidad Iberoamericana, 1996.
- _____. **Law as a social system.** Oxford: Oxford University Press, 2004.
- _____. **Legitimação pelo procedimento.** Brasília, Ed. UnB, 1980.
- _____. **Sociologia do direito.** Vol. I. Rio de Janeiro: Edições tempo brasileiro, 1983.
- _____. **Sociologia do direito.** Vol. II. Rio de Janeiro: Edições tempo brasileiro, 1983.
- MATURANA, Humberto. **Cognição, ciência e vida cotidiana.** Belo Horizonte: UFMG, 2001.

- MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **As fontes do direito tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- _____. **Revogação em matéria tributária**, São Paulo: Ed. Noesis. 2005
- LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. 10ª Edição. Rio de Janeiro: José Olympio, 2008
- _____. **A fenomenologia**. Lisboa: Edições 70, 2008
- MERLEAU-PONTY, Maurice. **Fenomenologia da percepção**. 3ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MORIN, Edgard. **O método 3. O conhecimento do conhecimento**. 3ª Ed. Porto Alegre: Ed Sulina, 2005
- _____. **O problema epistemológico da complexidade**. 2ª Ed. Portugal: Ed. Publicações Europa-America: 1996
- NETO, Antonio Luis Machado. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva. 1975
- _____. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva. 1988
- NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006
- NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de direito tributário** São Paulo: Saraiva, 1990
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de, **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**, Ed. Loyola, 2ª Edição, 2005.
- PEIRCE, Charles S. **Semiótica**. São Paulo: Perspectiva, 1990.
- PISCITELLI, Tathiane dos Santos, **Os limites à interpretação das normas tributárias**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- SANTAELLA, Lúcia. **O método anticartesiano de C.S. Peice**. São Paulo: Unesp, 2004.
- _____. **O que é semiótica?**. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1983
- SERALE. John R.. **Expressão e significado**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2002
- SCAVINO, Dardo. **La filosofia actual. Pensar sin certezas**. 2ª Edição. Buenos Aires: Paidós, 2007.
- SOUZA, Rubens Gomes de. **Compêndio de legislação tributária**. Ed. Póstuma: 1975
- STEGMÜLLER, Wolfgang. **A filosofia contemporânea**. Volume 1. São Paulo: Ed. Universidade São Paulo, 1977.
- _____. **A filosofia contemporânea**. Volume 2. São Paulo: Ed. Universidade São Paulo, 1977.
- STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 6ª Edição. Livraria do Advogado:2005

- TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova do direito tributário**. 1ª Ed. São Paulo: Noeses, 2006.
- VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do Direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- _____. **Causalidade e relação no direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- VITA, Jonathan Barros. **Análise normativa da retroatividade da lei mais favorável: uma análise do artigo 5 XL da Carta de 1988 e do artigo 106, II, c do CTN**. In: O Processo na Constituição. Ed. Quartier Latin: São Paulo, 2008.
- _____. **Classificação e cálculo de princípios**. In: Revista de Direito tributário. São Paulo: Malheiros. (no prelo)
- _____. **O desenvolvimento continuado de uma nova visão da interação entre a arbitragem e o poder público**. In: Arbitragem no Brasil: Aspectos jurídicos relevantes. Ed. Quartier Latin: São Paulo, 2008.
- _____. **O problema das taxas por prestação de serviços públicos versus as tarifas e preços públicos: diferenciação conceitual e nova abordagem objetiva no intento da distinção entre estas espécies**. Monografia (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2005.
- _____. **Sobre a norma antielisiva**. Monografia (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus lógico-philosophicus**. São Paulo: EDUSP, 1994.