

Revela-se esse internamento da ação de um fator de perturbação externo – a decisão judicial decorrente da criação do chamado **precedente à brasileira**, genericamente veiculada nas disposições dos arts. 926 a 928 do NCPC –, com a estratificação de um possível diálogo entre a seara judicial e a administrativa, pluralizando, portanto, o debate de suas decisões. Júlio César Rossi sintetiza a expressão “precedente à brasileira” nos seguintes termos:⁵

Nosso precedente é diferente. É fruto de uma “decisão-quadro”, cujo grau de abstração, generalidade e imperatividade é muito próximo de um texto legal emanado do Poder Legislativo, com a aptidão de resolver as mais diversas particularidades, em qualquer caso assemelhado ou repetitivo, sem se ater a importantes particularidades do caso em exame.

Com isso, podem os dispositivos do contencioso administrativo ser alinháveis com a ordem dos princípios, notadamente com os princípios da:

- segurança jurídica – no justo passo da previsibilidade de todo o ordenamento jurídico;
- igualdade – na medida de sua consideração material;
- eficiência – na consideração da relação entre meios e resultados auferidos;
- celeridade – uma vez que traz, para o contencioso tributário, relações já decididas na seara judicial, com possível eliminação de fases processuais;
- praticabilidade – na sua medida de consideração como modo simplificado de execução da lei.

Enfatiza-se, com esse recorte epistemológico, ao final, a atuação principiológica na conformação de normas jurídicas para a regência do processo administrativo tributário, em consonância com a disciplina do NCPC, estruturadora, de sua parte, da objetivação da lide, da vinculatividade.

Ainda, por sua vez, aponta-se para uma pluralização do debate das suas decisões, bem como se imprime uma nota nova da natureza jurídica da jurisprudência, enquanto preceito normativo, veiculando conteúdo geral e abstrato, ao menos ao gerar expectativas de direito a seus destinatários, como se apreende do quanto se denomina de **precedente à brasileira**.

DO SISTEMA JURÍDICO – AUTOPOIESE E NOTA DE EXPRESSÃO DA PRINCIPIOLOGIA

Na medida do que se propõe, resta presente, tomando em referência os temas da principiologia e do papel assumido pela jurisprudência dentro do ordenamento jurídico, a necessidade de se cuidar, ao menos de maneira tangencial em razão dos limites do presente artigo, do conceito de **sistema jurídico**.

Assim, vão ser colhidos conceitos de seleção, com o pressuposto na redução da complexidade e na diferenciação funcional, na consideração, portanto, do sistema pela **teoria autopoietica**, que substituiu a teoria dos sistemas abertos, apontando, como sua característica essencial, não para a distinção possível entre o ambiente e o sistema, mas para a definição do sistema social – do qual o jurídico é parte integrante – e seus subsistemas, como fechados e autorreferenciados, a partir da construção teórica formulada por Niklas Luhmann.



Pode-se sintetizar a consideração de autopoiese como a decorrência do princípio segundo o qual um sistema (biológico ou social) reproduz os processos pelos quais foi gerado, desenvolvendo autorregulamentação e auto-organização.⁶

Nesses termos, a nota que caracteriza o sistema social é a **presença da comunicação**, de modo exclusivo, em sua estrutura, que se autorreplica, com a comunicação produzindo outros elementos de comunicação em outra direção, pautada na diferenciação funcional nas sociedades modernas, especializadas, como a comunicação jurídica, que culmina com a estratificação ou demarcação do Direito Positivo.

Dentro dessa concepção luhmanniana, a diferenciação funcional própria do Direito, enquanto sistema jurídico, residiria, não propriamente em dar conformação comportamental, mas antes, em assegurar as **expectativas normativas contrafáticas**, não se adaptando aos fatos, portanto, protegendo quem espera um comportamento conforme a norma – situação contrária, então, à expectativa cognitiva, que se revela dotada de adaptação.



LEMBRAR

Justamente na consideração de proteção das expectativas de comportamento, na conformidade normativa, que ganha relevo, segundo será cuidado, o novo papel assumido pela jurisprudência, em comando dotado de generalidade e abstração, até mesmo de imperatividade, como manifestação do quanto se apreende por precedente à brasileira.

Essa expectativa normativa, própria do sistema jurídico, pauta-se na **generalidade** – que traz a includência e, portanto, por decorrência, a igualdade – e na **congruência**, seja na sua consideração:

- temporal – que, ao utilizar-se da sanção, mantém a integridade da expectativa normativa;
- social – na medida da presença do consenso mínimo que devem se encontrar os interessados ou partes;
- material – ao oferecer segurança contra as contradições.

Por fim, na medida do pressuposto autopoietico do sistema jurídico, este recebe dos demais sistemas ou do próprio ambiente uma série de informações, que são selecionadas, processadas e construídas internamente, permitindo-se, dessa atuação, a própria **transformação evolutiva** do mencionado sistema.

Assim, o que se tem presente é uma interação permissiva da **abertura cognitiva do sistema**, que, por sua parte, apresenta-se intangível sua nota de operacionalidade fechada. Há que ser apontada, em conformidade com a concepção de sistema luhmanniano, de fechamento operacional e abertura cognitiva, em alinhamento, a lição de Edgar Morin, destacada por Clarice von Oertzen de Araújo: “Assim, se impõe o paradoxo: um sistema é aberto para se fechar outra vez, mas é fechado para se abrir e se fecha novamente abrindo”.⁷

Em nota simplificadora, com a posse desses pressupostos, a partir de uma leitura interna do sistema jurídico, este pode ser reduzido a um conjunto de unidades, que se relacionam entre si, aglutinando-se em determinada referência. Isso traduz a lição de Tércio Sampaio Ferraz Junior, de **repertório**, apontando para o conjunto de unidades, e de **estrutura**, para o complexo de relações.⁸

De outra forma, o sistema do Direito Positivo teria, em sua composição, o conjunto de normas jurídicas (na consideração de porções de linguagem com estrutura hipotético-condicional) que se relaciona entre si por força de uma **referência unificadora**, geralmente revelando-se por estrutura hierarquizada, em convergência (a esses pontos de convergência tomam a constituição dos princípios jurídicos).

Por sua vez, alcançando-se estruturalmente os princípios, aponta-se para o cumprimento da condição suficiente para o ingresso de isolamento das peças normativas mais relevantes para qualquer porção do conhecimento do Direito, no caso, conforme os limites que se propõe, para a interação entre o **processo civil** e o **processo administrativo tributário**, independentemente de se ingressar em qualquer discussão acerca da norma hipotética fundamental kelseniana. Nos mesmos termos, concebe-se a abordagem empreendida por Paulo César Conrado para o seu ingresso no tratamento dos elementos de Direito Processual Civil.⁹

Remete-se, portanto, neste momento do exame, à importância dos princípios, podendo, por sua parte, ser descritos como funcionalmente organizadores do sistema jurídico, atuando como elo responsável por demonstrar os resultados escolhidos em um ordenamento jurídico, sendo inegável, portanto, sua característica **axiológica**, consubstanciados como espécie do gênero das normas, a par da espécie das regras.

A ideia primordial de princípio encontra assento na derivação da geometria, designando as verdades primeiras e objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do **dever-ser**, uma vez voltar-se para a especificação da modalidade de normas jurídicas. Inafastável, assim, carga axiológica em sua apreensão, sobretudo, do quanto se toma em Paulo de Barros Carvalho, que assevera que o dado valorativo está presente em toda configuração do jurídico, desde seus aspectos formais (lógicos), como nos planos semântico e pragmático.

Assim, onde houver Direito haverá o elemento axiológico.¹⁰ A fim de exemplificar tal posicionamento, aponta para os acontecimentos postos no antecedente das normas jurídico-tributárias, os quais são colhidos da realidade social pelo exercício de uma preferência do legislador. Vê-se que o valor está na raiz mesma do dever-ser, isto é, na sua configuração lógico-formal da apreensão e determinação da **hipótese normativa**.

Na condição de normas, vistos assim, os princípios orientam a correta aplicação das regras hierarquicamente inferiores, exercendo, ainda, função criativa ao apontar para o legislador a necessidade de **completude do sistema**, sendo essa uma nota de interesse para o presente artigo. Faz-se necessário um breve apontamento, a partir da concepção de que princípios são espécies de normas, da distinção montada entre a outra espécie normativa, as regras.

O modo de solução de conflitos é tido como ponto de importante distinção entre regras e princípios, assim, o conflito entre regras somente pode ser resolvido se uma cláusula de exceção, que remova o conflito, for introduzida em uma regra ou pelo menos se uma das regras for declarada **nula**, assim, uma norma vale ou não.

Ao passo que com os princípios, no conflito, há o recuo, que não significa que o princípio de que se abdicou seja declarado nulo, nem que uma cláusula de exceção nele se introduza, uma vez que, para o caso concreto determinado, os princípios têm peso diferente, preponderando o de maior peso para o caso referido.

Diversamente das regras, portanto, em que o conflito se dá na dimensão da validade, o conflito de princípios dá-se na dimensão dos pesos ou dos valores. A concepção apresentada, segundo trazido por Paulo Bonavides, deve-se ao trabalho empreendido por Robert Alexy, que aponta, ainda, que, no conflito entre princípios, a solução reside na contiguidade da **teoria dos princípios** com a **teoria dos valores**.¹¹

Por outro lado, ainda tendo em vista a linha de interesse, ao se cuidar da aferição da prevalência possível entre princípios, merece destaque a relação entre **norma** e **valor**, que não depende propriamente da norma ou dos seus atributos, mas, antes, das razões utilizadas pelo intérprete, imerso pelas circunstâncias fáticas da aplicação.

A dimensão axiológica não decorre propriamente da norma, mas do exame feito pelo intérprete diante do caso concreto, situação reveladora da **inevitabilidade da subjetividade**, passível de modificação com a alteração das coordenadas da situação hermenêutica, diante da evidência de uma dinâmica da unidade dialética, vertida em compreensão, interpretação e aplicação.

P964

PRODIREITO: Direito Tributário: Programa de Atualização em Direito: Ciclo 2 / organização Instituto Brasileiro de Estudos Tributários; organizadores: Paulo de Barros Carvalho, Fabiana Del Padre Tomé, Lucas Galvão de Britto. – Porto Alegre : Artmed Panamericana, 2016.

4 v. : il. color ; 25cm. – (Sistema de Educação Continuada a Distância ; v. 1)

ISBN 978-85-8322-821-9

1. Direito tributário – Atualização profissional. I. Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. II. Carvalho, Paulo de Barros. III. Tomé, Fabiana Del Padre. IV. Britto, Lucas Galvão de. V. Série.

CDU 336.2(075.9)

Catálogo na publicação: Matilda Schütz Minuzzo – CRB 10/2196