

Uma introdução à Filosofia do Direito, inclusive do Direito Tributário

Sacha Calmon Navarro Coêlho*

Resumo: O Direito é a mais eficaz técnica de organização social e de planificação de comportamentos humanos. O Direito, portanto, é datado historicamente e geograficamente situado, posto que universal, seja incipiente, seja complexo. Inexiste Direito atemporal, válido *urbi et orbi*. Braço normativo do poder político, o Direito-Sistema, entretanto, não é impermeável às reivindicações da justiça e da igualdade que se formam à sua volta e deixa-se penetrar, ao longo do devir histórico, por estes ideais. Neste sentido, costuma-se dizer que o Direito é a estrada, não sem barreiras, por onde transitam os anseios e as determinações da justiça e da igualdade. Tessitura complexa e delicada, envolvida nas dobras do tempo, em constante mutação. Frequentemente atordoado pelo tecnicismo do Direito e o particularismo das normas, ou, ao revés, embevecido com os ideais de justiça, o jurista deixa de perceber a dimensão global e totalizante do fenômeno jurídico, vendo-o ora como *técnica*, ora como *valor*. Nem uma coisa nem outra, se separadas. As duas conjuntamente. É assim o Direito. É técnica e é valor.

Palavras-chave: Direito. Direito Tributário. Técnica. Valor.

1 Objeto do Direito

1.1 O Direito como técnica e como valor

O Direito é a mais eficaz técnica de organização social e de planificação de comportamentos humanos.

Enquanto técnica, o Direito é neutro em relação aos valores. Mas só enquanto técnica.

Onde quer que exista uma estrutura de poder, democrática ou autocrática, primitiva ou sofisticada, o Direito é utilizado para organizar a sociedade subjacente e determinar os comportamentos desejáveis.

* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Membro da Academia Brasileira de Direito Tributário (ABDT).

Os valores dos que empolgam o poder político são utilizados para justificar as normas organizatórias e comportamentais do sistema jurídico, com ou sem o consentimento da sociedade.

O Direito, portanto, é datado histórica e geograficamente situado, posto que universal, seja incipiente, seja complexo.

Inexiste Direito atemporal, válido *urbi et orbi*.

Braço normativo do poder político, o Direito-Sistema, entretanto, não é impermeável às reivindicações da justiça e da igualdade que se formam à sua volta e deixa-se penetrar, ao longo do devir histórico, por estes ideais. Neste sentido, costuma-se dizer que o Direito é a estrada, não sem barreiras, por onde transitam os anseios e as determinações da justiça e da igualdade.

Sua importância histórica é inelutável.

A axiologia, cada vez mais, do passado evanescente até os nossos dias e rumando para o porvir, amolda o Direito à justiça. É um movimento de baixo para cima e sempre mais rápido, à medida que a história dos homens progride no tempo e no espaço. Tessitura complexa e delicada, envolvida nas dobras do tempo, em constante mutação. Frequentemente atordoado pelo tecnicismo do Direito e o particularismo das normas, ou, ao revés, embevecido com os ideais de justiça, o jurista deixa de perceber a dimensão global e totalizante do fenômeno jurídico, vendo-o ora como *técnica*, ora como *valor*. Nem uma coisa nem outra, se separadas. As duas conjuntamente. É assim o Direito. É técnica e é valor.

1.2 O Direito Tributário, técnica e valor

No campo do Direito Tributário este dualismo ou este amálgama sempre esteve presente.

Baleeiro, enfático, fazia-nos recordar que onde quer que se erguesse um poder político, quase que como a sua sombra, aparecia o poder de tributar.

Em tempos recuados e até bem pouco – há cerca de três séculos apenas – o *jus tributandi* e o *jus puniendi* eram atributos do poder sem peias dos governantes. Muito poder e abuso e pouca justiça. De lá para cá, o poder foi sendo limitado. Os princípios impostos progressivamente pela axiologia do justo foram se incorporando aos sistemas jurídicos: capacidade contributiva, como fundamento para a tributação; igualdade de todos perante a lei; a lei feita por representantes do povo como único veículo para instaurar a tributação (legalidade); a descrição pormenorizada dos fatos tributáveis (tipicidade) para evitar o subjetivismo dos chefes fiscais e para garantir a certeza e a segurança dos contribuintes; a proibição do confisco por meio da tributação; a absoluta irretroatividade das leis fiscais e da jurisprudência tributária e assim por diante.

1.3 Direito, sociedade e história

O Direito, portanto, faz parte do estofado da história, é *história*. É, igualmente, um produto social. Robinson Crusoe, na sua ilha, sem Sexta-Feira, desnecessária do

Direito por falta de intersubjetividade. Não obstante, o Direito é cultura, na medida em que é produzido pela psique do homem e para os homens. Os deuses pairam acima das leis. O Direito não tem nada de natural ou divino, não provém da revelação, embora possa proteger valores naturais caros ao homem, como a vida. Procede da consciência humana e realiza os valores que emergem do social buscando formalização e efetividade. Neste sentido é um produto cultural, essencialmente cultural.

Vejam as coisas com mais vagar, juntando o fenômeno jurídico ao fenômeno humano na aventura da história.

1.4 O Direito como produto social – trabalho, sociedade e cultura – A experiência jurídica e a história dos homens

A primeira coisa que o homem faz juntamente com os seus semelhantes é produzir para viver. Produzindo, convivem. O modo de conviver vai depender, então, do modo como produzem. Não são, ou foram, as sociedades “caçadoras”, diversas das sociedades “pastoras” no modo como se estruturaram?

Ao produzirem, para viver, os homens usam instrumentos, aplicam conhecimentos, inventam técnicas, agregam experiências que, em última análise, decidem sobre o tipo de relações que haverão de manter entre si. O homem é, antes de tudo, um ser-de-necessidades ou *homo necessitudinis*. Para satisfazer às suas necessidades básicas, sempre prementes, tem que agir, isto é, *trabalhar*. Eis o *homo faber*. Destarte, para satisfazer às suas necessidades, o homem “trabalha” a natureza, humanizando-a. Catando frutos, caçando, pescando, plantando, domesticando animais, minerando ou transformando metais, industrializando as matérias-primas ou comerciando, o *homo faber* arranca da natureza sustento para a sobrevivência com o “suor do rosto”. Ao trabalhar, constrói a si próprio, sobrevive. A história nada mais é do que a história do homem e de seu fazer pelos tempos adentro. Seria impossível entendê-la, e as sociedades que sucessivamente engendrou, sem referi-las fundamentalmente às relações de produção, que o modo de produzir dos homens em cada época e de cada lugar tornou plausíveis. As relações sociais, econômicas e culturais da sociedade primitiva, da sociedade grega, romana, árabe ou visigótica, da sociedade medieval, da sociedade capitalista, foram condicionadas por diferentes estruturas de produção. Ora, *todas essas sociedades*, como de resto todas as comunidades humanas, atuais e pretéritas, foram e são *articuladas juridicamente*.

Fenômeno do mundo da cultura, o Direito está inegavelmente enraizado no social. Contudo, embora o discipline, paradoxalmente é um seu reflexo. Isto porque é radicalmente instrumental. Mas o fenômeno jurídico não se reduz ao puro instrumento normativo.

Da vida em sociedade brota o Direito. *Ex facto oritur jus*. O “ser” e o “outro”, convivendo, realçam o social, e, por certo, do *fato social* projetam-se interesses, carências e aspirações a suscitar regulação. Daí valores. E são eles que fecundam o Direito. Se o Direito é dever-ser, é dever-ser de algo, já o disse Vilanova, o recifense, como a sublinhar que o axiológico não paira no ar, desvinculado da concretude da vida. Os valores não são entes etéreos ou coleção de imperativos morais, imutáveis

e intangíveis, tais quais essências sacrossantas. Não são supra-humanos nem nos chegam *ab extra*. Projetam-se do homem-na-história, do homem concreto, de um estar-aí-no-mundo-com-os-outros. *Das necessidades* às aspirações e, daí, às normas. Assim, se o Direito está na norma, por certo brotou do espaço cultural de cada povo com as suas aspirações e os seus valores, epifenômenos da experiência social, nucleada à volta do processo de reprodução da vida humana.

Ocorre que os critérios e valores que informam historicamente a construção das “legalidades vigentes” trazem a marca dos interesses concretos, até mesmo conflitantes, que do fundo mais profundo da sociedade emergem à luz colimando “formalização” e “juridicidade”. Trata-se então de dar “forma”, “eficácia” e “vigência” a prescrições que se reputam “certas” e “necessárias” à convivência humana e à “ordem pública”. Tudo isto é feito através de “instituições” que repassam para a ordem jurídica os conflitos de interesses existentes no meio social. O Estado, assim como o *Direito*, são instrumentos de compromisso. Por isso mesmo se diz que o Direito é um “fenômeno social”, um fenômeno de “acomodação”. Há sempre uma relação de coerência entre Sociedade e Direito.

A cada sociedade corresponde uma estrutura jurídica. O Direito da velha Atenas não serviria, é intuitivo, à moderna sociedade americana. Uma sociedade cuja estrutura de produção estivesse montada no trabalho escravo – o que ocorreu até bem pouco tempo – não poderia sequer pensar em capitalismo e, conseqüentemente, em *viabilizá-lo* através de um Direito do Trabalho baseado no regime de salariado. Sem dúvida, o homem é quem elabora os sistemas sociais e o próprio Direito, e isto lhe é dado fazer porque é dotado de inteligência, consciência e vontade. No mundo cultural, nada sucede a não ser através do psiquismo do *homo sapiens*. Mas, antes dele, há o *homo faber* e, antes deste, o *homo necessitudinis*. O espírito humano não vive no vazio nem retira do éter juízos, ideias e planos. Ao organizar a sociedade e o Direito, o homem não opera desvinculado da realidade.

Quem pensa, e age, e constrói o mundo cultural, o mundo do Direito, é o homem, não o “homem-em-si”, mas o homem real, o homem concreto. O “eu”, já o disse o jusfilósofo,¹ “é uma relação”, “relação com o mundo exterior, com outros indivíduos. O Eu é como um sino: se houvesse o vácuo social em torno dele, nada se ouviria”. E mais: “Cultural na sociedade é, portanto, sua própria organização. A organização é obra do homem cujo ser, cuja alma, cujo pensamento se expressam no conjunto de relações que dele fazem um primitivo, um bárbaro, um grego, um romano, um medieval, um tipo da Renascença ou da sociedade industrial moderna ou um proprietário, um escravo, um servo ou um proletário”. O pensamento humano e seus produtos culturais são desde sempre “produtos sociais”. A capacidade de trabalhar por meio de conceitos não só forneceu ao homem instrumentos eficientes de se resolverem problemas práticos, como transplantou a vida mental do plano sensorial para o mundo de símbolos, ideias e valores.

A ideia de Direito liga-se à ideia de conduta e de organização. O Direito valoriza, qualifica, atribui conseqüências aos comportamentos em função da utilidade

¹ LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do Direito*. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1962. p. 5 e segs.

social sugerida pelos valores da sociedade a que serve. Para o Direito – instrumento de organização – a conduta é o momento de uma relação entre pessoas (relação inter-subjetiva), e não o momento da relação entre pessoa e divindade ou sua consciência, seu foro íntimo. Seu problema específico é estabelecer a legalidade fornecedora dos critérios através dos quais é possível às pessoas produzirem, disporem e gozarem dos bens, dirimirem conflitos sociais e interpessoais, inibirem ações indesejáveis e punirem transgressões. “A ordem jurídica é o sistema de legalidade do Estado, expresso no conjunto de normas existentes.”²

O Direito é uma testemunha dos tempos. A análise das “legalidades vigentes” permite retratar as sociedades humanas em todos os seus planos e aspectos.

O Direito enquanto *ordem positiva* reflete, tem refletido, o que lhe vai pela base. Ele é a prova acabada da nossa imperfeição. Instrumento de disciplinação das coletividades, através da *planificação prévia* dos comportamentos desejáveis, tanto tem servido a Agostinho e a sua *Civitas Dei* quanto a Hitler e o seu *Reich* de mil anos com igual eficácia.

Este seu caráter instrumental – técnica aperfeiçoada que é de obtenção de comportamentos – tem levado os *juristas*, com desespero, a gritar que o *Direito* preexiste ao *Estado*, sua fonte, e que existe à margem e até mesmo contra a *lei*, seu veículo. E, por isso, “nem tudo que é legal justo é”. Por certo, tiranias e injustiças do pretérito e do presente, a leste e a oeste, sustentam este grito. O Direito jamais foi sinônimo de justiça. A lei tem sido aqui e alhures, agora como antanho, mais um instrumento de reprimenda do que de libertação. As “ordens positivas” são feitas pelos “donos do poder”, pouco importando a ideologia que professem. Tem sido necessário, pois, gritar a existência de um Direito natural, anterior e acima do Estado. Só que este Direito não é reconhecido pelos tribunais, não regula o dia a dia dos homens, nem jamais estancou a opressão e o arbitrio. É e tem sido sempre, literalmente, um grito de revolta destituído de positividade. Quando muito, serve de *padrão* para dizer como o “*Direito-que-é*” *deveria ser*. Temos a convicção de que a *justiça* é algo que se coloca para lá das “legalidades vigentes”.³

Lewis H. Morgan,⁴ sociólogo, antropólogo e historiador norte-americano, depois de dedicar toda a sua vida ao estudo da sociedade e do progresso humano, tanto que intitulou a sua obra-prima de *Investigações sobre o progresso humano desde o estado selvagem até a civilização através da barbárie*, à altura da página 497 do seu monumental livro, dá-nos o seu julgamento da história e da civilização:

Desde o advento da civilização, chëgou a ser tão grande o aumento da riqueza, assumindo formas tão variadas, de aplicação tão extensa, e tão habilmente administrada no interesse dos seus possuidores, que ela, a riqueza, transformou-se numa força irredutível, oposta ao povo. A inteligência humana vê-se impotente e desnor-teada diante de sua própria criação. Contudo, chegará um tempo em que a razão

² Id., *ibid.*, p. 38.

³ Não obstante, os *valores* que se formam no tecido social “penetram” o *Direito posto*, influenciando na aplicação das *normas*, conferindo-lhes *valências* novas.

⁴ MORGAN, Lewis H. *La sociedad primitiva*. Trad. de Alfredo Palacios. México, DF: Pavlov, 1977.

humana será suficientemente forte para dominar a riqueza e fixar as relações do Estado com a propriedade que ele protege e os limites aos direitos dos proprietários. Os interesses da sociedade são absolutamente superiores aos interesses individuais, e entre uns e outros deve estabelecer-se uma relação justa e harmônica. A simples caça à riqueza não é finalidade, o destino da humanidade, a menos que o progresso deixe de ser a lei no futuro, como tem sido no passado. O tempo que transcorreu desde o início da civilização não passa de uma fração ínfima da existência passada da humanidade, uma fração ínfima das épocas vindouras. A dissolução da sociedade ergue-se, diante de nós, como uma ameaça; é o fim de um período histórico – cuja única meta tem sido a propriedade da riqueza – porque esse período encerra os elementos de sua própria ruína. A democracia na administração, a fraternidade na sociedade, a igualdade de direitos e a instrução geral farão despontar a próxima etapa superior da sociedade, para a qual tendem constantemente a experiência, a ciência e o conhecimento. Será uma revivescência da liberdade, igualdade e fraternidade das antigas *gens*, mas sob uma forma superior.

1.5 A moda, a moral, a religião e o Direito – Os sistemas normativos – Liberdade e repressão – Direito e civilização

Que esta divagação filosófica sobre as atmosferas jurídicas que envolvem o mundo não obscureça o objeto do Direito, na área do pragmático, como veremos daqui ao final deste ensaio. Qual é, ao cabo, o *objeto do Direito*?

É a organização da sociedade e das condutas humanas. O Direito é a mais aperfeiçoada técnica de controle social, se considerarmos a Moda, a Religião e a Moral, que também são sistemas normativos, indutores e inibidores de comportamentos humanos. Linhas atrás vimos o Direito na história. Agora, cumpre compará-lo com outros sistemas normativos e mostrar como funciona e como se reparte para reger a vida humana. Antes falemos de outros sistemas normativos.

A Moda uniformiza modos de fazer, dizer, vestir, comportar-se, acendrando o sentimento grupal. Atua mediante o juízo de depreciação. Aquele que estiver fora dos padrões da Moda é malvisto, depreciado. Mas a Moda como técnica comportamental é frágil, apenas um ensaio de norma sobre como nos comportarmos.

A Moral já é mais intensa de conteúdo e efetividade. A Moral, grave, não é fútil como a Moda. É já sistema, possui princípios, incorpora a experiência vivida pelo grupo, convence mais, reprime mais. O típico da Moral é entrar no imo do homem, introjetar-se, atuar sobre a consciência, trabalhar a ideia do bem e do mal, elevar ou atormentar o espírito. É, contudo, subjetivismo puro, relação do homem consigo mesmo, com a sua consciência (que não nasceu com o homem, foi-lhe imposta pelo grupo onde nasceu e foi educado). Varia como a Moda, a Religião e o Direito no tempo e no espaço.

O homem deve comportar-se como a Moral recomenda e sofrer quando transgredir os seus ditames. Dostoiévsky foi, talvez até mais do que Shakespeare – preocupado em expor as grandes paixões: o amor, o ciúme, o poder, a inveja –, o escritor que mais aprofundou os dramas da consciência humana, em obras densas como

Os irmãos Karamazov e *Crime e castigo*. Mas a sanção moral é interior. Preocupa-se com as intenções e pune com o remorso. Suas cadeias são as da alma. O seu grau de normatividade é extremamente superior ao da Moda.

As religiões trabalham – supondo sempre o livre-arbítrio – para obter comportamentos desejáveis e coibir os indesejáveis, com um sistema de recompensas *post mortem*. Se me comporto bem, ganho o céu; se me comporto mal, destino-me ao inferno, embora exista a possibilidade de redenção no purgatório ou então pela repetição de vidas.

Descumprir os preceitos religiosos básicos significa condenar-me a sucessivas reencarnações ou não perceber, ou demorar a perceber a beleza do Todo em seu eterno vir-a-ser. A Religião é normativa, por isso que predetermina os comportamentos que deseja ou rejeita. O “de onde venho”, “para onde vou” e “como me situarei depois da morte” – campo de eleição de toda metafísica – é o terreno onde ficam pés as religiões, fortes sistemas normativos, mormente no mundo da tradição judaico-cristã, ou seja, as civilizações do Oriente Médio e ocidentais. Nas sociedades mais antigas, os sumos sacerdotes, quase sempre, como ocorreu inclusive com os papas, empolgaram o poder político. Estado e Religião viviam amalgamados. Os preceitos morais estavam embutidos nos mandamentos da Religião, e esta, frequentemente, continha códigos jurídicos. Os Dez Mandamentos, com o “não matarás”, “não roubarás”, “não desejarás a mulher do próximo”, já não são codificação jurídica? O “honrarás pai e mãe” já denota a indução da moral utilitária. Entre os humanos “prestantes” é preciso cuidar e venerar os velhos “imprestáveis”. Onde falha o amor solidário reentra o dever moral. Confúcio fez da veneração aos idosos o pilar da moral chinesa clássica. Os historiadores do Direito ou os arqueólogos jurídicos dizem que em Roma houve um tempo em que não se distinguia a *Lex* (Lei dos homens) da *Fas* (Lei divina). Sófocles, na peça teatral *Antígona*, a seu turno, mostra o conflito entre preceitos religiosos e normas jurídicas antinaturais. A separação entre a Igreja e o Estado (o Estado laico) é recente. É mais recente ainda a renúncia das igrejas em exercer o *poder temporal*. O catolicismo da Inquisição era *poder político* na real acepção do termo. E, até hoje, os aiatolás islâmicos pensam governar em nome de Deus, aplicando os mandamentos do Corão em lugar dos códigos laicos. De qualquer modo, a Religião atua a partir de sanções prometidas após a morte.

O Direito é mais prático. A sanção dá-se aqui, agora. Tira-se a vida, a liberdade, os direitos, o dinheiro dos infratores que desobedeceram as suas prescrições. O Direito tampouco se preocupa com os dramas de consciência. As intenções-em-si são irrelevantes, pois o que lhe interessa, verdadeiramente, são as *condutas humanas*, as prescritas e as proibidas. O Direito descreve condutas e prescreve os efeitos que delas podem advir. Faz isso o tempo todo, em todos os tempos. Planifica instituições e comportamentos humanos, regendo o convívio social. Freud, com a sua notável intuição em compreender o homem como *id* (o homem que busca prazer e satisfação a partir dos impulsos de sua estrutura biopsíquica) e como *ego* (o homem educado que concilia os impulsos com as conveniências comportamentais que lhe foram in- trojetadas pela educação familiar, moral e religiosa – *superego*), penetrou profundamente na alma humana, tão machucada pelos querereres do corpo e pelas proibições

sociais, morais e religiosas. Pode até ter desnudado a hipocrisia moral, iniciando a análise do inconsciente humano, e se apiedado do homem, colhido nas malhas das organizações sociais repressoras, mas não alterou em nada o Direito, impassível na sua eterna missão de planejar e punir comportamentos. De resto, foi um discípulo de Freud, ademais filósofo e sociólogo, quem mais aprofundou este antagonismo entre o homem-natural e o homem-social. Refiro-me a Marcuse e sua obra intitulada *Eros e civilização*, onde demonstra que o processo civilizatório se faz às custas do sacrifício do homem, de todos os homens. Opõe o “princípio do prazer” (em si bom) ao “princípio da realidade” (em si necessário ao processo civilizatório). Civilizar é reprimir. Mas não é só reprimir. Pode ser também espiritualizar, como veremos. Ora, o processo educativo, civilizatório do homem, como ser-social, é feito a partir do quê? Da Moda, da Moral, da Religião e do Direito, este a mais alta e eficaz técnica de planificação de comportamentos humanos.

1.6 A inevitável ambiguidade dos sistemas normativos – A questão da justiça – O Direito progressivo

A ambiguidade dos sistemas normativos, por mais paradoxal que pareça, tem sido constante ao longo da história e nem poderia ter sido diferente.

De um lado esses sistemas explicam o conteúdo prático, organizacional, que encerram. De outro lado revelam o homem e seu idealismo, sua saga em busca do justo, do bem e do belo (que a beleza também é reprimida ou “usada”).

Seria imprudente não ver que a Moral egoísta e utilitária (“não faça aos outros aquilo que não queres que te façam”) deixa pouco a pouco de se basear no *dever* para se firmar no *amor*. Compte Sponville, autor do mais importante livro sobre a Ética neste fim de século, faz-nos ver maravilhados que a Moral, ao invés de constringer, pode nos tornar felizes, até mesmo sem religião. O seu livro se intitula *O pequeno tratado das grandes virtudes*, e o cerne da sua prédica escora-se em uma máxima, profunda e bela: “o que fazemos por dever não fazemos por amor, e o que fazemos por amor não fazemos por dever”. O Amor é, então, a maior de todas as virtudes. Quanto à Religião, foi preciso esperar a teologia do amor e do perdão contra a da culpa e do castigo para entender o fenômeno religioso mais como alegria pessoal do que como estrutura implacável de poder normativo com base em ameaças. Teilhard de Chardin, que foi cientista e teólogo católico, jamais negou que nós somos o elo final e pensante da evolução das espécies e que nossos corpos e mentes resultam da primeira molécula surgida no planeta no dealbar da vida, depois de longo processo evolutivo. Nem por isso deixou de ver, na evolução, uma formidável epopeia; viu o mais complexo surgindo do mais simples e o espírito resultando da carne num plano majestoso, cuja razão humana, imersa em profunda vertigem, não explica, mas a alma pressente: a caminhada da consciência para o ponto ômega, para Ele que, fora do tempo, funda o homem e a história. Haverá um tempo em que igrejas e doutrinas morais e religiosas serão, talvez, desnecessárias, e o homem estará como o centro.

Mas o que estará reservado ao Direito? Qualquer olhar que lancemos ao passado, já vimos, deixa-nos lívidos de pavor: penas infamantes, torturas, arbitrio, medo,

angústia, as galés. Grandes são as diferenças entre os direitos de antanho e os de hoje. A escravidão e a desigualdade eram comuns. O tributo, castigo e opressão, poder do governante. O processo, tosco; a justiça, parcial; o sistema de provas, irracional. Até mesmo em Roma, sede primeira da ciência jurídica, houve um tempo em que o credor podia lançar as mãos sobre o devedor, reduzi-lo à escravidão ou jogá-lo do alto da pedra terpeia para que morresse à vista de todos.

É verdade que, hoje em dia e por toda parte, injustiças sociais e leis injustas nos fazem descreer do homem. A condição feminina, para não nos alongarmos noutras injustiças, mormente no Oriente, em que pesem todos os avanços, é, ainda, profundamente discriminatória, para dizer o mínimo. Os direitos das minorias, quando não são objeto de desprezo ou mofa, sequer são reconhecidos. Racismo e misérias humanas parecem indiferentes ao Direito, que muita vez até os estimula. A África do Sul e o Sr. Mandela... E o que dizer dos direitos dos não-heterossexuais? Tudo isso, no entanto, está em mutação. Como linhas longamente convergentes destinadas a se unirem em algum ponto do futuro, *Direito, Justiça e Igualdade* finalmente serão um plexo pleno e inextricável.

Por isso os juristas, os operadores do Direito, que é ciência e arte, devem ser pessoas de fé, cientes de sua missão. Devemos servir aos valores humanos: liberdade, pluralismo, humanismo, a pessoa como centro de respeito (todas as pessoas), dignidade, igualdade, verdade e paz, acima de povos, raças, credos, religiões e pátrias. A missão do jurista, a par de conhecer o Direito, é introduzir nos sistemas jurídicos a axiologia do *justo* e do *igual* em escala planetária. Não estaremos fazendo nada sublime, apenas uma tarefa quotidiana. É hora de encerrar esta parte citando dois grandes juristas, à guisa de síntese de tudo quanto foi dito sobre a ambiguidade do Direito, a um só tempo opressão e caminho para a liberdade e a justiça.

A Ciência do Direito é a ciência do Direito Positivo. O conhecimento jurídico dirige-se a estas normas que possuem o carácter de normas jurídicas e conferem a determinados fatos o carácter de atos jurídicos.⁵

A perspectiva aí é absolutamente positivista. O objeto da Ciência do Direito é a norma jurídica (qualquer norma de qualquer sistema jurídico, legítimo ou não em sua formação, justo ou não em seu conteúdo).

Expressivo, portanto, o título do livro: *Teoria pura do Direito*.

Mas vimos que o Direito vem de envolta com a história e as suas tormentas, numa busca obstinada de *igualdade, segurança e justiça*.

O Direito é, essencialmente, um esforço humano no sentido de realizar o valor justiça. Essa dimensão ideal existe na norma jurídica. Pois a norma não se reduz a uma mera forma de relacionar atos, com total indiferença para o valor. Se a norma é dever-ser, é dever-ser de algo.⁶

⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 4. ed. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora. 1981, v. 1, p. 7.

⁶ VILANOVA, Lourival. *Sobre o conceito de Direito*. Recife: Imprensa Oficial, 1947 p. 85-86.

1.7. O objeto do Direito – Crítica a Carlos Cossio – A perenidade do objeto do Direito

É chegada a hora de encarar o *objeto do Direito* em bases científicas. Carlos Cossio disse que:

En la conducta en tanto que ética ya hemos dicho que ella se especifica como derecho tomando por *principium divisionis* la interferencia de las acciones humanas: si consideramos la conducta en su interferencia subjetiva estamos frente a la moral; si consideramos en su interferencia intersubjetiva estamos frente al Derecho. Es claro, pues, que el Derecho es conducta y que, por lo tanto, en él está, porque él es, la libertad metafísica, aunque fenomenalizada desde la particular estructura de la interferencia intersubjetiva de las acciones humanas. El Derecho es así, plenaria vida humana considerada desde este ángulo particular.⁷

Duas observações devem ser feitas:

- a) a primeira é a de que Cossio diferencia o objeto do Direito e da Moral a partir da conduta humana (eis que dotado o homem de liberdade). Diferencia-os pelo dado da *interferência* das condutas ou das ações humanas. Se há intrínco, interação, interferência, intersubjetividade, há Direito. Se a conduta refletir-se ou for valorada só na consciência, temos a Moral;
- b) a segunda é a de que Cossio confunde o *objeto do Direito* com o *objeto da Ciência do Direito*, ou seja, do *Direito* já agora como objeto do conhecimento e não mais como técnica de planificação de comportamentos humanos. Emmanuel Matta,⁸ com acerto, diz que o Direito é previsão de condutas e não a conduta em si. “[...] se o Direito fosse realmente conduta humana, bastaria a proibição do homicídio para que não se praticasse nenhum homicídio”. Adverte Henkel: “[...] o direito não é meramente um plano ou proposta de comportamento, mas sim exigência de determinadas condutas”.⁹ De resto, não se pode olvidar que “um direito desarmado, desprovido da possibilidade de dirigir e executar atos de força contra aqueles que não cumprem suas prescrições, só poderia ser um direito simplesmente pensado ou projetado, ou melhor, um direito derogado, ou seja, em todos esses casos, um não direito”.¹⁰

Acrescentamos que é necessário distinguir a existência da norma e o seu atendimento pelo destinatário. O objeto do Direito é organizar as instituições e planificar os comportamentos humanos mediante *normas jurídicas*. A questão de a norma ser obedecida ou não é outra questão, corriqueira, normal, previsível. Por outro lado, o

⁷ COSSIO, Carlos. *Teoría egológica del Derecho. El concepto de libertad*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964. p. 658-659.

⁸ MATTA, Emmanuel. *Realismo da teoria pura do Direito: tópicos capitais do pensamento kelseniano*. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1964. p. 103.

⁹ HENKEL, Heinrich. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Madrid: Taurus, 1969. p. 152 e 160.

¹⁰ NARDUCCI, Squella Augustin. *Derecho, desobediencia y justicia*. 2. ed. Valparaíso: Edeval, 1992. p. 113.

objeto do jurista não é, em consequência, conhecer ou estudar a conduta humana, mas sim o Direito regrador dessa conduta. O objeto do jurista é o conhecimento das normas jurídicas. Diversa, ainda, é a questão da valoração das normas e dos comportamentos envolvidos tendo em mira a sua aplicação. Esta é uma função a cargo dos aplicadores do Direito, os juízes,¹¹ que em nada interfere com a questão ora em análise, ou seja, o *objeto do Direito*, que é reger os comportamentos humanos. Nem mais, nem menos. Veja-se a história. Alguém já viu sociedade ou governo, certo ou errado, totalitário ou democrático, sem ordem jurídica? O Direito-Sistema serve a todos os senhores e a todos os propósitos.

Por outro lado, não resta dúvida de que a *liberdade* do homem, a “liberdade metafísica” a que se refere Cossio, impulsiona as condutas, só que o Direito as classifica e lhes atribui as devidas consequências, segundo os padrões de cada época e de cada Estado, de acordo com os valores ou desvalores predominantes. O que não varia é a técnica jurídica e a fundamental diferença entre *leis, normas e proposições jurídicas* a respeito das normas.

2 O Direito como objeto

2.1 O fenômeno jurídico como objeto de multivárias disciplinas – O Direito Positivo e a Ciência do Direito

Vimos de ver que o objeto do Direito, o seu objetivo, é 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*.

Importa agora vislumbrá-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 deontológicas. 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.

¹¹ O papel dos intérpretes e aplicadores do Direito no processo de aplicação das regras de Direito à vida ou às situações concretas – *fato e norma* – bem como a compreensão que se possa deles ter é assunto fascinante. Muita vez, ou melhor, frequentemente, o Direito segue mudando em razão da sua própria aplicação. Isto, todavia, é *Direito Positivo*, eis que Direito Positivo não é sinônimo nem de dogma nem de imutabilidade.

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 inexistirá 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.

2.2 As categorias do conhecimento jurídico

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 Gnosologia Jurídica (a teoria do conhecimento do Direito).

2.3 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, utilizamo-la para vários fins. Muito frequentemente 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 linguísticas podem ocorrer: suplicar, sugerir, pedir, indicar, ordenar, impor etc. A oração “não faça isso” tanto pode expressar uma sú-

plica 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 frequência, 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*.

Ordenando ou rogando, prometendo recompensa ou punição, o uso diretivo da linguagem está voltado para o outro. Destaquemos, 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, frequentemente 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”. 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 sobre-existe 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 linguísticas que as veiculam. É que, como entes lógicos, possuem vida autônoma. Ocorre, tão-somente, que as *normas* são *expressadas* pelas formulações linguísticas, 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 linguísticas contêm a intencionalidade deôntica do agente prescriptor. Uma norma pode resultar de uma formulação linguística ou de várias devidamente conjugadas, como se terá oportunidade de constatar. Aliás, as *ordens* também são postas por meio da linguagem, embora não se confundam. A linguagem é o *veículo* através do qual as ordens são dadas e as normas são instituídas. Apenas isso.

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”.¹² 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,¹³ 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.

2.4 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. Consequentemente, 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*,

¹² LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do Direito*. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1962. p. 8 e segs. Ver item 1.4, *retro*.

¹³ AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined*. New York: The Noonday Press, 1954.

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 salteador 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 prêmio¹⁴ 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 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,

¹⁴ 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*.

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 oposita* 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 juizes, 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 *consequente* ou, noutra terminologia, *hipótese* e *consequência*. 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 consequente deveria *figurar sempre uma sanção*.

2.5 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.¹⁵ O “juízo” é ato de sujeito ao conhecer o seu objeto. Se a norma jurídica é o objeto do conhecimento jurídico na gnosiologia¹⁶ 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 Kelsen¹⁷ 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 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.¹⁸ (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).

¹⁵ 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.”

¹⁶ Gnosiologia (com i) = teoria do conhecimento, e não gnoseologia = teoria do conhecimento da divindade (vide *Novo dicionário Aurélio* e o *Novissimo*, de Laudelino Freire).

¹⁷ KELSEN, Hans. *Contribuciones a la teoría pura del Derecho*. p. 58-59.

¹⁸ *Idem*. *Teoria pura do Direito*. p. 111-113.

2.6 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: 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).

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 preveem 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.

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. Consequentemente, 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 *consequência*. Para atuar a consequência, é mister que ocorra o *fato jurígeno* delineado na hipótese da norma. Uma consequência jurídica “*deve ser*” toda vez que ocorra a sua hipótese.

2.7 Tipos de normas contraditórias 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 contraditórias as normas sancionantes que punem o descumprimento das obrigações tributárias, e cuja hipótese de incidência é, precisamente, o descumprimento da obrigação.

2.8 Distinção entre normas, leis e proposições jurídicas

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,¹⁹ 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 linguística utilizada pelo legislador.

As letras “b” e “c” são ambas formulações linguísticas, 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,²⁰ com sua autoridade de lente graduado da

¹⁹ GRECO, Marco Aurélio. *Norma jurídica tributária*. São Paulo: EDUC; Saraiva, 1974. p. 20-21.

²⁰ NINO, Carlos Santiago. *La definición de Derecho y de norma jurídica*: notas de introducción al Derecho. Buenos Aires: Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos., 1973. p. 85.

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 Villey²¹ 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.

[...]

Resta perguntar por que 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 *equívocos dessa ordem*, vincar um pouco mais a distinção. Lourival Vilanova,²² 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.²³ A função da Ciência do Direito é descrever o seu objeto. Nesse

²¹ VILLEY, Michel. Sur les essais d'application de la logique deontique au Droit. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, Sirey, 1972, n. 17, t. 17, p. 407 e segs.

²² VILANOVA, Lourival. *Lógica jurídica*. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p. 113.

²³ Juan Manuel Teran (in: *Filosofia del Derecho*. México: Porrúa, 1971. p. 174) diz com clareza: "De onde se concluye que desde el punto de vista del Derecho como forma normativa toda actividad posible se encuentra jurídicamente regulada." Aproveitamos a cita para realçar que o facultativo pode ser deduzido de duas

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. Consequentemente, 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.

Consequência: 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).

Consequentemente, 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*).

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.

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 irrecorrível instância fixam como o seu real significado, objetivamente, enquanto *prescrição*.

A conclusão ora lançada tem o abono de Kelsen. 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.²⁴

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 represado, 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 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 juízes 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 consequência*, 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*.

2.9 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, sobraram-nos algumas verdades: as normas não são de um só

²⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. p. 111-113.

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,²⁵ aceita de pronto pela doutrina brasileira, sem contestação. Trata-se, segundo as próprias palavras do notável professor 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,²⁶ 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" (op. 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:

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).

²⁵ BORGES, José Souto Maior. *Lei complementar tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

²⁶ MIRANDA, Pontes de. Incidência e aplicação da lei. *Revista da OAB*, Pernambuco, ano 1, n. 1, p. 52.

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 linguístico, 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, *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.²⁷

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 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.

²⁷ ATALIBA, Geraldo. *O Decreto-Lei na Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. p. 21.

Referências

- ATALIBA, Geraldo. *O Decreto-Lei na Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.
- AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined*. New York: The Noonday Press, 1954.
- BORGES, José Souto Maior. *Lei complementar tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Teoria da norma tributária*. São Paulo: Lael, 1974.
- COSSIO, Carlos. *Teoría egológica del Derecho. El concepto de libertad*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.
- GRECO, Marco Aurélio. *Norma jurídica tributária*. São Paulo: EDUC; Saraiva, 1974.
- HENKEL, Heinrich. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Madrid: Taurus, 1969.
- KELSEN, Hans. *Contribuciones a la teoría pura del Derecho*. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1969.
- _____. *Teoria pura do Direito*. 4. ed. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 1981. v. 1.
- LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do Direito*. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1962.
- MATTA, Emmanuel. *Realismo da teoria pura do Direito: tópicos capitais do pensamento kelseniano*. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1964.
- MIRANDA, Pontes de. Incidência e aplicação da lei. *Revista da OAB*, Pernambuco, ano 1, n. 1.
- MORGAN, Lewis H. *La sociedad primitiva*. Trad. de Alfredo Palacios. México, DF: Pavlov, 1977.
- NARDUCCI, Squella Augustin. *Derecho, desobediencia y justicia*. 2. ed. Valparaíso: Edeval, 1992.
- NINO, Carlos Santiago. *La definición de Derecho y de norma jurídica: notas de introducción al Derecho*. Buenos Aires: Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos., 1973.
- TERAN, Juan Manuel. *Filosofía del Derecho*. México: Porrúa, 1971.
- VILANOVA, Lourival. *Lógica jurídica*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.
- _____. *Sobre o conceito de Direito*. Recife: Imprensa Oficial. 1947
- VILLEY, Michel. Sur les essais d'application de la logique deontique au Droit. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, Sirey, 1972, n. 17, t. 17.