

ÉRIKA DIAS MACHADO COSTA DE FARIAS

**DA FILOSOFIA DA LINGUAGEM À MODULAÇÃO DOS EFEITOS NAS
DECISÕES JUDICIAIS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET

São Paulo

2009

ÉRIKA DIAS MACHADO COSTA DE FARIAS

**DA FILOSOFIA DA LINGUAGEM À MODULAÇÃO DOS EFEITOS NAS
DECISÕES JUDICIAIS NOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

Monografia apresentada ao Programa de Pós-
Graduação Lato Sensu em Direito Tributário do
Instituto Brasileiro de Estudos Tributários

Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET

São Paulo

2009

Banca Examinadora

RESUMO

A presente monografia transita entre a Filosofia do Direito, Teoria Geral do Direito até o Direito Tributário propriamente dito, a idéia é promover uma análise a partir da teoria de Wittgenstein até os dias de hoje com a teoria inovadora do Professor Paulo de Barros Carvalho.

A proposta é abordar a partir da concepção da filosofia da linguagem, mas precisamente “giro lingüístico” e da teoria comunicacional do direito, a configuração do fato jurídico, a incidência da norma jurídico-tributária e os efeitos no ordenamento jurídico.

Para tanto, será empreendido esforço no sentido de demonstrar o processo de positivação do direito positivo, a fenomenologia da incidência, cujo objeto é a inserção da norma no sistema jurídico.

O estudo é concluído com o enfrentamento das decisões judiciais em controle de constitucionalidade das normas tributárias no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a modulação dos efeitos da sentença, a irretroatividade da legislação tributária e o princípio da segurança jurídica.

Palavras Chaves: Linguagem, Sistemas, Fato Jurídico, Incidência, Validade, Modulação da Jurisprudência

ABSTRACT

This monograph transits between the Philosophy of Law, The General Theory of Law to the Tax Law itself, the idea is to promote an analysis based on Wittgenstein's theory until the present day with the Theory of Professor Paulo de Barros Carvalho.

The proposal is to approach from the design philosophy of language, but precisely "linguistic turn" and communicational theory of law, setting legal fact, the incidence of legal norms and tax effects on the legal system.

To this end, efforts will be undertaken to demonstrate the process for recognition of positive law, the phenomenology of incidence, whose object is the insertion of the norm in the legal system.

The study concludes with the confrontation of judicial decisions in constitutional control of tax rules under the Supreme Court, the modulation effects of the sentence, the retroactivity of the tax law and the principle of legal certainty.

Keywords: Language, Systems, and the law, Incidence, Validity, Modulation of Court

*“Ele te declarou, ó homem, o que é bom e que
é o que o Senhor pede de ti: que pratiques a
justiça, e ames a misericórdia, e andes
humildemente com o teu Deus”.*

Miquéias 6.8

*Dedico esta monografia
A Deus pela benção da perseverança
Ao meu esposo Charles pelo amor incondicional
Aos meus Pais pelo incentivo e
Ao Profº. Paulo de Barros*

AGRADECIMENTOS

Esta monografia é resultado do estudo empreendido durante os quatro módulos da especialização do IBET, da elaboração dos seminários, discussões com os colegas em sala de aula, participação no Congresso do IBET e reflexões ao longo do curso.

Ao Grupo de Estudos pela experiência e troca de informações preciosas.

Às Professoras Aurora Tomazini de Carvalho, Camila Gomes de Mattos Campos Vergueiro e Rubya Floriani dos Anjos pelo profissionalismo e dedicação à vida acadêmica.

Aos colegas e novos amigos Vanessa Villela Berbeljus, Regina Vitoria Garcia e Silva e Rogério Isidro.

SUMÁRIO

Introdução.....	10
Capítulo I - A Linguagem da Facticidade Jurídica.....	11
Capítulo II – Constructivismo Lógico Semântico.....	15
Capítulo III – Semiótica Jurídica.....	19
Capítulo IV – Sistema Jurídico.....	23
Capítulo V - Fato Jurídico.....	27
Capítulo VI – Subsunção ou Incidência.....	31
Capítulo VII – Validade e Invalidade.....	38
Capítulo VIII – Modificações da Jurisprudência	47
Conclusões.....	53
Referências Bibliográficas.....	58

INTRODUÇÃO

A presente monografia apresenta um estudo sobre os principais temas discutidos nos quatro módulos do IBET, a proposta é abordar a partir da concepção da filosofia da linguagem, mas precisamente “giro lingüístico” e da teoria comunicacional do direito, a configuração do fato jurídico, a incidência da norma jurídico-tributária e os efeitos no ordenamento jurídico. Para tanto, será empreendido esforço no sentido de demonstrar o processo de positivação do direito, a fenomenologia da incidência, cujo objeto é a inserção da norma no sistema jurídico. Por fim, analisa-se as decisões judiciais em controle de constitucionalidade das normas tributárias no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a modulação dos efeitos da sentença, a irretroatividade da legislação tributária e o princípio da segurança jurídica. Os fatos, uma vez ocorridos no mundo fenomênico, são vertidos em linguagem jurídica aplicada nas decisões judiciais que sempre ocorre no presente, em relação a fato pretérito (reconstituído), projetando-se para o futuro criando/innovando, modificando (*ex tunc e/ou ex nunc*) ou extinguindo normas jurídicas regulando desta forma a conduta humana produzindo efeitos *erga omnes* e/ou *inter partes*.

CAPÍTULO I – A LINGUAGEM DA FACTICIDADE JURÍDICA

Com o advento da filosofia da linguagem, cujo marco inicial é a obra de Wittgenstein (*Tractatus lógico-philosophicus*), passou-se a considerar a linguagem como algo independente do mundo da experiência e até mesmo a ela sobreposta, originando o movimento hoje conhecido como giro lingüístico. Essa nova corrente filosófica rompeu a tradicional forma de conceber a relação entre linguagem e conhecimento, entendendo que a própria compreensão das coisas dá-se pela preexistência de linguagem, deixando esta de ser concebida como mero instrumento que liga o sujeito ao objeto do conhecimento. A linguagem deixou de ser um meio entre ser cognoscente e realidade, convertendo-se em léxico capaz de criar tanto o ser cognoscente como a realidade. Nessa concepção, o conhecimento não aparece como relação entre sujeito e objeto, mas como relação entre linguagem, entre significações.¹

O direito se encontra objetivado em linguagem. A linguagem é componente inalienável do seu ser. Assim toda norma (em sentido amplo) é um ato de fala. A norma jurídica vista pelo prisma do ato de fala demonstra o caráter fundamental exercido pela linguagem no interior do sistema do direito positivo.

A linguagem utilizada na função prescritiva tem o condão de ordenar a conduta humana. A norma, sendo a unidade mínima da linguagem jurídica, possui, portanto, o estatuto de signo.

Assim, assumindo o direito como um fenômeno essencialmente de comunicação, quer se trate de seu caráter prescritivo (direito positivo) ou descritivo

¹ Fabiana Del Padre Tomé. *A Prova no Direito Tributário*. São Paulo. Editora Noeses. 2005. p.1.

(Ciência do Direito), a aplicação da semiótica contribui para que se atualize e contextualize o desempenho no ordenamento jurídico, no nível sintático (refere-se às relações formais entre si), nível semântico (envolve as relações de significado entre as normas e as condutas intersubjetivas disciplinadas) e nível pragmático (tratam das relações significantes com os seus interpretantes, neste caso, os usuários do discurso normativo).²

Paulo de Barros Carvalho trabalha com uma distinção das linguagens encontradas no fenômeno de posituação do direito. Segundo a sua proposta epistemológica, há três tipos de linguagens presentes e atuantes no fenômeno da incidência normativa:

a) a “Linguagem Social”, constituinte da realidade que nos cerca;

b) a “Linguagem do Direito Positivo”, discurso prescritivo de condutas.

Os enunciados que veiculam as normas gerais e abstratas revestem um caráter de proposições conotativas, são diagramas verbais;

c) a “Linguagem da Facticidade Jurídica”, zona de intersecção entre as duas primeiras, competente para constituir fatos jurídicos os fatos do mundo social (eventos). A enunciação prescritiva dos fatos jurídicos é realizada pelas normas individuais e concretas, vertidas em linguagem denotativa, em relação de pertinencialidade às classes de fenômenos, condutas e circunstâncias que foram conotativamente articuladas pela linguagem do direito positivo.³

² Clarice von Oertzen de Araújo. Curso de Especialização em Direito Tributário: Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Fato e Evento Tributário – Uma Análise Semiótica. Org: Eurico Marcos Diniz de Santi. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2006. p. 339-340.

³ Clarice von Oertzen de Araújo. Curso de Especialização em Direito Tributário: Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Fato e Evento Tributário – Uma Análise Semiótica. Org: Eurico Marcos Diniz de Santi. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2006. p. 351

d) Um fato jurídico, portanto, constitui-se em uma representação jurídica de uma situação intersubjetiva, de um estado de coisas, de uma conduta praticada. Em sua condição semiótica, o fato jurídico é signo de caráter indicial ao trazer para o universo jurídico, vetores de espaço e tempo relativos à ocorrência do evento, em si mesmo inapreensível e somente em parte representado. Ocorre que esta representação não se submete aos critérios lógicos que atribuem os valores verdadeiro/falso às proposições, conforme elas reflitam ou não uma correspondência empírica com os fenômenos que representam. A constituição de um fato jurídico subordina-se ao procedimento jurídico que o Direito Objetivo institui como apto para aquela representação. Se a representação não observar os requisitos legais, independentemente de sua verdade ou falsidade, ela não será válida. O que nos autoriza a concluir que a atribuição de valores verdade/falsidade (própria das proposições científicas) para as representações que configurem fatos jurídicos será contingencial, ao passo que o exame da validade/invalidade da produção de um fato jurídico (e, portanto, de uma prova) é, em sua acepção lógica, uma condição necessária.⁴

A construção de um fato jurídico é uma construção da linguagem normativa, prescritiva. “Sem norma não há fato jurídico, sem fato jurídico não se cria direito novo”. Portanto, sendo um enunciado prescritivo denotativo, um fato jurídico não admite a valência veracidade/falsidade, mas apenas pode ser examinado segundo os critérios da validade/invalidade de sua construção. Os fatos jurídicos, portanto, não são juízos de verdade, mas apenas de validade. Esta conclusão

⁴ Clarice von Oertzen de Araújo. Curso de Especialização em Direito Tributário: Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Fato e Evento Tributário – Uma Análise Semiótica. Org: Eurico Marcos Diniz de Santi. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2006. p. 356.

parece decorrer também da homogeneidade sintática característica das normas jurídicas. A correspondência entre o fato jurídico e a realidade é contingencial e não necessária para a sua validade.⁵

⁵ Clarice von Oertzen de Araújo. *Semiótica do Direito*. São Paulo. Editora Quartier Latin. 2005. p. 117.

CAPÍTULO II – CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO

No Brasil, o constructivismo lógico-semântico método desenvolvido e aplicado, pioneiramente, por Lourival Vilanova, que se dedicou ao aprofundado estudo do discurso normativo. Na atualidade, as obras do Prof. Paulo de Barros Carvalho vêm cumprindo importante função de difundir o constructivismo lógico-semântico aplicado ao Direito. Por esse motivo que o direito retomou suas discussões filosóficas, permitindo, inclusive, o reencontro de diversos ramos do direito com suas origens na Teoria Geral do Direito. Fazendo uso do instrumental fornecido pelo constructivismo, o exegeta está em condições de proceder ao exame da estrutura interna normativa, bem como das relações lógicas existentes na integração das normas com outras unidades do sistema. Pode fazê-lo tanto da perspectiva estática, isolando as proposições normativas, como da perspectiva dinâmica, abrangendo o processo de positivação do direito. De posse dessa plataforma filosófica, o estudioso do direito adquire nova postura analítica, tomando como ponto de partida do conhecimento as formas lógicas, mas sem esquecer que se trata de um objeto cultura e, portanto, impregnado de valores. O chamado *constructivismo lógico-semântico*, em que a postura analítica faz concessões à corrente hermenêutica, abriu espaço a uma visão cultural do fenômeno jurídico, aliás, que o ponto de vista analítico não sai prejudicado, mas robustecido com as luzes das construções hermenêuticas: o tom de historicidade, a consideração dos valores, a interdiscursividade entre textos afins, o imergir em segmentos culturais bem concebidos, tudo isso ressalta o teor de analiticidade com que o observador lida com o segmento normativo sob seus cuidados. Trata-se de expediente que potencializa a

investigação: de primeiro, por sair amarrando e costurando os conceitos fundamentais, estipulando o conteúdo semântico dos termos e expressões de que se servem os especialistas; de segundo, porque projeta os elementos especulativos, preparando-os para outra sorte de indagações, agora de cunho culturalista; e, por fim, munidos desse poderoso instrumental, aplicá-lo ao direito dos nossos dias.⁶

O constructivismo lógico-semântico enfatiza a uniformidade na análise do objeto e a precisa demarcação da esfera de investigação, somando-se sempre o contexto cultural que está inserido o objeto de investigação, portanto, o sentido é construído dentro do contexto cultural, que é pressuposto de significação. Primeiro se faz uma decomposição analítica, para depois construir o sentido dos termos, sempre considerando o contexto cultural. Mesmo com a decomposição analítica, não se desprezam os valores, representados pela semântica da linguagem e pelo aspecto pragmático inserido nesse contexto cultural. Desse modo, após a decomposição, faz-se a contextualização para se ver o todo.

A realidade é construída pela linguagem, assim pode-se até dizer que há sempre múltiplas realidades sobre uma dada questão (relativismo). Mas, o relativismo não se torna um problema se a pesquisa se propõe a compreender o aspecto cultural em que está envolvido o sujeito cognoscente, ou seja, tenta entender a “cultura” de grupos que têm diferentes visões.

Sendo a cultura condição do conhecimento, este (conhecimento) só será alcançado quando houver uma comunicação entre ambos, pois a cultura e o conhecimento estarão sempre unidos.

⁶ Apostila da disciplina de Linguagem Jurídica e Constructivismo Lógico-Semântico da Professora Dr^a Fabiana Del Padre Tomé – Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

A interpretação sempre é conhecida. Por isso, a afirmação segundo qual o mundo exterior não existe para o sujeito cognoscente sem uma linguagem que o constitua. Isso que chamamos de mundo nada mais é do que uma construção (interpretação), condicionada culturalmente e, por isso, incapaz de refletir a coisa tal qual ela é, livre de qualquer influência ideológica.⁷

Não existe conhecimento sem sistema de referência, entendido como conjunto de coordenadas de tempo e espaço em que a compreensão do mundo se opera. Sem a indicação do modelo dentro do qual determinada proposição se aloja, não há como examinar sua veracidade.⁸

A verdade é um conceito metafísico, pois não se mostra susceptível de apreciação pelo método da experiência: todos falam em nome da verdade, mas não há como saber; mediante procedimentos experimentais, quem está dizendo a verdade. A determinação do que seja verdadeiro dá-se mediante o emprego de regras impostas pelo sistema dentro do qual se insere a proposição cuja veracidade se examina. Por isso não há uma verdade absolutas, objetiva e universal: o falibilismo é inerente aos enunciados que se pretendam verídicos.⁹

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

⁷ Aurora Tomazini de Carvalho. Teoria Geral do Direito. (O Construtivismo Lógico-Semântico). Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2009. p. 568.

⁸ Fabiana Del Padre Tomé. Prova no Direito Tributário. São Paulo. Ed. Noeses. 2005. p. 311.

⁹ Fabiana Del Padre Tomé. Prova no Direito Tributário. São Paulo. Ed. Noeses. 2005. p. 311-312.

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

CAPÍTULO III – SEMIÓTICA JURÍDICA

Para o filósofo Nicola Abbagnano, Semiótica na sua acepção mais genérica, indica uma “doutrina” ou, em todo caso, uma reflexão de algum modo sistemática sobre os signos, sua classificação, as leis que o regem, seus usos na comunicação. Já Charles Sanders Peirce definiu a Semiótica como a “disciplina da natureza essencial e das variedades fundamentais de toda possível semiose” (Collected Papers), e a semiose como uma relação de três entidades, não redutível de modo algum a uma relação entre dois: um signo, o objeto pelo qual o signo está e um outro signo, chamado interpretante, que está pelo mesmo objeto pelo qual o primeiro signo também está. Segundo Peirce, não só as palavras da linguagem e os signos não verbais produzidos intencionalmente pelos seres humanos para comunicar-se, mas qualquer evento, estado, objeto do mundo externo e qualquer evento ou estado mental (representação, emoção, sensação etc.), podem entrar numa relação semiótica (desde que interpretados por algum interpretante como signo de qualquer outra coisa).

De acordo com o Semiotista Denis Bertrand influenciado pela “Escola de Paris”, a Semiótica apresenta modelos para a análise da significação, para além da palavra, para além da frase, na dimensão do discurso que lhe é inerente. Seu procedimento clássico propõe articular a apreensão do sentido segundo um percurso estratificado em camadas relativamente homogêneas, indo das formas concretas e particulares, manifestadas na superfície do texto, às formas mais abstratas e gerais subjacentes, dispostas em múltiplos níveis de profundidade. Ela mostra, assim, como os percursos de significação se organizam e se combinam, em

razão de regras sintáticas e semânticas que fundamentam, em segredo, a sua coerência. Inversamente, partindo das estruturas profundas para as estruturas de superfície, ela simula a “geração” da significação.

Esse “percurso gerativo” distingue, desse modo, as estruturas profundas (os valores inscritos no quadrado semiótico) e semionarrativas (com os dispositivos modais, a sintaxe actancial e o esquema narrativo) das estruturas discursivas que as “discursivizam”, por intermédio da enunciação (aparecem, então, as tematizações que se investem ou não em isotopias figurativas, produzindo as figuras do espaço, do tempo e dos atores..., as imagens do mundo). Os diferentes níveis estruturais se convertem uns aos outros, da profundidade à superfície, segundo um percurso de enriquecimento e complexificação: é realmente a superfície do texto que é a mais complexa. Esse percurso é uma construção teórica ideal, independente das linguagens, das línguas ou dos textos que a investem, ao se manifestar. Ele não constitui uma grade metodológica aplicável tal e qual, mas permite localizar os espaços de formação de um sentido comunicável e partilhável.

Por fim, o filósofo do Direito, Gregório Robles concebe a Semiótica como ciência dos signos e hermenêutica como ciência da compreensão, para ele, os dois ramos do saber proclamam uma concepção ampla do conceito de texto, segundo a qual texto não é apenas o texto escrito, mas qualquer realidade suscetível de interpretação. Certamente todo texto jurídico pertence a esse tipo de realidade, pois qualquer texto escrito é suscetível de interpretação, mas não apenas o texto escrito.

Na Semiótica não há porque pensar em ambigüidade, pois nas categorias cenoptagóricas (fenomenologia) de Peirce há classificação em três

campos definidos: primeiridade (estática, possibilidade, acaso, qualidade, sentimento, originalidade, liberdade, emoções, interpretação, imagem, ícone, qualisigno, abdução, sintaxe, concatenação, indeterminação, validade, experiência monádica, interpretante imediato e interpretante emocional), secundidade (movimento, dependência, dualidade, determinação, ação e reação, conflito, surpresa, dúvida, percepção, contexto, experiência, realidade, índice, sinsigno, indução, semântica, substituição, ruído, vigência, experiência diádica, interpretante dinâmico e energético) e terceiridade (réplica, generalidade, continuidade, crescimento, inteligência, discurso, organização, conotação, símbolo, consciência, convenção, dedução, cognição, legisigno, pragmática, capacidade sancionadora, lei, eficácia, experiência triádica, interpretante final e lógico).

O fundo comum do ordenamento jurídico (Constituição, Lei, Atos Normativos, Sentenças) está na comunicação vertida em linguagem (Sistema de Signos), hermenêutica (interpretação de textos escritos) e sistema normativo de condutas jurídicas. A semiose jurídica é a relação entre lei (signo), fato (objeto) e norma (interpretante).

A ordem jurídica não possui previsibilidade absoluta, pois não haveria evolução e se tornaria obsoleta mais conhecida como transposição intersemiótica. O texto legislativo seja ele, por exemplo, constitucional, complementar ou ordinário atua na condição de signo ou suporte físico que veicula um conteúdo de significação: as normas jurídicas, assim, têm-se os textos legislativos na condição de signos e as normas na condição de interpretantes dos signos legislativos.

As normas gerais e abstratas (interpretante imediato – campo semântico) correspondem às leis, pois destinam-se a um universo indeterminado de

destinatários e descrevem comportamentos abstratos, hipoteticamente, previstos, comportamentos possíveis.

As normas individuais e concretas (interpretante dinâmico – campo pragmático) correspondem aos contratos, às sentenças judiciais, às multas de trânsito, lançamentos de tributos, licenças de construção, alvarás de funcionamento, etc.

Após um processo de semiose, no qual a positivação das normas gerais e abstratas (signos) gera a produção de normas individuais e concretas (signos).

Para a concepção peirceana, os fatos enunciativos têm o status semiótico de objetos imediatos, assim compreendidos os aspectos do objeto dinâmico (a produção normativa pela óptica da enunciação) representados pelo signo (enunciado).

A natureza deste signo é indicial, pois ele está associado (pelos fatos enunciativos cuja totalidade corresponde à enunciação enunciada) ao seu processo de produção, assim um enunciado está conexo à respectiva enunciação por uma relação de contiguidade. Se o canal introduzir para dentro da ordem jurídica uma norma geral e abstrata, insere um interpretante hipotético, imediato. Se o conteúdo veiculado for uma norma individual e concreta, o interpretante será categórico, dinâmico.

CAPÍTULO IV – SISTEMA JURÍDICO

Onde houver a possibilidade de reunirmos, de forma estruturada, elementos que possam se conectar sob um princípio unificador estará presente a noção de sistema.

Define-se o sistema como um conjunto de elementos (partes) que entram em relação formando um todo unitário. Portanto, todo sistema implica elementos (reais ou proposicionais), relações e também unidade, que pode decorrer de uma fundamentação unitária (sistema proposicional) ou da forma em que se apresentam ao sujeito cognoscente os modos de se relacionarem os seus elementos (sistema real ou empírico).¹⁰

Não há conhecimento sem sistema de referência, pois o ato de conhecer se estabelece por meio de relações associativas, condicionadas pelo horizonte cultural do sujeito cognoscente e determinadas pelas coordenadas de tempo e espaço em que são processadas.¹¹

O ordenamento jurídico é uma das dimensões essenciais do complexo fenômeno jurídico. Constitui-lhe o aspecto formal-normativo. Dentro do sistema global do Direito, apresenta-se como sistema parcial (subsistema) de caráter nomoempírico e função prescritiva. O caráter nomoempírico distingue-o dos sistemas nomológicos (lógicos e matemáticos), pois são-lhes relevantes os dados da experiência. A sua função prescritiva (normativa), incluindo-o na ordem da práxis, diferencia-o dos sistemas nomoempíricos teóricos (descritivos), insertos na ordem

¹⁰ Marcelo da Costa Pinto Neves. Teoria da Inconstitucionalidade das Leis. São Paulo. Editora Saraiva. 1988. p. 2.

¹¹ Aurora Tomazini de Carvalho. Teoria Geral do Direito. (O Construtivismo Lógico-Semântico). Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2009. p. 568.

da gnose. Isto porque, ao contrário dos sistemas nomoempíricos descritivos, o ordenamento jurídico é não apenas aberto aos dados da experiência e por ele condicionado, mas exerce também a função principal de controlá-las e dirigi-los diretamente.

Luhmann, afirma que a comunicação, tomada como unidade elementar da autopoiese social, não se confunde com a linguagem, uma vez que implica mais que a simples emissão/elocução de modo a incluir também a compreensão. Ele define precisamente o conceito de comunicação, uma vez que o mesmo ocupa uma posição fundamental na construção de sua teoria acerca dos sistemas sociais auto-referenciais e autopoéticos. Nesse sentido, a sua primeira preocupação é refutar a por ele denominada “metáfora da transmissão” que, no processo de comunicação, a informação seria algo que um emissor transmitiria a um receptor.¹²

Um sistema autopoético é homeostático que produz a sua própria organização e cuja virtude essencial é conservar a identidade do sistema ao mesmo tempo em que o faz sofrer as transformações indispensáveis à sua sobrevivência. O autopoético opõe-se, então, ao alopoético: as máquinas alopoéticas não produzem os componentes que as constituem em unidades e, devido a isso, o produto do seu funcionamento é diferente delas mesmas.

Um sistema autopoético guarda as seguintes características essenciais: a) é autônomo, ou seja, é capaz de subordinar toda a sua mudança de modo a manter a sua auto-organização, a sua homeostase; b) mantém sua identidade em relação ao ambiente; a identidade é auto-produzida pelo sistema, à

¹² Orlando Villas Bôas Filho. O Direito na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. São Paulo. Editora Max Limonad. 2006. p.150-151.

medida que este vai se autocompondo; c) o sistema aberto não possui inputs e outputs (concepção dominante da Teoria Geral dos Sistemas).¹³

A consequência da autopoiese para o domínio jurídico é a consagração da sua autonomia sistêmica, em relação aos demais sistemas sociais.

É a auto-referencialidade dos elementos que compõem o sistema jurídico que permite o Direito criar o direito. É de se ressaltar que a ocorrência da auto-referencialidade pode ser observada quando “□a operacion encontra su própria unidad cuando hace referencia a operaciones Del mismo tipo que han acontecido em el sistema y, em este sentido, cuando se enlaza com operaciones próprias”. É essa interdependência que caracteriza as relações dos elementos que compõem o sistema autopoietico. Para Teubner, um sistema autopoietico constitui um sistema auto-referencial no sentido de que os respectivos elementos são produzidos e reproduzidos pelo próprio sistema graças a uma sequência de interação circular e fechada (uma vez que) a auto-referência sistêmica é o mecanismo gerador, não apenas da ordem sistêmica (“estrutura”), mas das próprias unidades sistêmicas básicas (“elementos”).

Para o Professor Paulo de Barros Carvalho a autopoiese aplicada ao direito: “(...) Luhmann ao vislumbrar o sistema social como um sistema que se auto-reproduz, que se nutre a si próprio – com o perdão da redundância –, Luhmann aponta para os vários subsistemas como sistemas que não se interpenetram, isto é, o subsistema econômico não interfere no subsistema jurídico, não interfere no subsistema político. Todos passam informações, e essas informações são processadas peculiarmente por cada um desses subsistemas. O direito, como ele

¹³ Cristiano Carvalho. Teoria do Sistema Jurídico: direito, economia, tributação. São Paulo. Editora Quartier Latin. 2005. p. 122-123.

processa as suas informações? Reduzindo tudo ao lícito e ao ilícito e aplicando os modais: obrigatório, proibido e permitido, Com isso, regula todas as condutas, interferência e intersubjetiva. A Economia tem o seu próprio código binário: ter, não ter. A política tem o poder e o não-poder. Com isto, a economia passa informações para o direito e o direito as submete, ou não, ao seu filtro, e vai produzindo as suas unidades; e, com isso, os sistemas vão se integrando, sendo abertos, em termos cognoscentes, mas fechados em termos operacionais. O direito está aberto quando ele recebe dos outros subsistemas as informações. E ele o faz como sempre, salienta o Professor Lourival Vilanova, pela hipótese. Diz ele que as informações entram pela porta aberta das hipóteses normativas. Aí o direito recolhe o que ele acha importante nos segmentos social, político, econômico e submete ao lícito e ao ilícito, e regula as condutas, determinando o que é obrigatório, proibido e permitido".¹⁴

A evolução dos sistemas é o resultado de um processo de variação, seleção e estabilização. Evidentemente, esse não é um processo linear, nem uniformemente distribuído e ativado em todos os sistemas e nem causal e imanente aos sistemas. No interior do sistema jurídico esses mecanismos podem ser identificados com a multiplicação de expectativas normativas conflitantes (variação); processo de decisão das expectativas admitidas no sistema (seleção); regulamentação e programação condicional das expectativas normativas válidas (estabilização).

¹⁴ André Trindade. Para entender Luhmann e o Direito como Sistema Autopoiético. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado. 2008. p. 82-83.

CAPÍTULO V – FATO JURÍDICO

A expressão “fato jurídico” é utilizada pela doutrina, legislação e jurisprudência para designar pelo menos, três realidades distintas: (i) a descrição hipotética presente nos textos jurídicos (hipótese); (ii) a verificação concreta do acontecimento a que se refere tal hipótese (evento); e (iii) o relato em linguagem jurídica de tal ocorrência.

O mundo jurídico confina com o mundo dos fatos, donde as múltiplas interferências de um no outro. O mundo jurídico não é mais do que o mundo dos fatos jurídicos, isto é, daqueles suportes fáticos que logram entrar no mundo jurídico. A soma, tecido ou aglomerado de suportes fáticos que passaram à dimensão jurídica, é o mundo jurídico. Nem todos os fatos jurídicos são idênticos. O fato jurídico provém do mundo fático, porém, nem tudo que o compunha entra, sempre, no mundo jurídico. À entrada no mundo do direito, selecionam-se os fatos que entram. É o mesmo dizer-se que à soma dos elementos do que, no mundo fático seria como fato ou como complexo de fatos, nem sempre corresponde suporte fático da regra jurídica: no dizer o que é que cabe no suporte fático de regra jurídica, ou melhor, no que recebe a sua impressão, a sua incidência, a regra jurídica discrimina o que há de entrar e, pois, por omissão, o que não pode entrar. Onde o cuidado que se dá há de ter na determinação do suporte fático de cada regra jurídica.¹⁵

O fato jurídico é o que fica do suporte fático suficiente, quando a regra jurídica incide e porque incide. Tal precisão é indispensável ao conceito de fato

¹⁵ Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de Direito Privado. Tomo II. Rio de Janeiro. Editora Borsoi. 2ª edição. 1954.

jurídico (...) no suporte fático se contém, por vezes, fato jurídico, ou ainda se contém fatos jurídicos. Fato jurídico é, pois, o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de que dinama, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não diname, eficácia jurídica. Não importa se é singular, ou complexo, desde que, conceptualmente, tenha unidade.

Na constituição do fato jurídico, a análise relacional entre a linguagem social e a linguagem jurídica, redutora da primeira, sobrepõe-se a esse conhecimento sintético, obtendo como resultado um novo signo, individualizado no tempo e no espaço do direito e recebendo qualificação jurídica: eis o fato jurídico. É, portanto, uma construção de sobrelinguagem. Há duas sínteses: (i) do fenômeno social ao fenômeno abstrato jurídico e (ii) do fenômeno abstrato jurídico ao fenômeno concreto jurídico.¹⁶

Os fatos jurídicos se ligam sempre a pessoas, uma vez que é o comportamento das pessoas que o direito regula como processo social de adaptação que é.

No terreno jurídico, regra jurídica e suporte fático devem concorrer como causas do fato jurídico, ou das relações jurídicas.

Os fatos jurídicos classificam-se em cinco espécies:

1) Negócio jurídico: é o fato jurídico cujo conteúdo é manifestação ou declaração da vontade, ocorrendo aí uma vinculação básica.

2) Ato jurídico *strictu sensu*: é o fato jurídico consistente em exteriorização de vontade, de conhecimento ou de sentimento, a que a lei atribui eficácia jurídica (sem vinculação básica).

¹⁶ Paulo de Barros Carvalho. Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência. São Paulo. Editora Saraiva. 6ª edição. p. 130.

3) Ato-fato jurídico: é o ato humano em que a vontade humana é tratada simplesmente como fato.

4) Fato jurídico stricto sensu: é o fato jurídico cujo conteúdo é um acontecimento que não tem como componente um ato humano.

5) Ato ilícito: é o ato contrário ao direito.¹⁷

Toda prova é um fato que leva, por implicação, a outro fato. Segundo Paulo de Barros Carvalho, “um enunciado factual refere-se, invariavelmente, a outro enunciado factual. Prova é sempre um fato que atesta outro fato. Não há prova bastante em si, suficiente em si mesma”. Dito de outro modo, a prova é um fato jurídico em sentido amplo, cuja função consiste em convencer o destinatário acerca da veracidade da argumentação de determinado sujeito, levando à composição do fato jurídico em sentido estrito, Formalizando o percurso das provas, temos: $[F_a . (F_1 . F_2 . F_3 . \dots F_n)] \rightarrow F_j$

Em que temos que F_a indica o fato alegado, F_1 , F_2 , F_3 e F_n representam um número finito de fatos (fatos jurídicos em sentido amplo), “.” Consiste no conectivo conjuntor, “ \rightarrow ” é o conectivo implicacional e “F” é o fato que se pretende constituir por meio de provas (fato jurídico em sentido estrito). Significa que se houver um fato alegado (F_a), atestado pelas provas (F_1 , F_2 , F_3 , ... F_n), então deve-ser o fato juridicamente constituído (F_j).

Não é a prova, portanto, mera forma de averiguação da verdade dos fatos. Apresenta-se, ela própria, como um fato, cuja existência é imprescindível à constituição do fato jurídico que fundamenta a pretensão de um sujeito.¹⁸

¹⁷ Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de Direito Privado. Tomo I, § 23. Rio de Janeiro. Editora Borsoi. 2ª edição. 1954.

¹⁸ Fabiana Del Padre Tomé. Prova no Direito Tributário. São Paulo. Ed. Noeses. 2005. p. 71-72, 79.

Em resumo para o professor Marcelo da Costa Pinto Neves: O fato jurídico distingue-se do suporte fático: são referentes de relatos diversos, sob a suposição de um evento real; a construção do fato jurídico importa um processo seletivo de enquadramento do suporte fático à hipótese normativa; o processo seletivo de construção do fato jurídico (concretização) resulta da intersecção entre interpretação do texto normativo e seleção jurídica dos elementos do suporte fático que ensejam a incidência da norma jurídica.

CAPÍTULO VI – SUBSUNÇÃO OU INCIDÊNCIA

Quando se trata da operação de subsunção ou de incidência de uma norma, também ocorre a predominância do eixo paradigmático, o qual trabalha com os fenômenos de equivalências e com os conceitos normativos. Para que uma norma incida, deve ocorrer o fato jurídico descrito em sua hipótese. Quando este fato ocorre, sendo ele de natureza semiótica (e lingüística, desde que verbalmente configurado) e estando documentado de forma aceita e prescrita pelo próprio sistema, uma norma incide, por se verificar a similitude entre as características do fato ocorrido e os predicados selecionados pelo editor normativo ao elaborar a hipótese da norma. Desde que a lei prescreve a norma já esteja em vigor, e verificando-se esta concorrência entre os aspectos do fato e da descrição hipotética, ocorre a subsunção.¹⁹

A teoria de Pontes de Miranda também trabalha com uma concepção análoga, ao considerar que “em geometria euclidiana o fato social é poliedro, ou melhor, corpo suscetível de deformações sistemáticas, segundo o aspecto pelo qual vai ser visto.

Na morfogênese jurídica, desencadeada pela incidência da regra de Direito, a deformação a que o jurista se refere é a regra jurídica, ela é o prisma através do qual se olha para o suporte fáctico. Esta morfogênese constitui um verdadeiro processo de adjetivação do suporte fáctico pela regra de direito. As propriedades dos conceitos integrantes das proposições prescritivas selecionam do

¹⁹ Clarice von Oertzen de Araújo. *Semiótica do Direito*. São Paulo. Editora Quartier Latin. 2005. p. 30-31.

suporte fático aquilo que entrará para o mundo jurídico e passará a integrá-lo, após a incidência, na condição do fato jurídico.

Ou seja, o fato jurídico revela-se e é gerado a partir de uma face ou aspecto do poliedro que é o fato social. O fato jurídico, produto da incidência, na condição de aspecto ou face eleito, é similar ao tipo descrito pela hipótese contida na regra jurídica. As qualidades do fato social provocam uma inferência por similaridade na mente do intérprete. A face do poliedro, fato social e objeto que se faz representar pela incidência, lança para o interior da ordem jurídica na condição de fato jurídico, o seu interpretante.²⁰

Incidência da regra jurídica e juridicidade – para que os fatos sejam jurídicos, é preciso que regras jurídicas – isto é, normas abstratas – incidam sobre eles, desçam e encontrem os fatos, colorindo-os, fazendo-os “fatos jurídicos”.

Entrada em vigor (= vigência), incidência e aplicação da lei são conceitos do plano da eficácia da lei. Já se penetrou, antes, no mundo jurídico. Já que se supõe o plano de existência. A lei existe e entra, agora, em vigor para que possa incidir e, se for necessário, ser aplicada.

À incidência supõe a regra jurídica e o suporte fático; porque incidência é eficácia.

A aplicação é ato de alguém, de uma ou algumas pessoas, e consiste em três proposições: o suporte fático foi “A”; a regra jurídica. “A” previu esse suporte fático; portanto, aplicando a regra jurídica A ao suporte fático A, temos tais conseqüências jurídicas.

²⁰ Clarice von Oertzen de Araújo. Incidência Jurídica: Teoria e Prática. Tese de Livre Docência. Faculdades de Direito da Universidade de São Paulo. 2008.p. 115-116.

Para Pontes de Miranda, incidência, regra jurídica, não é o mesmo que aplicação ela decorre do fato, o que é automático e infalível (representação mental coletiva) é a coincidência da realidade e da hipótese, pretende, portanto, a abstração do observador.

A incidência das regras jurídicas nada tem a ver com o seu atendimento: é fato do mundo dos pensamentos.

Parece contraditório o posicionamento de Pontes de Miranda que a incidência seja automática e infalível, pois desse modo, não haveria efeito na produção do pensamento.

A aplicação da lei deve coincidir com a sua incidência, à medida que diminui a divergência entre aplicação e incidência, o corpo social ganha adaptação dos homens entre si.²¹

A chamada incidência jurídica para Paulo de Barros Carvalho se reduz, pelo prisma lógico, a duas operações formais: a primeira, de subsunção ou inclusão de classes, em que se reconhece que uma ocorrência concreta, localizada num determinado ponto do espaço social e numa específica unidade de tempo, inclui-se na classe dos fatos previstos no suposto da norma geral e abstrata; outra, a segunda, de implicação, porquanto a fórmula normativa prescreve que o antecedente implica a tese, vale dizer, o fato concreto, ocorrido hic et nunc, faz surgir uma relação jurídica também determinada, entre dois ou mais sujeitos de direito, formalizando a linguagem, representaríamos assim: $(F \in H_n) \rightarrow RJ$, podendo interpretar-se como: “se o fato F pertence ao conjunto da hipótese normativa(H_n), então deve ser a consequência também prevista na norma (RJ)”. A incidência não

²¹ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda. Incidência e aplicação da lei. Revista da Ordem dos Advogados do Brasil – Secção de Pernambuco (OAB/PE). Recife n 1.1956. ano I. p.51-55.

se dá “automática e infalivelmente” com o acontecimento do fato jurídico tributário, como afirmou de modo enfático Alfredo Augusto Becker. Com o mero evento, sem que adquira expressão em linguagem competente, transformando-se em fato, não há que se falar em fenômeno da incidência jurídica. A percussão da norma pressupõe relato em linguagem própria: é a linguagem do direito constituindo a realidade jurídica. Para que haja o fato jurídico e a relação entre sujeitos de direito que dele, fato se irradia, necessária se faz também a existência de uma linguagem: linguagem que relate o evento acontecido no mundo da experiência e linguagem que relate o vínculo jurídico que se instala entre duas ou mais pessoas.²²

O fato jurídico é um “enunciado protocolar, denotativo, posto na posição sintática de antecedente de uma norma individual e concreta, emitido, portanto, com função prescritiva, num determinado ponto do processo de positivação do direito”, o reconhecimento jurídico formal do evento imponible, o que fica no suporte fáctico suficiente, quando a regra jurídica incide e porque incide.

Somente após a incidência jurídica – que é automática e infalível, considerando a causalidade normativa e não a natural, pois é o fato jurídico e não o evento fenomênico que implica a relação jurídica intranormativa, única produtora de efeitos jurídicos – é que teremos efeito no mundo do direito. Por essa razão, o fato jurídico é imprescindível.²³

Já a incidência é o efeito da norma jurídica de transformar em fato jurídico a parte do suporte fáctico que o direito considerou como relevante para ingressar no mundo jurídico. Poderá, também, provocar os seguintes efeitos:

²² Paulo de Barros Carvalho. Direito Tributário. Fundamentos Jurídicos da Incidência. São Paulo. Editora Sariaiva. 6ª edição. 2006.p.9-16, 54-61.

²³ Maria Rita Ferragut. Presunções no Direito Tributário. São Paulo. Editora Quartier Latin. 2ª edição. 2005. p. 49-51.

- Desjuridicizar – é quando a incidência provoca o efeito de eliminar a juridicidade do fato, excluindo-o do mundo jurídico e trazendo-o de volta para o mundo social.
- Pré-excluir a juridicização – exclui, previamente, a formação do fato jurídico como a hipótese do artigo 188 do Código Civil, segundo o qual o dano causado a alguém não configura ilícito, quando resultar de ato praticado em legítima defesa, no exercício de um direito ou passa a ser considerado insuficiente, se ocorrerem as circunstâncias previstas na norma pré-excludente de juridicização.
- Invalidar – é quando a regra não atinge a existência do fato jurídico, sem afetar sua validade. Atua somente no plano da eficácia, tal como a prescrição.

De todo o exposto, verifica-se a seguinte ordem: eventos, linguagem social e linguagem jurídica. Exemplificando, poderíamos afirmar que a batida de um automóvel, observada pelos transeuntes, é o evento. A partir do momento em que essas pessoas manifestarem-se sobre o acidente, seja relatando-o, seja emitindo juízos sobre ele, teremos a linguagem social manifestando-se. Por fim, quando o policial chegar e, com base no depoimento do condutor do automóvel e no das testemunhas, lavrar o boletim de ocorrência, deparar-nos-emos com a linguagem jurídica. É, assim, a linguagem do direito positivo (Ldp) incidindo sobre a linguagem da realidade social (Lrs) para, reconhecendo a concretização do evento típico, transformar o social em jurídico, mediante linguagem da facticidade jurídica (Lfj).

Portanto, para a Professora Maria Rita Ferragut, o fato constitui-se no preciso momento em que o enunciado ingressa como norma válida no sistema do

direito positivo. Vejamos a síntese da facticidade jurídica: Definição normativa da classe de eventos para a configuração do fato jurídico (linguagem das normas gerais e abstratas do direito positivo)→Ocorrência do evento no mundo “real” (inexistência de linguagem)→Transformação do evento em fato social mediante emprego de linguagem ordinária (linguagem social)→Juridicização do fato por força da incidência jurídica (linguagem da facticidade jurídica).

O Ilustre Professor Lourival Vilanova utilizou um esquema funcional dizendo-o com terminologia não ponteana, o direito é um sistema de proposições normativas, referentes à conduta, com a função de ordená-la: estão aí os aspectos sintático, semântico e pragmático. Conjunto de fatos (eventos/atos) é como denomina o campo denotativo do sistema. O modo de referência não é cognoscente: é preceptivo, normativo, deôntico. Um dos conceitos fundamentais da teoria geral do direito é de incidência. A regra incide sobre o dado de fato. Esse dado de fato é o suporte fáctico. A incidência é o fato jurídico (o *fattispecie*, o *Tatbestand*, o *state of affairs*). Nem sempre é precisa a distinção entre os dois conceitos, ou são relativos: o que era já fato jurídico ingressa como suporte fáctico de outra regra, para compor novo fato jurídico. Creio que se o suporte fáctico fosse conceito puramente factual, ajurídico ou pré-jurídico, sem qualificação normativa alguma, excluía-se do rol dos conceitos jurídicos fundamentais. Não podemos nos limites desta ponência mostrar as nuances conotativas e as nuances de usos que o termo sofre na obra de Pontes.

Por faltar uma teoria da estrutura da norma, Pontes, fala em incidência de regra de direito. Creio que o que tem incidência é a hipótese fáctica (o pressuposto): é ela que tem função juridicizadora (ou a simétrica, desjuridicizadora)

dos fatos. Tanto que sempre observa ser a incidência infalível: ocorrendo o fato-tipo, ele insere-se no esquema tipificador, sem anuência, sem adesão, consciência, vontade dos indivíduos-destinatários de regras. É certo, nos atos jurídicos não se passa como no exemplo que dá: “a personalidade começa com o nascimento de ser humano com vida”.

CAPÍTULO VII – VALIDADE E INVALIDADE DA NORMA JURÍDICA

A validade não deve ser tida como predicado monádico, como propriedade ou como atributo que qualifica a norma jurídica. Tem status de relação: é o vínculo que se estabelece entre a proposição normativa, considerada na sua inteireza lógico-sintática e o sistema do direito posto, de tal sorte que ao dizermos que uma norma “n” é válida, estaremos expressando que ela pertence ao sistema “S”. Ser norma é pertencer ao sistema, o “existir jurídico específico” a que alude Kelsen.²⁴

A norma, pelo simples fato de ser norma jurídica, já é válida, já pertence ao sistema do direito positivo. A partir da enunciação-enunciada que a veiculou no sistema, volta-se a enunciação para aferir ou não a felicidade ou a infelicidade (da enunciação). O ato de produção normativa não é válido ou inválido, é feliz ou infeliz. A infelicidade da enunciação, para ser hábil a invalidar a norma por ela originada, deve ser agasalhada em outro enunciado.

Frise-se que a infelicidade do ato de produção normativa não conduz necessariamente à invalidade da enunciação-enunciada e do enunciado-enunciado. A perda da validade de um enunciado prescritivo não decorre da infelicidade da enunciação, mas tão-só de outro ato de fala que expulse aquele enunciado do sistema do direito positivo, isto é, requer-se a produção (enunciação) de outro enunciado prescritivo que, em cálculo com aquele outro, tenha por resultado uma classe vazia.²⁵

²⁴ Paulo de Barros Carvalho. Direito Tributário. Fundamentos Jurídicos de Incidência. São Paulo. Editora Noeses. 6ª edição. 2008. p. 59.

²⁵ Tárek Moysés Moussallem. Revogação em Matéria Tributária. São Paulo. Editora Noeses. 2005. p. 140-141.

A linguagem do direito positivo não é passiva em relação à realidade, mas, sim, ativa, produtiva, criadora de novas situações. A compreensão do direito positivo por intermédio da teoria dos atos de fala demonstra cabalmente essa propriedade do direito positivo.

O estudo do problema da validade da norma jurídica exige uma tarefa complexa: o exame de sua existência enquanto norma jurídica, independente do valor (se ela é justa ou injusta) que lhe é atribuído ou de seu cumprimento pelo destinatário (se ela é eficaz ou ineficaz).

Segundo o mestre italiano, Norberto Bobbio, a questão da validade encerra, pois, um problema ontológico do direito. Desse modo, para decidir se uma norma é válida, é necessário realizar três operações:

a) verificar se a autoridade que a promulgou detém o poder legítimo para expedir normas jurídicas. Trata-se de operação que conduz inevitavelmente ao confronto com a norma fundamental, que é base de validade de todas as normas de um dado sistema. Dito de outro modo, essa investigação implica o exame sistemático do ordenamento jurídico e, também, da norma fundamental (em nosso sistema, a Constituição Federal).

b) comprovar se a norma não foi revogada expressamente por outra norma posteriormente editada ou que esta não tenha regulado a mesma matéria;

c) comprovar se a norma não é incompatível com outras normas do sistema (revogação implícita ou tácita), especialmente com uma norma hierarquicamente superior ou com uma norma posterior, uma vez que, como bem

observa Bobbio, *“em todo ordenamiento jurídico rige el principio de que dos normas incompatibles no pueden ser válidas a un mesmo tiempo”*.²⁶

Valendo-se, igualmente, do recurso semiótico para identificar no fenômeno da produção normativa a dualidade processo/produto, Eurico Diniz de Santi, tomando como ponto de partida a lição de Kelsen, no sentido de que a validade de uma norma positiva é diferente da existência do ato de vontade de que ela é o sentido objetivante, refere que no modo expressional frásico “o ato de autoridade competente que em conformidade com o procedimento previsto em lei se obtém a norma jurídica”, tem-se, descritas, duas realidades contíguas: o processo, fato jurídico que corresponde à realização do procedimento da autoridade; e o produto, a norma jurídica criada. O processo consumado configura fato jurídico (eficácia legal); o produto objetivado, norma jurídica (eficácia jurídica). Validade, por consequência, é a qualidade outorgada à norma em decorrência do fato, é qualidade concedida ao produto (norma) em decorrência do produto (fato jurídico). Aduz-se, então que o qualificativo “validade” é atributo conferido pelo fato jurídico à norma jurídica.

Se disser, que validade é uma qualidade formal da norma, a temporalidade e espacialidade será reduzida a um momento objetivo e atual em que se reduzem as dimensões passadas, presentes e futuras e o âmbito de sua aplicação.

Validade para Kelsen é uma relação dinâmica e não estática. Normas são válidas num processo disciplinado pela própria ordem normativa, através do

²⁶ Paulo Roberto Lyrio Pimenta. A validade e a eficácia das normas jurídicas. Barueri. Editora Manole. 2005. p.26-27.

qual as normas podem perder a validade – anulabilidade – retroativamente, desde o momento em que ela foi editada, ou apenas a partir de um momento posterior, caso em que os efeitos anteriores permanecem.²⁷

Do negócio que não ostenta os requisitos de validade que dele se esperam diz-se inválido. A invalidade conhece duas modalidades consagradas no direito civil: a nulidade e a anulabilidade, cuja distinção se opera sob os mais variados critérios (legitimidade para postulação, possibilidade de convalidação etc.).

A conseqüência contumaz da invalidade é impedir que o negócio jurídico seja alçado ao plano seguinte de concreção, qual seja, o da eficácia: a invalidade, pois, inibe, impede ou suprime a produção dos efeitos jurídicos próprios e desejados do negócio, isto é, frustra sua eficácia jurídica.

É o caso de Pontes de Miranda, que enxerga na invalidade uma espécie do gênero ato jurídico ilícito, chamando-a ilícito nulificante. Segundo Pontes, as sanções com que reage o ordenamento aos atos que o contrariam podem atingir, por exemplo, a pessoa ou a liberdade do infrator (penas de morte ou de prisão), o seu patrimônio (penas pecuniária), ou simplesmente desconsiderar a utilidade prática do ato realizado, aí se alocando a sanção da invalidade.²⁸

Na verdade, a invalidade afeta, em geral, atos jurídicos que resultam: a) de infração a norma jurídica cogente; ou (b) de defeitos na manifestação da vontade, que, em si mesmos, algumas vezes, já configuram a prática de atos essencialmente ilícitos, como o dolo e a coação, e que, em outros casos, têm por finalidade verdadeira causar, intencionalmente, prejuízo a terceiros. Não somente na

²⁷ Tércio Sampaio Ferraz Jr. Teoria da Norma Jurídica. Rio de Janeiro. Editora Forense. 4ª edição. 2006. p. 122-123.

²⁸ Paulo Roberto Andrade. Tributação de Atos Ilícitos e Inválidos. São Paulo. Editora Quartier Latin. 2008. p. 72.

área do direito civil, ao qual, em geral, erroneamente, porém, se costuma ligar e limitar o trato das invalidades, mas em toda a Teoria Jurídica (sede própria para o seu estudo), a questão da invalidade dos atos jurídicos está diretamente relacionada com o problema de violação de normas jurídicas.

Ora, parece claro, se a contrariedade a direito constitui elemento cerne da ilicitude e é, também, o fundamento da invalidade dos atos jurídicos, não é possível extrair-se outra conclusão senão a de que o ato jurídico inválido integra o gênero fato ilícito lato sensu. É uma espécie de ato ilícito, o ato ilícito invalidante, que, na verdade, tem natureza especial, diferente dos outros atos ilícitos, porque recebe esse caráter de ilicitude por força da incidência de normas jurídicas invalidantes, que atuam já dentro do mundo jurídico, no plano da validade. Ao entrar no plano da existência, o ato jurídico é, como qualquer outro, apenas ato jurídico. Ao alcançar o plano de validade, se há déficit em elemento nuclear de seu suporte fático, decorrente de específicas contrariedades a direito, sofre a incidência da norma invalidante, cuja conseqüência é torná-lo inválido (= nulo ou anulável) em razão de sua natureza ilícita.²⁹

A norma invalidante possui dois elementos que serão elencados: a hipótese e a tese (homogeneidade sintática). Na hipótese tem-se a motivação, enunciação do motivo da norma, no caso, a descrição do fato jurídico configurado pela “existência de uma norma válida que padece de vício. Na tese ou conseqüência normativa, temos uma relação jurídica que prescreve a invalidação desta norma viciada, irradiando efeitos ex tunc, por se tratar de nulidade.³⁰

²⁹ Marcos Bernardes de Mello. Teoria do Fato Jurídico. São Paulo. Editora Saraiva. 8ª edição. 2008. p. 50-51.

³⁰ Gabriel Ivo. Norma Jurídica: Produção e Controle. São Paulo. Editora Noeses. 2006. p. 144.

A presunção de validade das normas jurídicas garante a funcionalidade do ordenamento. Tal presunção, por sua vez, é dada pelo nível sintático do relacionamento da norma com o sistema, ou seja, a norma é válida se produzida por agente competente e de acordo com o procedimento previsto, mesmo que, posteriormente, seja expulsa do sistema pelos mecanismos processuais sob o fundamento de incompetência do órgão produtor ou de não ter seguido o procedimento na Constituição Federal.

Mas é preciso atenção: a validade dinâmica das normas, garantida pela presunção de validade, é sempre uma “expectativa normativa”, e, como expectativa, sempre passível de frustração. Daí, dada a própria mutabilidade do sistema, não ser possível um “atestado” de que a norma “n” será válida indefinitivamente ou até o prazo final estipulado para viger. Nem mesmo quando o STF, em controle concentrado, decida pela constitucionalidade da norma, essa “expectativa de validade” é imutável, porquanto pode, noutra momento, o mesmo STF decidir pela inconstitucionalidade.

Assim é a validade das normas jurídicas. Postas no sistema, mesmo que seu por órgão incompetente e em desacordo com procedimento previsto, ou, violando cláusula pétrea, somente quando retirada do ordenamento é que podemos dizer; em juízo jurídico de valor, que a norma é inválida. Quando o Legislativo produz norma jurídica geral e abstrata, criando tributo, por mais absurda que seja a norma, por mais que qualquer estudante de direito com poucos conhecimentos jurídicos possa apontar vários vícios de inconstitucionalidade, é o sistema jurídico que aponta órgão e procedimento de constituição de declaração de inconstitucionalidade da norma “jurídica”. Se todas as pessoas habilitadas

linguisticamente podem emitir juízos de justiça, de ética, sobre as normas, nem todas têm competência para juízos jurídicos de valor invalidador de normas. O próprio sistema positivo se encarrega de oferecer os mecanismos processuais para tanto, prevendo a legitimidade ativa e passiva, órgão competente para julgamento, processamento, e assim por diante.³¹

Decretada a invalidade, cabe ao julgador definir que atos, por repercussão, foram atingidos, conseqüentemente se tornaram também inválidos. Bem determinado tudo isso, deve analisar a repercussão desse conjunto de invalidades sobre o próprio procedimento, Se o ato ou tipo de invalidado é insuficiente para alcançar todo o procedimento, retoma-se o procedimento a partir do momento em que se consumou o ato inválido, e isso se logra mediante a realização de um novo ato que supre a inexistência, no procedimento, do ato invalidado. Ele não faltava, antes, no procedimento. Mas, invalidado, deixou de existir no procedimento. Esta falta é suprida com a realização de novo ato, que restabelece o iter do procedimento.

O Professor Marcelo Neves ao tratar da validade alerta que devem ser observados os critérios formais e materiais de admissão ao sistema; rechaço: exclui-se norma de grau inferior em sentido contrário (no processo de aplicação); invalidade causada pela inobservância dos critérios formais e materiais de admissão; rechaço: podem ser expulsas do sistema por norma de grau inferior (no processo de aplicação).

Rechaço sem base em invalidade: efeitos vinculantes para o futuro, já que permanece válida até aquele momento.

³¹ Robson Maia Lins. Controle de Constitucionalidade da Norma Tributária: Decadência e Prescrição. São Paulo. Editora Quartier Latin. 2005. p. 79-80.

Rechaço por invalidade: negação ou limitação dos efeitos para o futuro.

Graus de invalidade e efeitos da declaração de “invalidade”:

(i) Graus de invalidade (efeitos da declaração de invalidade no tempo)

i.1. Anulabilidade: possibilidade de convalidação e efeitos “ex nunc”

i.2. Nulidade: impossibilidade de convalidação e pretensão de efeitos “ex tunc”

(ii) Tipos de controle e efeitos da declaração de invalidade

ii.1. Controle difuso: efeitos desconstitutivos da eficácia jurídica no caso e entre as partes (declara a inconstitucionalidade para desconstituir os efeitos).

ii.2. Controle abstrato: efeitos desconstitutivos da existência (pertinência) e, portanto, “erga omnes”.

A norma não pode mais incidir (perda a vigência) – Efeitos do ato do Senado (art. 50, X, da CF): antes dele, o STF pode modificar sua jurisprudência. Após o ato, não pode mais modificar sua orientação.

Na modulação de efeitos: modifica a idéia de nulidade da norma inconstitucional. Nos casos em que se aplica a modulação a norma não é nula, é anulável.

A declaração de inconstitucionalidade retira a validade da regra-matriz de incidência, podendo ainda desfazer a aplicação desta norma, expulsando do sistema todas as normas individuais e concretas nela fundamentadas, tendo em vista que a Lei nº. 9.868/99 permite ao Supremo Tribunal Federal manipular a eficácia da declaração de inconstitucionalidade de uma norma jurídica no tempo, de

forma que seu enunciado indicador de invalidade pode produzir efeito retroativo, imediato ou apenas futuro.

A inconstitucionalidade não se confunde com invalidade; toda declaração de inconstitucionalidade reconhece a validade ou não de uma norma, mas não a retira do sistema. Da mesma forma, constitucionalidade e validade são coisas distintas: a Constitucionalidade reconhece a invalidade, mas não é instrumento competente para tirar a norma do sistema, pois apenas suspende sua eficácia (difuso) ou a vigência (concentrado).

CAPÍTULO VIII – MODIFICAÇÕES DA JURISPRUDÊNCIA

Por força da declaração de um acórdão do STF, uma lei ou uma norma de artigo de lei ou um ato normativo são considerados nulos, ou seja, não terão produzido nenhum efeito desde o momento em que foram promulgadas (efeito *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade). Algumas sentenças têm efeito apenas declaratório. Nesse caso, produzir efeitos para o passado significa que a sentença não intervém no direito ou nas relações jurídicas, modificando-as, mas que ela, em princípio, apenas reconhece ou declara as relações jurídicas ocorridas, importando assim a geração de efeitos desde o momento em que tais relações se consolidaram.

Do efeito *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade resulta a total nulidade dos atos emanados do Poder Público, desamparado as situações constituídas sob sua égide e inibindo a possibilidade de invocação de qualquer direito (STF-RTJ, 146/461). Além disso, como as decisões do STF, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, têm força obrigatória geral, diz-se que produz, também, efeito *erga omnes*. O próprio STF considera-se vinculado os efeitos de sua decisão abstrata, não havendo possibilidade de nova análise contestatória da matéria. Com isso, o legislador fica impedido de editar novas normas com idêntico conteúdo, ou normas que de algum modo convalidem os efeitos da norma inconstitucional ou anulem os efeitos da decisão do STF. Todos os juízos e tribunais verão afastado o controle difuso da constitucionalidade.³²

³² Tércio Sampaio Ferraz Jr. Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade; estado; direitos humanos e outros temas. Barueri. Editora Manole. 2007. p. 89.

A declaração de inconstitucionalidade não fere, em princípio, a segurança jurídica em termos de retroatividade. A lei declarada inconstitucional, embora aparentemente tenha um efeito retroativo (*ex tunc*), na verdade, sendo considerada nula, perde todos os seus efeitos e, assim, afeta, de certo modo, a própria validade da norma. Se, nesse caso, como diz Kelsen, a norma que não produz nenhum efeito perde a sua vigência, num sentido peculiar, a perda total da eficácia afeta a validade que Kelsen entende como expressão de sua existência.

A aplicação de efeito *ex tunc* atinge o fundamento de validade, ao nulificar a eficácia de uma norma, cuja função expressiva era de resguardar, para o contribuinte, um direito. Mas a invalidade não apaga a legitimidade de sua conduta.

Estabelecido que a declaração de constitucionalidade pode dar-se a qualquer tempo, ou seja, o direito de ação não preclui, passou-se a observar que a aplicação da pena de nulidade, como regra, prejudicaria não somente a certeza do direito, mas também e principalmente o próprio direito, enquanto sistema prescritivo de condutas, uma vez que toda norma goza de presunção de constitucionalidade até ser expulsa do sistema. A providência ensejaria clima de instabilidade, depreciando o sentimento de certeza das mensagens da ordem jurídico-positiva.³³

O entendimento de Hans Kelsen a respeito da anulabilidade das normas jurídicas parece se compatibilizar com a possibilidade de efeitos das decisões a respeito da (in)constitucionalidade. Por outro lado, para Pontes de Miranda, a nulidade de uma norma não implica em afirmar a sua inexistência, mas,

³³ Paulo de Barros Carvalho. Segurança Jurídica e Modulação dos Efeitos. São Paulo. Editora Malheiros. Revista de Direito Tributário nº 102. p. 24.

sim, a sua invalidade. Isso implica em dizer que norma inválida não é sinônimo de norma inexistente, ou seja, validade não é relação de pertinencialidade.

O artigo 27 da Lei 9.868/1999: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

Na modulação dos efeitos, em controle difuso, alguns requisitos devem ser observados: (i) possibilidade da decisão com efeitos *ex tunc* passar a ter efeitos *ex nunc*, ou seja, os efeitos não retroagem à data da edição da lei inconstitucional, mas tão somente serão aplicados a partir da data da declaração de inconstitucionalidade, a partir do trânsito em julgado ou em outro momento que venha a ser fixado pelo julgador; (ii) quanto a formalidade - pronunciamento da inconstitucionalidade por maioria de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal e; (iii) quanto a materialidade - existência de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

A revogação decorrente da edição de nova regra disciplinando o mesmo fato, porém, prescrevendo um comportamento distinto em seu conseqüente, representa a revogação por incompatibilidade entre as normas, ou seja, a enunciação da norma posterior é conflitante com a norma anterior, pois o que se fixa como devido é incompatível com aquilo que a outra estabelece como devido, portanto, o cumprimento ou aplicação de uma norma envolve, possivelmente, a violação de outra.

Portanto, a revogação de uma norma deve necessariamente ser objeto de enunciação (o que exclui a possibilidade de revogação tácita, ainda que por incompatibilidade entre normas), que indicará o termo final de vigência da norma revogada não mais poderá ser aplicado para os fatos futuros a este termo final.

Fala-se em “retroatividade da lei” quando há pretensão em regular situações jurídicas inteiramente exauridas em momento anteriores à sua vigência. Trata-se de uma ficção de preexistência da lei. Diz haver “sobrevivência da lei antiga” quando, na vigência da lei nova, mantém-se a aplicação da lei antiga, que continuará a reger todos os efeitos jurídicos que decorrerão de fatos anteriores à promulgação da lei nova. As leis novas podem alcançar essas situações em curso, criar novas condições, modificar ou anular, para o futuro, os efeitos ainda não produzidos pelos elementos anteriores, mas devem respeitar os elementos já existentes que fazem parte da constituição (ou extinção).

Os casos de “modificação retroativa das conseqüências jurídicas” (nos quais a lei desloca seus efeitos para o passado) podem ser equiparados aos casos em que embora os efeitos jurídicos devam ocorrer no futuro, fatos realizados antes da aprovação da nova lei são pressupostos da hipótese de incidência (da lei anterior) e devem ser tomados como critérios decisivos (leis com referência pretérita). Entende também necessária a proteção à confiança nos casos em que, embora a hipótese de incidência ocorra após a aprovação da lei pelo Legislativo, fatos decisivos para ações dos destinatários já ocorreram. As hipóteses desses “fatos pré-causados” devem ser tratadas como “ligação retroativa da hipótese de incidência”.

Para Tárek Moussallem, o Supremo Tribunal Federal está inexoravelmente vinculado às decisões por ele produzida em controle abstrato de constitucionalidade, só poderá rever seus posicionamentos nos casos de significativa mudança das circunstâncias fáticas ou relevante alteração das concepções jurídicas dominantes. Note-se que a decisão não vincula os órgãos do Poder Legislativo, pois, desse modo, haveria um engessamento do Poder Legislativo.

Quando se trata da jurisprudência de um tribunal superior, para o qual haja improvável ou nenhuma chance de recurso, a norma jurídica construída e mantida (aplicada) durante considerável intervalo temporal, generaliza-a enquanto expectativa normativa. Os sujeitos submetidos à ordem jurídica passam a comportar-se de acordo com aquela orientação, esperando a consequência por ela afirmada (muitas vezes, mesmo naqueles casos que sequer serão objeto de apreciação judicial).

Não há como estabelecer requisitos rígidos e precisos para identificação de posicionamentos consolidados, mas o trânsito em julgado de decisões anteriores, a edição de súmulas (ainda que não vinculantes, em sentido estrito) e a própria recursividade nas decisões, isto é, a referência dos próprios juízes àquele entendimento como orientador da decisão são exemplos de critérios jurídicos que devem ser considerados na identificação da jurisprudência consolidada de um tribunal, porquanto evidenciem o reconhecimento do caráter vinculatório daquele entendimento.

A lei em que se fundamenta a sentença pode conter (e via de regra, contém) apenas “sinais”, expressão utilizada por Heiki Pohl para designar a

possibilidade de sentidos diferentes dentro da cadeia de signos utilizados pela lei. As considerações de Riccardo Guastini de que a sentença cria a norma (apenas em sentido amplo), como resultado da interpretação das leis, sendo então tanto ato de aplicação, como de criação do Direito, não escondem o fato de que o juiz escolhe o melhor sentido, dentro do texto, do contexto e das técnicas de interpretação mais adequadas.³⁴

³⁴ Misabel Abreu Machado Derzi. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo. Editora Noeses. 2009. p. 256-257.

CONCLUSÕES

CAPÍTULO I

A LINGUAGEM DA FACTICIDADE JURÍDICA

1. O propósito da linguagem jurídica não é refletir, mas retratar a realidade.
2. A linguagem do cientista do direito é técnica, científica, na medida em que as proposições descritivas que emite vêm carregadas de harmonia dos sistemas presididos pela lógica clássica. A linguagem do direito positivo está exposta em termos prescritivos e técnicos, o encontro da linguagem do direito positivo com a linguagem da lógica jurídica chama-se formalização, ou seja, processo de busca das estruturas lógico-formais (análise lógica).
3. A construção de um fato jurídico é uma construção da linguagem normativa, prescritiva.

CAPÍTULO II

CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO

1. Para chegar a linguagem é necessário analisar o conhecimento, “conhecer” significa “saber proposições sobre”. Conheço determinado objeto na medida em que posso expedir enunciados sobre ele, de tal arte que o conhecimento, neste caso, se manifesta pela linguagem, mediante proposições descritivas ou indicativas. A linguagem nos dá os fatos do mundo físico e do social.
2. A linguagem natural constitui nosso mundo circundante, a que chamamos de realidade, a linguagem do direito cria o domínio do jurídico, isto é, o campo material das condutas intersubjetivas, dentro do qual nascem, vivem e morrem as relações disciplinadas pelo direito. Se não há fato sem articulação de linguagem, também inexistirá fato jurídico sem a linguagem específica que o relate como tal.
3. Só há realidade onde atua a linguagem, assim como somente é possível conhecer o real mediante enunciados lingüísticos. Quaisquer porções do nosso meio-envolvente que não sejam formadas especificamente pela linguagem permanecerão no campo das meras sensações, e, se não forem objetivadas no

âmbito das interações sociais, acabarão por dissolver-se no fluxo temporal da consciência, não caracterizando o conhecimento, na sua forma plena.

CAPITULO III

SEMIÓTICA JURÍDICA

1. O direito como um fenômeno essencialmente de comunicação, quer se trate de seu caráter prescritivo ou descritivo, a aplicação da semiótica contribui para que se atualize e contextualize o desempenho no ordenamento jurídico em três níveis: sintático (refere-se às relações formais entre si); semântico (envolve as relações de significado entre as normas e as condutas intersubjetivas disciplinadas) e pragmático (trata das relações significantes com os seus interpretantes, neste caso, os usuários do discurso normativo).
2. Semiose Jurídica é a relação entre lei (signo), fato (objeto) e norma (interpretante), ocorre no processo de interpretação/positivação (cadeia semiótica).
3. A Semiótica está assentada na fenomenologia representada por categorias cenoptagóricas classificadas em três campos definidos: primeiridade, secundidade e terceiridade adotadas pelo americano Charles Sanders Peirce diferentemente de Aristóteles que trabalha com categorias enquanto discurso.

CAPITULO IV

SISTEMAS JURÍDICOS

1. Sistema é o conjunto de elementos organizados entre si.
2. Os enunciados prescritivos, assim que postos em circulação, como o conjunto de decisões emanadas das fontes de produção do direito, formaria matéria bruta a ser ordenada pelo cientista, à custa de ingentes esforços de interpretação e organização das unidades normativas em escalões hierárquicos, até atingir o nível apurado de sistema.
3. O sistema de normas, introdutoras e introduzidas, integra o que conhecemos por direito positivo, ao passo que o conjunto de fatos a qual a ordem jurídica atribuiu teor de juridicidade, se tomados na qualidade de enunciação e não como enunciados, estarão formando o território das fontes do direito posto.

4. Luhmann encontra o caminho para definir o tipo de operação que confere a unidade a um sistema social, é a comunicação que se utiliza de três seleções: a) emissão; b) informação e; c) compreensão.

CAPITULO V

FATO JURÍDICO

1. O fato jurídico pode ser entendido como o conjunto de hipóteses, evento e linguagem jurídica.
2. Fato jurídico tem o condão de irradiar efeitos de direito. Para que seja considerado fato jurídico é necessário que haja uma previsão hipotética, relacionando as notas que o acontecimento social há de ter. O fato na sua feição enunciativa peculiar é configurado quando realizado efetiva e concretamente por um relato em linguagem própria.
3. A teoria das provas corresponde ao mecanismo pelo qual o direito positivo realiza a construção de determinado evento ocorrido no fato jurídico, contudo não há que se afirmar que o evento se transforma em fato. O fato jurídico é o constitutivo lógico do evento, pois não será mais possível chegar ao evento por se tratar de ocorrência passada, mas serão os meios de prova que trarão a realidade passada para o presente.

CAPITULO VI

SUBSUNÇÃO ou INCIDÊNCIA

1. Como decorrência do acontecimento do evento previsto hipoteticamente na norma tributária, instala-se o fato, constituído pela linguagem competente, irradiando-se o efeito jurídico próprio, qual seja o liame abstrato, mediante o qual uma pessoa, na qualidade de sujeito ativo, ficará investida do direito subjetivo de exigir de outra, chamada de sujeito passivo, o cumprimento de determinada prestação pecuniária.
2. A chamada incidência tributária se reduz, pelo prisma lógico, a duas operações formais: a primeira, de subsunção ou inclusão de classes, em que se reconhece que uma ocorrência concreta, localizada num determinado ponto do espaço social e numa específica unidade de tempo, inclui-se na classe dos fatos previstos no

suposto da norma geral e abstrata; outra, a segunda, de implicação, porquanto a fórmula normativa prescreve que o antecedente implica a tese, vale dizer, o fato concreto, ocorrido *hic et nunc*, faz surgir uma relação jurídica também determinada, entre dois ou mais sujeitos de direito, formalizando a linguagem, representaríamos assim: $(F \in Hn) \rightarrow RJ$, podendo interpretar-se como: “se o fato F pertence ao cunho da hipótese normativa (Hn), então deve ser a consequência também prevista na norma (RJ)”.

3. A incidência é tomada como um fato (evento/realidade), ou seja, é a interação da linguagem jurídica com a linguagem social, sob o enfoque sintático, semântico e pragmático.

CAPITULO VII

VALIDADE e INVALIDADE

1. A Constituição ocupa dentro do ordenamento jurídico, o patamar mais elevado. É ela que dá fundamento de validade às demais normas, pois como observa Hans Kelsen, representa o escalão de direito positivo mais elevado.

2. A discussão da modulação dos efeitos (para trás ou para o futuro) nas decisões dos Tribunais Superiores está diretamente ligada em princípio à segurança jurídica, boa-fé, irretroatividade das leis e cláusulas pétreas previstas na Constituição Federal para em seguida, determinar se os efeitos serão *ex nunc* ou *ex tunc*.

3. A perda da validade de um enunciado prescritivo não decorre da infelicidade da sua enunciação, mas tão-só de outro ato de fala que expulse aquele enunciado do sistema do direito positivo, isto é, requer-se a produção (enunciação) de outro enunciado prescritivo que, em cálculo com aquele outro, tenha por resultado uma classe vazia.

CAPÍTULO VIII

MODIFICAÇÕES DA JURISPRUDÊNCIA

1. O problema da retroação das sentenças apresenta-se de forma aguda, nas hipóteses de reversão de jurisprudência. Inexistindo alteração da lei ou da

Constituição em que se fundou a norma judicial anterior como precedente, igualmente inexistindo alteração na ordem dos fatos, dentro do mesmo grupo de casos similares, que permanece *sub judice*, poderá haver nova interpretação judicial, criando-se nova norma judicial, com rejeição do precedente. Portanto, conclui-se que diante de duas normas conflitantes, ou seja, a segunda reformando a primeira. Em relação à última norma judicial, modificativa da anterior; é que se colocam, com intensidade, valores e princípios a ponderar, como segurança, irretroatividade, proteção da confiança e boa fé.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Paulo Roberto. Tributação de Atos Ilícitos e Inválidos. São Paulo. Editora Quartier Latin. 2008.

ARAÚJO, Clarice Von Oertzen de. Incidência Jurídica: Teoria e Crítica. Tese de Livre Docência da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. 2008.

_____. Fato e Evento Tributário. Uma análise semiótica. In: SANTI, Eurico Marcus Diniz de (Org). Curso de Especialização em Direito Tributário. Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2005. p. 335-356.

_____. Semiótica do Direito. São Paulo. Editora Quartier Latin. 2005.

_____. Normas Gerais do Direito Tributário: Uma Abordagem Pragmática. Dissertação do Mestrado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. 1997.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia. São Paulo. Editora Saraiva. 4ª edição. 2008.

BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. Rio de Janeiro. Editora Forense. 11ª edição. 2008.

_____. Limitações ao Poder de Tributar. Rio de Janeiro. Editora Forense. 7ª edição. 2006.

CARNELUTTI, Francesco. Teoria Geral do Direito. Rio de Janeiro. Âmbito Cultural Edições Ltda. 2006.

CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário, Linguagem e Método. São Paulo. Editora Noeses. 3ª edição. 2009.

_____. Direito Tributário. Fundamentos Jurídicos de Incidência. São Paulo. Editora Saraiva. 6ª edição. 2008.

_____. Curso de Direito Tributário. São Paulo. Editora Saraiva. 18ª edição. 2007.

COSTA, Regina Helena. Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional. São Paulo. Editora Saraiva. 2009.

CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. São Paulo. Editora Malheiros. 25ª edição. 2009.

DERZI, Misabel Abreu Machado. Modificações da Jurisprudência: Proteção da Confiança, Boa-Fé, Objetiva e Irretroatividade como Limitações Constitucionais do Poder Judicial de Tributar. São Paulo. Editora Noeses. 2009.

FERRAGUT, Maria Rita. Presunções no Direito Tributário. São Paulo. Editora Quartier Latin. 2ª edição. 2005.

FLUSSER, Vilém. Língua & Realidade. São Paulo. Editora Annablume. 2ª edição 2004.

GAMA, Tácio Lacerda. Competência Tributária: Fundamentos para uma Teoria da Nulidade. São Paulo. Editora Noeses. 2009.

IVO, Gabriel. Norma Jurídica: Produção e Controle. São Paulo. Editora Noeses. 2006.

JUNIOR, Goffredo Telles. Iniciação na Ciência do Direito. São Paulo. Editora Saraiva. 4ª edição. 2008.

JUNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Editora Atlas. 2007.

JUNIOR, Torquato Castro. A Pragmática das Nulidades. São Paulo. Editora Noeses. 2009.

LINS, Robson Maia. Controle de Constitucionalidade da Norma Tributária. Decadência e Prescrição. São Paulo. Editora Quartier Latin. 2005.

LUHMANN, Niklas. Introdução à Teoria dos Sistemas. Tradução de Ana Cristina Arantes. Petrópolis. Editora Vozes. 2009.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico. Plano de Existência. São Paulo. Editora Saraiva. 15 edição. 2008.

MENDES, Sônia Maria Broglia. A Validade Jurídica: Pré e Pós Giro Lingüístico. São Paulo. Editora Noeses. 2007.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de Direito Privado. Tomos I, II, III e IV. Rio de Janeiro. Editora Borsoi. 2ª edição. 1954.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Revogação em Matéria Tributária. São Paulo. Editora Noeses. 2005.

OST, François. O tempo do direito. Bauru. Editora da Universidade do Sagrado Coração. 2005.

PASSOS, Calmon de. Esboços de uma Teoria das Nulidades Aplicadas às Nulidades Processuais. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2009.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. A Validade e a Eficácia das Normas Jurídicas. Barueri. Editora Manole. 2005.

PISCITELLI, Tathiane dos Santos. Os Limites à Interpretação das Normas Tributárias. São Paulo. Editora Quartier Latin. 2007.

ROBLES, Gregório. O Direito como Texto. Quatro Estudos de Teoria Comunicacional do Direito. Barueri. Editora Manole. 2005.

SILVA, Renata Elaine. Decisão Judicial em Controle de Constitucionalidade das Normas Tributárias: Análise sob o enfoque da Teoria da Linguagem. São Paulo. Editora Saraiva. 2009.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. A Prova no Direito Tributário. São Paulo. Editora Noeses. 2005.

VILANOVA, Lourival. Escritos Jurídicos e Filosóficos. Vol 1. São Paulo. Editora Noeses. 2003.