

# NORMA JURÍDICA E LEI SÃO FIGURAS TEÓRICAS DIFERENTES

SACHA CALMON NAVARRO COELHO\*

## RESUMO

O presente estudo objetiva trazer à tona, com o respaldo da Teoria Geral do Direito, importantes noções sobre a norma e a lei. A incompreensão da radical diferença entre norma e legislação tem gerado grandes distorções na percepção do fenômeno jurídico. Daí a importância de se estudar a questão. Por isso, nos propomos distinguir o plano da lei do plano da norma. Partimos do entendimento de que o direito almeja a obtenção de comportamentos aptos a promoverem uma coexistência harmônica entre os componentes de uma sociedade, e o faz através de criações jurídicas e prescrições, mandamentos e ordens destinados a regular a convivência social. Neste sentido, a Ciência do Direito tem como objeto o estudo de todo esse regramento, devendo cuidar, pois, do Direito Positivo, seus valores, bem como dos princípios e das normas que o cercam. E é pela linguagem que esse ordenamento jurídico se expressa. O Direito é feito de palavras, daí a necessidade premente de se conhecer as diversas possibilidades de uso da linguagem. Dentre elas, a que mais interessa ao jurista é a diretiva. Com o uso diretivo,

---

\* Doutor em Direito. Professor Titular de Direito Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado.

almeja-se influir no comportamento de outrem. Para tanto, elege-se como conseqüência de determinado comportamento um prêmio ou um castigo. Fato é que essas orações diretivas estão voltadas para o outro e expressam ordens e mandamentos, que, se descumpridos implicam em uma infração. Há de se ressaltar, no entanto, que essa prescrição jamais se confunde com a norma. A despeito das profundas diferenças que existem entre ambas, o equívoco de assemelhar essas figuras tem sido freqüente. Assim, no intuito de delimitar com precisão as distinções entre norma e mandamentos previstos em lei, no decorrer desse artigo pincelaremos algumas lições de Hans Kelsen. Suas concepções dualistas serão demonstradas e apontaremos algumas contradições em sua teoria. Contudo, ao final, ficará claro que a norma não é a mesma coisa que a lei. Demonstraremos, ainda, uma classificação funcional das normas jurídicas e como a descrição do comando normativo se relaciona com a proposição jurídica

**PALAVRAS CHAVE:** norma, legislação, prescrição, classificação funcional.

## **ABSTRACT**

Through the following I intend to reason on several basic and central concepts related to the norm and its relation with the law. The misunderstanding of the radical difference between the norm and the legislation has been determining big distortions in the perceptions of the juridical phenomena. Thus, I intend to set a distinction between the dimension of the law and the dimension of the norm in itself. My start point is that the law aims at promoting an harmonic coexistence between the members of a society, and in order to do that, it sets a number of prescriptions and orders that regulate social coexistence. In this sense, the Science of Law (Jurisprudence) has as its object par excellence the studies on the totality of norms and rules, that is, it must be focused on Positive Law – its values, principles and norms. And one must notice that

this totality is mainly a linguistic phenomenon: it expresses itself through language, and this is one fact which should not be taken for granted. Furthermore, it is mainly a directive form of language, for it is essentially a means to influence the behavior of the other. Indeed, it binds the conducts to sanctions or awards. However, the directive prescription of a conduct cannot and must not be understood as being a norm. And despite the profound differences between them, many make the mistake of taken as equals. In order to set the differences between the norm and the orders expressed in each piece of legislation, I shall use the teachings of Hans Kelsen. I shall present his dualistic conceptions and I shall also point out some contradictions in his theory, though valuable it is. Throughout this process, I intend to draw the exact distinction between norms and legislation. In the end, I shall also demonstrate a functional categorization of the types of juridical norms and how the description of the normative command relates with the juridical proposition.

**KEYWORDS:** norm, legislation, directive prescription, functional categorization.

## **1. O fenômeno jurídico como objeto de multivárias disciplinas – O Direito Positivo e a Ciência do Direito**

O Direito busca a obtenção de comportamentos humanos e a construção de instituições sociais. O Estado, *v.g.*, é uma criação jurídica, assim como uma sociedade anônima, ou uma letra de câmbio, ou um *tributo*. Mas se este é o objetivo do Direito, importante buscá-lo como objeto do conhecimento humano (objeto-em-si). O Direito pode ser conhecido de diversas maneiras. Enquanto ente do mundo da cultura e fator de interação grupal, envolvendo questões relativas a sua eficácia social, é objeto da Sociologia. A Sociologia Jurídica, da qual não se aparta a Arqueologia Jurídica, é, hoje, um alentado setor de estudos, ligando o Direito às questões da legitimidade política e outras mais. Existe a Filosofia do Direito,

a buscar os fundamentos do fenômeno jurídico de mãos dadas com a História do Direito, visualizando-o envolvido com o valor *justiça* no tempo e no espaço e relatando as escolas e os pensadores que a ele se dedicaram. A Lógica Jurídica ocupa-se das proposições deonticas. A Linguística Jurídica, ao lado da crítica da jurisprudência, estudam o Direito de modo específico. Temos ainda a Pedagogia Jurídica, com as técnicas de ensino e retransmissão das normas e das instituições dos sistemas jurídicos, destacando-se o Direito Comparado.

Finalmente temos a Ciência do Direito, cujo objeto é o próprio Direito Positivo. Será a Ciência do Direito universal e atemporal?

Universal é, pois inexistiu e inexistente sociedade politicamente organizada, mesmo as mais primitivas, que prescindisse do Direito como instrumento de organização social. Contudo, diversos são os Sistemas Jurídico-Positivos. Pouco importa. A Ciência do Direito ocupa-se, sempre, do Direito Positivo de cada época e de cada lugar. Variação, pois, no tempo e no espaço. Existirão institutos comuns, laços permanentes e diferenças, obviamente.

## **2. As categorias do conhecimento jurídico**

Para a holística jurídica, nada disso surpreende. A visão global é desejável. A Axiologia ou a Ciência dos Valores, a Ética, a Política, a Sociologia Jurídica, a Filosofia do Direito, a história dos direitos dos povos, o Direito Comparado encarregar-se-ão de abranger o fenômeno jurídico em toda a sua imensidão. À Ciência do Direito importa, tão-somente, o Direito Positivo, os valores positivados, os princípios e as normas que dele fazem parte.

Aqui, o jurista é o *sujeito que conhece* (o sujeito cognoscente), e o Direito Positivo, o seu objeto (o “ser” a ser conhecido). É desse assunto que, doravante, vamos tratar, pois toda ciência está obrigada a ter método e a delimitar o seu objeto, caso contrário não funcionará. O jurista, o cientista do Direito, está equipado de umas

tantas categorias invariáveis, sem as quais não teria instrumental analítico e ordenador. Estamos nos referindo a noções universais tais como: sujeito de direito, poder, dever, dano, o lícito e o ilícito, competência, norma, jurisdição, sanção etc. Estas categorias de conexão, contudo, não são apriorísticas. Formam a síntese jurídica a partir da *práxis*. Qualquer experiência jurídica projeta categorias de conexão. Os juristas, ao sistematizá-las, constroem a Gnosiologia Jurídica (a teoria do conhecimento do Direito).

### 3. Direito e linguagem – Ordens e normas jurídicas

Para começar, o Direito é feito de palavras: as palavras da lei, as palavras da sentença. Legisladores, juristas e juízes fazem o Direito. Se o Direito é feito de palavras e se o Direito é o objeto do cientista do Direito (o que faz a ciência do Direito), então poderemos chamar a linguagem do Direito de a linguagem-do-objeto.

A linguagem humana utilizamos para vários fins. Muito freqüentemente a usamos para transmitir informações a respeito do mundo por meio de *orações* cuja função é *descrever* um estado de coisas. Trata-se de um *uso informativo*. (As proposições descritivas podem ser verdadeiras ou falsas). A linguagem, porém, como assinalado, comporta outros usos. Podemos com ela expressar emoções ou provocá-las (uso expressivo), ou buscar informações (uso interrogativo). Em dados momentos o uso da linguagem confunde-se com a própria ação. Quando, por exemplo, alguém diz “juro dizer a verdade” ou “batizo-te com o nome de João”, esta pessoa está realizando as ações de jurar e batizar (uso operativo, realizativo). Dentre os usos da linguagem, o que mais interessa ao jurista é o *diretivo*. Ocorre quando a linguagem é utilizada para influir no comportamento de outrem, induzindo-o a adotar determinados comportamentos intencionalmente prescritos.

Como uso diretivo, ações lingüísticas podem ocorrer: suplicar, sugerir, pedir, indicar, ordenar, impor etc. A oração “não faça isso”

tanto pode expressar uma súplica quanto uma ordem. Importa, pois, assinalar os traços comuns que apresentam os diversos casos do uso diretivo da linguagem. As orações diretivas, como dito, são formuladas com a intenção de influir no comportamento alheio, pouco importando que para isso se lhes agregue um *prêmio* ou um *castigo*, ou sejam postas com imperatividade ou tom de súplica.

Distinguem-se das orações descritivas – asserções – e de outros tipos de orações porque a seu respeito não faz sentido predicar verdade ou falsidade. De uma diretiva se pode dizer que é *justa ou não, conveniente ou inconveniente, eficaz ou ineficaz*, nunca que é falsa ou verdadeira. Isto porque os atributos de verdade ou falsidade implicam cotejar a asserção sobre um fato com o fato mesmo. As orações diretivas, não estando destinadas a dar *informações* sobre a realidade, descomportam juízos de verdade.

Que uma expressão diretiva seja tal independe de estar vazada com o verbo no imperativo. Isto pode ocorrer e ocorre, com freqüência, mas não é necessário. Pode-se, por outro lado, expressar uma oração diretiva pela utilização dos chamados modais deônticos: “obrigatório”, “permitido”, “proibido”. Sem embargo, a inexistência de tais palavras não retira da oração diretiva este caráter. A utilização dos operadores deônticos não é condição suficiente e necessária à *diretividade*.

Assinale-se, como já dito, que o uso diretivo da linguagem alberga díspares ações e intencionalidades. A intenção de mandar e uma oração mandamental em nada se parecem com a intenção de suplicar e a própria súplica em forma de oração. Ambas as ações, a de ordenar e a de suplicar, no entanto, são ações diretivas, por isso que *visam a obter de outrem um comportamento intencionalmente desejado*.

Ordenando ou rogando, prometendo recompensa ou punição, o uso diretivo da linguagem está voltado para o outro. Destaque-

mos, contudo, as *ordens*, porque, entre as diretivas, as que mais se relacionam com as *normas* são elas. As orações diretivas que expressam *mandados*, *ordens*, são, freqüentemente e generalizadamente, chamadas de *prescrições* e se caracterizam pela *superioridade do emissor* em relação ao destinatário: superioridade moral, bélica, física ou jurídica. É o caso do assaltante em relação ao assaltado: “A bolsa ou a vida”, ou do delegado em face do seu subordinado: “Recolha o preso ao xadrez”. A diretiva, quando é uma prescrição, não deixa o emissor sujeito à vontade do destinatário no que tange à obtenção do comportamento, como na súplica ou no pedido. Se o destinatário não cumprir a prescrição, seu ato será encarado como uma *infração*. O emissor quer o que prescreve. Há que observar, no entanto, que uma coisa é a oração prescritiva, e outra, bem diversa, a *norma*. O assaltante que nos ordena a entrega do dinheiro à mão armada utiliza uma *oração prescritiva* para dar uma ordem, jamais uma *norma*. Esta se nos apresenta à razão como um *modo institucionalizado de dirigir comportamentos*. A norma não deixa de ser norma pelo simples fato de ser desrespeitada. Ela é, preexiste e sobreexiste à ação que preconiza. É um ser que se quer *permanente* como instrumento de regulação da conduta humana garantido por uma *estrutura de poder* (Estado). As normas não se confundem com as expressões lingüísticas que as veiculam. É que, como entes lógicos, possuem vida autônoma. Ocorre, tão-somente, que as *normas* são *expressadas* pelas formulações lingüísticas, através das quais é possível a comunicação entre os homens, estes protagonistas do enredo social.

As normas, cuja função é ordenar o social, são viabilizadas pela linguagem, e, por isso, é lícito dizer que são uma *função* da linguagem ou que existem em razão dela. Com efeito, as formulações lingüísticas contêm a intencionalidade deôntica do agente prescriptor. Uma norma pode resultar de uma formulação lingüística ou de várias devidamente conjugadas, como se terá oportunidade de constatar. Aliás, as *ordens* também são postas por meio da lingua-

gem, embora não se confundam. A linguagem é o *veículo* através do qual as ordens são dadas e as normas são instituídas. Apenas isto.

O Direito, enquanto técnica de disciplinação e controle social, apresenta-se formalizado através da linguagem escrita ou oral (leis e costumes). A sociedade humana é o meio em que o Direito surge e desenvolve-se. “Em nossa espécie, a sociedade não é só de pessoas mas também de coisas produzidas pelo trabalho.” A sociedade, di-lo Hermes Lima: “complexo de pessoas e coisas, exige necessariamente uma organização que, orientando a vida coletiva, discipline a atividade dos indivíduos e assegure distribuição dos bens”<sup>1</sup> Cultural na sociedade é, portanto, a sua própria organização, e essa organização é socialmente posta e comunicada pela palavra escrita ou oral. É assim, sempre foi; para o primitivo, o bárbaro, o grego, o romano, o medieval, o tipo da Renascença ou da sociedade industrial.

Apesar da profunda diferença entre uma oração prescritiva e uma norma, os esforços mais difundidos têm consistido em assemelhá-la às prescrições. Para Austin<sup>2</sup> a norma jurídica seria uma *ordem* respaldada por ameaças. Segundo a sua concepção, as normas jurídicas especificariam os *destinatários da ordem*, o ato que *deveria ser realizado e a ocasião propícia para tanto*. Quanto à ameaça de causar dano ao destinatário, caso descumprisse a ordem, entendia que esta poderia constar tanto da própria norma prescritiva do dever quanto de outra, especialmente punitiva. O elemento distintivo que identificaria a norma jurídica, extremando-a de outros tipos de imperativos, residiria na *autoridade* do seu emissor. A especificidade estaria no fato de originar-se do *soberano* e destinar-se à sociedade civil.

---

1 LIMA, Hermes. Ob. cit., pp. 8 e ss. Ver p. 5, retro.

2 AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined*, New York, The Noonday Press, 1954.

#### 4. As normas jurídicas e a teoria de Kelsen – Juízos ônticos e deônticos – Normas primárias e secundárias

Hans Kelsen formula uma concepção parecida com a de Austin, mas contendo importantes inovações e, pois, diferenças. No plano do sujeito cognoscente, Kelsen distingue dois tipos de juízos lógicos: juízos ônticos, que são enunciados descritivos do ser, suscetíveis de verdade e falsidade; e juízos deônticos (de dever-ser), que são descrições acerca de prescrições normativas e a respeito dos quais não tem sentido predicar verdade ou falsidade. Os juízos de dever-ser serviriam, pois, para interpretar os atos cuja intenção fosse a de dirigir a ação de outra pessoa. Conseqüentemente, serviriam para *descrever o Direito* enquanto sistema de normas vocacionado para a disciplinação da conduta humana. A função do jurista consistiria em descrever o seu objeto, a norma jurídica, através de juízos de dever-ser.

Ao descrever o Direito, todavia, Kelsen nega-se a ver, nas prescrições normativas a que chama de normas, a expressão de *uma vontade real e presente* em sentido psicológico. Argumenta com os costumes, onde não é possível ver-se, sustentando-os, uma vontade personalizada, e com as leis, que subsistem depois de mortos os seus autores. Diz, então, que a *norma* é uma *ordem*, mas uma “*ordem despsicologizada*”. As normas expressariam, é certo, um ato-de-vontade, porém em *sentido objetivo*, enquanto a *ordem* seria mera expressão subjetiva de quem a tivesse formulado; para ser *válida*, a norma precisaria ter sido formulada *por quem estivesse autorizado a fazê-lo*.

Assim sendo, por suposto, toda norma extrairia a sua validade de outra norma que conteria o seu *fundamento* de validez, até se chegar a uma hipotética norma primeira, pressuposta, incriada, fundante de toda *ordem jurídica*, que por isso mesmo seria uma “*estrutura escalonada de normas*”. Diferente, assim, da ordem do saltador que nos ameaça com um mal para obter-nos a bolsa, a

*norma jurídica* decorreria de uma *autoridade* que nos ameaçaria com danos preestabelecidos caso não nos comportássemos, nós, os membros da comunidade, da maneira prescrita pelos interesses da *ordem social*. Kelsen dizia, nesta linha, que a Moral, também voltada para a obtenção de comportamentos humanos desejáveis, fundava-se numa “técnica de motivação direta”. As normas morais indicariam diretamente o comportamento desejável: “deves obedecer a pai e mãe; não deves mentir”. O Direito, ao contrário, empregaria uma “técnica indireta de motivação”, porque a norma jurídica utilizar-se-ia de castigos para punir a *conduta inversa da desejável*: “matar alguém: *pena de X*”.

Em verdade Kelsen minimizou, no particular, as chamadas normas técnicas que geram, desobedecidas, as nulidades, e o papel dos prêmios com que não raras normas jurídicas acenam para obter comportamentos, tendo sido obrigado, mais tarde, a ampliar de modo inaceitável o conceito de sanção para nele incluir o prêmio<sup>3</sup> e a nulidade. Em decorrência dessa “técnica indireta de motivação”, que desempenha papel fundamental na construção kelseniana, as normas jurídicas seriam de dois tipos: primárias e secundárias. Seriam primárias no sentido de fundamentais, mais importantes, aquelas que prescrevem penas pelo emprego da força. Seriam ditas normas as genuinamente jurídicas, integrantes reais de ordem jurídica. As secundárias seriam meras derivações lógicas das normas primárias, e *sua enunciação só teria sentido para uma melhor explicação do Direito*.

Kelsen utilizou-se de um operador lógico para extrair da norma que chamou de primária uma regra secundária. De uma norma primária com o seguinte enunciado: “matar: *pena X*”, entendia possível extrair por derivação o enunciado da norma

---

3 No campo do Direito Tributário e em épocas de forte intervenção ou dirigismo estatal, o espaço reservado às “premiais” cresce consideravelmente e cada vez mais. Todo esforço para atrair investimentos ou incentivar exportações é feito com *base em normas premiais*.

secundária, que seria: “É proibido matar” ou “É obrigatório não matar”. Esse posicionamento kelseniano implica que somente de normas primárias estruturadas hipoteticamente é possível derivar normas secundárias, como veremos à frente.

Além de primárias e secundárias, as normas, segundo Kelsen, seriam categóricas ou hipotéticas (sempre o dualismo), dependendo de o *ato previsto* no mandamento estar ou não condicionado a um evento preestabelecido. Dentro dessa ótica, seriam categóricas as sentenças judiciais (normas particularizadas), e hipotéticas as leis (normas genéricas). Em função dessa engenhosa construção, o mestre de Viena achava que o endereçamento das normas jurídicas primárias, por isso que continham a previsão de *atos coercitivos*, era para juízes e funcionários estatais, órgãos incumbidos de sua aplicação, delas. Sem embargo de se destinar aos órgãos do Estado, esse titular do monopólio da força, a *norma, por estar promulgada e*, pois, por ser conhecida, funcionaria como instrumento *diretivo* do comportamento humano. Do que acabamos de ver segue-se que uma norma cujo conteúdo não fosse uma sanção só seria possível se derivasse de uma *norma primária*, esta portadora da sanção.

O fundamento normativo do sistema residiria nas normas sancionantes, instituidoras de penas e privações, impostas pelas autoridades estatais aos agentes dos ilícitos (cuja definição mais coerente reside em ser o descumprimento de um dever legal). É que a norma primária funcionaria dentro de um tal sistema ou teoria como *premissa necessária*. Nesse sentido, as normas primárias Kelsenianas seriam as “fontes”, “os alicerces” da ordem jurídica inteira. Ademais, as normas primárias teriam que possuir estrutura necessariamente hipotética, de modo a permitir o exercício de derivação. A assertiva radica na própria índole da concepção dualista do mestre de Viena.

O caráter de uma norma secundária, destarte, seria um caráter de *dever-ser*, e seu conteúdo seria o de uma *conduta oposta*

à que figurasse como *condição* de aplicação da *norma primária*. Para Kelsen, de uma conduta primária prevendo que “se alguém mata a outrem, deve ser punido com prisão” sobressairia a norma secundária que proclamava proibido o ato de matar ou declarava devida a conduta de não matar, com o sentido de que *não se deveria matar*.

Sem embargo, se observarmos qualquer sistema jurídico, encontraremos leis e costumes de onde é possível extrair enunciados normativos cujo conteúdo não traduz atos de coerção, nem tampouco derivam de entes normativos que prescrevem sanções, como quer Kelsen. A maior parte dos dispositivos constitucionais, com efeito, não estabelecem sanções senão que instituem poderes, competências, princípios, garantias e procedimentos diversos. Em nível infraconstitucional, é possível encontrar disposições de igual jaez. Nos códigos civis, *v.g.*, deparamo-nos com regras sobre como contrair matrimônio, celebrar contratos ou fazer um testamento válido. Os digestos processuais estão repletos de regras técnicas de procedimento para juízes, partes, advogados e terceiros (as chamadas normas *in procedendo*). De notar, ainda, as enunciações que cunham conceitos, definições e atribuem qualidades às pessoas e instituições: quem é ou não capaz, o que é ser comerciante, noção de estabelecimento comercial, conceito de tributo etc.

A resposta de Kelsen às objeções desse tipo consistiu em dizer que tais “normas” não seriam “normas genuínas”, mas enunciações do legislador e “partes” das normas genuínas. E, assim, pela técnica ou argumento da *subsunção*, a maioria das regras que comumente encontramos formando o sistema jurídico constituiriam “fragmentos” de normas autênticas, instituidoras de sanções. As normas teriam uma estrutura dual, logicamente falando: *antecedente* e *conseqüente* ou, noutra terminologia, *hipótese* e *conseqüência*. Para Kelsen, estas regras a que acabamos de nos referir, ou melhor, os enunciados que delas fosse possível extrair, seriam “partes” ou “componentes” dos antecedentes das normas verdadeiramente

jurídicas, as primárias, em cujo conseqüente deveria *figurar* sempre *uma sanção*.

## 5. Normas jurídicas e proposições sobre normas jurídicas – Prescrições jurídicas – O papel dos intérpretes

Frise-se agora que Kelsen, embora no começo de suas elucubrações tenha entendido a norma como “juízo hipotético”, isso renegou expressamente na maturidade. Para ele a norma é *prescrição* (que depende, em certas circunstâncias, de uma *condição* para que incida). A norma pode, assim, ser hipotética, mas não será jamais um *juízo hipotético* como muitos pensam que é, referindo-se a Kelsen<sup>4</sup>: O “juízo” é ato de sujeito ao conhecer o seu objeto. Se a norma jurídica é o objeto do conhecimento jurídico na gnosiologia<sup>5</sup> kelseniana, o “juízo hipotético” que o cientista do Direito constrói ao descrevê-la só poderá ser uma “*proposição*” a respeito da norma, nunca a “*norma-em-si*”. Há uma passagem nas *Contribuições à Teoria Pura do Direito* em que Kelsen<sup>6</sup> mostra-se extremamente enfático a esse respeito, ao rejeitar com incontida amargura ao Prof. Stone. Sobre o papel da Ciência do Direito disse:

“Assim como o caos das sensações só *através do conhecimento ordenador da ciência se transforma em cosmos*, isto é, em natureza como um sistema unitário, assim também a pluralidade das normas jurídicas gerais e individuais postas pelos órgãos jurídicos, isto é, o material dado à ciência do Direito, só através do conhecimento da ciência jurídica se transforma

4 CARVALHO, Paulo de Barros. *Teoria da Norma Tributária*, São Paulo, Lael, 1974, p. 31 – “De outro modo, entendemos que conquanto se deva verdadeiramente distinguir o enunciado legal, da sua descrição, empreendida pela ciência do Direito, o ato de vontade que Kelsen designa de ‘norma jurídica’ é veiculado também por meio de juízos hipotéticos sendo lícito chamá-lo de proposição já que esta palavra significa a expressão verbal de um juízo.”

5 Gnosiologia (com i) = teoria do conhecimento, e não gnoseologia = teoria do conhecimento da divindade (vide *Novo Dicionário Aurélio* e o *Novíssimo*, de Laudelino Freire).

6 KELSEN, Hans. *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*, pp. 58-9.

num sistema unitário isento de contradições, *ou seja, numa ordem jurídica*. Esta “produção”, porém, *tem um puro caráter teórico ou gnosiológico*. Ela é algo completamente diferente da produção de objetos pelo trabalho humano ou da produção do Direito pela autoridade jurídica.”<sup>7</sup> (Grifos nossos.)

A norma, pois, *não é a mesma coisa que a lei*, entendida esta como a fórmula verbal de um legislador anônimo (costume) ou como fórmula escrita de um legislador institucional (lei, estrito senso). A norma é a expressão objetiva de uma prescrição formulada pelo legislador que não se confunde com aquilo a que comumente chamamos de *lei*. Isto quer dizer que a norma, posto já se *contenha* nas leis, delas é *extraída* pela dedução lógica, função do conhecimento. Kelsen reconheceu isto ao referir-se à necessidade de “conhecer” antes a norma para poder “aplicá-la”. A norma estaria “dentro” do sistema jurídico de envolta com as formulações escritas ou costumeiras do legislador, por isso que seria a expressão objetiva de um ato de vontade. Careceria, todavia, de ser apreendida (porque a norma é, antes de tudo, *sentido*; pode até ter diferentes sentidos, diversas possibilidades de aplicação, nisto residindo o intenso e apaixonante dinamismo do Direito como fenômeno de adaptação social).

## **6. Tipologia jurídica – Normas de organização, de competência, técnicas, de conduta ou comportamentais e sancionantes**

Uma classificação funcional das normas jurídicas, com a ressalva de que toda classificação é precária, começaria por conferir-lhes, a todas, caráter prescritivo. Em seguida as dividiria em cinco grandes grupos, sendo que os dois últimos seriam interligados funcionalmente:

---

<sup>7</sup> *Idem. Teoria Pura do Direito*, pp. 111-113

Normas organizatórias;  
Normas de competência;  
Normas técnicas;  
Normas de conduta;  
Normas sancionantes.

A tipologia aventada persegue o desejo de ser funcional, adequada à prática do Direito. Busca escora teleológica. Efetivamente o que procuramos, ao ler as leis e demais entes legislativos, é algo extremamente prático. Em real verdade, estamos procurando saber se *alguém*, pessoa ou órgão, é *competente* para isso ou aquilo, ou como é ou deve ser a *organização* das instituições, órgãos e pessoas. Quando não é assim, estamos procurando saber como se deve *proceder* em certas circunstâncias para realizar a ordem jurídica, ou perquirindo se existe algum *dever* a ser imputado a alguém, ou se deve ser aplicada a alguém determinada sanção. Vale dizer, o Direito existe para *instituir e organizar* (normas organizatórias), *atribuir competências* (normas de potestade), *criar deveres* (normas de conduta ou de dever), *punir as transgressões à ordem jurídica* (normas sancionantes) e *prescrever técnicas de realização da ordem jurídica* (normas técnicas ou processuais).

As palavras das leis, prescritivas, atuam objetivando tais miras. É possível e razoável, portanto, operar a concreção do orbe positivo em normas de potestade, sancionatórias, de dever, técnicas e organizatórias.

*Normas Organizatórias* – Instituinto os órgãos do Estado, as instituições e as pessoas. Desse tipo são as normas que prescrevem como *deve ser* o Estado Federal ou as que declinam os requisitos que deve possuir o ato jurídico ou uma sociedade por cotas de responsabilidade limitada para serem válidos, ou ainda as que definem quais são os pressupostos para um cidadão ser elegível ou comerciante, ou, ainda, ser maior, senador, presidente da República

ou prefeito municipal. Neste âmbito se encontram as normas ditas atributivas de qualidades e as de “*reconhecimento*”, permitindo identificar se as outras normas pertencem ao “*sistema*”.

*Normas de Competência* – Conferindo “potestades” aos sujeitos públicos e privados para produzir normas de comportamento, interpretá-las e aplicá-las voluntariamente, *ex officio* ou contenciosamente. Estabeleceriam como *deveriam* ser exercidas tais potestades, sua extensão e limites. Deste tipo são as normas que outorgam competência aos órgãos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário para a produção de atos funcionais legislativos, administrativos e jurisdicionais. De igual tipo as normas que investem os particulares de capacidade para praticar e para celebrar atos jurídicos constitutivos (testar, votar, contratar etc.)

*Normas Técnicas* – Prescrevendo como devem ser produzidos os atos adjetivos necessários à vida do Direito: como se deve votar, sentenciar, interpor um recurso extraordinário, fazer um testamento válido, celebrar contratos, contrair matrimônio, discutir e votar uma lei complementar da Constituição. (Todas as normas processuais são técnicas.)

*Normas de Conduta* – São as normas que obrigam comportamentos, campo de eleição da lógica jurídica. Destinam-se às autoridades e aos particulares. Desse tipo são as normas que estatuem comportamentos positivos e negativos, desde que ocorrentes certos pressupostos. São nucleares, no sentido de posicionar à sua volta o sistema jurídico. Se o Direito teleologicamente busca o controle do meio social, é claro que indica quais são os comportamentos desejáveis. Indica-os, tornando-os obrigatórios, como no caso do dever tributário. As leis prevêm a obrigatoriedade do seu cumprimento. Todavia, dita obrigatoriedade comportamental pode não ser expressa na lei. No caso do tributo, é. No caso do homicídio, não. A lei expressa apenas uma punição, ou melhor, a previsão de uma pena para o comportamento homicida. A *norma* que impõe

o *dever de não matar* é implícita no sistema e portanto inexpressa na lei (mais uma vez a *diferença* entre *norma e lei*). As normas de conduta ora impõem comportamentos positivos (é obrigatório pagar imposto à União), ora estatuem condutas negativas (é obrigatório não matar). Fácil deduzir que o caráter proibitivo é epifenômeno; se é obrigatório não matar, matar é proibido. Se é obrigatório pagar tributos, não pagá-los é proibido. O proibido e o obrigatório são indefiníveis e podem ser deduzidos de um outro tipo de norma que a seguir veremos, a punitiva. Isto induzirá interessantes e esclarecedoras conclusões a respeito das normas de conduta, mas nunca ao ponto de vê-las supérfluas, despiciendas ou desnecessárias.

*Normas Sancionantes ou Punitivas* – São as normas que *estatuem sanções* para certas condutas. Toda ação não punível é livre. Vale dizer, o que não é punível pode ser praticado facultativamente. Tanto faz, de um ponto de vista sancionante, praticar ou não a ação impunível. Ela não é obrigatória nem proibida. Se fosse proibida, sua prática acarretaria uma punição. E se fosse obrigatória, a omissão em praticá-la acarretaria, igualmente, uma punição. Conseqüentemente, se uma ação, ou melhor, um comportamento humano, é punível, é porque a sua prática é vedada; é porque não praticá-lo é obrigatório. Não praticar um comportamento tem dois sinais: positivo e negativo. Quando um comportamento é punível, é porque o seu contrário é obrigatório. Se se age quando o dever é uma omissão (por exemplo: não matar), a ação de matar é que é a hipótese de punição. Se não se age quando o dever é agir (por exemplo: pagar tributo), o comportamento consistente em não pagar – comportamento omissivo – é que é a hipótese de punição.

Tanto as normas sancionantes quanto as de conduta exibem uma estrutura hipotética. Isto é, possuem uma *hipótese* e uma *conseqüência*. Para atuar a conseqüência, é mister que ocorra o *fato jurígeno* delineado na hipótese da norma. Uma conseqüência jurídica “*deve ser*” toda vez que ocorra a sua hipótese.

## 7. Tipos de normas encontradas no Direito Tributário

No Direito Tributário encontramos normas *organizatórias*, construindo o *Estado Federal*, os *órgãos da administração fiscal*, as *prerrogativas e privilégios do crédito fiscal*, a *participação de umas pessoas políticas no produto da arrecadação de outras* etc. Encontramos normas de competência para instituir os tributos ou proibir o seu exercício, realizar a função fiscal, produzir atos administrativos, *v.g.* Encontramos, ainda, normas técnicas nos instruindo sobre como recolher tributos, como oferecer garantias, como apresentar defesas e embargos às pretensões fiscais e assim por diante. Deparamo-nos, no mais, com as *normas de conduta* que expressam as obrigações tributárias. O dever de pagar tributos decorre de leis que prescrevem dito dever desde que ocorrente o seu *fato jurígeno* no mundo fenomênico (a realização do fato gerador antes abstratamente previsto na norma hipotética). Finalmente, são encontradas as normas sancionantes que punem o descumprimento das obrigações tributárias, e cuja hipótese de incidência é, precisamente, o descumprimento da obrigação.

## 8. Distinção entre normas, leis e proposições jurídicas

É possível distinguir a *norma* das leis ou dos costumes. O Direito Positivo é posto e vige a partir de fórmulas lingüísticas escritas e orais. O objetivo dos “ordenamentos jurídicos” é, sempre foi, o de controlar o meio social. Enquanto tal, possui uma linguagem especial, encontrada ao nível dos seus entes normativos: leis, costumes, sentenças, contratos etc. Esta linguagem, quando é posta sob análise pelo cientista do Direito, recebe a denominação de “*linguagem-do-objeto*”, porque o objeto da Ciência do Direito é o Direito Positivo, com sua expressiva linguagem. Pois bem, ao estudar o Direito Positivo, é possível ao cientista concluir que, surgindo das inúmeras formulações verbais que expressam o Direito, projetam-se *normas*, facultando, obrigando e proibindo ações e omissões, assim como prescrições prevendo sanções para o não cumprimento de seus preceitos. Verificará, ainda, que há preceituações instituindo

poderes, competências, processos e procedimentos, além de definições e conceitos legais. Ademais, perceberá que tudo isto forma uma *ordem jurídica*, garantida pelo *Estado*.

Perante o cientista do Direito, a normatividade (dever-ser) contida nos sistemas positivos se colocará numa relação de objeto-sujeito, sendo por este último descrita através de “proposições jurídicas”, que são justamente os *instrumentos reveladores das normas*. Marco Aurélio Greco<sup>8</sup> em página de grande acuidade, teve a percepção exata da questão:

“Para a descrição de uma norma jurídica (que em si é um comando, uma permissão ou atribuição de poder) socorre-se o cientista de uma formulação a que se denomina “proposição jurídica”. Esta, pois, situa-se no plano da Ciência do Direito, sendo uma categoria da razão (e não da vontade, como é a norma) estruturando-se na forma de um juízo hipotético condicional. Observe-se, inicialmente, que a proposição jurídica não *prescreve* nenhuma conduta, mas *descreve* uma determinada norma jurídica que prevê essa conduta. Ela serve, assim, para proceder ao conhecimento do objeto da ciência jurídica mas não possui força imperativa. Quer dizer, a proposição não é um comando mas descreve um comando.

(...)

Outra observação que cumpre fazer é que importa distinguir três qualidades:

- A) a norma jurídica em si que consiste num comando, ou imperativo, ou autorização;
- B) a formulação que à norma é dada pelo cientista que é proposição jurídica; e,
- C) a expressão lingüística utilizada pelo legislador.

---

8 GRECO, Marco Aurélio. *Norma Jurídica Tributária*, EDUC, Saraiva, 1974, pp. 20-21.

As letras “b” e “c” são ambas formulações lingüísticas, esta proveniente dos órgãos legislativos e aquela, do cientista, porém somente a do cientista *expressa integralmente a norma*, uma vez que muitos comandos só podem ser identificados e expressos numa *proposição jurídica*, mediante a congregação de vários dispositivos contidos em *múltiplos textos legais*.” (Grifos nossos.)

Frise-se o seguinte: a distinção entre norma e lei ou costume é importante para a análise jurídica. Carlos Santiago Nino<sup>9</sup> com sua autoridade de lente graduado da Universidade de Buenos Aires, diz que a *norma* é diversa da *formulação legislativa, escrita ou oral*.

“Es muy posible que la expresión “norma jurídica” sea un término teórico. Obviamente ella no denota un conjunto de oraciones escritas en un papel, puesto que una misma norma jurídica puede estar formulada por oraciones diferentes, ni tampoco denota un conjunto de conductas humanas, puesto que las normas jurídicas son usadas para evaluar conductas.” (Grifos nossos.)

A incompreensão da radical diferença entre *norma* e *legislação* tem gerado não pequenos equívocos e distorções na percepção do fenômeno jurídico. O assunto, sabe-se, tem levado juristas a momentos de extrema irritação ante a lógica deontica e suas tentativas de formalização (lógica jurídica). Exemplo disso oferta-nos Michel Villey<sup>10</sup> que, em artigo posto contra Gardies, promove irada agressão aos lógicos, *verbis*:

“Mas, onde encontrar em tudo isso os imperativos, as ordens, as normas de conduta? Sei que a maior parte dos nossos lógicos têm o hábito de transpor este indicativo, em proposições normativas ou imperativas. Fariam melhor respeitando a letra dos textos.

9 NINO, Carlos Santiago. *La Definición de Derecho y de Norma Jurídica, Notas de Introducción al Derecho*, Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos., Buenos Aires, 1973, p. 85.

10 VILLEY, Michel. *Sur les Essais d'Application de la Logique Deontique au Droit. Archives de Philosophie du Droit*, Paris, Sirey, 1972, n<sup>o</sup> 17, tome XVII, pp. 407 e ss.

(...)

Resta perguntar porque nossos lógicos *sofrem toda essa comichão de converter as proposições jurídicas em proposições diretivas das condutas humanas*. Acuso-os de saltar indevidamente do Direito (terreno que mal conhecem) a um outro tipo de discurso, que sua experiência de moralistas lhes tornou mais familiar.” (Grifos nossos.)

É conveniente, pois, para obstar *equivocos dessa ordem*, vincar um pouco mais a distinção. Lourival Vilanova<sup>11</sup> com propriedade, distingue:

“A norma jurídica, *reduzida à proposição* em sentido lógico, tem uma forma. Gramaticalmente, a linguagem do direito positivo *exprime a norma em multiforme variedade*. E, nem sempre está a proposição normativa *em toda a sua integridade num só artigo de lei ou decreto*; nem sempre *toda uma norma* se encontra presente *num dispositivo da Constituição* ou de um *estatuto* de ente público ou privado.”

Temos então, de um lado, o Direito Positivo com seus entes legais, leis e costumes, ordenando ações e omissões, facultando outras tantas, proibindo comportamentos, atribuindo qualidades às pessoas e às coisas, outorgando poderes e competências, prevendo atos procedimentais, cunhando conceitos e definições. Tudo isso dito na linguagem comum do povo (linguagem do objeto).

De outro lado, temos a Ciência do Direito, cujo objeto é justamente o Direito Positivo, seus entes. Juan Manuel Teran<sup>12</sup> diz com clareza:

“De onde se concluye que desde el punto de vista del Derecho como *forma normativa* toda actividad posible se encuentra juridicamente regulada.” Aproveitamos a cita

11 VILANOVA, Lourival. *Lógica Jurídica*, São Paulo, José Bushatsky, 1976, p. 113

12 TERAN, Juan Manuel. *Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1971, p. 174

para realçar que o *facultativo* pode ser deduzido de duas formas: a) por ser *ato livre* (não é obrigatório nem proibido); b) por estar *prescrito*. Assim, toda norma pura de potestade ou competência é facultativa ao agente (competência para instituir tributo, *v.g.*). Com o poder-dever já não ocorre a facultatividade.”

A função da Ciência do Direito é descrever o seu objeto. Nesse momento aparece a *proposição jurídica*, sob a forma de juízo, mercê da qual é possível apreender a *normatividade* contida nos sistemas positivos. A proposição descreve a norma. É descritiva. A norma, porém, não se confunde com a sua descrição. É prescritiva. Isto se torna claro quando o juiz aplica a norma, após intuí-la do sistema jurídico.

As normas em si mesmas são “entes teóricos” derivados do sistema jurídico como um todo. Uma norma jurídica, diga-se por oportuno, resulta da conjunção de significados normativos defluentes de diversas leis ou artigos de leis, editados em épocas diferentes por corpos legislativos. Conseqüentemente, o problema da *existência* e *validade* da norma só indiretamente lhe diz respeito, porquanto a questão de se saber se uma *norma* foi criada e posta a vigor de acordo com os ditames específicos da ordem jurídica reguladores de sua produção se reporta ao *processo de criação das leis e do reconhecimento dos costumes*. Se uma lei, por exemplo, prevê que o fato de alguém ser proprietário é jurígeno do dever de pagar imposto sobre o patrimônio imobiliário, e uma outra isenta os proprietários de um único imóvel de valor não superior a R\$ 10.000,00 de fazê-lo, ter-se-ia uma norma *prescritiva de dever* com o seguinte enunciado, descrito mediante uma proposição do *intérprete*:

*Hipótese*: alguém ser proprietário de imóveis, salvo se de um só de valor não superior a R\$ 10.000,00.

*Conseqüência*: pagar imposto imobiliário ao Estado anualmente.

A questão de se saber se predita norma é *válida* se desloca para a análise do “processo de reconhecimento” das leis que a engendraram, isto é, da lei que previu a tributação e da lei que previu a isenção. Somente quanto a elas será possível indagar se foram postas pelo legislador da forma prescrita, ou se entraram em vigor antes do início do exercício financeiro (princípio da anterioridade da lei tributária inserto na Constituição brasileira).

Frise-se que a *norma* – produto do universo legislado – não se confunde com os seus veículos, os *entes positivos* (leis, decretos-lei etc.).

Tampouco se confunde com as *proposições jurídicas* que a Ciência do Direito produz ao *descrever* a norma, sob a forma, quase sempre, de *juízos hipotéticos*.

A norma, ainda que condicional, é sempre *prescritiva* (porque o Direito é, basicamente, prático, finalístico, teleológico).

As leis são *enunciados literais* buscando um *fim*.

As proposições normativas são *descrições* das *normas jurídicas*, que defluem do universo legislado, produzidas por um *sujeito* (jurista ou juiz).

Por isso mesmo, ou seja, por serem juízos, são descrições de um ser, a norma! (Sem embargo de a norma constituir um dever-ser, por isso que prescritiva.)

Conseqüentemente, as *proposições jurídicas* são *proféticas*, por isso que exprimem *o que deve ser*, do ponto de vista subjetivo de quem as produz (os sujeitos que analisam a norma, posta como *objeto do conhecimento*). Estão, dessarte, sujeitas a um teste de verdade legal. E aqui se desvela a problemática da *interpretação*, seja com efeito meramente opinativo (o que fazem os cientistas de Direito, advogados, juriconsultos e até mesmo os aplicadores *ex officio* das normas: os funcionários do Executivo), seja com efeito judicante,

por parte dos juízes que dizem o *direito* com *definitividade*, ainda que sob o guante da revisão *ad quem*.

Com efeito, as *proposições normativas* são “profecias” a respeito do que deve ser (o “ser” da norma).

Mas somente a proposição normativa, proferida pelos órgãos supremos da jurisdição, tem o condão de *acertar* a norma, dizendo o que ela significa com obrigatoriedade indiscutível (norma individual, cf. Kelsen).

Nesse ponto fecha-se o ciclo. A *norma* é o que os juízes da irrecurável instância fixam como o seu real significado, objetivamente, enquanto *prescrição*.

A conclusão ora lançada tem o abono de Kelsen<sup>13</sup>. Dele a transcrição:

“O Direito prescreve, permite, confere poder ou competência, não ensina nada. Na medida, porém, em que as normas jurídicas são expressas em linguagem, isto é, em palavras e proposições, podem elas aparecer sob a forma de enunciados do mesmo tipo daqueles através dos quais se constata fatos.

Claro que nem todas as normas passam por um teste de verdade legal. Muitas se aplicam sem contestação. Basta, porém, que durante dado processo aplicativo ao Direito surja uma controvérsia para apropositar-se a intervenção do Judiciário, com o fito de fixar a inteligência da norma em questão. Por outro lado, é comum, em épocas diversas, uma mesma norma possuir significados diferentes. Que as leis em cujo interior se abrigam as *normas* necessitem análise, para a extração do conteúdo prescritivo nelas repesado, não causa espécie. É fenômeno corriqueiro. As ações declaratórias, especialmente, colimam sempre este desiderato. A seu turno, as partes no processo outra coisa não fazem do que formular “proposições

---

13 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, pp. 111-113

jurídicas” a respeito da norma em torno da qual controvertem. O fenômeno torna-se bem mais transparente nas lides travadas a partir de questões puramente “de direito” (*quaestio juris*).

Sem esta visão não seria possível entender a assertiva de Kelsen de que a *norma é um sentido* que pode comportar diferentes alternativas de aplicação. Vale dizer, os juízos que descrevem normas são juízos de dever-ser. A estrutura da norma não é puramente esquemática. A sua descrição não pode ficar apenas em *dizer* que é formada de *hipótese e conseqüência*, ou *suposto e comando*, ou ainda *prótase e apódose*. Um juízo sobre o dever-ser da norma é inevitável, pois, como já asseverado por Vilanova, se é *dever-ser*, é *dever-ser de algo*.

## 9. Existência, validade e vigência das leis – Aplicabilidade, incidência e eficácia das normas jurídicas

Chegado é o momento de encerrar a visualização panorâmica do tema normativo, aqui versado com intuito declaradamente propedêutico. Motivos de caráter metodológico exigiram esse tratamento. Em primeiro lugar, o *tributo* é norma. O dever de pagar tributo decorre de uma norma de comportamento. Em segundo lugar, a capacidade ativa para pôr e tirar dito dever decorre de normas de competência. Fez-se necessário, assim, este *bosquejo* sobre “normas”, sua natureza e seus tipos. De tudo quanto vimos, sobram-nos algumas verdades: as normas não são de um só tipo, e o esboço de uma tipologia servirá para situar a *norma tributária*. Além disso, as *normas jurídicas* não se confundem com as leis e os costumes que compõem o universo legislativo.

Agora o exato momento de repensar uma lição de José Souto Maior Borges<sup>14</sup> aceita de pronto pela doutrina brasileira, sem contestação. Trata-se, segundo as próprias palavras do notável professor

---

14 BORGES, José Souto Maior. *Lei Complementar Tributária*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1975.

recifense, do tema da Teoria Geral do Direito que estuda os *planos de consideração da lei*. Souto Maior Borges distingue os planos de *existência, validade, vigência, incidência, aplicação e eficácia* da lei no seu livro *Lei Complementar Tributária*.

O autor desenvolve sobre o tema interessantes observações, especialmente a partir da página 36, sendo conveniente repassá-las.

Assim, o primeiro conceito a ser considerado seria o da existência da lei. Citando Pontes de Miranda<sup>15</sup> Souto Maior Borges afiança-nos que os planos da *existência, validade e eficácia da lei* são inconfundíveis, porque “a lei pode ser, valer e não ter eficácia”, sendo ademais contraditório “falar-se em validade ou eficácia do que juridicamente *não é*”.

A lei, dessarte, pressupõe a sua própria existência até mesmo para que se possa submeter a um *teste de validade*. O conceito de validade apareceria num momento lógico posterior: “somente depois de existente a lei, pode ela revestir-se de validade ou invalidade, atributos que lhe são conferidos em função de sua *compatibilidade ou não* com o *ordenamento constitucional do País*”. A validade de uma lei estaria relacionada com a competência do órgão incumbido de sua criação e com as regras procedimentais ligadas a sua criação. Obedecidos os requisitos da *competência* e da *processualística legislativa*, tais como talhadas na Constituição, a “norma” teria condições de ingressar “no Direito positivo, sendo assim válida” (ob. cit., *passim*). Supondo-se *válida* determinada lei, o conceito de vigência surgiria em seguida: “lei existente pode ainda não incidir, como sucede no período da *vacatio legis*, intertempo entre ‘A’ a existência e ‘B’ a entrada em vigor (vigência) da lei.”

E prossegue:

---

15 MIRANDA, Pontes de. “Incidência e Aplicação da Lei”, in *Revista da OAB*, Pernambuco, *Revista da OAB*, ano I, nº 1, p. 52

“Existindo com validade e em vigor, está pronta a lei para *incidir*. A aplicação da lei deve coincidir com a sua incidência. Pode, contudo, a lei *incidir* sem que seja aplicada. A incidência é um *prius* com relação à eficácia do ato legislativo e um *posterius* com relação à sua existência.” (*passim*)

A incidência da lei dar-se-ia em última análise com a ocorrência do seu suposto.

“Dá-se a incidência da lei quando o suporte fático (hipótese de incidência) nela previsto abstratamente (hipoteticamente) ocorre concretamente no mundo dos fatos.”

Mais,

“A incidência da regra jurídica sempre que ocorre o suporte fático concreto é fenomenologicamente infalível e automática. O que pode falhar é o atendimento à incidência (*aplicação da lei*), a sua respeitabilidade.” (Grifos nossos.)

Não nos parece correta, metodologicamente falando, a colocação do eminente professor pernambucano. Para nós, com supedâneo na teoria da norma jurídica, é absolutamente necessário distinguir, isto sim, o *plano da lei do plano da norma*.

A lei é um ente positivo. A norma é um ser lógico. Pode até haver coincidência entre lei e norma, caso raro. Normalmente a *norma decorre de um conjunto de leis*.

Feito esse corte metodológico, é possível verificar que os problemas concernentes à *existência, validade e vigência*, de fato dizem respeito à lei como ente positivo, como ato legislativo. Através das “normas de reconhecimento” referidas por Hart, são “testadas” as leis (ou os costumes nos países de Direito Consuetudinário). No plano da lei, basicamente, importa saber se ela *existe*, se *existe com validade* e se, existindo com *validade*, está em vigor e, pois, apta a *formar normas jurídicas* ou cooperar para a formação delas.

As questões de *aplicabilidade, incidência e eficácia* já se inserem noutra dimensão muito diversa. Inserem-se no plano da norma. Aplicável é a norma e não a lei. O que incide não é a lei. É o preceito da norma, se e quando ocorrente sua hipótese de incidência no mundo fático. Do mesmo modo há que se considerar a eficácia como tema normativo e não como questão legal. Para nós a eficácia é a qualidade intrínseca da norma que lhe permite produzir os efeitos jurídicos que lhe são próprios. Está dentro da norma e não fora dela, como parece querer Souto Maior e, em certa medida, Hans Kelsen. À página 42 do livro de Souto Maior já referido linhas atrás, lemos:

“Para Kelsen, a eficácia do direito quer dizer que os homens se comportam na forma em que, de acordo com as normas jurídicas, devem comportar-se, ou seja, que as normas são realmente aplicadas e obedecidas. Enquanto a validade é uma qualidade do direito, a eficácia é uma qualidade da *conduta real dos homens* e não como parece sugerir o uso lingüístico, uma qualidade do próprio direito.”

Preferimos ficar com a tese da *eficácia como qualidade da norma* (da norma, nunca da lei), em companhia de Geraldo Ataliba<sup>16</sup>, *verbis*:

“Tem sido conceituada a eficácia dos atos jurídicos como a força ou poder que têm – e que lhes é atribuída pela ordem jurídica – para produzir os efeitos desejados pela própria ordem jurídica e que lhes são próprios; ou como aptidão para produzirem efeitos jurídicos.

Tanto é a eficácia um atributo da *norma*, que existem leis *insuficientes* para gerar uma norma. Precisam de outras leis ou de outros artigos de lei que lhes complementem a *normatividade*. Somente então se terá *uma norma com eficácia cheia*, isto é, *apta a*

---

16 ATALIBA, Geraldo. *O Decreto-Lei na Constituição de 1967*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1967, p. 21.

produzir *todos os efeitos* que lhe são próprios (a norma de imunidade das Instituições de Educação e Assistência Social, *v.g.*). Se a sociedade não respeita uma norma, ela cai em desuso. A norma em si é sempre eficaz. Existe para ser observada necessariamente, provindo daí a sua *eficácia*. O desuso é tema da Sociologia Jurídica, não cabe na Ciência do Direito.

Enfim, o Direito Tributário visa reger relação jurídica que se estabelece entre o *Estado* e as *pessoas físicas e jurídicas*, tendo em vista o pagamento dos tributos por estas últimas e o recebimento dos mesmos pelas pessoas políticas ou, se se preferir, pelo Estado. Dito objeto é de grande abrangência, embora restrito ao *tributo* e à *tributação* (implicando direitos e deveres entre o Estado e os contribuintes). É esta parcela da realidade social que se constitui objeto do Direito Tributário. Gota de água? Um grande lago? – Nada disso; um oceano e suas margens.

### REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

ATALIBA, Geraldo. *O Decreto-Lei na Constituição de 1967*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1967, p. 21;

AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined*, New York, The Noonday Press, 1954;

BORGES, José Souto Maior. *Lei Complementar Tributária*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1975;

CARVALHO, Paulo de Barros. *Teoria da Norma Tributária*, São Paulo, Lael, 1974, p. 31;

GRECO, Marco Aurélio. *Norma Jurídica Tributária*, EDUC, Saraiva, 1974, pp. 20-21;

KELSEN, Hans. *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*, pp. 58-9;

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, pp. 111-113;

MIRANDA, Pontes de. “Incidência e Aplicação da Lei”, in *Revista da OAB*, Pernambuco, *Revista da OAB*, ano I, nº 1, p. 52;

NINO, Carlos Santiago. *La Definición de Derecho y de Norma Jurídica, Notas de Introducción al Derecho*, Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos., Buenos Aires, 1973, p. 85;

TERAN, Juan Manuel. *Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1971, p. 174;

VILANOVA, Lourival. *Lógica Jurídica*, São Paulo, José Bushatsky, 1976, p. 113;

VILLEY, Michel. *Sur les Essais d'Application de la Logique Deontique au Droit. Archives de Philosophie du Droit*, Paris, Sirey, 1972, n<sup>o</sup> 17, tome XVII, pp. 407 e ss.