

A COMPETÊNCIA INFRALEGAL PARA REGULAR CONDUTAS À LUZ DA TEORIA AUTOPOIÉTICA DO DIREITO

MATHEUS ALCÂNTARA BARROS¹

RESUMO:

Este artigo apresenta uma proposta de aproximação do Direito Positivo com base no método chamado “Construtivismo Lógico-semântico”, de modo a explicá-lo como um sistema de linguagem “autopoietico”, descrevendo suas características e, de maneira mais específica, a forma como o mesmo deve processar a linguagem enunciada a partir da competência infralegal para regular condutas.

Palavras Chave: *Autopoiesis*. Competência Infralegal. “Construtivismo Lógico-semântico”. Direito Positivo.

ABSTRACT:

This article presents a form of approach of the positive Law based on a method called “Logico-semantic Constructivism”, in a way of explaining it as an “autopoietic” language system, describing its characteristics and, in a more specific matter, how it has to process the language enunciated under an infralegal competence to regulate conducts.

Key words: *Autopoiesis*. Infralegal. “Logico-semantic Constructivism”. Positive Law.

São Paulo – SP

¹ Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestrando em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogado.

2014
SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

CAPÍTULO I

DO CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO COMO MÉTODO

1. O “Construtivismo”
2. A Perspectiva Analítica
3. Hermenêutica e influência do Culturalismo

CAPÍTULO II

AUTOPOIESIS E SISTEMA JURÍDICO

1. Da Sociedade como Sistema Comunicacional e Cultural
1. Sistema Autopoiético e suas Características
2. Direito Positivo como Sistema Autopoiético

CAPÍTULO III

AUTOPOIESIS E PRAGMÁTICA JURÍDICA

1. Pequeno Introito
2. Da “faculdade regulamentar” e o Princípio da Legalidade
3. A Instrução Normativa RFB de número 1.397 de 2013 e o Regime Tributário de Transição - RTT
4. O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e os Embargos Infringentes

CONCLUSÃO

BIBLIOGRAFIA

INTRODUÇÃO

Com o presente artigo, pretendemos utilizar o método do constructivismo lógico-semântico ao nos aproximarmos do Direito Positivo como um sistema “autopoiético”, determinando suas características, ou, propriedades para, só então, nos alçarmos ao plano da pragmática jurídica, sempre em busca da coerência e precisão semântica que a este método muito importa.

Analisaremos o sistema do Direito Positivo como um conjunto de normas jurídicas válidas, isto é, enunciadas por sujeito competente, através de um procedimento previsto pelo próprio sistema. O método utilizado nos demanda ressaltar que tais normas não são senão significações construídas pelo intérprete, a partir dos enunciados prescritivos dispostos nos documentos normativos.

Deste modo, será possível delimitar o que é jurídico e o que não é jurídico, o que é lícito e o que não é lícito. Só assim conseguiremos demonstrar o fechamento operacional do sistema jurídico, característica própria dos sistemas autopoiéticos. Esta característica nos permite revelar que o Direito Positivo, apesar de sofrer influências indiretas da dinâmica do não-jurídico, as mesmas (influências) só podem ser processadas através do que é validamente jurídico, vale dizer, através de normas prescritas em seu próprio sistema.

Isso é de suma importância no estudo dos atos infralegais, que, a nosso conhecimento, não têm o condão de modificar direitos e deveres estabelecidos em lei, os quais pretendem regular. Noutro giro verbal, queremos afirmar aqui que estes atos, mesmos que autorizados pelo Direito Positivo, devem total respeito às leis que pretendem instrumentalizar (pois é somente essa a função dos mesmos), não podendo, portanto, alterar direitos ou deveres.

Com todo este aparato linguístico, entramos na pragmática jurídica *per se*, atentos às: (i) Instruções Normativas SRF de números 23/97 e 419/04, que instrumentalizam a Lei nº 9.363/97; e (ii) Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal que instrumentaliza a Lei nº 8.038/90. O que se concluirá, com tais premissas, é que tais atos infralegais não podem nem limitar direitos (i) e nem instituí-los sem qualquer atenção à norma que estão regulamentando(ii).

CAPÍTULO I

DO CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO COMO MÉTODO

O construtivismo lógico-semântico é, antes de mais nada, um método de aproximação do sujeito cognoscente à um dado objeto de estudo

1. O “Constructivismo”

A expressão “constructivismo” se refere à premissa segundo a qual prega-se a intervenção direta do sujeito cognoscente na construção do objeto de estudo. Isto quer dizer que, diferentemente da premissa epistemológica que afirma ser a ciência um modo de assimilação da realidade, a epistemologia constructivista concebe o mundo como algo dependente da mente que lhe está observando, ou, estudando.

Neste sentido, o cientista, de acordo com o Dicionário Espasa, acerca do constructivismo, *cuando conoce, no descubre o representa las formas del mundo real, sino que las construye con los conceptos que le permiten enterdela*². Assim, as “formas do mundo real” são nada mais que dados que se aparentam à mente, dando início ao processo intelectual de atribuição de sentido e, portanto, de construção da realidade.

O conjunto de textos normativos, então, formam o dado a ser estudado pela Ciência do Direito que, a partir da premissa constructivista, não se confunde com o conjunto de normas jurídicas. Quero dizer com isso que as normas jurídicas são verdadeiras construções mentais, que se iniciam pela análise dos enunciados prescritivos dispostos nos documentos normativos.

Se a norma jurídica é revelada como resultado de um processo de atribuição de sentido, a Ciência do Direito constructivista dista de configurar mera descrição do

² *Dicionário Espasa – Filosofia*. Dirigido por Jacobo Muñoz, Madrid: Espasa, 2003 – verbete “constructivismo”, p. 107.

fenômeno jurídico. Ao contrário, passa a ser uma teoria que *constrói* linguagem descritiva do sistema jurídico. O termo “constrói”, vejam, é de extrema importância, pois a “mera descrição”, no sentido aristotélico, poderia nos levar ao dissenso, com relação ao processo interpretativo dos textos jurídicos. A “mera descrição”, deste modo, indica que a interpretação jurídica se refere a extração de sentido a partir dos textos, já a “construção de linguagem descritiva” significa que a exegese normativa se refere à atribuição de sentido pelo sujeito cognoscente.

Cabe aqui, uma distinção importante entre enunciado e proposição: (i) enunciado é toda articulação linguística, oral ou escrita, passível de atribuição de sentido e; (ii) proposição é toda significação construída pelo sujeito cognoscente a partir de um enunciado. Feita tal distinção, podemos afirmar que a norma jurídica só é alcançada em nível proposicional, não se confundindo com os enunciados que a servem de suporte físico.

2. A Perspectiva Analítica

A conjugação de vocábulos “lógico-semântico”, indica a forte ênfase que esse estudo dá aos planos sintático e semântico da linguagem sobre a qual atua. Nunca se esquecendo, porém, do plano pragmático que, juntamente com os outros dois, formam os três planos semióticos, indissociáveis e presentes em toda linguagem. A decomposição da linguagem-objeto nestas três categorias está relacionada à influência analítica no Construtivismo Lógico-semântico. A ênfase dada aos dois primeiros planos tem um motivo, e este se refere ao fato de que a determinação das estruturas sintáticas que formam a linguagem-objeto e a amarração rigorosa dos conteúdos semânticos que envolve as mesmas, permite uma construção mais coerente do discurso em termos pragmáticos, uma vez que este é o plano onde a heterogeneidade mais se manifesta.

Fabiana Del Padre Tomé³, ao discorrer sobre a intervenção da perspectiva analítica no Construtivismo lógico-semântico, afirma que, para alcançarmos o objetivo exposto no parágrafo anterior:

“emprega-se técnica analítica. *Análise* equivale a um processo de

³ Texto “Vilém Flusser e o construtivismo lógico-semântico”, de Fabiana Del Padre Tomé, 2009, publicado no livro *Vilém Flusser e Juristas*, coord. Florence Haret e Jerson Carneiro, São Paulo: Noeses, p. 4.

resolução ou decomposição do complexo ao mais simples. Nesse contexto, *analisar* equivale a decompor o objeto de estudo em uma série de elementos que facilitam a compreensão do fenômeno que se observa. No constructivismo lógico-semântico, o objeto de análise é a linguagem, a qual se pretende reduzir ou traduzir a uma linguagem formal e cuja lógica e procedimento sejam claros, rigorosos e controláveis”.

A filosofia analítica, nesta toada, adota um método de estudo que pretende decompor o seu objeto de investigação em partes menores e de mais simples compreensão. É neste sentido que a postura constructivista decompõe a linguagem do direito positivo entre os planos semióticos (sintático, semântico e pragmático) para, dando ênfase nos dois primeiros, melhor guiar o estudo através do estabelecimento de premissas rigorosas, que permitam uma segurança maior quando da análise dessa linguagem em âmbito pragmático.

Ainda assim, a filosofia analítica acredita estar decompondo o objeto em si, isto é, que as partes evidenciadas formam o todo do fenômeno sob investigação. O que difere da postura constructivista, uma vez que esta entende ser o objeto de estudo nada mais que parcela linguística apreendida do dado bruto e que o sentido, referente ao mesmo, é também linguagem, atribuída pelo sujeito cognoscente dentro de um contexto cultural (consensual).

Quando Paulo de Barros Carvalho, seguindo os estudos de Lourival Vilanova, estabeleceu a regra-matriz de incidência, realizou investigação analítica, já que, atento à heterogeneidade que comporta a linguagem dos enunciados prescritivos dispostos nos documentos normativos, pretendeu determinar os critérios mínimos para a formação de um sentido deôntico (jurídico) completo. Importante ressaltar, são “critérios mínimos” e, portanto, representam a forma lógica mais simples da norma jurídica, unidade do Sistema do Direito Positivo.

3. Hermenêutica e influência do Culturalismo

Não se pode esquecer que esta teoria é, também, uma teoria hermenêutica e, assim, não nega o caráter axiológico que envolve a interpretação da linguagem-objeto, esta inserida num contexto cultural.

O culturalismo jurídico tem como premissa básica a idéia do Direito imerso em uma realidade social, em um contexto comunicativo, que representam a própria cultura.

Cultura, neste sentido, é formada por tudo aquilo que o intelecto atribui sentido. Os horizontes da mesma são formados pela constante realização dos intelectos (conversaço) formando o que se chama de universo de concepções pré-fabricadas.

A “realização dos intelectos” se dá por um processo dialético (ontognoseológico) de complementaridade entre sujeito e objeto, isto é, o conhecimento do objeto é influenciado tanto pelas peculiaridades do objeto, quanto pelas potencialidades (intenções afetadas pelo meio) do sujeito cognoscente. A sucessiva ocorrência deste processo durante a história da humanidade forma a cultura.

Neste mesmo sentido, relata Miguel Reale⁴, que:

“a cultura só pode ser vista como extensão e composição histórica dos atos ontognoseológicos que se sucedem no tempo, com as conseqüências que dele derivam. É a razão pela qual a cultura apresenta a mesma concreção subjetiva e a mesma dialeticidade que são próprias do processo ontognoseológico, fonte primordial da cultura”.

Pode-se dizer, com base no disposto acima, que a cultura é formada por uma grande carga axiológica, já que demonstra os valores disseminados (pela conversaço entre os intelectos) no contexto social em que se encontra a linguagem-objeto. E, nesta mesma linha de pensamento, ainda em Miguel Reale⁵, temos que

“no perene processo de autoconsciência cultural, que se confunde com a procura permanente da verdade, atingimos dois pontos decisivos do conhecimento, o primeiro dos quais é o de que existem certos valores que, uma vez revelados ou conquistados, tornam-se patrimônio irrenunciável da espécie humana para todo o sempre, como é o caso do valor da pessoa humana e dos que dele decorrem são as *invariantes axiológicas*’, que podem sofrer oscilações de sentido ao longo do tempo, mas que, em sua essência, constituem aquisições históricas definitivas, marcos indelévels de nosso constante caminhar”.

É daqui, ao meu ver, que podemos retirar a noção de “horizontes da cultura”, sendo estes, certas opções axiológicas que limitam a interpretação dos textos jurídicos,

⁴ REALE, Miguel. *Cinco temas do culturalismo*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 9

⁵ *Idem*, p. 23 – 24.

de modo que o processo de atribuição de sentido não queda totalmente livre e em desprezo pelas conquistas humanas em termos axiológicos.

A idéia do Direito Positivo imerso em um contexto, isto é, em uma cultura, evita o que se chama por “mero racionalismo descritivo”, o que marca em cheio uma postura constructivista. O constructivismo lógico-semântico não pretende decompor a linguagem jurídica no sentido de despi-la de seu aspecto valorativo, aliás, admite que toda construção de sentido pressupõe um caráter axiológico, que se refere a existência tanto do Direito Positivo, como de seu intérprete dentro de uma cultura.

CAPÍTULO II

AUTOPOIESIS E SISTEMA JURÍDICO

1. Da Sociedade como Sistema Comunicacional (Cultural)

A noção conotativa de “sistema” que adoto é a seguinte: conjunto de unidades que se estruturam e coordenam baseados em uma referência unificadora. Falam-se em sistemas: (i) reais, cujos elementos pertencem ao universo fenomênico e; (ii) proposicionais, cujos elementos tenham aspecto linguístico. Como tomamos o constructivismo lógico-semântico como método, e este, particularmente, parte da premissa de que a realidade é aquela construída pelo intelecto, através da linguagem, temos que a distinção entre sistemas reais e proposicionais queda inócua. Falamos somente, então, em sistemas proposicionais que podem ser subdivididos em nomológicos (cujos elementos sejam entidades ideais) e nomoempíricos (cujos elementos possuem denotação existencial).

A Sociedade pode, nesta linha de pensamento, ser considerada como um sistema proposicional, uma vez que, como bem lembra Lourival Vilanova⁶, o microfato social é uma relação entre sujeitos. Relação esta de aspecto comunicacional. E como se dá a comunicação, senão através de linguagem? Daí o caráter proposicional do chamado macrosistema social. “Macro” pois este contém todos os outros sistemas, como o sistema jurídico, o sistema econômico, o sistema geográfico e etc.

Como inexistente a possibilidade do ser humano não se comunicar (o comportamento não possui oposto, isto é, não existe um “não-comportamento”), dissemos que o sistema social (comunicacional) constitui a nossa própria realidade. Lembramos, novamente, das

⁶ VILANOVA, Lourival. Causalidade e Relação no Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 111.

importantes palavras do professor Miguel Reale, afirmando que *a cultura – abrangendo tudo o que o homem sente, pensa e quer – no fundo não é senão a unidade sintética de todos os objetos do conhecimento e das criações da espécie humana*⁷. Aqui um elo importantíssimo entre a teoria da sociedade como um sistema comunicacional e a influência culturalista no constructivismo lógico semântico: como todos os “objetos do conhecimento” e as “criações da espécie humana”, isto é, a própria cultura, ocorrem? Ora, só pode ser através da comunicação, através, portanto, de linguagem.

A cultura pressupõe linguagem, mas ela própria não deixa de ser um fenômeno cultural. Tárek Moysés Moussallem afirma que, “empregar-se-á ‘cultura’ como o resultado da intervenção do homem junto ao mundo circundante. É objetivação do espírito mediante atribuição de sentido ao dado (*le donné*). Este se converte em objeto cultural ao sofrer ação humana”⁸. Disto, o que segue: a própria linguagem é criação humana e, portanto, um fenômeno cultural.

O direito é, destarte, um objeto cultural, na medida em que é um modo encontrado pelo ser humano para regular (intervir) condutas intersubjetivas. Como a cultura e, assim, os objetos culturais, somente são acessíveis, ou, somente se manifestam através da linguagem (vale dizer, pressupõem linguagem), então o direito também só se manifesta ou é acessível através desta, daí a implicação entre ambos.

Mas existe um fato importante em relação aos subsistemas linguísticos de que falamos agora: todos eles são operativamente fechados e cognitivamente abertos em relação ao ambiente que os circunda, e possuem códigos de comunicação que lhes são próprios, além de forma específica de reprodução de suas unidades.

Esta abertura cognitiva e este fechamento operativo, que só são alcançados pelos códigos de comunicação e programas próprios de cada subsistema, revelam características próprias de sistemas autopoieticos, como poderemos analisar daqui por diante.

⁷ REALE, Miguel. *Cinco temas do culturalismo*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 17.

⁸ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Revogação em Matéria Tributária*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 2.

2. Sistema Autopoiético e suas Características

Sobre o a teoria da autopoiese, voltamos ao Dicionário Espasa⁹, que diz:

“Um desarrollo cercano a la epistemología evolutiva piagetianaes el de los teóricos de sistemas Roberto Maturana e Francisco Varela. Estos autores, en obras como *Sistemas autopoiéticos* (1972), *Autopoiesis y cognición* (1980) o *El árbol del conocimiento* (1984), conciben – como también há echo, por ejemplo, Ricardo Uribe – el cerebro como un *sistema autopoiético*: esto es, autorregulado y en constante intercambio con el entorno. El resultado de esa interacción es una especie de balance dinámico”.

Os sistemas autopoiéticos foram, deste modo, concebidos por biólogos (Varela e Marutana) que estudavam a interação entre os organismos vivos e o ambiente que os circundavam. Desta análise, viu-se que os sistemas (organismos) sofriam influências do ambiente, mas se transformavam ou evoluíam obedecendo regras (padrões) que eram impostas pelo próprio sistema. A idéia do Direito Positivo como um organismo veio desta noção de autopoiese, ou, de sistemas autopoiéticos.

O sistema autopoiético é aquele sistema fechado (autônomo), do ponto de vista operativo. Ele também é autorreferente, característica segundo a qual suas unidades se relacionam de modo retroalimentado, recursivo, umas com as outras. O termo “autopoiético” significa que os elementos não só se relacionam uns com os outros, mas que eles também se autoproduzem, ou, autoreproduzem sem interferência direta do seu ambiente. Uma última característica se refere à identidade que este sistema mantém em relação aos outros sistemas, isto é, o próprio sistema autopoiético determina o que faz parte de seu repertório e o que não faz parte deste.

A *autopoiesis* possibilitou reflexões em distintas direções teóricas, auxiliando muitas teorias contemporâneas, incluindo a teoria social de Luhmann¹⁰, sendo este quem trouxe a noção de *autopoiesis* para o estudo dos sistemas sociais, e incluimos aqui o sistema jurídico. Nas palavras deste teórico da sociologia jurídica:

⁹ *Diccionario Espasa – Filosofia*. Dirigido por Jacobo Muñoz, Madrid: Espasa, 2003 – verbete “constructivismo”, p. 108.

¹⁰ Tradução livre do original em LUHMANN, Niklas. *Law as a Social System*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 465: “A different concept of society leads to entirely different conclusions – different concepts, different distinctions, different perspectives, different problems. On the basis of a general concept of autopoietic systems, we assume that society is a operatively closed system, which reproduces itself with its own an exclusively its own operations”.

“Um conceito diferente de sociedade leva à conclusões totalmente diferentes – conceitos diferentes, distinções diferentes, perspectivas diferentes, problemas diferentes. Com base no conceito geral de sistemas autopoieticos, nós assumimos que a sociedade é um sistemas operativamente fechado, que se reproduz exclusivamente com suas próprias operações”.

Importante característica destes sistemas (ressaltada alhures por Luhmann), e veremos isso ao analisar o sistema jurídico como sistema autopoietico, é a do fechamento operacional, e sobre ele discorre brilhantemente a professora Fabiana Del Padre Tomé¹¹:

“A clausura organizacional, caracterizadora da autopoiese do sistema, decorre exatamente do fato de que a informação advinda do ambiente é processada no interior do sistema, só ingressando neste porque ele assim determina e na forma por ele estabelecida. A clausura não significa, portanto, que o sistema seja isolado do ambiente, mas que seja *autônomo*, que as mensagens enviadas pelo ambiente só ingressem no sistema quando processadas por ele, segundo seus critérios. Por isso, são abertos cognitivamente”.

Esta “clausura” nos permite afirmar que os próprios atos enunciativos de normas jurídicas, vale dizer, os atos de fala deonticos (e aqui incluem-se os atos infralegais) são processados no sistema jurídico pelo código lícito/ilícito, de acordo com a sua compatibilidade em relação a este. Isso porque, e neste sentido escoltamos a linha de pensamento de Tárek Moysés Moussallem¹², o “fato enunciação normativa” ocorre fora do sistema jurídico, apesar de ser regulado pelo mesmo, sendo o seu controle (o seu processamento como lícito ou ilícito) determinado como *a posteriori*.

3. Direito Positivo como Sistema Autopoietico

A noção do sistema jurídico como um sistema autopoietico pode ser vista também na própria obra de Niklas Luhmann¹³, admite a possibilidade de “sistemas autopoieticos dentro de sistemas autopoieticos”, assim vejamos:

¹¹ TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A Prova no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2011, p. 51.

¹² Segundo este exímio jurista em MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2006, p. 141: “O fato produtor de norma (enunciação) interessa à Ciência do Direito não enquanto fato jurídico, até mesmo porque não o é, mas porque dele depende o nascimento das normas jurídicas”.

¹³ Tradução livre do original em LUHMANN, Niklas. *Law as a Social System*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 467: “As stressed many times now, we have to presuppose that it is possible to form further autopoietic systems within autopoietic systems. Evidently the legal system operates within the social system. It performs society with each of its operations by reproducing communication and delineating it against everything else. But it instantiates its own autopoiesis, the autopoiesis of the legal system, by

“Como salientado muitas vezes até agora, nós devemos pressupor que seja possível formar outros sistemas autopoieticos dentro de sistemas autopoieticos. Evidentemente que o sistema legal opera dentro do sistema social. Ele processa a sociedade com cada uma de suas operações e delimitando o mesmo em relação a todo o resto. Mas ele instancia sua própria autopoiesis, a autopoiesis do sistema legal, seguindo o código legal em renúncia a qualquer outro código ou nenhum código sequer. Ele por sua vez delimita o sistema legal do ambiente da sociedade”.

Ainda assim, para adotarmos a posição segundo a qual o Direito Positivo é um tipo de sistema autopoietico, devemos demonstrar que o mesmo: é fechado operativamente; autoprodutor, ou, autoreprodutor; autorreferente e; possui identidade que diferencie seus elementos daqueles que não o pertençam. Passemos à este exercício.

3.1. Sistema Jurídico e a clausura organizacional

Paulo de Barros Carvalho¹⁴, ao analisar as realidades sociais intrassistêmicas e a teoria autopoietica do direito, afirmou que:

“os sistemas autopoieticos ostentam a chamada ‘clausura organizacional’: são fechados no plano operacional, mas abertos em termos cognitivos. Isto quer significar que o direito se comunica com os outros subsistemas sociais, mas de forma exclusivamente cognoscitiva. Seu *modus operandi* é totalmente alheio a qualquer influxo do meio exterior, seja do ‘mundo da vida’, seja de outras organizações sistêmicas de caráter autopoietico, como Economia, Política, Moral, Religião etc”.

Seguimos tal linha de pensamento e vemos isso nitidamente na relação entre os fatos extrajurídicos (ou seja, pertencentes à outros subsistemas), as hipóteses normativas e os fatos jurídicos. Explicando: os fatos extrajurídicos podem ser recebidos de modo cognoscitivo pelo sistema jurídico, mas: (i) só serão juridicamente relevantes quando forem descritos no antecedente de uma norma jurídica abstrata; e (ii) só poderão ser

following the legal coding rather than any other coding or even no coding at all. It thus delineates the legal system from the environment within society”.

¹⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 183.

considerados “fatos jurídicos” quando descritos no antecedente de uma norma jurídica concreta.

Explicando: como salientamos linhas atrás, vemos o Direito Positivo como um sistema e, como tal, possui elementos característicos, o que também o distingue dos outros sistemas. Estes elementos são as normas jurídicas, e somente elas. Assim, os fatos extrajurídicos não “transmutam” em hipóteses normativas ou fatos jurídicos, estes são constituídos “no” sistema jurídico, em normas jurídicas.

3.2. Sistema Jurídico e autoprodução

O sistema do Direito Positivo se autoproduz e autoreproduz através de atividade humana. Isto é certo. Mas não podemos esquecer que esta atividade é regulada por normas jurídicas do próprio sistema, que prescrevem como deve ser realizada a enunciação de normas jurídicas. Estas são as normas de competência, que determinam o sujeito competente e o procedimento a ser seguido pelos mesmo, bem como a matéria a ser tratada pela norma introduzida.

Tácio Lacerda Gama¹⁵, ao descrever as normas jurídicas de competência, leciona, com grande propriedade argumentativa, que:

“Na hipótese da norma de competência primária, fica estabelecido o procedimento [p(p1.p2.p3...)] que deve ser desempenhado pelo sujeito competente (s), no espaço (e) e no tempo (t) para, no seu conseqüente, a prescrição sobre como criar um texto normativo versando sobre certa matéria [m(s.c.e.t)], sem que os sujeitos destinatários da norma (sp) possam impedir o sujeito competente de exigir a norma como váida. Desta forma, demonstra-se como estrutura de uma norma jurídica pode, após sucessivas internalizações de sentido, resumir os elementos necessários à regulação da conduta de criar normas”.

Nesse sentido, a hipótese normativa da norma de competência regula o que se chama por “fato enunciação válida”, isto é, determina como deve ser realizada a autoprodução (enunciação) de normas jurídicas.

3.3. Sistema Jurídico e a autorreferencia

¹⁵ GAMA, Tácio Lacerda. *Competência Tributária – Fundamentos para uma Teoria da Nulidade*. São Paulo: Noeses, 2011, p. 96.

Sobre estas características e sua referência no sistema do Direito Positivo, dispõe Fabiana Del Padre Tomé¹⁶ que:

“A auto-referencialidade também se apresenta como pressuposto da autoprodução do sistemas, pois, para que este possa autogerar-se, isto é, substituir seus componentes por outros, é necessário que haja elementos que tratem de elementos. No caso do sistema social, atos comunicativos cujo conteúdo seja a geração de outros atos comunicativos; em relação ao sistema jurídico, normas que prescrevam a produção de outras normas jurídicas. Para tanto, o sistema tem de olhar para si próprio, precisa falar sobre si mesmo, nessa citada auto-referencialidade”.

Acreditamos que as normas de que falamos no subitem anterior (normas de competência) não são senão “normas que prescrevem a produção de outras normas jurídicas” e, portanto, não vemos porque negar o aspecto autorreferente do sistema do Direito Positivo. Noutro giro verbal, quando falamos em “autoprodução”, falamos da capacidade do sistema autopoietico se reproduzir a partir de seus próprios mecanismos, que são também normas jurídicas. Só que essas normas jurídicas regulam aspectos do próprio sistema (como produzir mais elementos do mesmo), daí a auto-referência.

3.4. Sistema Jurídico e sua identidade

Lembremos que, dentro da perspectiva analítica do construtivismo lógico-semântico, é possível formalizar a linguagem dos enunciados prescritivos dispostos nos textos normativos e, assim, revelar uma estrutura lógico sintática que representa os critérios mínimos para a formação de um sentido jurídico completo. Pois bem, essa estrutura apresenta um termo antecedente, que apresenta os critérios identificadores do fato jurídico, e um termo conseqüente, prescritor de uma relação jurídica cujos critérios se relacionam à um modal deôntico que se apresenta na forma de uma permissão (faculdade), obrigação ou proibição.

É nesta toada que segue Lourival Vilanova ao afirmar: “Dizemos que: i) o operador deôntico incide sobre o nexos entre hipótese e a tese ou consequência, nexos que é a *relação formal da implicação* e ii) se encontra compondo a *estrutura interna da tese*, relacionando um sujeito-de-direito com outro sujeito-de-direito nas modalidades deônticas: ‘facultado’, ‘obrigatório’, e ‘proibido’”.

¹⁶ TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A Prova no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2011, p. 50.

Ora, temos para nós que a identidade do sistema jurídico se encontra exatamente aqui: o “princípio do quarto excluído” (pois só podem ser encontrados três modalidades do functor deôntico no sistema jurídico) nos permite afirmar que os fatos sociais são processados pelo direito, a partir dos modais deônticos, determinando o que é lícito e o que não o é.

CAPÍTULO III

AUTOPOIESIS E PRAGMÁTICA JURÍDICA

1. Pequeno Introito

Como já exposto, a nossa sociedade, vale dizer, o nosso sistema social, é formado por relações, que são, a nosso ver, processos comunicacionais. A sucessiva concretização de tais processos comunicacionais, isto é, a sucessiva realização de conversações entre os intelectos, num processo histórico, forma aquilo que chamamos de cultura, influenciadora tanto da criação, quanto da aplicação das normas jurídicas. Ora, desde o início deste trabalho, temos pregado uma postura constructivista, o que não nos permite negar o aspecto subjetivo inerente à interpretação e aplicação das normas jurídicas.

Fabiana Del Padre Tomé¹⁷, diante do aspecto relativo à aplicação jurídica, faz um importante *link* entre segurança jurídica e a noção de *autopoiesis*, que segue:

“A segurança jurídica pode ser considerada em duas variantes: (i) garante que os assuntos sejam tratados exclusivamente de acordo com o código do direito, sem interferência de qualquer outro interesse não contemplado pelo ordenamento; e (ii) confere previsibilidade às decisões jurídicas, em razão do conteúdo prescrito pelos programas do direito. Tendo em vista, porém, que as decisões são fortemente influenciadas pela subjetividade do julgador, optamos por considerar a segurança jurídica, em seu sentido estrito, como aquela referida na primeira variante: a exigência de que os fatos, para ingressarem no universo jurídico, submetam-se ao código “lícito/ilícito”.

Afirmamos, linhas acima, que o fechamento operativo (autonomia) é uma importante característica dos sistemas autopoieticos. Particularmente, no caso do sistema

¹⁷ TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A Prova no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2011, p. 63.

(autopoietico) normativo, este aspecto influencia diretamente na segurança jurídica. Ainda assim, como vimos na transcrição anterior, esta clausura organizacional (operacional) depende do estabelecimento de um código, que, no caso do Direito Positivo, corresponde à lícito/ilícito. Daí podermos afirmar que o princípio da segurança jurídica permeia o princípio da legalidade e vice-versa.

2. Do Princípio da Legalidade e o Código Binário Lícito/Ilícito

O Direito Positivo se destina, como se sabe, à regulação de condutas humanas intersubjetivas e o faz mediante prescrição de relações jurídicas, cujos objetos são nada mais que direitos e deveres. Assim, podemos afirmar que alguém só será sujeito-de-direito ou sujeito-de-dever dentro de uma relação jurídica e, neste mesmo sentido, afirma Lourival Vilanova¹⁸ que *é dentro de estruturas relacionais, dentro de relações juridicamente normadas, que uma entidade é sujeito-de-direito, atualmente ou potencialmente, como titular ativo ou titular passivo de relações.*

Pois bem, o art. 5º, II da Constituição Federal, ao dispor que ninguém será obrigado a fazer ou se omitir de fazer algo a não ser que a lei assim o disponha, consagra o princípio da legalidade e determina que aqueles direitos e deveres, pretensos reguladores da conduta humana, só podem ser estabelecidos por normas jurídicas. Com isto, podemos afirmar, seguramente (daí a segurança jurídica relacionada à legalidade), que nenhum ato infralegal pode ser instituidor de novos direitos e deveres aos destinatários normativos, que sejam totalmente alheios aos estabelecidos em lei (lato senso).

Vemos aqui, portanto, o código binário lícito/ilícito, representando o princípio da legalidade e garantido a clausura organizacional do Direito Positivo, que, em relação aos objetos deste trabalho, segue no sentido de que: (i) os atos infralegais, autorizados pela lei (regulamentos, instruções normativas, portarias, regimentos e etc.), devem manter estrito respeito à mesma, de modo que somente lhe garanta a instrumentalização necessária para a sua aplicação, sendo, portanto, lícitos; e (ii) todos os atos infralegais, que pretendam alterar (alargar, limitar, inviabilizar, negar) direitos e deveres, devem ser processados pelo sistema jurídico como ilícitos.

¹⁸ VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 120.

3. As Instruções Normativas SRF de números 23/97 e 419/04 que instrumentalizam a Lei nº 9.363/97.

A lei 9363/96, que instituiu o chamado *crédito presumido* do IPI para ressarcimento do valor do PIS/PASEP e COFINS, tem seu artigo 1º disposto nos seguintes termos:

Art. 1º A empresa produtora e exportadora de mercadorias nacionais fará jus a crédito presumido do Imposto sobre Produtos Industrializados, como ressarcimento das contribuições de que tratam as Leis Complementares nos 7, de 7 de setembro de 1970, 8, de 3 de dezembro de 1970, e 70 de 30 de dezembro de 1991, incidentes sobre as respectivas aquisições, no mercado interno, de matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem, para utilização no processo produtivo.

Como a referida lei tratou o crédito presumido como ressarcimento de PIS/PASEP e COFINS, a Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB) criou a Instrução Normativa nº 23/99, a qual, em seu art. 2º, § 2º, limitou o cálculo do crédito presumido às aquisições efetuadas somente de pessoas jurídicas, assim vejamos:

§ 2º O crédito presumido relativo a produtos oriundos da atividade rural, conforme definida no art. 2º da Lei nº 8.023, de 12 de abril de 1990, utilizados como matéria-prima, produto intermediário ou embalagem, na produção bens exportados, será calculado, exclusivamente, em relação às aquisições, efetuadas de pessoas jurídicas, sujeitas às contribuições PIS/PASEP e COFINS.

Nestes termos, teria sido excluída a possibilidade de crédito presumido nos casos em que a empresa comprou Matéria Prima e Produtos Intermediários de produtores/pessoas físicas por meio de notas fiscais avulsas. Ressalte-se que a Instrução Normativa SRF nº 419/04 revogou a de nº 23/99, mas repetiu o texto de seu art. 2º, § 2º.

Charles William MacNaughton¹⁹, em seu ótimo “Hierarquia e Sistema Tributário”, tratou da relação entre os atos infralegais que pretendem instrumentalizar norma jurídica tributária e concluiu que:

“os atos administrativos hierarquicamente inferiores à norma legislativa que delimita os contornos da exação fiscal não poderão:

- (a) se o ato administrativo for norma geral e abstrata (exemplo Decreto, Instrução Normativa etc.):
 - (a.I) ampliar ou reduzir o antecedente da norma tributária; ou
 - (a.II) deformar o consequente;”

Ora, ao criar uma restrição não prevista em Lei, as instruções normativas em tela operaram “*extra legem*”, e, ao alterar a base de cálculo do crédito presumido de que trata a lei 9.363/96, as mesmas estariam instituindo nova relação jurídica, ou, deformando o consequente da norma jurídica do crédito (limitando claramente um direito estabelecido pelo sistema normativo), o que, como vimos no item anterior, deve ser processada pelo sistema jurídico como uma ilicitude.

Assim, não pode o Fisco, por meio de Instrução Normativa, verdadeiro ato normativo infralegal, alterar critérios quantitativos, neste caso, de direito creditório, (que se revelam no consequente normativo) de modo à aumentar a carga tributária sofrida pelo contribuinte. O que se conclui, vistas a esta péssima posição de nossa Administração Pública, é que os atos de fala manifestados pelas Instruções Normativas SRF de números 23/97 e 419/04 devem ser tidos como ilícitos, impedindo-os de gerarem efeitos.

Num último giro: o sistema jurídico recebe a informação do seu ambiente (que aqui se refere à enunciação da instrução normativa), traduzindo-a em sua linguagem, e, devido seu fechamento operacional, sua estrutura (hierárquica) é mantida, revelando a incompatibilidade dos atos (jurídico-comunicacional) infralegais da RFB, devendo processá-los como ilícitos (o que concretiza o tratamento binário desse sistema autopoietico).

¹⁹ MCNAUGHTON, Charles William. *Hierarquia e Sistema Tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 172.

4. O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e os Embargos Infringentes

A Ação Penal 470, corrente no Supremo Tribunal Federal, ou, chamada também de “julgamento do mensalão”, levantou uma questão interessante acerca da possibilidade ou não de serem impetrados Embargos Infringentes em ações penais originárias.

A lei 8.038/90, que normatiza o trâmite das ações penais originárias perante as Cortes Superiores, não institui o direito ao recurso de Embargos Infringentes. Já o art. 333 do Regimento Interno do STF (enunciado anteriormente à CF de 88) dispõe que são cabíveis os Embargos Infringentes a decisões do Plenário ou da Turma que julguem procedente a ação penal e que tenham, no mínimo, quatro votos divergentes, salvo nos casos de julgamento criminal em sessão secreta.

O Ministro Celso de Mello²⁰, em voto relativo ao recebimento dos embargos infringentes na Ação Penal em comento, afirmou o seguinte:

“É preciso ter presente que a norma regimental em questão, institutiva de espécie recursal nominada, embora veiculasse matéria de natureza processual, revelava-se legítima em face do que dispunha, então, o art. 119, § 3º, “c”, da Carta Federal de 1969 (correspondente, na Carta Política de 1967, ao art. 115, parágrafo único, alínea “c”), que outorgava ao Supremo Tribunal Federal, *como já anteriormente mencionado*, poder normativo primário, conferindo-lhe atribuição para, *em sede meramente regimental*, dispor sobre “o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal (...)” (grifei). -

Vê-se, *portanto*, que o Supremo Tribunal Federal, no regime constitucional anterior, dispunha, *excepcionalmente*, de competência para estabelecer, *ele próprio*, normas de direito processual em seu regimento interno, não obstante fosse vedado aos demais Tribunais judiciários o exercício dessa mesma prerrogativa, cuja prática – considerado o sistema institucional de divisão de poderes – incumbia, exclusivamente, ao Poder Legislativo da União (RTJ 54/183 – RTJ 69/138, v.g.).

Essa excepcional competência normativa primária permitiu ao Supremo Tribunal Federal prescrever, em sede formalmente regimental, normas de caráter materialmente legislativo (RTJ 190/1084, v.g.), legitimando-se, *em consequência*, a edição de regras como aquela consubstanciada no art. 333, inciso I, do RISTF’.

Ao que me parece, o Ministro quis significar, com isso, que o Regimento Interno do STF foi recebido pelo sistema jurídico instituído pela Constituição de 88 com o mesmo status legal e hierárquico que possuía à época da Constituição de 69, o que não vemos

²⁰ DE MEILLO, Celso in *Ação Penal 470*, 2013, p. 12.

como o mais acertado. Isso porque a recepção, pelo novo sistema jurídico (e aqui falamos do instituído pela CF de 88), das normas estabelecidas no regime anterior, não permite a integração de normas que violem a Constituição atual, o que ocorre claramente no caso do art. 333 do Regimento Interno do STF, uma vez que esta invade a reserva do Poder Legislativo para legislar sobre matéria processual.

Assim, acreditamos ter sido o regimento interno do STF recebido pela nova Constituição como norma infralegal e que, portanto, deve estrito respeito à lei, já que sua competência, no novo regime é a de somente instrumentalizar a execução desta.

Apesar do regimento interno ser um ato infralegal autorizado, não pode este instituir novo direito recursal sem que a lei assim o tenha feito. Repetimos a noção: mesmo que o art. 12 da lei 8.038/90 tenha estipulado que “finda a instrução, o Tribunal procederá ao julgamento, na forma determinada pelo regimento interno”, isso não quer dizer que o regimento interno seja o veículo introdutor próprio para a criação de novos direitos recursais. Assim, o regimento interno do STF não poderia instituir o recurso de Embargos Infringentes em ação penal regida pela lei 8.038/90, mas somente instrumentalizar o prosseguimento deste tipo de ação (e é com esse status que vemos este regimento recebido pela atual Constituição), com base nos recursos dispostos no diploma normativo em comento.

Neste mesmo sentido, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery²¹, afirmam que a:

“CF 22, I confere ao Poder Legislativo da União (Congresso Nacional) competência exclusiva para legislar em matéria de direito processual, como é o caso dos recursos. Há competência concorrente da União e dos Estados, ou seja, do Poder Legislativo da União (Congresso Nacional) e dos Estados (Assembléia Legislativa de Deputados Estaduais), para legislarem sobre procedimento em matéria processual (CF 24 XI). Regimento interno de tribunal tem natureza jurídica de normas administrativas – e não de lei -, que regula o procedimento interna corporis do tribunal, não podendo criar direitos nem obrigações para os jurisdicionados (CF 5º II).

Aqui, de novo, devemos ressaltar a clausura operacional do sistema do Direito Positivo: não pode o regimento interno, ato infralegal, influenciar diretamente no sistema

²¹ Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 784.

jurídico, de modo que passe a lhe instituir novos direitos e deveres que não guardem nenhum respaldo com a lei a ser instrumentalizada. O que deve ocorrer é exatamente o contrário, isto é, os atos infralegais, incluindo aqui o regimento interno do STF, devem respeito às leis que autorizaram suas criações, não podendo ir além ou aquém das mesmas e, se porventura o forem (como é o caso em análise) devem ser processados pelo sistema como ilícitos. De maior importância é também a opinião de Paulo de Barros Carvalho²² no sentido de que qualquer *ato normativo infralegal, que extrapasse os limites fixados pela lei que lhe dá sentido jurídico de existência, padece da coima de ilegalidade, que o sistema procura repelir.*

Concluindo, o regimento interno do STF extrapassa tanto os limites da Constituição, ao legislar sobre matéria que esta reserva à competência do Poder Legislativo, quanto os limites da lei 8.038, ao instituir recurso não previsto na mesma. Portanto, o dispositivo relativo aos embargos infringentes neste regimento se revela ilícito.

²² CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 90.

CONCLUSÃO

O que se buscou neste trabalho, além dos objetivos mais específicos, foi demonstrar como podemos utilizar categorias da Teoria Geral do Direito, tais quais as características do sistema jurídico, para solucionar problemas que tomam grandíssimas proporções em meio a pragmática, mas que acabam por serem meros problemas semânticos ou sintáticos, como o que é jurídico ou não, ou, o que é uma norma jurídica e o que não é.

A importância do estudo das categorias gerais do Direito já vem de há muito ressaltada pelo grande Mestre Lourival Vilanova²³, que afirmou:

“O intenso exercício da atividade docente, no campo do Direito – tanto em nível de graduação como no de pós-graduação (assim em sentido estrito, como em sentido lato) – nos convenceu da necessidade impostergável de se incentivar os estudiosos à mediação sobre disciplinas jurídicas propedêuticas”.

Paulo de Barros Carvalho prosseguiu com os estudos do mestre pernambucano e alcançou o constructivismo lógico-semântico de modo brilhante, criando a ferramenta que nos possibilitou a coerência sintática e o rigor semântico que este estudo do Direito Positivo *quase*-necessita, como diriam alguns, devido a falibilidade do conhecimento.

Nos aproximamos, então, do sistema jurídico a partir da análise de sua estrutura e como o mesmo opera em relação ao ambiente que está inserido. Vejam, só com essas idéias básicas sobre a sintaxe do sistema do Direito Positivo, nos foi possível demonstrar que as Instruções Normativas SRF de números 23/97 e 419/04 e o Regimento Interno do STF não podem limitar ou instituir direitos, o que, no caso do regimento, foi totalmente atropelado por alguns dos Excelentíssimos Ministros, no “julgamento do mensalão”.

²³ VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. São Paulo: Noeses, 2010, p. XXIII.

BIBLIOGRAFIA

-
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. São Paulo: Noeses.
 - CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário – Fundamentos Jurídicos da Incidência*. São Paulo: Saraiva.
 - CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva.
 - *Dicionário Espasa – Filosofia*. Dirigido por Jacobo Muñoz, Madrid: Espasa, 2003 – verbete “constructivismo”.
 - MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Revogação em Matéria Tributária*. São Paulo: Noeses, 2005.
 - REALE, Miguel. *Cinco temas do culturalismo*. São Paulo: Saraiva, 2000.
 - Texto “Vilém Flusser e o constructivismo lógico-semântico”, de Fabiana Del Padre Tomé, 2009, publicado no livro *Vilém Flusser e Juristas*, coord. Florence Haret e Jerson Carneiro, São Paulo: Noeses.
 - TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A Prova no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses.
 - VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. São Paulo: Noeses.
 - _____ . *Causalidade e Relação no Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.