

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ – UFPR

GUILHERME BROTO FOLLADOR

AS NORMAS DE COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA

CURITIBA

2013

GUILHERME BROTO FOLLADOR

AS NORMAS DE COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. José Roberto Vieira  
Área de Concentração: Direito do Estado  
Linha de Pesquisa: Perspectivas da Dogmática Crítica

CURITIBA

2013

# TERMO DE APROVAÇÃO

GUILHERME BROTO FOLLADOR

## AS NORMAS DE COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, do Programa de Pós-Graduação em Direito, área de concentração em Direito do Estado, da Universidade Federal do Paraná, pela comissão formada pelos professores:

Orientador: Prof. Dr. José Roberto Vieira  
Universidade Federal do Paraná

Prof. Dr. Cesar Antonio Serbena  
Universidade Federal do Paraná

Prof. Dr. Andrei Pitten Velloso  
Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul – ESMAFE/RS

Curitiba, 04 de fevereiro de 2013.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a meus pais, Aires e Vera, que, para além do amor que dedicaram a mim e à minha irmã, não mediram esforços para que pudéssemos ter uma educação de qualidade – o que, no Brasil, infelizmente, ainda constitui um imenso privilégio.

Agradeço ao povo brasileiro, que, embora carente de tudo, custeou os meus estudos, na graduação e no mestrado, perante uma das melhores Faculdades de Direito do País.

Agradeço, da mesma forma, a todos os Professores que tive e a todos os colegas e servidores com quem convivi, no curso dessa caminhada, na querida UFPR. Da imensa maioria, tenho as melhores recordações possíveis; mesmo com os demais, porém, não deixei de aprender algo.

Agradeço ao meu Professor Orientador, Doutor José Roberto Vieira, cujo exemplo a tantos tem inspirado, em especial por conseguir conciliar o rigor do método e da linguagem com a clareza de pensamento e a abertura para novas ideias. É uma honra – e, também, motivo de muita satisfação – tê-lo como mestre.

Agradeço aos Professores do Programa de Pós-Graduação em Direito, especialmente àqueles cujas disciplinas cursei – Professores José Roberto Vieira, Cesar Antonio Serbena, Betina Treiger Grupenmacher, Ricardo Marcelo Fonseca, Clèmerson Merlin Clève e Vera Jacob de Fradera – todos fontes de ensinamentos que levarei para toda a vida.

Agradeço ao Professor Jordi Ferrer Beltrán, que, gentilmente, presenteou-me com o seu livro – *“Las Normas de Competencia: Un Aspecto de la Dinámica Jurídica”* – cuja leitura forneceu uma rota segura para as incursões deste trabalho no plano da Teoria Geral do Direito. Agradeço, também, ao Prof. Ricardo Guibourg, que me possibilitou, via “e-mail”, ter acesso ao brilhante texto em que trata da formalização das normas de competência – o qual vim a descobrir, depois, que estava tão ao alcance das mãos. Agradeço, sobretudo, ao Prof. Cesar Antonio Serbena, que intermediou o contato com o Prof. Ferrer e forneceu-me o contato do Prof. Guibourg.

Agradeço ao amigo Maurício Dalri Timm do Valle, que, embora colega de turma, à época da graduação, já é, hoje, um professor e um pesquisador experiente,

a quem este noviço deve bons conselhos, além do franco acesso à sua excelente biblioteca. Agradeço-lhe, também, por, juntamente com o Prof. José Roberto Vieira, ter me proporcionado minha primeira experiência como docente, ao convidar-me para ministrar algumas aulas no Curso de Especialização em Direito Tributário do Centro Universitário Curitiba, instituição à qual estendo esses cumprimentos, dirigidos, em especial, aos alunos e à coordenação do curso.

A todos os servidores da Biblioteca, em especial à Paula Carina, que, gentil e pacientemente, proporcionou-me o acesso a muitos dos artigos citados neste trabalho.

Aos meus amigos e colegas de trabalho, que compreenderam minhas ausências, suprindo-as com toda a boa vontade. Agradeço, em especial, ao Professor Alfredo de Assis Gonçalves Neto, pelo exemplo de pensador do Direito que é; ao Dr. Ricardo Hildebrand Seyboth, por sua disposição em conversar sobre o tema deste trabalho a qualquer hora, e em qualquer lugar, bem como por suas críticas e sugestões; ao Dr. Nelson Couto de Rezende Junior, por também se dispor a discutir sobre o tema, substituindo os assuntos amenos do almoço pelas grandes questões da Filosofia do Direito; aos Drs. Paulo Sergio Nied e Nayara Tataren Sepulcri, colegas no Mestrado, por compartilharem comigo as minhas e as suas próprias dúvidas, conclusões, angústias e alegrias. À Dra. Nayara agradeço, também, pelas críticas e sugestões.

Ao amigo de todas as horas, Marcos Flávio de Oliveira, com quem posso sempre contar.

A toda a minha família, em especial aos meus sogros, Waldemiro e Lillian, pelo estímulo e pelo exemplo.

A Luiza, o porto seguro onde me refiz do cansaço, a mão carinhosa que me levantou nos momentos de fraqueza, o olhar sereno onde encontro refúgio, e que, não satisfeita em ser tudo o que é, teve a paciência de discutir algumas das ideias aqui defendidas – embora se trate de assunto totalmente estranho à sua própria área de atuação – e, ainda, ajudou-me imensamente na revisão formal do texto.

E, por fim, ao nosso filho, tão sonhado, que, embora ainda esteja por chegar, já é motivo de tanta alegria.

Tenho, para com todos, uma dívida eterna, que jamais poderei pagar integralmente.

“Deus ao mar o perigo e o abismo deu,  
Mas nele é que espelhou o céu”

FERNANDO PESSOA<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> *Mar Português*. In **Mensagem**. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 48.

## RESUMO

O objetivo principal deste trabalho é analisar, criticamente, o conceito de competência tributária e as propostas doutrinárias de formalização das normas de competência tributária, expondo, a partir das lições colhidas sobre o tema, na Teoria Geral do Direito, os principais problemas encontrados nas tentativas de reconstruí-las como típicas normas prescritivas. No primeiro capítulo, o estudo é dedicado ao exame das noções de “norma” e de “norma jurídica”, e tem por principal finalidade evidenciar que o conceito de “norma jurídica” com que a Dogmática do Direito Tributário vem trabalhando é por demais restritivo, o que contribui para obscurecer a distinção entre conceitos fundamentais da Ciência Jurídica, como os de “norma”, “direito”, “dever”, “poder”, “permissão”, “obrigação”, “proibição”, “ônus” e “sanção”. No segundo capítulo, apresentam-se as principais propostas encontradas, no plano da Teoria Geral do Direito, acerca do caráter e da estrutura das normas de competência, bem como as principais críticas que lhes foram dirigidas. Por fim, no último capítulo, depois de situar o tema da competência tributária no contexto do Sistema Constitucional Tributário brasileiro, procura-se aplicar as conclusões do primeiro e do segundo capítulos no exame crítico das concepções da doutrina brasileira do direito tributário relativas aos conceitos de competência e de imunidade tributária, bem como relativas às normas que as veiculam.

Palavras-chave: Competência Tributária. Norma de Competência. Formalização.

## ABSTRACT

The main objective of this work is to critically analyze the concept of taxing power, as well as the proposals of formalization of the "taxing power conferring rules" Brazilian Tax Law scholars have postulated. This issue will be developed on the basis of some important authors of General Theory of Law, who have evidenced the problems in attempts to rebuild those norms as typical prescriptive rules. The first chapter explores the concepts of "norm" and "legal norm". Its main purpose is to show that the concept of "norm" wherewith the Dogmatic of Tax Law has been working is too restrictive, which contributes to blur the distinction between fundamental concepts of Juridical Science, such as "norm", "right", "duty", "power", "permission", "obligation", "prohibition", "*onus*" and "sanction". The second chapter presents the main proposals about the character and structure of power conferring rules presented in General Theory of Law. It also deals with the main criticisms addressed to these proposals. Finally, the last chapter places the issue of taxing power in the context of the Brazilian Constitutional Tax System and applies the findings of the first and second chapters on the logical analysis of the norms which grant the power to tax.

Keywords: Tax Power. Power Conferring Rules. Competence. Formalization.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO 1 – AS NORMAS JURÍDICAS</b> .....	<b>8</b>
1.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES .....	8
1.2. O SUBSTANTIVO “NORMA” .....	9
1.2.1. Introdução .....	9
1.2.2. A ambiguidade do vocábulo.....	12
1.2.3. A vagueza do vocábulo .....	17
1.2.3.1. Introdução .....	17
1.2.3.2. Os usos da linguagem e a linguagem prescritiva .....	18
1.2.3.3. As diferentes “espécies” de normas .....	27
1.2.3.3.1. Introdução .....	27
1.2.3.3.2. Prescrições (normas de conduta) .....	32
1.2.3.3.3. Normas técnicas .....	41
1.2.3.3.4. Normas determinativas (conceituais) .....	44
1.2.3.3.5. Normas constitutivas .....	46
1.2.3.4. As normas e a regulação do comportamento humano .....	51
1.3. O ADJETIVO “JURÍDICA” .....	56
1.3.1. Que normas podem ser chamadas de “jurídicas”? .....	56
1.3.2. Existência e validade das normas jurídicas .....	65
<b>CAPÍTULO 2 – AS NORMAS DE COMPETÊNCIA</b> .....	<b>76</b>
2.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS .....	76
2.2. O CONCEITO DE COMPETÊNCIA .....	76
2.3. PROPOSTAS TEÓRICAS SOBRE A FORMA LÓGICA DAS NORMAS DE COMPETÊNCIA .....	79

2.3.1. Introdução .....	79
2.3.2. Propostas unitaristas .....	80
2.3.2.1. Introdução .....	80
2.3.2.2. As normas de competência como normas de conduta .....	80
2.3.2.2.1. Introdução .....	80
2.3.2.2.2. Normas de competência como obrigações indiretas .....	82
2.3.2.2.3. Normas de competência como permissões .....	85
2.3.2.3. Normas de competência como normas técnicas .....	88
2.3.2.4. Normas de competência como normas conceituais .....	91
2.3.2.4.1. Introdução .....	91
2.3.2.4.2. Hart .....	91
2.3.2.4.3. Ross .....	96
2.3.2.4.4. Alchourrón e Bulygin .....	98
2.3.2.5. Normas de competência como normas constitutivas .....	100
2.3.2.6. Normas de competência como constitutivo-performativas.....	102
2.3.3 Propostas “não-unitaristas”.....	105
2.4. CRÍTICAS ÀS TEORIAS EXAMINADAS .....	109
2.4.1. Introdução .....	109
2.4.2. Críticas à teoria das partes de normas ou normas dependentes .....	109
2.4.3. Críticas à teoria das obrigações indiretas .....	113
2.4.4. Críticas à teoria das normas permissivas .....	116
2.4.5. Críticas à teoria das normas técnicas .....	125
2.4.6. Críticas à teoria das normas conceituais .....	128
2.4.7. Críticas à teoria das normas constitutivas .....	129
2.4.8. Críticas à teoria das normas “constitutivo-performativas”.....	131
2.5. ADESÃO À POSIÇÃO NÃO-UNITARISTA .....	132
<b>CAPÍTULO 3 – AS NORMAS DE COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA .....</b>	<b>142</b>
3.1. O SISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO BRASILEIRO: PRINCÍPIO FEDERATIVO E REPARTIÇÃO DAS COMPETÊNCIAS .....	142
3.2. O CONCEITO DE COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA .....	152
3.2.1. Introdução .....	152

3.2.2. As diversas “competências tributárias” .....	153
3.2.3. O que significa atribuir competência tributária? .....	156
3.3 PROPOSTAS DE FORMALIZAÇÃO.....	165
3.3.1. Introdução .....	165
3.3.2. Eurico Marcos Diniz de Santi e Daniel Monteiro Peixoto .....	166
3.3.3. Cristiane Mendonça .....	168
3.3.4. Tácio Lacerda Gama .....	170
3.3.5. Apreciação crítica das propostas apresentadas .....	174
3.3.5.1. Introdução .....	175
3.3.5.2. A hipótese .....	176
3.3.5.3. Os conectivos inter e intraproposicional .....	179
3.3.5.4. O conseqüente .....	188
3.3.5.5. A sanção .....	193
3.4. COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA: VALIDADE E REGULAÇÃO DEÔNTICA ...	201
<b>CONCLUSÕES .....</b>	<b>214</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>234</b>

## INTRODUÇÃO

As normas de competência têm enorme importância no discurso jurídico, e ocupam posição central na estrutura de qualquer ordenamento moderno.

Segundo HART, sua introdução foi “... *um passo em frente tão importante para a sociedade como a invenção da roda...*” (sic), representando, verdadeiramente, “... *a passagem do mundo pré-jurídico ao mundo jurídico*”<sup>1</sup>.

Para BOBBIO, na mesma linha, é justamente “... *a presença e frequência dessas normas que constitui a complexidade do ordenamento jurídico*”<sup>2</sup>.

Sua importância é, de fato, inequívoca, e reside, principalmente, no fato de serem elas que, juntamente com as normas que tratam da revogação, da derrogação e da convalidação de outras normas, conferem caráter dinâmico aos sistemas jurídicos, tornando-os mutáveis e, conseqüentemente, mais aptos a atender às sempre cambiantes necessidades de regulação da vida social.

Sua participação decisiva, na dinâmica dos sistemas jurídicos, faz com que sejam necessárias tanto para identificar os enunciados normativos pertencentes e válidos nesses sistemas como para a própria caracterização de um conjunto de normas como um sistema normativo. Decorre daí, também, a íntima relação que guardam com o tema das nulidades, sem dúvida um dos mais fundamentais da Ciência Jurídica.

Penhor seguro de sua posição central na reconstrução dos sistemas jurídicos encontra-se, ainda, no fato de autores como KELSEN, HART, ROSS e VON WRIGHT, entre tantos outros, terem feito delas seu objeto de estudo.

No entanto, apesar do amplamente compartilhado reconhecimento de sua relevância, e muito embora a temática da competência permeie, em alguma medida, praticamente todos os ramos da Dogmática Jurídica, o estudo das normas que as veiculam, sob o ponto de vista formal, salvo honrosas exceções, é matéria a que apenas a Teoria Geral do Direito tem dedicado atenção mais detida<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> **O Conceito de Direito**, p. 50.

<sup>2</sup> **Teoria Geral do Direito**, p. 197.

<sup>3</sup> Dois bons exemplos dessas exceções são as obras de CRISTIANE MENDONÇA – **Competência Tributária** – e de TÁCIO LACERDA GAMA – **Competência Tributária: Fundamentos para uma teoria da nulidade** – especialmente dedicadas ao tema da competência tributária.

O que parece é que, no âmbito dogmático, supõe-se que esse é daqueles conceitos que não oferecem qualquer dificuldade, razão pela qual se pode passar de uma sua definição irrefletida diretamente ao estudo de sua regulação específica pelo direito positivo. Assim, seja no Direito Processual, no Direito Administrativo ou no Direito Tributário, ramos em que o conceito é mais presente, fala-se em “repartição de competências”, em “espécies de competência”, em “características das competências”, mas se reflete muito pouco sobre o que significa, sob o ponto de vista lógico, conferir competência a alguém para fazer algo.

Na verdade, apenas os teóricos do direito é que parecem haver percebido as dificuldades envolvidas no conceito de competência e, conseqüentemente, na tentativa de conceber uma estrutura lógica capaz de dar conta, minimamente, dos fenômenos normativos a ela relativos. Reflexo claro disso é a absoluta ausência de consenso quanto a esses temas, como observa BULYGIN, ao dizer que ainda “*No hay acuerdo entre los filósofos del derecho acerca de la naturaleza de las normas de competencia...*”<sup>4-5</sup>.

Aliás, não existe consenso nem mesmo em relação a se é possível ou não definir como “normas” os enunciados de que se valem as fontes normativas para atribuir competência, pois não faltou quem os tenha tratado não como veiculadores de verdadeiras normas, e sim como meros “fragmentos de normas”, ou como simples “definições”, de caráter não-normativo<sup>6-7</sup>.

<sup>4</sup> *Sobre las Normas de Competencia, in Análisis Lógico y Derecho*, p. 487.

<sup>5</sup> Em razão da proximidade entre o português e o espanhol, as citações feitas neste idioma não serão traduzidas.

<sup>6</sup> De fato, segundo NINO, KELSEN não toma as normas de competência como “normas”, mas como “... partes de normas genuínas...” - *Introducción al análisis del derecho*, p. 86, – muito embora o próprio KELSEN tenha preferido dizer, em dado momento, que se trata, sim, de normas, mas de “normas não-autônomas” ou “normas não-independentes” – *Teoria Pura do Direito*, p. 36. Já de acordo com FERRER BELTRÁN, se para KELSEN a característica que define as normas jurídicas é a regulação de condutas mediante a imposição de sanções, então a conclusão só pode ser a de que “... las normas de competencia no son normas jurídicas, puesto que éstas no regulan conductas mediante la imposición de sanciones.” – *Las Normas de Competencia: Un Aspecto de la Dinámica Jurídica*, p. 22.

<sup>7</sup> Nesse sentido é, por exemplo, a proposta apresentada por ALCHOURRÓN e BULYGIN no famoso texto “*Definiciones y normas*”, em que atribuem às definições caráter não-normativo, inserindo nessa categoria as normas de competência – *Definiciones y normas, in El lenguaje del derecho: Homenaje a Genaro R. Carrió*, p. 11-42. A despeito disso, é preciso ponderar que, em texto posterior, BULYGIN tratou as “definições” como sinônimos de “normas conceituais”, reconhecendo nelas, pois, caráter normativo – *Sobre las Normas... op. cit.*, p. 485-498.

Essas divergências teóricas decorrem, em grande medida, do caráter plurívoco e vago do vocábulo “norma”, que é usado nos mais diversos sentidos e, além disso, é, por vezes, atribuído a objetos que guardam muitas diferenças entre si.

Decorrem, também, do fato de que há grande discordância quanto a quais são os fatores que permitem adjetivar determinadas normas como “jurídicas”.

Decorrem, por fim, da circunstância de que existem concepções teóricas muito distintas quanto aos conceitos de validade e existência normativas, aos quais, como dito anteriormente, a noção de competência está intimamente ligada.

A um primeiro olhar, essas divergências parecem quase não existir no plano da doutrina tributarista brasileira. Ao contrário, parece haver um grande consenso quanto ao conceito de competência e às possibilidades de sua representação formal. Esse consenso, no entanto, é apenas aparente; as divergências ocultam-se por detrás do confuso tratamento que se dispensa à matéria, e não se revelam imediatamente pela simples razão de que a noção de competência é daquelas tão fundamentais que, sobre ela, muito se fala e pouco se discute.

Prova disso está na verdadeira miríade de palavras que compõem os núcleos das definições do termo encontradas na doutrina, as quais associam a ideia de competência a conceitos tão distintos entre si como os de “capacidade” e “direito subjetivo”.

O mesmo ocorre, aliás, com o conceito de “imunidade”, que, embora receba mais atenção da doutrina, algumas vezes é associado à ideia de “incompetência”, isto é, de impossibilidade de editar normas de incidência tributária válidas em relação a determinadas matérias, e, outras vezes, é descrita como uma “proibição” à criação de normas de incidência tributária sobre certas materialidades, sem que se notem as dificuldades ínsitas à concepção que associa a impossibilidade lógico-jurídica de se praticar uma conduta à proibição de praticá-la.

Realmente, parece haver na doutrina tributarista, de maneira geral, uma grande confusão entre a descrição do “poder” de editar normas de incidência tributária sobre fatos determinados como “possibilidade” – “capacidade”, “legitimidade”, “idoneidade”, “habilitação” etc. – de editá-las e o “poder” de criar normas tributárias como “permissão” – “direito subjetivo”, “faculdade”, “autorização” etc. – de criá-las. Tanto é assim que é frequente encontrar, em textos de diversos autores, na mesma passagem, referências simultâneas às duas acepções da palavra “poder”.

Esse tratamento confuso entre o “poder/competência” como “possibilidade lógico-jurídica” e o “poder/competência” como “permissão”, decorrente, em grande medida, da ausência de uma distinção entre as “disposições de competência” e as “normas de competência”, reflete-se em propostas teóricas que não veem qualquer óbice em reconstruir os enunciados atribuidores de competência como normas de estrutura prescritiva, notadamente como permissões outorgadas ao sujeito competente para o exercício da competência.

Aliás, pelo contrário, as propostas de formalização da competência tributária encontradas procuram, sempre, inserir a regulação da outorga da competência nos quadros de uma estrutura prescritiva, que une, mediante nexos de imputação, a descrição hipotética de um fato à previsão de uma relação jurídica, em que um sujeito ativo é credor de uma prestação, a qual, por sua vez, o sujeito passivo tem o dever de executar, sob pena de sanção.

O fato, porém, é que transportar essa estrutura lógica para o tema das competências e sua relação com a validade normativa é providência que encerra uma série de inconvenientes teóricos. A uma, porque dificilmente os limites formais e materiais que condicionam o agir do sujeito competente podem ser apresentados como “deveres”; a duas, porque o “poder” de editar a norma de incidência tributária é completamente independente do “direito” de editá-la, ainda que a recíproca não seja verdadeira; e, a três, porque há seríssimos obstáculos a que se interprete a declaração de nulidade como sanção pelo “descumprimento” da norma de competência.

Parece contribuir decisivamente para essa equivocada posição da doutrina brasileira a adoção de um conceito muito restrito de “normas jurídicas”, em que elas são identificadas apenas com as prescrições. Isso se reflete, do ponto de vista epistemológico, numa atenção exacerbada aos enunciados que regulam deonticamente a conduta, isto é, que impõem deveres, mediante a imposição de sanções, e num consequente obscurecimento de outras categorias, tão ou mais importantes do que as prescrições, para a regulação do comportamento humano, como é o caso das normas técnicas, das definições jurídicas e das normas constitutivas, as quais, nessa perspectiva, ficam confinadas nos porões do sistema

jurídico, donde emergem apenas e tão-somente para auxiliarem na construção das prescrições, como se fossem meros fragmentos delas ou, pior, suas serviçais<sup>8</sup>.

Em rigor, essa perspectiva está ligada a uma adoção quase unânime, na doutrina tributarista brasileira, da noção kelseniana de norma jurídica (completa) e, também, das suas ideias sobre a existência e a validade normativas, que, se muito contribuíram para forjar a moderna Ciência do Direito, apresentam, também, graves problemas, cuja apresentação perpassará o presente texto, sem que, no entanto, nele se busque uma sua análise exaustiva, na medida em que não constituem seu objeto.

Na verdade, o objetivo deste texto é, tão-somente, o de analisar criticamente as propostas de formalização das normas de competência tributária apresentadas pela doutrina brasileira, com apoio nos estudos produzidos sobre a matéria no plano da Teoria Geral do Direito e, também, com amparo em reflexões sobre os conceitos de norma, de validade e de existência normativa, para, ao final, assumir o risco de apresentar uma proposta alternativa de formalização.

Para tanto, no primeiro capítulo, serão examinadas as diversas acepções da palavra “norma” e as diferentes propostas que buscam critérios para atribuir a algumas delas o adjetivo “jurídicas”; no segundo, a investigação dirigir-se-á à análise crítica das diversas propostas relativas ao caráter e à forma das normas de competência encontradas no âmbito da Teoria Geral do Direito; finalmente, no terceiro capítulo, depois de situar o tema da competência no âmbito do Sistema Constitucional Tributário Brasileiro, proceder-se-á a um exame dos diversos conceitos de competência tributária, à apresentação das principais propostas de formalização, à respectiva crítica, e, finalmente, à apresentação de uma proposta alternativa de estruturação lógica dos temas normativos afetos à competência tributária.

---

<sup>8</sup> É o caso da perspectiva que trata as prescrições como “... unidades completas de significação deontica...”, integrantes dos chamados subsistemas “S<sub>3</sub>”, correspondente ao “... domínio articulado de significações normativas...”, e “S<sub>4</sub>”, correspondente ao plano dos “... vínculos de coordenação e de subordinação que se estabelecem entre as regras jurídicas...”, compostos por “... unidades da mesma espécie daquelas produzidas no plano S<sub>3</sub>...”, isto é, por estruturas prescritivas, relegando ao plano da “insuficiência” e da “incompletude” os subsistemas “S<sub>1</sub>” e “S<sub>2</sub>”, correspondentes aos planos da literalidade textual – “... suporte físico das significações jurídicas...” – e das “...significações isoladas...” – PAULO DE BARROS CARVALHO, **Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência**, p. 105-124

Como o objetivo final é o exame do conceito e a construção de uma estrutura lógica para as normas de competência tributária, é de se supor que, em grande medida, a análise será pautada por reflexões que vêm do campo da lógica das normas.

É preciso dizer, porém, que a persecução da forma lógica das normas de competência tributária não consiste, para este trabalho, um fim em si mesmo. As formas lógicas são vistas, aqui, apenas como um instrumento para a organização do pensamento. Elas, de fato, não são “necessárias” para pensar o direito, mas não há dúvida de que são úteis para tanto. Se é difícil mensurar concretamente as consequências práticas de construir uma estrutura dessa natureza, para que se possa imaginar aonde tal providência pode levar, basta pensar na verdadeira revolução que os estudos de PAULO DE BARROS CARVALHO sobre a estrutura da norma jurídica de incidência tributária, precedidos que foram pelos de BECKER, ATALIBA e VILANOVA, provocaram na Ciência do Direito Tributário que se pratica no Brasil.

É bem verdade que, além de se haverem tornado uma espécie de fetiche na Dogmática do Direito Tributário Brasileiro, as formas lógicas vêm sendo utilizadas – conforme denuncia FOLLONI, – como fórmulas simbólicas que “... *têm a função de revelar as formas estruturais uniformes que subjazeriam ao direito positivo, proporcionando ao cientista trabalhar com segurança no conhecido, evitando a multiplicidade disforme da matéria legislada*”, de modo a não abrir lugar, no mundo desse conhecimento entrincheirado, ao diferente, ao estranho e ao acidental<sup>9</sup>.

No entanto, o fato é que, no processo de retorno das formas abstratas aos objetos concretos que representam, e sobre os quais se fala, as formas lógicas também podem ser usadas como instrumentos metodológicos auxiliares para revelar não as uniformidades, mas, precisamente, as diferenças entre esses mesmos objetos.

É para esse preciso fim que se as invoca neste estudo: para ajudar a tornar manifestas as diferenças entre os diversos tipos de enunciados a que se costuma atribuir caráter normativo, e, nessa toada, expor as distinções fundamentais que existem entre, de um lado, os enunciados que regem a competência e os valores

---

<sup>9</sup> ANDRÉ FOLLONI, *Ciência do Direito Tributário no Brasil: Crítica e Perspectivas a Partir de José Souto Maior Borges*, p. 160.

normativos da validade e da nulidade, e, de outro lado, aqueles que prescrevem condutas e cominam sanções.

Na melhor das hipóteses, este estudo representará uma contribuição para a teoria das nulidades relativas às normas de incidência tributária, constituindo um primeiro passo para investigações mais profundas, como aquela atinente ao exame da validade das numerosas alterações já promovidas, por meio de emendas constitucionais, nas normas de competência tributária<sup>10</sup>; na pior das hipóteses, deverá servir, ao menos, para pôr em debate a forma como alguns dos conceitos mais fundamentais da Teoria Geral do Direito, como os de “norma jurídica”, “competência”, “imunidade”, “poder”, “direito (subjeto)”, “dever”, “permissão”, “proibição”, “ônus” e “sanção”, vêm sendo aplicados no âmbito da Ciência do Direito Tributário. Se este último objetivo for alcançado, este trabalho terá atingido o seu desiderato.

---

<sup>10</sup> Nesse sentido, diz TORBEN SPAAK: *“Por que o conceito de competência jurídica interessa aos juristas e filósofos do Direito? A resposta está em que nós precisamos dele para adequadamente analisar e discutir questões relativas à (in)validade jurídica. Isso porque, como podemos ver, competência é uma condição necessária para a validade: apenas uma pessoa competente pode mudar uma ‘posição jurídica’”*. Tradução livre. No original inglês: *“Why should the concept of legal competence interest lawyers and legal philosophers? The answer is that we need a competence concept in order to adequately analyze and discuss questions of legal (in)validity. For, as we shall see, competence is a necessary condition for validity: only a competent person can change a legal position” – The Concept of Legal Competence, in IVR Encyclopaedia of Jurisprudence, Legal Theory and Philosophy of Law*, disponível em: <http://ssm.com/abstract=923531>, acesso em 04/01/2013.

## **CAPÍTULO 1 – AS NORMAS JURÍDICAS**

### **1.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES**

Desde o momento em que se definiu como objeto deste estudo o exame da estrutura lógica das normas jurídicas de competência tributária, restou concomitantemente estabelecida, como premissa, a afirmação do caráter normativo-jurídico dos enunciados que tratam da competência tributária.

Essa opção, contudo, precisa ser justificada, porque tomar os enunciados por meio dos quais se atribui competência tributária como normas jurídicas, por mais intuitivo que possa parecer, é providência que, naturalmente, dependerá do conceito de norma jurídica que se adote.

Como dito anteriormente, não faltou quem, adotando um conceito mais restrito de norma jurídica, tenha tratado as regras atribuidoras de competência, por exemplo, como meros “fragmentos” de normas jurídicas, como “normas dependentes”, ou como “definições”, de caráter não-normativo.

Daí a necessidade de, antes de passar à investigação específica do tema da competência tributária, tentar deixar claro qual é o objeto que se entende designado pela expressão “norma jurídica”. Esse desígnio justificaria, por si só, o presente capítulo.

Mas, além de necessário, o exame da noção de “norma jurídica” é também oportuno. De um lado, para que se possam compreender melhor as diversas propostas apresentadas, no âmbito da Teoria Geral do Direito, quanto à natureza e à estrutura lógico-formal das normas de competência, a serem analisadas no capítulo seguinte. De outro lado, porque o exame dos critérios que permitem marcar determinadas normas com o timbre da “juridicidade” está claramente ligado aos conceitos de existência e validade das normas jurídicas, e tais noções, a seu turno, estão estreitamente vinculadas ao conceito de competência.

Por esses motivos é que este capítulo será dedicado ao exame do conceito de “norma jurídica”, para o quê não parece haver outro caminho senão o de, primeiramente, investigar o conceito de “norma”, e, em seguida, partir em busca dos critérios que permitem adjetivar algumas delas como “jurídicas”.

## 1.2. O SUBSTANTIVO “NORMA”

### 1.2.1 Introdução

A noção de “norma” está longe de ser unívoca. Isso decorre, em primeiro lugar, do fato de que, como sói ocorrer nas linguagens naturais, sobre as quais usualmente recai o objeto de estudo das ciências sociais, a palavra que exprime o conceito padece do problema da ambiguidade <sup>11</sup>.

“Ambíguos”, como se sabe, são os vocábulos que se podem tomar em mais de um sentido, sem que necessariamente exista – embora possa haver – um ponto de contato entre tais sentidos ou um significado mais amplo e geral debaixo do qual eles possam ser reunidos.

O problema da ambiguidade – ou polissemia, ou plurivocidade – está presente na maior parte das palavras e expressões da linguagem natural, mesmo as mais singelas e de uso mais cotidiano, o que pode ser provado por uma simples consulta a qualquer dicionário, onde o ordinário não é observar a univocidade de um vocábulo, mas, sim, a existência de mais de um significado para cada termo ou expressão <sup>12</sup>.

Para ilustrar o que se quer dizer, pode-se tomar como exemplo a palavra “gato”. Trata-se, inegavelmente, de um termo ambíguo, porque, entre outros significados, pode dizer respeito (i) ao felino a cuja imagem sua enunciação nos remete mais diretamente; (ii) a uma instalação elétrica clandestina; (iii) a um indivíduo esperto; (iv) a um gatuno ou larápio; (v) a uma carta do jogo de truco; (vi) a

---

<sup>11</sup> E, se é assim, ainda mais longe do consenso está a noção de *norma jurídica*. Como bem aponta TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, “Não há uma, mas inúmeras noções de norma jurídica (sic)” – **A Ciência do Direito**, p. 50.

<sup>12</sup> “Todas las palabras del léxico de un lenguaje natural están afectadas de polisemia. Este aserto puede verificarse en cualquier buen diccionario consultando las diversas acepciones que figuran a continuación de cada vocablo” – ENRIQUE AFTALIÓN, JOSÉ VILANOVA e JULIO RAFFO, **Introducción al derecho: conocimiento y conocimiento científico, historia de las ideas jurídicas, teoría general del derecho, teoría general aplicada**, p. 91.

um homem em que se reconheçam traços de beleza; (vii) a alguém que foi inscrito irregularmente em uma competição *etc.*

Normalmente, a análise do contexto eliminará a dúvida sobre o sentido em que a palavra está sendo utilizada, especialmente quando se trata, como no caso da palavra “gato”, de hipóteses de significação tão diferentes entre si.

Porém, quanto mais próximos entre si estiverem os significados diversos que se atribuem a um mesmo termo, mais difícil será a tarefa de identificar aquele que, no caso concreto, estará sendo objeto de uso por parte de seu emissor.

Essa dificuldade, aliás, é especialmente frequente em palavras que não designam objetos do mundo físico, mas que expressam objetos linguísticos, conceitos abstratos, tais como “democracia”, “Estado”, “princípio”, “Constituição” e tantos outros de uso mais do que corriqueiro na linguagem jurídica.

Com a palavra “norma” não se passa coisa diversa, na medida em que ela ora faz referência a um padrão de conduta normalmente observado, ora alude a uma dada expressão que veicula uma norma, ora diz respeito a determinado significado de certo enunciado normativo, ora, ainda, representa o juízo que alguém faz sobre o fato de determinada ação ser obrigatória, permitida ou proibida. Será necessário, por isso, esclarecer em que sentido se utiliza a expressão neste estudo.

Mas, para além dessa primeira dificuldade, há também um segundo problema que obnubila o conceito sobre o qual nos debruçamos. É que, não bastasse ser ambíguo, o vocábulo “norma” também padece do problema da vagueza, na medida em que, mesmo quando definido o sentido em que se o utiliza, dentre outros possíveis, remanesce relativa incerteza quanto ao seu campo de aplicação, isto é, quanto aos objetos a que é aplicável.

Em rigor, todas as palavras e expressões verbais sofrem, em alguma medida, desse mesmo mal. Afinal, quando se pensa no uso de qualquer expressão da linguagem natural, verifica-se que há sempre (i) casos típicos, emblemáticos, diante dos quais ninguém hesitaria em aplicá-la; (ii) casos de inequívoca exclusão, nos quais sua utilização seria um completo despautério; e (iii) casos situados em uma zona cinzenta, de indeterminação, de penumbra, em que não se sabe, à primeira vista, se a palavra é ou não aplicável.

Pensando, mais uma vez, na palavra “gato”, para aproveitar a força retórica do exemplo, pode-se questionar severamente se seria qualificável como tal um felino que se apresentasse com todas as características a que nos remete a forma

platônica do objeto, isto é, que se apresentasse sob a imagem de um mamífero quadrúpede, carnívoro, com pelos, bigodes e dotado de grande agilidade, mas que tivesse quatro metros de altura e, ainda, fosse capaz de falar <sup>13</sup>.

Com a palavra “norma” acontece o mesmo, pois, como aponta MENDONÇA, tal termo “... *carece de un significado preciso y es utilizado en diversos contextos con diferentes sentidos*” <sup>14</sup>; o que faz com que palavras e expressões tão distintas como “regra”, “princípio”, “pauta”, “guia”, “preceito”, “modelo”, “padrão”, “prescrição”, “diretiva” e “diretriz” apareçam, eventualmente, como seus sinônimos parciais.

A relação de proximidade semântica que há entre tais expressões é clara para quem tem algum domínio da língua portuguesa, ainda que, em certa medida, seja difícil identificar, em cada um desses sinônimos parciais, qual o preciso traço de similaridade que nos autorizaria a, em dadas circunstâncias, utilizá-los no lugar da palavra “norma”.

Portanto, para deixar clara a concepção de “norma” adotada neste trabalho, não resta alternativa senão enfrentar os problemas da ambiguidade e da vagueza da palavra, identificando um sentido dentre os possíveis e delimitando seu campo de aplicação.

É o que se procura fazer nos tópicos que seguem.

---

<sup>13</sup> Esse é o tipo de vagueza que FERRERES COMELLA chama de (i) “vagueza por textura aberta”, potencialmente aplicável a qualquer tipo de palavra, na medida em que sempre podem surgir objetos com propriedades tão insólitas que nos deixarão em dúvida sobre se determinada palavra pode ou não ser utilizada para designá-los – como o “gato” gigante e falante, no exemplo do mesmo autor. Para além dessa espécie de vagueza, o autor também faz referência à (ii) “vagueza por gradiente”, que se produz quando uma palavra faz referência a uma propriedade que se verifica em diferentes níveis – caso da palavra ‘calvo’: a partir de quantos fios de cabelo uma pessoa pode ser considerada calva? – e à (iii) “vagueza combinatória”, que se dá quando uma palavra não se define por uma série de propriedades necessárias e suficientes, mas por um conjunto de propriedades relevantes, tais que, se um objeto reúne um número indefinido delas, é-lhe aplicável a palavra, embora qualquer dessas propriedades possa faltar sem que a palavra deixe de poder ser empregada. Um exemplo deste último tipo de vagueza está na palavra “jogo”: nem todos os jogos envolvem mais de um competidor, e nem mesmo o elemento *competição* é necessário; também não são necessárias bolas, uniformes *etc.*, mas cada um desses elementos é um indicativo da inclusão do objeto na classe dos “jogos”. É o caso, também, da palavra “arte” – *Justicia Constitucional y Democracia*, p. 19-24.

<sup>14</sup> *Las Claves del Derecho*, p. 46.

### 1.2.2 A ambiguidade do vocábulo

A palavra “norma” é ambígua, como mencionado, porque (i) ora alude aos fragmentos de linguagem, textuais ou não, por meio dos quais as normas são expressas pelo emissor <sup>15</sup>; (ii) ora faz referência a um determinado significado que o destinatário da mensagem atribui a esses enunciados; (iii) ora, ainda, representa o juízo que alguém faz sobre o fato de existir uma norma que regula determinada ação.

Partindo do pressuposto de que a linguagem jurídica é, essencialmente, fruto de estipulações, convenções, isto é, decisões linguísticas, e de que, portanto, não há conceitos ontologicamente verdadeiros, dotados de significado real ou intrínseco, para clarificar as noções de que nos valeremos neste trabalho é imprescindível distinguir o conceito de norma de outras noções que lhe são próximas, como as de “formulação normativa”, “enunciado normativo”, “disposição normativa” e “proposição normativa” <sup>16</sup>.

Pois bem, tomar-se-á por **formulação normativa**, aqui, qualquer veículo comunicativo de uma norma, isto é, qualquer via apta a transmitir uma mensagem normativa <sup>17</sup>.

Mencioná-lo é oportuno, porque permite registrar que nem sempre as normas são expressas por meio de palavras, embora isso seja o mais usual. De fato, uma luz de trânsito, um gesto ou um olhar podem muito bem veicular normas, sem que a mensagem venha acompanhada de qualquer expressão verbal.

A expressão **enunciado normativo**, por sua vez, será reservada a uma espécie de formulação normativa, caracterizada precisamente por veicular normas por meio de palavras, seja verbalmente ou por escrito.

---

<sup>15</sup> FERRER BELTRÁN, *Las Normas de Competencia...* op. cit., p. 160, nota 293.

<sup>16</sup> CARRIÓ bem demonstrou que, como linguagem é convenção, as palavras só podem ter o significado que se lhes atribui, de modo que não há significados intrínsecos, verdadeiros ou reais. Daí a esterilidade das disputas entre os cientistas e operadores do direito sobre a natureza jurídica de determinado instituto jurídico, bem como a infertilidade das disputas sobre a verdade ou o equívoco das classificações – *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, p. 101. No mesmo sentido, pondera GUIBOURG, em relação a tal sorte de discussões, que “*Todos estos problemas son insolubles si se los plantea de esa manera, porque su solución no depende de la realidad ni de la naturaleza, sino de ciertas decisiones clasificatorias y lingüísticas*” – *Introducción al conocimiento científico*, p. 40.

<sup>17</sup> MENDONCA, *Las Claves...* op. cit., p. 53.

Registre-se que, para um enunciado normativo merecer esse nome, precisa corresponder a uma “... expressão linguística sob forma acabada...”<sup>18</sup>; ou seja, precisa ser uma oração ou sentença “... bem formada de acordo com as regras do idioma em que está inserida...”<sup>19-20</sup>. Assim, uma expressão como “fazer deve não Fulano isso”, por exemplo, não pode ser considerada um enunciado normativo, na medida em que não respeita “...as regras gramaticais...” do idioma português.<sup>21-22</sup>

Aludir-se-á a **disposição normativa**, por outro viés, para fazer referência a uma espécie de enunciado pertencente ao discurso das fontes normativas – e não ao de seus destinatários ou intérpretes –<sup>23</sup>, caracterizada pelos fatos de ser expressa por escrito e de, eventualmente, integrar um determinado texto ou documento normativo, como uma lei, um decreto, um contrato, o Decálogo *etc.*

Tomar-se-ão por **normas**, a seu turno, os enunciados normativos, de caráter proposicional, pertencentes ao discurso dos intérpretes, isto é, dos destinatários das mensagens normativas, criados a partir da interpretação dos enunciados normativos oriundos do discurso das fontes, entre os quais as disposições normativas<sup>24</sup>.

<sup>18</sup> RICCARDO GUASTINI, **Das Fontes às Normas**, p. 25.

<sup>19</sup> MENDONÇA, **Las Claves...**, *op. cit.*, p. 27.

<sup>20</sup> De fato, como aponta MOUSSALLEM, “As palavras não podem ser postas em qualquer ordem para formar um enunciado (ou oração ou sentença).” – **Revogação em Matéria Tributária**, p. 37-38.

<sup>21</sup> Nesse sentido, diz PAULO DE BARROS CARVALHO que um enunciado é “... um conjunto de fonemas ou de grafemas que, obedecendo a regras gramaticais de determinado idioma, consubstanciam a mensagem expedida pelo sujeito emissor para ser recebida pelo destinatário, no contexto da comunicação.” – **Direito Tributário: Fundamentos...**, *op. cit.*, p. 44.

<sup>22</sup> HERNÁNDEZ MARÍN observa que um “enunciado” é “...una oración o una fórmula”, sendo que “oração” é “Una expresión bien formada y con sentido completo de un lenguaje natural...”, enquanto “fórmula” é “Una expresión bien formada y con sentido completo de un lenguaje artificial...” – **Introducción a la teoría de la norma jurídica**, p. 45.

<sup>23</sup> A doutrina tradicional, ao falar das “fontes do direito”, costuma remeter aos diversos enunciados – leis em sentido amplo, jurisprudência, atos administrativos *etc.* – sobre os quais se debruça o intérprete a fim de construir as normas e proposições normativas. No entanto, parece mais adequado dizer, com MOUSSALLEM, que “... a lei é produto de fonte do direito, a jurisprudência, os contratos, os atos administrativos também o são e não podem ser considerados como fontes do direito...” – **Fontes do Direito Tributário**, p. 119. Em linha semelhante vai a doutrina de PAULO DE BARROS CARVALHO, ao reservar para aquilo que seriam as “fontes do direito”, no sentido tradicional, a expressão “veículos introdutórios de normas” – **Curso de Direito Tributário**, p. 86.

<sup>24</sup> NINO, **Introducción...**, *op. cit.*, p. 87. Note-se que tanto as disposições normativas como as normas são enunciados que veiculam normas, já que o enunciado é tão somente a “... forma gramatical e linguística com que um determinado significado é expresso” – BOBBIO, **Teoria Geral...**, *op. cit.*, p. 52-53. A diferença entre uns e outros é que as normas são enunciados de caráter proposicional, porque resultado da interpretação de outro enunciado.

Oportuno assinalar que “proposição”, nesse sentido amplo em que o vocábulo se aplica às normas, é, simplesmente, um enunciado dotado de sentido, porque produto da interpretação de um dado estado de coisas<sup>25-26</sup>.

Se, para que tenhamos um enunciado, é suficiente que a construção frasal se dê com respeito às regras gramaticais de um idioma, para que se tenha uma proposição é necessário, também, que esse enunciado tenha um sentido, de modo que se possa avaliá-lo, segundo os valores do sistema de referência, como “verdadeiro” ou “falso”, “válido” ou “inválido”, “pertinente” ou “impertinente”, “sincero” ou “insincero” etc.

Assim, dizer, por exemplo, que “Fulano está obrigado a ‘ababibabilu’”, não é expressar uma norma, e sim um “disparate”, pois, ainda que tal construção respeite a estrutura gramatical da língua portuguesa, razão pela qual se pode qualificá-la como um enunciado, é uma construção completamente desprovida de sentido lógico<sup>27</sup>.

Por derradeiro, designar-se-á por **proposição normativa** o enunciado descritivo, informativo – não-normativo, portanto – que afirma a existência de uma determinada norma, sendo, em razão disso, suscetível de juízos de verdade ou falsidade<sup>28-29</sup>.

<sup>25</sup> Num sentido mais restrito, “proposições” são apenas as expressões do juízo, os enunciados a que se pode atribuir “valor-verdade”; num sentido mais amplo, são todo e qualquer enunciado dotado de sentido lógico.

<sup>26</sup> Com WITTGENSTEIN: “*Só a proposição tem sentido; é só no contexto da proposição que um nome tem significado*” – *Tractatus Logico-Philosophicus*, p. 153. É preciso dizer, porém, que, no “*Tractatus*”, o autor concebia a possibilidade de proposições sem sentido, como as “proposições lógicas”, que apenas “... ‘mostram’ as propriedades lógicas da linguagem e, por isso, do universo, mas não ‘dizem’ nada...”, como as tautologias e contradições – SÔNIA MENDES. **A validade jurídica e o giro linguístico**, p. 51-52. Só em obra posterior – **Investigações Filosóficas** – é que, passando a entender que a função da linguagem não é “representar” o mundo, e, sim, “comunicar”, WITTGENSTEIN começa a conceber toda e qualquer proposição como dotada de sentido. É que, agora, esse “sentido” das proposições não está mais “... na possibilidade de serem verdadeiras ou falsas, mas no fato de terem uma função dentro da vida humana e possuírem a sua própria lógica” – SÔNIA MENDES. **A validade...**, op. cit., p. 59.

<sup>27</sup> Um bom exemplo da diferença entre proposição e disparate é dado por SÔNIA MENDES: “*Sócrates é gordo*” é uma proposição, mas “*Gordura é Sócrates*” é um disparate – **A validade...**, op. cit., p. 48.

<sup>28</sup> Nesse sentido, diz MENDONÇA: “...*las proposiciones normativas pueden ser analizadas en términos de proposiciones acerca de la existencia de normas*” – **Las Claves...**, op. cit., p. 32.

<sup>29</sup> Essa é a concepção tradicional de “proposição normativa”, segundo PABLO NAVARRO – *Enunciados Jurídicos y Proposiciones Normativas*, **Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, nº. 12, p. 124.

Note-se que tanto a disposição normativa quanto a norma são enunciados normativos<sup>30</sup>. A diferença é que a disposição – objeto da interpretação, enunciado sobre o qual recai a interpretação – é um enunciado do discurso das fontes, do emissor da norma, ao passo que a norma – produto da interpretação, proposição que resulta da interpretação da disposição – é um enunciado do discurso do intérprete, isto é, do destinatário, do tradutor da mensagem normativa<sup>31</sup>.

A proposição normativa, a seu turno, não é um enunciado normativo, que expressa ou veicula uma norma, mas, sim, um enunciado descritivo, que faz da norma o objeto de uma afirmação – ou, mais precisamente, o objeto de um juízo fático<sup>32</sup>.

Para ilustrar essas distinções com um exemplo, poder-se-ia dizer que o enunciado normativo “deve-se proteger a vida”, expresso nos termos de uma disposição normativa, veiculada num texto ou documento normativo, dá origem, mediante interpretação do destinatário – incidente apenas sobre esse enunciado ou também sobre outros enunciados do discurso das fontes, – a uma norma segundo a qual “é proibido matar”, a qual é objeto, por sua vez, da proposição normativa do intérprete-cientista segundo a qual, “no sistema normativo x existe uma norma N que proíbe a conduta de matar”<sup>33</sup>.

As distinções até aqui efetuadas justificam-se por uma questão de clareza na definição das premissas, mas também encontram sua razão de ser na necessidade epistemológica – importante para este trabalho, tendo em vista a

---

<sup>30</sup> A “norma”, portanto, não é um enigmático sentido oculto e interno, representado apenas na mente do intérprete, mas é, também, um enunciado, que o intérprete constrói a partir de outro(s) enunciado(s). Assim como a proposição normativa, portanto, a “norma” é uma sobrelinguagem, mas uma sobrelinguagem voltada à regulação da conduta, e não à descrição do fenômeno regulador da conduta.

<sup>31</sup> GUASTINI, **Das Fontes às...**, *op. cit.*, p. 27.

<sup>32</sup> Como observam ALCHOURRÓN e BULYGIN: “*No es fácil trazar la distinción conceptual entre normas y proposiciones normativas; transcurrió bastante tiempo antes que los lógicos interesados en la lógica de las normas alcanzaran claridad respecto de este tema. Pero una vez que fuera detectada la ambigüedad de las expresiones deónticas, prácticamente todos los lógicos deónticos hacen uso de esa distinción conceptual, por distintas que sean sus ideas respecto de la naturaleza de las normas o respecto de la naturaleza de las proposiciones normativas*” – *Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos*. In: **Análisis lógico y Derecho**, p. 190. Também é importante advertir que há autores, como LOURIVAL VILANOVA, que, já no âmbito do discurso normativo-jurídico, chamam de “proposição normativa” aquilo a que chamamos de “norma”, reservando a expressão “proposição jurídica” para aludir àquilo que aqui denominamos “proposição normativa” – *Apud MOUSSALLEM, Revogação...*, *op. cit.*, p. 101.

<sup>33</sup> Como se vê, o enunciado do aplicador do direito (norma) é um enunciado regulador da conduta; o enunciado do cientista do direito (proposição jurídica) é descritivo do sistema normativo. – MOUSSALLEM, **Revogação...**, *op. cit.*, p. 109.

distinção que mais tarde se estabelecerá entre “disposição de competência” e “norma de competência” – de deixar clara a inexistência de correspondência biunívoca entre disposições normativas e normas.

De fato, as disposições normativas não podem ser confundidas com as normas porque, como demonstrou GUASTINI: a) Toda disposição normativa apresenta algum grau de vagueza e ambiguidade, de modo que comporta diversas (e mesmo conflitantes) atribuições de significado ( $D \Rightarrow N1? N2? N3?$ ); b) muitas disposições normativas podem exprimir não só uma norma, mas uma multiplicidade delas ( $D \Rightarrow N1 + N2 + N3$ ), e esse fenômeno tende a se manifestar de maneira tão mais forte quanto maior o grau de abstração ou vagueza de uma disposição normativa; c) pode acontecer, embora seja raro, que duas disposições sejam perfeitamente sinônimas, caso em que a ambas corresponderá apenas uma (e mesma) norma ( $D1 \Rightarrow N$  e  $D2 \Rightarrow N$ ); d) também pode acontecer, e isso é até frequente, que duas disposições, embora não sejam perfeitamente sinônimas, compartilhem ao menos um possível significado comum ( $D1 \Rightarrow N1 + N2 + N3$ ;  $D2 \Rightarrow N3 + N4 + N5$ )<sup>34-35</sup>.

GUASTINI observa, ainda, que, caso se adote um conceito mais estrito de “norma”, como aquele que restringe o significado da expressão aos enunciados prescritivos, tais como “Se o fato A é, deve ser a permissão, a obrigação ou a proibição B”, a inexistência de correspondência biunívoca entre disposições e normas restará ainda mais cristalina.

Afinal, nessa perspectiva, a dissociação entre disposição e norma existirá, também, nos casos: (i) de determinados “princípios”, veiculados em enunciados cujo grau de vagueza às vezes não permite que se extraia de seu preceito uma norma nesse sentido mais estrito ( $D \Rightarrow ?$ ); (ii) das disposições normativas que expressam meros “fragmentos” das normas ditas “completas”, caso em que a “verdadeira” norma será fruto de uma combinação de disposições ( $D1 + D2 + D3 \Rightarrow N$ ); e (iii) das “normas implícitas”, não veiculadas em disposição alguma ( $? \Rightarrow N$ ).

Em resumo, portanto, quer na concepção mais ampla ou na mais estrita, as normas não se confundem com as disposições normativas, nem há entre elas uma correspondência necessária. Ambas são espécies de enunciados normativos e, pois,

<sup>34</sup> Onde “D” representa disposição e “N” representa norma.

<sup>35</sup> GUASTINI, **Das Fontes às...**, *op. cit.*, p. 34-36.

de formulações normativas, mas as primeiras pertencem ao discurso das fontes e as segundas ao discurso dos intérpretes. E apenas as normas, e não as disposições normativas, podem ser objeto de proposições normativas<sup>36</sup>.

Desfeita, assim, a ambiguidade da palavra “norma”, não mediante a descoberta de algo como sua quintessência, mas a partir de uma estipulação, isto é, da decisão arbitrária de utilizá-la num sentido específico, dentre outros possíveis – e, eventualmente, até mais correntes, – pode-se passar, então, a examinar o outro problema linguístico responsável por grande parte dos desacordos entre os juristas no uso desse termo: o problema da vagueza.

### 1.2.3 A vagueza do vocábulo

#### 1.2.3.1 Introdução

A despeito desses primeiros esclarecimentos quanto à escolha de um sentido específico a se atribuir à palavra, a vagueza do termo faz com que ainda remanesça sem resposta a pergunta central deste primeiro capítulo: o quê, afinal, deve-se entender por “normas”? Isto é, a que objetos se aplica o vocábulo? Apenas aos que regulam condutas, qualificando-as como obrigatórias, permitidas ou proibidas? Aos que criam certas possibilidades de condutas? Aos que estabelecem os meios para se realizar uma conduta? Aos que definem conceitos estruturais dos sistemas normativos? A todos eles?

Para solucionar esse problema, pode-se pensar, intuitivamente, em dois caminhos alternativos.

---

<sup>36</sup> Isso significa que as normas são uma metalinguagem que tem por linguagem-objeto as disposições normativas e outras espécies de formulações normativas do discurso das fontes, ao passo que as proposições normativas são uma metalinguagem que tem por linguagem-objeto as normas, isto é, os enunciados normativos do discurso dos destinatários, dos intérpretes-aplicadores. A distinção entre “metalinguagem” e “linguagem-objeto” é examinada, a partir de TARSKI, em: CESAR SERBENA, **Lógica e Direito: Elementos para uma Reconstrução Formal do Raciocínio Jurídico**, p. 20-22.

O primeiro é, a exemplo do que se fez no tópico anterior, restringir arbitrariamente o seu campo de aplicação, mediante a escolha de um critério diferenciador que privilegie uma significação específica, em detrimento de outras possíveis <sup>37</sup>; o segundo consiste em, pura e simplesmente, expor os múltiplos objetos a que se costuma fazer referência por meio da expressão, para, então, buscar identificar, neles, os elementos comuns a todos. No primeiro caso, enveredar-se-á por uma definição “estipulada” <sup>38</sup>; no segundo caso, por uma definição “lexicográfica” (ou “informativa”) <sup>39</sup>.

### 1.2.3.2 Os usos da linguagem e a linguagem prescritiva

Uma resposta muito tradicional sobre o que caracteriza uma norma é fundada num critério semântico-pragmático, que parte da distinção entre os diversos tipos de usos da linguagem para fixar o traço peculiar dos enunciados normativos no seu caráter prescritivo.

De fato, como diz VERNENGO, num sistema de comunicação a linguagem desempenha múltiplas funções, e é recorrente, no pensamento filosófico, o procedimento de enumerar alguns desses usos e classificá-los <sup>40</sup>.

Diversos autores dedicaram-se à tarefa de inventariar essas funções da linguagem e sistematizá-las, de modo que várias também seriam as classificações a que se poderia fazer referência para tentar dar conta desse ponto.

<sup>37</sup> Nesse sentido, diz WARAT que uma definição “estipulativa” “*É uma definição totalmente convencional ou arbitrária...*” – **A Definição Jurídica: Suas Técnicas – Texto Programado**, p. 33.

<sup>38</sup> Embora seja de uso comum em outras línguas, como a espanhola – “estipulativa” – ou a inglesa – “stipulative”, – a palavra “estipulativa” não tem lugar no vocabulário da língua portuguesa – Cf. ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS, **Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa** – razão pela qual é preferível utilizar, em seu lugar, a palavra “estipulada”. Ademais, o sufixo “-ativo”, quando unido ao radical em questão, remete a algo que é “relativo à estipulação”, ou que “impele à estipulação”, ao passo que a palavra “estipulado” diz respeito àquilo que é “fruto” da estipulação, compondo, pois, um sentido mais próximo àquele que se pretende aqui exprimir, na medida em que tomamos “definição estipulada” precisamente como uma definição que é decorrência de uma estipulação.

<sup>39</sup> Como diz MENDONÇA, “...*las definiciones persiguen, básicamente, dos propósitos: describir el significado de un término ya en uso o asignar, estipulación mediante, un significado determinado y especial acuñado por primera vez para su uso en un sentido técnico específico. Las definiciones del primer tipo se denominan informativas o lexicográficas;...las del segundo tipo, las estipulativas...*” – **Las Claves...**, op. cit., p. 115.

<sup>40</sup> **Curso de Teoría General del Derecho**, p. 50.

Por se reputar que a ampliação do material de contraste proporciona maior clareza na identificação dos objetos da comparação, optou-se, aqui, por uma classificação cunhada por NINO, que distingue entre cinco espécies de usos da linguagem, diferentemente, por exemplo, do que fazem VERNENGO ou BOBBIO, que distinguem entre apenas três <sup>41</sup>.

Isso não quer dizer que a primeira proposta classificatória corresponda a uma classificação exaustiva, contraposta a uma classificação insuficiente. Na verdade, ambas são insuficientes, e qualquer outra que se pretendesse criar também o seria, porque a versatilidade da linguagem, isto é, a variabilidade de seus usos, é proporcional à inesgotável inventividade humana.

Não obstante, pode-se dizer que a escolha se justifica, também, porque a classificação feita por NINO inclui a categoria dos usos operativos ou performativos, que dizem respeito a uma função da linguagem muito peculiar, e de especial interesse para a presente investigação.

Pois bem, alude NINO, primeiramente, a um uso **informativo** ou **descritivo** da linguagem, em que sua função é descrever certo estado de coisas ou prestar informação a respeito de algum fato, como nos atos de relatar, descrever, afirmar *etc.*

Trata-se da função normalmente presente em enunciados como “A Terra gira em torno do sol” ou “A grama é verde”, que corresponderiam, na classificação de AUSTIN, aos enunciados “constativos” (“*constative utterances*”), em oposição aos enunciados performativos (“*performative utterances*”), dos quais se tratará mais adiante <sup>42</sup>.

As proposições construídas a partir desses enunciados têm por traço peculiar a possibilidade de se sujeitarem a juízos de verdade ou falsidade, o que não se verifica em nenhuma das quatro outras funções linguísticas destacadas abaixo.

<sup>41</sup> NINO, *Introducción...*, *op. cit.*, p. 63-64; VERNENGO, *Curso...*, p. 51. BOBBIO refere-se apenas às funções “descritiva”, “expressiva” e “prescritiva” da linguagem – *Teoria Geral...*, *op. cit.*, p. 57-59. Também CÁCERES NIETO distingue entre cinco diversos tipos de uso da linguagem, que correspondem aos mesmos apresentados por NINO, ainda que sob nomenclatura ligeiramente diversa – *Lenguaje y Derecho: Las Normas Jurídicas como Sistema de Enunciados*, p. 12-15.

<sup>42</sup> Formular um enunciado “constativo”, para AUSTIN, é simplesmente fazer uma afirmação (“...to make a statement...”); formular um enunciado “performativo” é, além de dizer, praticar uma ação (“...is the performing of an action...”) – *How to do things with words*, p. 6-7. Na falta de um sinônimo perfeito, no vernáculo, para a palavra “constativo”, cujo sentido se aproxima ao de “verificativo”, recorre-se – como, aliás, habitualmente se vem recorrendo para referi-la – a esse anglicismo.

Por isso mesmo, diante de uma proposição descritiva, cogita-se do assentimento do destinatário “... *quando ele crê que a proposição seja verdadeira*”<sup>43</sup>.

O segundo uso da linguagem é o **expressivo**, por meio do qual se veiculam emoções, exteriorizam-se sentimentos ou, então, busca-se provocá-los no interlocutor, como nos atos de agradecer, dar boas-vindas, desculpar, elogiar, xingar *etc.* Trata-se do uso que costuma estar presente em enunciados como “Bem-vindo!”, “Viva!”, ou “Boa sorte!”.

Embora não seja frequente aludir a critérios de avaliação das proposições expressivas, e desde que se não lhes pode predicar verdade ou falsidade, CÁCERES NIETO sugere que elas sejam classificadas, conforme correspondam ou não ao ânimo interno manifestado por aquele que as formula, em “sinceras” ou “insinceras”. Assim, diante de uma proposição expressiva, cogitar-se-ia do assentimento do destinatário quando ele compartilhasse ou participasse do estado de espírito expressado pelo emissor<sup>44-45</sup>.

O terceiro uso da linguagem é o **interrogativo**, do qual o emissor lança mão quando deseja que o destinatário da mensagem lhe preste alguma informação.

Em rigor, trata-se de uma forma especial de uso diretivo, do qual se tratará mais adiante, porquanto perguntar implica instar alguém a responder, isto é, implica tentar dirigir o comportamento de alguém, buscar fazer com que se comporte de determinada maneira, podendo o destinatário agir ou não de acordo com a diretiva, consoante venha ou não a responder à demanda que se lhe dirige.

Tanto é assim que faz todo sentido dizer que determinada pergunta é válida ou inválida dentro de determinado contexto, ou então que é pertinente ou impertinente, boa ou ruim em face do objeto da discussão, mas absolutamente não faz sentido dizê-la verdadeira ou falsa. Não por acaso, entende-se que o destinatário aquiesce com uma proposição interrogativa quando responde à pergunta que lhe foi dirigida, vale dizer, quando se comporta conforme a vontade do inquiridor.

O quarto uso da linguagem é o chamado uso **operativo** ou **performativo**. A afirmação de sua existência está ligada à observação de que pronunciar certas palavras, em determinados contextos e condições, não equivale a descrever algo, nem a dar uma ordem para que alguém pratique ou omita alguma ação, muito

---

<sup>43</sup> BOBBIO, *Teoria Geral...*, *op. cit.*, p. 60.

<sup>44</sup> CÁCERES NIETO, *Lenguaje y derecho...*, *op. cit.*, p. 15.

<sup>45</sup> BOBBIO, *Teoria Geral do Direito...*, *op. cit.*, p. 67.

menos serve para manifestar um estado de ânimo, mas, muito diferentemente, implica realizar, direta e imediatamente, a ação a que essas palavras se referem, produzindo, *ipso facto*, “... un cambio en el mundo”<sup>46</sup>.

O uso operativo corresponde, em certa medida, àquele praticado por meio de “enunciados performativos”, na já referida classificação de AUSTIN. Tais enunciados, em oposição aos “constativos”, caracterizam-se por não descrever nem relatar coisa alguma, mas por realizar, imediatamente, uma determinada ação, cuja execução, aliás, é possibilitada precisamente por seu intermédio.

À guisa de exemplo, dizer “Declaro aberta a sessão”, dentro de determinados contextos, não equivale a informar sobre a abertura da sessão, nem a determinar que se abra a sessão, mas corresponde, efetivamente, a abrir a sessão. Da mesma forma, dizer “Declaro-os marido e mulher” implica, mais do que tudo, casar alguém, instantaneamente.

É preciso observar que AUSTIN, depois de tentar identificar o uso performativo da linguagem a partir da natureza dos enunciados que o veiculam, acabou concluindo que, na verdade, todos os enunciados dotados de sentido são, em certa medida, performativos, uma vez que, no momento em que trazidos ao mundo, sempre realizam algum tipo de ação.

Daí dizer ele que, em todo “ato de fala” há, pelo menos, três atos simultâneos: o ato “locucionário”, consistente na própria enunciação da frase, o ato “ilocucionário”, consistente no ato que se pratica por meio da enunciação e o ato “perlocucionário”, correspondente ao efeito que se gera em terceiros como decorrência da enunciação.

Por exemplo, quem conta uma piada ofensiva, ainda que não tenha o objetivo de ofender quem quer que seja, pratica, simultaneamente, (i) o ato locucionário de enunciar as palavras que veiculam a piada, (ii) o ato ilocucionário de contar a piada; e (iii) os atos perlocucionários de fazer alguém rir e de ofender outrem.

A despeito dessa ressalva, porém, não há dúvida de que a força ilocucionária e perlocucionária de alguns enunciados é mais preeminente, goza de maior destaque, porque, por meio deles, não simplesmente se realiza algum tipo de ação – como contar até dez, – mas, mais do que isso, criam-se estados de coisas

---

<sup>46</sup> CÁCERES NIETO, *Lenguaje y derecho...*, *op. cit.*, p. 13.

que, antes deles, não existiam – como ocorre ao se abrir uma sessão legislativa. É a esses enunciados que se costuma chamar performativos ou operativos.

Justamente por gozarem desse aspecto criativo, transformador da realidade, o critério por meio do qual eles são avaliados, não podendo dizer respeito a juízos de verdade ou falsidade, é representado pelas categorias “afortunado” ou “desafortunado” (“*happy/unhappy*”) - ou, caso se prefira, “efetivo” ou “não efetivo”, “bem-sucedido” ou “malsucedido”, “idôneo ou inidôneo” – conforme sua prolação produza ou não uma efetiva mudança no mundo <sup>47</sup>.

Por exemplo, o enunciado “Declaro-os marido e mulher” será “bem-sucedido” se executado com observância às regras que regem o casamento e “malsucedido” se não observar tais regras, como na hipótese de não ser emitido por um juiz de paz, ou no caso de um dos consortes já ser casado.

Em razão disso, perante um enunciado performativo, dificilmente fará sentido cogitar do assentimento do destinatário, porque, uma vez proferidas as palavras que executam o ato, ninguém poderá fazer nada além de se sujeitar aos seus efeitos, isto é, à mudança que, por meio dele, operou-se no mundo.

Por derradeiro, fala-se em uso **diretivo** da linguagem quando ela está voltada para dirigir o comportamento de alguém, isto é, quando se destina a induzir alguém a adotar um determinado curso de ação – o que, evidentemente, só terá sentido nas situações em que o comportamento que o emissor pretende obter do destinatário for para ele possível e não necessário. Do contrário, a emissão do enunciado diretivo será absolutamente inócua, carente de sentido lógico, equivalendo, verdadeiramente, a um disparate.

Em rigor, a categoria das diretivas representa um gênero, que abrange ações linguísticas tão variadas como as de “suplicar”, “rogar”, “sugerir”, “recomendar”, “aconselhar”, “solicitar”, “pedir”, “reclamar”, “ordenar” *etc.* Considera-se, normalmente, que as **prescrições** seriam, precisamente, um desses casos de uso diretivo da linguagem, ainda que, por vezes, utilizem-se os vocábulos “prescrição” e “diretiva” como sinônimos.

Num sentido mais estrito, prescrição é “ordem”, ou seja, “comando” ou “proibição”. Porém, há também um sentido mais amplo do vocábulo, que abarca, ao lado das ordens, as “permissões”.

---

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 14.

Há quem duvide de que as permissões sejam mesmo prescrições, na medida em que “... *no están destinadas estrictamente a influir en la conducta*” de quem quer que seja, isto é, não servem para compelir alguém a adotar determinado curso de ação <sup>48</sup>. Apesar disso, não há dúvida de que elas têm uma íntima relação com os comandos e proibições, pois, para que alguém possa permitir a realização de certa conduta, é preciso que também possa proibi-la. Isso é o que explica o fato de também serem normalmente vistas como prescrições.

Das prescrições e demais diretivas também não se podem predicar verdade ou falsidade, pois elas não visam a dar qualquer informação a respeito da realidade. Os seus critérios de valoração são outros. Pode-se dizê-las “válidas” ou “inválidas”, “justas” ou “injustas”, “eficazes” ou “ineficazes”, e assim por diante, mas nunca verdadeiras ou falsas <sup>49</sup>.

Não por outra razão, perante um enunciado prescritivo, o assentimento do destinatário não se manifesta pela crença na verdade da ordem, mas pela execução do preceito, vale dizer, pelo fato de o destinatário comportar-se no sentido desejado pelo emissor do enunciado.

Feitas essas considerações, para sintetizar e demarcar as distinções apresentadas entre os usos da linguagem, pode-se esboçar o seguinte quadro-resumo:

<b>Uso</b>	<b>Fim</b>	<b>Crítérios de valoração</b>	<b>Assentimento do destinatário</b>
Descritivo	Informar	Verdadeiro/Falso	Crença
Expressivo	Comover	Sincero/Insincero	Comoção
Interrogativo	Obter informação	Pertinente/Impertinente	Resposta
Operativo	Agir	Bem-sucedido/Malsucedido	Sujeição
Diretivo	Dirigir a conduta	Valido/Inválido	Execução

E, com esse quadro em mente, pode-se, enfim, registrar que é usual definir as “normas”, precisamente, como um dos casos de uso diretivo da linguagem, em oposição aos demais tipos de uso apresentados acima, por considerar-se que elas, válidas ou inválidas, justas ou injustas, eficazes ou ineficazes, são emitidas para

<sup>48</sup> NINO, *Introducción...*, *op. cit.*, p. 66.

<sup>49</sup> CÁCERES NIETO, *Lenguaje y Derecho...*, *op. cit.*, p. 13.

dirigir a conduta de alguém, de quem se busca a execução de um dado comportamento, possível e não necessário.

Afirmar que as normas são um caso de uso diretivo – ou, mais especificamente, prescritivo – da linguagem, porém, não é suficiente para identificar os objetos a que se poderia referir, por meio da palavra, nessa primeira acepção, pois ainda é preciso oferecer critérios para identificar quando se está diante de uma diretiva ou prescrição.

Para tanto, uma das propostas mais recorrentes está em dizer que uma oração tem função prescritiva quando formulada mediante enunciados compostos por palavras “deônticas”, tais como “obrigatório”, “permitido” e “proibido”<sup>50</sup>.

Essa proposta, porém, tem dois graves inconvenientes.

O primeiro está na ambiguidade das orações deônticas, que tanto podem expressar verdadeiras normas como representar proposições normativas.

Com efeito, dizer “É proibido fumar” pode tanto expressar uma ordem para que ninguém fume quanto um juízo de fato segundo o qual existe uma norma que estabelece uma vedação à conduta de fumar. Isso revela que o uso de palavras deônticas não é condição suficiente para identificar a “função” que os enunciados se destinam a cumprir.

O segundo está em que, além de insuficiente, o uso de palavras deônticas também não é necessário para a emissão de uma prescrição. Afinal, pode-se muito bem pensar em uma ordem de não fumar formulada mediante expressões como “Convém que o senhor não fume aqui”, “Gentileza não fumar”, ou “É educado não fumar”, enunciados que, decididamente, não se parecem, ao menos à primeira vista, com ordens.

Os exemplos acima, aliás, também impõem a rejeição de outra proposta de identificação das prescrições, que consiste em relacioná-las a um dado modo de expressão gramatical, como o imperativo.

De fato, uma vez demonstrado que a função deôntica pode ser facilmente veiculada por frases afirmativas, próprias do uso informativo – “Não é adequado fumar”, – interrogativas – “Você está esperando ter um infarto para parar de fumar?”, – ou expressivas – “Obrigado por não fumar!”, – pode-se concluir, sem receio, que

<sup>50</sup> Essa é a proposta que MENDONÇA atribui a SEARLE, dizendo que ele “...considera que, por la mera presencia de un término deóntico, la oración constituye una formulación normativa y expresa una norma” – *Las Claves...*, op. cit., p. 42.

“*El análisis de la morfología y la sintaxis de un lenguaje no es determinante suficiente de los usos a que ese lenguaje pueda ser sometido...*”; e de que, portanto, qualquer pretensão de identificação dos usos da linguagem que se baseie exclusivamente na sintaxe estará fadada ao insucesso<sup>51</sup>.

Restam, então, as possibilidades de fazê-lo a partir de seus aspectos semânticos ou de seus aspectos pragmáticos. Segundo ALCHOURRÓN e BULYGIN, costuma-se chamar de “hilética” a primeira dessas concepções e de “expressiva” a segunda<sup>52</sup>.

De acordo com a concepção “hilética”, o caráter prescritivo de um enunciado pode ser identificado por seu aspecto semântico. Nela, as normas são vistas como os significados prescritivos de determinados enunciados normativos, tendo natureza semelhante às proposições descritivas, com as quais não se identificam apenas por se não lhes poder predicar “valor-verdade”<sup>53</sup>.

Já na concepção “expressiva”, “... *lo distintivo de una norma no reside en su aspecto semántico sino en el uso de un contenido proposicional...*”<sup>54</sup>. Parte-se, nessa perspectiva, da premissa de que duas sentenças podem ser enunciadas de forma idêntica e mediante expressões iguais ou sinônimas – isto é, dotadas da mesma referência semântica, – mas, ainda assim, produzirem mensagens distintas, em virtude do uso que lhes confere seu emissor.

Muitas vezes, os diferentes usos da linguagem são identificados por sinais de expressão, tais como “!” ou “?”, mas isso não é imprescindível para que dois

<sup>51</sup> VERNENGO, **Curso...**, p. 50. No mesmo sentido é a observação de ROSS: “*En algunos casos, el significado directivo depende del tono de voz y de la situación de tal manera que es imposible aislar un elemento lingüístico definido como expresión de dicho significado. Imagine que le aborda de noche y en la calle un desarrapado murmurando: ‘Un vasito de vino...’*” – **Lógica de las Normas...**, op. cit., p. 111.

<sup>52</sup> *La Concepción Expresiva de las Normas*, in **Análisis Lógico y Derecho**, p. 121-151.

<sup>53</sup> Nesse mesmo sentido, diz TORBEN SPAAK: “*Então, no plano semântico, podemos pensar nas normas como os significados dos enunciados normativos, como entidades algo similar às proposições, exceto pelo fato de se não lhes poder atribuir valor-verdade*”. Tradução livre. No original inglês: “*So on the semantic level we might think of norms as the meanings of normative sentences, as entities of a sort similar to propositions, except that they lack truth-value*” (sic) – *Norms that Confer Competence*, **Ratio Juris**, v. 16, n.º. 1, p. 92. Para uma visão diferente, em que se considera possível atribuir “valor-verdade” às “normas-lecta”, isto é, ao conteúdo ou significado das disposições normativas, considerando, por isso, que não há qualquer diferença entre a lógica das normas e a lógica das proposições normativas: RISTO HILPINEN, *Norms, normative utterances and normative propositions*, in **Análisis Filosófico XXXVI**, n.º. 2, p. 229-241.

<sup>54</sup> PABLO NAVARRO, **La Eficacia del Derecho**, p. 31. Na mesma linha, dizem ALCHOURRÓN e BULYGIN que “*Sólo en el nivel pragmático del uso del lenguaje surge la diferencia entre aserciones, preguntas, órdenes, etc. No hay tal diferencia en el nivel semántico*” – *La Concepción Expresiva...*, op. cit., p. 123

enunciados, sintática e semanticamente iguais, sejam utilizados diferentemente. Ademais, ainda que sejam indicadores do que o falante faz ao emitir certas palavras, não contribuem para o significado, isto é, para o conteúdo conceitual, para a referência das palavras e expressões utilizadas com os objetos por elas designados<sup>55</sup>.

GUASTINI diz, nesse sentido, que um mesmo enunciado – “O homicídio é punido com reclusão”, por exemplo – “... *pode ser usado indiferentemente, quer para consumir um ato linguístico de descrição, quer para consumir um ato linguístico de prescrição...*”, sem que mudem sua sintaxe – isto é, sua forma proposicional, “ $p \rightarrow q$ ”, – e sua referência de significação – suas variáveis proposicionais: “ $p$ ” = homicídio e “ $q$ ” = reclusão<sup>56</sup>.

Por isso, a seu ver, é o uso, e não o significado – e, pois, é o aspecto pragmático, e não o semântico, da linguagem – que “... *decide sobre o caráter prescritivo ou descritivo de um enunciado*”<sup>57</sup>.

Não é fácil decidir-se por uma ou outra dessas concepções, porque a função que o emissor atribui aos seus enunciados geralmente tem implicações sobre o sentido em que tais enunciados são – ou deveriam ser – recebidos por seus destinatários. Os planos pragmático e semântico da linguagem guardam relação intensa e íntima.

Pelo menos para os fins desse trabalho, porém, não parece mesmo ser o caso de tomar essa decisão, porque, se na perspectiva expressiva, dizer que as normas são prescrições corresponde à afirmação de que elas são um caso de uso prescritivo da linguagem, por parte daqueles que as emitem, na perspectiva hilética, dizê-lo equivale a afirmar que as expressões que veiculam normas têm, por parte daqueles a quem são destinadas, o sentido de prescrições, isto é, de comandos, proibições ou permissões.

<sup>55</sup> ALCHOURRÓN; BULYGIN, *La Concepción Expresiva...*, *op. cit.*, p. 123.

<sup>56</sup> GUASTINI, **Das fontes às...**, *op. cit.*, p. 55. Importante mencionar que, aparentemente, GUASTINI mudou de opinião em relação a essa questão, pois, num texto anterior, datado de 1985, criticava a distinção que CARCATERRA fazia entre os enunciados prescritivos e performativos, dizendo que ela “... *no se sostiene porque nace de una confrontación entre dos dimensiones heterogéneas del lenguaje: la dimensión semántica y la dimensión pragmática. La performatividad es una dimensión pragmática, mientras que la prescriptividad es una dimensión semántica.*”. GUASTINI, **Reglas Constitutivas y Gran División**, disponível em: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1743/6.pdf>, acesso em 14/07/2012.

<sup>57</sup> GUASTINI, **Das Fontes às...**, *op. cit.*, p. 55.

Tanto numa como noutra perspectiva, porém, como observa NINO, essa identificação entre as normas e prescrições é adequada apenas até certo ponto, porque, por um viés, nem todas as proposições de caráter diretivo – ou prescritivo, num sentido mais largo desta última expressão – são consideradas normas, como é o caso de ações como “suplicar”, “sugerir”, “recomendar” *etc.*; e, por outro lado, nem todos os enunciados a que se usa atribuir a designação “norma” são, de fato, expressões do uso prescritivo<sup>58</sup>.

Isso ficará mais claro no próximo tópico.

### 1.2.3.3 As diferentes “espécies” de normas

#### 1.2.3.3.1. Introdução

Dissemos, acima, que havia dois caminhos para identificar a extensão dos casos de aplicação do vocábulo “norma”, de modo a remediar o problema de sua vagueza. O primeiro consistia em estipular um determinado critério e atribuir o “*status*” de “norma” apenas àqueles objetos cujas propriedades correspondessem a ele; e foi o que se fez ao examinar a perspectiva de acordo com a qual as normas são um caso de uso prescritivo da linguagem. O segundo consiste em simplesmente fazer referência aos objetos usualmente referidos sob a designação “norma”, para depois procurar o seu elemento comum.

Como o objeto, até aqui, não são, ainda, as normas “jurídicas”, mas, pura e simplesmente, “as normas”, consideradas independentemente de qualquer adjetivação que diga respeito à natureza do sistema de que fazem parte, parece adequado basear a exposição dos diferentes tipos normativos em uma classificação elaborada num estudo não-jurídico.

Para tanto, invocar-se-á a conhecida classificação de VON WRIGHT, que estabeleceu uma distinção entre (i) prescrições – comandos, proibições ou permissões, – (ii) normas técnicas – que ligam um meio a um fim; e (iii) regras

---

<sup>58</sup> NINO, *Introducción...*, *op. cit.*, p. 63.

(“determinativas” de um conceito)<sup>59-60</sup>; e, para além dessas categorias, acrescentar-se-ão algumas considerações sobre as chamadas (iv) “normas constitutivas”, de cuja existência se passou a cogitar depois da “teoria dos atos de fala”, de SEARLE.

A distinção entre esses tipos normativos, como se poderá observar, está fundada em critérios de ordem semântico-pragmática, mas nada impede que se estabeleça uma distinção entre eles com base na sua forma lógica, resultante da abstração dos significados concretos dos enunciados normativos em categorias sintáticas.

É bem verdade que “... a lógica, ‘*tout court*’, é formal...”, não se interessando pelo conteúdo das proposições cujas inter-relações investiga<sup>61</sup>.

Porém, uma vez que as formas lógicas têm seu ponto de apoio no conhecimento do objeto – ou, pelo menos, na pretensão de conhecê-lo e poder descrevê-lo, – nada impede a sua aplicação material, como metodologia, para a análise desses mesmos objetos, na “... *retomada de contato com o mundo...*” a que aludiu VILANOVA<sup>62</sup>. Trata-se do uso pragmático e da função semântica das formas lógicas, que pressupõem sua relativa desformalização em função da reaproximação com o objeto da investigação<sup>63</sup>.

É importante ressaltar que a desformalização que permite o uso das formas lógicas como metodologia é apenas relativa, porque, mesmo nos níveis mais abstratos da linguagem simbólica, sempre remanesce “... *uma parcela de linguagem natural, material... o resíduo intuitivo que sempre limitará o absoluto formalismo da linguagem*”<sup>64</sup>.

<sup>59</sup> Como observa GUIBOURG, “...*von Wright no pretende formular una teoría del derecho ni de las normas jurídicas: su visión es más amplia y abarca las normas en general, con abstracción de su origen, su contenido y el modo que empleen para asegurar su cumplimiento*” – **El fenómeno normativo**, p. 62.

<sup>60</sup> O autor finlandês chama-as, mais sucintamente, de “prescrições (comandos, permissões e proibições)”, “regras (que determinam um conceito)” e “normas técnicas (ou ‘diretrizes’)” – VON WRIGHT, **Norma y Acción: una investigación lógica**, *passim*.

<sup>61</sup> LOURIVAL VILANOVA, **As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**, p. 24.

<sup>62</sup> LOURIVAL VILANOVA, **Lógica Jurídica**, p. 59 e 72.

<sup>63</sup> **As Estruturas Lógicas...**, *op. cit.*, p. 25.

<sup>64</sup> Nesse sentido, diz VILANOVA que “*A lógica material é a lógica aplicada, a lógica desformalizada em função de cada ciência especializada. É metodologia, metodologia das ciências reais-naturais, e metodologia das ciências reais-sociais*”. *Idem*. Na mesma linha, diz CLÁUDIA MARIA BARBOSA que “... *a lógica jurídica busca captar o direito através de uma linguagem simbólica que transmita aquilo que a linguagem jurídica quer comunicar, eliminando as imperfeições decorrentes do uso da linguagem natural*” – **Lógica & Direito: Linguagem Jurídica sob Diferentes Paradigmas Lógicos**, p. 37.

Não obstante, sua parcial independência do conteúdo das proposições às quais se aplica ficará evidenciada, abaixo, na medida em que, para ilustrar esses diferentes tipos de normas, não nos valeremos de exemplos de normas jurídicas, mas sim de exemplos de normas do jogo de xadrez.

É, em suma, para essa função metodológica que se invoca a lógica simbólica neste tópico, vale dizer, como instrumento para facilitar a comparação entre os diferentes tipos de normas a que acima se aludiu.

Em razão da necessidade de obter algumas premissas para essa investigação, certas considerações sobre a lógica das normas fazem-se necessárias.

A lógica, como se sabe, suspende parcialmente os âmbitos semântico e pragmático da linguagem, vertendo os significados e os usos dos termos linguísticos em categorias sintáticas, isto é, em “categoremas”, representados por variáveis proposicionais –  $p, q, r, x, y, z, A, B, C$  etc. – e em “sincategoremas”, representados por constantes intra ou interproposicionais, como os quantificadores – para todo  $[\forall]$ ; existe algum ou algo  $[\exists]$  – e os operadores ou funtores – negação  $[\sim]$  condicional  $[\rightarrow]$ , equivalente ou bicondicional  $[\leftrightarrow]$  disjuntor inclusivo  $[\vee]$ , disjuntor excludente  $[\equiv]$ , conjuntor  $[\wedge]$  etc., – responsáveis por interligar proposições singulares ou elementos de proposições compostas<sup>65-66</sup>.

Precisamente em razão dessa suspensão dos planos semântico e pragmático a que procede, a lógica pode ser usada para o exame das relações entre as proposições relativas a qualquer conteúdo semântico ou função da linguagem. Assim, embora os fundamentos da lógica clássica tenham sido normalmente utilizados como instrumento para facilitar o exame da verdade das proposições descritivas, na chamada “lógica modal alética”, desde que “... *os sistemas deônticos são estruturalmente análogos aos sistemas modais...*” é possível o uso das suas ferramentas para o exame das normas, que também são proposições, porque enunciados dotados de sentido<sup>67-68</sup>.

<sup>65</sup> O condicional “ $\rightarrow$ ” também costuma ser representado pelo símbolo “ $\supset$ ”. Assim: “ $p \supset q$ ”.

<sup>66</sup> É comum a utilização do símbolo “ $\equiv$ ” para representar equivalência. Aqui, porém, ele será utilizado na função referida no texto.

<sup>67</sup> CESAR SERBENA, *Lógica e Direito...*, op. cit. p. 61.

<sup>68</sup> Em rigor, como explicam NEWTON DA COSTA e DÉCIO KRAUSE, na lógica proposicional clássica, em sentido estrito – lógica “não-modal”, por assim dizer – o sentido da “verdade” não é um sentido “físico-causal”, mas apenas um sentido “lógico”. Por isso, nela “... *não há qualquer*

No entanto, como visto no ponto relativo às discussões entre a concepção hilética e a concepção expressiva das normas, uma forma lógica do tipo “ $p \rightarrow q$ ” (“se ‘p’, então ‘q’”) pode, por exemplo, exprimir tanto o uso informativo quanto o uso prescritivo de uma proposição ou conjunto de proposições; pode, ainda, do mesmo modo, dizer respeito a qualquer conteúdo semântico.

Justamente por isso, para que se possa fazer uso adequado das ferramentas da lógica no exame das normas, é necessário ter em conta os pontos em que ela se distingue da lógica alética ou apofântica.

Para essa finalidade comparativa, pode-se usar das próprias formas lógicas. Afinal, como dito, se elas servem, nos níveis mais abstratos, a revelar as relações entre as proposições, no processo de retorno aos objetos que representam, são um instrumento poderoso para evidenciar as diferenças entre eles.

Para voltar da forma ao objeto é necessário, primeiro, saturar de significação as variáveis proposicionais – “p” e “q”, na estrutura acima. Para exemplificar, substituamos “p” por “duas pessoas jogar xadrez” e “q” por “duas pessoas cumprimentar ao final da partida de xadrez”.

Como se haverá de notar, embora imprescindível, esse procedimento de identificação do conteúdo semântico das variáveis proposicionais não é suficiente para identificar se a forma lógica representa o relato de um fato ou a emissão de uma norma, pois, com essa substituição a que procedemos, a estrutura “ $p \rightarrow q$ ” poderá tanto indicar que, (i) “se duas pessoas jogam xadrez, então se cumprimentam ao término da partida” – configurando, assim, uma proposição informativa, que pode ser verdadeira ou falsa, – quanto significar que, (ii) “se duas pessoas jogam xadrez, então devem se cumprimentar ao término da partida”,

---

*necessidade de haver conexões entre as proposições do antecedente e do conseqüente. Isso faz com que condicionais aparentemente estranhos sejam verdadeiros, como os seguintes: ‘Se  $1+1=4$ , então Florianópolis é a capital da França’; ‘Se a Lua é feita de queijo, então o Brasil foi cinco vezes campeão mundial de futebol’; ‘Se  $1+1=2$ , então Florianópolis fica no Sul do Brasil’.* Na lógica proposicional clássica, “... o condicional é ‘falso’ se e somente se o antecedente é verdadeiro e o conseqüente é falso”. Nessa perspectiva, o nexó de implicação não representa qualquer forma de vínculo causal, de maneira que “implicar” não significa “acarretar”, “ocasionar”, mas “derivar”. A implicação, na lógica proposicional clássica é puramente “formal”, e não “material”

**– Notas de Lógica – Parte I: Lógicas Proposicionais Clássica e Paraconsistente (Texto Preliminar)**, disponível em: <http://www.cfh.ufsc.br/~dkrause/LogicaUm.pdf>, acesso em 25/01/2013, p. 24-25. Não obstante, não há dúvida de que a lógica alética é a lógica modal a que os instrumentos da lógica clássica são mais tradicionalmente associados, sendo certo, ainda, que a lógica modal deôntica foi sempre pensada à imagem e semelhança da lógica alética, de maneira que o sentido da “implicação”, na lógica deôntica, é mais próximo ao da lógica alética do que ao da lógica clássica em sentido estrito.

configurando uma proposição relativa a normas, e sujeita, como tal, a juízos de validade ou invalidade.

Por isso, para além de saturar as variáveis proposicionais “p” e “q”, também é necessário identificar a função que o conectivo interproposicional implicacional – “→”, cujo sentido corresponde à forma “se... então...” – cumpre na relação entre essas proposições.

É aqui, precisamente, que se revela a distinção entre as formas lógicas aléticas e as formas lógicas normativas. Na primeira, esse functor interproposicional cumpre a função de “nexo de causalidade”, destinando-se a relatar fatos; na segunda, cumpre a função de um “nexo de imputação”, representando a existência de um ato de vontade destinado a regular comportamentos.

Por isso, enquanto a forma lógica apofântica ou alética “p→q” é traduzida como “se ‘p’ é, então ‘q’ é”, a forma lógica deôntica “p→q” é traduzida como “se ‘p’ é, então deve ser ‘q’”.

Note-se que, em ambas as estruturas, está presente a bimembridade, isto é, a conexão de uma hipótese (prótase) a uma consequência (apódose), por meio de um nexo de implicação. No entanto, enquanto, nas formas aléticas, tanto a primeira como a segunda proposições, “p” e “q”, descrevem a possível ou necessária verificação, no mundo natural ou social, de um determinado estado de coisas, nas formas deônticas, a variável “q” já não representa a descrição ou previsão de um fato, e sim a tentativa de dirigir uma conduta, direta ou indiretamente.

Por fim, é importante salientar que esse conector interproposicional – nexo de causalidade ou nexo de imputação, – que liga “p” a “q,” não se confunde com outros operadores que possam reger ou o antecedente ou o consequente das estruturas normativas ou aléticas – funtores ou conectores intraproposicionais. E, como se observará, é precisamente na diferença entre esses operadores que reside a distinção entre os quatro tipos de norma acima mencionados, dos quais se passa, enfim, a tratar.

### 1.2.3.3.2 Prescrições (normas de conduta)

Como se verificou acima, a aplicação do vocábulo “norma” é, por muitos, reservada às normas de conduta, isto é, às prescrições.

No sistema do jogo de xadrez, são exemplos de normas de conduta, entre outras: (i) a regra segundo a qual os adversários se devem cumprimentar antes e depois da partida, independentemente do resultado; (ii) a regra que prescreve, mais genericamente, o dever de respeito de um adversário para com o outro; (iii) a regra que proíbe os jogadores de, durante a partida, valerem-se de anotações, livros *etc.*; (iv) a regra que proíbe um adversário de se comunicar com o outro durante o jogo, exceto para propor empate; e (v) a regra que proíbe os jogadores de tentarem tirar a concentração do adversário, fazendo barulho ou praticando qualquer outra conduta com este objetivo.

Normas como essas vinculam, por nexo de imputação ( $\rightarrow$ ), a descrição – em termos hipotéticos – de um fato, no antecedente (p), à prescrição, no conseqüente (q), de uma relação normativa, isto é, de uma relação que enlaça dois sujeitos ou grupos de sujeitos, segundo um feixe de direitos e deveres recíprocos, de modo a qualificar as condutas e omissões que cada um deles é capaz de praticar, perante o outro, como “proibidas”, “permitidas” ou “obrigatórias”.

A primeira proposição de uma forma prescritiva (p), portanto, descreve uma hipótese, e é regida pelos modais aléticos “L” e “M” – “necessário que” e “possível que”, respectivamente; a segunda proposição (q), por sua vez, prescreve uma conduta e, por isso, é regida pelos modais deônticos – obrigatório [O], proibido [V], permitido [P] e facultativo [F].

Justamente por isso, aliás, diz VILANOVA que “O deôntico não reside... no antecedente (*descriptor, hipótese, prótase*), mas no conseqüente (*prescritor, conseqüente, apódose*)”<sup>69-70</sup>.

Diferentemente do que ocorre nas formas aléticas, em que tanto o antecedente como o conseqüente podem conter a descrição – em termos hipotéticos

<sup>69</sup> **Lógica jurídica...**, *op. cit.*, p. 88.

<sup>70</sup> Note-se que, quando se fala em “descriptor” e “prescritor”, alude-se à função denotativa ou semântica; já quando se fala em “hipótese” e “consequência”, alude-se à função “sintática” – Cf. *Ibid.*, p. 118. Não obstante, as expressões correspondentes serão eventualmente utilizadas ao longo desse texto como sinônimas, sem a preocupação de observar rigor nessa distinção.

– de fatos necessários ou impossíveis, para que as formas prescritivas façam sentido, é preciso, de um lado, que o acontecimento a que elas se referem, no antecedente, não seja “impossível” – podendo, não obstante, ser necessário – e, de outro lado, que a conduta prescrita no conseqüente não seja nem impossível, nem necessária.

São, pois, pressupostos lógicos do dever-ser intraproposicional tanto a possibilidade do “ser”, vale dizer, do cumprimento do preceito, como a possibilidade do “não-ser”, isto é, da inexecução do preceito. A prescrição de condutas impossíveis ou necessárias configuraria um “disparate”, uma proposição sem sentido lógico, em termos wittgensteinianos.

Aliás, é justamente em razão da possibilidade de se transgredir a norma prescritiva que se costuma cominar uma sanção para o caso de inobservância do comportamento prescrito <sup>71</sup>. A presença de uma norma sancionadora é tão frequente nas prescrições que há – e não são poucos – quem considere a sanção um elemento essencial desse tipo de normas, posição com a qual, desde já, manifestamos nossa discordância, por razões que ficarão mais claras num próximo ponto <sup>72</sup>.

De acordo com a concepção mais corrente, quando à hipótese de descumprimento do preceito estiver vinculada a previsão de uma sanção, a norma de conduta terá uma estrutura dúplice, sendo formada por dois pares de proposições, que aqui representamos por “ $H \rightarrow C$ ” e “ $\sim C \rightarrow S$ ” <sup>73</sup>.

O primeiro desses pares (“ $H \rightarrow C$ ”) estabelece que, dado determinado fato, descrito pela norma em termos hipotéticos – o “p” da estrutura anterior, que ora substituímos por “H”, – dever-se-á dar uma conseqüência – o “q” da estrutura anterior, que ora substituímos por “C”, – composta pela prescrição de uma relação deôntica, que liga dois sujeitos – sujeito ativo (“Sa”) e sujeito passivo (“Sp”) – a um

<sup>71</sup> Nessa linha, diz GUIBOURG que, segundo VON WRIGHT, para dar “... maior efetividade...” às prescrições é que se lhes “*agrega uma ‘sanção’ ou ameaça de castigo*” – *El fenómeno...*, op. cit., p. 63.

<sup>72</sup> A polêmica entre sancionistas e não-sancionistas é bem relatada por MARCOS BERNARDES DE MELLO – *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*, p. 32-36. Mais adiante, essa polêmica será objeto de breve referência.

<sup>73</sup> Existem, para além dessa, outras perspectivas, como a de GERALDO ATALIBA, para quem “... a estrutura das normas jurídicas é complexa; não é simples, não se reduz a conter um comando puro e simplesmente. Toda norma jurídica tem hipótese, mandamento e sanção”, sendo que, em sua visão, essas três figuras integram a estrutura estática de uma norma singular, e não uma dupla estrutura normativa – *Hipótese de Incidência Tributária*, p. 39-41.

objeto (“o”), que consiste numa conduta, devida pelo segundo (devedor) ao primeiro (credor).

O segundo par estabelece que, se o sujeito passivo (“Sp”), que deveria praticar a conduta prescrita no conseqüente (“o”), não o fizer, o sujeito ativo (“Sa”) terá o direito subjetivo de lhe impor – ou de requerer a outro sujeito [“Ss”] que lhe imponha – uma penalidade (“S”), a qual o sujeito passivo (“Sp”), por sua vez, terá o dever de cumprir<sup>74</sup>.

O antecedente – a descrição do fato em termos hipotéticos – e o conseqüente – a relação deôntica – de cada um desses pares de proposições estão unidos entre si por um nexo de imputação (→), que os vincula de maneira inexorável<sup>75</sup>, de tal modo que, ocorrido o fato descrito na hipótese, “... o suporte

<sup>74</sup> Há quem, como PAULO DE BARROS CARVALHO – **Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos...**, *op. cit.*, p. 65 et seq. – e EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI – *Validade, Vigência e Aplicação da Norma Tributária, Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas*, p. 494 – estabeleça uma distinção entre a “norma sancionadora” propriamente dita – a norma secundária, que estabelece uma relação normativa processual entre o credor da prestação devida na norma primária e o Estado-Jurisdição – e a “norma primária sancionadora”, dizendo que ambas têm “...por pressuposto o não cumprimento de deveres ou obrigações”, distinguindo-se apenas pelo fato de que esta “... carece... da eficácia coercitiva daquela”. No entanto, o fato é que nem sempre é necessária uma relação processual para que se imponha uma sanção de modo coercitivo; nem mesmo nos sistemas jurídicos. Muitas vezes, a sanção pode ser imposta pelo próprio sujeito que foi vítima do descumprimento do dever, sem a necessidade de recorrer a qualquer autoridade. Basta pensar nos numerosos casos em que o ordenamento admite o exercício da autotutela. Aliás, nos sistemas não-jurídicos, a possibilidade de recorrer a sanções de caráter coercitivo e aplicáveis pelo próprio sujeito ativo é ainda mais evidente, de modo que, se nesses sistemas também há prescrições, então a presença de uma “norma secundária”, de caráter jurisdicional, no sentido pretendido pelos referidos autores, é desnecessária para que se possa falar em “prescrições”.

<sup>75</sup> Ressalvam-se dessa “inexorabilidade”, naturalmente, as hipóteses de derrotabilidade, isto é, de a aplicação – ou mesmo a incidência – da norma ser afastada em razão de outras normas ou fatos que a excepcionam. Afinal, como explica CESAR SERBENA, o raciocínio jurídico, ao contrário daquele em que normalmente se funda a lógica clássica, não é monotônico, pois, nele, “... o agente se reserva o direito de mudar suas conclusões quanto obtém alguma nova premissa ou informação, de modo que algumas razões são ‘derrotadas’ por outras quando comparadas” – **Lógica e Direito...**, *op. cit.*, p. 87. O objetivo do uso do vocábulo, aqui, é apenas anotar que, na esteira, entre outros, de PONTES DE MIRANDA – **Tratado de Direito Privado**, t. I, *passim* – e aderindo à crítica aguda que, na clareira aberta por SOUTO MAIOR BORGES, apresentou FOLLONI, não nos filiamos à corrente a que se liga boa parte da doutrina tributarista brasileira, que iguala a incidência à aplicação, mediante o estabelecimento de uma distinção entre “evento” – acontecimento no mundo fenomênico – e “fato jurídico” – relato do evento em linguagem, – para situar o nascedouro das relações jurídicas não no primeiro, mas apenas neste segundo, o qual não seria, então, mais um simples ato de aplicação, mas o próprio ato causador da incidência. Como aponta FOLLONI, “*Exigir-se, do evento, que seja provado em linguagem escrita em documento competente, para que se constitua como fato, significa, ao contrário, fazer o evento retornar, imediatamente, à condição de evento. Torna-se, novamente, uma ocorrência empiricamente verificável: antes era o evento, agora é a prova, ou o documento – sentença, ato administrativo, guia de lançamento –, empiricamente verificável: também um evento*”. Ademais, a premissa da qual parte a referida tese, segundo a qual “... não se transita livremente do mundo do dever-ser para o mundo do ser, da esfera das normas para o âmbito das condutas...”, embora

*fático, a ocorrência fenomênica que preenche o molde abstrato do suposto...*” – em linguagem *pontiana*,<sup>76-77</sup> – a conduta prescrita é devida, independentemente de vir a ser ou não efetivamente executada, e independentemente de a norma vir ou não a ser aplicada por alguma autoridade.

É usual chamar o primeiro desses pares de enunciados (“H → C”) de **norma primária** e o segundo (“~C → S”) de **norma secundária**, embora haja, também, propostas no sentido contrário, como aquela defendida por KELSEN até antes da “Teoria Geral das Normas”<sup>78</sup>. A primazia que se outorga a um ou outro desses enunciados tem a ver, normalmente, com o grau de importância que se atribui ao elemento “sanção” na constituição da norma<sup>79</sup>.

Por isso, uma vez que consideramos haver uma precedência das normas de conduta sobre as normas sancionadoras – reputando, inclusive, que estas são dependentes daquelas, enquanto o contrário não se verifica, haja vista ser

constitua uma bela frase de efeito, parece não ser nada além de uma petição de princípio, na medida em que supõe o que pretende provar – **Ciência do Direito Tributário...**, *op. cit.*, p. 235 e 237. Também não se pode deixar de fazer menção às críticas que à mesma perspectiva fez ADRIANO SOARES DA COSTA – **Teoria da Incidência da Norma Jurídica: Crítica ao Realismo Linguístico de Paulo de Barros Carvalho**, *passim*.

<sup>76</sup> JOSÉ ROBERTO VIEIRA, **A Regra-Matriz de Incidência do IPI: Texto e Contexto**, p. 58.

<sup>77</sup> Segundo PONTES DE MIRANDA, a regra prescritiva incide quando o suporte fático suficiente ocorre. Isso revela a importância de duas operações: a) a definição do fato componente do suporte fático, e a prova de sua ocorrência; b) a sua classificação segundo a regra jurídica. “As duas operações são o essencial da aplicação do direito... Toda eficácia jurídica é eficácia de fato jurídico; portanto da lei e do fato, e não da lei ou do fato” – **Tratado de Direito Privado...**, *op. cit.*, t. I, p. 17.

<sup>78</sup> Segundo MARCOS BERNARDES DE MELLO, a defesa que alguns fazem, no sentido de que, na “Teoria Geral das Normas”, KELSEN teria invertido os dados da equação, considerando como primária a regra que prescreve a conduta e secundária a que prescreve a sanção, “... há de ser considerada com bastante reserva”. Primeiro, porque, a seu ver, isso não se compatibilizaria com a estrutura apresentada no capítulo 15 da mesma obra, na qual KELSEN expressa os conceitos originais de norma primária como a que prescreve a sanção e norma secundária a que ordena certa conduta. Segundo, porque, no desenvolvimento do cap. 35, “... Kelsen volta à sua concepção original, embora com uma diferença: tal classificação depende de que, na formulação legislativa da norma, somente esteja expressa a sanção para o caso de transgressão da conduta desejada, a qual esteja implícita na prescrição legal”. Mello especula que, nesse texto, talvez movido pelas críticas dirigidas à concepção original, KELSEN talvez estivesse “... a esboçar uma revisão de seu posicionamento, mas ainda sem convicção.” – **Teoria do Fato Jurídico...**, *op. cit.*, p. 34-35, nota 35-A. Segundo JOSÉ ROBERTO VIEIRA, outros autores – como FÁBIO ULHÔA COELHO e MARÇAL JUSTEN FILHO – também teriam manifestado dúvida quanto à mudança de posição de KELSEN – **Fundamentos Republicano-Democráticos da Legalidade Tributária: Óbvios Ululantes e Não Ululantes, Tributação e Direitos Fundamentais**, p. 198, nota 111.

<sup>79</sup> Nessa linha, diz KELSEN que, na norma “... não se deve roubar; se alguém roubar, será punido”, pode-se pensar que “a primeira norma, que proíbe o roubo, é válida apenas se a segunda norma vincular uma sanção ao roubo, então, numa exposição jurídica rigorosa, a primeira norma é, com certeza, supérflua. A primeira norma, se é que ela existe, está contida na segunda, a única norma jurídica genuína”. A primeira norma é dependente da segunda, podendo-se “... expressar essa dependência designando a segunda norma como norma primária e a primeira norma como norma secundária”. KELSEN, **Teoria Geral do Direito e do Estado**, p. 86.

desnecessária a cominação de sanção para que exista a norma de conduta,<sup>80-81</sup> – faremos sempre referência à norma primária como a que prescreve a conduta e à norma secundária como a que comina a sanção<sup>82</sup>.

Mas, para além da classificação das normas de conduta em norma primária e norma secundária, segundo esse critério, digamos, “estrutural”, costuma-se, ainda, dividi-las em (i) **obrigações** (ordens, comandos), (ii) **proibições**, (iii) **permissões** e (iv) **faculdades**, conforme seja um ou outro desses modais deônticos a reger cada polo da relação estabelecida em seu consequente (“C”).

Em linguagem formal, a referência aos comandos costuma ser feita pela expressão “Op”, em que “O” diz respeito ao carácter obrigatório de uma conduta “p” qualquer. A alusão às proibições sói ser feita pela fórmula “Vp”, em que o “V” é utilizado para indicar a vedação da conduta “p”. As permissões e faculdades, por sua vez, costumam ser referidas pelos símbolos “Pp” e “Fp”, respectivamente<sup>83</sup>.

Essa alternativa de formalização, porém, não é a única concebível, não só porque é comum a utilização de outros símbolos para representar os modais, como, também, porque eles são interdefiníveis, tanto a partir da aposição, antes da referência ao operador – “O”, “V”, “P” ou “F”, – ou antes da referência à conduta “p”, de um sinal indicativo de negação (“~”, “-” ou “-”) – de modo que “~p” represente a omissão da conduta “p”; – como a partir da combinação de uma ou mais representações formais da conduta, unidas por um conjuntor (“^”, “.” ou “&”) ou separadas por um disjuntor inclusivo (v) ou excludente ( $\equiv$ )<sup>84-85</sup>.

<sup>80</sup> KELSEN, como se vê do excerto citado na nota anterior, pensava justamente o contrário, isto é, que a norma de conduta era dependente da norma que prescreve a sanção.

<sup>81</sup> A nosso ver, a cominação de sanção está ligada apenas à eficácia da norma de conduta, e não à sua existência, por razões que serão expostas adiante.

<sup>82</sup> À exceção de quando utilizarmos as expressões no sentido em que as usa HART, autor que, como se observará mais adiante, chama as normas de conduta de normas primárias, reservando a designação “normas secundárias” às metanormas, vale dizer, às normas que têm por objeto a criação, a identificação e a aplicação de outras normas.

<sup>83</sup> O “V” é oriundo do alemão “*Verboten*”. Alguns autores, em especial os de língua espanhola e de língua inglesa, preferem o símbolo “Ph”, que é a abreviação de “*prohibido*” ou de “*prohibited*”. Consideramos preferível usar “V” em razão de que, em português, pode ser lido como “vedado”, evitando, assim, eventuais confusões entre P e Ph.

<sup>84</sup> Há, também, quem use, para simbolizar a conjunção, um “K”, posicionado antes da referência aos modais e condutas que associa. Nessa perspectiva, “KpP~p” pode ser lida como “permitido praticar a conduta p e permitido omitir a conduta p”. Nesse sentido: VERNENGO, *Curso de Teoria Geral...*, op. cit., p. 70.

<sup>85</sup> Um bom exemplo de uso do disjuntor inclusivo é dado por MOUSSALLEM: “*Para ingressar no curso, tem de ser advogado ou contador*”. O sujeito que for advogado e contador, só advogado ou só contador está habilitado a fazer o curso...” – *Revogação...*, op. cit., p. 42. O disjuntor excludente é aquele que impõe uma alternativa entre “p” e “q”, afastando a possibilidade de que se dê “p^q”.

Assim, “obrigatório p” pode ser representado por “Op”, mas, também, por “V~p” (“vedado omitir p”), ou por “~P~p” (“não permitido omitir p”); “proibido p” pode ser representado por “Vp”, mas também por “O~p” (“obrigatório omitir p”) ou por “~Pp” (“não permitido p”); “permitido p” e “permitido omitir p” podem ser representados, respectivamente, por “Pp” e “P~p”, mas, também, por “~Vp v ~O~p” (“não vedado p” e/ou “não obrigatório omitir p”), no primeiro caso (“Pp”), e por “~V~p v ~Op” (“não vedado omitir p” e/ou “não obrigatório p”), no segundo (“P~p”). Essas correspondências ficam mais claras no seguinte quadro:

Op	↔	V~p	↔	~P~p
P~p	↔	~Op	↔	~V~p
Vp	↔	O~p	↔	~Pp
Pp	↔	~O~p	↔	~Vp

Finalmente, “facultativo p” pode ser representado por “Fp”, mas também por “Pp  $\wedge$  P~p” (“permitido p e permitido omitir p”), “~Op  $\wedge$  ~O~p” (“não obrigatório p e não obrigatório omitir p”) ou “~Vp  $\wedge$  ~V~p” (“não vedado p e não vedado omitir p”).

A identificação dos comandos e das proibições não envolve maiores dificuldades, porque eles são reciprocamente excludentes. Aqueles se destinam a compelir alguém a praticar determinada conduta; estes, a vedar a alguém a prática de determinada conduta. Se uma conduta é obrigatória, então sua omissão é vedada; se ela é vedada, então sua omissão é obrigatória.

A caracterização das normas de conduta “permissivas”, no entanto, não é tão simples.

Primeiro, porque, no plano estritamente deôntico, elas nem sempre representam proposições independentes, na medida em que tanto o que é obrigatório como o que é facultativo também está, logicamente, permitido. Em outras palavras, a permissão está pressuposta tanto na faculdade quanto na obrigação<sup>86</sup>.

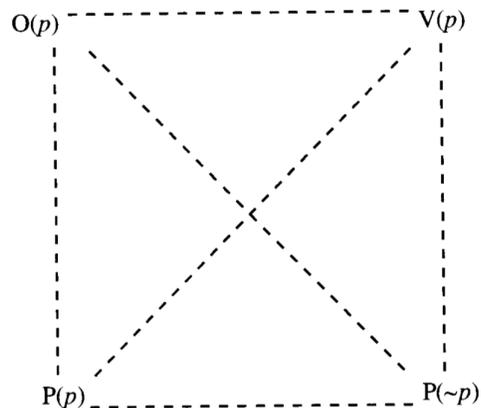
Isso ocorre porque o fato de uma conduta “p” estar “permitida” não possibilita, por si só, que se extraia qualquer conclusão sobre de que modo está

---

<sup>86</sup> O primeiro desses axiomas, segundo o qual “tudo o que é obrigatório é também permitido” corresponde ao chamado Princípio da Permissão ou Princípio da Consistência Deôntica, que é comumente representado por “Op  $\rightarrow$  P” – NELSON GONÇALVES GOMES, *Um Panorama da Lógica Deôntica*, **KRITERION**, nº 117, p. 12.

regulada deonticamente a omissão dessa mesma conduta “p”. Ou melhor, dizer que “p” está permitida implica, tão-somente, dizer que “p” não está vedada, isto é, que “~p” não é obrigatória. Mas, se “~p” não é obrigatória, pode tanto ser permitida como estar proibida. No primeiro caso, estar-se-á diante de uma situação em que “Pp” é redundante em relação a “Fp”; no segundo, estar-se-á diante de uma situação em que “Pp” é redundante em relação a “Op”. Em nenhum dos casos “Pp” estará em relação de contradição ou contrariedade com “Fp” ou “Op”.

Isso pode ser facilmente notado no quadro de oposições lógico-deontico, em que as diagonais indicam relação de **contradição** (entre Op e P~p e entre Pp e Vp), a horizontal superior indica relação de **contrariedade** (entre Op e Vp), a horizontal inferior indica **subcontrariedade** (entre Pp e P~p) e as verticais, **subalternidade** (entre Op e Pp e entre Vp e P~p)<sup>87-88</sup>:



Em segundo lugar, também não é fácil caracterizar as normas permissivas porque, ao dizer-se que uma conduta está permitida, pode-se tanto querer significar que ela não está proibida, quanto que, efetivamente, existe uma norma que permite, positivamente, a sua realização.

<sup>87</sup> Quadro extraído de: FÁBIO ULHÔA COELHO, **Roteiro de Lógica Jurídica**, p. 58.

<sup>88</sup> CLÁUDIA MARIA BARBOSA, **Lógica & Direito...**, *op. cit.*, p. 59. CESAR SERBENA explica que duas proposições são “contrárias” entre si “... quando ambas podem ser falsas, mas não é possível que ambas sejam verdadeiras.”; duas proposições são “contraditórias” “... quando, se uma delas é verdadeira, a outra é falsa e vice-versa”; duas proposições são “subcontrárias” “... quando é possível que sejam ambas verdadeiras, mas não que ambas sejam falsa”; finalmente, “Duas proposições estão em relação de subalternação quando: a) da verdade da subalternante se infere a verdade da subalterna; b) a falsidade da subalterna permite deduzir a falsidade da subalternante; c) a falsidade da subalternante deixa indefinida a verdade ou a falsidade da subalterna; d) a verdade da subalterna deixa indefinida a verdade ou falsidade da subalternante”; e todas essas relações “...permanecem válidas para as noções de obrigatório, proibido e facultativo...” – **Lógica e Direito...**, *op. cit.*, p. 62-64.

Essa dificuldade corresponde à distinção que se faz, no plano descritivo – isto é, na metalinguagem descritiva do discurso normativo, – entre permissão fraca (negativa) e permissão forte (positiva).

Afirmar a existência de uma permissão forte corresponde a formular uma proposição normativa segundo a qual há uma norma no sistema normativo “SN” que permite a conduta “p” – isto é, “ $Pp \in SN$ ”, – ao passo que afirmar a existência de uma permissão fraca corresponde simplesmente a dizer que não existe uma norma no sistema SN que vede a conduta “p” – “ $Vp \notin SN$ ”.

Apesar de se tratar de uma distinção entre proposições normativas, e não entre normas, ela não parece totalmente desprovida de utilidade para a caracterização das normas permissivas, especialmente quando se examina a sua função em sistemas hierarquizados de normas, em que vigora o chamado princípio da “*lex superior*”. Afinal, nesses contextos, as permissões fortes trazem consigo “...*rechazos anticipados de prohibiciones posteriores...*”, os quais fazem com que os entes produtores de normas de nível inferior fiquem impossibilitados de proibir aquilo que a autoridade superior permitiu. As permissões fracas, de modo diverso, simplesmente não podem ter esse condão de vincular as ações de uma autoridade subordinada<sup>89</sup>.

Atentar para essa distinção permite ver que, a despeito das dificuldades na sua identificação, as normas permissivas, longe de serem meras derivações lógicas dos comandos e proibições, têm uma função autônoma restritiva do poder de autoridades inferiores.

Ademais, para além (i) dessa função restritiva, costuma-se também atribuir a elas (ii) uma função indicativa – indicam as condutas consentidas; (iii) uma função modificativa – estabelecem exceções às normas de obrigação, modificando seu “*status*” deôntico; e, eventualmente, (iv) uma função de fechamento (*clausura*) de sistemas jurídicos, como ocorre quando são usadas para tornar permitido tudo o que

---

<sup>89</sup> **Las Claves...**, *op. cit.*, p. 96. Na mesma linha, dizem ALCHOURRÓN e BULYGIN que, nos sistemas normativos mais complexos, em que estão em relação autoridades superiores e inferiores, as permissões fortes “... *pueden ser interpretados como un rechazo anticipado de las prohibiciones correspondientes...*” – *Permisos y Normas Permisivas*, in **Análisis Lógico y Derecho**, p. 237.

não está proibido. Tudo isso, segundo MENDONCA, justifica que se lhes atribua existência autônoma no contexto dos sistemas normativos<sup>90-91</sup>.

As normas facultativas, por sua vez, podem ser vistas como uma combinação de normas permissivas, na medida em que se caracterizam por permitir tanto a prática de uma conduta como a sua omissão [ $Fp \leftrightarrow (Pp \wedge P\sim p)$ ].

Num esforço de síntese, portanto, pode-se dizer que, do ponto de vista lógico-formal, são normas de conduta aquelas que, mediante um nexos implicacional de imputação – e não de causalidade, – que representa a existência de um ato de vontade, unem a descrição abstrata de um fato (“H”), possível e não-necessário, à prescrição de uma conduta (“C”), regida pelos modais deônticos obrigatório (“O”), permitido (“P”), facultado (“F”) e proibido (“V”). Pode-se classificá-las, segundo sua posição na estrutura do sistema de proposições, em norma primária – a que estabelece a conduta devida – e em norma secundária – a que comina a sanção para o caso de descumprimento da norma primária; pode-se classificá-las, ainda, conforme o modal deôntico reitor do respectivo conseqüente, em “obrigações”, “proibições”, “permissões” e “faculdades”.

As considerações acima tecidas com base nessas classificações terão importância ao longo de todo esse texto, e, em especial, quando da análise das teorias que procuram explicar as relações normativas de competência segundo a lógica das prescrições.

---

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 101-102. MENDONCA entende, aliás, que as regras de clausura devem ser necessariamente permissivas – “tudo o que não está regulado está permitido”, – porque, de um lado, uma norma de clausura proibitiva – “tudo o que não está regulado está proibido” – geraria incoerência nos casos em que tanto “p” como “~p” não estivessem regulados, na medida em que “Vp” e “V~p” são incompatíveis; e, de outro lado, uma norma de clausura obrigatória – “tudo o que não está regulado é obrigatório” – não só geraria incoerência nessa mesma hipótese, como também na hipótese em que “p” estivesse permitido e “~p” não estivesse regulado, porque as normas “Pp” e “O~p” são incompatíveis.

<sup>91</sup> VERNENGO, *Curso...*, *op. cit.*, p. 69. O mesmo autor aduz, ainda, que as normas permissivas “...pueden ser entendidas – ya que en rigor no regulan directamente conducta alguna, dado que todo proceder las satisface y no son susceptibles de violación – como normas derogatorias de anteriores obligaciones o prohibiciones”. VERNENGO, *Sistemas Normativos Dinámicos y la Idea de Libertad Jurídica*, in BULYGIN, Eugenio *et al.* (comp.), *El lenguaje del derecho: Homenaje a Genaro R. Carrió*, p. 442.

### 1.2.3.3.3 Normas técnicas

Contudo, não é apenas às prescrições que se costuma atribuir caráter normativo. São igualmente chamadas de “normas” as ditas “regras técnicas”, vale dizer, as proposições que indicam um meio idôneo para se alcançar determinado fim.

Segundo ROBLES, elas são entendidas como “... *una aplicación de la ley causal al mundo de la acción y de la intencionalidad humanas...*”, muito embora, em vez de uma relação entre causas e efeitos, estabeleçam uma relação entre meios e fins <sup>92</sup>.

É importante esclarecer, não obstante, que as normas técnicas que temos em mente são aquelas de caráter convencional, as que são fruto de um ato de vontade, distinguindo-se, assim, tanto das regras de natureza técnico-causal – *v.g.*, “se queres ferver a água, debes aquecê-la a 100°C” – quanto das de natureza técnico-lógica – *v.g.*, “se queres passar da premissa maior a uma conclusão válida, debes utilizar a forma lógica do silogismo” <sup>93</sup>.

Afinal, enquanto, nestas últimas, quer respondam a um critério de necessidade (“L”), quer a um de possibilidade ou probabilidade (“M”), o meio e o fim pertencem ao mundo da natureza, regendo-se pelo ser interproposicional, de tal modo que escapam ao arbítrio humano, naquelas a relação entre o fim e o meio decorre de uma convenção, regendo-se pelo dever-ser interproposicional <sup>94</sup>.

A diferença pode ficar mais clara se se recorrer, mais uma vez, ao jogo de xadrez.

No que diz respeito ao jogo, são regras técnico-convencionais proposições tais como as que orientam o jogador a respeito dos meios para realizar um determinado movimento, como as que estabelecem os requisitos para o “roque” ou para o “*en passant*” <sup>95</sup>; em contrapartida, são técnico-causais ou técnico-lógicas as

<sup>92</sup> ***Las Reglas del Derecho y las Reglas de los Juegos: Ensayo de teoría analítica del derecho***, p. 142.

<sup>93</sup> Abreviatura “*v.g.*”: “... ‘*uerbi (verbi) gratia*’...”; “... *por amor da palavra, por exemplo...*” – ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS, ***Vocabulário...***, *op. cit.*, p. 815.

<sup>94</sup> ROBLES, ***Las Reglas del Derecho...***, *op. cit.*, p. 150.

<sup>95</sup> O roque e o “*en passant*” são dois dos chamados “movimentos extraordinários” do jogo de xadrez. Em regra, “*Joga-se xadrez movendo-se apenas uma peça de cada vez. Em uma única circunstância, duas peças podem ser movidas ao mesmo tempo. O movimento requerido chama-*

proposições que versam sobre as táticas e estratégias a serem observadas por alguém que pretende vencer uma partida de xadrez, como a que orienta o jogador a buscar dominar o centro do tabuleiro, ou a que o orienta a não iniciar o jogo mediante o avanço dos peões das torres. As primeiras pertencem ao jogo de xadrez, que é um sistema normativo; as segundas, ao sistema da teoria do jogo de xadrez, que é um sistema descritivo<sup>96</sup>.

Do ponto de vista de sua estrutura lógica, as normas técnico-convencionais, também ditas “processuais” ou “procedimentais”, diferenciam-se das prescrições porque, ao contrário destas, não estabelecem que “Se ‘p’ é, o sujeito tem a permissão, a obrigação ou a proibição de praticar ‘q’”, mas, sim, que, “se o sujeito quer ‘p’, tem de praticar ‘q’”.

É bem verdade que, considerado o plano estritamente sintático, e levadas ao último grau de abstração, as normas em questão têm a mesma estrutura (“p→q”). Mas, procedendo a uma pequena desformalização, as diferenças entre umas e outras ficam bem claras, senão, vejamos:

PRESCRIÇÃO:  $(p \rightarrow Oq) \vee (\sim q \rightarrow Os)$  – se p é, obrigatório (deve ser) q; se não é q, obrigatório é s.

NORMA TÉCNICA:  $(Qp \rightarrow O'q') \vee (\sim q' \rightarrow \sim p')$  – se quer p', tem de q'; se não q', não obtém p'.

O primeiro traço distintivo está em que o antecedente das regras técnicas não traz a descrição abstrata de um fato possível e não-necessário (“p” = “se ‘p’ é”), mas a indicação de um desejo do sujeito normativo (“Qp” = “se quer ‘p’”).

---

*se ROQUE e é realizado com o Rei e qualquer das duas Torres. O roque é, pois, um movimento combinado de Rei e Torre; para efetuá-lo será preciso que ambas as peças estejam em suas casas iniciais, não tenham realizado nenhum movimento anterior [e], também, que o espaço entre elas esteja livre e não... exposto a xeque...”. Já o “en passant” tem lugar “... quando existe um Peão na quinta horizontal e um Peão adversário em sua casa inicial; ambos os Peões estão em colunas vizinhas... O Peão da quinta horizontal domina as casas pontuadas... O Peão preto, que se acha em sua casa inicial... [avança] duas casas, [restando situado] ao lado do Peão branco. Quando assim sucede, o Peão da quinta horizontal poderá capturar o Peão inimigo, que se adiantou dois passos, exatamente como se o Peão preto houvesse andado uma só casa. Capturado, o Peão preto é retirado; coloca-se, em seguida, o Peão, que captura, na casa da terceira horizontal das Pretas, como se o Peão preto tivesse avançado uma só casa... [É] um lance facultativo... [que] somente valerá como contestação imediata ao avanço do Peão contrário” – ORFEU GILBERTO D’AGOSTINI, **Xadrez Básico**, p. 32-35.*

<sup>96</sup> Na mesma linha, diz VON WRIGHT que “Las ‘instrucciones para el uso’ son ejemplos de normas técnicas. Con ellas se presupone que la persona que sigue las instrucciones aspira a la cosa (fin, resultado), con vistas a cuyo logro se dan ditas instrucciones” – **Norma y acción...**, op. cit., p. 29.

O segundo reside em que, se o conseqüente das normas prescritivas estabelece uma relação entre sujeitos, normalmente estabelecida em função de direitos e deveres que os unem (q), nas normas técnicas existe, pura e simplesmente, a previsão de um meio que se considera idôneo para a obtenção do fim descrito no antecedente (q').

Como terceiro ponto de *discrimen*, nas normas técnicas a conduta do sujeito não é regulada em termos de “direitos” e “deveres” (O), mas em termos de “ônus” (O'). Isso significa que, embora seu functor interproposicional seja o “dever-ser neutro” – que indica tratar-se de uma relação convencional, e não causal, – seu operador intraproposicional não é o “dever-ser” modalizado em “obrigatório”, “permitido” ou “proibido”, mas o “ter de”. Isto é, se o sujeito cujo comportamento é regulado por uma norma técnica deseja obter, para si mesmo, o fim que integra o antecedente da norma, tem “o ônus”, e não “o dever”, de comportar-se segundo o modo indicado na norma<sup>97</sup>.

Daí decorre uma última diferença fundamental entre a sanção eventualmente prevista para o caso de descumprimento das normas de conduta e a consequência prevista para a hipótese de inobservância das normas técnicas: se, naquelas, a sanção é cominada por um enunciado que descreve o descumprimento do conseqüente da norma primária e atribui ao sujeito passivo o dever de cumprir com uma sanção ( $\sim q \rightarrow Os$ ), nestas a consequência desagradável é simplesmente a negativa do próprio objetivo ou fim que integra o antecedente da norma técnica ( $\sim q' \rightarrow \sim p'$ ).

---

<sup>97</sup> Segundo PONTES DE MIRANDA, “A diferença entre dever e ônus está em que (a) o dever é em relação a alguém, ainda que seja a sociedade; há relação entre dois sujeitos, um dos quais é o que deve: a satisfação é do interesse do sujeito ativo; ao passo que (b) o ônus é em relação a si mesmo; não há relação entre sujeitos: satisfazer é do interesse do próprio onerado. Não há sujeição do onerado; ele escolhe entre satisfazer, ou não ter a tutela do próprio interesse” – **Tratado...**, op. cit., t. III, p. 410. No mesmo sentido, diz FRANCISCO AMARAL que, “No dever, o comportamento do agente vincula-se ao interesse do titular do direito, enquanto no ônus esse comportamento é livre, embora necessário, por ser condição de realização do próprio interesse” – **Direito Civil: Introdução**, p. 194. É preciso advertir, porém, para o fato de que muitas vezes se usa a palavra “dever” para aludir a um “ônus”, e isso é decorrência, como bem observa CARACCILOLO, de que “El término ‘debe’ y su correlativo ‘deber’ son sistemáticamente ambiguos y se puede sostener que... En un sentido ‘débil’ un individuo A debe o tiene el deber de realizar la acción p, si es que un medio para lograr un objetivo que A quiere alcanzar o un propósito que A quiere satisfacer” – *Un dilema en torno a la naturaleza de las normas*, **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, nº. 31, p. 93.

#### 1.2.3.3.4 Normas determinativas (conceituais)

Paralelamente às normas de conduta e às normas técnicas, alude-se, ainda, como uma terceira categoria normativa, às “normas conceituais” – BULYGIN – ou “determinativas” – VON WRIGHT <sup>98</sup> –, para fazer referência a regras que não prescrevem conduta alguma, nem versam sobre a idoneidade de um meio para a obtenção de um fim, mas que, simplesmente, definem conceitos, razão pela qual são, também, usualmente, chamadas de “definições”.

Para exemplificar, pode-se dizer que são espécies de normas conceituais do jogo de xadrez as que definem a posição inicial das peças no tabuleiro, as que conceituam o próprio tabuleiro como um conjunto de 64 casas pretas e brancas alternadas, ou, ainda, as que definem os movimentos passíveis de execução por parte de cada uma das peças.

Normalmente, atribui-se às definições uma estrutura lógica segundo a qual “A tem o valor de B no contexto x” <sup>99</sup>.

Tomada a forma básica da proposição, isto é, (“ $p \rightarrow q$ ”) e procedendo a uma pequena desformalização, obtém-se que, “se é p, então é q”, ou, o que é o mesmo, “se é q, então é p”.

Essas normas, note-se, não estão estruturadas, no conseqüente, segundo uma lógica do “dever”, nem do “ter de”, mas, sim, segundo uma lógica do “ser” – ainda que, bem entendido, um “ser” convencional, constituído mediante relação de imputação, e não de causalidade.

Aliás, precisamente porque aqui se tem uma relação entre duas proposições regidas pelo “ser”, é plenamente possível estabelecer entre elas uma relação bicondicional, de equivalência (“ $p \leftrightarrow q$ ”).

Houve quem questionasse a existência das definições como categoria normativa autônoma, sugerindo que nada mais seriam do que prescrições de uma conduta verbal. Segundo essa perspectiva, ao estabelecer uma definição, o emissor do enunciado normativo não estaria fazendo nada além de prescrever, aos que

<sup>98</sup> **Norma y Acción**, *passim*.

<sup>99</sup> Como bem observou CÁCERES NIETO, a estrutura das normas conceituais é igual à de qualquer definição não normativa: “Una expresión a definir...” e “... un significado atribuido a dicha expresión” – **Lenguaje y derecho...**, *op. cit.*, p. 31.

operam naquele sistema normativo, a obrigação de usar as expressões objeto da definição no mesmo sentido a elas atribuído pela norma <sup>100</sup>.

Segundo MENDONCA, igualmente houve quem sugerisse que as definições seriam normas técnicas, destinadas a determinar o alcance dos enunciados formulados e a aplicação correta das normas ditadas pelo ente que as produziu; no sentido de que, “se A quer se entender com os membros do grupo G, deve outorgar à expressão x o significado y” <sup>101</sup>.

ALCHOURRÓN e BULYGIN, porém, trataram de demonstrar o equívoco dessas teses, observando que, diferentemente das prescrições – e, também, das regras técnicas, – que podem tanto ser observadas como não observadas, as normas conceituais sempre criam uma impossibilidade, um “ser” ou “não-ser”. Por exemplo, se menor é quem ainda não completou dezoito anos, então é impossível que alguém que os tenha completado seja menor.

As definições estabelecem, assim, uma relação de absoluta correspondência entre prótase e apódose, no sentido de que todos aqueles sujeitos que se enquadrarem no suposto da norma estarão inexoravelmente referidos também no seu conseqüente. Daí dizer-se que elas costumam dar lugar a enunciados analíticos, tautológicos, categóricos, em que o predicado já está contido no próprio sujeito – e não a enunciados sintéticos, como ocorre com as prescrições e as regras técnicas, que sempre dizem, acerca do sujeito, algo que não se encerra no próprio sujeito. Isso, aliás, fica claro quando se atenta para a relação de equivalência entre a prótase e a apódose (“p↔q”) <sup>102</sup>.

Por essa razão é que, como diz REALE, “*Somente por um artifício verbal poder-se-á dizer que o... art. 18, §1º, da Carta Magna quer dizer que, se uma cidade for Brasília, deverá ser considerada Capital Federal*”; afinal, é o próprio art. 18, §1º, quem define Brasília como Capital Federal e, com isso, estabelece um conceito de Brasília. Em outras palavras, as referências ao termo “Brasília” e à expressão

<sup>100</sup> Essa foi a interpretação defendida, por exemplo, por MESSINEO – *Apud* MENDONCA, **Las Claves...**, *op. cit.*, p. 112; e, também, por CARRIÓ, verbalmente, conforme relato de BULYGIN e ALCHOURRÓN – *Definiciones y normas...*, *op. cit.*, p. 11.

<sup>101</sup> MENDONCA, **Las Claves...** *op. cit.*, p. 113.

<sup>102</sup> Segundo ALCHOURRÓN e BULYGIN, as definições dão lugar a “...enunciados necesarios, cuya necesidad está basada en el significado del término definido” – *Definiciones y normas...* *op. cit.*, p. 34.

“Capital Federal” são, ali, tautológicas, circulares, pois falar em Brasília já é falar, analiticamente, na Capital Federal <sup>103</sup>.

As definições, portanto, não são prescrições nem regras técnicas, o que não obsta, evidentemente, que mantenham relações com elas. Pelo contrário, é bastante comum que uma definição tenha efeitos prescritivos, na medida em que “...*toda modificación de una definición produce una alteración en el estatus normativo de alguna acción o estado de cosas*” <sup>104</sup>.

#### 1.2.3.3.5 Normas constitutivas

É preciso registrar, não obstante, que, com base numa distinção traçada inicialmente por SEARLE, as definições estabelecidas num sistema normativo também são, por vezes, chamadas de “normas constitutivas” (“*constitutive rules*”), no sentido de que constituem, isto é, de que “criam”, “instituem” novas possibilidades de fatos, cuja ocorrência seria impossível na ausência dessas mesmas normas <sup>105-106</sup>.

Diz-se que as normas constitutivas opõem-se às “normas reguladoras” (“*regulative rules*”) em função da diferente relação que uma e outra guardam com os fatos <sup>107-108</sup>. Enquanto as normas reguladoras versam sobre “fatos brutos”, isto é, sobre fatos e atos cuja possibilidade lhes é preexistente e delas independe – como caminhar ou respirar, por exemplo, – as normas constitutivas não disciplinam condutas, mas, antes, ao atribuírem um significado específico a determinada ação,

<sup>103</sup> **Lições Preliminares de Direito**, p. 94-95.

<sup>104</sup> MENDONÇA, **Las Claves...**, *op. cit.*, p. 114.

<sup>105</sup> Sobre a equiparação entre “regras conceituais” e “regras constitutivas”, diz HERNÁNDEZ MARÍN que “*Los mismos enunciados que algunos autores denominan ‘reglas conceptuales son llamados por otros autores ‘reglas constitutivas’*” – **Introducción a la Teoría...**, *op. cit.*, p. 188.

<sup>106</sup> Foi isso o que observou CARCATERRA, ao dizer que, se o direito, de um lado, “... *reduz, por meio de comandos e proibições, as nossas escolhas, de outro produz novas dimensões de vida e multiplica, por isso, nossas possibilidades operativas...*”. Tradução livre. No original italiano: “...*riduce, attraverso comandi e divieti, le nostre scelte, dall’altro produce nuove dimensioni di vita e multiplica perciò le nostre possibilità operative*” – **Le norme costitutive**, p. 68.

<sup>107</sup> Segundo COLZANI, essa diferença radica em que, “... *nas regras constitutivas, há uma paradoxal inversão da relação entre regra e objeto regulado*”. Tradução livre. No original italiano: “... *nelle regole costitutive v’è una paradossale inversione del rapporto tra regola e regolato*” – **Costitutività di regole, Toga Lecchese: Quadrimestrale Editò Dall’Ordine Avvocati di Lecco**, p. 6, disponível em: [http://www.ordineavvocati.lecco.it/image/pdf/TOGA-2\\_2011.pdf](http://www.ordineavvocati.lecco.it/image/pdf/TOGA-2_2011.pdf), acesso em 15/07/2012.

<sup>108</sup> GUASTINI, **Das Fontes às...**, *op. cit.*, p. 65.

acabam por criar ou definir novas espécies de comportamento, tornando-as logicamente possíveis dentro de um determinado sistema normativo. Em outros termos, as normas constitutivas são condição de cogitação desses “fatos institucionais”, isto é, dos modelos de conduta por elas próprias criados <sup>109-110</sup>.

Para compreender o conceito de “fato institucional”, pode-se pensar, mais uma vez, nos movimentos do jogo de xadrez.

Mover o cavalo em “L” ou o bispo em diagonal são ações que simplesmente não teriam o sentido institucional de que são dotadas, no jogo de xadrez, caso não existissem as regras do jogo. Seriam simples movimentos físicos de levar um objeto de um lugar a outro, desprovidos de qualquer significado específico.

Por isso mesmo, aquele que deixar de observar normas tais como as que definem o jogo de xadrez, isto é, as regras que descrevem os movimentos possíveis no jogo, a posição das peças no tabuleiro *etc.*, em rigor, não as estará violando, não estará praticando condutas contrárias às regras do jogo de xadrez, mas, antes, pura e simplesmente, não estará jogando xadrez <sup>111</sup>.

<sup>109</sup> Trata-se das regras que ROBLES denomina “regras ônticas”, normas “... cuyo nexo modal es el verbo ‘ser’”, ainda que tenham origem num ato volitivo. Completa o autor: “*El creador de un juego quiere que el juego sea así y no de otra manera. Pero el ‘así’ en que consiste la regla es analizable independientemente del acto de querer*”. Segundo ROBLES, “*Las reglas ônticas no son reglas directas de la acción, ya que no plantean ninguna exigencia de conducta. Señalan tan sólo los elementos necesarios previos a la acción en que ésta ha de desenvolverse. Pero que no sean reglas directas de la acción no quiere decir que no afecten a ésta; antes al contrario, la acción sólo es posible merced a la preexistencia de las reglas ônticas*”. O autor, contudo, distingue as regras ônticas das definições, afirmando que “*La regla ôntica no hace referencia a ninguna realidad previa y, por tanto, a ningún concepto. No expresa descriptivamente algo que es. Posee un carácter vectorial, del que carece la definición. Mediante la regla ôntica se crea algo ex nihilo. Antes de la regla el algo no existe, y sólo mediante la regla ese algo existe*” – **Las Reglas del Derecho...**, *op. cit.*, p. 121-122 e 126.

<sup>110</sup> Há quem negue, como MACCORMICK, a possibilidade de uma distinção clara entre “fatos brutos” e “fatos institucionais”. Em suas palavras: “*Meu argumento, como se pode ver, consiste em negar que o fato de ser definido por regras seja uma peculiaridade dos fatos jurídicos ou dos fatos institucionais. Aquilo que podemos admitir como fato em qualquer esfera de atividades ou conhecimento depende não apenas do que se passa realmente, mas também das normas de conduta que regulam essa atividade ou conhecimento*”. Tradução livre. No original francês: “*Mon argument, ainsi qu’on peut le voir, consiste à nier que le fait d’être défini par des règles soit une étrangeté des faits juridiques ou des autres faits institutionnels. Ce que l’on peut admettre comme fait dans toute sphère d’activités ou de recherches dépend non seulement de ce qui se passe réellement, mais aussi des normes de conduite qui régulent cette activité ou cette recherche*” – **Pour une théorie institutionnelle du droit: nouvelles approches du positivisme juridique**, p. 107. Por isso mesmo, o autor define “fatos institucionais” como “... aqueles que dependem não apenas de certos eventos ou ocorrências físicas que supostamente devem ter ocorrido, mas também de uma interpretação desses (e/ou de outros) eventos ou ocorrências em termos de algum conjunto estável de normas (tanto institucionais ou convencionais) de conduta ou de discurso” – MACCORMICK, **Retórica e o Estado de Direito**, p. 87.

<sup>111</sup> Cf. BULYGIN, *Sobre las Normas de Competencia...*, *op. cit.*, p. 490. Apenas para registro, embora se trate de uma posição evidentemente minoritária, há quem ponha em dúvida o “dogma da

Costuma-se atribuir às regras constitutivas a mesma forma lógica aplicável às definições (“*A tem o valor de B no contexto x*”), dizendo elas respeito, portanto, a expressões tais como “São maiores de idade aqueles que têm dezoito anos completos” ou “Os atos do parlamento têm valor de lei”<sup>112</sup>.

No entanto, para distinguir as normas constitutivas das definições, alguns autores, como ATIENZA e RUIZ MANERO, agregam-lhe o elemento “procedimento”, com o que reformulam a estrutura anterior, para dizer que, “... *si se da el estado de cosas X y un sujeto (o sujetos) realiza la acción (o serie de acciones: procedimiento) Y entonces se produce el resultado institucional R*”<sup>113</sup>.

As normas dessa natureza podem ser representadas, no extremo da abstração, por uma estrutura igual à de todas as outras normas: (“ $p \rightarrow q$ ”). A diferença aparece no functor intraproposicional – que não é nem o “dever-ser”, nem o “ter de”, nem o “ser”, mas o “produzir-se” – e, claro, na saturação das variáveis proposicionais, que incluem um sujeito, uma ação ou procedimento e um resultado institucional.

Mesmo, porém, nessa perspectiva mais restrita, que distingue as “normas constitutivas que conferem poderes” das “normas puramente constitutivas” – na expressão dos mesmos ATIENZA e RUIZ MANERO, – trata-se de uma concepção das normas constitutivas relativamente próxima à das definições, na medida em que deixar de observá-las corresponde, simplesmente, a praticar um ato diverso daquele que versam, e não – ou, pelo menos, não necessariamente – a incorrer na prática de um ato proibido.

Para além, contudo, dessa noção relativamente assemelhada às normas conceituais, há também quem se refira a outra acepção, bastante diversa, das “normas constitutivas”, em que elas são concebidas como um tipo de atos linguísticos performativos – ou operativos, – “... *que realizan inmediatamente el*

---

impossibilidade de transgressão” das normas constitutivas, argumentando, basicamente, que, mesmo no xadrez, há casos em que a inobservância da regra – por exemplo, iniciar o jogo com as posições do rei e da dama invertidas – não vai ao ponto de transformar o jogo num “não-xadrez” – GUGLIELMO FEIS e UMBERTO SCONFENZA, *Challenging the Constitutive Rules Inviolability Dogma, Phenomenology and Mind*, v. 3, p. 102-110. Nós mesmos já defendemos ideia semelhante, quando ainda concebíamos as normas de competência como típicas normas de conduta, posição que revemos, neste trabalho, por razões que ficarão claras ao longo da exposição – GUILHERME FOLLADOR, *As Normas de Competência em Alchourrón e Bulygin*, in Encontro Nacional do CONPEDI, nº. 21, *passim*.

<sup>112</sup> GUASTINI, *Prólogo*, in FERRER BELTRÁN, *Las Normas de Competencia...*, *op. cit.*, p. XVI-XVII.

<sup>113</sup> *Seis acotaciones preliminares para una teoría de la validez jurídica, Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº. 26, p. 721.

*estado de cosas del que hablan (por ejemplo, 'Queda derogada la ley x', pronunciado por el legislador)"*<sup>114</sup>.

Nessa visão, as regras constitutivas não são enunciados de caráter “diretivo” – como as prescrições; nem enunciados de caráter “instrumental” – como as regras técnicas; nem regras dotadas de caráter metalinguístico – como as definições ou, em certo sentido, como as regras constitutivas em sentido institucional; – mas, sim, enunciados pertencentes ao campo do uso performativo da linguagem, no sentido de que pronunciá-los é suficiente para provocar uma “mudança” no mundo. É o caso, por exemplo, das normas que “revogam” outras normas: pelo simples fato da sua existência, o sistema transforma-se, imediatamente, em outro<sup>115-116</sup>.

Embora os autores que se inclinam por essa visão não apresentem uma forma lógica desse tipo de normas, parece razoável conceber algumas delas como enunciados “... do tipo *sujeito-predicado*...”, isto é, enunciados que, uma vez proferidos, “... *atribuem propriedade a uma pessoa ou coisa*”<sup>117</sup>.

A referência simbólica a enunciados desse jaez costuma ser feita pela menção ao predicado, em letra maiúscula, seguida do sujeito, em letra minúscula. Por exemplo: “fica o bispo (b) investido da capacidade de se mover em diagonal” poderia ser representado por “b→Db”.

Considerando, ao que parece, ambas essas concepções de normas constitutivas, CONTE classificou-as em seis espécies, conforme constituam ou insiram condições necessárias ou suficientes à existência ou ocorrência daquilo que versam. Esses conceitos foram classificados e sistematizados por AZZONI nas seguintes categorias<sup>118</sup>:

- a) Regras **eidético-constitutivas**, cuja existência é condição “necessária” à existência daquilo que versam, como são, em relação à existência do jogo de

<sup>114</sup> GUASTINI, *Prólogo...*, *op. cit.*, p. XVII.

<sup>115</sup> FERRER BELTRÁN, *Las Normas de Competencia...*, *op. cit.*, p. 152.

<sup>116</sup> Como diz CARCATERRA, quando do advento de uma norma revogadora, o ordenamento se transforma imediatamente em outro, “... *por força da própria disposição ab-rogadora, sem a necessidade de ulteriores iniciativas de quem quer que seja*”. Tradução livre. No original italiano: “... *in forza della stessa disposizione abrogativa, senza bisogno di ulteriori iniziative di chicchessia*” – *Le norma costitutive...*, *op. cit.*, p. 52.

<sup>117</sup> CLÁUDIA MARIA BARBOSA, *Lógica & Direito...*, *op. cit.*, p. 26.

<sup>118</sup> *Apud* FERRER BELTRÁN, *Las Normas de Competencia...*, *op. cit.*, p. 153. *Apud* COLZANI, *Costitutività...*, *op. cit.*, p. 7.

- xadrez, *v.g.*, as que indicam os movimentos das peças, ou descrevem o tabuleiro como um conjunto alternado de 64 casas brancas e pretas;
- b) Regras **thético-constitutivas**, cuja existência é condição “suficiente” à existência daquilo que versam, como, *v.g.*, no jogo de xadrez, um acordo das partes no sentido de encerrar a partida com um empate, ou como aquelas que, no plano jurídico, promovem a revogação de uma lei;
- c) Regras **noético-constitutivas**, cuja existência é condição “necessária e suficiente” à existência daquilo que versam, tendo-se, como exemplo paradigmático, a *Grundnorm* kelseniana, da qual, no pensamento do autor austríaco, as outras normas não seriam mais que derivações, a que se chegaria por dedução <sup>119</sup>;
- d) Regras **anankástico-constitutivas**, que põem uma condição “necessária” para a ocorrência daquilo sobre que versam, como a que, no jogo de xadrez, estabelece ser a não movimentação prévia do rei uma condição necessária para a realização válida do “roque”, ou como a que, no plano jurídico, exige a assinatura de duas testemunhas para atribuir eficácia executiva a um contrato;
- e) Regras **metathético-constitutivas**, que põem uma condição “suficiente” para a ocorrência daquilo sobre que versam, como a que, no jogo de xadrez, prevê ser o xeque-mate uma situação suficiente (e não necessária) para que o jogo se encerre, ou como a que, na Constituição Italiana, estabelece ser “... *senador vitalício, salvo renúncia, quem tenha sido Presidente da República*”<sup>120</sup>;
- f) Regras **nômico-constitutivas**, que põem uma condição “necessária e suficiente” daquilo sobre que versam, como a que, no jogo de xadrez, estabelece a possibilidade de o peão que chega à última casa transformar-se em qualquer outra peça do jogo, ou como a que, no mundo jurídico, estatui que “a capacidade jurídica se adquire no momento do nascimento” <sup>121</sup>.

<sup>119</sup> Não encontramos exemplos de normas noético-constitutivas próprias do jogo de xadrez.

<sup>120</sup> No original italiano: “*È senatore a vita, salvo rinunzia, chi è stato Presidente della Repubblica*” – Tradução livre – COLZANI, *Costitutività...*, *op. cit.*, p. 8.

<sup>121</sup> FERRER BELTRÁN, *Las Normas de Competência...* *op. cit.*, p. 153.

Como se vê, a distinção entre os pares eidético-constitutivas/anankástico-constitutivas, thético-constitutivas/metathético-constitutivas e noético-constitutivas/nômico-constitutivas está em que a existência das primeiras de cada par é condição da existência daquilo que versam, enquanto as segundas de cada par simplesmente **põem** condições para a ocorrência daquilo sobre que versam, de modo que aquelas se afinam mais com a ideia de norma constitutiva em sentido performativo, enquanto estas guardam correspondência mais clara com a ideia de norma constitutiva em sentido institucional <sup>122</sup>.

Por exemplo, enquanto a existência da *Grundnorm* é necessária e suficiente, no sistema kelseniano, para a existência do sistema jurídico – desde que, na concepção do autor austríaco, todas as demais normas são meras derivações dela, – para que alguém adquira capacidade jurídica não basta a existência da regra que fixa no nascimento a condição para tanto; é preciso, também, que a pessoa efetivamente nasça.

Da mesma forma, enquanto o acordo sobre o empate, no jogo de xadrez, é um enunciado suficiente para que o jogo termine empatado, para que se dê a promoção de um peão a dama não basta a existência da regra, sendo necessário, também, que o peão chegue à última casa e, mais, que o enxadrista opte por promovê-lo a dama, e não a cavalo ou torre, por exemplo.

Tais distinções serão importantes mais adiante, quando tratarmos das diversas concepções sobre o caráter e a estrutura lógica das normas de competência no plano da Teoria Geral do Direito.

#### 1.2.3.4 As normas e a regulação do comportamento humano

Por tudo quanto já observado, ficou claro que, embora seja comum atribuir caráter normativo apenas às prescrições, e conquanto, nos sistemas jurídicos, elas sejam mesmo o tipo normativo mais presente – e, talvez, até o mais relevante para

<sup>122</sup> Nesse sentido, diz PEÑA FREIRE que a diferença entre as normas eidético-constitutivas e as anankástico-constitutivas, por exemplo, está em que “... *las primeras son condiciones necesarias de las actividades sobre las que versan, mientras que las anankástico-constitutivas ponen condiciones necesarias para que un acto o circunstancia posea un determinado valor*” – *Reglas de competencia y existencia jurídica, Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º. 22, p. 386.

que se possa falar em sistema jurídico, – elas definitivamente não são o único modelo de enunciados a que é possível atribuir caráter normativo.

Isso decorre, ressalte-se mais uma vez, do fato de que o substantivo “norma” é dotado de uma grande indeterminação semântica (vagueza), donde deriva a dificuldade de saber a que objetos ele pode efetivamente ser aplicado <sup>123</sup>.

A solução para o problema da vagueza, como visto, reside ou na adoção de uma definição estipulada, ou na apresentação de uma definição lexicográfica do conceito. No primeiro caso, restringe-se o sentido do termo por meio da escolha de um critério distintivo, que permite apartar um determinado tipo de uso do vocábulo dos demais, como ocorre quando se reserva a palavra “normas” apenas para as proposições prescritivas. No segundo, procura-se, de modo contrário, simplesmente identificar as diversas hipóteses de aplicação da palavra consagradas pelo uso, sendo isso o que, em princípio, autoriza a chamar de “normas” cada uma e todas as espécies de proposições referidas no tópico anterior.

Ao se estipular um critério, à semelhança do que ocorre no raciocínio dedutivo, busca-se primeiro definir o conceito daquilo sobre que se fala, para, só então, ir em busca dos objetos que se subsumam ao critério eleito; no segundo, à semelhança do que ocorre no método indutivo, procura-se, primeiro, tão-simplesmente aquela parecença a que WITTGENSTEIN reservou a expressão “semelhança de família” <sup>124</sup>, para depois decidir-se por ir ou não em busca de um critério que reúna os elementos numa mesma classe.

Nada impede, pois, que, feito um inventário das coisas que se designam sob um nome, procurem-se identificar os elementos comuns entre elas, para então chegar a um seu conceito. Isso não é contraditório, porque adotar uma definição lexicográfica não deixa de ser uma estipulação, na medida em que definir os objetos a partir do nome que usualmente se lhes atribui também não deixa de ser um critério para distinguir de outros objetos as coisas designadas por seu intermédio. Aliás, nesse exato sentido, diz WARAT que não é possível estabelecer limites precisos entre as definições estipuladas e as lexicográficas, justamente “*Porque, nos termos*

---

<sup>123</sup> CARACCILO, *Un dilema en torno...*, *op. cit.*, p. 92.

<sup>124</sup> **Investigações Filosóficas...** *op. cit.*, *passim*. A “semelhança de família” é própria das expressões que padecem da chamada vagueza combinatória, isto é, da vagueza que se apresenta quando uma palavra não se define por uma série de propriedades necessárias e suficientes, mas por um conjunto de propriedades relevantes e não imprescindíveis para o enquadramento no conceito, como ocorre com as noções de “jogos” e “artes”, por exemplo.

vagos, decidir as características que se consideram relevantes, é uma forma de estipulação” (sic)<sup>125</sup>.

E a verdade é que existe, mesmo, ao menos um traço comum entre todas as espécies de proposições que se costuma chamar de “normas”: todas elas, no fim das contas, visam a disciplinar o comportamento humano. A diferença é que, enquanto as normas de conduta e as normas técnicas o fazem de modo direto, tendo destinatários bem definidos, as normas conceituais e constitutivas o fazem de modo indireto, ora estabelecendo o sentido de determinados termos que constarão de regras de conduta ou técnicas, ora criando a própria possibilidade da conduta sobre a qual versarão essas regras.

Essa finalidade de regular condutas está representada, nas formas lógicas referidas no tópico anterior, pelo nexos de implicação interproposicional neutro ( $\rightarrow$ ) – o “functor-de-functor”, na expressão de KALINOWSKI<sup>126</sup> – que, na estrutura de todas as normas acima referidas (prescrições, normas técnicas, definições e normas constitutivas), serve para identificar a pertinência dos objetos nelas referidos ao mundo das relações de imputação, daquilo que “deve-ser”, e não ao mundo das relações causais, daquilo que “é”. Servem, nas palavras de PAULO DE BARROS CARVALHO, para indicar que o liame entre as proposições do antecedente e do conseqüente representa um “... ato de vontade, de quem detém o poder... de criar normas”<sup>127</sup>.

Chega-se, com isso, finalmente, a um conceito mais largo de “norma”, que é aquele de que nos valeremos ao longo deste trabalho.

Trata-se, é evidente, de uma escolha. Seria igualmente válido – e é até mais comum no âmbito da Ciência do Direito Tributário que se desenvolveu no Brasil – enveredar pela opção que reserva o vocábulo “normas” para os casos de uso prescritivo – em sentido estrito – da linguagem.

É o que fazem, por exemplo, PAULO DE BARROS CARVALHO, EURICO DINIZ DE SANTI, GABRIEL IVO e TÁREK MOUSSALLEM, entre tantos outros, ao reservarem apenas às prescrições – subsistemas “S<sub>3</sub>” e “S<sub>4</sub>” – o estatuto de “normas jurídicas”, deixando para os subsistemas “S<sub>1</sub>” e “S<sub>2</sub>” – sistemas dos “enunciados

---

<sup>125</sup> WARAT, **A Definição Jurídica...**, *op. cit.*, p. 41.

<sup>126</sup> *Apud* LOURIVAL VILANOVA, **As Estruturas Lógicas...**, *op. cit.*, p. 77.

<sup>127</sup> **Direito Tributário: Fundamentos...**, *op. cit.*, p. 48.

prescritivos” e das “significações isoladas”, respectivamente – as demais “normas” referidas nos tópicos anteriores <sup>128</sup>.

Tal concepção parece derivar do fato de tais autores assumirem boa parte dos conceitos kelsenianos como postulados, uma vez que, como se poderá verificar mais adiante, KELSEN tomava como “verdadeiras normas” jurídicas apenas as proposições que regulassem a conduta humana mediante a imposição de sanções, reservando a todos os outros enunciados do discurso normativo a designação de “normas dependentes” ou “partes de normas”.

Aliás, tanto a ideia de “todo” e “parte” está, de certo modo, presente na perspectiva por eles adotada, que, nas palavras de MOUSSALLEM, “*Após transcorrer os subsistemas  $S_1$  e  $S_2$ , o intérprete alça voo ao plano da **completude** do sistema deôntico, isto é, ao subsistema  $S_3$  das normas jurídicas...*”, as quais PAULO DE BARROS CARVALHO define justamente como as “... unidades de sentido deôntico obtidas mediante o **grupamento** das proposições isoladas...”, estas concebidas, a seu turno, como “... frases, digamos assim, soltas, como estruturas atômicas”<sup>129</sup>.

Insista-se em que não há nada de essencialmente “errado” nessa escolha, ainda que se trate, a nosso ver, de uma visão excessivamente redutora da complexidade do sistema jurídico <sup>130</sup>. Mas é preciso deixar claro que não passa de uma escolha, motivada não por critérios de verdade, mas de vontade, utilidade ou

<sup>128</sup> Pela ordem de citação: PAULO DE BARROS CARVALHO, **Direito Tributário: Fundamentos...**, *op. cit.*, p. 110-124; EURICO DINIZ DE SANTI, *Validade, Vigência e Aplicação da Norma Tributária*, in **Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas**, p. 501-503; GABRIEL IVO, **Norma Jurídica: Produção e Controle**, p. XXXVI; MOUSSALLEM, **Revogação...**, *op. cit.*, p. 110 *et seq.*

<sup>129</sup> **Revogação...**, *op. cit.*, p. 125; **Direito Tributário: Fundamentos...**, *op. cit.*, p. 106. Sem os destaques, nos originais. É importante reconhecer, porém, que o próprio PAULO DE BARROS CARVALHO, em texto anterior, além de reconhecer a importância dos juízos categóricos, como as ‘normas atributivas’ ou ‘normas qualificativas’, e muito embora negando-lhes caráter normativo, “...já por não revestirem a forma dos juízos hipotéticos, já por não estabelecerem comportamentos-tipo...”, negou que se tratasse de “fragmentos de normas”, dizendo que esta é uma ideia “... vaga e imprecisa, de todo inadequada para a conceituação daquela figura fundamental” – **Teoria da Norma Tributária**, p. 54-55.

<sup>130</sup> O “prescritivismo”, isto é, a postura segundo a qual todo o discurso jurídico é prescritivo, encontrada em boa parte dos autores da Ciência do Direito Tributário brasileira, é duramente criticado por HERNÁNDEZ MARÍN. Segundo o autor, tal tese “... no es el resultado de ningún análisis, estudio o investigación del lenguaje legal o jurídico, de modo que pueda ser revisada a la luz de investigaciones posteriores (como ocurre en cualquier campo del saber); tampoco es la conclusión de ningún razonamiento, de tal manera que sea posible revisar los pasos deductivos que conducen a dicha conclusión. La tesis en cuestión fue formulada y viene siendo repetida sin ninguna justificación ni empírica, ni lógica; dicha tesis es, simplemente, un ‘dogma’” – **Introducción a la Teoría...**, *op. cit.*, p. 230.

conveniência. E, se é assim, a opção diversa aqui adotada também não precisa estar fundada em um juízo veritativo, sendo plenamente justificável que se o faça com base em fundamentos de ordem valorativa, sem deixar de lado, é claro, a exigência de coerência, obrigatória para a construção de qualquer pensamento de ordem científica.

Nesse sentido, pode-se dizer que a opção pela qual se envereda neste trabalho – isto é, a opção de tomar por “normas” todas as espécies de enunciados construídos mediante interpretação das disposições normativas – tem por fundamento, antes de tudo, o desejo de manter coerência com uma estipulação anterior, consistente em, para efeito de desfazer a ambiguidade envolvida no conceito de “norma”, defini-la como o enunciado normativo construído pelo intérprete a partir dos enunciados normativos do discurso das fontes. Afinal, se o enunciado do intérprete (norma) é a significação do enunciado da fonte, então a cada um dos enunciados das fontes em que estiver presente a função de regular o comportamento humano, direta ou indiretamente, deve corresponder ao menos uma norma, ainda que, é claro, possa haver normas formadas a partir de mais de uma disposição normativa, em razão da já referida inexistência de correspondência biunívoca entre normas e disposições.

Num segundo ponto, sob o ângulo valorativo, a opção tem por razão de ser certo incômodo com a ideia de outorgar primazia, no sistema jurídico, às regras que regulam condutas mediante a imposição de sanções – prescrições em sentido estrito, – tornando enunciados tais como as regras técnicas, definições e normas constitutivas desprovidos de vida própria, colocados que são na condição de meros apêndices dos sistemas normativos, meros auxiliares, meros serviços das prescrições. Essas críticas ficarão mais claras por ocasião do exame das teorias que veem as normas de competência como partes de normas ou como normas não-independentes, não sendo o caso de antecipá-las desde logo.

Por ora, o que se enfatiza é que a alternativa escolhida para a concepção de “norma”, da mesma forma que a opção mais restritiva usualmente adotada na Dogmática brasileira do Direito Tributário, está também amparada em vasta e

abalizada doutrina da Teoria Geral do Direito, de modo que argumentos de autoridade não têm o condão de desencorajá-la <sup>131</sup>.

Em suma, pois, tomamos como “normas” todas as proposições que visam a, de uma forma ou de outra, disciplinar o comportamento humano, seja diretamente, como as prescrições e as normas técnicas, seja indiretamente, como as definições e as normas constitutivas.

Dizer, porém, que as normas conceituais e constitutivas regulam o comportamento humano “de modo indireto”, pressupõe que elas estejam em conexão com as normas de conduta ou com as regras técnicas, que regem a conduta “de modo direto”.

Essa conexão entre elas só existirá, por certo, se as normas em questão fizerem parte de um mesmo sistema normativo. E, aqui, o sistema normativo que nos interessa é o jurídico. Por isso, cumpre agora investigar os critérios por meio dos quais se pode atribuir natureza “jurídica” a determinadas normas.

Essa investigação tem estreita conexão com os conceitos de existência e validade das normas jurídicas, que, por sua vez, estão, também, muito proximamente relacionados com a ideia de competência, razão pela qual serão, igualmente, objeto de enfrentamento no próximo tópico, muito embora com a brevidade que os fins deste trabalho admitem e recomendam.

### 1.3 O ADJETIVO “JURÍDICA”

#### 1.3.1 Que normas podem ser chamadas de “jurídicas”?

A busca de um critério por meio do qual se possam identificar, dentre as normas, aquelas que podem ser marcadas com o timbre da juridicidade, é tarefa das mais tortuosas.

---

<sup>131</sup> Entre os que concebem como “normas” não apenas as prescrições, mas também os demais “enunciados prescritivos” a que se refere PAULO DE BARROS CARVALHO, podem-se citar, apenas à guisa de exemplo, e em função da sua relevância para o presente trabalho, VON WRIGHT, HART, RAZ, GUASTINI, MENDONÇA, HERNÁNDEZ MARÍN e FERRER BELTRÁN.

Certo é que pouco importará, para tanto, examinar a estrutura lógica da norma, porque a questão relativa às diferenças entre as normas jurídicas e os outros tipos de normas “... *não se resolve permanecendo nos limites de um estudo puramente formal...*” dos enunciados normativos <sup>132</sup>. Tanto é assim, aliás, que a classificação das normas segundo a sua estrutura lógico-formal não foi ilustrada por exemplos de normas jurídicas, mas por normas do jogo de xadrez.

Descartada, pois, de início, essa possibilidade, observa-se, com BOBBIO, que foram várias as alternativas já sugeridas para uma identificação da característica peculiar das normas jurídicas.

Uma das propostas mais frequentes é aquela segundo a qual o traço da juridicidade estaria no conteúdo da norma jurídica.

Aqui se encontram, por exemplo, as teorias que sustentam ser a “intersubjetividade” das relações por elas reguladas o seu traço peculiar. Nessa perspectiva, a norma jurídica seria aquela bilateral, em que há uma relação de interdependência entre o direito de um sujeito e o dever de outro, o que a oporia à norma moral, cujo caráter unilateral só permitiria concentrar direitos e deveres no mesmo sujeito.

Segundo o autor italiano, porém, esse critério falha na pretensão discriminadora porque, se serve para distinguir as normas jurídicas das morais, não serve para diferenciá-las das normas sociais – como as regras de etiqueta, por exemplo – que também regulam relações intersubjetivas. Por isso mesmo, rejeita-o.

Uma segunda proposta funda-se num critério teleológico, que busca distinguir as normas jurídicas das demais a partir da identificação, nelas, da finalidade específica de “conservação da sociedade”. Segundo essa perspectiva, seriam jurídicas apenas as normas necessárias à consecução de tal fim.

Entretanto, tal teoria esbarra no fato de que as regras consideradas essenciais para preservar determinada sociedade não necessariamente serão iguais às tidas por imprescindíveis para a conservação de outra sociedade, sendo essa, aliás, a razão pela qual há ordenamentos jurídicos tão diferentes entre si. Portanto, igualmente inadequada essa proposta para definir o traço peculiar do “jurídico”.

---

<sup>132</sup> BOBBIO, **Teoria Geral...**, *op. cit.*, p. 125.

Um terceiro critério, próprio das correntes positivistas mais puras, é aquele que assenta no apontamento do “sujeito que põe a norma”. Nessa perspectiva, “jurídicas” seriam apenas as normas postas pelo poder soberano.

O problema é que, adotado esse fator de “*discrimen*”, restariam fora do sistema jurídico uma série de normas que não são postas por qualquer autoridade, mas, mesmo assim, disciplinam a conduta humana de forma tão vigorosa quanto as normas postas segundo este critério formal, ou até de forma mais intensa, como é o caso de determinadas normas consuetudinárias.

A esse critério positivista, então, alguns opõem um quarto, de matiz jusnaturalista, buscando a essência do jurídico em determinados valores, como o da “justiça”, com o que se equiparam os conceitos de norma jurídica e norma justa.

O defeito dessa doutrina, é claro, está no fato de que não há uma opinião unívoca sobre o que se deve entender por “justiça”, donde a inidoneidade do critério sugerido para orientar qualquer definição com pretensão de universalidade.

Um quinto grupo de teorias busca a juridicidade das normas na natureza da obrigação, isto é, na maneira como as normas são recebidas por seus destinatários.

Incluem-se aí, pelo menos, duas propostas: (i) conforme a primeira, a norma jurídica distinguir-se-ia das outras pelo fato de ser obedecida pelo destinatário tendo em vista a obtenção de uma “vantagem” determinada, enquanto a norma moral seria obedecida por si mesma; (ii) consoante a segunda, dir-se-ia que uma norma é jurídica apenas quando o seu destinatário estivesse convencido de sua obrigatoriedade, de modo que haveria, nelas, um maior sentido de dependência do destinatário, que agiria de maneira menos livre em relação a seus fins.

Para BOBBIO, o problema de ambas as propostas é que, quando buscam caracterizar as normas jurídicas distinguindo-as das morais – como na primeira alternativa, – acabam colocando-as no mesmo grupo das normas sociais; já quando se as opõem às normas sociais – como na segunda, – colocam-se em relevo características que as aproximam das normas morais. Também por isso, conclui, não servem de critério orientador.

A última sugestão de critério de juridicidade apresentada por BOBBIO é a que diz respeito à análise da resposta à violação, estando ligada, pois, à noção de “sanção”<sup>133</sup>.

Essa visão parte da premissa de que a possibilidade de transgressão é o atributo que permite distinguir as normas das leis científicas, e de que, sendo assim, a natureza da norma só poderia variar conforme o tipo de resposta vinculado à hipótese da respectiva violação.

No desenvolvimento desse raciocínio, (i) as normas morais seriam aquelas caracterizadas por serem sancionadas apenas interiormente, isto é, pelo fato de o seu transgressor responder pela violação apenas diante de si mesmo – remorso, arrependimento *etc.*, – o que as faria pouco eficazes para dirigir a conduta humana; (ii) as normas sociais, por sua vez, seriam caracterizadas pelo caráter externo, não institucionalizado, de sua sanção, tendo por defeito não a ausência de eficácia, “...mas a ausência de proporção entre violação e resposta” – linchamento, banimento, expulsão, isolamento *etc.*<sup>134</sup>; (iii) finalmente, a sanção das normas jurídicas distinguir-se-ia das anteriores, precisamente, por ser institucionalizada, ou seja, regulada por regras fixas, estáveis e cuja execução é confiada a determinadas pessoas especificamente designadas para isso.

Essa última proposta cativa, sem dúvida, mas, antes de decidir acatá-la ou não, é preciso levar em conta as críticas que lhe dirigem os “não-sancionistas”, isto é, os que consideram que a sanção não é um elemento constitutivo da noção de “norma jurídica”, mas apenas um seu elemento eventual.

O primeiro argumento que se invoca, normalmente, para afirmar que a sanção não é essencial para a caracterização da “juridicidade”, diz respeito à “adesão espontânea”, isto é, ao fato de que muitas regras jurídicas são observadas por motivos que não se fundam no temor relativo à aplicação da sanção.

Esse argumento, porém, pode ser refutado, segundo BOBBIO, por dois ângulos diversos.

Pode-se sustentar, de um lado, que a adesão espontânea é um fenômeno que realmente costuma estar presente nas relações regidas por normas jurídicas,

---

<sup>133</sup> Segundo LAGERSPETZ, de modo geral, “... tanto los positivistas como los teóricos del Derecho Natural aceptan la teoría sancionatoria del deber” – Normas y Sanciones, in **La Normatividad del Derecho**, p. 52.

<sup>134</sup> BOBBIO, **Teoria Geral...**, *op. cit.*, p. 138.

mas isso não significa que sirva para caracterizar o direito. Afinal de contas, um ordenamento normativo em que jamais fosse necessário recorrer à sanção, e que fosse sempre seguido espontaneamente, “... *seria tão diferente dos ordenamentos históricos que costumamos chamar de jurídicos, que ninguém ousaria ver ali realizada a ideia do direito*”<sup>135</sup>.

De outro lado, pode-se argumentar que a obediência que se obtém quando se ameaça alguém de sofrer uma sanção caso descumpra o preceito da norma também é, em última análise, baseada no consenso quanto aos casos em que é cabível a aplicação da sanção.

Ademais disso, pode-se ainda cogitar, seriamente, a possibilidade de que a própria aplicação – e não apenas a previsão – da sanção conte com a concordância do apenado, ainda que isso seja relativamente raro, de modo que a ocorrência da adesão espontânea sequer é algo que necessariamente se oponha à sanção.

Por isso, essa primeira crítica não parece suficiente para que se deixe de tomar a sanção como traço peculiar das normas jurídicas.

No entanto, o segundo argumento apresentado pelos não-sancionistas investe mais seriamente contra essa proposta. Ele está fundado, antes de tudo, no fato de que, empiricamente, verifica-se, em qualquer ordenamento jurídico, a existência de diversas normas que, simplesmente, não estão garantidas por sanção.

Realmente, de um lado, como bem apontou HART, o esquema “preceito-sanção” responde bem à estrutura das normas jurídicas penais e à de parte das normas civis, isto é, às normas que regulam diretamente a conduta – chamadas pelo autor inglês de “normas primárias”, – mas não reflete a estrutura de boa parte das normas que integram os sistemas jurídicos, em especial daquelas que ele chama de “secundárias”, que são metanormas em relação às normas primárias, na medida em que servem justamente para eliminar a incerteza quanto à sua existência no sistema, remediar sua condição estática e, finalmente, suprimir o risco de sua ineficácia – regras de reconhecimento, modificação (ou câmbio) e julgamento, respectivamente <sup>136</sup>.

Aliás, como se observou acima, nem as regras técnicas podem ser violadas, porque não impõem deveres, nem as definições admitem transgressão, porque são

---

<sup>135</sup> BOBBIO, **Teoria Geral...**, *op. cit.*, p. 144.

<sup>136</sup> **O Conceito de Direito...**, *op. cit.*, p. 104-106.

enunciados categóricos, nem as normas constitutivas podem ser descumpridas, porque não prescrevem qualquer conduta, mas, antes, ou criam a própria possibilidade institucional de alguma conduta, ou, se de caráter performativo, implicam a imediata e irresistível ocorrência de um fato.

De outro lado, em todo ordenamento jurídico é possível encontrar até mesmo regras de conduta não sancionadas <sup>137</sup>.

Um bom exemplo disso parece estar nos chamados “prazos processuais impróprios”, decorrentes das regras que estabelecem o dever de o juiz despachar e decidir em determinado prazo, sem, no entanto, cominarem qualquer sanção para a hipótese de descumprimento dessa conduta, como é o caso, *v.g.*, do prazo estabelecido pelo artigo 189 do Código de Processo Civil. Ora, não parece acertado, diante de uma norma dessa natureza, dizer que o juiz não está obrigado a decidir no prazo, ainda que se reconheça a inexistência de um meio eficaz para compeli-lo a tanto, no caso de não vir a fazê-lo espontaneamente <sup>138</sup>.

Outro bom exemplo de norma prescritiva sem sanção, já no plano do Direito Tributário, parece ser aquele relativo à norma veiculada pelo art. 212 do Código Tributário Nacional, que determina a edição anual de um regulamento que consolide a legislação de cada tributo <sup>139</sup>.

Uma saída comum para contornar os problemas apontados pelos não-sancionistas é argumentar que não se trataria de verdadeiras normas, mas de “normas incompletas”, “fragmentos de normas”, normas meramente “programáticas” *etc.*

No entanto, como aponta FOLLONI, trata-se de “... *argumentos ‘ad hoc’*”, mediante os quais se busca “... *justificar a correção [da] construção abstrata teórica [da noção de ‘norma’], mesmo em face de evidência empírica concreta em sentido*

---

<sup>137</sup> BOBBIO aponta como exemplo a norma veiculada pelo art. 315 do Código Civil italiano, segundo o qual “*O filho, seja qual for a idade, deve honrar e respeitar os pais*”. Ora, diz ele, se o filho não honrar e respeitar os pais, nada lhe acontecerá, porque simplesmente não há sanção prescrita no ordenamento italiano para as condutas de desonrar e desrespeitar os pais. Mesmo a submissão ao poder disciplinar paterno, que poderia ser apontada como uma consequência negativa da desobediência a esse dever, em rigor não depende do descumprimento de tal dever para se manifestar e, portanto, não pode ser vista como uma sanção que esteja atrelada à sua violação – **Teoria Geral...**, *op. cit.*, p. 146. No mesmo sentido, diz JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO que “*Nem toda regra é necessariamente assistida de sanção. Pode haver regras não sancionadas*” – **Introdução à Ciência do Direito**, p. 55.

<sup>138</sup> À exceção, é claro, do descumprimento reiterado e injustificado dessa obrigação, que pode dar ensejo, entre outras sanções, a punições disciplinares pelas Corregedorias de Justiça.

<sup>139</sup> É o que aponta ANDRÉ FOLLONI – **Ciência do Direito Tributário...**, *op. cit.*, p. 180.

*diverso*”<sup>140</sup>. Em outras palavras, são argumentos mediante os quais se busca enquadrar a realidade nos conceitos assumidos como dogmas, ao invés de construir conceitos para tentar explicar a realidade.

Outra saída corriqueira é simplesmente negar às normas não sancionadas o caráter “jurídico”<sup>141</sup>.

No entanto, como observa BOBBIO, trata-se de uma “... *solução radical e desnecessária*...”, pois

A dificuldade pode ser resolvida de outro modo, ou seja, observando que, **quando falamos de uma sanção organizada como elemento constitutivo do direito, referimo-nos não às normas singulares, mas ao ordenamento normativo considerado no seu todo**, razão pela qual dizer que a sanção organizada distingue o ordenamento jurídico de qualquer outro tipo de ordenamento não implica que *todas* as normas desse sistema sejam sancionadas, mas apenas que a *maior parte o seja*. Quando me coloco diante de uma norma singular e me pergunto se é ou não uma norma jurídica, o critério da juridicidade certamente não é a sanção, mas a pertinência ao sistema... (sem os destaques no original)<sup>142</sup>.

De fato, ao que nos parece, a sanção está ligada à “eficácia”, e não à “existência”, de cada norma jurídica isoladamente considerada.

<sup>140</sup> *Ibid.*, p. 180-181.

<sup>141</sup> Essa opção é recorrente na doutrina brasileira. É nessa linha, por exemplo, o pensamento de PAULO DE BARROS CARVALHO, que, à pergunta “... *existe norma sem sanção?*”, responde, sem meias palavras: “... *absolutamente, não. Aquilo que há são enunciados prescritivos sem normas sancionatórias que lhes correspondam*...”, acrescentando que, sem sanção, ingressamos “... *noutros sistemas de normas, como o dos preceitos morais, religiosos etc.*” – **Direito Tributário: Fundamentos...**, *op. cit.*, p. 45; também JÚLIO MARIA DE OLIVEIRA afirma que “*A norma é jurídica porque sujeita-se à sanção*...” e, “... *se de uma norma jurídica suprime-se a norma secundária sancionadora da norma primária, fica a norma primária desprovida de juridicidade*” – **Internet e Competência Tributária**, p. 19. É, também, o pensamento de ARNALDO VASCONCELOS, para quem se deve tomar “... *a sanção como nota distintiva da norma jurídica*...”, de modo que “*Aquela norma que dela não dispuser, é porque não é norma jurídica*...” – **Teoria da Norma Jurídica**, p. 169. Tal ideia também está presente, ainda que implicitamente, em CRISTIANE MENDONÇA, quando defende que o fato de supostamente não haver sanção para a pessoa política que deixar de instituir o ICMS não permite “... *proclamar a obrigatoriedade do exercício da competência*” – **Competência Tributária...**, *op. cit.*, p. 282. Igualmente aparece em RAFAEL MUNHOZ DE MELLO, para quem, “... *sem sanção não há ilícito, pois ‘uma determinada conduta apenas pode ser considerada como prescrita na medida em que uma conduta oposta é pressuposto de uma sanção*...” – **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador**, p. 37. Já segundo TÁCIO LACERDA GAMA, a “... *nota distintiva entre direito e não direito*...” é a “... *existência do processo posto a serviço da eficácia da norma primária*...”, de modo que “... *norma jurídica sem sanção deixa de ser jurídica*” – **Competência Tributária...**, *op. cit.*, p. LI e 106.

<sup>142</sup> BOBBIO, **Teoria Geral...**, *op. cit.*, p. 147. Omitiu-se da citação o trecho final – “... *ou seja, sua validade*” –, vale dizer, o trecho em que o autor equiparava “pertinência” e “validade”, por razões que ficarão mais claras adiante.

Aliás, tanto é assim que, em todo ordenamento, para além das normas desprovidas de sanção, há também normas jurídicas a cujo descumprimento está atrelada a previsão de sanção tão pouco gravosa que se mostra absolutamente ineficaz para desestimular a prática do comportamento proibido.

Seria o caso, por exemplo, de uma norma que estabelecesse a pena de advertência para o crime de homicídio. É de se perguntar: qual seria a diferença, sob o ponto de vista da influência na direção do comportamento, entre uma norma como essa e a que proíbe a prática do homicídio, mas não comina qualquer pena para o caso de infração da norma? Rigorosamente, a diferença seria nenhuma, pois ambas são igualmente ineficazes para desestimular a conduta oposta. No entanto, os sancionistas descrevem um abismo entre uma e outra, tratando a primeira como “jurídica” e a última como “não-jurídica”, o que nos parece injustificável.

Parece-nos, como aponta BOBBIO, no excerto acima, que a questão da juridicidade não está ligada a algum conteúdo ou forma específicos, de que cada uma e todas as normas jurídicas sejam dotadas, mas, sim, à sua pertinência a um sistema normativo do tipo jurídico, este sim caracterizado, segundo ordinariamente se defende, pelo fato de ter por objeto regular o exercício da força, por meio da institucionalização das sanções<sup>143-144</sup>. Desloca-se, com isso, o foco da investigação da juridicidade, que passa das normas isoladamente consideradas para o sistema normativo de que fazem parte.

Essa ideia de pertinência de uma norma a um sistema jurídico, isto é, de sua existência num sistema jurídico, que lhe imprimiria o “selo” da juridicidade, muitas vezes, é associada ao conceito de “validade”.

Nesse sentido, diz KELSEN que uma norma é “... *jurídica enquanto pertence a uma determinada ordem jurídica, e pertence a uma determinada ordem jurídica quando a sua validade se funda na norma fundamental dessa ordem*”<sup>145</sup>. Na mesma linha, segundo HART, dizer que uma regra é válida “... *é reconhecê-la como tendo*

<sup>143</sup> Para KELSEN, “... *a função do Estado (ou função do Direito)... consiste na estatuição e execução de atos coercivos*” – **Teoria Pura...**, *op. cit.*, p. 185; na mesma linha, diz ROSS que “... *um ordenamento jurídico nacional é um corpo de regras concernentes ao exercício da força física*” – **Direito e Justiça**, p. 77

<sup>144</sup> Também JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO entende que “... *a coercibilidade não caracteriza cada regra estatal por si*”, mas sim “... *a ordem jurídica estatal em globo*” – **Introdução...**, *op. cit.*, p. 82.

<sup>145</sup> **Teoria Pura...**, *op. cit.*, p. 21-22.

*passado pelos testes exigidos pela regra de reconhecimento e, portanto, como uma regra do sistema*”, vale dizer, como uma regra pertencente ao sistema <sup>146</sup>.

Entretanto, conforme bem aponta GUASTINI, essa associação entre os conceitos de “validade” e “pertinência” nada mais é que o fruto de uma estipulação; não é providência imposta pela natureza das coisas, sendo, pois, perfeitamente defensável que se a rejeite, com fundamento em valores que dizem respeito à sua adequação para a explicação dos fenômenos que se verificam nos sistemas jurídicos.

Nesse sentido, pode-se ponderar que, se mesmo as normas inválidas podem produzir efeitos jurídicos, isto é, se mesmo elas podem ser aplicadas, a depender do que o sistema estabelecer – e normalmente os sistemas jurídicos estabelecem justamente que mesmo as normas inválidas produzirão algum tipo de efeito, isto é, serão aplicadas, – então *“Parece natural concluir que incluso las normas inválidas poseen una cierta relación con el sistema jurídico, un cierto status dentro de éste”* <sup>147</sup>.

E é possível, a partir disso, esboçar a conclusão de que mesmo as normas inválidas pertencem ao sistema, sendo, pois, tão jurídicas como as normas válidas, ainda que não mantenham, com essas, relação de coerência lógica <sup>148</sup>.

Assim, para que a ideia de pertinência possa abarcar também as “normas jurídicas inválidas”, parece mais adequado tratá-la como correspondente não à “validade” das normas, mas à sua simples “existência” em um dado sistema jurídico, caracterizado pela unidade de elementos – normas – que se relacionam entre si.

Essa decisão, porém, não pode ser tomada sem que se esclareça o que se entende, neste estudo, por validade e por existência das normas jurídicas, de modo que um exame desses conceitos, ainda que breve, faz-se igualmente necessário.

Além de necessário, tal exame é também oportuno, porque a ideia de validade das normas jurídicas está intimamente associada à noção de competência, que é vista como um de seus pressupostos, a ponto de, ao menos em certa medida,

---

<sup>146</sup> **O Conceito de Direito...**, *op. cit.*, p. 114.

<sup>147</sup> GUASTINI, **Cinco observaciones sobre validez y derogación**, p. 60, disponível em: [www.bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02461632092135052754491/discusiones2/Vol2\\_04.pdf](http://www.bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02461632092135052754491/discusiones2/Vol2_04.pdf), acesso em 15/06/2012.

<sup>148</sup> Como observa JOSÉ ROBERTO VIEIRA, embora no sistema da Ciência do Direito exija-se coerência, o mesmo não ocorre no sistema do Direito Positivo; este, *“... embora destituído de plena coerência..., é sistema...”* – *A Noção de Sistema no Direito*, **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, p. 59.

o conceito de competência ser dependente do conceito de validade que se adotar. O conceito de “validade”, por sua vez, tem uma relação muito próxima com o de “existência” das normas jurídicas, donde a oportunidade, também, de algumas considerações sobre ele.

### 1.3.2 Existência e validade das normas jurídicas

Do mesmo modo que a palavra “norma”, a palavra “validade” também é ambígua.

Contribuem para esse caráter plurívoco, primeiro, as peculiaridades de cada idioma, que por vezes dificultam a distinção entre a “validade” e conceitos correlatos, como “existência”, “pertinência” ou “vigência”<sup>149</sup>.

Contribui para tanto, também, o fato de que, na linguagem dos juristas, a validade é qualidade que se atribui não apenas às “normas jurídicas” – significado das formulações normativas, – mas, também, àquilo que GUASTINI chama de “atos normativos” – expressão que, a seu turno, é também ambígua, pois, por um lado, pode se referir a um agir que consiste em produzir normas – como os atos de legislar, sentenciar *etc.* – e, por outro, pode designar o resultado de um agir normativo, isto é, o texto ou documento normativo – a lei, a sentença *etc.*<sup>150</sup>.

De acordo com ROSS, o termo “validade” é empregado, na literatura jurídica, em pelo menos três sentidos diferentes.

Em primeiro lugar, é usado, “... *na filosofia moral, nas doutrinas do direito natural, e* [– na visão do autor dinamarquês, –] *também na doutrina pura do*

<sup>149</sup> Emblemática, aqui, a explicação de ROSS quanto às controvérsias conceituais decorrentes de problemas de tradução de suas obras. Segundo o autor, a dificuldade na compreensão do seu conceito de validade decorre do fato de que, em dinamarquês, como em alemão, faz-se normalmente uma distinção entre “glydig” (“gültig”) e “gaeldende” (“geltend”), o primeiro termo dizendo respeito à validade – sendo “uglydig” o seu antônimo – e o segundo aludindo a vigência – sem que haja um antônimo que lhe seja correspondente – ***El concepto de validez y otros ensayos***, p. 23. EDSON BINI, que traduziu algumas obras de ROSS para o português, explica a origem do problema dizendo que “*Ross emprega dois vocábulos distintos que exprimem predicados aplicáveis a normas: um (‘glydig’) significa ‘válido’; o outro (‘gaeldende’) significa ‘vigente’. Infelizmente, ambos os vocábulos foram traduzidos em inglês com um só vocábulo: ‘valid’, ou seja, ‘válido’*” – Nota do tradutor, in GUASTINI. ***Das Fontes às...***, op. cit., p. 110.

<sup>150</sup> GUASTINI, ***Das fontes às...***, op. cit., p. 275-276.

*direito...*”, para aludir a uma qualidade apriorística da qual as normas jurídicas seriam dotadas, a chamada “força obrigatória” ou “força vinculante”<sup>151</sup>.

Em segundo lugar, é utilizado para aludir à “... *existencia efectiva o realidad...*” da norma, isto é, ao fato de ela gerar efeitos, de vigorar efetivamente, no sistema jurídico. Trata-se, nesse caso, da afirmação de um fato, de dizer algo “acerca da” norma ou do sistema de que ela faz parte<sup>152</sup>.

Em terceiro lugar, o vocábulo é também invocado para indicar se um ato jurídico – como um contrato, um testamento ou uma lei – foi produzido em conformidade com as normas que disciplinam sua criação, isto é, se foi produzido sem vícios e, em razão disso, deve ser dotado dos seus efeitos jurídicos típicos, ou se, pelo contrário, deixou de observar as normas que regulam sua criação e, como consequência, é nulo.

Já de acordo com GUASTINI, na literatura jurídica podem-se encontrar pelo menos dois conceitos de “validade”.

Primeiro, num sentido fraco, uma norma é válida se, e somente se, “existe”, isto é, se e somente se foi formulada e criada por uma autoridade criadora de regras.

Segundo, num sentido forte, uma norma é válida num dado sistema jurídico se, e somente se, nas palavras de ITURRALDE, “... *cumple con todos los criterios de identificación específicos de ese sistema...*”, isto é, se “... *está totalmente libre de cualquier clase de vicio*”<sup>153</sup>.

Considerando que este último sentido de validade corresponde, mais ou menos precisamente, ao terceiro sentido apresentado por ROSS, pode-se dizer que, nesse rápido exame, verificou-se a existência de, pelo menos, quatro conceitos diversos de validade: (i) como “força obrigatória”, (ii) como “vigência”, (iii) como “existência” e (iv) como “ausência de vícios”. E não há dúvida de que, caso se pesquisasse mais a fundo, encontrar-se-iam outros tantos conceitos mais, mas não é o caso de fazê-lo<sup>154</sup>.

---

<sup>151</sup> *Ibid.*, p. 112.

<sup>152</sup> ROSS, *El Concepto de validez...*, *op. cit.*, p. 23.

<sup>153</sup> VICTORIA ITURRALDE, *Reflexiones sobre los conceptos de validez y existencia de las normas jurídicas*, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº. 31, p. 160.

<sup>154</sup> NINO, por exemplo, aponta seis “focos de significado” do termo validade: como existência, como força obrigatória (justificativa para a ação), como qualidade de uma norma cuja aplicação é determinada por outra norma, como qualidade de uma norma cuja criação é possibilitada por uma

A noção de “existência normativa”, a seu turno, também não parece infensa ao problema da indeterminação conceitual. BULYGIN, por exemplo, distingue quatro sentidos do termo: “existência fática”, “pertinência”, “validade” e “existência formal”<sup>155</sup>.

A noção de “existência fática”, segundo ele, identifica-se com a ideia de vigência em ROSS – a norma vige quando é verdadeira a predição de que será utilizada para fundamentar decisões judiciais – ou com a de eficácia em KELSEN – a norma é eficaz se realmente obedecida pelos sujeitos ou aplicada pelas autoridades a quem se dirige <sup>156</sup>.

A ideia de existência como “pertinência” – “existência sistemática”, <sup>157</sup> – por sua vez, está ligada a um critério genético, segundo o qual uma norma pertence a certo sistema se foi criada pela autoridade competente e ainda não foi derogada pela mesma ou por outra autoridade do sistema.

Já quando existência é usada no sentido de validade – “existência normativa”, – quer significar que uma norma existe se, e somente se, sua observância é obrigatória.

Finalmente, quando se diz que as normas existem “em sentido formal”, quer-se afirmar, tão-simplesmente, que foram promulgadas por alguém, ou que são consequência lógica de normas promulgadas <sup>158</sup>.

Portanto, a exemplo da palavra “validade”, também o vocábulo “existência” pode ser usado em pelo menos quatro sentidos diversos.

Diante dessa situação de polissemia, é sempre grande a tentação de procurar demonstrar a falsidade de algumas dessas noções, para privilegiar aquele que seria o sentido correto ou verdadeiro das expressões que as veiculam.

Contudo, como dito anteriormente, o fato é que, tratando-se, todas elas, de definições estipuladas, isto é, de definições que consistem em decisões linguísticas,

autoridade competente e dentro dos limites da competência; como pertinência a um sistema jurídico e como vigência ou eficácia. – *Apud* SÔNIA MENDES, **A Validade...**, *op. cit.*, p. 81-83.

<sup>155</sup> *Apud* MENDONCA. **Las Claves...**, *op. cit.*, p. 49.

<sup>156</sup> Segundo MENDONCA, também Hart analisa essa noção de “existência fática”, tratando dela em termos de “aceitação” ou “acatamento” da norma como pauta de comportamento pelo grupo social, o chamado “ponto de vista interno” da regra de reconhecimento – *Ibid.*, p. 48.

<sup>157</sup> Essa visão é atribuída a Von Wright – *Ibid.*, p. 49.

<sup>158</sup> MENDONCA acrescenta, ainda, uma quinta noção de “existência”, que chama de “existência como abstração” ou “existência ideal”. Essa noção parte da ideia de que as normas são independentes da linguagem, ainda que só possam ser expressas por meio linguístico. Sendo assim, a existência das normas jurídicas dependeria não de sua formulação efetiva, mas apenas da possibilidade de serem formuladas linguisticamente – *Ibid.*, p. 50

não se pode pretender ver aí qualquer resposta correta, mas apenas respostas mais ou menos úteis para a compreensão do fenômeno jurídico. Até porque não é nada infrequente que uma norma exista e seja válida, de uma só vez, em todos os diversos sentidos acima referidos, o que prova que eles, absolutamente, não são incompatíveis entre si.

Mas, se, para avaliar a adequação de uma definição estipulada, o critério é não a correção, e sim a utilidade da definição, então não parece ser o caso de fundar a existência ou validade das normas na ideia de obrigatoriedade, porque afirmar a força obrigatória de uma norma parece mais remeter a um efeito de sua existência e de sua validade do que dizer algo sobre o que nos autorizaria a lhes atribuir tais predicados. Isto é, a norma tem força obrigatória *porque* existe e é válida, e não o contrário. Aliás, mais do que existir e valer, para ter força obrigatória também parece necessário que a norma vigore, já que, não obstante existente e válida, pode não ser passível de aplicação, como ocorre, por exemplo, nas situações de “*vacatio legis*”.

Da mesma forma, as noções de existência e validade fática também não parecem ser de grande utilidade, pois os fatos de uma norma ser efetivamente aplicada – eficácia, no sentido kelseniano, – ou ser de presumida aplicação futura, na visão rossiana, ou (i) não tem nenhuma relação com a sua existência e a sua validade, podendo decorrer de um simples erro dos agentes do sistema responsáveis por aplicá-las, ou, (ii) para aqueles que entendem que nenhuma norma ingressa de modo inválido no sistema jurídico, diz mais respeito às consequências do que às causas pelas quais se afirma que ela é existente e válida.

Por outro lado, se o que se quer é um conceito útil, e se o objetivo é distinguir entre os conceitos de “validade” e “existência”, então, nesse esforço de suprimir as ambiguidades que os cercam, crê-se que se podem abandonar, desde logo, as tentativas de equiparar um ao outro.

Aliás, o abandono de tais perspectivas é também recomendado pelo fato de que equiparar esses conceitos poderia implicar o seguinte problema lógico: se a invalidade fosse mesmo igual à inexistência, qualquer discussão sobre uma norma inválida – como a que buscasse a melhor interpretação de uma norma

inconstitucional, por exemplo – seria “... *una discusión sobre una entidad inexistente y, por lo tanto, una discusión absurda*”<sup>159</sup>.

Há, é bem verdade, uma proposta alternativa de equiparação entre os conceitos de “validade” e “existência”, segundo a qual a norma existente sempre entra validamente no sistema, e dele só é extirpada por outra norma, editada pelo sujeito competente para reconhecer a sua invalidade. Por isso, mesmo quando criada sem a observância de determinadas condições de sua regularidade, considera-se que a norma ingressa validamente no sistema jurídico no tempo “ $t_1$ ”, em que o sistema jurídico é “ $SJ_1$ ”, e só passa a não ser mais válida, nem existente, no tempo “ $t_2$ ”, em que o sistema jurídico já é outro (“ $SJ_2$ ”), porque dele terá passado a fazer parte a norma que invalidou o enunciado produzido em  $SJ_1$ .

Essa tese, porém, apresenta pelo menos o seguinte problema: se a existência corresponde à validade, então, como corolário lógico, a invalidade corresponde à inexistência<sup>160</sup>; no entanto, há muitos casos em que um juiz reconhece a invalidade de uma norma, deixando, por isso, de aplicá-la, sem que isso impeça, porém, a aplicação dessa mesma norma por outros juízes. Como afirmar, diante de uma situação dessas, que a norma reconhecida como inválida por um desses juízes não mais exista, sem cair no absurdo de afirmar que existe um sistema jurídico para cada juiz<sup>161</sup>?

Para resolver esse problema, os partidários da visão que equipara existência e validade costumam invocar a tese kelseniana da “cláusula alternativa tácita”, segundo a qual as normas que determinam o conteúdo de outras normas incluem uma habilitação tácita para que a autoridade responsável por pronunciá-las lhes atribua um conteúdo alternativo ao predeterminado, de maneira que, mesmo neste

---

<sup>159</sup> *Ibid.*, p. 51.

<sup>160</sup> Um dos procedimentos lógicos para provar o condicional é o da “prova por contraposição”. Como explicam NEWTON DA COSTA e DÉCIO KRAUSE, “*Muitas vezes, para provar o condicional  $\alpha \rightarrow \beta$ , fazemos uso do fato de ele ser equivalente ao condicional  $\sim \beta \rightarrow \sim \alpha$ , que é dito sua ‘contrapositiva’*” – **Notas de Lógica...**, *op. cit.*, p. 38.

<sup>161</sup> Para além do que se aponta nas linhas abaixo, não há como não deixar de notar uma semelhança entre essa tese e a que defende a dicotomia entre fato e evento, objeto de crítica em nota anterior. Afinal de contas, segundo essa interpretação, para que uma norma fosse inválida, não bastaria a sua relação de contradição com o sistema jurídico (evento); seria necessário, ainda, que essa contradição fosse relatada por uma autoridade capaz de, por meio de um ato linguístico (fato) excluir a norma inválida do sistema.

segundo caso, a norma por ela produzida seja coerente com a norma superior e, por isso, válida <sup>162</sup>.

Segundo essa perspectiva, mesmo quando um juiz deixasse de aplicar o conteúdo predeterminado da norma superior, não estaria negando a sua validade – ou existência; – estaria apenas invocando a cláusula alternativa que nela estaria tacitamente contemplada. Assim, a invalidação não ocorreria no caso de invocação da cláusula alternativa tácita, isto é, no caso de não aplicação do conteúdo predeterminado da norma por algum de seus destinatários, mas apenas quando a norma fosse efetivamente expulsa do sistema, pelo sujeito dotado de competência para fazê-lo <sup>163</sup>.

A tese da cláusula alternativa tácita, porém, é inaceitável, inclusive porque incompatível com as premissas do próprio KELSEN, como bem demonstrou NINO, a partir de diversas objeções, das quais destacamos as três que nos parecem mais relevantes <sup>164</sup>.

A primeira está em que, como, na teoria kelseniana, toda norma regula a criação de outras normas, se vigorasse mesmo a cláusula alternativa tácita, então, em rigor, nenhuma norma poderia ser desobedecida, pois o órgão inferior sempre se ajustaria a alguma das duas alternativas que a norma oferece. No entanto, o próprio

---

<sup>162</sup> A ideia é apresentada por KELSEN nos seguintes termos: *“Uma decisão judicial não pode – enquanto for válida – ser contrária ao Direito (ilegal). Não se pode, portanto, falar de um conflito entre a norma individual criada por decisão judicial e a norma geral a aplicar pelo tribunal, criada por via legislativa ou consuetudinária. Nem mesmo no caso de uma decisão judicial de primeira instância atacável, quer dizer, anulável. O fundamento objetivo da sua anulabilidade não é – como pode ser afirmado pelas partes que a atacam, ou mesmo pelo tribunal de recurso – a sua ilegalidade, isto é, o fato de não corresponder à norma geral que deve aplicar – se assim fosse, seria nula, quer dizer, juridicamente inexistente, e não simplesmente anulável – mas a possibilidade, pela ordem jurídica prevista, de estabelecer com vigência definitiva a outra alternativa, não realizada pela decisão atacada. Se a norma jurídica individual criada por uma decisão judicial é atacável, ela pode ser anulada pela norma com força de caso julgado de uma decisão de última instância não só quando o tribunal de primeira instância faz uso da alternativa para determinar ele próprio – com validade provisória – o conteúdo da norma por ele criada, mas também quando, de conformidade com a outra alternativa pela ordem jurídica estatuída, o conteúdo da norma individual criada pelo tribunal de primeira instância corresponde à norma geral que o predetermina”* – **Teoria Pura...**, *op. cit.*, p. 187-188.

<sup>163</sup> Aqueles que admitem a cláusula alternativa tácita como premissa, tal como GABRIEL IVO, entendem que *“Para se predicar validade conforme a cláusula alternativa (V<sub>1</sub>) basta que o documento normativo tenha sido produzido por um órgão com competência normativa e tenha sido publicado no diário oficial. Sem publicação não há intersubjetividade, nada se pode dizer acerca de um documento”* – **Norma Jurídica...**, *op. cit.*, p. 143. É impossível não notar a semelhança desse conceito fraco de validade com o conceito de existência adiante defendido.

<sup>164</sup> NINO, **La validez del derecho**, p. 32-34

KELSEN exige, como condição objetiva para que um ato de vontade seja uma “norma jurídica”, a possibilidade de ser desobedecido.

A segunda diz respeito a que, admitir a tese da cláusula alternativa tácita, implicaria supor que todas as normas do sistema são tautológicas, categóricas – e não hipotéticas – pois, na sua presença, estaria sempre permitida tanto uma conduta como a sua oposta. Porém, o caráter de juízo hipotético das normas é um dos postulados fundamentais da teoria kelseniana <sup>165</sup>.

Por fim, a terceira consiste em que, se toda norma regula a criação de outras normas, e se a cláusula alternativa tácita se aplica tanto à regulação do procedimento como à da matéria desse ato criativo, nada impedindo que se aplique também ao órgão ou pessoa dotada dessa capacidade criativa, é possível chegar então à estonteante conclusão de que, segundo essa perspectiva, “... *el Derecho positivo autoriza cualquier persona a dictar normas, mediante cualquier procedimiento y sobre cualquier materia*” <sup>166</sup>.

Por essas razões, a tese segundo a qual uma norma só deixaria de ser válida quando extirpada do ordenamento jurídico não parece sustentável, o que justifica que se estabeleça uma diferença entre a mera “existência” e a “validade”, de modo a conceber aquela como predicado aplicável tanto às normas válidas quanto às inválidas. Toma-se por premissa, aqui, que o fato de uma norma ser produzida de maneira inválida não impede que ela seja aplicada, mas, apenas, que “deva ser” aplicada.

Por outro lado, sendo certo que a validade pressupõe a existência, uma vez que não se pode logicamente conceber uma norma que seja, ao mesmo tempo, válida e inexistente, enquanto o contrário – uma norma existente e inválida, como uma norma inconstitucional; ou uma norma existente, mas nem válida, nem inválida, como a norma fundamental kelseniana ou a regra de reconhecimento hartiana – é plenamente possível, então a dificuldade passa a ser definir quando uma norma existe e quando, além de existir, ela é também válida.

As chaves para responder a essa questão parecem estar, primeiro, na própria ideia de sistema normativo, entendido como “... *un conjunto de normas más*

---

<sup>165</sup> E, como ressaltam ATIENZA e RUIZ MANERO, “... *un sistema compuesto integralmente...de normas de contenido tautológico (esto es, necesariamente inviolables) es normativamente irrelevante...*” – *Las piezas del Derecho...*, op. cit., p. 75.

<sup>166</sup> VICTORIA ROCA PÉREZ, *Derecho y razonamiento práctico en C. S. Nino*, p. 282.

*una relación entre ellas...*”<sup>167</sup>; e, segundo, no carácter dinâmico dos sistemas normativos jurídicos, isto é, no postulado kelseniano segundo o qual o direito “...*regula sua própria criação...*”, ou, mais precisamente, controla a regularidade de sua própria criação<sup>168</sup>.

De fato, como aponta KELSEN, os sistemas jurídicos empíricos não são estáticos, o que significa que as normas jurídicas não têm valor, neles, por seu conteúdo intrínseco; são, sim, sistemas dinâmicos, o que significa que a existência e a validade das normas que os compõem só podem decorrer do fato de terem sido criadas por uma forma determinada, isto é, de terem sido criadas em conformidade com o que estabelecem outras normas.

Mais precisamente, dizer que os sistemas jurídicos são dinâmicos significa afirmar que, para pertencerem a ele, “*As normas de uma ordem jurídica têm de ser produzidas através de um ato especial de criação*”<sup>169</sup>.

Partindo dessa premissa, e agregando a ela o outro pressuposto a que se chegou acima, qual seja, o de que a validade pressupõe a existência – ou, mais precisamente, de que a existência é condição necessária e não suficiente da validade, – chega-se à conclusão de que uma distinção útil entre existência e validade só poderá estar fundada no exame das diferentes normas que regulam a atribuição de um e outro predicado aos enunciados normativos.

Em outras palavras, num sistema dinâmico, fundado numa noção formal das fontes do direito e no carácter contingente do conteúdo do jurídico, em que não se concebe um “conteúdo jurídico” metafísico, independente de qualquer sistema normativo específico, a validade e a existência das normas jurídicas deve estar posta em função das normas que regulam sua produção – e, também, sua convalidação, sua anulação e sua derrogação, – tendo em conta, sempre, o limite epistemológico – ou, se se preferir, ideológico<sup>170</sup> – da norma fundamental<sup>171-172</sup>.

<sup>167</sup> FERRER BELTRÁN, *Las normas de competencia...*, *op. cit.*, p. 17.

<sup>168</sup> KELSEN, *Teoria Pura...*, *op. cit.*, p. 11.

<sup>169</sup> *Ibid.*, p. 139.

<sup>170</sup> Como explica CESAR SERBENA, se a autoridade suprema “... *tem de estar forçosamente constituída por normas de competência que não tenham sido sancionadas por nenhuma autoridade...*”, as normas que constituem essa autoridade “... *são normas pressupostas como ideologia*” – *Lógica e Direito...*, *op. cit.* p. 26.

<sup>171</sup> A diferença entre as concepções material e formal de “fonte do direito” é abordada por GUASTINI em: *Distinguendo: Estudios de teoría y metateoría del derecho*, p. 81.

<sup>172</sup> *Ibid.*, p. 365.

Essa é a conclusão a que chegam, por exemplo, ITURRALDE e GUASTINI. Ambos defendem um conceito mais restrito e específico de validade, ligado à ideia de “ausência de vícios” genéticos, a qual, aliás, corresponde ao “... *uso prevaleciente...*” do termo “validade” entre os juristas e, por isso, parece também adequado para os fins deste trabalho <sup>173-174</sup>.

Firmes nessas premissas, acolhemos a seguinte definição de “validade”: “...*es válida toda norma, disposición o fuente normativa que haya sido creada de conformidad con todas las normas que disciplinan su creación*” <sup>175</sup>.

De acordo com GUASTINI, é possível dividir as normas que regulam a produção jurídica em, pelo menos, cinco subclasses: a) normas que conferem poderes em sentido estrito, ou, mais precisamente, que conferem a alguém “... *e/ poder de crear un cierto tipo de fuente del derecho*”, como a lei, a sentença ou o contrato <sup>176</sup>; b) normas procedimentais, que versam sobre como elaborar e pôr em vigor as normas jurídicas, estabelecendo os ônus que devem ser observados para lograr tais intentos; c) normas que circunscrevem o âmbito do poder conferido, delimitando-o positiva ou negativamente, segundo, por exemplo, determinadas condições de tempo e espaço; d) normas que reservam uma matéria a uma fonte, impedindo outras fontes de versarem sobre ela; e) normas relativas ao conteúdo mesmo da normação futura.

Na interpretação do autor, se a norma é “válida” quando sua criação observa “todas” essas normas sobre a produção jurídica, pode-se dizer, então, que uma determinada norma “existirá” quando houver sido criada de acordo com pelo menos “algumas” dessas normas.

<sup>173</sup> ITURRALDE, *Reflexiones sobre...*, op. cit., p. 157-175; GUASTINI, *Cinco observaciones...*, op. cit., p. 59.

<sup>174</sup> Não se podem deixar de mencionar, porém, as críticas de ALEXY ao que ele chama de “conceito jurídico” da validade, segundo o qual uma norma é válida “... *se foi promulgada por um órgão competente para tanto, segundo a forma prevista, e se não infringe um direito superior; resumindo: se foi estabelecida conforme o ordenamento*”. ALEXY entende que esse conceito cria dois problemas, um interno e um externo. O primeiro decorre “... *do fato de a definição de validade jurídica já pressupor a validade jurídica, parecendo ser, nessa medida, circular*”. O segundo está relacionado à determinação da relação entre esse conceito de validade e os conceitos ético e sociológico de validade – **Conceito e Validade do Direito**, p. 104. Como, porém, não está em questão, aqui, a validade das próprias normas de competência, e como a perspectiva adotada neste trabalho é decididamente lógico-formal, não é caso de examinar as críticas apresentadas pelo autor alemão.

<sup>175</sup> ITURRALDE, *Reflexiones sobre...* op. cit., p. 161.

<sup>176</sup> GUASTINI, *Distinguendo...*, op. cit., p. 365.

GUASTINI reconhece que não é fácil dizer, com precisão, quais, dentre essas normas, seriam condições necessárias ou suficientes para a existência das diversas normas jurídicas; isso, porém, é plenamente compreensível, pois o filtro da pertinência de um enunciado a um determinado sistema jurídico está contingentemente definido por esse mesmo sistema.

De todo modo, é possível dizer que, geralmente, a conformidade com as normas que conferem poderes – como os de legislar ou julgar – é vista como uma condição necessária da existência normativa.

Pode-se pensar, nesse sentido, que uma “lei” não emanada do parlamento, mas de qualquer outro órgão ou pessoa, não seria tomada como lei e, também, que uma “sentença” não proferida por um juiz não teria o “valor” de sentença. Ao que parece, esse é um argumento conclusivo para dizer que a emanação por parte do parlamento é um traço definidor da noção de “lei”, do mesmo modo que a prolação por um juiz é parte da definição de “sentença”.

Porém, no que respeita às normas procedimentais, a “existência” é um conceito bastante vago. Certamente, segundo o pensamento jurídico comum, a conformidade com ao menos algumas das normas procedimentais – como aquelas relativas à promulgação, por exemplo – seria condição necessária de existência, mas ninguém pode dizer exatamente quais e quantas são necessárias para dar lugar a uma fonte existente. Talvez se possa sugerir que as condições procedimentais necessárias à existência de uma lei ou de uma sentença seriam aquelas imprescindíveis para fazer com que, “*prima facie*”, sejam identificadas como uma lei ou uma sentença, como a existência de algum processo para sua produção e sua publicidade.

Já a conformidade com as normas que concernem ao âmbito do poder conferido e ao conteúdo da legislação futura é, normalmente, considerada condição de validade, e não de existência, o que explicaria o fato de que normas produzidas com usurpação da competência, ou sem observância dos conceitos por meio dos quais se outorga a competência, – normas produzidas “*ultra vires*”, – sejam consideradas inválidas, e não inexistentes.

A ideia defendida pelos autores em questão é interessante, especialmente porque corrobora aquele juízo intuitivo, acima referido, segundo o qual a existência é condição necessária e não suficiente da validade, ou, o que significa o mesmo, que a validade é um “*plus*” em relação à existência. A existência é condição necessária e

suficiente para que a norma “possa” ser considerada, apreciada, levada em conta por aqueles que operam no sistema jurídico, até mesmo por conta dos eventuais efeitos a que possa dar ensejo; a validade, a seu turno, é condição necessária para que a norma “deva ser” observada e aplicada por aqueles a quem se destina <sup>177</sup>.

É, por isso, essa a visão que se adota neste trabalho, complementada apenas com a observação de que a conformidade com algumas das normas sobre a produção jurídica não é a única condição de existência – e, pois, de validade – das normas jurídicas, na medida em que, para que uma norma exista – e valha – é também preciso que não tenha sido derogada.

Aliás, isso significa que a conformidade com as normas que regem a produção do direito diz mais respeito à validade do “ato normativo”, isto é, do ato de pôr a norma, do que à norma propriamente dita. A existência e a validade das próprias normas jurídicas não estão postas apenas em função das normas que regulam a produção jurídica, mas, também, em função das normas que regulam a expulsão das normas do sistema jurídico, sobre as quais, no entanto, não versará este trabalho, em razão das notáveis dificuldades que isso introduziria no tratamento do tema <sup>178</sup>. Por isso mesmo, será bastante frequente que, ao longo deste texto, despreze-se essa distinção, em homenagem à fluidez do discurso, de modo a se falar em validade das normas, e não dos atos normativos.

Com isso, crê-se, reuniram-se elementos suficientes para passar ao próximo capítulo, destinado ao exame das diversas propostas teóricas relativas à estrutura lógico-formal das normas de competência.

---

<sup>177</sup> BULYGIN depois de apontar a incoerência da equiparação empreendida por KELSEN entre a validade – que trata como conceito normativo – e a existência – que trata como conceito descritivo, – observa que “*El que una norma dirigida al comportamiento de un hombre sea ‘válida’ significa que este hombre debe comportarse en la forma determinada por la norma*” – *El Problema de la Validez en Kelsen*, in KELSEN; BULYGIN; WALTER, **Validez y eficacia del derecho**, p. 103.

<sup>178</sup> Como se verifica ao atentar, por exemplo, para o nível de complexidade da proposta de formalização das normas de competência apresentada por GUIBOURG – **Pensar en las Normas**, p. 141-147. As dificuldades que decorrem da consideração do elemento “tempo” na sucessão de sistemas jurídicos pertencentes a uma mesma ordem jurídica estão, também, bem retratadas por ALCHOURRÓN e BULYGIN em: *Tiempo y validez*, in **Análisis Lógico y Derecho**, p. 195-214.

## CAPÍTULO 2 – AS NORMAS DE COMPETÊNCIA

### 2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Como dito anteriormente, embora seja unânime o reconhecimento, pelos teóricos do Direito, da importância das normas de competência para a adequada reconstrução dos sistemas jurídicos, ainda não se conseguiu “... *avanzar en una construcción conceptual suficientemente compartida*”, conforme atesta CALSAMIGLIA <sup>179</sup>.

No dizer de PEÑA FREIRE, não parece sequer “... *que el uso del término por parte de los juristas sea pacífico, en el sentido de que obedezca a unos referentes mínimos, no problemáticos o estables*” <sup>180</sup>.

Não há consenso, sobretudo, acerca de qual a forma lógica mais adequada para relacionar a outorga de competência e as condicionantes ao seu exercício com a ideia de validade normativa.

Em vista desse fato, o objetivo deste capítulo é apresentar um panorama das principais teses existentes sobre o tema, no plano da Teoria Geral do Direito, bem como das críticas que lhes são dirigidas, buscando, com isso, ferramentas para o exame das propostas doutrinárias, relativas à estrutura das normas de competência tributária, apresentadas no Brasil.

### 2.2 O CONCEITO DE COMPETÊNCIA

Antes, porém, de que nos possamos dirigir ao exame de cada uma das teses relativas à estrutura lógica das normas de competência, é preciso proceder a

---

<sup>179</sup> *Geografía de las normas de competencia, Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº. 15-16, p. 747.

<sup>180</sup> *Reglas de competencia y existencia de las normas jurídicas, Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº. 22, p. 383.

uma melhor identificação do objeto, esclarecendo o que se irá entender neste texto e, sobretudo, neste capítulo, por “competência”.

Isso é necessário em razão de que, tal como as palavras do discurso jurídico examinadas no capítulo anterior, também o vocábulo “competência” padece dos problemas da ambiguidade e da vagueza.

Aliás, mesmo no discurso do cotidiano, extrajurídico, a palavra apresenta mais de um sentido, podendo tanto expressar um juízo de valor sobre o resultado concreto (ou estimado) de uma conduta praticada por alguém – “Fulano é competente no que faz”; “Sicrano agiu de modo competente”; – como aludir a uma qualidade específica que torna alguém idôneo, isto é, capaz, habilitado, credenciado, ungido, legitimado para praticar determinada conduta – “Beltrano é competente para isso”<sup>181</sup>.

Impossível não notar que os dois sentidos compartilham elementos comuns, na medida em que ambos ligam um determinado sujeito à sua qualificação para praticar uma determinada conduta. A diferença está em que, no primeiro, a qualidade (proficiência) do sujeito para praticar a conduta só é verificada a partir de uma avaliação empírica dos resultados que o sujeito obteve ou costuma obter ao realizá-la, ao passo que, no segundo, a qualidade (aptidão) do sujeito para praticar a ação lhe é atribuída por uma norma, previamente a qualquer atuação concreta.

É nesse segundo sentido, naturalmente, que o termo “competência” costuma aparecer nos discursos normativos em geral e, por extensão, no discurso jurídico. “Ter competência”, nessa perspectiva, é ser dotado de uma qualificação – habilitação, capacidade, idoneidade, – atribuída por uma norma, para praticar um ato ao qual se atribui determinado valor no sistema a que pertence essa mesma norma.

Nesse sentido muito amplo, como diz GUIBOURG, “*La competencia puede describirse como un tipo especial de relevancia normativa de ciertas conductas dentro de un sistema normativo dado*”<sup>182</sup>.

E, sob esse conceito mais elástico, podem ser consideradas “normas de competência” não apenas aquelas que regem a “competência” em sentido estrito,

---

<sup>181</sup> Confirma-o TORBEN SPAAK, ao dizer que “*Na linguagem do cotidiano, o termo ‘competência’ pode significar ‘proficiência’ ou ‘autorização’*”. Tradução livre. No original inglês: “*In everyday language the term competence can mean proficiency or authorization*” – *The Concept of Legal Competence...*, op. cit., p. 1.

<sup>182</sup> *Pensar en las...*, op. cit., p. 129.

mas, também, as que regulam a “capacidade”, a “legitimidade” e mesmo a “imputabilidade”.

Porém, num sentido mais estrito, enquanto (i) a **competência** é, via de regra, identificada como uma qualidade especial que torna possível a um sujeito praticar validamente atos destinados a regular a conduta de terceiros – julgar, legislar, regulamentar, ordenar, executar, fiscalizar *etc.*; – (ii) a **imputabilidade** é normalmente vista como a aptidão de um sujeito para cometer um delito, ou como a qualificação para sofrer uma sanção penal; (iii) a **capacidade** é identificada com a possibilidade de um sujeito praticar atos válidos no plano do exercício da autonomia privada – capacidade para contratar, para casar, para testar *etc.*; – e, finalmente, o termo (iv) **legitimidade** é reservado para designar a prerrogativa que alguém tem de formular um pedido – legitimidade processual, por exemplo – ou praticar um ato em representação de outrem – *v.g.*, legitimidade do representante legal ou do mandatário<sup>183-184</sup>.

É precisamente nesse sentido mais estrito, de habilitação para expedir normas heterônomas, que se usará do termo “competência” neste capítulo. Não se deve, contudo, perder de vista essa clara relação de proximidade do conceito em questão com as ideias de “capacidade”, “legitimidade” e “imputabilidade”, pois o “parentesco essencial”, que KELSEN bem enxergou entre tais conceitos, diz sobre eles muito mais do que poderia parecer à primeira vista<sup>185</sup>.

<sup>183</sup> Restringiu-se, aqui, a noção de “capacidade” ao seu uso mais corrente, próprio do direito privado, muito embora não faltem exemplos de figuras afins, no campo do direito público, que também são referidas sob esse signo. Basta pensar, por exemplo, na ideia de capacidade tributária ativa, vista como a possibilidade de alguém ser sujeito ativo numa relação jurídica tributária, isto é, de ser credor de tributos.

<sup>184</sup> TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR diz, nessa linha, que “*Competência e capacidade são, nesses termos, formas de poder jurídico...*”, estando esta ligada ao “*... poder de auto-vincular-se...*” e aquela ao “*... poder heterônimo cuja função é capacitar o sujeito a dar forma a relações jurídicas de terceiros*” – **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**, p. 159-160.

<sup>185</sup> **Teoria Pura...**, *op. cit.*, p. 105. Também em: **Teoria Geral do Direito e do Estado**, p. 129-131. Aliás, TORBEN SPAAK observa que a percepção da existência de uma semelhança entre “competência” e “capacidade” é um dos poucos pontos da teoria relativa às normas de competência em relação aos quais há acordo na doutrina – *Explicating the Concept of Legal Competence, in Concepts in Law*, p. 71. HART, por exemplo, trata tanto as normas atribuidoras de capacidade como as atribuidoras de competência como espécies do gênero das que “conferem poderes jurídicos” – **O conceito de direito...**, *op. cit.*, p. 36. ROSS, a seu turno, por vezes chega mesmo a usar “competência” como sinônimo de “capacidade” – **Direito e Justiça...**, *op. cit.*, p. 76. No mesmo sentido é, também, o pensamento de NINO, segundo quem “*Tanto la competencia, como la capacidad, pueden considerarse como autorizaciones para dictar ciertas normas. Se es capaz para modificar la propia situación jurídica; en cambio, se es competente para modificar la de otras personas*” – **Introducción...**, *op. cit.*, p. 222.

Essas primeiras elucidações, porém, ainda não resolvem o problema de identificar a quem nos referimos quando usamos a palavra “competência” neste trabalho.

Isso porque, não bastassem as ambiguidades que enevoam seu significado, a palavra “competência” também é, em certa medida, vaga, pois existe mais de um campo de aplicação possível para ela.

Realmente, é possível falar em competência (i) tanto para criar normas ou eliminá-las – como um legislador que edita ou revoga uma norma, ou como um juiz que cria a norma do caso concreto ou declara a inconstitucionalidade de uma lei, extirpando-a do sistema; – (ii) quanto para executá-las, num sentido mais estrito – como um funcionário público que cumpre uma ordem de seu superior – <sup>186</sup>; (iii) quanto, ainda, para participar de sua criação ou aplicação – nos atos complexos, nos atos próprios de órgãos colegiados, ou nos atos de sufrágio.

Por isso, para divisar mais claramente o objeto da presente reflexão, é preciso apontar que, quando se aludir à “competência”, aqui, ter-se-á em vista, mais detidamente, aquela qualidade especial de que é dotado um sujeito normativo para produzir normas válidas no sistema jurídico.

## 2.3 PROPOSTAS TEÓRICAS SOBRE A FORMA LÓGICA DAS NORMAS DE COMPETÊNCIA

### 2.3.1 Introdução

São bastante heterogêneas as propostas teóricas que tentam dar conta da natureza e da estrutura lógica das normas de competência. Parece possível dividi-las, inicialmente, em dois grandes grupos: o primeiro é o das propostas que

---

<sup>186</sup> Num sentido mais amplo, “*A aplicação do direito é simultaneamente produção do direito*” – KELSEN, **Teoria Pura...** *op. cit.*, p. 164. No entanto, existe uma diferença clara entre, por exemplo, a atuação do fiscal que lavra um auto de infração e a do notário que, a pedido de alguém, expede uma certidão. No primeiro caso, a atuação do sujeito produz um enunciado que vincula a terceiros; no segundo, sua atuação esgota-se com a prática do ato, sem implicar a emissão de qualquer outro enunciado diretivo da conduta.

chamaremos de “unitaristas”, porque concebem uma forma única para as normas de competência; o segundo é o grupo dos que designaremos por “não-unitaristas”, que consideram não ser possível atribuir uma estrutura lógica unitária para as normas que tratam do tema da competência, reputando serem elas de muitos tipos diversos.

Serão essas as propostas examinadas neste capítulo. Procurar-se-á expô-las, apresentar as principais críticas que lhes são dirigidas e, por fim, adotar a que nos parecer mais apta a explicar, satisfatoriamente, os fenômenos normativos que envolvem a ideia de “competência”.

### 2.3.2 Propostas unitaristas

#### 2.3.2.1 Introdução

As já mencionadas propostas “unitaristas” sobre a natureza e a estrutura das normas jurídicas de competência podem ser subdivididas em dois grandes grupos: (i) o das teorias que as reduzem a normas prescritivas ou a partes de normas prescritivas, isto é, a normas de conduta, imperativas ou permissivas; e (ii) o das concepções “não-prescritivas”, que concebem as normas de competência como (a) regras técnicas; (b) regras conceituais (definições jurídicas) ou (c) regras constitutivas, em sentido (c.1) institucional ou (c.2) performativo.

Passemos à análise de cada uma delas.

#### 2.3.2.2. As normas de competência como normas de conduta

##### 2.3.2.2.1 Introdução

As normas jurídicas de conduta – normas jurídico-deônticas, prescrições jurídicas, – como visto no capítulo anterior, são as regras que ligam, mediante nexos

de imputação, a descrição hipotética de um fato – hipótese, antecedente, suposto, descritor – a uma consequência – consequente, mandamento, preceito, prescritor – que consiste na prescrição de uma relação jurídica, a enlaçar dois sujeitos, por meio de um feixe de direitos e deveres de um para com o outro.

Eventualmente, para alguns, e sempre, para outros, às normas prescritivas primárias, que regem diretamente a conduta, estará ligada uma norma secundária, cujo antecedente será a descrição do comportamento contrário à conduta prescrita – como obrigatória ou proibida – no mandamento da norma primária, e cujo consequente corresponderá à cominação de uma sanção.

Conforme a natureza dos direitos e deveres estabelecidos, e dependendo do polo da relação jurídica para o qual se olha – ativo ou passivo, – as normas de conduta primárias costumam ser classificadas em obrigações (“Op”), proibições (“Vp”), permissões (“Pp”) e faculdades (“Fp”).

Dentre os que consideram que as normas de competência são mesmo genuínas normas de conduta, ou que são redutíveis a normas de conduta, há tanto quem as veja como imperativos – ou, mais precisamente, como estabelecedoras de obrigações indiretas, – quanto quem as vislumbre como estabelecedoras de permissões, isto é, como “... *normas permisivas de orden superior*”. O principal representante do primeiro grupo é KELSEN, enquanto o representante mais expressivo do segundo grupo é VON WRIGHT <sup>187-188</sup>.

---

<sup>187</sup> É comum inserir ROSS dentre os que concebem as normas de competência como estabelecedoras de “obrigações indiretas”, porque o autor dinamarquês afirma, expressamente, que “... *uma norma de competência é... uma norma de conduta expressa indiretamente*” – **Direito e Justiça...**, *op. cit.*, p. 57. Alguns autores entendem que, mesmo no “*Directives and Norms*”, “*Ross confirma su tesis principal cuando afirma que ‘cualquier norma de competencia puede ser convertida en una norma de conducta, mientras que a la inversa no funciona’*” – CALSAMIGLIA, *Geografía...*, *op. cit.*, p. 752 e 754. Outros, porém, afirmam que, na referida obra, ROSS teria mudado de posição quanto a esse ponto, passando a ver as normas de competência como normas constitutivas – BULYGIN, *Sobre las normas de competencia...*, *op. cit.*, p. 491. Finalmente, há também quem diga que ambas as visões de ROSS são compatíveis entre si, e que ele não mudou de pensamento em relação a elas – FERRER BELTRÁN, ***Las Normas de Competencia...***, *op. cit.*, p. 89. Como, a nosso ver, a visão que predomina em ROSS é a das normas de competência como normas constitutivas, semelhantes a definições jurídicas, trataremos de sua posição no tópico a elas relativo.

<sup>188</sup> VON WRIGHT, ***Norma y acción...***, *op. cit.*, p. 198.

### 2.3.2.2 Normas de competência como obrigações indiretas

Na primeira edição de sua Teoria Pura, KELSEN conceituou as normas de competência como “partes de normas”, isto é, como meros “fragmentos” das normas que estabelecem deveres respaldados pela ameaça de sanções, as únicas que ele reputa serem normas “genuínas” e “completas”.

Já a partir da segunda edição, em vez de aludir a “partes de normas” e a “normas completas”, passou a falar em normas “independentes”, assim consideradas as que regulam condutas mediante a imposição de sanções, e em normas “dependentes”, assim consideradas aquelas que não prescrevem comportamentos, ficando na dependência das normas sancionadoras para efetivamente regularem condutas. Foi no grupo destas que o autor inseriu as normas de competência<sup>189</sup>.

Muitos sustentaram que, a partir desse momento, teria havido uma alteração na forma como KELSEN concebe o critério de identidade das normas jurídicas, que já não estaria mais na natureza coativa de cada norma, e sim no seu pertencimento a um ordenamento jurídico caracterizado pela coercibilidade. Isto é, a sanção não seria mais um elemento necessário de cada norma jurídica, mas apenas uma nota do ordenamento como um todo.

Na visão de FERRER BELTRÁN, porém, apesar da mudança de terminologia, não houve nenhuma alteração substancial nesse ponto da teoria kelseniana. Ele justifica sua posição citando trechos em que o próprio KELSEN, refutando tal interpretação, reitera a tese de que “... *la característica interna de la norma jurídica es que establece un acto coercitivo*”<sup>190</sup>, sendo a juridicidade, pois, primeiro, um atributo da norma – que só é norma completa se estiver sancionada, – e, só depois, do sistema que ela integra.

---

<sup>189</sup> Nas obras posteriores, KELSEN vai na mesma linha, afirmando que “*A conduta humana que não é qualificada nem como um dever nem como um direito surge também entre as condições de uma sanção... Quando uma norma qualifica o ato de certo indivíduo como uma condição jurídica ou uma consequência jurídica, isso significa que apenas esse indivíduo é ‘capaz’ de executar ou de se abster de executar esse ato, apenas ele é ‘competente’*” – **Teoria Geral do Direito e do Estado...**, *op. cit.*, p. 129-130. –

<sup>190</sup> FERRER BELTRÁN, **Las Normas de Competencia...**, *op. cit.*, p. 23.

Aliás, justamente por manter, ao longo de toda a sua obra, a definição da norma jurídica a partir da noção de sanção, e não a partir do seu pertencimento ao sistema jurídico, é que, quer na primeira concepção, quer na segunda, as normas de competência seguem sempre sendo por ele entendidas como meras condições para a aplicação da sanção.

Isso significa que a perspectiva que as focaliza como “partes de normas” e a que as descreve como “normas dependentes” são apenas dois modos diversos de representar o mesmo objeto, duas maneiras diferentes de explicar a caracterização das normas de competência como estabelecedoras de “obrigações indiretas”.

Por isso mesmo, ao tratar as normas de competência como estabelecedoras de “obrigações indiretas”, seja quando as descreve como “partes de normas”, seja quando afirma que são normas “não independentes”, KELSEN não lhes atrela uma sanção. Diz, muito pelo contrário, que, justamente por formarem parte do antecedente das “genuínas” normas de conduta, as normas de competência, em rigor, sequer podem ser transgredidas<sup>191</sup>.

Em outras palavras, a ligação das normas de competência com a sanção é, na perspectiva kelseniana, apenas indireta, e mediada pela norma de conduta, até porque, se às normas de competência estivesse mesmo atrelada uma sanção, elas seriam normas completas, e não haveria por que concebê-las como partes de normas ou normas não independentes.

KELSEN atribui às normas de competência as funções de (i) autorizar a criação de novas normas e (ii) prescrever obediência às normas que sejam criadas. Entretanto, como aponta FERRER BELTRÁN, tais normas, “... *en cualquiera de sus dos funciones, autorizante y prescriptiva, no están acompañadas de sanciones para el caso de incumplimiento de la conducta regulada*”<sup>192</sup>.

Isso, aliás, é confirmado pelo próprio KELSEN, quando afirma, já na “Teoria Geral das Normas”, que a inobservância das normas de competência não gera sanção, a menos que haja outra norma – de conduta – proibindo sua inobservância,

---

<sup>191</sup> É também nessa linha o pensamento de KARL ENGISCH, para quem as normas que conferem poderes “... *podem ser olhadas como ‘não autônomas’, na medida em que apenas regulam pressupostos sob os quais podem surgir direitos e deveres...*” – **Introdução ao Pensamento Jurídico**, p. 71.

<sup>192</sup> *Ibid.*, p. 31.

e vinculando a essa hipótese uma sanção<sup>193-194</sup>. É emblemática, nesse sentido, a seguinte passagem:

A função normativa da autorização significa: conferir a uma pessoa o poder de estabelecer e aplicar normas...

Uma pessoa não autorizada para este fim não pode produzir Direito ou aplicar Direito. Seus atos não têm, objetivamente, o caráter de produção do Direito ou aplicação do Direito, mesmo que eles, nesta intenção, subjetivamente, se realizem. Estes atos não têm – como se diz – nenhuma efetividade jurídica; **são nulos, i. e., juridicamente não existentes. Por conseguinte, também não “transgridem” uma norma jurídica válida...**

Pois **nem todo ato que uma pessoa fixa sem ser para isto autorizada e na intenção de estabelecer com isso uma norma obrigatória tem de ser proibido.** (*sic*). (sem os destaques, no original)<sup>195</sup>.

Portanto, em resumo, para KELSEN: (i) as normas de competência estabelecem obrigações indiretas, o que permite vê-las ou como “partes” das “normas completas”, isto é, das normas que regulam condutas mediante a imposição de sanções, ou como “normas dependentes” delas; (ii) a função das normas de competência é “autorizar” a criação de novas normas e prescrever obediência às que sejam criadas nos limites da autorização; (iii) como o traço da “juridicidade” está na característica, própria das ditas “normas completas”, de cominar uma sanção, pode-se dizer que as normas de competência, precisamente por não veicularem sanções, dependem daquelas para serem consideradas jurídicas; (iv) as normas de competência não estão acompanhadas de sanções para o caso de descumprimento

<sup>193</sup> Apesar disso, alguns dos que trataram das normas de competência em KELSEN entendem que, para o autor austríaco, a nulidade seria justamente a sanção decorrente da inobservância da norma de competência. Nesse sentido – TÁCIO LACERDA GAMA, **Competência tributária...**, *op. cit.*, p. 24. Segundo FERRER BELTRÁN, também NINO interpretaria assim a visão kelseniana, tanto que “... *rechaza el tratamiento de Kelsen de la nulidad como sanción*” – **Las normas de competencia...**, *op. cit.*, p. 35. No entanto, o que o próprio NINO afirma é que KELSEN, ao examinar a questão de se é possível equiparar a nulidade à sanção, “... *responde negativamente a esta pregunta, sobre la base de su identificación de las sanciones con actos coactivos y el rechazo de la idea de que la nulidad sea un acto coactivo, y sostiene, en consecuencia, que las normas que disponen nulidades no son normas autónomas, sino parte de otras normas que prescriben sanciones*” – **La validez...** *op. cit.*, p. 198-199. Na verdade, a crítica pioneira de HART à equiparação entre invalidade e sanção dirige-se menos à proposta kelseniana e mais à proposta de AUSTIN, que, de fato, concebe a invalidade como um tipo de sanção.

<sup>194</sup> HANS KELSEN, **Teoria Geral das Normas**, p. 129-130.

<sup>195</sup> CRISTIANE MENDONÇA bem observa, nesse sentido, que, para KELSEN, “... os atos de produção e aplicação do direito não são fruto de permissão, mas de autorização”, inclusive citando trecho da Teoria Geral das Normas no qual o autor austríaco afirma que “... *autorização é uma função normativa diferente de permissão (no sentido positivo)*” – **Competência Tributária...**, *op. cit.*, p. 73.

da conduta regulada, de modo que sua inobservância deve redundar, pura e simplesmente, na invalidade da norma produzida, que o autor equipara à sua inexistência no sistema normativo <sup>196</sup>; (v) a prática de um ato nulo pode ou não ser proibida; mas a nulidade, em si, não é uma sanção.

Visão próxima a essa é a defendida por NINO, que também trata as normas de competência como estabelecedoras de “obrigações indiretas”.

Diferentemente de KELSEN, porém, NINO entende que o direito pode estabelecer uma conduta como obrigatória ou proibida sem precisar cominar qualquer sanção para o caso de seu descumprimento, de modo que a previsão de sanção é mera condição de eficácia – e não de existência – das normas jurídicas.

Por isso, não considera que as normas de competência sejam “partes” das normas sancionadoras, preferindo descrevê-las como “normas em branco”, que fazem “... *dependen la especificación de la conducta obligatoria de la voluntad de otros*”. Nessa visão, as normas de competência apenas imporiam a obrigação, aos súditos e aos órgãos do Estado, de cumprir e fazer cumprir as normas ditadas pelas pessoas e órgãos competentes, independentemente de que as regras por eles editadas cominassem ou não alguma sanção <sup>197</sup>.

#### 2.3.2.2.3 Normas de competência como permissões

Ainda no plano das teorias que inserem as normas de competência numa estrutura prescritiva, há um grupo de teses que as vislumbram como “permissões”.

Nessa visão, de que VON WRIGHT é o principal representante, as normas de competência são vistas como típicas normas de conduta, com a única peculiaridade de terem por objeto “ações normativas”, isto é, a criação ou eliminação das chamadas “normas de primeira ordem”, que regulam “ações não-normativas”.

---

<sup>196</sup> Não se pode deixar de mencionar, porém, a interpretação de STANLEY PAULSON, segundo quem é possível encontrar, em KELSEN, uma explicação para as normas de competência – “*empowering norms*” – a partir “... *de fora da esfera deontica*”. Tradução livre. No original inglês: “...*from outside the deontic sphere*” – *On Ideal Form, Empowering Norms, and “Normative Functions”*, *Ratio Juris*, v. 3, n.º 1, p. 86.

<sup>197</sup> *Apud* FERRER BELTRÁN, *Las Normas de Competencia... op. cit.*, p. 35.

Diferentemente do que ocorria na tese examinada no tópico anterior, já não se fala mais, aqui, em regulação “indireta” da conduta por meio das normas de competência, mas em regulação “direta”, por elas, de um determinado tipo de conduta. Dá-se, pois, existência autônoma e independente às normas de competência, apesar de se sujeitar sua eficácia – seu atendimento, sua satisfação, – à aplicação das normas de conduta que tenham sido criadas sob o seu amparo <sup>198</sup>.

VON WRIGHT chama de “normas de ordem superior” tanto as que obrigam, permitem ou proíbem a promulgação de novas normas como as que obrigam, permitem ou proíbem a derrogação de normas já existentes.

Observa, porém, que, se dentre as “normas de primeira ordem” parece haver uma prevalência dos comandos e das proibições, nas normas de ordem superior as permissões são o modal deôntico mais frequentemente presente e, pois, de maior interesse. E é precisamente às chamadas normas permissivas de ordem superior que reserva a designação “normas de competência” <sup>199</sup>.

De acordo com ele, as normas de competência operam promovendo uma delegação de poder, permitindo a alguém proibir, permitir ou obrigar outrem a fazer algo – POp, PpP e PVp. Trata-se do que o autor denomina “princípio da transmissão da vontade”, segundo o qual a autoridade superior, ao permitir que uma dada autoridade dite a norma inferior, deseja que essa norma seja obedecida <sup>200</sup>.

Ao dizer que se trata de normas permissivas, VON WRIGHT está atribuindo às normas de competência o caráter de “permissões fortes”, já que, para ele, as “permissões fracas”, representadas pela mera ausência de normas proibitivas, sequer são normas <sup>201</sup>.

Isso significa que, em seu pensamento, os sujeitos competentes são aqueles dotados do “direito subjetivo” de praticar a conduta para a qual recebem a competência. A esse “direito” corresponderia o “dever” de que os sujeitos que se encontram sob o raio de influência da autoridade competente “não impeçam” a edição da norma para a qual se conferiu a competência.

---

<sup>198</sup> Diz, nesse sentido, que “... *la norma PpP es satisfecha se, y solamente se, durante algún tiempo en la historia de la permisión de orden superior, existe una permisión de que... p puede se dar y que ese estado de cosas se da efectivamente en algún momento de la historia de esa permisión de orden uno*” – VON WRIGHT, *Normas de Orden Superior*, in BULYGIN, Eugenio *et al.* (comp.), ***El lenguaje del derecho – Homenaje a Genaro R. Carrió***, p. 463-464

<sup>199</sup> VON WRIGHT, *Norma y acción...*, *op. cit.*, p. 198.

<sup>200</sup> *Ibid.*, p. 199.

<sup>201</sup> *Ibid.*, p. 102.

Naturalmente, não escapa ao autor a relação que a noção de competência tem com as ideias de “validade” e “nulidade”. Para ele, *“Una norma es válida cuando lo es con relación a otra norma que permite su promulgación o su existencia”*, e inválida quando a autoridade que a editou o fez desrespeitando, com um ato de insubordinação ou usurpação, a proibição de promulgá-la<sup>202</sup>.

Para que um ato seja inválido, portanto, não basta, nessa perspectiva, a inexistência de uma norma de competência que permita a sua edição; é necessário, também, que exista uma “proibição” do ato de promulgá-lo.

Por isso, para justificar o fato de que, nos sistemas jurídicos concretamente considerados, as normas (expressamente) negativas da competência existem em número relativamente pequeno, e impedir que se chegue, com a concepção “permissivista”, a um resultado de predominância de normas que não são válidas nem inválidas, VON WRIGHT vê-se forçado a supor um princípio de clausura negativo, segundo o qual “tudo o que não está permitido, está proibido”. Dessa maneira, apenas diante de “permissões fortes” poder-se-ia falar em “norma de competência”, de modo que, sempre que não houvesse essa “permissão forte” para praticar um ato, haveria uma “proibição” de praticá-lo.

Em resumo, pois, em seu pensamento, as normas de competência são (i) “normas permissivas de ordem superior”, que consistem (ii) em “permissões fortes” por meio das quais se outorga ao sujeito competente (iii) o “direito” à prática de determinadas “ações normativas”, (iv) as quais, se levadas a cabo, gerarão “normas de primeira ordem válidas”, que, por sua vez, (v) os destinatários das normas terão o “dever” de respeitar. E, (vi) se não fossem essas normas especiais, todas as ações normativas estariam proibidas e as normas de primeira ordem produzidas seriam inválidas, por usurpação ou insubordinação, em razão da regra geral segundo a qual a criação de novas normas, se não estiver permitida, estará proibida.

Outros autores importantes enveredaram por caminho semelhante.

ALCHOURRÓN e BULYGIN, por exemplo, defenderam, num primeiro momento, que as normas de competência *“... no son más que una subclase de las normas permisivas...”*, constituindo, pois, *“... normas de conducta que permiten crear otras normas”*<sup>203</sup>.

---

<sup>202</sup> *Ibid.*, p. 201.

<sup>203</sup> *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, p. 106 e 120.

KANGER e LINDAHL também trataram as normas de competência como permissões. A partir, sobretudo, das lições de HOHFELD, os autores escandinavos partiram de uma distinção entre três usos da palavra “poder” (“*power*”), no sentido de que pode expressar (a) uma permissão (“*may*”), (b) uma possibilidade prática (“*can*”) ou (c) uma possibilidade hipotética (“*can*”), e chegaram à conclusão de que este último sentido não contém nada que já não esteja nos dois primeiros, razão pela qual, tendo a competência caráter normativo, e não fático (prático) – o que exclui a possibilidade de ser enquadrada na categoria “b” – propuseram tomá-la como um tipo de permissão jurídica (“*may*”) <sup>204-205</sup>.

Também BOBBIO parece seguir por essa vereda, tanto que, ao distinguir entre as “normas de conduta” e as chamadas “normas de estrutura” – categoria em que insere as normas de competência, – defende que a diferença entre umas e outras residiria unicamente no seu objeto: enquanto aquelas regulam qualquer tipo de conduta, estas regulam a produção de outras normas.

A seu ver, seriam nove os possíveis modais das normas de estrutura: 1) normas que comandam comandar (“OOp”); 2) normas que proíbem comandar (“VOp”); 3) normas que permitem comandar (“POp”); 4) normas que comandam proibir (“OVp”); 5) normas que proíbem proibir (“VVp”); 6) normas que permitem proibir (“PVp”); 7) normas que comandam permitir (“OPp”); 8) normas que proíbem permitir (“VPp”); 9) normas que permitem permitir (PPp). Da combinação dessas normas é que resultaria a extensão da competência outorgada <sup>206</sup>.

### 2.3.2.3 Normas de competência como normas técnicas

Perspectiva bastante diferente das duas já examinadas é a de TORBEN SPAAK.

<sup>204</sup> No entanto, de acordo com TORBEN SPAAK, LINDAHL equivoca-se ao concluir que HOHFELD conceberia a ideia de competência normativa como espécie de “possibilidade prática”. Segundo SPAAK, HOHFELD pensa nessa “habilidade” como uma “possibilidade hipotética” – *Explicating the Concept of Legal Competence, in Concepts in Law*, p. 74-75.

<sup>205</sup> BULYGIN, *Sobre las normas de competencia...*, *op. cit.*, p. 496.

<sup>206</sup> BOBBIO, *Teoria Geral...*, *op. cit.*, p. 198.

É bem verdade que, tal como KELSEN, ele concebe as normas que conferem competência como meros “... *fragmentos das normas que impõem deveres...*”, porque adota um conceito restritivo de norma jurídica, segundo o qual apenas as normas que impõem deveres são normas completas, porquanto apenas elas dão “... *(plenas) razões para a ação*”, possibilitando, ainda, que se avalie a conduta humana<sup>207</sup>.

É bem verdade, também, que, na opinião do autor sueco, uma norma confere competência a uma pessoa “p” quando obriga “... *outra pessoa, ‘q’ [um órgão aplicador do direito], a reconhecer que ‘p’, praticando certo tipo de ato, ‘a’, em um dado tipo de situação ‘S’, modifica uma posição jurídica...*”, o que poderia indicar sua filiação à tese “permissivista”<sup>208</sup>.

Porém, sua posição não se confunde com as anteriormente apresentadas. Ele mesmo deixa claro que vê as normas de competência como dotadas de estrutura lógica não prescritiva e, sim, semelhante à das regras técnicas. Diz, nesse sentido, o seguinte:

Meu entendimento pessoal é o de que as normas de competência não guiam o comportamento humano, não dando razões para agir e, conseqüentemente, não se deve reconhecê-las como normas genuínas. As normas de competência exercem a mesma função na razão prática que as assim chamadas ‘normas técnicas’, o que significa que elas têm o mesmo tipo de normatividade – ou, se se preferir, o mesmo tipo de força normativa – que as normas técnicas<sup>209</sup>.

Para justificá-lo, alega, primeiramente, que as normas de competência, do mesmo modo que as normas técnicas, indicam o meio necessário para se alcançar um determinado fim. Nessa linha, assim como uma norma técnica segundo a qual “se o sujeito x quer vencer uma partida de xadrez, deve procurar dominar o centro

<sup>207</sup> No original inglês: “... *fragments of such duty-imposing norms...*”; “... *(complete) reasons for actions*” – Tradução livre – *Norms that Confer Competence... op. cit.*, p. 90.

<sup>208</sup> No original inglês: “...*another person, q, to recognize that p, by performing a certain type of act, a, in a certain type of situation, S, changes a legal position...*” – Tradução livre – *Ibid.*, p. 94.

<sup>209</sup> No original inglês: “*My own view is that competence norms do not guide human behavior by giving reasons for action, and that, consequently, we should not recognize them as genuine norms. Competence norms fulfill the same function in practical reasoning as so-called technical norms, which means that they have the same kind of normativity, or, if you will, normative force, as technical norms*” – Tradução livre – *Ibid.*, p. 99.

do tabuleiro”, uma norma de competência estabeleceria que, “se o sujeito x quer criar uma norma válida, deve proceder do modo y”.

Como segunda justificativa para sua posição, SPAAK diz que as normas de competência e as normas técnicas preenchem idêntica função na razão prática, na medida em que, tanto nestas como naquelas, o agente opta livremente por buscar um determinado fim – produzir uma norma válida, ganhar uma partida de xadrez etc., – fazendo uso dos meios indicados na norma.

Em terceiro lugar, segundo o autor, nem as normas de competência nem as normas técnicas dão razões completas para agir, justamente porque a opção pelo fim que constitui seus antecedentes normativos está ao inteiro alvedrio do agente. A seu ver, ainda que se possa considerar que elas “guiam” o comportamento humano em algum sentido vago, ao indicar os meios de que os homens podem se valer para atingir seus objetivos, é errado pensar que elas dão ao agente razões para agir, de modo que não podem ser consideradas normas, mas apenas fragmentos das “verdadeiras” normas, as normas de conduta – *“duty-imposing norms”*.

No entanto, apesar dessas semelhanças, o autor vê também algumas diferenças entre as normas de competência e as normas técnicas.

A primeira delas estaria em que as normas de competência conferem um poder – isto é, atribuem uma habilidade ou qualidade especial a alguém – e, concomitantemente, regulam o seu exercício, enquanto as normas técnicas não conferem nenhuma habilidade especial, mas, simplesmente, indicam os meios para um fim<sup>210</sup>.

A segunda residiria em que, enquanto o conceito de “competência” está intimamente ligado ao conceito de “validade”, isso não ocorre com as normas técnicas. É dizer, as normas de competência *“... dão ao agente a possibilidade de praticar novas ações, que ele não poderia logicamente praticar de outra maneira”*, não se podendo dizer o mesmo das regras técnicas, que estabelecem os meios para obter um fim já concebível no plano lógico, antes mesmo da existência da norma<sup>211</sup>.

---

<sup>210</sup> Nas palavras de SPAAK, *“... as normas de competência conferem competência e regulam o exercício da competência, enquanto as normas técnicas não conferem qualquer habilidade especial (competência) ao agente, mas simplesmente indicam os meios para um fim”*. Tradução livre. No original inglês: *“...competence norms confer competence and regulate the exercise of the competence, whereas technical norms do not confer any special ability (competence) on the agent, but simply indicate the means to an end”* – *Ibid, op. cit.*, p. 101.

<sup>211</sup> No original inglês: *“... give the agent a possibility to perform new actions that he logically could not have performed otherwise”* – Tradução livre – *Idem*.

### 2.3.2.4 Normas de competência como normas conceituais

#### 2.3.2.4.1 Introdução

Como dito no capítulo anterior, fala-se em “normas conceituais” ou “determinativas” para fazer referência a regras que definem conceitos, estabelecendo que “A tem o valor de B no contexto x”.

As definições, porque dão lugar a enunciados analíticos, tautológicos – em que o predicado já está logicamente contido no sujeito, – e porque sempre criam uma impossibilidade, uma alternativa entre um “ser” e um “não-ser”, não podem ser descumpridas. Ou o fato se encaixa na moldura desenhada pela definição, ou não se encaixa. Simples assim.

Como haverá a oportunidade de observar, as definições jurídicas, por vezes, são, inclusive, identificadas, por alguns autores, com as normas constitutivas, sempre que “criam” novas formas de conduta – “fatos institucionais”, – tornando-as logicamente possíveis.

A tese que trata as normas de competência como definições é adotada, entre outros, por HART, ainda que não explicitamente, por ROSS, ainda que controversamente e, decididamente, por ALCHOURRÓN e BULYGIN. Embora suas ideias sejam basicamente as mesmas, as peculiaridades encontradas no trabalho desenvolvido por cada um deles recomenda que sejam tratados separadamente.

#### 2.3.2.4.2 Hart

HART é um crítico da posição kelseniana de reduzir toda a ideia de norma jurídica aos preceitos que regulam condutas mediante a ameaça de sanções. Entende que, ao fazê-lo, o autor da “Teoria Pura” teria desprezado as diferentes

funções que os diversos tipos de regra cumprem na sociedade, tão ou mais importantes que a sanção.

Para chegar a essa conclusão, o autor inglês parte da concepção de um modelo jurídico não desenvolvido, organizado apenas mediante regras de conduta, e pondera que somente uma sociedade muito pequena, unida por laços de parentesco, sentimentos e crenças comuns, poderia conviver pacificamente apenas sob a regência de regras dessa natureza.

Isso porque, numa sociedade mais complexa, é necessário resolver três problemas essenciais de que as normas de conduta, por si sós, não dão conta. O primeiro deles é a falta de certeza quanto a quais são as normas que vigoram num dado ordenamento; o segundo é o caráter estático dessas regras, isto é, a ausência de parâmetros que orientem a criação de outras regras e sua modificação, ou mesmo sua eliminação do sistema; o terceiro é a falta de eficácia dessas regras, decorrente da ausência de um órgão que possa decidir quando é o caso de aplicá-las e, ainda, forçar o seu cumprimento quando alguém lhes opuser resistência.

Para responder a essas dificuldades, HART considera necessário agregar ao sistema jurídico outras três espécies de regras, para além das normas de conduta (primárias). Trata-se das regras (secundárias) “de reconhecimento”, “de modificação” e “de julgamento”, cada uma delas responsável por solucionar um dos problemas apontados: falta de clareza, caráter estático e ausência de eficácia, nessa ordem.

As normas de competência, no pensamento hartiano, estão inseridas, principalmente, entre as “normas de modificação” – ou “normas de câmbio”, – categoria em que se incluem tanto os enunciados normativos que conferem “poderes públicos” como os que outorgam “poderes privados” para a introdução ou eliminação de normas no sistema.

HART vê as normas de competência, pois, como normas distintas das prescrições, e a interpretação mais corrente – compartilhada, por exemplo, por FERRER BELTRÁN e por BULYGIN – é a de que as veria como “definições”. Isso porque, muito embora não haja nenhuma passagem em que HART o diga

textualmente, “... *son abundantes las citas en las que el autor afirma que... las normas de competencia definen a determinadas normas como válidas*”<sup>212-213</sup>.

Ademais, segundo explica FERRER BELTRÁN, essa é uma interpretação que se compatibiliza com as três peculiaridades que HART vislumbra nas normas de competência, a saber: (a) sua vinculação com a noção de “nulidade”, e não com a noção de “sanção”; (b) o fato de que, por vezes, tornam possível distinguir entre os “atos públicos” e os “atos privados” de um mesmo sujeito; e (c) a impossibilidade lógica de serem “desobedecidas” ou “violadas”, no mesmo sentido em que se pode falar em infração a uma norma de conduta<sup>214</sup>.

De fato, em primeiro lugar, para o autor inglês não é possível equiparar a nulidade – ligada às normas de competência, – à sanção – ligada às normas de conduta, – nem é possível tratar aquela como uma espécie desta.

A distinção se funda, principalmente, em que, enquanto a sanção é “externa” à norma de comportamento, a nulidade é “parte essencial” da norma de competência, a qual, sem ela, simplesmente não faz sentido.

Dizer que a sanção é “externa” às normas de conduta equivale a afirmar que é possível saber qual é o conteúdo do dever atribuído ao sujeito passivo da norma primária independentemente da análise da sanção cominada na norma secundária, o que não ocorre com a nulidade relativa às normas de competência, porquanto, sem a observância da esfera onde há nulidade, não é possível nem mesmo saber qual é, efetivamente, o conteúdo do poder outorgado pela norma de competência.

Isso acontece porque “*La idea de competencia supone la limitación de la misma...*”, a qual consiste, precisamente, na esfera abrangida pela nulidade. A relação entre os casos válidos e nulos é como a de dois lados de uma mesma moeda, absolutamente inseparáveis<sup>215</sup>.

<sup>212</sup> Embora essa interpretação seja a mais corrente, não se pode ignorar o fato de que HART, numa passagem de sua obra, afirma que as normas que outorgam poderes dizem “*Se quiser fazer isto, é deste modo que deve proceder*” – **O conceito de direito...**, *op. cit.*, p. 36, – estrutura que se assemelha bastante à de uma norma técnica.

<sup>213</sup> FERRER BELTRÁN, ***Las Normas de Competencia...***, *op. cit.*, p. 83

<sup>214</sup> *Idem.*

<sup>215</sup> CALSAMIGLIA, ***Geografía...***, *op. cit.*, p. 759. É importante ressaltar, porém, que, para o autor, que analisa as normas de competência sob uma noção mais ampla que aquela com a qual se examina o instituto neste texto – na medida em que inclui entre as metarregras não só aquelas sobre a produção do direito, mas também sobre a aplicação de normas e sobre a solução de conflitos entre normas, – não é possível tratar as normas de competência, “*ab initio*”, nem como normas de conduta, nem como definições. Podem ser uma coisa ou outra, a depender do caso.

Essa relação não se verifica entre a prescrição da conduta e a prescrição da sanção, até porque, enquanto, de um lado, inegavelmente existem normas de conduta sem a correspondente cominação de sanção, de outro lado, é impossível conceber uma norma de competência de cuja inobservância não decorra a nulidade do ato praticado.

Em outras palavras, a previsão de sanção para a hipótese de inobservância do mandamento da norma de conduta é condição de eficácia, mas não de existência ou validade dessa norma; já a previsão, expressa ou implícita, de nulidade para a hipótese de inobservância da regra de competência, é, sim, condição de existência desta última.

Com efeito, em qualquer ordenamento jurídico há uma série de normas de conduta que não estão acompanhadas de sanção para a hipótese de seu descumprimento, como observado no primeiro capítulo. Das normas de competência, porém, não se pode dizer o mesmo, pois, sempre que se pretender exercer os poderes por ela conferidos sem observar as condições postas como necessárias à validade desse exercício, o resultado será, por definição, a nulidade do ato que se pretendia praticar.

Para além da distinção entre nulidade e sanção, HART diz, em segundo lugar, que as normas de competência se distinguem das normas de conduta porque tornam possível estabelecer uma distinção entre os “atos públicos” e os “atos privados” de um determinado sujeito.

É dizer, elas possibilitam que, a determinados atos, quando praticados por um dado sujeito e em certas condições, seja atribuído um “valor” especial, de que o mesmo ato não gozaria se fosse praticado por outro sujeito, ou se fosse praticado pelo sujeito competente, mas sem a observância dessas formalidades essenciais.

Tome-se em conta, por exemplo, a figura do juiz. Se, aos atos que ele pratica, no exercício de seu múnus, não fossem conferidos os valores de “decisão”, “despacho” ou “sentença”, como decorre das normas que lhe atribuem competência para julgar, não passariam de práticas privadas, sem a força coerciva que normalmente caracteriza os atos de direito público.

Aliás, disso decorre sua conclusão no sentido de que as normas de competência, ao atribuírem a alguém o “poder” de realizar um determinado ato com um valor especial, “definiriam” esse próprio sujeito. Um juiz não é um juiz sem os poderes que estão atrelados a esse seu cargo; o Presidente da República não é o

Presidente da República sem as prerrogativas que advêm de sua investidura na função; e assim por diante.

Finalmente, como terceiro traço distintivo entre as normas de competência e as normas de conduta, HART aponta a impossibilidade de se desobedecer àquelas no mesmo sentido em que se pode falar no descumprimento destas.

Para ilustrá-lo, o autor inglês faz um interessante paralelo entre as normas de competência e as regras do jogo de xadrez.

Diz que, no referido jogo, há regras que proíbem, sob penalidade, certas condutas, tais como consultar anotações durante a partida ou fazer barulho com o objetivo de desconcentrar o adversário, as quais se assemelham às regras jurídicas de conduta, no sentido de que impõem deveres e, assim, podem ser cumpridas ou descumpridas – caso este em que, inclusive, poderão dar ensejo à aplicação de determinada sanção.

Acrescenta, porém, que são igualmente essenciais para o funcionamento do sistema normativo “xadrez” as regras que “definem” o que se há de entender por esse jogo, como as que descrevem os movimentos possíveis das peças, a estrutura do tabuleiro *etc.* Essas regras, a seu ver, assemelhar-se-iam às normas jurídicas de competência, justamente porque não impõem, em rigor, o dever de observar qualquer conduta, mas, antes, criam a própria possibilidade de praticar a conduta com o sentido institucional que a norma lhe atribui.

A lógica é a seguinte: um enxadrista que desprezasse a regra segundo a qual o cavalo só se pode mover em “L”, movimentando-o em diagonal, na horizontal, na vertical ou de qualquer outro modo, não estaria, em rigor, descumprindo a norma do xadrez que rege o movimento do cavalo; antes, simplesmente não estaria jogando xadrez. Afinal, jogadas como essa não são “proibidas” no jogo de xadrez, mas, sim, jogadas “nulas”, que simplesmente não têm sentido naquele sistema normativo. A consequência de um movimento como o descrito acima seria, dentro do jogo, absolutamente nenhuma; o tempo para que esse enxadrista fizesse sua jogada seguiria fluindo, como se nada houvesse acontecido, até porque, na linguagem daquele jogo, nada teria efetivamente acontecido.

Poder-se-ia até imaginar, é bem verdade, a hipótese de a Federação Internacional de Xadrez, ou outro órgão com a atribuição de ditar as regras do jogo, criar outra regra, que determinasse, por exemplo, a eliminação do campeonato de um jogador que cometesse a “ousadia” de (tentar) mover o cavalo em diagonal.

Nesse caso, sim, poder-se-ia dizer que tal conduta, além de não dar ensejo a um movimento válido, estaria, também, proibida no sistema do jogo. Contudo, a regulação deôntica da conduta que a norma de competência “define” como um movimento “válido” – com aquele específico sentido institucional – ou como um movimento “nulo”, é puramente contingente e independente da norma de competência mesma <sup>216</sup>.

Esta, segundo se pode inferir da leitura de FERRER BELTRÁN, é a conclusão mais significativa a que se pode chegar a partir do exame da concepção hartiana da norma de competência:

*...aunque es común que el ejercicio de la competencia esté permitido, ello es puramente contingente y, es más, hay casos en los que el ejercicio de la competencia está explícitamente prohibido, sin que de eso se derive contradicción alguna en el sistema de normas* <sup>217</sup>.

#### 2.3.2.4.3 Ross

Costuma-se dizer que ROSS teria mudado de posição no tocante ao tema das normas de competência, tendo deixado de concebê-las tais quais obrigações indiretas, redutíveis a normas de condutas, como fazia em “Direito e Justiça”, e passado, na “Lógica das Normas”, a vê-las como normas constitutivas, semelhantes às “normas conceituais” ou “definições”.

Na primeira dessas perspectivas, à maneira de KELSEN, ROSS teria defendido que as normas de competência são “... *normas de conducta que prescriben el comportamiento acorde con las ulteriores normas de conducta que se dicten de acuerdo con la competencia*” <sup>218</sup>.

Já na segunda, à semelhança de HART, teria sustentado que as normas de competência são como as regras dos jogos, tendo por função “definir” as condições

<sup>216</sup> Como explica CESAR SERBENA, na lógica modal (alética), as proposições contingentes são aquelas “... *que não são nem necessárias nem impossíveis... que podem ser verdadeiras em alguns estados de coisas ou falsas em outros estados*” – **Lógica e Direito...**, *op. cit.*, p. 54.

<sup>217</sup> FERRER BELTRÁN, **Las normas de competencia...**, *op. cit.*, p. 85

<sup>218</sup> *Ibid.*, p. 87.

formais e materiais sob as quais será possível produzir uma norma válida no sistema, além de “definir” as próprias autoridades desse sistema.

Porém, o fato é que são abundantes as referências expressas que o autor dinamarquês faz, tanto numa obra quanto na outra, a ambas as concepções das normas de competência.

Em razão disso, FERRER BELTRÁN defende que as duas visões não representam uma evolução do pensamento do autor dinamarquês, com a substituição da primeira tese pela segunda, mas, sim, que se trata de duas visões compatíveis entre si.

A chave para essa interpretação, segundo sustenta, está em reconsiderar o sentido da expressão segundo a qual “uma norma de competência é uma norma de conduta expressa indiretamente”.

Na opinião de FERRER BELTRÁN, o que ROSS quer dizer é que as normas de competência são “... *reglas que sólo indirectamente establecen aquello que debe o no hacerse*”, na medida em que cumprem a função de “... *identificar las reglas de conducta que directamente establecen las obligaciones y pueden o deben ser aplicadas por los tribunales*”<sup>219</sup>.

Isso se explica pela circunstância de que, para o autor em questão, todas as normas têm como destinatários os juízes e tribunais, de modo que, se as normas de competência não podem ser aplicadas diretamente por eles, então só podem regular a conduta de um modo indireto.

Nada disso quer significar, porém, que, no pensamento rossiano, as normas de competência estabeleçam, elas mesmas, deveres; sua função não é a de regular conduta, mas, sim, a de dizer o que é necessário para que as normas de conduta editadas sejam consideradas válidas. As normas de competência, em outras palavras, atuariam na “definição” de quais são as normas válidas. Nesse sentido, diz ROSS que

*Aquellos enunciados en los que se ejercita la competencia se llaman ‘actos jurídicos’, o, en Derecho Privado, declaraciones dispositivas. Por ejemplo:*

---

<sup>219</sup> *Ibid.*, p. 95. E de fato, o próprio ROSS diz, nesse sentido, que “*Las normas de competencia son lógicamente reducibles a normas de conducta de esta manera: las normas de competencia hacen que sea obligatorio actuar de acuerdo con las normas de conducta que han sido creadas según el procedimiento establecido en las primeras*” – **Lógica de las Normas**, p. 113.

*una promesa, un testamento, una licencia administrativa, una ley. Un acto jurídico es, como un movimiento de ajedrez, un acto humano que nadie puede realizar como ejercicio de sus facultades naturales. Las normas de competencia son, como las reglas de los juegos, constitutivas”*<sup>220</sup>.

Não por acaso, à diferença daqueles que as interpretam como normas de conduta, ROSS percebe a necessidade de distinguir (i) entre as normas “de” competência propriamente ditas e (ii) as normas que regulam “o exercício da competência”, pontuando que as primeiras, quando não observadas, dão ensejo a uma “nulidade”, ao passo que as segundas, quando afrontadas, dão ensejo a uma “responsabilidade”, isto é, à aplicação de uma sanção. Percebe, ainda, que a competência e o direito de exercê-la não se confundem (iii) com o ônus de exercê-lo segundo determinadas diretrizes<sup>221</sup>.

Essas razões efetivamente parecem justificar o enquadramento de sua teoria dentre aquelas que afirmam o caráter “não-prescritivo”, e sim “conceitual-constitutivo”, das normas de competência.

#### 2.3.2.4.4 Alchourrón e Bulygin

Por fim, outros ilustres representantes da tese sob exame são ALCHOURRÓN e BULYGIN, que, desde a edição de *“Definiciones y Normas”*, escrito pelos dois, mas, principalmente em *“Sobre las Normas de Competencia”*, escrito apenas pelo último, abandonaram a tese “permissivista”, passando a ver as normas de competência como regras conceituais, ou seja, como “definições”.

<sup>220</sup> ROSS, Alf. *Lógica de las...*, op. cit., p. 123.

<sup>221</sup> Nas palavras do próprio ROSS: *“El poder o competencia de una persona debe ser distinguido tanto de la libertad de ejercer sus poderes como quiera (pero, desde luego, solo intra vires), como del deber de ejercerlos según ciertas directrices. Si existe tal deber, existe una norma de conducta, cuyo tema es la manera en que la persona competente ha de ejercer su poder. Es importante comprender esta distinción entre la norma de competencia y la norma de conducta que regula el ejercicio de tal competencia. Mientras que exceder la norma de competencia produce invalidez, violar la norma de conducta no afecta a la validez del acto jurídico, sino que encierra una responsabilidad, como cualquier otra violación de una obligación”* – Idem.

CALSAMIGLIA critica o fato de que BULYGIN, ao revisar sua posição, não fez referência ao seu entendimento anterior e, ainda, não buscou explicar, “de maneira convincente”, as razões da mudança<sup>222</sup>.

É preciso ponderar, porém, que, a despeito da relativa procedência dessa crítica, já no *“Normative Systems”* é possível divisar alguns traços da interpretação posteriormente defendida por ALCHOURRÓN e BULYGIN, desde que, embora atribuíssem às normas de competência o caráter de normas de conduta, diziam, também, então, que elas, *“Al mismo tiempo, son constitutivas de la autoridad judicial...”*, uma vez que *“... nadie es juez sino en virtud de una norma de competencia y en la medida y con el alcance que esa norma determine”*<sup>223</sup>.

A propósito, de acordo com FERRER BELTRÁN, a ideia de que as normas de competência são definições está posta na obra dos referidos autores tanto (i) no sentido de que elas definiriam os conceitos de norma – lei, contrato, sentença *etc.* – válida, como, também, (ii) no sentido de que definiriam o conceito da própria autoridade normativa – juiz, legislador, contratante *etc.*

ALCHOURRÓN e BULYGIN enveredam por esse caminho, principalmente, depois de rechaçarem, na senda de HART, a ideia de que a nulidade ligada à inobservância da regra de competência poderia ser equiparada à sanção cominada para a hipótese de descumprimento do mandamento contido na norma de conduta. Entendem, tal como o autor inglês, que a nulidade é uma “parte” da regra de competência, estando, necessariamente, conectada com a definição de “norma válida” que ela engendra.

Contudo, não afastam completamente a ideia de competência do plano deôntico, pois entendem que, ao lado das definições, que constituem as próprias normas de competência, é possível que também existam normas que regulam o exercício da competência, proibindo-o, permitindo-o ou fazendo-o obrigatório.

Reconhecem, ademais, que nem sempre é fácil, diante de uma disposição jurídica, discernir se ela veicula uma norma de competência – isto é, uma norma que “atribui” a competência – ou uma norma de conduta relativa “ao exercício” de uma competência, mas insistem em que isso não retira a importância da distinção.

<sup>222</sup> Segundo CALSAMIGLIA, BULYGIN, *“En su trabajo sobre las normas de competencia critica la tesis que sostuvo sin citarse y sin explicar el cambio”* – Geografía..., *op. cit.*, p. 755, nota 22.

<sup>223</sup> ALCHOURRÓN e BULYGIN, *Introducción...*, *op. cit.*, p. 208.

### 2.3.1.5 Normas de competência como normas constitutivas

BULYGIN, ao tratar as normas de competência como “definições”, argumenta que elas também seriam “constitutivas” no sentido de SEARLE ou ROSS, isto é, no sentido de que, assim como as regras da gramática, da lógica, da matemática e dos jogos, definem conceitos que não existiriam sem elas.

Diz-se que as normas são “constitutivas”, nesse sentido, quando “...*ampliam el campo de actuación de sus destinatarios...*”<sup>224</sup>; isto é, quando, ao estabelecerem as condições necessárias, suficientes ou necessárias e suficientes de algo, possibilitam a realização de certos “atos institucionais”<sup>225</sup> – ou, mais precisamente, a consecução de determinados resultados normativos,<sup>226</sup> – que, antes dessas normas, simplesmente não eram possíveis<sup>227</sup>.

A semelhança entre as noções de norma conceitual e de norma constitutiva é tanta que MENDONCA, por exemplo, diz só conseguir enxergar “diferenças de matizes” entre uma e outra<sup>228</sup>.

Neste ponto, porém, ATIENZA e RUIZ MANERO fazem uma interessante observação. Dizem que há uma diferença entre enunciados tais como (a) “para os efeitos desta lei, serão considerados imóveis rurais os que apresentarem as seguintes características” e (b) “para outorgar validamente um testamento, é necessária a presença de duas testemunhas”. Tal diferença consiste em que o primeiro apenas serve para identificar o conteúdo das normas em que o conceito

<sup>224</sup> FERRER BELTRÁN, *Las Normas de Competencia...* op. cit., p. 116.

<sup>225</sup> GUASTINI, *Distinguendo...*, op. cit., p. 99.

<sup>226</sup> A maior parte dos atos pode ser definida a partir da descrição da própria conduta ou a partir dos efeitos que lhe são peculiares. Não por acaso, é frequente que, nos dicionários, defina-se o significado de determinados verbetes como “ato ou efeito de” determinada ação.

<sup>227</sup> Também é nesse sentido o pensamento de GREGORIO ROBLES: “Para que un individuo pueda ser sujeto de la acción del ámbito óptico-práctico, es necesario que exista físicamente como tal individuo, pero la capacidad para realizar la acción y el ámbito de su competencia no son elementos que ya existan ahí, en la realidad natural, sino que son creados convencionalmente por medio de las reglas ópticas” – *Las Reglas del Derecho...*, p. 137-138.

<sup>228</sup> MENDONCA, *Las Claves del Derecho...*, op. cit., p. 114.

“imóveis rurais” estiver presente, ao passo que, com o segundo, pode-se fazer algo mais do que simplesmente identificar testamentos: podem-se “fazer” testamentos<sup>229</sup>.

Com base nessa percepção, os autores traçam uma distinção entre as “normas meramente constitutivas”, mais identificadas com as definições, e as “normas constitutivas que conferem poderes normativos”. As regras do primeiro tipo estabeleceriam apenas que “... *si se da un cierto estado de cosas X, entonces se produce un cierto resultado institucional R*”, ao passo que

*El segundo tipo está integrado por aquellas normas cuyo antecedente contiene un elemento ulterior: una acción o procedimiento. De manera que el esquema de estas normas sería el siguiente: si se da el estado de cosas X y un sujeto (o sujetos) Z realiza la acción (o serie de acciones: procedimiento) Y, entonces se produce el resultado institucional R*<sup>230</sup>.

Segundo os autores, as normas deste último gênero são, para o mundo institucional, o que as proposições “anankásticas” são para o mundo natural, na medida em que estabelecem as condições necessárias ou suficientes de um dado resultado institucional.

Importante observar, porém, com FERRER BELTRÁN, que, embora tomem emprestada de CONTE a expressão “regra anankástico-constitutiva”, os autores em questão elastecem seu objeto, para nele inserir, também, aquilo que o autor italiano chamaria de regras “metathético-constitutivas” e “nômico-constitutivas”, já que incluem, na referida categoria, tanto as normas que estabelecem condições necessárias para um resultado institucional como as que estabelecem condições “suficientes” ou “necessárias e suficientes” para tanto.

De acordo com os autores, a principal consequência da adoção dessa perspectiva está em que, ao estabelecerem as condições “necessárias”, “suficientes” ou “necessárias e suficientes” para um determinado resultado, tais regras acabam operando como regras técnicas, que indicam como produzir determinados resultados institucionais<sup>231</sup>.

<sup>229</sup> ATIENZA e RUIZ MANERO, *Las Piezas....*, op. cit., p. 81.

<sup>230</sup> ATIENZA e RUIZ MANERO. *Seis acotaciones...*, op. cit., p. 721.

<sup>231</sup> *Ibid.*, p. 725.

Essa visão seria, a seu ver, um avanço em relação à perspectiva conceitualista, porque permitiria conceber as normas de competência como estabelecedoras de razões para a ação, sempre que o sujeito destinatário da regra pretendesse conseguir um determinado fim<sup>232</sup>.

### 2.3.2.6 Normas de competência como normas constitutivo-performativas

Finalmente, para dar cabo das perspectivas “unitaristas”, cabe ainda mencionar que, embora a expressão “normas constitutivas” normalmente remeta à ideia examinada no tópico anterior, há, também, na literatura, outra noção de norma de competência como norma constitutiva, em que não se lhes atribui caráter semântico, nem caráter instrumental ou técnico, mas, sim, caráter performativo.

Segundo essa perspectiva, o enunciado que veicula uma norma de competência realiza imediatamente o estado de coisas de que trata: não estabelece um conceito de norma válida; não prescreve qualquer espécie de conduta; nem indica, simplesmente, os meios de que alguém se pode valer para produzir um resultado<sup>233</sup>; atua, isso sim, como que unguindo alguém, imediatamente, com a capacidade de produzir um determinado resultado. Trata-se, pois, de um enunciado próprio do uso operativo da linguagem, como querem FERRER BELTRÁN, MENDONCA e, segundo entendem, também HERNANDEZ MARÍN<sup>234-235</sup>.

<sup>232</sup> Em outro estudo, ATIENZA trata as definições como enunciados “de carácter não prático”, em oposição aos enunciados normativos e valorativos, categoria em que insere as normas deontológicas ou reguladoras – princípios e regras de ação e de fim – e as normas não deontológicas ou constitutivas – que subdivide em “regras que conferem poder” e “regras puramente constitutivas” – **El derecho como argumentación**, p. 132.

<sup>233</sup> Nesse sentido, diz FERRER BELTRÁN que as normas de competência “... *no son reglas semánticas ni tienen carácter metalingüístico*” – **Las Normas de Competencia...**, *op. cit.*, p. 152. Já GUASTINI aponta que as normas constitutivas se distinguem radicalmente das normas de conduta, especialmente porque, “... *no siendo prescripciones, no toleran formulaciones deontológicas, están privadas de destinatarios y, como tales, no requieren obediencia ni admiten violación*” – **Distinguiendo...**, *op. cit.*, p. 99.

<sup>234</sup> Nas palavras de FERRER BELTRÁN: “...*en la concepción que sostengo, son reglas constitutivas aquellas emitidas mediante un uso performativo del lenguaje*” – **Las Normas de Competencia...**, *op. cit.*, p. 134; Nas palavras de MENDONCA “... *pueden ser adecuadamente reconstruidas como oraciones realizativas (operativas o performativas) en el sentido de que pronunciarlas es llevar a cabo una acción*” – **Las Claves...**, p. 134.

<sup>235</sup> De fato, HERNÁNDEZ MARÍN, de maneira semelhante, vê as normas de competência como “... *disposiciones cualificadoras...*”, isto é, como “... *disposiciones que califican como jurídicas o*

Nessa concepção, pronunciar uma frase tal como “a autoridade A é competente para executar o ato X” é levar a cabo uma ação que não se concebe como um simples “dizer algo”. É investir alguém da “... *capacidad, atribuida por reglas de un determinado sistema jurídico Sj, de producir actos jurídicos válidos de acuerdo con ese mismo sistema Sj*”<sup>236</sup>.

Nessa linha, as normas de competência são vistas como “... *reglas constitutivas de la propiedad disposicional institucional ‘ser competente’*”<sup>237</sup>. O sujeito s, pelo simples fato de existir a norma de competência, torna-se “sujeito competente”, o que talvez possa ser representado formalmente como “s → Csx”, ou seja, “se é o sujeito ‘s’, então é sujeito competente para “x”<sup>238</sup>.

FERRER BELTRÁN ressalta, não obstante, que uma mesma “disposição de competência”, isto é, um mesmo enunciado textual do discurso das fontes sobre a competência, pode, além de conferir a competência, expressar uma permissão do exercício da competência. Outras vezes, uma mesma disposição de competência pode veicular, além da norma de competência propriamente dita, uma regra que obriga ao uso da competência. É o caso, por exemplo, de um enunciado como o que estabelece que “O juiz é competente para proferir sentenças”, que pode tanto se limitar a lhe atribuir a capacidade para proferir sentenças como, também, obrigá-lo a decidir os casos que lhe venham a ser submetidos. E nada impediria que uma mesma disposição, ao conferir competência, proibisse o seu exercício em certos casos, embora sem retirar do ato a sua validade.

Não se trata, ele esclarece, de admitir que uma mesma norma possa ser, ao mesmo tempo, reguladora e constitutiva, na linguagem de SEARLE, mas, sim, de admitir que um mesmo ato linguístico – uma mesma disposição - possa ter os efeitos

---

*pertenecientes al derecho todas las oraciones (enunciados) que tengan la propiedad de proceder del órgano O, con arreglo al procedimiento P y sobre la materia M” – Apud MENDONCA, **Las Claves...** op. cit., p. 134. Diz FERRER BELTRÁN, nesse sentido, que, “A pesar de que en otro punto de este trabajo he tratado a las tesis de Alchourrón y Bulygin y de Hernández Marín como equivalentes, se puede ofrecer una interpretación plausible de esta última que la acerque a la categoría de las reglas constitutivas que yo presento.” – **Las Normas de Competencia...**, op. cit., p. 147, nota 268.*

<sup>236</sup> FERRER BELTRÁN, **Las Normas de Competencia...**, op. cit., p. 130.

<sup>237</sup> *Ibid.*, p. 164.

<sup>238</sup> Diz-se que “talvez” possa ser assim representado porque os autores em questão não apresentam uma forma lógica para expressar a ideia que adotam.

ilocucionários de implicar a emissão de mais de uma norma, e os efeitos perlocucionários de ser recebido por seus destinatários como mais de uma norma<sup>239</sup>.

Segundo FERRER BELTRÁN, para que um sujeito “s” possua a propriedade de ser competente para algo, “... *es condición necesaria y suficiente la existencia de una norma de competencia que atribuya a ‘s’ esa propiedad*”, o que significa que, a seu ver, a norma de competência é, para usar da classificação contiana, uma norma noético-constitutiva da propriedade “ser competente”<sup>240-241</sup>.

Por outro lado, ser competente é “... *condición necesaria, pero no suficiente, de la validez de los actos que cualquier sujeto realice o de las normas que dicte*”, o que significa que a norma de competência é uma norma constitutivo-anankástica do conceito de validade<sup>242</sup>.

Isso porque, para além da indicação do “sujeito competente”, o conceito de validade, no pensamento do autor, também compreende o que ele chama de “... *condiciones de actualización de la competencia...*”, assim entendidas as condições sem as quais a competência não pode ser exercida validamente, como é o caso das regras procedimentais<sup>243</sup>.

Tais regras, segundo observa o autor, nada têm a ver com permissões ou proibições relativas ao exercício da competência. São, antes, condições sem as quais simplesmente não se exerce – ou não se exerce validamente – a competência; em outras palavras, são “ônus” para o exercício da competência.

Por derradeiro, importante mencionar que, para além da atribuição positiva da competência, FERRER BELTRÁN também examina a questão da incompetência, dizendo que, ao contrário do que afirma VON WRIGHT, ela não depende de

<sup>239</sup> Não faltou, porém, quem admitisse a possibilidade de uma mesma regra ser, ao mesmo tempo, reguladora e constitutiva. SEARLE, por exemplo, afirmou que algumas regras “... *não apenas regulam, mas criam ou definem novas formas de comportamento*”. Tradução livre. No original inglês: “... *not merely regulate but create or define new forms of behavior*” – **Speech Acts: An Assay in the Philosophy of Language**, p. 33. Na mesma linha, F. SCHAUER diz que “... *muchas reglas constitutivas poseen también su lado regulativo... La regla tiene un doble aspecto: primero define la conducta y luego la regula*” – **Las Reglas en Juego: Un Examen Filosófico de la Toma de Decisiones Basada en Reglas en el Derecho y en la Vida Cotidiana**, p. 63. Não parece haver dúvida, porém, de que isso decorre de uma confusão entre “disposição normativa” e “norma”, entre as quais, como visto anteriormente, não existe correspondência biunívoca.

<sup>240</sup> FERRER BELTRÁN, **Las Normas de Competencia...** *op. cit.*, p. 165.

<sup>241</sup> Ou, então, seria uma norma “noético-constitutiva” do sujeito, e não, pura e simplesmente, da sua propriedade “ser competente” – *Ibid.*, p. 163.

<sup>242</sup> *Ibid.*, p. 165.

<sup>243</sup> PEÑA FREIRE, *Sobre ‘Las Normas de Competencia: Un Aspecto de la Dinámica Jurídica’*, de Jordi Ferrer, **Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, nº. 16 p. 219.

<sup>244</sup> FERRER BELTRÁN, **Las Normas de Competencia...** *op. cit.*, p. 162.

quaisquer regras específicas – regras que seriam “proibitivas”, na visão “permissivista”, – mas, pura e simplesmente, da inexistência de regras de competência. Assim, a utilidade de normas que estabeleçam expressamente a incompetência de alguém para algo assemelhar-se-ia, a seu ver, àquela que se atribui às “... *normas permisivas emitidas por autoridades superiores: mediante la aplicación del principio ‘lex superior’, impiden la entrada en el sistema de normas contrarias emitidas por autoridades inferiores*” (sic)<sup>244</sup>.

Pode-se, assim, no plano das proposições normativas, falar em “incompetência em sentido fraco”, quando não pertence ao sistema “S” a norma que atribui competência ao sujeito “x” para a prática do ato “y”; e em “incompetência em sentido forte”, quando pertence ao sistema uma norma de incompetência que a declara.

A diferença entre uma norma de incompetência e uma norma que proíbe o exercício da competência está, segundo FERRER BELTRÁN e MENDONCA, nas consequências que estão ligadas às hipóteses de inobservância de cada qual delas: no primeiro caso, nulidade; no segundo, sanção (responsabilização)<sup>245</sup>.

### 2.3.3 Propostas “não-unitaristas”

Como dito acima, há, também, quem considere ser simplesmente impossível falar em apenas um tipo de norma de competência.

Nesse sentido, diz CALSAMIGLIA que as propostas sobre a estrutura lógica das normas de competência padecem, em geral, do vício do essencialismo, por tentarem oferecer um conceito unitário que reflita todos os objetos que se designam pela mesma expressão. Segundo ele, uma das razões pelas quais existe tanta confusão em relação ao tema

*... es porque se presupone que todo lo que se denomina usualmente ‘normas de competencia’ corresponde a una estructura unitaria que tiene*

<sup>244</sup> FERRER BELTRÁN, *Las Normas de Competencia...* op. cit., p. 162.

<sup>245</sup> MENDONCA, *Las Claves del Derecho...* op. cit., p. 136-138.

*unas propiedades comunes. Cuando se nos sugiere que las normas de competencia son definiciones se nos ofrecen buenos ejemplos que corroboran la tesis, pero también existen algunas normas de competencia que dan instrucciones, que hacen referencia a plazos o que señalan la competencia material o el marco de actuación y todo esto no cabe en nuestro concepto tal y como ha sido definido. Lo mismo ocurre cuando asociamos las normas que confieren poderes a la nulidad. Existen casos en los que, sin duda, se produce – o se puede producir – la nulidad, pero cuando se incumplen algunas normas a veces estas normas son normas de conducta y a veces estas normas de conducta pueden originar sanciones, pero a veces no, como ya veremos más adelante. También nos podemos encontrar casos en los cuales la norma no existe o se produce una apariencia de norma. Quisiera afirmar, por lo tanto, que en la tradición analítica todavía persiste una fuerte dosis de esencialismo cuyos defectos puso de manifiesto magistralmente Carlos Nino<sup>246</sup>.*

Para fugir do problema do essencialismo, a sugestão de CALSAMIGLIA é oferecer uma classificação das distintas normas de competência ou “metarregras”, aí consideradas todas as regras que têm outras normas como objeto, o que compreende: (i) as normas que conferem poderes; (ii) as normas que regulam procedimentos; (iii) as normas que regulam as matérias; e (iv) as normas que regulam os conteúdos concretos das normas a produzir.

Embora o autor não ilustre essas categorias com exemplos, o que dificulta a compreensão daquilo a que, por meio delas, pretende fazer referência, conclui, a partir dessa tipologia, que há normas de competência que não podem ser consideradas permissões, e outras que poderiam, sim, ser consideradas normas de conduta.

Da mesma forma, diz o autor que también as consequências jurídicas decorrentes da não observância de uma norma de competência podem ser muito variadas. Para ele, *“No es cierto que la nulidad es la consecuencia de no seguir las normas de competencia como sugiere Hart, porque hay normas de competencia que son normas de conducta”*. Da mesma forma, a seu ver, a tese de que as normas de competência são invioláveis e, portanto, sua não observância produz inexistência, é falsa, *“... porque pueden pertenecer al ordenamiento jurídico normas que se han dictado fuera del cauce de las normas de competencia”*<sup>247-248</sup>.

<sup>246</sup> *Geografía...*, op. cit., p. 757.

<sup>247</sup> *Ibid.*, p. 766.

<sup>248</sup> *Ibid.*, p. 767.

Também GUASTINI entende que “*La clase de las normas secundarias sobre la producción jurídica está compuesta por diversas sub-clases, que no conviene tratar unitariamente*”<sup>249</sup>.

Ele argumenta que as discussões a respeito da natureza e da estrutura lógica das normas de competência não têm sido frutíferas, principalmente, porque faltam distinções conceituais e porque a terminologia escolhida é infeliz. E acrescenta não estar seguro sequer de que as principais teorias que enfrentam o problema sejam incompatíveis entre si, como, à primeira vista, poderia parecer.

A seu ver, a classe das normas sobre a produção jurídica inclui, pelo menos, cinco subclasses: (i) normas que conferem o poder de criar certo tipo de fonte do direito – lei, decreto, sentença *etc.*; – (ii) normas procedimentais; (iii) normas que circunscrevem o âmbito do poder conferido; (iv) normas que reservam determinada matéria a uma fonte; e (v) normas relativas ao conteúdo mesmo da normação futura.

Em sua opinião, contudo, a expressão “normas que conferem poderes” não é apropriada para designar as subclasses “2” a “5” das “metarregras”, porquanto estas fazem coisa distinta de conferir poder, dizendo respeito a um poder já concedido, ao qual simplesmente impõem limites. Assim, apenas as normas que conferem o poder de criar certo tipo de fonte do direito – no sentido tradicional da expressão “fonte” – é que poderiam ser designadas por seu intermédio.

Para ele, todas as normas mencionadas estabelecem condições relativas à fonte a cuja criação se referem. Porém, enquanto as normas da subclasse “1” estabelecem condições de existência jurídica da fonte, as normas das demais subclasses estabelecem condições que vão além da existência, dizendo respeito à validade dos atos praticados por quem tem a competência de produzir a “fonte” normativa – lei, decreto, sentença *etc.*<sup>250</sup>.

Como dito anteriormente, não parece ao autor que as principais teorias relativas ao caráter das normas que conferem poderes sejam incompatíveis entre si, embora duvide de que aos tipos mencionados se possa aplicar a mesma análise lógica. E, para demonstrá-lo, ele procura submeter tais teorias a uma prova, controlando a verdade das proposições que implicam. Diz, então, que: (i) se a teoria da norma permissiva é fundada, então a proposição segundo a qual o Parlamento

<sup>249</sup> GUASTINI, *Distinguendo...*, *op. cit.*, p. 309

<sup>250</sup> Melhor que falar em “fonte normativa” seria falar em “enunciado normativo”, pois a lei, o decreto, a sentença *etc.*, são produto da fonte.

tem permissão para legislar deve ser fundada; como isso é verdade, então a teoria é fundada; (ii) se a teoria imperativista é fundada, então a proposição segundo a qual os cidadãos têm a obrigação de obedecer às leis editadas pelos entes competentes deve ser certa; como isso é verdadeiro, então também esta teoria é fundada; (iii) se a teoria que vê tais normas como definições é fundada, então a proposição segundo a qual nenhum texto normativo que não tenha sido emanado do Parlamento pode merecer o nome de “lei” deve ser certa; e como tal proposição é verdadeira, também a terceira teoria é fundada; (iv) se a teoria que vê tais normas como estabelecedoras de condições é fundada, então a proposição segundo a qual a circunstância de serem emanadas do Parlamento é condição necessária da existência da lei deve ser certa; como isso é verdade, também essa quarta teoria tem fundamento<sup>251</sup>.

A explicação para tanto, segundo o autor, está em que as controvérsias sobre a natureza de tais normas estão mais relacionadas às diferentes interpretações dos enunciados que as veiculam. E isso resulta, a seu ver, do fato de que os enunciados normativos – ou, mais precisamente, as disposições normativas, – podem expressar mais de um significado. Em suas palavras:

*Cualquier jurista experimentado sabe perfectamente que una única formulación normativa puede ser portadora de un significado complejo o compuesto, de forma que no exprese una única norma, sino una pluralidad de normas independientes. Y, en mi opinión, es precisamente esto lo que sucede en el caso de las normas – o más bien: de los enunciados normativos – que confieren poderes<sup>252</sup>.*

De modo geral, portanto, as teorias não-unitaristas partem da observação de que, na verdade, a designação “normas de competência” não é aplicável a apenas um objeto, mas, sim, a objetos múltiplos e muito diferentes entre si, concluindo que essa é a razão de tantos desacordos entre os juristas quanto a este assunto. Propõem, então, que os diferentes tipos de enunciados normativos (do discurso das fontes e do discurso dos intérpretes) que versam sobre a competência não sejam tratados todos do mesmo modo, mas, ao contrário, com o devido destaque a suas peculiaridades.

---

<sup>251</sup> *Ibid.*, p. 310.

<sup>252</sup> *Ibid.*, p. 316.

## 2.4 CRÍTICAS ÀS TEORIAS EXAMINADAS

### 2.4.1 Introdução

Expostas, enfim, as principais teorias que procuram analisar logicamente o fenômeno da competência, é chegada a hora de fazer-lhes a respectiva crítica, com o objetivo de encaminhar a conclusão pessoal a respeito deste ponto.

### 2.4.2 Críticas às teorias das partes de normas ou normas dependentes

Como visto, há quem entenda que as normas de competência não são normas (completas), mas meros fragmentos de normas. Alguns, como KELSEN, fazem isso em razão da adoção de um conceito muito restritivo de norma completa, segundo o qual só seriam qualificáveis como tais aqueles enunciados que regulam condutas mediante a imposição de sanções. Outros, como SPAAK, argumentam que só podem ser consideradas normas aqueles enunciados que dão (plenas) razões para a ação, ao estabelecerem que determinada conduta é obrigatória, permitida ou proibida.

A primeira crítica que se dirige a essa concepção decorre da seguinte questão: se as normas que regulam condutas, mediante o estabelecimento de sanções ( $N_1$ ), já são consideradas “normas completas”, porque dão razões plenas para a ação, então como se pode conceber que as suas condições de validade – entre as quais as normas de competência ( $N_2$ ), – que não dizem respeito nem à regulação da conduta, nem ao estabelecimento da sanção, mas aos pressupostos de validade dos enunciados que regulam condutas ou impõem sanções, sejam “partes” delas?

É dizer, se as normas que regulam a conduta e a sanção têm partes que não integram o seu conceito estrito, então é forçosa a conclusão de que também elas

são, a seu turno, “pedaços” de uma norma ainda mais complexa ( $N_3$ ), que corresponde justamente à integração de  $N_1$  e  $N_2$  – isto é:  $N_3 = N_1 + N_2$ .

Vê-se, então, que existem pelo menos duas noções distintas de “norma completa”, entre as quais, no entanto, os partidários dessa teoria não tomam o cuidado de distinguir claramente. Num primeiro sentido, a norma é completa quando regula condutas mediante a imposição de sanções, dando razões plenas para a ação, caso em que “... *las nociones de norma y de norma completa son absolutamente sinónimas*”; num segundo sentido, uma norma é completa se inclui em seu antecedente todas as suas condições de validade<sup>253-254</sup>.

Esta é a primeira objeção que se dirige à interpretação das normas de competência como “partes” de normas: ela não indica com clareza a que “todo” essa “parte” pertenceria.

Um segundo grupo de críticas investe justamente contra a concepção das normas completas nesse segundo sentido, ou seja, no sentido em que as normas de competência são chamadas a integrar um antecedente extremamente complexo de uma norma prescritiva.

ALCHOURRÓN e BULYGIN observam, por exemplo, que esse conceito de norma completa é absolutamente indeterminado, na medida em que não há um critério que permita identificar quais os enunciados que deveriam ser acrescentados às disposições reguladoras de condutas e estabelecedoras de sanções para obter essa “norma-tipo”.

RAZ, por sua vez, entende que é de nenhuma utilidade visualizar um sistema jurídico composto de normas tão complexas, pelo fato de simplesmente “...*no existir ocasião nenhuma em que seja possível fazer referência a uma norma completa*”<sup>255</sup>.

Costuma-se apontar, ademais, que essa proposta provoca diversas redundâncias no sistema jurídico, porque muitas normas diferentes passam a ter

<sup>253</sup> FERRER BELTRÁN, *Normas de Competencia...*, op. cit., p. 25.

<sup>254</sup> Um exemplo de norma completa nesse segundo sentido é dado por NINO: “*Si la mayoría simple de un cuerpo integrado por los representantes electos del pueblo ha establecido un enunciado que dice ‘el que mata será castigado con prisión de 8 a 25 años’; si otro cuerpo integrado por los representantes de las provincias ha formulado un enunciado similar; si un funcionario elegido por el cuerpo electoral lo ha promulgado y hecho publicar; si alguien ha matado; ...si se da todo eso, el acusado debe ser condenado por el juez a cumplir entre 8 y 25 años de prisión*” – *Introducción...*, op. cit., p. 86.

<sup>255</sup> JOSEPH RAZ, *O Conceito de Sistema Jurídico: Uma Introdução à Teoria dos Sistemas Jurídicos*, p. 155.

como subpartes os mesmos enunciados constitucionais, as mesmas regras de direito processual *etc.*

Em outros termos, de acordo com esse segundo grupo de objeções, reduzir as normas de competência a partes do antecedente das normas de conduta é gerar um conceito de “norma” indeterminado, inútil e não independente.

A terceira crítica contra a teoria das partes de normas diz respeito à incompatibilidade das ideias de norma “completa” e “incompleta” com a noção de validade do próprio KELSEN.

A questão que aqui se põe é a seguinte: se, num sistema dinâmico, a relação de validade está fundada numa relação hierárquica de subordinação e derivação, em que cada norma busca sua validade numa norma superior, que possibilita a sua criação, então, como pode uma dessas normas – inferior/superior – ser parte da outra? A relação entre “parte” e “todo” não parece ser compatível com a relação entre “inferior” e “superior”, que só se poderia estabelecer, logicamente, entre duas coisas distintas – dois “todos” – ou entre duas “partes”, uma inferior e uma superior, de uma mesma coisa.

Em um quarto ponto, como argumenta HART, quem busca reduzir todos os tipos de enunciados normativos ao esquema geral das normas que regulam condutas mediante a imposição de sanções, acaba pagando um preço muito caro para obter uma agradável, porém artificial, uniformidade.

É que, ao se considerar que apenas as normas que estabelecem deveres dão razões para a ação, acabam-se desprezando outros elementos que são, no mínimo, tão característicos do direito como o dever, e tão valiosos para a sociedade como ele. Para o autor inglês, as regras que conferem poderes

... para serem compreendidas, não de ser vistas na perspectiva daqueles que os exercem, [pois] são concebidas, designadas e usadas na vida social de forma diferente das regras que impõem deveres e são valorizadas por razões também diversas. [E pergunta, provocativamente:] Que melhor teste para a diferença de natureza entre elas poderia haver? <sup>256</sup>

---

<sup>256</sup> O Conceito de Direito..., *op. cit.*, p. 50.

Em outras palavras, se as normas que outorgam poderes são concebidas e usadas de forma completamente diferente das que cominam deveres, por que pensá-las do mesmo modo? Por que pensá-las a partir exclusivamente da perspectiva de quem está sujeito a elas, e não sob o ponto de vista de quem tem a prerrogativa de se valer delas para satisfazer seus próprios desígnios?

Parece ser mais acertada, no que atine a este ponto, a conclusão de RAZ, segundo a qual “... *há leis que conferem poderes; e elas são normas, pois guiam a conduta humana ao fornecer aos indivíduos os meios para a realização de seus desejos*”<sup>257</sup>.

Não há como discordar, ademais, de que conceber as normas de competência como “partes de normas”, ou como “normas dependentes”, subtrai completamente a sua importância no sistema normativo. Faz delas algo secundário e, pior, desprovido de eficácia própria, contrariando o unânime reconhecimento de sua posição central nos sistemas jurídicos.

Finalmente, também não se pode perder de vista que, definir as normas que atribuem competência a partir do conceito de norma de conduta é, em rigor, nada dizer sobre elas mesmas. Afinal, para dar uma resposta sobre o que são as normas de competência, e sobre de que maneira se estruturam, não basta dizer qual a sua relação com as normas de conduta. Aliás, como observa HERNÁNDEZ MARÍN, “*La distinción entre normas jurídicas independientes y normas jurídicas dependientes revela que se es consciente de que, por lo menos aparentemente, no todo discurso jurídico es prescriptivo*”<sup>258</sup>.

Além de tudo, portanto, essa forma de ver a competência é de reduzida utilidade para a tradução dos fenômenos normativos que com ela estão relacionados.

Todas essas razões demonstram, a nosso sentir, a inadequação da teoria aos propósitos da presente investigação.

---

<sup>257</sup> **O Conceito de Sistema Jurídico...**, *op. cit.*, p. 210.

<sup>258</sup> **Introducción a la Teoría...**, *op. cit.*, p. 228

### 2.4.3 Críticas à teoria das obrigações indiretas

Viu-se, antes, que a concepção das partes de normas ou das normas dependentes está ligada à perspectiva que descreve as normas de competência como estabelecedoras de obrigações indiretas, ou como normas em branco, cuja eficácia está posta em função das normas de conduta cuja criação tornam possível.

Essa teoria, a exemplo da anteriormente examinada, também não está isenta de críticas.

A principal objeção que se lhe faz reside em que, se se considera que a norma atribuidora da competência é apenas uma condição necessária para a existência do dever de aplicar uma norma de conduta, então são forçosas as conclusões de que: (i) a norma de competência não terá qualquer eficácia no sistema normativo até o momento em que se tenha feito uso da autorização que ela confere; e (ii) deixará de irradiar quaisquer efeitos no momento em que derogadas as normas prescritivas ditadas com base na autorização por ela veiculada, ainda que a autorização propriamente dita permaneça intacta.

Em outras palavras, até o momento em que a competência vier a ser exercida, com a criação da norma de conduta, as normas de competência, em rigor, não seriam normas, pois não regulariam conduta alguma, sequer indiretamente. Por outro lado, no exato instante em que fosse aplicada, a norma que estatui a “obrigação indireta” passaria a ser totalmente supérflua, pois já haveria outra a regular, diretamente, a mesma conduta<sup>259</sup>.

Assim, por um viés, se uma norma “N<sub>1</sub>” estabelecer a obrigação de obedecer às normas ditadas pelo órgão x, e se o órgão x editar uma norma “N<sub>2</sub>” estabelecendo que “é proibido fumar”, então a conduta de fumar implicará desobediência a ambas as normas, o que significa que a norma “N<sub>1</sub>” será absolutamente supérflua ou redundante. Por outro, uma vez revogada “N<sub>2</sub>”, “N<sub>1</sub>” ficará como que paralisada, sem função nenhuma no sistema<sup>260</sup>.

<sup>259</sup> FERRER BELTRÁN, *Las Normas de Competencia...*, op. cit., p. 39.

<sup>260</sup> RAZ já havia observado, neste mesmo sentido, que “*Segundo Kelsen, não há leis que tenham conferido poderes legislativos antes que os poderes que elas conferem tenham sido usados. Este é apenas um fenômeno, e há vários outros semelhantes. Todos eles provam que Kelsen não explica adequadamente o conceito de poderes legislativos. Pelas mesmas razões, uma lei que confere poderes legislativos deixa de existir quando todas as leis criadas com base nela até o*

Para FERRER BELTRÁN, isso é uma evidência de que, embora KELSEN afirme o caráter “dinâmico” dos sistemas jurídicos, apontando que, pela notável característica de regular sua própria criação, o direito positivo está sempre em movimento ou com potencial de se transformar, ao examinar as normas de competência, contraditoriamente, pensa nelas segundo a lógica de um sistema “estático”, isto é, pensa nelas sempre num momento temporal concreto, em que existem tanto “N<sub>1</sub>” como “N<sub>2</sub>”<sup>261</sup>.

Em resumo, essa primeira crítica permite concluir que não se pode aceitar a teoria das normas de competência como estabelecadora de obrigações indiretas se se concebe o sistema jurídico como um sistema normativo dinâmico, em que a existência e a eficácia das normas de competência pode perfeitamente coexistir com a inexistência de qualquer norma de conduta que tenha sido criada sob seu amparo, inclusive porque elas podem orientar a edição de normas não-prescritivas.

A propósito, para além desse primeiro argumento, costuma-se confrontar a teoria em questão com a observação de que não faz sentido falar no estabelecimento de uma obrigação indireta, quando as normas ditadas com amparo

---

*momento deixam de existir, embora a autoridade legislativa ainda tenha o poder de elaborar novas leis” – O Conceito de Sistema..., op. cit., p. 156.*

<sup>261</sup> KELSEN parte de uma distinção entre os sistemas normativos em estáticos e dinâmicos para inserir o direito entre os últimos. Em seu pensamento, um sistema estático se distingue de um sistema dinâmico porque, no primeiro, a validade das normas é determinada por força de seu conteúdo, isto é, por derivar logicamente sua validade do conteúdo de uma norma básica, ao passo que, no segundo, a validade é determinada por força de sua forma, isto é, pelo fato de sua criação ter sido autorizada por outra norma do sistema, num encadeamento sucessivo que vai ascendendo até a norma fundamental, cuja existência é pressuposta para evitar o regresso ao infinito.

É preciso registrar que, na perspectiva kelseniana, a existência empírica de sistemas normativos estáticos é impossível, porque buscar o fundamento de validade do direito em seu conteúdo intrínseco pressuporia a existência de uma norma fundamental de cujo conteúdo derivaria logicamente o conteúdo de todas as demais normas do sistema, o que não é possível em razão de que uma *norma* não pode estar dada pela razão, porquanto a função da razão é *conhecer*, e não *querer*, ao passo que a imposição de uma norma é um ato de vontade.

Apesar disso, como ressalta FERRER BELTRÁN, “... *la imposibilidad de la existencia de sistemas estáticos no afecta la posibilidad de pensar o imaginar sistemas de este tipo*” – **Las Normas de Competencia...**, *op. cit.*, p. 16. Em outras palavras, o caráter dinâmico do direito não obsta a que ele seja reconstruído sob um ponto de vista estático.

De fato, o direito pode ser observado num momento temporal concreto (perspectiva estática) e, também, em seu transcorrer temporal, quer dizer, levando em conta o ingresso e saída de normas do sistema (perspectiva dinâmica). Mas, se se trata de duas maneiras diferentes de *ver* o (mesmo) direito, então é necessário que (i) ou se estabeleça um critério de individualização do direito que seja independente do ponto de vista adotado para reconstruí-lo, (ii) ou se atribua primazia a um desses pontos de vista para realizar essa função.

E, no caso das normas de competência, segundo a interpretação de FERRER BELTRÁN, KELSEN acaba dando primazia à reconstrução do sistema jurídico como um sistema estático, o que se prova pelo fato de ele não atribuir qualquer eficácia às normas de competência quando da inexistência de uma norma de conduta que tenha sido criada sob seu amparo.

na regra atribuidora da competência não estabelecem obrigações, mas permissões, definições ou regras técnicas, por exemplo.

Essa crítica pode ser rebatida, parcialmente, ao se dizer que as normas que concedem permissões a um dos polos da relação jurídica nada mais fazem do que impor ao ocupante do outro polo o dever de não interferir na realização da conduta permitida, de modo que continuariam, mesmo nesse caso, a estabelecer obrigações indiretas.

Porém, essa mesma saída não é possível quando se analisa a relação das normas de competência com as definições e regras técnicas criadas com fundamento nelas.

Afinal, de um lado, isso pressuporia tomar as definições ditadas pela autoridade competente como prescrições de uma conduta verbal, o que não parece ser o mais adequado, uma vez que elas não podem logicamente ser descumpridas, porque indiferentes à vontade daqueles que estão sujeitos à sua utilização <sup>262</sup>; de outro lado, pressuporia tomar as regras técnicas como normas que prescrevem “deveres” – cuja execução se dá no interesse de outrem; e não como normas que estabelecem “ônus” – cuja execução se dá no próprio interesse, como parece ser o caso.

Por essas duas razões, também a tese que vê as normas de competência como estabelecedoras de obrigações indiretas não parece dar a melhor explicação lógica para o fenômeno da competência.

#### 2.4.4 Críticas à teoria das normas permissivas

São igualmente variadas as críticas dirigidas contra a tese “permissivista”. Procura-se, abaixo, sintetizá-las em três pontos principais.

A primeira objeção, levantada inicialmente por HART e formulada de maneira mais acabada por ALCHOURRÓN e BULYGIN, reside em que, na maioria dos ordenamentos vigentes, é possível verificar a existência simultânea de normas que

---

<sup>262</sup> Nesse sentido, observa HERNÁNDEZ MARÍN que, como as definições não podem ser logicamente descumpridas, uma norma que obrigasse ao cumprimento de uma definição seria um enunciado absurdo – *Introducción a la Teoría...*, op. cit., p. 310.

“outorgam” competência – possibilitando a produção de normas válidas – e normas que “proíbem o exercício” dessa mesma competência, sem que isso gere qualquer contradição no sistema normativo<sup>263</sup>.

Isso, dizem tais autores, simplesmente não seria possível se as normas de competência representassem mesmo permissões, pois, então, sempre que o exercício da competência estivesse proibido, a conduta a respeito da qual a norma de competência versa – a introdução de normas válidas no sistema – estaria simultaneamente permitida e proibida, gerando, assim, uma contradição no sistema normativo<sup>264</sup>.

Para ilustrar essa crítica, pode-se pensar, por exemplo, na competência que um árbitro de futebol tem para, interpretando os fatos que ocorrem no campo de jogo, assinalar pênaltis<sup>265</sup>.

Ora, não há dúvida de que esse árbitro tem competência para marcar pênaltis, quer a jogada se subsuma à moldura da norma que descreve a infração, quer nela não se enquadre, como nos casos de falta fora da área, de inexistência de falta *etc.* A prova disso é que, num caso como no outro, sua decisão será considerada válida, gerando seu efeito próprio: a bola na marca da cal. No entanto, caso ele assinale um pênalti que, na verdade, não ocorreu, pode ficar sujeito a uma sanção disciplinar por parte da comissão de arbitragem, tal como a suspensão do direito de apitar por algumas rodadas, ainda que sem prejuízo da validade da partida em que o lance ocorreu. Isso revela que, apesar de ter a competência para, validamente, assinalar também os pênaltis que não ocorreram, essa conduta está

<sup>263</sup> ALCHOURRÓN e BULYGIN, *Definiciones y normas...* *op. cit.*, p. 11-42; BULYGIN, *Sobre las Normas de Competencia...* *op. cit.*, p. 489.

<sup>264</sup> Afinal, como diz o próprio KELSEN: “*As proposições: A deve ser e A não deve ser, excluem-se mutuamente; de ambas as normas assim descritas apenas uma pode ser válida. Não podem ser ambas simultaneamente observadas ou aplicadas*” – **Teoria Pura...**, *op. cit.*, p. 18.

<sup>265</sup> O clássico exemplo do juiz-advogado, que ALCHOURRÓN e BULYGIN apresentam para ilustrar a crítica, não tem, no Brasil, a mesma força explicativa de que parece ser dotado em outros países, em razão de que, aqui, o advogado que se torna juiz fica impedido de exercer a advocacia, o que é muito mais que um simples dever de não exercer a advocacia, do qual pudesse decorrer eventual sanção disciplinar. No Brasil, a partir do momento em que se torna juiz, o até então advogado tem sua inscrição na Ordem dos Advogados suspensa, e, enquanto viger o impedimento, não pode mais praticar validamente atos privativos de advogado. Outro exemplo que é comumente citado, no direito comparado, para explicar a possibilidade de haver “competências” cujo exercício está proibido, é o do ladrão que tem capacidade para, validamente, alienar os produtos do roubo a terceiros de boa-fé, ainda que, evidentemente, esteja proibido de fazê-lo. O exemplo é lembrado por TORBEN SPAAK – *Explicating the Concept...*, *op. cit.*, p. 79.

proibida ao árbitro. E há de convir-se que, se uma situação como essas não provoca estranheza ou desconforto, é porque não há aí, em princípio, qualquer antinomia.

Buscando um exemplo mais concreto para ilustrar a crítica, e voltando os olhos para o ordenamento jurídico brasileiro, pode-se pensar na capacidade postulatória que detêm os advogados, vista como o seu poder, sua habilitação, sua legitimação, em geral privativa, para postular em juízo – artigo 1º, I, da Lei nº. 8.906/94 e artigo 36 do Código de Processo Civil.

Sabe-se bem que, se um desses atos privativos da advocacia for praticado por alguém que não é advogado, ou que, embora sendo advogado, esteja impedido, suspenso, licenciado ou exercendo atividade incompatível com a advocacia – hipóteses negativas de competência, – o ato praticado será considerado nulo – artigo 4º, parágrafo único, da referida lei, – não gerando os seus efeitos próprios; a menos, é claro, que seja convalidado por outras razões.

Ocorre, porém, que, se o ato for praticado por advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, sobre o qual não repousa qualquer impedimento ou suspensão, mas com infração a preceitos éticos, como aqueles listados no parágrafo único do artigo 2º do Código de Ética, ou de modo a se subsumir num dos tipos de crime contra a administração da Justiça – artigos 338 e seguintes do Código Penal, – a consequência da inobservância dessas normas não será a nulidade dos atos processuais praticados – que, ao contrário, continuarão a ser considerados válidos, – mas, sim, a aplicação de uma sanção disciplinar e/ou de uma pena criminal ao advogado infrator.

Pode-se ver, com isso, que tanto há normas que versam sobre a outorga de competência ou capacidade, isto é, que versam sobre a atribuição a alguém do poder de – ou da habilitação para – praticar um determinado ato, cuja inobservância tem por consequência a nulidade do ato praticado, quanto há normas que versam sobre o exercício dessa competência, a cuja hipótese de descumprimento pode eventualmente, mas não necessariamente, estar atrelada uma sanção.

E é justamente em razão de serem diferentes as consequências atreladas às hipóteses de inobservância de cada um desses tipos de normas – nulidade, de um lado, e sanção/responsabilidade, de outro – que ninguém diria haver uma contradição entre elas, isto é, ninguém diria haver antinomia entre a norma que outorga a competência ao advogado para praticar validamente o ato processual (N<sub>1</sub>)

e a norma que o proíbe de exercer essa competência com infração a preceitos éticos ou sem incorrer na prática de crime (N<sub>2</sub>).

Ocorre que, se a primeira dessas normas – a que habilita o advogado a praticar validamente determinados atos – fosse mesmo uma norma de conduta, modalizada com o operador deôntico “permissão”, então haveria, no exemplo examinado, uma situação de antinomia, pois a mesma conduta – praticar o ato privativo de advogado – estaria, ao mesmo tempo, permitida por uma norma e proibida por outra.

CARACCILO apresentou um contra-argumento a essa crítica, dizendo que, para defender a tese “permissivista”, bastaria interpretar a situação acima descrita como uma hipótese de conflito de normas, solucionando-o por meio das regras de solução de antinomias<sup>266</sup>.

Tal argumento, porém, não parece sustentável, porque parte da premissa de que ambas as normas não seriam passíveis de aplicação, num mesmo momento, sem que se produzisse uma contradição no sistema normativo, a ser resolvida com a prevalência de uma delas sobre a outra. No entanto, o último exemplo acima é esclarecedor quanto à possibilidade de aplicação simultânea das normas que regem a validade da conduta e daquelas que regem sua proibição, na medida em que uma petição apresentada por um advogado que representa ambas as partes em um processo pode ser considerada perfeitamente válida, a depender das circunstâncias, ainda que a conduta do profissional implique infração ética e criminal, em razão de se enquadrar no tipo do patrocínio infiel.

Da mesma forma, o pênalti assinalado, equivocadamente, pelo árbitro de futebol, é perfeitamente válido, ainda que, por implicar a violação de uma norma de conduta, deva levar à sua punição disciplinar. Se a norma de competência fosse mesmo uma permissão, isso simplesmente não seria possível.

O grande problema da teoria examinada está, portanto, em sua incapacidade de explicar satisfatoriamente as hipóteses – algo infrequentes, mas plenamente concebíveis, – em que a pessoa dotada de competência está proibida de exercê-la ou compelida a exercê-la<sup>267</sup>. Ou, como resumem ATIENZA e RUIZ

---

<sup>266</sup> *Apud* FERRER BELTRÁN, **Las Normas de Competencia...**, *op. cit.*, p. 66

<sup>267</sup> Nesse sentido, diz GUILLAUME TUSSEAU que “A tese permissivista não pode compreender alguns fenômenos bastante frequentes. Não é incomum que uma autoridade tenha uma obrigação de exercer o seu poder”. Além disso, “Conceber as normas que atribuem poderes torna impossível

MANERO, “... *la concepción de las reglas que confieren poderes como normas permisivas no puede dar cuenta del uso irregular de esos mismos poderes*”<sup>268</sup>.

A verificação da inadequação dessa proposta parece indicar que o melhor caminho para a compreensão das normas que outorgam competência passa por lhes negar caráter prescritivo. Afinal, se elas não configuram permissões para o sujeito competente – desde que seu exercício pode estar proibido, – seria ainda menos defensável afirmar que se trata de ordens ou proibições.

Corroborando-o, aliás, a observação de que a ideia de “imputabilidade”, um dos conceitos-irmãos do de competência, diz respeito, justamente, à possibilidade lógica de se praticar algo ilícito.

Pense-se, por exemplo, no crime de peculato, que só pode – só é passível de – ser cometido por funcionário público e por ninguém mais – artigo 312 do Código Penal<sup>269</sup>. Ora, adotando um conceito mais largo de “competência” ou “capacidade”, tal como aquele tomado de GUIBOURG, no início do capítulo, não soaria nada estranho dizer que apenas os funcionários públicos são capazes de – ou competentes para – incorrer no tipo penal em questão.

Isso permite ver, com absoluta clareza, que “... *la capacidad o la competencia para realizar una determinada acción no supone el status permitido de la misma*”, ainda que o mais habitual seja mesmo haver a permissão de se praticar aquilo para que se é competente ou capaz<sup>270</sup>.

Em resumo, o que essa objeção destaca é o fato, até intuitivo, de que é possível alguém ter capacidade para fazer algo e, ao mesmo tempo, estar proibido de fazê-lo. Nessas situações, será adequado dizer que o sujeito “pode, mas não deve” praticar a conduta.

As incompreensões que, normalmente, envolvem essa situação estão relacionadas ao fato de que, nas línguas latinas, o verbo “poder” é ambíguo, ora

---

*explicar as situações em que o mesmo ato é possibilitado – i.e., ‘permitido’ – e proibido*”. Tradução livre. No original inglês: “*The permissivist thesis cannot understand some very frequent legal phenomena. It is not infrequent for an authority to have an obligation to exercise its power*”, “*Conceiving empowerments as permissions cannot explain such situations, where the same act is both empowered – i.e. permitted – and forbidden*” – Jeremy Bentham on Power-Conferring Laws, In *Revue d'études benthamiennes*, p. 65, disponível em: <http://etudes-benthamiennes.revues.org/160>, acesso em 04/10/2012.

<sup>268</sup> *Las Piezas...*, op. cit., p. 71.

<sup>269</sup> Desprezamos, aqui, para simplificar, as hipóteses de equiparação de particulares a funcionários públicos, para fins do tipo penal em questão.

<sup>270</sup> FERRER BELTRÁN, *Las Normas de Competencia...*, op. cit., p. 20.

dizendo respeito à possibilidade de uma conduta, ora dizendo respeito à permissão da conduta. Quando se atenta para essa ambiguidade, fica mais fácil compreender a existência de casos em que o sujeito, ao mesmo tempo, pode (“*can*”) e não pode (“*shall not*”) praticar uma determinada ação.

Uma segunda importante crítica à concepção das normas de competência como normas permissivas reside em que ela obscurece a distinção entre nulidade e sanção.

Identificar tais categorias é realmente tentador, porque elas têm um traço de inegável semelhança: ambas consistem, por assim dizer, numa reação “negativa” do sistema normativo a uma determinada ação. Afinal, quando sofre uma sanção, o agente é apenado por ter deixado de observar uma conduta que lhe era obrigatória; quando sua conduta é qualificada como nula, ou como produtora de um ato nulo, o agente não logra o efeito que presumidamente desejava produzir com sua atuação.

No entanto, essas reações são tão diversas, e estão atreladas a hipóteses tão distintas, que tratar uma como espécie da outra é procedimento semelhante àquele que nos leva a, seduzidos pelas aparências que enganam, incluir os tomates na classe dos legumes, ou os golfinhos e as baleias na dos peixes.

A primeira distinção que se faz necessário estabelecer entre uma e outra categoria sedia-se em que, se a sanção é aplicada sobre alguém que tinha o dever de se comportar de determinada maneira, e descumpriu esse dever, a nulidade decorre ou da atuação fora da esfera da competência – atuação “*ultra vires*”<sup>271</sup>, – ou da inobservância, pelo sujeito competente, de algum dos ônus que condicionam o exercício regular dessa competência – como o procedimento.

A distinção é bem sintetizada por TUSSEAU, para quem

... as consequências que decorrem da inobservância de uma prescrição e da inobservância de uma norma de competência nada têm em comum. Violar uma norma de conduta é cometer uma ofensa que tem por consequência uma sanção, como a determinação da prisão ou do pagamento de uma soma de dinheiro. Já se uma autoridade viola normas de competência, nenhuma ofensa é cometida: ela simplesmente não

---

<sup>271</sup> O sentido de *ultra vires* é o de “*Além das forças*”, “*além dos poderes ou autoridade garantida por lei*” (*beyond the powers or authority granted by law*) – JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, in **Enciclopédia Saraiva do Direito**, v.75, p. 424.

consegue alcançar o objetivo que estava perseguindo. A consequência não é uma sanção, mas uma nulidade, uma invalidade<sup>272</sup>.

Como se sabe, a hipótese da norma sancionadora contém a descrição de um fato que consiste no descumprimento, pelo sujeito passivo da norma primária, de um dever (uma proibição ou um comando) estabelecido no consequente daquele enunciado – “~C→S”. A nulidade, no entanto, simplesmente não pode ser descrita dessa forma, porque o sujeito competente não é “devedor” de conduta alguma; pelo contrário, é precisamente o “titular” da prerrogativa de praticar o ato para o qual se lhe atribuiu competência. Aliás, mesmo quando, para lograr tal objetivo, precisa obedecer a certo procedimento, tal condicionante não tem natureza de “dever jurídico”, de conduta que se realiza no interesse de outrem, mas, sim, de “ônus”, de providência que se realiza no próprio interesse.

A propósito, atentar para a diferença entre “dever” e “ônus” também permite rechaçar uma tese não mencionada anteriormente, e que é defendida por MACCORMICK e por AGUILÓ, segundo a qual as normas de competência estabeleceriam sanções premiativas, isto é, sanções positivas, ao vincularem a validade da norma editada pelo sujeito competente à observância dos requisitos materiais e formais cominados para sua edição<sup>273-274</sup>.

Isso porque também as sanções premiativas, conquanto inspiradas por uma técnica de motivação positiva da conduta, dirigem-se, exatamente como as sanções punitivas, a estimular a satisfação de um interesse ou direito de terceiro, e não à satisfação de um interesse, direito ou prerrogativa do próprio sancionado<sup>275</sup>.

<sup>272</sup> No original inglês: “...the respective consequences of disregarding a prescription and disregarding an empowering norm have nothing in common. Violating a norm of behavior is to commit an offence, the consequence of which is a sanction, e.g. a term of prison or a sum of money. On the contrary, if an authority violates competence norms, no offence is committed: it simply fails to achieve the goal it was pursuing. The consequence is not a sanction, but a nullity, an invalidity” – Tradução livre – Jeremy Bentham’s..., *op. cit.*, p. 65.

<sup>273</sup> NEIL MACCORMICK, *Voluntary Obligations*, in **Legal Right and Social Democracy. Essays in Legal and Political Philosophy**, p. 210. Também em: NEIL MACCORMICK, H.L.A. HART, in **Jurists: Profiles in Legal Theory**, p. 86.

<sup>274</sup> JOSEP AGUILÓ, *Sobre ‘Definiciones y normas’*, **Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho**, nº. 8, p. 281.

<sup>275</sup> Um bom exemplo de sanção premiativa é dado por REALE. Diz ele que “Ao lado das sanções penais, temos as sanções premiaias, que oferecem um benefício ao destinatário, como, por exemplo, um desconto ao contribuinte que paga o tributo antes da data do vencimento” – **Lições Preliminares...**, *op. cit.*, p. 76. Como se vê, o desconto é estabelecido, aqui, para motivar o pagamento do tributo, de que o Estado é credor, e não para satisfazer ao interesse do devedor.

Não por acaso, aliás, elas podem ser estruturadas de maneira idêntica às normas sancionadoras de caráter punitivo, com a única diferença de que, enquanto nestas, o conseqüente é composto pela imposição de um comportamento que o agente, presumidamente, não deseja – [“(H→C”) → (“~C→penalidade”)], – naquelas o conseqüente é composto pela negação de um resultado que presumidamente seria favorável ao agente cuja conduta deseja-se dirigir – [“(H→C”) → (“~C→~prêmio”)]<sup>276</sup>.

Seguindo adiante, para além da distinção entre dever e ônus, outro traço distintivo inequívoco entre a sanção e a nulidade está em que, como apontou HART, enquanto a nulidade está conceitualmente ligada às normas de competência, a sanção está ligada de modo contingente, eventual, não necessário, às normas de conduta. Ou, nas palavras de MORESO,

*... mientras las reglas primarias (que imponen deberes) van contingentemente acompañadas de la sanción, las reglas secundarias (que confieren poderes) van conceptualmente unidas a la idea de nulidad, esto es, los actos realizados ultra vires carecen de validez, son nulos*<sup>277</sup>.

Realmente, a norma de competência é absolutamente impensável se, de sua inobservância, não decorrer nulidade; já a norma de conduta pode ser perfeitamente descrita sem que seja necessário mencionar a presença de eventual norma sancionadora que a ela esteja atrelada. Aliás, crê-se já se haver demonstrado, antes, que a existência de normas de conduta não sancionadas nos sistemas jurídicos é, inclusive, bastante frequente.

---

Como aponta BOBBIO, o conceito de sanção premiativa pode abranger não apenas a “... *privação da desvantagem...*”, como, também, a “... *atribuição de uma vantagem...*” – **Da Estrutura à Função: Novos Estudos de Teoria do Direito**, p. 24-25. É claro, porém, que, em muitas das vezes em que a “sanção premiativa” significa a atribuição de uma vantagem a quem pratica a conduta que o ordenamento pretende estimular, sua estrutura normativa apresenta-se como mais semelhante à de uma norma primária que à de uma norma secundária.

<sup>276</sup> Também JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO observou que “... *as várias espécies de sanções não se distinguem entre si por traços estruturais, ou por representarem específicas figuras jurídicas: distinguem-se pela função que desempenham*” – **Introdução...**, *op. cit.*, p. 58.

<sup>277</sup> *El encaje de las piezas del derecho, In Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, nº. 15, p. 169.

Por derradeiro, a terceira crítica à tese encabeçada por VON WRIGHT decorre da observação, feita por MAKINSON, de duas importantes peculiaridades das normas de competência <sup>278</sup>.

A primeira está em que a relação do enunciado normativo com a omissão da conduta varia conforme se trate da atribuição de uma competência ou da regulação de um comportamento. Afinal, se faz todo sentido permitir a um sujeito “x” que “não realize” determinada ação “y”, parece absolutamente ilógico outorgar competência a um sujeito “para não realizar” uma ação normativa. Não faz sentido, em outras palavras, dizer que alguém é competente para deixar de fazer alguma coisa, ao passo que é perfeitamente lógico dizer que alguém tem permissão para não fazer alguma coisa <sup>279</sup>.

A segunda está em que, se uma ação não normativa “p” está proibida, a realização de “p” continua sendo possível, ainda que o sujeito possa sofrer sanção. Aliás, é condição da existência da proibição de “p” que seja possível tanto cumpri-la como descumpri-la, pois não faria sentido prescrever uma conduta que é necessária ou impossível. No entanto, no que diz respeito à noção de competência,

... se um sujeito tenta, digamos, celebrar um casamento ou emitir um passaporte sem ter competência para tanto, diremos que não celebrou casamento, nem emitiu passaporte algum (para ficar claro: não emitiu um passaporte válido), mas apenas realizou os movimentos característicos desse ato, ou deu a impressão de havê-los praticado. <sup>280</sup>

---

<sup>278</sup> *On the Formal Representation of Rights Relations: Remarks on the Work of Stig Kanger and Lars Lindahl*, In **Journal of Philosophical Logic**, nº. 15, p. 403-425.

<sup>279</sup> Nas palavras de MAKINSON: “É perfeitamente dotado de sentido dizer, na dimensão deontica, que uma pessoa tem uma obrigação de cuidar para que se dê ‘F’, i.e., negar que ele tenha permissão para não cuidar para que se dê F. Mas, na dimensão capacitante, enquanto faz sentido dizer que uma pessoa tem poder jurídico para praticar um certo tipo de ato, é muito estranho dizer que ele tem um poder jurídico para não praticá-lo”. Tradução livre. No original inglês: “It makes perfectly good sense to say, in the deontic dimension, that a person has an obligation to see to it that F, i.e., to deny that he has permission not to see to it that F. But in the capacitative dimension, whilst it makes sense to assert or deny that someone has a legal power to perform a certain kind of act, it is very strange to say that he has a legal power not to perform it” – *Ibid.*, p. 412.

<sup>280</sup> No original inglês: “...if a person tries, say, to celebrate a marriage or issue a passport without having the power to do so, then we say that he has not in fact celebrated a marriage or issued a passport (for emphasis: has not issued a valid passport) but has only gone through the motions or given the appearance of doing so” – Tradução livre – *Ibid.*, p. 411-412.

Para MAKINSON, isso significa que as normas de competência são condição de existência – isto é, de possibilidade lógica, num determinado sistema normativo – das ações que versam.

É preciso dizer, porém, que, ambas as suas observações somente podem ser aceitas “com um grão de sal”.

Quanto à primeira, só se pode negar a possibilidade de a competência versar sobre a omissão de condutas se se adotar um seu conceito mais estrito, que não abranja a noção de “imputabilidade”, isto é, de capacidade para praticar ilícitos. Afinal, é bastante comum, nos sistemas jurídicos, a existência de condutas omissivas que só podem ser praticadas por determinadas pessoas, especialmente qualificadas para tanto, e por ninguém mais. Basta pensar, por exemplo, em alguns crimes omissivos, como aquele do artigo 269 do Código Penal brasileiro – “Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória”, – que só pode, logicamente, ser cometido por médicos.

Quanto à segunda, o “grão de sal” está em que, claramente, nem todas as normas que versam sobre a competência são condição de existência das ações sobre que versam. Basta pensar, por exemplo, na diferença que existe entre uma sentença proferida por um juiz incompetente “*ratione materiae*” e uma “sentença” proferida por um grupo de estudantes. Dessas, apenas a segunda não reúne condições para receber, seriamente, o nome de “sentença”.

Por aí se vê, como dito no primeiro capítulo, que há determinadas normas que estabelecem condições de existência de um ato, e outras que estabelecem condições de validade de um ato, ainda que, eventualmente, não seja fácil identificar quando se dá um caso e quando se dá o outro.

Por tudo isso, diz TORBEN SPAAK que:

Conceber competência como um caso especial de permissão é simplesmente um equívoco. Os autores que sustentam que a ideia de competência poderia ser analisada nos termos das permissões parecem dizer ou (a) que a competência “é” uma permissão, ou (b) que a competência “pressupõe” permissão. A primeira alternativa é até difícil de compreender, e a segunda não se compagina com os fatos. Afinal, todos sabemos que um ladrão pode vender coisas roubadas a um comprador de boa-fé sem ter a permissão de fazê-lo, e uma pessoa que recebe

competência para agir em nome de outra pode – mas não tem permissão para – agir contrariamente às suas instruções<sup>281</sup>.

#### 2.4.5 Críticas à teoria das normas técnicas

Passando adiante, recorda-se, conforme visto no item 2.3.2.3, que TORBEN SPAAK concebe as normas de competência como semelhantes às normas técnicas, em razão de que elas indicam os meios necessários para produzir uma norma válida, isto é, os meios para obter o fim buscado pelo sujeito competente.

A despeito dessa semelhança, entende o autor sueco que as normas de competência se distinguem das normas técnicas porque, além de conferirem um poder, isto é, além de atribuírem uma habilidade ou qualidade especial a alguém, concomitantemente, regulam o exercício desse poder ou capacidade.

Uma primeira objeção que se lhe pode dirigir está em que SPAAK parece não distinguir a norma que outorga a competência da disposição normativa que a veicula – disposição de competência.

Afinal, ao dizer que as normas de competência, além de “conferir competência”, também “regulam o seu exercício”, o autor atribui-lhes duas funções normativas, isto é, dois significados completamente distintos, que, justamente por isso, talvez fossem mais adequadamente interpretados se vistos como correspondentes não a uma só norma, mas a duas normas, contidas numa mesma disposição – “D = N<sub>1</sub>+N<sub>2</sub>”.

Aliás, é interessante notar que seria, inclusive, útil para os propósitos do autor, adotar uma interpretação como essa, pois, se atentasse para a possibilidade de haver, numa mesma disposição de competência, mais de uma norma, SPAAK teria podido, inclusive, manter sem ressalvas a correspondência que pretendeu

---

<sup>281</sup> No original inglês: “*To conceive of competence as a special case of permission is simply a mistake. Writers who maintain that competence should be analyzed in terms of permission seem to be saying either (a) that competence ‘is’ a permission, or (b) that competence ‘presupposes’ permission. The first alternative is difficult even to understand, and the second alternative does not com- port with the facts. For we all know that a thief can sell stolen goods to a bona fide purchaser without being permitted to do so, and a person who is authorized to act on behalf of another can – but may not – act contrary to his instructions*” – Tradução livre – *The Concept of ...*, op. cit., p. 2.

estabelecer entre a estrutura das normas técnicas e a da regra que regula o exercício válido da competência.

Essas observações permitem fazer uma segunda – e mais importante – crítica à visão de SPAAK. Ela reside na observação de que o autor não equipara as normas técnicas, exatamente, às normas que criam – atribuem, conferem – competência, isto é, que dão a alguém capacidade para praticar uma determinada ação, mas, sim, às normas que regulam o exercício de uma competência já criada.

Em outras palavras, a semelhança que o autor vê entre as normas relativas à competência e as normas técnicas parece dizer mais respeito a normas “sobre” a competência do que às normas “de” competência propriamente ditas.

Afinal, se a competência é, por ele mesmo, concebida como o poder de criar normas válidas, então é forçosa a conclusão de que a norma que indica os meios adequados para alguém criar normas válidas, em rigor, não outorga competência a ninguém, mas, sim, regula o exercício de uma competência pré-existente. Dito de outro modo: uma norma que diz como exercer a competência de maneira eficaz, isto é, que diz quais são os meios de que se deve necessariamente valer o ente competente para lograr o fim de obter uma norma válida, não pode, logicamente, criar a competência sobre cujo exercício válido versa.

Por exemplo: se alguém deseja pagar uma conta, pode optar livremente entre fazê-lo via transferência bancária, via cartão de crédito, via boleto bancário, via depósito, em espécie *etc.* Todos esses meios, salvo alguma restrição específica estabelecida entre credor e devedor, são condições suficientes – e a adoção de um deles é condição necessária – para que essa pessoa obtenha o resultado “pagamento”. Mas a eficácia do uso de cada um desses atos, para que se obtenha o resultado, pressupõe, antes, a legitimidade – competência, capacidade, habilitação, credenciamento *etc.* – de quem os pratica, para efetuar o pagamento. Portanto, a legitimidade para o ato de pagar é um “*prius*” em relação ao ato de pagar, cuja execução, como “*posterius*”, é viabilizada pelas regras técnicas que indicam os meios de pagamento.

Resta claro, assim, que a outorga da competência é uma coisa e a regulação das condições de seu exercício válido é outra, ainda que a primeira seja um pressuposto inafastável da segunda.

Finalmente, uma terceira crítica aplicável a SPAAK está em que, ao distinguir as normas técnicas das normas de competência, ele acaba dizendo o

mesmo que afirmam alguns dos partidários da tese segundo a qual as normas de competência são normas constitutivas, no sentido de que criam a possibilidade lógica de uma nova conduta – no caso, a conduta de produzir uma norma válida sobre determinada matéria. No entanto, deixa de manifestar sua adesão a esta última tese.

Com efeito, ao dizer que as normas de competência distinguem-se das regras técnicas porque dão ao agente a possibilidade de praticar novas ações, que ele não poderia logicamente praticar de outra maneira, SPAAK acaba, aparentemente sem o perceber, chegando a uma conclusão que é central para a tese que vê as normas de competência como normas constitutivas em sentido institucional.

Por todas essas razões, também não parece ser o caso de adotar o pensamento de SPAAK, para o fim de classificar as normas que outorgam a competência como normas técnicas.

Isso não infirma, porém, a possibilidade de conceber como regras técnicas algumas das normas que regulam o exercício da competência já outorgada, como as que estabelecem por quais meios o ente competente “x” pode, efetivamente, obter aquilo para que é competente, isto é, as que dizem que meios são eficazes para que ele logre o efeito a que visava ao exercer a competência.

Ademais, a observação da existência de uma diferença entre a norma que regula a outorga da competência e as normas que disciplinam o exercício de uma competência já concedida, que a teoria defendida por SPAAK permite fazer, parece central para compreender algumas questões que as teses anteriormente examinadas não haviam conseguido responder.

Afinal, se a outorga da competência é independente da regulação do uso da competência, então é plenamente possível, por exemplo, que alguém seja competente para uma determinada ação normativa e, ao mesmo tempo, esteja proibido de praticá-la, ou obrigado a praticá-la, ou proibido de praticá-la de determinada maneira, ou obrigado a praticá-la de determinada maneira *etc.*

#### 2.4.6 Críticas à teoria das normas conceituais

Também não está totalmente a salvo de críticas a tese segundo a qual as normas de competência seriam normas conceituais, ou “definições jurídicas”, isto é, normas cuja estrutura estaria voltada, de um lado, a definir o conceito de “normas válidas” e, de outro, a definir o conceito da própria pessoa ou órgão ao qual se atribui a competência.

A primeira objeção que se pode dirigir a essa teoria reside em que, muito embora não seja possível definir quais são as normas válidas, em um dado sistema normativo, sem fazer referência às normas de competência, “... *ello no implica que las normas de competencia sean ellas mismas definiciones de esa validez*”. Afinal, para que uma norma seja válida, é necessário, mas insuficiente, que a pessoa ou órgão que a editou seja competente para tanto, na medida em que a validade de uma norma também depende, pelo menos, de que, depois de sua edição, não tenha sido revogada<sup>282</sup>.

Isso equivale a dizer que a tese segundo a qual as normas de competência são definições do conceito de norma válida até se presta a explicar a introdução válida de uma norma no sistema, mas não é capaz de reger a permanência dessa mesma norma, com validade, no sistema. Assim, uma norma de competência não pode corresponder a uma definição de validade da norma, podendo, no máximo, ser pressuposto para uma definição da validade do ato de pôr a norma – do ato normativo, na terminologia de GUASTINI.

Num segundo ponto, a teoria também falha porque não permite explicar a diferença entre (i) o agir sem competência – “*extra*” ou “*ultra vires*” – e (ii) o simples exercer irregularmente a competência, descumprindo os ônus estabelecidos para a produção dos efeitos próprios do ato para o qual se é competente. Afinal, trata ambas as situações como casos de simples não correspondência à definição de validade.

Num terceiro ponto, a tese em questão pode até explicar, em alguma medida, a relação entre competência e validade, e pode até descrever os efeitos que decorrem da atuação conforme a norma de competência, mas não diz nada sobre a

---

<sup>282</sup> FERRER BELTRÁN, *Las Normas de Competencia...*, *op. cit.*, p. 105.

maneira como o sujeito recebe a competência, isto é, sobre como ele é investido na competência. É, em outras palavras, uma descrição dos efeitos, e não das causas da competência.

Por fim, ainda menos promissor do que ver as normas de competência como definições de “norma válida” é considerar que elas definem o próprio órgão ou pessoa ao qual outorgam capacidade para praticar uma determinada ação.

Essa tese é muito restritiva, porque trata como igualmente inválidas, por exemplo, uma lei que é emitida por um órgão dotado de competência legislativa, mas que versa sobre matéria diversa daquela para a qual tal órgão era competente, e uma “lei” editada por alguém sem qualquer competência legislativa, como um grupo de estudantes. Ocorre que há uma grande diferença entre essas situações, pois o parlamento que edita uma lei inválida, por vício de competência, nem por isso deixa de agir como parlamento, assim como, ao fazê-lo, não deixa de produzir uma lei, ainda que inválida. Aliás, tanto é assim que, na maioria dos sistemas jurídicos, uma lei como essa gozará, inclusive, da presunção de validade, o que impõe, a quem pretender não aplicá-la, o ônus de demonstrar a incompatibilidade entre ela e as normas hierarquicamente superiores. Já aos atos normativos editados por estudantes, dificilmente alguém poderia atribuir, seriamente, a designação “lei”.

Em outras palavras, ao tratar ambos os casos como hipóteses de simples não correspondência à definição de norma válida, a teoria obscurece a já difícil distinção entre a simples existência e a validade normativa.

Por esses motivos, igualmente não pode ser aceita como capaz de dar uma explicação para todos os fenômenos que envolvem a competência.

#### 2.4.7 Críticas à teoria das normas constitutivas

De maneira geral, as críticas apresentadas contra a tese que vê as normas de competência como definições jurídicas são também aplicáveis à teoria que as concebe como normas constitutivas no sentido institucional, até porque se trata de perspectivas bastante semelhantes. Afinal, a estrutura das normas conceituais – “x tem o valor de y no contexto c” – pode ser perfeitamente reconstruída sob a estrutura de uma norma constitutiva – “Ocorrendo x, no contexto c, produz-se o

resultado institucional y”. E não é o caso de repetir as críticas formuladas no tópico anterior.

Convém, não obstante, fazer algumas observações sobre a tese apresentada por ATIENZA e RUIZ MANERO, segundo a qual as normas de competência, como espécie do gênero “normas constitutivas que conferem poderes”, distinguir-se-iam das “normas puramente constitutivas”, pelo fato de seu antecedente conter um elemento adicional, que é a descrição de uma ação ou procedimento.

Nessa perspectiva, é oportuno lembrar, as normas de competência seriam regras “constitutivo-anankásticas”, no sentido peculiar de que se caracterizariam por estabelecer as condições necessárias, suficientes ou necessárias e suficientes da validade dos enunciados produzidos pelo sujeito competente. Ao fazê-lo, dariam razões para a ação, o que não ocorreria com as normas puramente constitutivas, equivalentes às normas conceituais.

Segundo os autores, a estrutura das normas de competência seria a seguinte: se se dá um estado de coisas X e um sujeito (ou sujeitos) Z realiza a ação (ou série de ações: procedimento) Y, então se produz o resultado institucional R, consistente, precisamente, na produção de uma norma válida.

FERRER BELTRÁN critica a concepção em tela, dizendo que a forma canônica apresentada pelos autores é “... *altamente inmanejable*...”, o que a deixaria sujeita às mesmas objeções que a ideia de norma completa kelseniana. Isso porque, se “Z” e “R” envolvem um menor número de variáveis a serem substituídas, a ação “Y”, por exemplo, pode ser tão complexa quanto a totalidade do procedimento legislativo<sup>283</sup>.

Tal crítica, porém, não parece de todo procedente, pois, de um lado, nada impede que se segmente essa estrutura para ampliar seu potencial analítico; de outro lado, como observado, a principal objeção à ideia de “norma completa” kelseniana não está exatamente em sua complexidade – embora ela também seja um alvo de ataques, – mas no fato de estar construída totalmente em função da

---

<sup>283</sup> FERRER BELTRÁN, *Las Normas de Competencia... op. cit.*, p. 119.

aplicação da sanção, como se tudo o que não estivesse a serviço da penalidade, direta ou indiretamente, fosse menos relevante ao direito<sup>284</sup>.

Isso, porém, não põe a teoria totalmente a salvo.

Em primeiro lugar, porque, da mesma forma que as normas puramente constitutivas, as normas de competência concebidas pelos autores explicam a introdução de normas válidas no sistema, mas não explicam sua permanência, de modo que não se pode dizer que o resultado institucional que delas decorre seja a produção de uma norma válida; no máximo, esse resultado institucional é um ato normativo válido. Apenas pode ser aceita como referente à produção de uma “norma válida” se se utilizar a expressão no sentido ambíguo admitido neste trabalho.

Em segundo lugar, a teoria de ATIENZA e RUIZ MANERO pode até explicar a relação entre a competência e a validade, descrevendo os efeitos que decorrem da atuação conforme a norma de competência – produção de um ato normativo válido, – porém, a exemplo do que ocorre com a teoria conceitualista, não diz nada sobre a maneira como o sujeito recebe a competência, vale dizer, não informa nada sobre a investidura, no sujeito competente, de seu plexo de prerrogativas.

#### 2.4.8 Críticas à teoria das normas “constitutivo-performativas”

FERRER BELTRÁN e MENDONÇA, como visto, interpretam os enunciados normativos que atribuem competência como enunciados dotados de caráter operativo, performativo. Tomam-nos, nessa linha, como regras constitutivas da “propriedade dispositiva institucional” “ser competente”.

Na visão de GUASTINI, essa interpretação tem, pelo menos, um grave defeito: é que qualquer enunciado pode ser objeto de enunciação performativa,

---

<sup>284</sup> Na verdade, KELSEN também concebe a possibilidade de sanções premiativas, entendendo que, num conceito mais amplo, “O prêmio e o castigo podem compreender-se no conceito de sanção”, ainda que acrescente a isso a observação de que “... usualmente, designa-se por sanção somente a pena, isto é, um mal... a aplicar como consequência de uma determinada conduta, mas já não o prêmio ou a recompensa”. Contudo, considera que o caráter peculiar da ordem jurídica está no fato de “... prescrever uma conduta precisamente pelo fato de ligar à conduta oposta uma desvantagem, como a privação dos bens acima referidos, ou seja, uma pena no sentido mais amplo da palavra. Desta forma, uma determinada conduta apenas pode ser considerada, no sentido dessa ordem social, como prescrita... na medida em que a conduta oposta é pressuposto de uma sanção (no sentido estrito)” – **Teoria Pura...**, op. cit. p. 17.

independentemente de sua organização estrutural, parecendo-lhe sintomático, por isso mesmo, que os partidários dessa tese não tenham apresentado uma “forma lógica” que retrate tal concepção<sup>285</sup>.

PEÑA FREIRE argumenta, de outro lado, que não fica claro, no pensamento de FERRER BELTRÁN, o que significa a propriedade “ser competente”. Afinal, ele define as normas de competência com expressa exclusão das normas procedimentais, fazendo referência apenas ao órgão e à matéria para cuja regulação determinado sujeito é declarado competente; porém, ao definir “competência”, atrela tal conceito especificamente à capacidade de produzir normas válidas, para o que considera essencial a observância do procedimento estabelecido<sup>286</sup>.

Essas críticas são procedentes. Contudo, não parece desprovida de sentido a ideia defendida pelos autores, segundo a qual, para que um sujeito possa, mediante a observância de certo procedimento, produzir um determinado resultado institucional, é necessária, antes de tudo, a existência de uma norma que lhe atribua, imediatamente, tal propriedade. Muito embora tal forma não tenha sido sugerida pelos autores, parece-nos que ela poderia ser representada como “ $s \rightarrow Cs_x$ ”, isto é, quem se enquadrar na classe dos sujeitos “s”, será um sujeito competente para “x” – um “ $Cs_x$ ”.

## 2.5 ADESÃO À POSIÇÃO NÃO-UNITARISTA

Diante da quantidade de propostas divergentes sobre o caráter das normas de competência, VERNENGO lança dúvida sobre a importância da discussão, ao dizer que “*As normas que conferem poderes podem assumir qualquer forma lógica...*”, podendo, com algum engenho, “... *ser expressas como sentenças ou proposições categóricas ou condicionais...*”<sup>287</sup>.

<sup>285</sup> GUASTINI, *Prólogo...*, *op. cit.*, p. XVII.

<sup>286</sup> *Sobre ‘Las Normas de Competencia’...*, *op. cit.*, p. 220.

<sup>287</sup> No original inglês: “*Empowering norms can have any logical form: They can be expressed as categorical or conditional sentences or propositions. As a matter of fact, they can be expressed under any logical form one chooses*” – Tradução livre – *About an Empowerment Theory of Legal Norms and Some Related Problems*, **Ratio Juris**, v. 2, nº.3, p. 302.

A relativa procedência dessa afirmação decorre, porém, do fato de que a sintaxe, plano da linguagem que é focalizado no estudo da forma lógica, não é suficiente, no extremo da abstração, para revelar o sentido e a função de uma proposição, seja ela descritiva, normativa ou de qualquer outra espécie.

O sentido e a função presentes na forma lógica só aparecem quando as variáveis proposicionais são saturadas de significação e se identifica a função dos funtores ou operadores, isto é, apenas quando se alça voo aos planos semântico e pragmático da linguagem.

Ora, a forma lógica, pelas razões expostas no capítulo anterior, é um poderoso instrumento metodológico, quando utilizada no processo de retorno aos objetos a que se refere, para identificar as diferenças entre esses mesmos objetos – a partir da distinção, de um lado, entre as variáveis proposicionais que os integram e, de outro lado, entre as funções que os conectores inter ou intraproposicionais desempenham em suas formas lógicas.

Usando das formas lógicas com esse objetivo, o que se verifica é que, num sistema normativo-jurídico, o tema da competência é perpassado por enunciados regidos por diferentes tipos de funtores ou operadores.

Justamente por isso é que cada uma das propostas teóricas examinadas neste capítulo se mostra capaz de explicar pelo menos alguns dos casos em que o conceito de competência está presente, mas nenhuma delas se revela apta a explicar todos e cada um dos fenômenos normativos que estão relacionados com a ideia de competência.

Com efeito: (1) as propostas que tratam a norma de competência como parte de uma norma prescritiva, ou como estabelecadora de uma obrigação indireta, evidenciam que as normas de competência estão relacionadas a outros tipos de norma, mas não dão um tratamento específico à própria outorga da competência; (2) as propostas “permissivistas” evidenciam que o exercício da competência pode estar permitido, mas deixam de notar que ele pode também estar proibido ou comandado, sem que se afete a validade do ato para o qual se é competente; (3) a proposta que equipara a norma de competência a uma regra técnica faz evidente a distinção entre deveres e ônus do sujeito competente, mas despreza o fato de que a definição do meio apto para exercer validamente uma competência só pode ser um “*posterius*”

em relação à atribuição mesma da competência<sup>288</sup>; (4) as propostas que identificam as normas de competência com as definições, ou (5) com as normas constitutivas em sentido institucional, inserem adequadamente o campo da competência no da possibilidade institucional das condutas, logicamente prévio à sua regulação deontica, porém não indicam como a prerrogativa que é definida – ou criada – pela norma é atribuída ao titular da competência; (6) por fim, a proposta segundo a qual as normas de competência são constitutivo-performativas identifica como a competência é atribuída a alguém, mas não identifica qual é o objeto do poder conferido ao sujeito competente.

Ocorre, não obstante, que todas essas notas são importantes para a compreensão do fenômeno da competência, pois: (1) o poder de alguém fazer alguma coisa tem de advir de algum lugar, daí a necessidade de um enunciado que atribua a capacidade a alguém; (2) o objeto desse poder – que pode ser, inclusive, (3) o estabelecimento válido de uma regra de comportamento (permissão, obrigação ou proibição), como no caso das competências normativas – precisa estar bem delimitado, daí a necessidade de um enunciado que o defina/constitua, estabelecendo quais os efeitos que devem, em princípio, decorrer de seu exercício; (4) é necessário, também, estabelecer quais são os meios idôneos para que esse poder seja efetivamente exercido, com a produção dos seus efeitos próprios; (5) o próprio poder de criar uma norma pode estar qualificado deonticamente como proibido, obrigatório ou permitido, sendo que, nos dois primeiros casos – vedação e obrigação, – pode, inclusive, (6) haver sanção para o respectivo descumprimento.

Segundo nos parece, cada uma das propostas teóricas examinadas ajuda a explicar um desses traços, sendo essa a razão pela qual se adota, aqui, a posição não-unitarista, de maneira semelhante à defendida por GUASTINI.

Essa adesão assume, como pressuposto, que alguns enunciados normativos conferem competência, ao estabelecerem “quem tem a capacidade de fazer o quê”, enquanto outros servem para “disciplinar o exercício da competência”,

---

<sup>288</sup> O que ocorre, note-se, mesmo quando o meio definido pela regra técnica é condição necessária para o exercício da competência. Por exemplo: para furar uma parede, é necessário usar uma furadeira; contudo, para que se consiga furar a parede, mediante o uso de uma furadeira, é necessário que, antes, o sujeito tenha capacidade de usar a furadeira – capacidade que, por exemplo, um homem adulto, em princípio, tem, e que uma criança muito jovem não tem. Por isso, para que faça sentido a regra técnica segundo a qual “para furar uma parede, é necessário usar uma furadeira”, ela deve ser dirigida a um homem adulto, e não a uma criança.

ora estabelecendo os ônus que condicionam o agir regular – isto é, o agir eficiente, apto a produzir efeitos – do sujeito competente, ora estabelecendo os “direitos e deveres” relacionados a este agir, que resultam de sua qualificação como “proibido”, “permitido”, “facultado” ou “obrigatório”.

Assume, também, que não há correspondência biunívoca entre disposições e normas de competência, de modo que tanto pode ser necessária mais de uma disposição normativa para obter a regulação da competência – “ $D_1 \wedge D_2 \leftrightarrow N_{Comp}$ ”, – quanto é possível que de uma mesma disposição de competência se extraiam mais de um enunciado normativo do discurso dos intérpretes – “ $D_{Comp} \leftrightarrow N_1 \wedge N_2$ ”.

Admite, outrossim, que, a partir de uma mesma “disposição de competência”, o intérprete pode construir tanto normas prescritivas quanto normas técnicas, conceituais – ou definições, ou normas constitutivas em sentido institucional – ou constitutivo-performativas:  $D_{Comp} \leftrightarrow N' \vee N'' \vee N''' \vee N''''$ .

Assentadas essas premissas, é chegada, enfim, a hora de desenvolvê-las, para verificar se, a partir delas, faz-se viável a operação lógica de partir das disposições referentes à competência para chegar tanto às normas “de” competência quanto às normas “sobre” o exercício da competência. Esse é o raciocínio que se busca desenvolver nas linhas a seguir.

Em primeiro lugar, é forçoso notar que as disposições de que se valem as fontes do direito para conferir competência – capacidade, legitimidade, habilitação *etc.* – podem ser redigidas das mais diversas maneiras.

A Constituição Federal, por exemplo, para atribuir competência e regular deonticamente o seu exercício, vale-se, normalmente, de verbos como “competir”<sup>289</sup>, “cabem”<sup>290</sup>, “incumbir”<sup>291</sup> e “poder”<sup>292</sup>, fazendo-o, ainda, por meio de disposições tais como “a atividade x será exercida pelo sujeito y”<sup>293</sup>; “a atividade x deve ser exercida pelo sujeito y”<sup>294</sup>, o “sujeito x disporá sobre”<sup>295</sup>, “estabelecerá”<sup>296</sup>, “definirá”<sup>297</sup>, “fixará”<sup>298</sup>, “organizará”<sup>299</sup> *etc.*

<sup>289</sup> Arts. 21 a 24, 25, §1º, 27, §3º, 30, 32, §1º, 49, 51, 84, 87, 90, 96, 102, 105, 108, 109, 114, 124, 147, 149, 153, 155, 156

<sup>290</sup> Arts. 25, §2º, 42, §1º, 48, 58, §2º, 61, 146.

<sup>291</sup> Art. 127.

<sup>292</sup> Art. 25, §3º; 43; 50; 60; 103; 137; 139; 146, parágrafo único; 146-A; 148, 149-A; e 154.

<sup>293</sup> Art. 31, *caput* e §1º, 44, 60, §2º

<sup>294</sup> Art. 31, §2º.

<sup>295</sup> Art. 33, 43, §1º, 90, 121.

<sup>296</sup> Art. 37, IX.

Para além das que conferem competências e regulam seu exercício, outro grupo de disposições constitucionais destina-se a demarcá-las ou restringi-las, estabelecendo “imunidades”, normalmente regidas por expressões tais como “não poder” e “ser vedado”, entre outras<sup>300</sup>.

Um terceiro grupo de disposições estabelece os procedimentos que têm de ser observados pelos sujeitos competentes para o exercício regular e efetivo de suas prerrogativas.

Por fim, também fornecem material para o trabalho de tradução, a ser desempenhado pelos intérpretes do sistema jurídico, as disposições que veiculam princípios, normas geralmente mais abstratas que as regras e dotadas, em comparação com estas, de maior abertura quanto à incorporação de valores<sup>301</sup>.

É, em geral, sobre esses quatro tipos de disposições que o intérprete se debruça a fim de construir as normas que versam sobre a competência, embora nada impeça que precise recorrer a outras para lograr tal desiderato.

Ao traduzi-las para a sua metalinguagem, deverá obter, como resultado, a construção de, pelo menos: N<sub>1</sub>) uma norma constitutiva em sentido performativo, atribuindo a um dado sujeito ou grupo de sujeitos, e a ninguém mais, a capacidade de praticar determinada conduta; N<sub>2</sub>) uma definição, ou norma constitutiva em sentido institucional, atribuindo determinado valor a certas condutas praticadas pelo sujeito competente no sistema normativo; N<sub>3</sub>) uma norma técnica, estabelecendo, como meio, a ligação entre o sujeito competente e o objeto de sua competência, isto é, os ônus cuja observância é necessária para se exercer validamente a

<sup>297</sup> Art. 37, VII.

<sup>298</sup> Art. 42, §2º.

<sup>299</sup> Art. 125.

<sup>300</sup> Curiosamente, como observa TÁCIO LACERDA GAMA, “... em todo o texto constitucional não há sequer uma referência à expressão *imunidade*” – **Competência Tributária...**, *op. cit.*, p. 243. Em rigor, a Constituição até faz uso da palavra “imunidade”, ao tratar das garantias dos parlamentares – arts. 27, §1º e 53, §8º. Trata-se, porém, de um sentido do vocábulo completamente diverso daquele a que aqui nos referimos.

<sup>301</sup> Diz-se que são “geralmente” mais abstratos que as regras, porque, como observa MARCELO NEVES, embora se possa observar “... uma tendência maior à imprecisão entre os princípios..., não procede a definição dos princípios como normas mais imprecisas do que as regras...”, pois, “Tanto no plano legal quanto no plano constitucional, nós encontramos regras que apresentam caráter de imprecisão semântica, tornando-as extremamente dependentes do contexto de aplicação”. O autor conclui que a diferença entre ambos os tipos de normas está em que “... os princípios, que se estruturam tipicamente mediante uma relação mais elástica entre ‘se’ e ‘então’, ou seja, entre antecedente e conseqüente, tendem a envolver uma postura mais flexível e aberta face à incorporação de valores...” – **Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais como Diferença Paradoxal do Sistema Jurídico**, p. 31, 27 e 51.

competência; N<sub>4</sub>) uma norma prescritiva relativa ao exercício da competência, que o qualifique como permitido, proibido, obrigatório ou facultativo; por fim, eventualmente, do conjunto dessas disposições ainda poderá extrair (N<sub>5</sub>) uma norma sancionadora, cujo antecedente será o descumprimento, pelo sujeito competente, do dever cominado em N<sub>4</sub>.

Uma formalização possível dessa estrutura normativa seria a seguinte<sup>302</sup>:

$$\left\{ \begin{array}{l} N_1: s \rightarrow Csx^{303} \\ N_2: (Csx \wedge y) \rightarrow x^{304} \\ N_3: (Csx \wedge Qx) \rightarrow (Csx \wedge O'y)^{305} \\ N_4: Csx \rightarrow (Csx \wedge Px) \equiv (Csx \wedge Ox) \equiv (Csx \wedge Vx) \quad ^{306} \\ N_5: [Csx \wedge Ox \wedge \sim x \rightarrow Csx \wedge Oq] \equiv [Csx \wedge O\sim x \wedge x \rightarrow Csx \wedge Or]^{307} \end{array} \right.$$

Algumas das estruturas N<sub>1</sub> a N<sub>5</sub> podem claramente ser omitidas, sem prejuízo para o significado, porque todos os seus elementos estão contidos em outras estruturas. É o caso de N<sub>1</sub> e N<sub>2</sub> – normas constitutivas, – cujos elementos estão todos na estrutura de N<sub>3</sub>, isto é, na norma técnica, o que, aliás, confirma a observação de ATIENZA e RUIZ MANERO segundo a qual, ao estabelecerem as condições necessárias, suficientes ou necessárias e suficientes para um determinado resultado, as regras constitutivas operam como regras técnicas, que indicam como produzir determinados resultados institucionais<sup>308</sup>. Por isso mesmo, também N<sub>1</sub> e N<sub>3</sub> podem considerar-se contidas em N<sub>2</sub>.

No entanto, dificilmente será possível reduzir N<sub>2</sub> ou N<sub>3</sub> ao binômio composto por N<sub>4</sub> e N<sub>5</sub> – estrutura dúplice da norma de conduta, que regula deonticamente o exercício da competência – sem perda de significado, pois, em N<sub>2</sub> e N<sub>3</sub>, há uma variável proposicional (“y”) que não está presente nestas outras, assim como no

<sup>302</sup> Note-se que N<sub>1</sub>, N<sub>3</sub> e N<sub>2</sub> correspondem, em certa medida, respectivamente, à distinção que ROSS faz entre “... (1) las normas que prescriben qué persona (o personas) está cualificada para realizar el acto creador de la norma (competencia personal); (2) las que prescriben el procedimiento a seguir (competencia de procedimiento); y (3) las que prescriben el alcance posible de la norma creada con relación a su sujeto, situación y tema (competencia material)” – *Lógica de las...*, op. cit., p. 123.

<sup>303</sup> Se “s” é, então “s” é um sujeito competente para “x” (Csx).

<sup>304</sup> Se Csx pratica “y”, então produz-se “x”.

<sup>305</sup> Se Csx quer produzir “x”, então Csx tem de praticar “y”.

<sup>306</sup> Se Csx é, então a Csx está permitido “x”, ou Csx está obrigado a “x” ou Csx está proibido de “x”.

<sup>307</sup> Se Csx está obrigado a “x” e omite “x”, então está obrigado à sanção “q”; se Csx está proibido de “x” e pratica “x”, então está obrigado à sanção “r”.

<sup>308</sup> ATIENZA, M. RUIZ MANERO, J. *Seis acotaciones...*, op. cit., p. 725.

binômio “ $N_4 \wedge N_5$ ” há variáveis (“q” e “r”) que não estão presentes naquelas outras estruturas.

A distinção entre o primeiro e o segundo grupo de estruturas faz-se ainda mais clara quando se examina o que ocorre no caso de inobservância da conduta “y”, de um lado, e no caso de inobservância das condutas “Ox” ou “Vx”, de outro. Vejamos:

$$\left\{ \begin{array}{l} (\sim y \vee \sim Csx \rightarrow \sim x) \text{ }^{309} \\ (Ox \wedge \sim x \rightarrow q) \equiv (Vx \wedge x \rightarrow r) \text{ }^{310} \end{array} \right.$$

No primeiro caso (norma “de” competência), se o sujeito que tenta praticar “x” não é o sujeito competente para “x”, ou se o ato “y”, necessário à prática de “x”, não é por ele praticado, então esse sujeito simplesmente não logra produzir “x”; já no segundo caso (norma “sobre” a competência), o sujeito que descumpra a obrigação de praticar o ato “x”, ou que descumpra a proibição de praticá-lo, fica sujeito às sanções “q” e “r”, respectivamente.

Creemos haver chegado, com isso, a uma estrutura que responde ao mínimo necessário para a disciplina da competência. Para verificar o seu funcionamento, pode-se tentar aplicá-la na tradução de um grupo de disposições normativas alusivas a uma competência concreta.

Para tanto, tomar-se-á o artigo 21, V, da Constituição Federal, segundo o qual “Compete à União decretar o estado de sítio, o estado de defesa e a intervenção federal”.

Como se vê, há, nessa disposição normativa, pelo menos, três normas “de” competência, isto é, três normas atribuidoras de competência, do tipo  $N_1$ : 1) a norma que confere à União, como “sujeito competente” (“Cs”) o poder de decretar estado de sítio ( $x_1$ ); 2) a que lhe outorga a capacidade para decretar estado de defesa ( $x_2$ ); e 3) a que lhe investe da habilitação para decretar intervenção federal ( $x_3$ ).

Essas três normas remetem, respectivamente, às disposições dos artigos 136 a 139, 34 e 36 da Constituição, que veiculam normas, do tipo  $N_2$ , responsáveis por “definir” o que se deve entender por “estado de sítio”, “estado de defesa” e “intervenção federal”, isto é, por “criar” essas três categorias no sistema normativo.

<sup>309</sup> Se não se pratica y, ou se quem pratica y é outro sujeito, que não Csx, então não se produz x.

<sup>310</sup> Se alguém está obrigado a x e omite x, então deve q; ou se está obrigado a omitir x, e pratica x, então deve r.

Em rigor, cada uma dessas expressões representa uma série de condutas, ou, se se preferir, uma série de resultados institucionais, que, a partir da investidura decorrente da norma de competência  $N_1$ , a União se torna capaz de praticar. Sem essa investidura, simplesmente não lhe seria possível praticar tais atos com o valor que a norma lhes atribui, isto é, não seria possível produzir o resultado que a norma de competência viabiliza.

Isso significa que, se o Estado do Paraná desejasse intervir em outro Estado-membro, ou se o Município de Curitiba pretendesse decretar estado de sítio, os atos praticados com tal objetivo simplesmente não teriam o condão de criar as relações jurídicas típicas do “estado de sítio”, do “estado de defesa” ou da “intervenção”, ou seja, seriam inidôneos, inábeis, nulos para tal desiderato, porque só a União tem competência para fazê-lo.

Não se trata de dizer, é importante observar, que Estados e Municípios não têm “permissão” para praticar tais atos; trata-se, antes, de dizer que a prática de tais atos, com a produção do resultado “y”, contido na norma de competência, é a eles simplesmente impossível, no sistema normativo de referência, razão pela qual sequer faz sentido lhes proibir, permitir ou obrigar a respectiva prática.

De fato, proibir, permitir, facultar ou comandar a produção de um resultado institucional “x”, para o qual sujeito “s” não tem competência, isto é, não tem capacidade, não tem condições de obter validamente, simplesmente não faz sentido e, portanto, é inócuo. Seria o mesmo que proibir alguém que não é funcionário público de cometer peculato, ou o mesmo que proibir o torcedor de assinalar um pênalti em favor do time pelo qual torce. Tais ordens são absolutamente desprovidas de sentido, porque apenas os funcionários públicos “podem”, no sentido de que apenas eles “têm a possibilidade de”, cometer peculato, e apenas o árbitro de futebol, e não o torcedor, está investido do poder de assinalar pênaltis.

Assim, ao atribuir à União a competência para decretar estado de sítio, o que o legislador constitucional fez, em princípio, não foi “permitir” que ela decreete estado de sítio, mas, sim, “capacitá-la” a decretar o estado de sítio, ainda que, ao mesmo tempo, tenha também atribuído a ela a permissão para fazê-lo.

Uma vez exercida essa competência e decretado o estado de sítio, abrir-se-á à União a possibilidade de ocupar uma série de relações jurídicas que não lhe seria possível integrar na ausência dessas normas atribuidoras de poder. Numa dessas relações, a União será titular do direito subjetivo de obrigar quaisquer

cidadãos, sujeitos passivos, a não se reunirem (art. 139, IV), cabendo a eles, a seu turno, o dever jurídico de obedecer a essa ordem.

Porém, para exercer validamente essa competência, obtendo o resultado institucional que lhe abre a possibilidade de participar da relação jurídica em questão, na condição de sujeito ativo, a União tem o ônus de observar os procedimentos previstos nos artigos 137, 138 e 140 da Constituição Federal, que veiculam norma técnica.

Se não observar tais ônus, não terá descumprido dever algum, e não será submetida a sanção; apenas não conseguirá ocupar, de fato, o polo ativo da relação jurídica em questão, embora conserve a legitimidade para fazê-lo, quando desejar.

Isso não significa, naturalmente, que um ato que a União praticar, arvorando-se na condição de titular do “direito subjetivo”<sup>311</sup> em questão, mas sem que antes tenha observado os ônus necessários para ocupar, de fato, o polo ativo dessa relação jurídica, não possa ser sancionado.

Se, por exemplo, a União requisitar um bem de um particular, invocando uma das prerrogativas que lhe confere a decretação do estado de sítio (art. 139, VII), mas não houver, antes, observado os ônus que condicionam seu ingresso no polo ativo da relação jurídica, terá cometido um ilícito e, por isso, estará eventualmente obrigada a indenizar os prejuízos e os lucros cessantes daquele que foi provisoriamente desprovido de seu bem.

É importante notar, porém, que, nesse caso, a sanção não terá decorrido diretamente do exercício irregular da competência, mas do fato de que, ao exercê-la irregularmente, a União não terá logrado produzir o resultado institucional de se tornar titular do direito subjetivo de requisitar bens, com o que sua conduta não se haverá subsumido à hipótese da norma permissiva do direito de requisitar bens, mas, sim, à da norma que proíbe a conduta de esbulhar ou turbar a posse.

Vale dizer, num caso como esse, ela não terá exercido a competência e, sim, praticado um ato que fisicamente se assemelha ao exercício da competência, mas que não goza do seu sentido institucional e, por uma regulação puramente contingente do sistema, que proíbe o esbulho ou a turbação da posse, é sancionado.

---

<sup>311</sup> Importante esclarecer que se usa da expressão “direito subjetivo”, aqui e ao longo de todo este trabalho, não no sentido histórico da expressão, em que ela remete à ideia de direitos do cidadão contra o Estado Liberal, mas no sentido puro e simples de direito do sujeito ativo de uma relação jurídica, a que corresponde o dever do sujeito passivo dessa mesma relação.

Todavia, é preciso não perder de vista que o próprio exercício regular, isto é válido e eficiente dessa competência, poderia ser proibido e, inclusive, sancionado.

É bem verdade que não há, na Constituição, nenhuma disposição veiculadora de norma que proíba a União, ou o Presidente, de decretar validamente o estado de sítio, sob pena de sanção; há, apenas, normas que delimitam o poder da União, isto é, do Presidente, de decretar estado de sítio, auxiliando a definição do contorno dessa prerrogativa. Entretanto, isso não quer dizer que a existência de uma norma prescritiva dessa natureza seria impensável.

Não seria ilógica, por exemplo, uma norma que, sem retirar a competência da União para decretar estado de sítio, determinasse, sem prejuízo da validade do decreto, que, cessados os seus efeitos, o Presidente perderia o mandato, caso houvesse decretado o estado de sítio em razão de situação de “comoção grave de repercussão nacional” provocada por ato dele próprio.

Uma norma como tal não limitaria o poder do Presidente de requerer autorização ao Congresso Nacional para decretar estado de sítio nessa hipótese, nem tornaria inválido o estado de sítio eventualmente decretado, mas proibiria ao Presidente o exercício dessa prerrogativa no caso específico, tanto que o submeteria, nesse caso, à sanção de perda do mandato.

Essa seria uma norma proibitiva do exercício de uma competência, e não uma hipótese de impotência, isto é, de ausência de competência, o que prova que conferir competência a alguém para realizar algo não implica, de maneira alguma, que se lhe conceda permissão para realizar essa conduta.

É verdade que a existência de normas proibitivas do exercício das competências não é muito frequente, sendo mais comum a existência de normas permissivas do exercício da competência, até porque as competências normalmente são conferidas, precisamente, para que sejam usufruídas por seu titular, quando necessário. Isso não significa, porém, que estejamos autorizados a, em razão disso, não distinguir o poder de realizar uma conduta da permissão de realizá-la.

Infelizmente, porém, parece haver, de maneira geral, uma grande confusão, na doutrina brasileira do Direito Tributário, entre o poder como “possibilidade” – capacidade, legitimidade, idoneidade, habilidade *etc.* – e o poder como “permissão”, o que se reflete em algumas propostas teóricas relativas à forma lógica das normas de competência tributária difíceis de sustentar. É disso que se buscará tratar no próximo capítulo.

## CAPÍTULO 3 – AS NORMAS DE COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA

### 3.1 O SISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO BRASILEIRO: PRINCÍPIO FEDERATIVO E REPARTIÇÃO DAS COMPETÊNCIAS

Nove entre dez textos sobre a competência tributária iniciam o tratamento do tema pela alusão às características do sistema constitucional tributário brasileiro, buscando situar o assunto em suas dobras.

Compreensível que seja assim, pois a organização, pela Constituição brasileira, da matéria tributária, apresenta peculiaridades que a tornam única, diferente de todas as outras, e a repartição das competências tributárias desempenha um papel central nesse seu especial arranjo.

O elemento que conecta a organização do Sistema Tributário Nacional ao conceito de competência é o princípio federativo.

Dizer que o Estado brasileiro se organiza sob a forma federativa significa, em primeiro lugar, afirmar que ele não é um Estado unitário, e que, portanto, nele coexistem uma estrutura jurídica central, que responde pelo Estado brasileiro, e ordens parciais, dotadas de personalidade jurídica própria, todas subordinadas ao mesmo ordenamento. Aliás, é isso, basicamente, o que estabelece o artigo 1º do texto constitucional, ao instituir uma República formada pela união indissolúvel da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

Em segundo lugar, afirmar o caráter federativo do Estado brasileiro significa dizer, como decorre, em especial, do artigo 18 da Constituição Federal, que as pessoas políticas que a integram – União, Estados, Distrito Federal e Municípios<sup>312</sup> – são dotadas de autonomia para executar as tarefas que a Constituição cominou a cada qual delas.

Essa autonomia garante que elas se possam auto-organizar, o que, no caso dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, faz-se, inclusive, mediante

---

<sup>312</sup> JOSÉ ROBERTO VIEIRA também aponta, como característica essencial da Federação, a “...participação da vontade das ordens jurídicas parciais na vontade da ordem jurídica nacional...”. Isso tem como consequência, em seu pensamento, a exclusão dos Municípios da condição de entes integrantes da Federação, ainda que sem prejuízo da afirmação da autonomia municipal – *Princípios Constitucionais e Estado de Direito*, **Revista de Direito Tributário**, nº. 54, p. 102-103.

atividade constituinte própria – Constituições Estaduais e Leis Orgânicas Municipais e Distrital. Os aspectos constitucionais da organização da União, a seu turno, já vêm definidos, de antemão, no texto constitucional do Estado brasileiro, e servem de parâmetro e limite para a organização das demais pessoas políticas, que devem respeitá-los nos seus traços essenciais – princípio da simetria.

Em terceiro lugar, dizer que o Brasil é uma Federação é afirmar a isonomia de que cada uma dessas pessoas políticas goza perante as demais, a qual opera de modo a que, na sua esfera de competências, estejam subordinadas, única, direta e exclusivamente, à Constituição da República. Precisamente por isso, as competências dos governos locais não podem ser amesquinhasadas, suprimidas ou invadidas pelo governo central, sendo o contrário igualmente impossível, do ponto de vista jurídico<sup>313</sup>.

Assim, a Federação se distingue, por um lado, dos Estados unitários<sup>314</sup>, porque nestes pode até ocorrer uma desconcentração das prerrogativas estatais em favor de esferas regionais, mas sempre haverá um governo central dotado de ascendência sobre elas.

Distingue-se, por outro lado, das Confederações, porque estas são formadas por Estados independentes, soberanos, unidos por um tratado ou convenção que, para vigorar efetivamente, depende de internalização na ordem jurídica de cada um de seus membros. Os Estados que compõem uma Confederação, porque soberanos, gozam do direito de secessão e, também, estão habilitados a negar vigência, em seus territórios, às normas que decorrem do tratado responsável por uni-los, o que é juridicamente impossível aos entes autônomos integrantes de uma Federação.

Para além, contudo, dos traços conceituais de qualquer Federação – união de pessoas políticas isônomas e reciprocamente autônomas para a formação de

---

<sup>313</sup> ADELMO DA SILVA EMERENCIANO, *Modificação na Competência Tributária por Emenda Constitucional. A contribuição para Custeio do Serviço de Iluminação Pública – Emenda Constitucional 39/2002*, in EURICO DE SANTI (coord.), **Curso de Especialização em Direito Tributário: Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho**, p. 907.

<sup>314</sup> Nesse sentido, diz VICTOR UCKMAR que “O elemento que distingue de maneira decisiva o Estado federal do unitário é que, no primeiro, os Estados membros ‘possuem uma certa medida de autonomia constitucional, quer dizer, o órgão legislativo de cada Estado-membro é competente em matéria relativa à Constituição desta Comunidade, de modo que as modificações das Constituições dos Estados-membros podem ser realizadas mediante leis formais dos próprios Estados-membros, mesmo que seja com as limitações impostas pela Constituição Federal” – **Princípios Comuns de Direito Constitucional Tributário**, p. 94-95.

uma terceira pessoa, à qual todas estão diretamente subordinadas, – há, ainda, características que são pressupostos para a viabilidade da Federação brasileira.

A primeira dessas condições é a partilha das competências, pela Constituição, entre os entes federados, cuja importância no nosso sistema constitucional vai a ponto de tornar compreensível o exagero da afirmação segundo a qual “A Federação, a rigor, é um grande sistema de repartição de competências (*sic*)”<sup>315</sup>.

Diz-se que se trata de uma condição de viabilidade da Federação porque o objetivo da partilha de competências é, precisamente, o de fazer efetivamente autônomas as esferas parciais de poder, mediante a atribuição, a elas, de “poderes”, isto é, de determinadas possibilidades de ação privativas ou exclusivas, das quais as demais esferas não gozam.

Isso não significa, é claro, que todas as competências sejam exclusivas ou privativas de uma só pessoa, pois há casos em que mais de uma pessoa política goza da competência para praticar um mesmo ato – competência comum<sup>316</sup> – e, também, casos em que cada pessoa política é dotada de competência para exercer em parte uma determinada tarefa constitucional – competência concorrente<sup>317</sup>.

Mesmo nesses casos, porém, é possível falar, em certo sentido, em “exclusividade” ou “privatividade”, pois somente quem receber a competência, ninguém mais, terá condições de, validamente, praticar os atos para os quais ela é atribuída<sup>318</sup>. Isto é, “... *há campos específicos...*”, definidos normativamente, para a atuação “... *de cada uma das pessoas políticas...*”<sup>319</sup>.

Naturalmente, essa partilha das atribuições entre os entes federados também inclui a distribuição da competência para a instituição, cobrança e fiscalização do pagamento de tributos.

Não se trata, porém, neste último caso, da atribuição de uma competência como outra qualquer. Nas palavras de AMÍLCAR FALCÃO, a distribuição das

<sup>315</sup> FERNANDA DIAS MENEZES DE ALMEIDA, **Competências da Constituição de 1988**, p. 32.

<sup>316</sup> Como estabelecido, por exemplo, pelo art. 23 da Constituição Federal.

<sup>317</sup> Como estabelecido, por exemplo, pelo art. 24 da Constituição Federal, que, no tocante às matérias ali referidas, outorga à União a competência para editar normas gerais e aos demais entes federativos a competência para suplementar a respectiva regulação.

<sup>318</sup> É preciso reconhecer, não obstante, que o conceito de “privatividade” remete, por vezes, à qualidade daquilo que é atribuído a apenas “uma” pessoa. Usa-se a expressão, aqui, porém, no sentido daquilo que é atribuído a determinadas pessoas, com exclusão das demais.

<sup>319</sup> FLÁVIO DE AZAMBUJA BERTI, **Direito Tributário e Princípio Federativo**, p. 98.

competências relativas à matéria tributária – por vezes também referida sob a expressão mais genérica de “discriminação de rendas”, – constitui “... *um dos aspectos nucleares da disciplina jurídica do Estado Federal...*”, ainda que, historicamente, tenha precedido à própria Federação, remontando, em certa medida, “... *ao período colonial*”<sup>320-321</sup>.

Com efeito, a repartição de competências tributárias – e, também, das receitas tributárias – constitui uma condição de viabilidade da Federação brasileira porque é por meio dela, sobretudo, que a Constituição procura prover as pessoas políticas dos meios econômicos necessários à realização das tarefas que lhes cominou<sup>322</sup>.

É bem verdade que há outros meios de dotar as pessoas constitucionais dos recursos indispensáveis ao desempenho de suas competências executivas, como a participação nas receitas de outras pessoas constitucionais e a participação em fundos. Porém, para que se possa falar em efetiva autonomia financeira, parece necessário que, ao menos uma parcela – de difícil determinação, reconheça-se – dessas receitas, provenha de fontes cujo controle esteja nas mãos de cada uma das pessoas constitucionais, a quem se conferirá, inclusive, poder para ampliar tais receitas, se preciso for, sem que, para tanto, fiquem a depender da atuação de quaisquer outras pessoas políticas<sup>323</sup>.

---

<sup>320</sup> SAMPAIO DÓRIA critica o uso da expressão “discriminação de rendas” como traço necessário da Federação, afirmando que “*A atribuição de competência tributária, sim, é requisito axiomático da federação, para assegurar independência política. Mas a circunstância de ser tal atribuição de competência decomposta numa discriminação de rendas compreensiva, objetivando, ao imprimir feição privativo à respectiva competência fiscal, propósitos de natureza econômica, é fator, senão acidental, pelo menos secundário na definição da estrutura do regime federado*” – **Discriminação de rendas tributárias**, p. 15.

<sup>321</sup> Segundo AMÍLCAR FALCÃO, no período colonial, “... *aos Municípios ou às suas Câmaras era reconhecida a competência para decretar certos tributos, especialmente taxas e as chamadas fintas*” – **Sistema Tributário Brasileiro: Discriminação de rendas**, p. 9 e 31.

<sup>322</sup> Nesse sentido, observam TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR e MARCO AURÉLIO GRECO que “*A existência de outorga constitucional de competência tributária própria de cada entidade é decorrência da necessidade de assegurar sua autonomia, pois, se a atribuição de competência ficasse entregue ao Congresso, seria sempre uma das entidades políticas (União) a titular da aptidão de definir o que seria tributável pelas demais*” – *Desafios do Federalismo Fiscal Brasileiro*. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, p. 97.

<sup>323</sup> De se convir, ademais, que muitas vezes a atribuição de competência tributária não se destina apenas a viabilizar a provisão de meios financeiros, mas tem, também, finalidade extrafiscal. Basta pensar na importância que tem o IPTU, por exemplo, para a organização do espaço urbano dos Municípios. Os Municípios teriam muito mais dificuldade para desempenhar essa atividade caso não se lhes outorgasse a competência para a instituição do imposto em questão.

Na Constituição brasileira, a repartição das competências tributárias entre os entes federados é regida, sobretudo, pelos critérios (i) da materialidade, (ii) da territorialidade e (iii) da previsão do destino do produto da arrecadação.

Primeiro, no tocante aos impostos – tributos cuja hipótese de incidência descreve fato não vinculado a uma atuação estatal, – a Constituição distribuiu competências privativas para a sua instituição entre os entes federados heterônimos – União, Estados, Distrito Federal e Municípios, – a partir das materialidades que atribuiu a cada qual, por meio das disposições contidas nos artigos 153, 155, 147 e 156, respectivamente; de outro lado, distribuiu-as entre os entes homônimos – Estados entre si e Municípios entre si – segundo o critério da territorialidade da lei a ser instituída.

Como, porém, vislumbrou a eventual necessidade de tributar outros fatos jurídicos, por ela não previstos, reservou à União a “competência residual” (art. 154, I), isto é, a competência para, mediante lei complementar, instituir, arrecadar e fiscalizar o pagamento de impostos não cumulativos cujas materialidades e bases de cálculo não tenham sido indicadas no Texto Constitucional. Também outorgou ao ente central a competência para instituir, nos Territórios, os impostos federais e estaduais, bem como os municipais, nos Territórios não divididos em Municípios (art. 147).

Por derradeiro, ainda possibilitou (art. 154, II) que, em caráter excepcionalíssimo, – hipóteses de guerra externa ou sua iminência, – a União institua impostos sobre quaisquer materialidades, ainda que situadas na esfera de competência de outras pessoas políticas.

No tocante aos tributos cuja hipótese de incidência descreve uma atuação estatal – taxas e contribuições de melhoria, – operou de maneira semelhante, distribuindo competências privativas entre as pessoas políticas.

Para tanto seguiu, de um lado, o critério material relativo à competência administrativa para realizar a atividade estatal – prestar o serviço público específico e divisível, colocá-lo à disposição dos usuários, se essencial, exercer o poder de polícia ou realizar a obra pública de que decorra valorização imobiliária – e, de outro lado, o critério atinente ao âmbito territorial de vigência da lei a ser instituída.

Também seguindo tais critérios, e observando que é aos Estados e ao Distrito Federal que cabe a competência residual para a realização das atividades estatais de cunho administrativo (arts. 25, §1º e 32, §1º), nos seus respectivos

territórios, reservou-lhes a competência residual para a instituição das taxas e contribuições de melhoria.

Por fim, em relação a alguns tributos, cuja arrecadação deve estar afetada ao atendimento de alguma finalidade específica, independentemente da natureza de sua hipótese de incidência – isto é, independentemente de a hipótese de incidência do tributo descrever ou não um determinado tipo de ação estatal, – a Constituição atribuiu diversas competências em caráter exclusivo à União – contribuições especiais e empréstimos compulsórios (arts. 148, 149, 195, entre outros), algumas aos Estados – contribuição previdenciária de seus servidores, – e outras aos Municípios e ao Distrito Federal – contribuição previdenciária de seus servidores e contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública (art. 149-A).

Nenhuma das pessoas políticas pode agir, na instituição de tributos, fora desses planos de atuação, que a Constituição tão bem desenha. Se atuarem, haverá ou simples ação “*extra*” ou “*ultra vires*”, inválida, ou invasão (usurpação) da competência alheia, igualmente inválida. A Constituição desenha essas fronteiras entre o válido e o inválido de maneira absolutamente precisa.

Por isso mesmo é que falar em “conflito de competência tributária” é um contrassenso lógico; o que pode haver, sim, é um conflito de interpretações incidentes sobre uma mesma disposição de competência, em que uma das traduções – interpretações – será fidedigna à mensagem expedida pelo Poder Constituinte, enquanto as demais não o serão <sup>324</sup>.

Como se pôde observar, a partir dessa rápida exposição do sistema de repartição das competências tributárias, são traços marcantes do Sistema Constitucional Tributário Brasileiro a intensidade e o modo absolutamente minucioso, quase exauriente, com que, ao tratar das competências tributárias e de sua distribuição entre os entes federados, disciplina a atividade tributária do Estado<sup>325</sup>.

Realmente, como observa HUMBERTO ÁVILA, a Constituição não define apenas os traços essenciais de todos os tributos, mas estabelece, também, “Os

---

<sup>324</sup> Cf. JOSÉ ROBERTO VIEIRA, *IPI x ICMS e ISS: Conflitos de Competência ou Sedução das Aparências? In Direito Tributário: Tributação do Setor Industrial*, p. 53-60. Na mesma linha, TÁCIO LACERDA GAMA aponta que, “*Rigorosamente conflitos de competência não existem*” – **Competência tributária...**, *op. cit.*, p. 233.

<sup>325</sup> CLÉLIO CHIESA, **A Competência Tributária do Estado Brasileiro**, p. 27.

*requisitos normativos para sua instituição...*”<sup>326</sup>; fazendo-o a ponto de deixar “...pouca... margem de liberdade ao legislador ordinário na tarefa de criar tributos...” e regular a sua cobrança e fiscalização<sup>327</sup>.

Por isso mesmo, se é certo que a Constituição não promove a regulação dos tributos na inteireza de sua disciplina, não há dúvida de que, como bem observou JOSÉ ROBERTO VIEIRA, na esteira de SOUTO MAIOR BORGES, o processo de criação dos tributos se inicia na Constituição<sup>328</sup>.

Não obstante, é igualmente certo que esse processo de criação dos tributos passa, também, por algumas disposições normativas infraconstitucionais específicas, que devem, necessariamente, ser consideradas pelo sujeito competente, antes de exercer a sua competência tributária, isto é, antes de editar a norma de incidência tributária.

É o caso, por exemplo, da exigência de lei complementar: (i) para a definição de “grandes fortunas”, no tocante ao imposto cuja instituição está prevista no artigo 153, VII, da Constituição; (ii) para a definição, no tocante ao imposto sobre serviços: (ii.a) da “lista de serviços”, (ii.b) da forma e das condições para a concessão ou revogação de incentivos e benefícios fiscais e (ii.c) da isenção das exportações (art. 156, III e §3º); (iii) de uma série de pontos específicos do ICMS (art. 155, §2º, XII) e (iv) do ITCMD (art. 155, §1º, III).

É o caso, também, da exigência de resolução do Senado (art. 155, §1º, IV e §2º, IV e V) para a regulação das alíquotas do ITCMD e do ICMS; e, ainda, em alguma medida, dos tratados internacionais relativos à matéria impositiva, celebrados pelo Estado brasileiro<sup>329</sup>.

Conforme observa TÁCIO LACERDA GAMA, todos esses enunciados “...servem de fundamento de validade para as normas que serão criadas...”, de modo que, apenas depois de ter todos eles em conta é que as pessoas políticas

<sup>326</sup> **Sistema Constitucional Tributário**, p. 109.

<sup>327</sup> REINALDO PIZOLIO, **Competência Tributária e Conceitos Constitucionais**, p. 76.

<sup>328</sup> *E, Afinal, a Constituição Cria Tributos! In Teoria Geral da Obrigação Tributária: Estudos em Homenagem ao Professor José Souto Maior Borges*, p. 629-633.

<sup>329</sup> Segundo CLÉLIO CHIESA, algumas “desonerações” são reguladas por tratado, para cuja edição não concorrem as pessoas políticas de direito público interno, mas o Estado brasileiro, por força da competência contida no artigo 21, I, da CF. Diz ele: “A competência para desonerar da tributação não tem exatamente a mesma configuração da competência para a instituição de tributos, pois não só a União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios podem desonerar da tributação no âmbito de suas respectivas competências, mas também o Estado brasileiro” – **Competência Tributária...**, *op. cit.*, p. 32. Antes dele, JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES já havia feito observação nesse sentido – **Teoria Geral da Isenção Tributária**, p. 292-294.

terão a possibilidade institucional de, mediante a edição de lei ordinária – caso da maior parte dos tributos – ou complementar – caso dos empréstimos compulsórios e impostos e contribuições sociais da competência residual, – instituir os tributos para os quais são competentes <sup>330</sup>.

Mas, depois de aludir a essa exaustiva regulação do tema da competência pela Constituição, é necessário acrescentar que ela de nada serviria se as pessoas contempladas com as competências tributárias pudessem alterar, a seu bel prazer, a extensão dos “poderes” que lhes foram outorgados <sup>331</sup>.

Afinal, se fosse possível a “... *distorção, alteração ou diminuição desses compartimentos [de poder] por meio de norma infraconstitucional...*”, pouca serventia teria a repartição de competências promovida pelo Texto Constitucional <sup>332</sup>.

Diz-se, por isso, que uma segunda condição de viabilidade da Federação está na rigidez das disposições constitucionais que atribuem as competências tributárias às pessoas jurídicas de direito público interno <sup>333</sup>.

Essa rigidez é entendida, em primeiro lugar, como a característica segundo a qual algumas disposições normativas da Constituição Federal são simplesmente imodificáveis – art. 60, § 4º, – enquanto a alteração das demais está sujeita a processo legislativo mais complexo do que o exigido para a alteração das leis infraconstitucionais.

Essa característica é tão importante para a viabilidade da Federação que ATALIBA, depois de examinar as Constituições de outros países, chegou à conclusão de que, naqueles em que o sistema de repartição de competências era flexível e parcimonioso na disciplina da tributação, deixava-se de opor qualquer

<sup>330</sup> **Competência Tributária...**, *op. cit.* p. 248.

<sup>331</sup> Diz HUMBERTO ÁVILA que isso é decorrência de as normas que conferem competências terem natureza de regras, e não de princípios. Em suas palavras, “*Na perspectiva da espécie normativa que as exterioriza, as normas de competência possuem a dimensão normativa de regras, na medida em que descrevem o comportamento a ser adotado pelo Poder Legislativo, delimitando o conteúdo das normas que poderá editar. O decisivo é que a Constituição Brasileira não permitiu a tributação pelo estabelecimento de princípios, o que deixaria parcialmente aberto o caminho para a tributação de todos e quaisquer fatos condizentes com a promoção dos ideais constitucionalmente traçados. Em vez disso, a Constituição optou pela atribuição de poder por meio de regras especificadoras, já no plano constitucional, dos fatos que podem ser objeto de tributação. Essa opção pela atribuição de poder por meio de regras implica a proibição de livre ponderação do legislador a respeito dos fatos que ele gostaria de tributar, mas que a Constituição deixou de prever*” (*sic*) – **Sistema Constitucional...**, *op. cit.*, p. 163.

<sup>332</sup> JOSÉ ARTUR LIMA GONÇALVES, **Imposto sobre a renda: pressupostos constitucionais**, p. 90-91.

<sup>333</sup> E, como aponta SAMPAIO DÓRIA, na história do federalismo financeiro brasileiro verifica-se uma “... *progressiva rigidez do sistema*” – **Discriminação...**, *op. cit.*, p. 43.

obstáculo à indesejada pluritributação, dando ensejo à mais “... *abundante e contraditória doutrina e – mais abundante e caótica, ainda – jurisprudência sobre a interpretação das faculdades tributárias da União...*”, que tendia a tomar todos os espaços de legislação e administração, subordinando os demais entes federados ao seu comando <sup>334</sup>.

Isso não significa, naturalmente, que o fato de ser rígida impeça a existência, na Constituição brasileira, de hipóteses de “bitributação”, pois os exemplos de sua ocorrência no Sistema Constitucional não são poucos; indica, porém, a impossibilidade, ao menos em princípio, de serem criadas, validamente, novas hipóteses de tributação de um mesmo fato jurídico por pessoas constitucionais distintas.

Em segundo lugar, aludir à rigidez do Sistema Constitucional Tributário significa apontar para a impossibilidade de as pessoas políticas promoverem, a seu talante, a extensão dos conceitos por meio dos quais a Constituição designa o objeto da competência. Isso significa que a rigidez constitucional vai além das disposições de competência, para proteger, também, as normas, ou seja, os significados que se podem extrair dessas disposições <sup>335</sup>.

Nesse sentido, diz PIZOLIO que, quando a Constituição outorga competência, o faz por meio de conceitos vagos ou ambíguos. Porém,

O fato de o sentido (ou significação) não estar expresso na Constituição não significa que não exista. Se não há um *significado intrínseco* a cada conceito, se tal significado intrínseco não existe, há certamente, pelo menos um mínimo de significado consagrado pelo uso do conceito ou do termo; há, indubitavelmente, um conteúdo semântico mínimo. Desse modo, se a Constituição Federal utiliza o conceito, é certo que o faz, quando menos, com seu conteúdo semântico mínimo, ou, em outros termos, a tão-só utilização do conceito, a mera presença dele no texto da Constituição implica a aceitação de seu mínimo teor de significação <sup>336</sup>.

<sup>334</sup> **Sistema Constitucional Tributário...**, *op. cit.*, p. 71.

<sup>335</sup> Deve-se ressaltar desse controle, porém, a mutação constitucional, entendida como o incontrolável “... *processo não formal de mudança das constituições rígidas, por via da tradição, dos costumes, de alterações empíricas e sociológicas, pela interpretação judicial e pelo ordenamento de estatutos que afetem a estrutura orgânica do Estado*” – JOSÉ AFONSO DA SILVA, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 61-62.

<sup>336</sup> **Competência Tributária...**, *op. cit.*, p. 90-91.

Corolário lógico disso é que, muito embora a Constituição se tenha utilizado, no mais das vezes, da técnica do “*nomen iuris*” dos tributos, para conferir as competências a eles relativas, não deu liberdade aos entes competentes para fazer com esses conceitos o que bem lhes aprouvesse, pois, como observa AMÍLCAR FALCÃO, “... a indicação do fato gerador está implícita no *nomen juris* utilizado...”, devendo os entes competentes, para criar normas de incidência válidas, conjugá-lo “... com as regras e princípios que decorrem do conjunto do sistema e das relações de tensão e de recíproca influência que provêm da definição das diferentes áreas de competência”<sup>337</sup>.

Bem por isso, a doutrina costuma afirmar que uma das características da competência tributária é a sua inalterabilidade pelo sujeito competente. Para alterar a competência tributária é necessário emendar a Constituição, o que somente pode ser feito dentro dos limites estreitos do artigo 60, §4º, da Carta – disposição que, reconheça-se, infelizmente não vem constituindo obstáculo para a alteração do sistema de repartição de competências<sup>338</sup>.

Por fim, e como consequência direta da anterior, a terceira condição de viabilidade da Federação é a existência de um Poder judicial capaz de solucionar, com fundamento na Constituição, as controvérsias que vierem a surgir entre os entes federados, de modo a assegurar o “... equilíbrio entre o poder Federal e os poderes dos demais entes periféricos”<sup>339</sup>.

É sabido que, por vezes, esses conflitos entre os entes federados só podem ser remediados mediante a solução extrema da intervenção, prevista nos artigos 34 a 36 da Constituição. Deve-se salientar, porém, que a intervenção é medida que visa a restabelecer o equilíbrio federativo, e não a possibilitar que os entes federados mais centrais suprimam a autonomia dos entes mais periféricos. É, por isso mesmo, medida transitória, que afasta apenas momentaneamente a autonomia do ente que a sofre em favor do ente legitimado a decretá-la, o qual, nem por isso, passa a gozar de alguma ascendência sobre a pessoa intervinda.

<sup>337</sup> **Sistema Tributário...**, *op.cit.*, p. 26.

<sup>338</sup> Prova disso está em que, das cerca de setenta emendas constitucionais editadas até o momento, pelo menos um terço trata, direta ou indiretamente, de alterações nas regras de competência do Sistema Constitucional Tributário.

<sup>339</sup> FERNANDO LOBO D'EÇA, *O Sistema Federal e os Princípios Constitucionais de Coordenação de Competências*, in CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO *et al.* (coord.). **Princípios Constitucionais Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins**, p. 491.

## 3.2 O CONCEITO DE COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA

### 3.2.1 Introdução

Situado o tema da competência tributária no contexto do Sistema Constitucional Tributário – em que, como visto, exerce papel central, – cumpre, como medida preliminar à análise da estrutura das normas por meio das quais ela é outorgada aos entes federados, clarear o seu conceito.

Afinal, se a função metodológica das formas lógicas é a de intensificar o potencial analítico do intérprete, no processo de desformalização que viabiliza o retorno ao objeto de que se fala, então, antes de falar da estrutura lógica das normas de competência tributária, é necessário responder à seguinte questão: o que significa outorgar competência tributária? Ou, em outros termos, o que faz a Constituição ao outorgar competência tributária?

Na verdade, essa pergunta pode ser desdobrada em duas. A primeira delas atine ao objeto da competência: falar em competência tributária significa aludir a competência para quê? A segunda diz mais respeito à relação da competência com o sujeito competente: quem recebe competência tributária é contemplado com o quê?

De certa forma, essas duas questões estão relacionadas com os já conhecidos problemas linguísticos da vagueza e da ambiguidade. De um lado, a expressão “competência tributária” é ambígua, porque há uma grande variedade de objetos aos quais ela é potencialmente aplicável; de outro, é vaga, pois não há uniformidade de juízos acerca de qual é a extensão do significado de conferi-la a alguém. Enfrentar esses problemas é o objetivo dos próximos tópicos.

### 3.2.2 As diversas “competências tributárias”

O exame dos diferentes conceitos de “competência tributária” usados pela doutrina revela a existência de pelo menos dois focos de indeterminação quanto ao objeto designado pela expressão. Segundo CRISTIANE MENDONÇA,

O primeiro está em [se se deve] restringir ou não a compreensão da competência tributária à função legislativa. O segundo envolve o primeiro, na medida em que a competência legislativo-tributária pode ser entendida de modo estrito (edição da regra-matriz de incidência tributária) ou de forma mais lassa (edição de enunciados prescritivos tributários em geral) <sup>340</sup>.

De fato, num sentido muito lasso, são dotados de competência tributária todas as pessoas e todos os órgãos investidos da capacidade de criar ou aplicar – e, em certo sentido, toda aplicação envolve criação de – normas em matéria tributária, inclusive os próprios contribuintes e responsáveis<sup>341</sup>. Nessa perspectiva extremamente ampla, têm competência tributária, nas palavras de PAULO DE BARROS CARVALHO:

... o Presidente da República, ao expedir um decreto sobre IR, ou seu Ministro ao editar a correspondente instrução ministerial; o magistrado e o tribunal que vão julgar a causa; o agente da administração encarregado de lavrar o ato de lançamento, bem como os órgãos que irão participar da discussão administrativa instaurada com a peça impugnatória; aquele sujeito de direito privado habilitado a receber o pagamento de tributo (bancos, por exemplo); ou mesmo o particular que, por força de lei, está investido na condição de praticar a sequência procedimental que culminará com a produção de norma jurídica tributária, individual e concreta (casos de IPI, ICMS, ISS etc.)<sup>342</sup>

<sup>340</sup> **Competência Tributária...**, *op. cit.*, p. 28.

<sup>341</sup> Nesse sentido é a afirmação de TÁCIO LACERDA GAMA, segundo a qual, “*Na atual conformação do Sistema Tributário Nacional, os particulares são os maiores responsáveis pela produção de normas...*” – **Competência Tributária...**, *op. cit.*, p. XLI.

<sup>342</sup> PAULO DE BARROS CARVALHO, **Direito Tributário, Linguagem e Método**, p. 228-229. Nessa mesma linha, TÁCIO LACERDA GAMA, fazendo referência a esse conceito mais lasso de competência, elabora um exemplo em que aparecem, na “cadeia de positivação” de um mesmo imposto (o ISS), sete sujeitos competentes: a União, para expedir uma lei complementar que define os serviços tributáveis; os Municípios, para instituir o imposto; o Prefeito, para editar um decreto regulador do tributo; o Secretário de Finanças, também no exercício da competência

Numa concepção um pouco mais estrita que essa primeira, porém, diz-se que são dotados de competência tributária apenas aquelas pessoas e órgãos investidos de competência para editar “leis”, em sentido amplo, em matéria tributária, isto é, aqueles habilitados a inovar o ordenamento jurídico na disciplina das questões atinentes aos tributos.

Essa “matéria tributária”, porém, é bastante vasta. Afinal, interessam à regulação das relações entre o Fisco e os cidadãos normas tão diversas quanto as relativas à incidência, às formas de extinção do crédito tributário, ao processo administrativo-tributário, ao lançamento, à cobrança, à fiscalização, às ações judiciais sobre matéria tributária, ao estabelecimento de deveres instrumentais, à regulação de imunidades, às disposições sobre “conflitos de competência”, à interpretação da legislação tributária, entre tantas outras.

Cada uma dessas espécies de normas poderia ser objeto de análise e enfrentamento específicos. Porém, para os fins deste trabalho, é preciso restringir ainda mais o sentido da expressão, para que abranja “... *apenas a competência legislativa para a instituição... de tributos...*” noção em que o termo é mais correntemente utilizada <sup>343</sup>.

Trata-se, mais precisamente, da competência para criar a norma cuja incidência fará nascer a relação jurídica que enlaça um sujeito ativo e um sujeito passivo, vinculando-os a uma prestação pecuniária, chamada “tributo”, que o primeiro tem o “direito subjetivo” de receber e o segundo tem o “dever jurídico” de pagar.

Nas palavras de CARRAZZA, o conteúdo dessa competência é a “... *norma padrão de incidência (o arquétipo, a regra-matriz) de cada exação...*”, ou seja, “... *a hipótese de incidência possível, o sujeito ativo possível, o sujeito passivo possível, a base de cálculo possível e a alíquota possível, das várias espécies e subespécies de tributos*”<sup>344</sup>.

Como se trata de espécie da competência legislativa, a competência tributária “*stricto sensu*” só pode ser titulada por aquelas pessoas capazes de

---

reguladora; o contribuinte, ao lançar o imposto; e o agente fiscal, ao aplicar a multa pelo atraso no pagamento – **Competência Tributária...**, *op. cit.*, p. 66-67.

<sup>343</sup> ANDREI PITTEN VELLOSO, **Constituição Tributária Interpretada**, p. 9.

<sup>344</sup> **Curso de Direito Constitucional...**, *op. cit.*, p. 482.

legislar, isto é, pelas pessoas políticas – União, Estados, Distrito Federal e Municípios, – de modo que qualquer tentativa de outra pessoa – autarquias, fundações públicas, pessoas jurídicas de direito privado, pessoas físicas *etc.* – de criar tributos não precisa sequer ser levada em consideração pelos destinatários das pretendidas normas.

A competência de que aqui se fala não consiste, note-se, em uma competência relativa a “órgãos” da Administração, mas, sim, numa competência relativa a determinadas “pessoas constitucionais”; são elas as titulares da “competência tributária”, nesse sentido mais estrito, ainda que, como ficções jurídicas que são, não tenham outra maneira de externar sua vontade senão por meio de seus órgãos.

Essa distinção é relevante porque, se em boa medida os “órgãos” são definidos por sua competência – o que é um juiz sem a capacidade de julgar? O que é um legislador sem a capacidade de legislar? – isso não ocorre com as pessoas constitucionais, pois elas existem independentemente das competências que se lhes atribui.

A partir deste momento, portanto, as referências que se fizerem à competência tributária dirão respeito, em regra, à competência de que as pessoas constitucionais são investidas para, validamente, editar veículos introdutores de normas de incidência tributária, isto é, atos normativos que disciplinam o surgimento de relações jurídicas tributárias <sup>345</sup>.

Ela não se confunde, é importante lembrar, com a chamada “capacidade tributária ativa”, isto é, com a legitimação para integrar o polo ativo de uma relação jurídica tributária, na posição de credor da importância pecuniária denominada “tributo”. A competência tributária é indelegável e irrenunciável, enquanto a capacidade tributária ativa é tanto transferível como passível de abdicação pelo seu titular.

Com essa restrição, que nada mais é que o fruto de uma escolha entre outras possíveis, logramos aproximar-nos um pouco mais do objeto a que nos estamos referindo. Contudo, para que esse objeto de investigação reste

---

<sup>345</sup> A ideia de norma de incidência corresponde, precisamente, a uma das seis possíveis noções de “tributo”, apontadas por PAULO DE BARROS CARVALHO – *Curso...*, *op. cit.*, p. 51. Daí não ser estranho que se faça referência, simplesmente, à competência tributária, e não à competência para editar normas de incidência tributária. A alusão a tributo é suficiente, nesse contexto, para aludir à norma que prescreve a instauração da relação jurídica tributária.

efetivamente claro, ainda é preciso responder a uma segunda questão: o que significa, exatamente, investir alguém de competência tributária?

### 3.2.3 O que significa atribuir “competência tributária”?

Diferentemente do que, à primeira vista, pode parecer, está longe de ser claro, na doutrina juspublicística brasileira, o conceito de “competência tributária”.

De fato, esse é daqueles conceitos sobre que muito se fala, e pouco se discute. Talvez não seja uma prova inconteste, mas certamente é um sugestivo sintoma da confusão que existe em torno do significado da expressão “competência tributária”, a variedade de expressões que se usa para defini-la.

Por um lado, a miríade de vocábulos que compõem o núcleo das definições de “competência” cunhadas pela Dogmática, não só do Direito Tributário, mas, também, do Direito Constitucional e Administrativo, é integrada por palavras tão distintas como “poder”<sup>346</sup>, “faculdade”<sup>347</sup>, “potestade”<sup>348</sup>, “capacidade”<sup>349</sup>,

<sup>346</sup> Trata-se da expressão de uso mais frequente, sendo utilizada, em maior ou menor grau, por praticamente todos os autores consultados.

<sup>347</sup> “A competência para conceder benefícios fiscais por meio de leis infraconstitucionais constitui **faculdade...**” – CLÉLIO CHIESA, **Competência Tributária...**, *op. cit.*, p. 72; “A atribuição de competência tributária, por obra de disposição constitucional, a uma pessoa de direito público, outorga a esta uma **faculdade** que pode ou não ser utilizada” – BERNARDO RIBEIRO DE MORAES, **Compêndio de Direito Tributário**, p. 127; “A norma de competência tributária, constitucional por sua natureza, quando confere a uma das esferas de governo a **faculdade** inerente ao estabelecimento de tributos...” – JOSÉ ROBERTO VIEIRA, *E, Afinal...*, *op. cit.*, p. 620; “Competência é a **faculdade** juridicamente atribuída a uma entidade ou a um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões...” – JOSÉ AFONSO DA SILVA, **Curso de Direito Constitucional Positivo...**, *op. cit.*, p. 477; “... competência tributária consiste na aptidão ou **faculdade** para criar tributos...” – PAULO LUCENA DE MENEZES, **Comentários ao Código Tributário Nacional**, p. 62; “Competência tributária significa... a **faculdade** de exercer o poder tributário, do ponto de vista material, sobre um setor determinado...” – JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, **Isenções Tributárias**, p. 26-27; “A competência atribuída pelo constituinte é **faculdade**, às vezes obrigação, para o legislador infraconstitucional das pessoas políticas de direito público interno, editar normas que disciplinem a matéria tributária.” – JÚLIO MARIA DE OLIVEIRA, **Internet e Competência Tributária...**, *op. cit.*, p. 52; “No plexo das **faculdades** legislativas que o constituinte estabeleceu, figura a de editar normas que disciplinem a matéria tributária...” – PAULO DE BARROS CARVALHO, **Curso...**, *op. cit.*, p. 266. A noção de competência como “faculdade” aparece também em: LUÍS EDUARDO SCHOUERI, **Direito Tributário**, p. 237; HECTOR VILLEGAS, **Curso de Direito Tributário**, p. 82; e SAINZ DE BUJANDA, “Poder Financiero”, in **Notas de Derecho Financiero**, p. 5. Sem os destaques, nos originais.

“possibilidade”<sup>350</sup>, “habilitação”<sup>351</sup>, “qualificação, adjetivação”<sup>352</sup>, “prerrogativa”<sup>353</sup>, “aptidão”<sup>354</sup>, “atribuição”<sup>355</sup>, “autorização”<sup>356</sup>, “direito de imposição”<sup>357</sup>, “qualidade”<sup>358</sup>,

<sup>348</sup> “Perante uma regra atributiva de competência, o legislador está numa situação de **potestade**...” – ANDREI PITTEN VELLOSO, **Conceitos e Competências...**, op. cit., p. 164-165. Sem o destaque, no original.

<sup>349</sup> “... descentralização da **capacidade** legislativa, repartindo entre as unidades federativas a competência para criar leis...” – CHIESA, **Competência Tributária...**, op. cit., p. 31; “No poder fiscal, ou competência tributária, conferido à entidade pública, há implicitamente a outorga de uma **capacidade** legislativa plena...” – BERNARDO RIBEIRO DE MORAES, **Compêndio...**, op. cit., p. 126; “... competência equivale à **capacidade** no Direito privado, isto é, ao poder de praticar atos jurídicos...” – FERNANDA DIAS MENEZES DE ALMEIDA, **Competências...**, op. cit., p. 38. “O Poder é a **capacidade** de agir (força natural e racional) imanente ao Estado...” – ALFREDO AUGUSTO BECKER, **Teoria Geral do Direito Tributário**, p. 268. Sem os destaques, nos originais.

<sup>350</sup> “... **possibilidade** de editar comandos normativos sobre assuntos de sua competência” – CLÉLIO CHIESA, **Competência...**, op. cit., p. 26; “... uma parcela de poder fiscal atribuída à pessoa jurídica de direito público, que lhe dá a **possibilidade** de criar o tributo” – BERNARDO RIBEIRO DE MORAES, **Compêndio...**, op. cit., p. 130; “... a **possibilidade** de editar veículos introdutórios de enunciados prescritivos” – EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI, **Decadência e Prescrição no Direito Tributário**, p. 79; “... da norma constitucional que regula a competência decorre uma potencialidade, uma virtualidade – a **possibilidade** mesma de criação do tributo.” – GERALDO ATALIBA, **Sistema Constitucional...**, op. cit., p. 120; “... **possibilidade** de legislar para a produção de normas jurídicas sobre tributos” – PAULO DE BARROS CARVALHO, **Curso...**, op. cit., p. 267. “... competência tributária (**possibilidade** de criar o tributo)...” – ANIS KFOURI JR, **Curso de Direito Tributário**, p. 90. Sem os destaques, nos originais.

<sup>351</sup> “A norma de competência tributária... quando outorga a **habilitação** para assentá-los em nossa realidade de direito... termina necessariamente por oferecer dados essenciais da norma jurídica de incidência dos respectivos tributos.” – JOSÉ ROBERTO VIEIRA, *E, Afinal...*, op. cit., p. 620. Sem os destaques, no original.

<sup>352</sup> “Para ser competente é necessário ser **qualificado, adjetivado** pelo direito positivo como tal...” – TÁCIO LACERDA GAMA, **Competência Tributária...**, op. cit., p. 68. Sem os destaques, no original.

<sup>353</sup> “... **prerrogativa** de instituir a obrigação de pagar tributos” – ANDRÉ PORTELLA, **Comentários ao Código Tributário Nacional**, p. 30. Sem o destaque, no original.

<sup>354</sup> “... **aptidão** para fixá-los...” – JOSÉ ROBERTO VIEIRA, *E, Afinal...*, op. cit., p. 620; “... competência tributária consiste na **aptidão** ou faculdade para criar tributos” – PAULO LUCENA DE MENEZES, **Comentários...**, op. cit., p. 62; “... podemos conceituar a competência tributária como a **aptidão** da pessoa política de direito constitucional interno para expedir regras tributárias...” – JÚLIO MARIA DE OLIVEIRA, **Internet...**, op. cit., p. 52; “... **aptidão** para criar tributos.” – LUCIANO AMARO, **Direito Tributário Brasileiro**, p. 99; “... a **aptidão** de o Poder Público instituir tais exigências.” – MARCO AURÉLIO GRECO, **Contribuições: Uma Figura Sui Generis**, p. 228; “... **aptidão** para criar os tributos, legalmente e de forma abstrata” – JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO, **Sistema Tributário – Btributação, bis in idem, e Cumulatividade – Reformas**, In **Direito Tributário e Reforma do Sistema**, p. 133; “Competência legislativa é a **aptidão** de que são dotadas as pessoas políticas para expedir regras jurídicas, inovando o ordenamento positivo.” – PAULO DE BARROS CARVALHO, **Curso...**, op. cit., p. 266. Sem os destaques, nos originais.

<sup>355</sup> “Por competência tributária deve-se entender a **atribuição** ou **autorização** fornecida pela própria Constituição Federal para que determinada pessoa jurídica de Direito Público possa criar e arrecadar um tributo.” – PEDRO ROBERTO DECOMAIN, **Anotações ao Código Tributário Nacional**, p. 44. Sem os destaques, no original.

<sup>356</sup> “A competência tributária consiste, pois, numa **autorização** e limitação constitucional para o exercício do poder tributário” – JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, **Isenções...**, op. cit., p. 26-27; “As competências tributárias correspondem à **autorização** para os entes estatais tributarem...” – LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, **Estudos de Direito Tributário**, p. 16. Sem os destaques, nos originais.

<sup>357</sup> ZELMO DENARI, **Curso de Direito Tributário**, p. 23.

“função”, “poder-dever”<sup>359</sup>, “limitação”<sup>360</sup>, “alcance normativo”<sup>361</sup>, “quantidade de poder”<sup>362</sup>, “parcela de poder”<sup>363</sup>, “campo impositivo de atuação”<sup>364</sup>, “plexo de deveres e poderes públicos”<sup>365</sup>, “legitimação”<sup>366</sup>, “faculdade potencial”<sup>367</sup>, “credenciamento”<sup>368</sup>, “permissão”<sup>369</sup>, direito subjetivo<sup>370</sup>, “direito potestativo”<sup>371</sup>, “virtualidade”<sup>372</sup> e “possibilidade jurídica”<sup>373</sup>.

<sup>358</sup> “... a **qualidade** atribuída às pessoas jurídicas de direito público interno para instituir tributos discriminados nas Constituições...” – ZELMO DENARI, **Curso...**, *op. cit.*, p. 24; “Competência é, assim, a **quantidade ou qualidade do poder funcional** que, na Administração, a lei atribui às pessoas, órgãos ou agentes públicos para manifestar sua vontade.” – DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, **Curso de Direito Administrativo**, p. 103. Sem os destaques, nos originais.

<sup>359</sup> “... poderes jurídicos que não se ajustam, rigorosamente, nem ao conceito de direito subjetivo, nem ao de direito potestativo, constituindo verdadeiro *tertius genus*: são **funções ou poderes-deveres**.” – UBIRAJARA COSTÓDIO FILHO, **As Competências do Município na Constituição Federal de 1988**, p. 29. Sem os destaques, no original.

<sup>360</sup> JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, **Isenções...**, *op. cit.*, p. 26-27.

<sup>361</sup> “... a norma jurídica discrimina, uma vez que determina o que está dentro e o que está fora de seu **alcance normativo**” – REINALDO PIZOLIO, **Competência...**, *op. cit.*, p. 97. Sem o destaque, no original.

<sup>362</sup> Vide nota 358, *supra*.

<sup>363</sup> “Esta **parcela de Poder**, delimitada quantitativa e qualitativamente, é a competência.” – ALFREDO AUGUSTO BECKER, **Teoria Geral...**, *op. cit.*, p. 269; “... a atribuição constitucional de competência tributária (**parcela de poder fiscal**)...” – BERNARDO RIBEIRO DE MORAES, **Compêndio...**, *op. cit.*, p. 126. Sem os destaques, nos originais.

<sup>364</sup> ALEXANDRE MACEDO TAVARES, **Fundamentos de Direito Tributário**, p. 48.

<sup>365</sup> CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, **Curso de Direito Administrativo**, p. 87

<sup>366</sup> “Competência administrativa é a atribuição normativa da **legitimação** para a prática de um ato administrativo.” – MARÇAL JUSTEN FILHO, **Curso de Direito Administrativo**, p. 195. Sem os destaques, no original.

<sup>367</sup> ROQUE ANTONIO CARRAZZA, **Curso de Direito Constitucional...**, *op. cit.*, p. 473.

<sup>368</sup> “... **está credenciado** a criar tributos”. CARRAZZA, R. A. **Curso de Direito Constitucional...**, *op. cit.*, p. 478. Sem os destaques, no original.

<sup>369</sup> “Competência, em termos jurídicos, é a **permissão** para praticar atos (tomar decisões) cujo resultado é a criação de normas válidas...” – EURICO MARCO DINIZ DE SANTI e DANIEL MONTEIRO PEIXOTO, **PIS e Cofins na Importação, Competência: entre Regras e Princípios, Revista Dialética de Direito Tributário**, nº. 121, p. 35; “... a competência tributária identifica-se com a **permissão** para criar tributos, isto é, com o **direito subjetivo** de editar normas jurídicas tributárias.” – ROQUE ANTONIO CARRAZZA, **Curso de Direito Constitucional...**, *op. cit.*, p. 474.

<sup>370</sup> “... a competência tributária é um **direito subjetivo** das Casas Parlamentares de baixarem leis em matéria tributária.” – RENATO LOPES BECHO, **Lições de Direito Tributário: Teoria Geral e Constitucional**, p. 234. Sem os destaques, nos originais.

<sup>371</sup> “A aptidão para criar tributos corresponde ao **direito potestativo** de criar, modificar e revogar obrigações tributárias, sendo referenciado pela norma constitucional como ‘poder tributário.’” – VÍTOR MARTINS FLORES, **Imunidade das Exportações: créditos acumulados das contribuições para o PIS e o COFINS**, In ELIZABETH NAZAR CARRAZZA (coord.); DANIL MORETI (org.). **Imunidades Tributárias**, p. 248. Sem os destaques, no original.

<sup>372</sup> “... da norma constitucional que regula a competência decorre uma potencialidade, uma **virtualidade**...” – GERALDO ATALIBA, **Sistema Constitucional...**, *op. cit.*, p. 120; “... confere à pessoa política contemplada a **virtualidade** de criar certo e determinado tributo...” – ROQUE ANTONIO CARRAZZA, **Curso de Direito Constitucional...**, *op. cit.*, p. 487. Sem os destaques, nos originais.

<sup>373</sup> NARCISO AMORÓS RICA diz que competência tributária é “... a **faculdade ou a possibilidade jurídica** de o Estado exigir contribuições das pessoas ou bens que se achem dentro de suas fronteiras ou limites territoriais.” – *Apud* ROQUE ANTONIO CARRAZZA, **Curso de Direito Constitucional...**, *op. cit.*, p. 472, nota 4. Sem os destaques no original.

Por outro lado, é igualmente vasto o universo das expressões de que se vale a doutrina para fazer referência à “incompetência” tributária. Fala-se, via de regra, em “imunidade”<sup>374</sup>, mas também se alude a “vedação, negativa ou inibição” (ao exercício da competência)<sup>375</sup>, “vedação ao poder de tributar”<sup>376</sup>, “impotência (não-competência)”, “não sujeição”<sup>377</sup>, “incogitabilidade”<sup>378</sup>, “não-permissão”<sup>379</sup>, “impossibilidade de incidência”, “proibição”<sup>380</sup>, “interdição”<sup>381</sup>, “óbice”<sup>382</sup>,

<sup>374</sup> PAULO DE BARROS CARVALHO define as normas de incompetência como “a classe finita e imediatamente determinável de normas jurídicas, contidas no texto da Constituição Federal, e que estabelecem, de modo expresse, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas” – *Curso...*, op. cit., p. 234.

<sup>375</sup> “... é uma vedação, uma negativa, uma inibição para o exercício da competência tributária...” – JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, *Isonções...*, op. cit., p. 206-207; “... fica vedada ou proibida, não apenas a cobrança ou exigência, mas a própria instituição de imposto.” – RUY BARBOSA NOGUEIRA, *Imunidades Contra Impostos na Constituição Anterior e sua Disciplina Mais Completa na Constituição de 1988*, p. 194; “... delimitam determinadas áreas em que é vedado ao Estado exercer sua competência tributária.” – BETINA TREIGER GRUPENMACHER, *Eficácia e Aplicabilidade das Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*, p. 133; “As normas jurídicas imunizantes em sentido amplo são aquelas construídas pelo intérprete a partir de enunciados instalados na Constituição Federal, expressando-se com linguagem na função proibida ou vedatória...” – MÁRCIO PESTANA, *O princípio da imunidade tributária*, p. 70. “... vedam o estabelecimento de regras incidência sobre determinadas materialidades ou pessoas...” – ANDREI PITTEN VELLOSO, *Constituição Tributária...*, op. cit., p. 9. Sem os destaques, nos originais.

<sup>376</sup> “... vedações absolutas ao poder de tributar certas pessoas (subjettivas) ou certos bens (objetivas) e, às vezes, uns e outras.” – ALIOMAR BALEEIRO, *Direito Tributário Brasileiro*, p. 87. Sem os destaques, no original.

<sup>377</sup> “Perante uma regra de imunidade (de competência negativa), o legislador encontra-se num estado de impotência (não-competência), e os particulares, numa situação de imunidade, (não-sujeição).” – ANDREI PITTEN VELLOSO, *Conceitos e Competências...*, op. cit., p. 164-165. Sem os destaques, no original.

<sup>378</sup> “Matéria imune é aquela que não pode sequer ser cogitada pelo legislador como objeto de imposição.” – ANDRÉ PORTELLA, *Comentários...*, op. cit., p. 44. Sem os destaques no original.

<sup>379</sup> “... grupo de medidas que limita o poder tributário, ao excluir do seu âmbito de atuação determinados supostos fáticos previstos pelo legislador, não permitindo que sobre os mesmos sejam instituídos tributos” – *Idem*. Sem os destaques, no original.

<sup>380</sup> “... proibição de que determinadas pessoas ou coisas fossem tributadas.” – LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, *Estudos...*, op. cit., p. 18; “... imunidade é a impossibilidade de incidência que decorre de uma proibição imanente, porque constitucional...” – GILBERTO ULHÔA CANTO, *Temas de Direito Tributário*, p. 190; “... imunidade tributária é a proibição de instituição e cobrança de tributos a pessoas e/ou sobre atos, fatos ou situações, quando expressamente formulada na própria Constituição Federal.” – GILBERTO ULHÔA CANTO, *Imunidade Tributária – Entidades Fechadas de Previdência Privada (Fundos de Pensão)*, *Revista de Direito Tributário* n. 61, p. 19; ÁLVARO MELO FILHO, *Código Tributário Nacional*, p. 11; “... substanciam proibições claras e peremptórias, com indicação precisa do objeto de interdição...” – PAULO DE BARROS CARVALHO, *Imunidades Tributárias*, *Revista de Direito Tributário*, p. 104/105; “A essa proibição constitucional de instituir tributos dá-se o nome de imunidade tributária.” – ANIS KFOURI JR, *Curso...*, op. cit., p. 102. Sem os destaques, nos originais.

<sup>381</sup> Vide nota anterior.

<sup>382</sup> “A regra jurídica de imunidade é regra jurídica no plano da competência dos poderes públicos – obsta à atividade legislativa impositiva, retira ao corpo que cria impostos qualquer competência para pôr na espécie.” – PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, p. 156. Sem os destaques, no original.

“obstáculo”<sup>383</sup>, “não-poder”<sup>384</sup>, “impedimento”<sup>385</sup>, “inexistência de poder”<sup>386</sup>, “intributabilidade”<sup>387</sup>, “insuscetibilidade de imposição”<sup>388</sup>, “supressão”<sup>389</sup>, “limitação”<sup>390</sup>, “exclusão”<sup>391</sup>, ou “delimitação”<sup>392</sup> do poder de tributar ou da competência tributária, “impossibilidade de tributação”<sup>393</sup>, “dever de omitir”<sup>394</sup>, “exceção à competência”<sup>395</sup> etc.

<sup>383</sup> “... o **obstáculo** decorrente de regra da Constituição à incidência de regra jurídica de tributação...” – HUGO DE BRITO MACHADO, **Curso de Direito Tributário**, p. 213. Sem os destaques, no original.

<sup>384</sup> “... a qualidade da situação que **não pode** ser atingida pelo tributo...” – LUCIANO AMARO, **Direito Tributário Brasileiro**, p. 151. Sem os destaques, no original.

<sup>385</sup> “A imunidade **impede** que a lei defina como hipótese de incidência tributária aquilo que é imune.” – HUGO DE BRITO MACHADO, **Curso...**, op. cit., p. 213. Sem os destaques no original.

<sup>386</sup> “... nas situações imunes, **não existe (nem preexiste) poder** de tributar.” – LUCIANO AMARO, **Direito Tributário...**, op. cit., p. 151. Sem os destaques no original.

<sup>387</sup> “... exsurge a imunidade como norma constitucional demarcatória da competência tributária, por continente de **hipótese de intributabilidade**, e de outro, constitui direito público subjetivo das pessoas direta ou indiretamente por ela favorecidas.” – REGINA HELENA COSTA, **Imunidades Tributárias**, p. 51. Sem os destaques, no original.

<sup>388</sup> “... uma Não Incidência Qualificada, porque as situações ou fatos são jurídica e previamente qualificados pela Constituição como **insuscetíveis de imposição**.” – RUY BARBOSA NOGUEIRA, **Imunidades...**, op. cit., p. 194. Sem os destaques, no original.

<sup>389</sup> “A imunidade é, assim, uma forma de não-incidência pela **supressão da competência impositiva** para tributar certos fatos, situações ou pessoas, por disposição constitucional...” – RUY BARBOSA NOGUEIRA, **Curso...**, op. cit., p. 167. Sem os destaques, no original.

<sup>390</sup> “É **limitação** da competência tributária...” – HUGO DE BRITO MACHADO, **Curso...**, op. cit., p. 213. Sem os destaques, no original.

<sup>391</sup> “... **exclusão** tanto do poder, como da competência tributária.” – RUY BARBOSA NOGUEIRA, **Imunidades...**, op. cit., p. 194. “... deixa determinados eventos ou situações expressamente fora da competência impositiva dos entes tributantes.” – JAMES MARINS, **Fundações Privadas e Imunidade Tributária**, *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº. 28, p. 22. Sem os destaques, nos originais.

<sup>392</sup> “... a imunidade tributária é norma constitucional de **delimitação** da competência...” – LEANDRO MARINS DE SOUZA, **Tributação do Terceiro Setor no Brasil**, p. 138. Sem os destaques, no original.

<sup>393</sup> “... imunidade é a **impossibilidade de incidência** que decorre de uma proibição imanente, porque constitucional...” – GILBERTO DE ULHÔA CANTO, **Temas...**, op. cit., p. 190; “Pode-se afirmar que as normas de imunidade, ao prescreverem a **impossibilidade da tributação**, contribuem, ao lado das normas que **outorgam tal possibilidade**, para **delimitar** o exato campo de competência tributária dos entes políticos.” – ANDRÉ PARMO FOLLONI, **Tributação sobre o Comércio Exterior**, p. 21. “... a imunidade é a **impossibilidade de tributação** – ou intributabilidade – de pessoas, bens e situações, resultante da vontade constitucional.” – REGINA HELENA COSTA **Curso de Direito Tributário...**, op. cit., p. 79. Sem os destaques, nos originais.

<sup>394</sup> “A imunidade e as isenções (incluída a alíquota zero) são permissões explícitas do ponto de vista do contribuinte e configuram **proibições ou deveres de omissão** aos entes estatais.” – ALIOMAR BALEEIRO, **Direito Tributário...**, p. 117; “No caso de dispositivos relativos à delimitação material de competência, o aplicador pode reconstruir, conjuntamente, duas normas: uma regra de conduta obrigatória que obriga alguém a exercer um poder somente sobre determinadas matérias; e uma regra de conduta proibitiva que **proíbe a alguém exercer poder** sobre outras matérias” – HUMBERTO ÁVILA, **Teoria dos Princípios**, p. 89. Sem os destaques, nos originais.

<sup>395</sup> “A imunidade é, portanto, regra de **exceção** e de delimitação de competência, que atua, não de forma sucessiva no tempo, mas concomitantemente” – ALIOMAR BALEEIRO, **Direito Tributário...**, op. cit., p. 116. Sem os destaques, no original.

Como se vê, são dezenas de palavras e expressões que se costumam utilizar para fazer referência àquilo que parece ser – mas não é! – um só e mesmo objeto. Algumas delas são claramente próximas entre si, como “poder” e “potestade”, enquanto outras são, no máximo, com boa vontade, primas distantes, como “capacidade” e “direito subjetivo”.

Essa diversidade poderia ser apenas uma evidência da riqueza do vocabulário dos cultores do Direito Público e, em especial, dos cientistas do Direito Tributário. Não parece, contudo, que seja assim, pelas razões que se passa a expor.

Dentre as palavras que são utilizadas para conceituar competência, sem dúvida a mais frequente é “poder”, ainda que, mais modernamente, muitos autores, para remediar uma confusão que o legislador e parte da doutrina fazem, apressem-se em delimitar o sentido da palavra, distinguindo o “poder” absoluto, ilimitado e pré-existente à Constituição, ligado à noção de “soberania”, do “poder” limitado, constricto, fracionado e parcial, posterior à Constituição – e dela decorrente, – ligado à noção de “autonomia”<sup>396-397</sup>.

Apesar desse uso corriqueiro, de maneira geral, os autores que recorrem ao vocábulo “poder” para aludir à competência tributária não parecem atinar – descartando a hipótese maléfica de simplesmente não lhe darem importância – para o fato de que essa palavra, nas línguas latinas, é portadora de uma radical ambiguidade: com efeito, “poder” ora diz respeito à “possibilidade” de algo, isto é, à

<sup>396</sup> De fato, por um lado “A Constituição... emprega indistintamente ‘poder de tributar’ e ‘competência tributária’.” – CRISTIANE MENDONÇA, **Competência Tributária...**, op. cit., p. 43. Por outro lado, a associação entre as noções de “poder tributário”, ligada à soberania, e “competência tributária”, é recorrente tanto na doutrina internacional quanto na nacional, como observou JOSÉ ROBERTO VIEIRA, embora anotando que “... há muito já se estabeleceu a doutrina contrária a essa conexão entre o ‘poder’ ou a ‘potestade’ tributária à ideia de soberania” – *E, Afinal...*, op. cit., p. 610-618.

<sup>397</sup> TORBEN SPAAK observa que o termo “poder” (“power”) é mais usado na tradição anglo-saxônica; na tradição continental europeia, escandinava e latino-americana o uso do termo “competência” é mais comum. Diz ele: “Eu utilizo, como o leitor deve ter percebido, o termo ‘competência jurídica’ e não o termo ‘poder jurídico’ para designar o conceito em questão, e, fazendo-o, sigo o que se poderia chamar de uma tradição escandinava da Filosofia do Direito. Como Lars Lindahl observou, autores britânicos e norte-americanos preferem o termo ‘poder’, enquanto autores das tradições escandinava, continental-europeia e latino-americana costumam falar mais em ‘competência’”. Tradução livre. No original inglês: “I use, as the reader will have noticed, the term ‘legal competence’ and not the term ‘legal power’ to designate the concept in question, and in doing so I follow what might perhaps be called a Scandinavian tradition within the philosophy of law. As Lars Lindahl has pointed out, British and American writers prefer the term ‘power,’ while Scandinavian, Continental-European and Latin American writers speak rather of ‘competence.’” – *The Concept...*, op. cit., p. 1.

condição daquilo que é possível, ora diz respeito à “permissão” que alguém tem para fazer algo, vale dizer, à condição daquilo que é “permitido”<sup>398-399</sup>.

O problema é que essa ambiguidade não é facilmente eliminável pelo contexto – como ocorre, por exemplo, no caso da palavra “gato”, referida no primeiro capítulo. Ao contrário, ela dá ensejo a tantos engodos que, diante de uma expressão tal como “Fulano ‘pode’ fazer isto”, o intérprete, na função de tradutor da mensagem normativa, frequentemente se põe em severa dúvida quanto ao seu significado. Afinal, ela pode tanto significar que “Fulano é ‘capaz’ de fazer isso”, quanto pode indicar que “a Fulano é ‘permitido’ fazer isso”, caso em que, aliás, o primeiro sentido também estará presente e pressuposto.

Diz-se que o segundo significado – “poder” como “permissão” – pressupõe, logicamente, o primeiro – “poder” como “possibilidade”, “capacidade”, “habilitação” *etc.*, – porque, simplesmente, não faria sentido permitir a “Fulano” que fizesse algo que ele é incapaz de fazer, tanto quanto não faria sentido proibi-lo de fazê-lo ou obrigá-lo a tanto. Em outras palavras, só pode ter permissão para editar validamente a norma de incidência tributária aquele que é capacitado, habilitado, credenciado, ungido, legitimado para tanto.

Essa conexão essencial entre os dois sentidos – em que o segundo pressupõe o primeiro – não autoriza, porém, que se tome um pelo outro, muito menos abre ensanchas a que se obscureça a distinção entre eles. Afinal, é seguro que nem tudo que é “possível” está “permitido”; o que é “possível” pode também ser “obrigatório” ou estar “proibido”.

Parece residir precisamente nessa ambiguidade do verbo “poder” a explicação para a existência da já aludida e ilustrada variedade de concepções sobre o conceito de “competência tributária”.

De fato, algumas das palavras que compõem o núcleo das definições acima exibidas, como “aptidão”, “habilitação”, “capacidade”, “legitimação”, “credenciamento” *etc.*, são claramente usadas como sinônimos de “poder” no

<sup>398</sup> Há idiomas em que esses dois sentidos da palavra “poder” são representados por palavras diferentes, como no inglês, em que se usa “*can*” para fazer referência a “capacidade” – “poder” no sentido de “possibilidade” – e “*may*” ou “*shall*” para indicar “permissão”.

<sup>399</sup> ROSS, a propósito, diagnostica problema semelhante nos conceitos de “direito” e “dever”. Diz: “...*la división derecho-deber es demasiado superficial. El término ‘derecho’ cubre conceptos tan heterogéneos como pretensión, libertad, poder (competencia) e inmunidad; y no se distingue ‘deber’ de las otras modalidades pasivas*” – *Lógica de las...*, *op. cit.*, p. 126.

sentido de “possibilidade” – cujo antônimo é representado pelas ideias de “impossibilidade”, “imunidade”, “impotência” *etc.*; – outras, como “faculdade”, “permissão”, “direito subjetivo” e “autorização”, são utilizadas como sinônimas de “poder” no sentido de “permissão” – cujo antônimo está nas noções de “proibição”, “vedação”, “dever de omissão”, entre outras<sup>400</sup>.

Apesar da notória diferença entre os significados desses dois grupos de vocábulos, não é nada incomum que, ao definir “competência tributária”, os autores venham a valer-se, simultaneamente, de expressões pertencentes a um e a outro campo semântico. Para ficar num só exemplo, CARRAZZA define competência tributária ora como “autorização”, “faculdade”, “faculdade potencial”, “permissão” ou “direito subjetivo” de editar normas de incidência tributária, ora como “aptidão”, “possibilidade”, “habilitação”, “credenciamento”, “legitimação” e “virtualidade” para a instituição de tributos, ora, ainda, como “limite ao exercício do poder” ou como “proibição aos incompetentes”<sup>401</sup>.

Essa maneira relativamente confusa de conceituar “competência tributária”, equiparando possibilidade e permissão, é atribuível, em grande medida, ao fato de que o próprio legislador constitucional não esclarece quando se está valendo de correlatos do verbo poder apenas no primeiro sentido ou em ambos<sup>402</sup>. De fato, ao atribuir competência para legislar em matéria tributária, a Constituição ora fala em “poder” (arts. 145, 146-A, 148, 154, 195, §4º), ora em “cabere” (arts. 146, 155, §2º, XII), ora em “competir” (arts. 147, 149, 153, 155 e 156), ora em “facultar” (art. 155, §2º, V), ora em “incidir” (art. 155, §2º, IX, 195, I) *etc.*; e, ao estabelecer “imunidades” – ou outras formas de limites à competência tributária, – ora alude a “vedar” (arts. 150, 151, 152), ora a “não poder” (art. 145, §2º), ora a “não incidir” (art. 155, §2º, X, 156, §2º, I), ora a “não poder incidir” (art. 155, §3º) e ora a “isentar” (art. 195, §7º)

<sup>400</sup> É preciso anotar, porém, que CRISTIANE MENDONÇA, a partir de uma tradução da “Teoria Geral das Normas”, de KELSEN, concebe o termo “autorização” como referente ao poder-possibilidade, e não ao poder-permissão, tanto que fala em “autorização-permissão” para se referir à “competência cujo exercício não é imposto ao órgão destinatário” e em “autorização-imposição” para se referir à “competência que é imposta ao órgão destinatário”, de modo que “... a sua omissão é contrária ao Direito, sendo passível de sanção” – **Competência Tributária...**, *op. cit.*, p. 75.

<sup>401</sup> **Curso de Direito Constitucional...**, *op. cit.*, p. 472-490

<sup>402</sup> A confusão entre poder como permissão e como possibilidade aparece, ainda, em MICHEL TEMER, quando diz, de um lado, que aos Estados fica “... proibido dispor sobre as competências da União... e as dos Municípios...” e, de outro lado, que “Nada podem dispor, também, a respeito das competências tributárias da União e dos Municípios. A tais competências o Estado não tem acesso” – **Elementos de Direito Constitucional**, p. 85-86.

*etc.*; em nenhuma dessas hipóteses, porém, deixa claro se está fazendo referência apenas à atribuição ou negação da capacidade, ou se está, também, regulando deonticamente o respectivo exercício.

Isso, aliás, vem ao encontro da seguinte observação de ROSS:

*“Si las leyes estuvieran cuidadosamente pensadas y redactadas con precisión, no sería difícil decidir si una regla dada tenía el sentido de una regla de competencia (cuyo quebrantamiento produciría invalidez) o de una norma de conducta reguladora del ejercicio del poder (cuyo quebrantamiento produciría responsabilidad). Pero, desgraciadamente, esto no ocurre siempre”<sup>403</sup>.*

A confusão referida é atribuível, também, a uma tendência – que não é exclusividade da doutrina brasileira – de conceber as relações jurídicas apenas em termos de “deveres” e “direitos”. Ocorre que, como, mais uma vez, bem observou ROSS, invocando as lições de HOHFELD:

*...a divisão dever/direito é demasiadamente superficial. O termo *direito* (*right, derecho*) (em sentido subjetivo) abrange conceitos tão heterogêneos como faculdade (*facultad, claim*), liberdade, poder (*potestade*) e imunidade, e não se distingue entre *dever* e as outras modalidades passivas. Essa análise incompleta em termos de dever/direito (*duty-right*) tem causado a confusão que caracteriza a linguagem jurídica, tanto na legislação como no estudo doutrinário do direito<sup>404</sup>.*

No que interessa ao objeto do presente trabalho, o problema está em que esse tratamento confuso entre os binômios “direito/dever” (“permissão/obrigação”) e “competência/sujeição” conduz à tendência, quase irresistível para a nossa doutrina, de reconstruir os enunciados atribuidores de competência como permissões, ou, mais largamente, como enunciados prescritivos, regidos, na estrutura intraproposicional – e não apenas no “functor-de-functor”, – pelo “dever-ser”, perspectiva que é ensejadora das mais diversas dificuldades e perplexidades, como se buscará pôr de manifesto mais adiante.

<sup>403</sup> **Lógica de las...**, *op. cit.*, p. 124

<sup>404</sup> **Direito e Justiça...**, *op. cit.*, p. 200.

Por ora, o que se quer deixar claro é que “ter competência tributária” é uma coisa, e ter “permissão para exercer a competência tributária” é outra, muito diferente.

Quem é dotado de competência tributária, no sentido estrito a que se referiu no tópico anterior, é, pura e simplesmente, “capaz” de, mediante a observância de certo procedimento, fazer com que um sujeito ou grupo de sujeitos determinado seja obrigado a entregar certa soma de dinheiro a outro sujeito, sempre que ocorrido um fato específico. Quem é competente para instituir tributos, em outras palavras, está habilitado a produzir uma norma de incidência tributária válida, isto é, uma norma que não apenas “existe” no sistema, mas que, também, é de observância obrigatória por aqueles a quem é dirigida, aqueles de quem se espera o respectivo cumprimento e aplicação. Mas o sujeito competente pode tanto ter permissão para fazê-lo, quanto ter a faculdade de fazê-lo ou não, quanto pode, ainda, ter o dever de fazê-lo – obrigação – ou o dever de omiti-lo – proibição.

É essa a ideia que, mais adiante, tentar-se-á expressar em linguagem lógico-formal. Antes disso, porém, convém apresentar e analisar as outras propostas teóricas que, na doutrina brasileira, buscaram dar conta da “competência tributária” em termos formais.

### 3.3 PROPOSTAS DE FORMALIZAÇÃO

#### 3.3.1. Introdução

Poucas foram as obras que se dedicaram, com maior denodo, à construção de uma estrutura lógico-formal para as normas de competência tributária. Em rigor, apenas a obra de TÁCIO LACERDA GAMA teve esse objetivo específico, ainda que a formalização da competência tributária também apareça na obra de CRISTIANE MENDONÇA e em texto conjunto de DANIEL MONTEIRO PEIXOTO e EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI.

Não obstante, também é possível encontrar, em passagens das obras de ALFREDO AUGUSTO BECKER, PAULO DE BARROS CARVALHO, HUMBERTO

ÁVILA, TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, TÁREK MOYSÉS MOUSSALLEM E GABRIEL IVO, senão a organização formal dos elementos normativos importantes para a regulação da competência tributária, boas referências sobre o modo como os aludidos autores concebem tal sorte de normas.

E, a partir desse exame, o que se verifica é que, embora os autores comumente observem que “ser competente” e “exercer a competência” são coisas diversas, ninguém parece vislumbrar qualquer inconveniente ou obstáculo em unificar, na mesma estrutura lógica, os elementos que dizem respeito à validade da atuação do sujeito competente e aqueles que dizem respeito ao “*status*” prescritivo de sua conduta, isto é, à modalização de sua conduta em termos deônticos<sup>405</sup>.

O objetivo dos próximos tópicos é apresentar e analisar, criticamente, as propostas de formalização das normas de competência apresentadas pelos quatro autores acima mencionados, ainda que entremeadas por algumas considerações dos demais doutrinadores referidos. É o que se passa a fazer.

### 3.3.2 Eurico Marcos Diniz de Santi e Daniel Monteiro Peixoto

Para SANTI e PEIXOTO, a norma atribuidora de competência legislativa – e aí se inclui a competência para instituir tributos, – estabelece que, “*Se ‘fulano é a pessoa política A’ e ‘estão presentes as circunstâncias de fato B ou C’, então, deve ser a permissão de a pessoa política A legislar sobre a matéria D, nos limites E, segundo o procedimento F*”<sup>406</sup>. A estrutura que concebem para a norma de competência legislativa é a seguinte:

$$\text{NCL} = \text{D} \{[\text{hs.ho}] \rightarrow \text{P} [\text{cs.}(\text{m.-i.p.d.r}).\text{cp.ct.ce}]\}$$

<sup>405</sup> Quanto à distinção entre o “ter” e o “exercer” a competência diz TÁCIO LACERDA GAMA, por exemplo, que “... *uma coisa é ser sujeito competente. Outra, bem distinta, é exercer a competência de que se é titular. Para ser competente é necessário ser qualificado, adjetivado pelo direito positivo como tal. Para exercer a competência, é necessário realizar ato, ou conjunto de atos, previstos pelo direito positivo para legitimar a enunciação de novos textos jurídicos*” (sic) – **Competência tributária...**, *op. cit.*, p. 68.

<sup>406</sup> *PIS e Cofins na Importação...*, *op. cit.*, p. 37.

O “D” indica a presença do dever-ser neutro, como “... *modal que incide sobre toda a fórmula, indicando que a relação de implicação não se dá por relação de causalidade natural, mas por imputação*”.

A hipótese é composta pela “... *conjunção das notas aptas a identificar as situações fáticas tomadas como pressupostos para o surgimento da permissão para legislar sobre determinada matéria...*”, sendo que a hipótese subjetiva (hs) “...*estipula a necessidade de o agente ser identificado como pessoa política...*” e a hipótese objetiva (ho) “... *estabelece as circunstâncias que devem ou não devem ocorrer para que surja determinada autorização*”.

A prótase dessa estrutura está unida por um nexos de imputação (→) ao consequente, que é regido pelo modal permitido (“P”), sendo composto, no que diz respeito às variáveis proposicionais, pelo apontamento dos “... *limites dentro dos quais a conduta há de se realizar*”.

Mais especificamente, tais limites consistem [1] no critério subjetivo (cs), que indica “... *o(s) órgão(s) credenciado(s) ao exercício da competência legislativa...*”; [2] no critério material (m-i.p.d.r), que indica a materialidade (m), “... *entendida como conjunto de fatos... passíveis de serem utilizados pela pessoa política como hipótese de incidência da regra-matriz de incidência tributária...*”, sob as condicionantes das imunidades (i), dos princípios (p), da afetação do produto da arrecadação, no caso das contribuições especiais e (d) da previsão de restituição do produto da arrecadação (r), no caso dos empréstimos compulsórios; [3] pelo critério procedimental (cp), que estabelece “... *as balizas referentes ao ritual de produção legislativa...*”; e, finalmente, [4] pelo critério temporal (ct), que indica “... *os marcos cronológicos dentro dos quais o procedimento deverá ser realizado...*” e [5] o critério espacial (ce), que aponta “... *o local onde deverá ser realizado o procedimento*”<sup>407</sup>.

<sup>407</sup> *Ibid.*, p. 37-40. DANIEL MONTEIRO PEIXOTO, em outra obra, descreve forma lógica semelhante, ao atribuir à estrutura da norma “D [h’→R’(S’S’)]”, referente à competência para a instituição de lei complementar, “... *os seguintes conteúdos semânticos: h’ (concreto) – fato jurídico ‘ser Congresso Nacional’ e ‘ser Presidente da República’; R’(S’S’) (geral) – a relação jurídica em que S’ é a variável de sujeito em que se encontra o titular da competência legislativa (sujeito pretensor); S’ tem por conteúdo a coletividade em geral (sujeitos portadores do dever jurídico de não criar obstáculos ao pleno exercício do direito); e R’ é a variável relacional, que será preenchida pelo modal deôntico ‘Pp’, que que ‘P’ indica a permissão e ‘p’ a conduta de ‘exercer competência para editar Lei Complementar’ – Competência Administrativa na Aplicação do Direito Tributário*, p. 102-103.

### 3.3.3 Cristiane Mendonça

CRISTIANE MENDONÇA, buscando imunizar-se, preventivamente, contra críticas, acaba involuntariamente alvejando o objeto deste trabalho, acusando-o de presunçoso, ao dizer que não tem o “... *pretensioso desiderato de investigar os aspectos estruturais da norma de competência...*”<sup>408</sup>.

No entanto, a despeito da sua declarada ausência de pretensão, o fato é que a autora dedica um bom número de páginas à apresentação da estrutura que concebe para as normas de competência tributária – passando, inclusive, por uma menção, ainda que breve, a boa parte das teorias examinadas no segundo capítulo deste texto, – para, ao final, afirmar que “... *a noção de competência que adotamos é aquela apresentada por ALF ROSS...*”, por entender que a norma de competência “... *estipula não só o sujeito competente para a criação do direito e o conteúdo do ato normativo que será criado, mas também o procedimento a ser percorrido para o cumprimento de tal tarefa...*”<sup>409</sup>.

Ao organizar esses elementos, CRISTIANE MENDONÇA concebe duas estruturas diferentes para as normas de competência tributária, conforme os sujeitos que dela são dotados tenham “... *permissão para agir...*” (“... *autorização-permissão...*”) ou estejam “... *obrigados a atuar...*” (“... *autorização-imposição...*”) <sup>410</sup>.

No primeiro caso – da norma permissiva, – tal estrutura é apresentada da seguinte forma:

**Antecedente:** Se for pessoa política constitucional no território brasileiro no tempo X. **Conseqüente:** Deve-ser a autorização (permissão) para distintos sujeitos de direito (ocupantes de órgãos unipessoais ou colegiais), de acordo com determinados limites formais (relativos ao procedimento) e materiais (concernentes à substância dos enunciados a serem criados), editarem e revogarem (parcial ou totalmente) enunciados prescritivos instituidores de tributos e o dever jurídico de a comunidade respeitar o exercício de tal permissão (faculdade), em consonância com os limites previstos no sistema.<sup>411</sup>

<sup>408</sup> **Competência tributária...**, *op. cit.*, p. 63.

<sup>409</sup> *Ibid.*, p. 61-78.

<sup>410</sup> *Ibid.*, p. 75.

<sup>411</sup> *Ibid.*, p. 70.

No segundo caso – da norma que impõe o exercício da competência, – a estrutura é descrita nos seguintes termos:

**Antecedente:** Se for pessoa política constitucional no território brasileiro no tempo X. **Conseqüente:** Deve-ser a autorização (imposição-obrigatoriedade) para distintos sujeitos de direito (ocupantes de órgãos unipessoais ou colegiais), de acordo com determinados limites formais (relativos ao procedimento) e materiais (concernentes à substância dos enunciados a serem criados), editarem e revogarem (parcial ou totalmente) enunciados prescritivos instituidores de tributos e o direito subjetivo de a comunidade exigir o cumprimento da imposição (obrigatoriedade), em consonância com os limites previstos no sistema <sup>412</sup>.

CRISTIANE MENDONÇA procede, então, a uma formalização da estrutura que descreve, sintetizando-a por meio da seguinte fórmula <sup>413</sup>:

$$\begin{array}{c} \text{Dsm} \\ \longleftrightarrow \\ \text{NCT} = \{ \text{Hct} = [\text{Cm} + \text{Ce} + \text{Ct}] \rightarrow \text{Cct} = [\text{Cp} (\text{Sa} + \text{Sp}) + \text{Cda} (\text{Lf} + \text{Lm})] \} \end{array}$$

Nessa estrutura (NCT), a hipótese (Hct) descreve o fato de alguém ser uma pessoa política (Cm), situada em determinadas condições de tempo (Ct) e espaço (Ce); ela está unida por um conectivo deôntico interproposicional neutro (→) ao conseqüente (Cct), que, por sua vez, é regido por um conectivo intraproposicional modalizado (Dsm) e vem composto pela indicação do sujeito – ou melhor, do órgão, – que tem a “autorização-permissão” de editar a norma (Sa), do sujeito que tem o dever de obedecer à norma (Sp) e do objeto, refletido no critério delimitador da autorização (Cda), no qual estão situados os limites materiais e formais (Lf e Lm) que condicionam a validade da enunciação normativa, isto é, o procedimento e a materialidade.

Importante assinalar que, embora a autora considere, em termos gerais, que o exercício da competência pode ou não ser imposto ao seu titular, entende que, no

<sup>412</sup> *Idem.*

<sup>413</sup> *Ibid.*, p. 107.

caso da competência tributária, ela é sempre facultativa, de modo a conferir, ao sujeito competente, a permissão bilateral de fazer ou de omitir.

Contra a exceção que a doutrina normalmente aponta, atinente à obrigatoriedade de instituição do ICMS pelos Estados-membros, CRISTIANE MENDONÇA entende por afastá-la, dizendo que tal obrigação, na verdade, não existe, porque a Constituição não previu sanção para “... *obrigar as Assembleias Legislativas dos Estados federados a editarem a respectiva regra-padrão de incidência do ICMS, caso houvesse omissão no desempenho de tal mister*”<sup>414-415</sup>.

### 3.3.4 Tácio Lacerda Gama

Também TÁCIO LACERDA GAMA toma as normas de competência como genuínas prescrições, embora concebendo estrutura bastante diversa daquelas propostas pelos autores antes examinados.

O autor parte, antes de tudo, do pressuposto de que, “... *para ser uma unidade do sistema, a norma jurídica deve regular coercitivamente a conduta humana...*” de modo que, “... *se não regular qualquer dos elementos da conduta, será apenas fragmento de norma...*”<sup>416</sup>.

Para ele, só são jurídicas as normas a cuja hipótese de descumprimento estiver atrelada uma sanção, de modo que, a seu ver, uma norma jurídica completa é sempre um “... *duplo juízo condicional*”<sup>417</sup>.

Em seu pensamento, todas as normas são sintaticamente uniformes, sendo, por isso, dotadas da mesma estrutura lógica: uma norma primária que liga a descrição hipotética de um fato à prescrição de uma relação jurídica e uma norma secundária que comina a sanção para o caso de descumprimento da conduta prescrita pela norma primária<sup>418</sup>.

<sup>414</sup> Diz PAULO DE BARROS CARVALHO, nesse sentido, que o ICMS “... *há de ser instituído e mantido, obrigatoriamente, pelas pessoas políticas competentes (Estados-membros e Distrito Federal)*” – **Direito Tributário, Linguagem...**, *op. cit.*, p. 239.

<sup>415</sup> CRISTIANE MENDONÇA, **Competência tributária...**, *op. cit.*, p. 125

<sup>416</sup> TÁCIO LACERDA GAMA, **Competência Tributária...**, *op. cit.*, p. 18.

<sup>417</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>418</sup> Não é diferente o pensamento de GABRIEL IVO, para quem “*Em todas as normas jurídicas encontramos a mesma estrutura sintática. [...] traduzindo ou recompondo logicamente as diversas*

GAMA considera que essa estrutura é perfeitamente aplicável às normas de competência, porque “... a criação de normas jurídicas é uma conduta idêntica às demais, passível de ser isolada tão-só pelo seu resultado, que consiste na produção de mais normas”, o que o leva, inclusive, a infirmar a importância epistemológica da distinção entre normas de conduta e normas de estrutura <sup>419-420</sup>.

Para ele, a norma de competência nada mais é que

...o juízo hipotético condicional que prescreve, no seu antecedente, os elementos necessários à enunciação válida e, no seu conseqüente, uma relação jurídica que tem como objeto a validade do texto que versa sobre determinada matéria ou comportamento <sup>421</sup>.

Essa estrutura, que corresponde à norma jurídica de competência tributária (Njcom), é representada pela seguinte fórmula <sup>422</sup>:

$$Njcom = H \{[s.p(p1,p2,p3...)].(e.t)\} \rightarrow R [S(s.sp).m(s.e.t.c)]$$

---

*modalidades verbais, temos sempre: ‘se se dá um fato F qualquer, então o sujeito S deve fazer ou deve omitir ou pode fazer ou omitir a conduta C ante outro sujeito’ – Norma Jurídica: Produção e Controle, p. XLI. Também MOUSSALLEM considera que todas as normas têm “... idêntico arquétipo sintático...” – Fontes do Direito Tributário..., op. cit., p. 76. PAULO DE BARROS CARVALHO, por igual, adota o “... pressuposto de que toda norma jurídica é sintaticamente homogênea, variando apenas em planos semânticos e pragmáticos...” – Direito Tributário, Linguagem..., op. cit., p. 231.*

<sup>419</sup> TÁCIO LACERDA GAMA, *Competência Tributária...*, op. cit., p. 22.

<sup>420</sup> É preciso mencionar, não obstante, que há quem conceba as regras de estrutura como regras dotadas de forma lógica diversa daquela das regras de conduta. Nesse sentido, diz JOSÉ WILSON FERREIRA SOBRINHO que “... as regras de estrutura... têm um dever-ser neutro-não-modalizável, na medida em que não utilizam a conduta humana em sua hipótese legal. As regras jurídicas de estrutura prestam-se para fixar competências e para dispor sobre a edição de outras regras... (sic)” – *Imunidade Tributária*, p. 74.

<sup>421</sup> TÁCIO LACERDA GAMA, *Competência Tributária...*, op. cit., p. 61-62. A propósito, essa ideia já era defendida em obra anterior, na qual dizia, em relação à norma de competência, que: “No antecedente dessa norma, descreve-se um fato – o processo de enunciação necessário à criação dos tributos – imputa-se a esse fato uma relação jurídica cujo objeto consiste na faculdade de criar tributos” – TÁCIO LACERDA GAMA, *Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico*, p. 73. Essa posição recebe o endosso de PAULO DE BARROS CARVALHO – *Direito Tributário, Linguagem...*, op. cit., p. 232.

<sup>422</sup> A ideia é em tudo semelhante à de GABRIEL IVO, para quem “A norma de produção normativa em sentido amplo teria a seguinte estrutura: O **antecedente**: dado o fato de o sujeito competente exercer sua competência conforme o procedimento em circunstância de tempo e espaço. **Conseqüente**: deve ser a permissão para emitir norma jurídica pelo sujeito ativo, e o dever de respeitar as disposições veiculadas pela norma jurídica por parte dos sujeitos passivos” – *Norma Jurídica...*, op. cit., p. 30.

Na hipótese (H) está a “... *descrição hipotética do fato produtor de normas...*”, que é identificado por quatro critérios: (1) “O *critério pessoal (s)...*”, referente “... *ao sujeito do verbo, aquele que desempenha a conduta de enunciar...*”; (2) “O *critério espacial (e), que indica o local onde o sujeito pode realizar o verbo enunciar...*”; (3) “O *critério temporal (t), que estabelece as circunstâncias de tempo na qual o verbo pode ser enunciado...*” e (4) o “... *critério procedimental...*”, que faz “... *referência ao modo de realização do verbo enunciar...*”, podendo consistir ou num ato (p), ou num procedimento, composto de diversos atos (p1, p2, p3...) <sup>423</sup>.

Essa hipótese, que descreve a “forma”, está ligada ao conseqüente, que regula o conteúdo da atividade de criação de normas tributárias, por meio de um conectivo interproposicional (→), operador lógico neutro que “... *sintetiza a decisão, positivada na norma de competência, de submeter determinada matéria à enunciação de certo tipo...*” <sup>424</sup>.

Já no conseqüente está a prescrição da “relação jurídica de competência” (R), que atribui ao sujeito competente, como sujeito ativo (s), o direito subjetivo de “... *criar norma jurídica para versar sobre determinado tema...*” – isto é, sobre determinada matéria (m), que é integrada pelo apontamento de seus limites subjetivos (s), espaciais (e), temporais (t) e materiais em sentido estrito (c), – e aos destinatários da norma, como sujeitos passivos (sp), o dever de “... *aceitarem o texto criado licitamente, ou seja, de acordo com os condicionantes formais e materiais do próprio sistema...*” <sup>425</sup>.

O autor ainda estabelece uma distinção entre a “sujeição passiva fraca”, atinente àqueles destinatários “... *que simplesmente devem saber da existência da norma, sujeitando-se aos seus comandos...*”, e a “sujeição passiva forte”, concernente aos que, “... *estando no âmbito de incidência da norma criada, têm legitimidade para acionar o Judiciário, suspendendo ou afastando a juridicidade da norma criada de forma ilícita...*” <sup>426</sup>.

Essa “sujeição passiva forte” obriga os destinatários da norma, segundo GAMA, a um dever jurídico consistente em “... *subordinar-se ao conteúdo da norma*

<sup>423</sup> TÁCIO LACERDA GAMA, *Competência Tributária...*, op. cit., p. 69.

<sup>424</sup> *Ibid.*, p. 75.

<sup>425</sup> *Ibid.*, p. 76-78 e 90.

<sup>426</sup> *Ibid.*, p. 80.

*que venha a ser criada, não impedir a sua criação nem exercer competência própria de outrem...*<sup>427</sup>.

De acordo com o autor, há um traço comum entre a competência tributária, o direito potestativo e o direito de propriedade, *consistente “... no fato de essas normas estabelecerem relações jurídicas absolutas, ou seja, disporem sobre direitos oponíveis a toda a sociedade...”*<sup>428</sup>.

Para ele, o conectivo deôntico intraproposicional, que liga sujeito ativo e sujeito passivo, pode estar regido ou pelo modal “facultado” ou pelo modal “obrigatório”. Seriam *“... de exercício facultativo as competências não condicionadas e de exercício obrigatório as competências cujo exercício está sujeito ao preenchimento de certas condições”*<sup>429</sup>.

A essa norma, que, na visão do autor, regula o “ato de criar a norma” de incidência tributária, concebido tal ato criativo como *“... uma conduta como outra qualquer...”*, está ligada uma norma sancionadora, *“... que prescreve a reação do sistema jurídico à prática de uma conduta ilícita”*<sup>430</sup>.

Na visão de GAMA, a cominação de uma sanção para a hipótese de descumprimento é condição da juridicidade de uma norma, de modo que *“... norma jurídica sem sanção deixa de ser jurídica...”*<sup>431</sup>.

Na estrutura binária que concebe para as normas de competência, a sanção seria, precisamente, a decretação da nulidade da norma criada com violação à norma de competência. A relação de sanção é, assim, representada por uma norma secundária – “sanção nomogenética”, “norma sancionatória de competência” ou “norma anulatória” (sic), – sintetizada na seguinte estrutura:

**Ncom.s = H [s.p(-c). e.t] → R [S(s.sj).m(s.e.t.c)]**

Em suas palavras, essa *“... norma sancionatória tem como hipótese o descumprimento da relação jurídica de competência tributária (-c)...”*,

<sup>427</sup> *Ibid.*, p. 82.

<sup>428</sup> *Ibid.*, p. 83.

<sup>429</sup> *Ibid.*, p. 87.

<sup>430</sup> *Ibid.*, p. 103.

<sup>431</sup> Diz, nesse sentido, que *“O efeito que qualifica uma norma como jurídica é, justamente, a previsão de uma consequência coercitiva para o seu descumprimento”* – *Ibid.*, p. 106.

correspondendo à “... violação daquilo que dispõem os condicionantes formais e materiais da norma de competência...”<sup>432</sup>.

A hipótese dessa norma (H) é composta pela indicação de um sujeito (s) competente para o exercício da jurisdição, somada à indicação da “... existência de norma fruto do exercício irregular da competência...” [p-(c)] e, ainda, pela indicação das circunstâncias de espaço e tempo para a enunciação da sanção<sup>433</sup>.

O conseqüente (R) traz a indicação dos sujeitos e do objeto de uma relação jurídica. O sujeito ativo (s) é quem tem o direito de provocar a jurisdição para anular a norma criada com violação à regra de competência tributária, em razão de haver, contra ele, uma “... lesão potencial ou efetiva a direito subjetivo...”; o sujeito passivo (sj) é o Estado-jurisdição. O objeto da relação jurídica corresponde aos “... contornos materiais (M) da norma anulatória...”, vale dizer, ao “... seu alcance subjetivo (s), espacial (e), temporal (t) e material em sentido estrito (c) ou comportamental...”<sup>434</sup>.

Para GAMA, a posição dos que veem a nulidade como categoria não subsumível ao conceito de sanção não é correta. Em sua opinião,

A distinção entre invalidade e responsabilidade não se sustenta. As duas circunstâncias são espécies do gênero sanção, ambas representam situações em que o direito positivo prescreve consequências indesejadas. O que existe, isso sim, é variação dos efeitos dessa consequência em virtude do tipo de conduta. Não haveria como prescrever de forma eficaz consequências idênticas para condutas que têm natureza distinta<sup>435</sup>.

### 3.3.5 Apreciação crítica das propostas apresentadas

#### 3.3.5.1 Introdução

Para realçar tanto as semelhanças quanto as distinções entre as propostas acima expressas, oportuno traçar o seguinte quadro sinótico:

---

<sup>432</sup> *Ibid.*, p. 107.

<sup>433</sup> *Ibid.*, p. 108.

<sup>434</sup> *Ibid.*, p. 110-111.

<sup>435</sup> *Ibid.*, p. 39.

<b>Norma de competência</b>	<b>Hipótese (H/Hct)</b>	<b>→ (D)</b>	<b>(Modal) [Dsm]</b>	<b>Consequente (Cct/R)</b>	<b>Sanção (Ncom.s)</b>
Santi e Peixoto	hs.ho	→	P	cs.(m.-i.p.d.r).cp.ct.ce	?
Mendonça	Cm.Ce.Ct	→	P ou O	Cp (sa.sp).Cda (Lf.Lm)	?
Gama	s.p (p1, p2, p3...).e.t	→	P ou O	S(s.sp).m(s.e.t.c)	H [s.p(-c).e.t] → R [S(s.sj).m(s.e.t.c)]

Como não é difícil verificar, as três propostas examinadas partem, implícita ou expressamente, da mesma premissa: a de que as “verdadeiras” normas jurídicas são as normas de conduta, as quais são sempre dotadas de uma mesma estrutura – “postulado da homogeneidade sintática”, – que vincula, por meio de um functor neutro, a descrição hipotética de um fato a uma relação jurídica, regida por um modal deôntico – permitido, proibido ou obrigatório.

Apesar dessas premissas comuns, observa-se, na comparação entre as estruturas examinadas, uma grande variação, tanto no que diz com os elementos que os autores inserem no antecedente e no consequente normativo, quanto no que concerne à modalização deôntica da conduta.

Ademais, embora todos eles entendam que não pode haver norma jurídica sem sanção, de modo que toda norma jurídica “completa” deve ser dotada de sanção, apenas TÁCIO LACERDA GAMA procura traduzir a sanção das normas de competência em termos formais, ao conceber uma estrutura para o que denomina “norma sancionadora da competência”.

Para ampliar o efeito comparativo da análise, aglutinando os destaques aos pontos positivos e negativos de cada proposta, proceder-se-á, abaixo, a um exame que parte dos elementos comuns das estruturas normativas concebidas em cada uma delas, a saber: (i) hipótese; (ii) funtores inter e intraproposicional; (iii) consequente; (iv) sanção.

### 3.3.5.2 A hipótese

Na comparação entre as hipóteses das três estruturas, o primeiro item que chama a atenção está em que, enquanto SANTI, PEIXOTO e MENDONÇA a concebem como o descritor do fato de determinado sujeito ser uma pessoa política (hs v Cm) em determinado território e em dado espaço territorial [ho v Ce.Ct], GAMA, adotando perspectiva bastante diversa, afirma que, na hipótese, está a “... *descrição hipotética do fato produtor de normas...*”, isto é, do ato de enunciar uma norma, que só pode ser realizado por determinado sujeito (s) em dado espaço (e) e tempo (t) e segundo determinado procedimento (p ou p1, p2, p3 etc...), tudo de forma a compor o “... *modo de realização do verbo enunciar...*”.

Para os três primeiros, portanto, o **núcleo da hipótese** é o “ser pessoa política”; para GAMA, é o “enunciar norma”. Para aqueles, o **procedimento** está no consequente (cp v Lf); para este, está no antecedente [p (p1, p2, p3...)].

A nosso ver, a proposta de MENDONÇA apresenta, no tocante à hipótese, o seguinte problema: para que um sujeito seja competente, gozando da prerrogativa de editar, validamente, uma determinada classe de normas de incidência tributária, não basta que seja uma pessoa política; é preciso, também, que pertença à classe das pessoas especificamente indicadas pela Constituição para tanto ( $s \in C_{sx}$ ). É preciso, em outras palavras, que, ademais de ser pessoa política, o sujeito cuja possibilidade de ação se analisa seja “a” pessoa ou “uma das” pessoas políticas às quais a Constituição outorgou competência. Sem isso, não há credenciamento para a prática válida do ato normativo.

É seguro, não obstante, que essa dificuldade poderia ser contornada, mediante uma mínima alteração na saturação da variável proposicional proposta (Cm), isto é, na identificação do que ela representa, com a substituição do “ser pessoa política” pelo “ser ‘a’ – ou ‘uma das’ – pessoa(s) política(s) indicada(s) pela Constituição”, como fizeram SANTI e PEIXOTO, ao descrever a hipótese como “*Se fulano é a pessoa política A*”. Por isso, essa primeira objeção não investe tão decisivamente contra a tentativa de reconstrução formal apresentada pela autora.

O mesmo não se pode dizer, porém, da proposta apresentada por GAMA para a hipótese. Ela causa alguma perplexidade, pois o autor não parece indicar, ali, as condições que fazem surgir o direito de editar/enunciar a norma, como se

esperaria encontrar na estrutura de uma norma de conduta. Muito diversamente, a sua hipótese descreve, desde logo, o exercício desse “direito” de editar a norma, consistente na prática do que chama de “... *fato produtor de normas...*”, aliás, tanto é assim que o autor já insere, nessa mesma proposição, o procedimento [p (p1, p2, p3...)], concebido justamente como a ferramenta que viabiliza a prática da conduta de pôr a norma.

Ora, a questão que a tese de GAMA suscita é a seguinte: se o “direito subjetivo” de praticar a conduta consistente em editar a norma só surge no consequente, como previsto na estrutura por ele cunhada, então como pode o antecedente já conter o exercício desse mesmo direito, indicando inclusive o meio de exercê-lo? Como pode a hipótese conter a “... *descrição hipotética do fato produtor de normas...*”, se o direito à produção da norma – isto é, à prática do “fato produtor de normas” – só surge no consequente?

Em outras palavras, se a competência tributária se manifesta, como diz PAULO DE BARROS CARVALHO, “... *ao desencadearem-se os mecanismos jurídicos do processo legislativo...*” – vale dizer, se o desencadeamento dos mecanismos do processo legislativo já é uma manifestação do exercício da competência tributária, – como, então, pode-se conceber que essa competência só surja no consequente, depois do processo legislativo <sup>436</sup>?

Parece haver aí uma inaceitável inversão na lógica das proposições unidas por conectivo condicional. Afinal, se a conduta de “regular uma determinada matéria por meio de um dado procedimento” corresponde a um só comportamento, não parece lógico que uma parte dessa conduta única esteja no antecedente e a outra parte esteja no consequente.

Por isso, as estruturas concebidas por SANTI, PEIXOTO e MENDONÇA, neste ponto particular do núcleo da hipótese, parecem preferíveis para representar a descrição do fato que dá ensejo à outorga da competência, caso fosse mesmo possível concebê-la como uma típica estrutura prescritiva.

A estrutura por eles concebida, aliás, é mais parecida com a referida por PAULO DE BARROS CARVALHO, no seguinte exemplo: “‘*Antecedente*’: *dado o fato da existência do órgão legislativo municipal. ‘Consequente*’: *deve ser a competência para que esse órgão edite normas sobre o ISSQN*”. Por isso mesmo, não deixa de

---

<sup>436</sup> PAULO DE BARROS CARVALHO, *Curso...* *op.cit.*, p. 291.

ser curioso que o próprio mestre paulista remeta à obra de GAMA como referência no tratamento da questão <sup>437</sup>.

Por fim, as três propostas examinadas são coincidentes em advertir para a necessidade de inserir na hipótese normativa as **referências de tempo e espaço** [ho v ce.ct v e.t], que precisam ser observadas para que se produza a norma válida.

Ao fazê-lo, atentam, em primeiro lugar, para o fato de que, embora, em regra, a Constituição não o faça, em alguns casos, como no da competência para a instituição do imposto extraordinário (art. 154, II) e no dos empréstimos compulsórios (art. 148, I e II), a Carta efetivamente condiciona o surgimento da própria prerrogativa de legislar a circunstâncias de fato, como a ocorrência de guerra externa ou sua iminência.

Também atentam, em segundo lugar, para o fato de que há competências cuja outorga é limitada no tempo, como aquelas conferidas para a instituição do Imposto Provisório sobre Movimentações Financeiras e de seu sucedâneo, a Contribuição Provisória sobre Movimentações Financeiras <sup>438</sup>.

Por fim, resta acrescentar que, da mesma forma que há indicação de lapsos temporais ou circunstâncias determinadas, em que o exercício da competência é possível, nada impede que haja a indicação de lugares específicos para o exercício válido da competência legislativa, pela pessoa que detém a prerrogativa de fazê-lo, embora, normalmente, essa indicação esteja implícita na referência ao procedimento. Seja como for, a inserção das referências de tempo e espaço, no antecedente da norma de competência, tal qual feita pelos autores examinados, parece mesmo adequada.

---

<sup>437</sup> **Direito Tributário: Fundamentos...**, *op. cit.*, p. 65 e 60, nota 28-A.

<sup>438</sup> Aliás, casos como esses inclusive têm levado alguns doutrinadores a negar que a “incaducabilidade” seja um dos traços da competência tributária, ao contrário do que é corrente afirmar. Há, contudo, é bem verdade, outra perspectiva da característica da “incaducabilidade”, em que afirmá-lo não quer significar (i) a impossibilidade de a prerrogativa de exercer a competência ter sua extensão limitada no tempo, mas, sim, (ii) a impossibilidade de o seu não-exercício conduzir à perda da competência. Sob essa segunda perspectiva, parece-nos possível manter, sem ressalvas, a afirmação dessa característica das competências tributárias.

### 3.3.5.3 Os conectivos inter e intraproposicional

Passando adiante, observa-se que, se, no que diz respeito ao **conectivo interproposicional** ( $D \vee \rightarrow$ ), não parece haver grandes discrepâncias entre as três propostas de formalização – uma vez que todas concebem a fórmula toda como regida por um “functor-de-functor” neutro, a revelar a existência de um nexo de imputação, próprio da lógica convencional, normativa, em oposição ao nexo de causalidade, próprio da lógica alética ou apofântica, – o mesmo não se pode dizer do **functor intraproposicional**, operador lógico que rege a relação jurídica estabelecida no consequente.

Afinal, enquanto SANTI e PEIXOTO só concebem a possibilidade de a conduta do sujeito competente para editar a norma jurídica de incidência tributária ser regida pelo modal “permitido” – afinando-se, neste ponto, com o que parece ser o pensamento de FERRAZ JÚNIOR<sup>439</sup>, – GAMA e MENDONÇA também consideram a possibilidade de, ao menos em tese, ser o exercício da competência regido pelo modal “obrigatório”.

A despeito desse ponto comum, a diferença entre os dois últimos autores, no tocante a esse particular, está em que, enquanto GAMA concebe a existência efetiva de competências tributárias cujo exercício é obrigatório, inclusive fazendo alusão à obrigatoriedade do exercício da competência para a instituição do ICMS, MENDONÇA não considera que haja uma real obrigação de instituição desse imposto, por não haver sanção cominada para a hipótese de seu descumprimento<sup>440</sup>.

<sup>439</sup> Para TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, as “... normas de competência têm a estrutura de normas permissivas, isto é, seu dever-ser é expresso por meio de conjutores do tipo: ‘é autorizado, é facultado, pode, cabe’, que constituem as chamadas permissões fortes” – *Competência tributária Municipal*, **Revista de Direito Tributário**, nº. 54 p. 159. É preciso mencionar, não obstante, que DANIEL MONTEIRO PEIXOTO reconhece a existência de diversas competências cujo exercício é obrigatório, como fica claro em sua obra relativa às competências para aplicação do direito tributário – é o caso da competência para o lançamento de ofício, por exemplo – **Competência Administrativa...**, *op. cit.*, p. 154.

<sup>440</sup> Nesse ponto, GAMA adere parcialmente às observações de PAULO DE BARROS CARVALHO e de ROQUE CARRAZZA quanto à obrigatoriedade de instituição do ICMS, fundada no art. 155, §2º, XII, *g*, da Constituição, no caráter eminentemente nacional deste tributo e no prejuízo que a omissão de sua instituição, por qualquer dos sujeitos competentes, traria para o equilíbrio da Federação. Diz-se que ele adere parcialmente porque afirma que “Essa observação não merece retoques se a competência para instituir o ICMS for entendida como competência incondicionada, outorgada a apenas um sujeito, no caso os Estados e o Distrito Federal”. Porém, “... se o

Aliás, por idêntica razão, é de se supor que a autora diria o mesmo da competência para a instituição das contribuições previdenciárias dos servidores federais, estaduais, distritais e municipais, introduzida pela Emenda Constitucional nº 41/2003 – artigos 40, §18 e 149, §1º, da Constituição Federal, – a despeito do caráter aparentemente imperativo das disposições constitucionais por meio das quais são outorgadas tais competências, as quais, ao se valerem de palavras como “incidirá” e “instituirão”, parecem impor às pessoas políticas a instituição de tais tributos.

Essa posição de MENDONÇA, no sentido de negar a obrigatoriedade da instituição de um tributo apenas em razão da inexistência de sanção para a hipótese de descumprimento da obrigação, não parece defensável, em razão das considerações anteriores quanto ao fato de a sanção não ser condição de existência das normas jurídicas, mas apenas condição de sua eficácia.

É, dizer, o fato de, supostamente, não haver sanção para o Estado que deixar de instituir o ICMS, por exemplo, não significa, de modo algum, que ele não tenha o dever de instituí-lo. Significaria, apenas, se fosse mesmo o caso de não haver sanção para essa hipótese, que a norma que estabelece esse dever é ineficaz, por não ser capaz de dissuadir o Estado renitente de optar pela omissão ilícita <sup>441</sup>.

Seja como for, parece-nos absolutamente correta a posição de MENDONÇA e GAMA quando consideram a possibilidade, ao menos hipotética, de o exercício da competência tributária ser obrigatório.

É interessante observar, porém, que nenhum dos quatro autores cogita, sequer hipoteticamente, da possibilidade de o exercício válido da competência tributária ser proibido. Parecem entender que, se o exercício da competência estiver

---

*CONFAZ, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, dispuser sobre a possibilidade de ser concedida redução de alíquota ou concessão de isenções, os Estados poderão ratificar o convênio e alterar a forma de incidência do imposto*, de modo que, nesse caso, não haverá que se falar em obrigatoriedade do exercício - **Competência Tributária...**, *op. cit.*, p. 280.

<sup>441</sup> Na verdade, sequer a inexistência de sanção, neste caso, é certa, pois ROQUE ANTONIO CARRAZZA, por exemplo, concebe a possibilidade de o Estado omissor ser condenado a pagar uma indenização aos demais pelo descumprimento do dever de editar a norma de incidência. Diz ele: “... não vemos como compelir o Poder Legislativo de um Estado (ou do Distrito Federal) a criar o ICMS. O máximo que podemos aceitar é que as demais pessoas políticas competentes para criar este imposto podem bater às portas do Poder Judiciário (STF, ex vi do art. 102, I, f, da CF) e, lá, postular o ressarcimento dos prejuízos (sofridos ou iminentes) causados por tal omissão” – **Curso de Direito Constitucional...**, *op. cit.*, p. 641.

proibido, é porque, em rigor, não há competência, e sim imunidade, a inquinar de nulidade as normas editadas pelo sujeito que infringir essa proibição.

Essa visão parece-nos equivocada, pois nada impede que o exercício de uma competência tributária seja possível – como fato que dá ensejo a uma norma de incidência tributária válida – e, não obstante, seja também proibido ao sujeito competente e, inclusive, sancionado.

É fato que não existe, concretamente, uma norma constitucional que proíba o exercício válido de uma competência tributária; nada impede, porém, que se cogite essa possibilidade.

Pense-se, por exemplo, numa norma, veiculada por meio de uma emenda constitucional, que habilitasse os Municípios a instituir um tributo sobre fato jurídico inicialmente não elencado no rol de suas competências originárias, mas, ao mesmo tempo, proibisse-os de exercer essa competência, ao cominar, para o caso de o imposto vir a ser efetivamente instituído pelo sujeito competente, uma consequência negativa qualquer, como a perda do direito à percepção de transferências obrigatórias ou voluntárias de receitas de impostos, ou a obrigação de pagamento de uma multa ou de uma indenização a terceiros. Numa situação dessas, qualquer Município poderia usufruir da competência, caso em que produziria uma norma de incidência tributária plenamente válida, que obrigaria os seus destinatários a observá-la, muito embora ficasse sujeito à aplicação dessa penalidade, em razão de ter violado a norma proibitiva.

Poder-se-ia argumentar que, numa situação dessas, não haveria verdadeira violação a uma proibição, mas, tão-somente, a aplicação de uma sanção, vista como consequência abstratamente cominada para a realização de um ato cuja prática se desejava desestimular. Esse raciocínio, note-se, admite o caráter sancionador da consequência prevista, mas nega que a sanção esteja necessariamente ligada à violação de uma proibição.

Porém, como diz LAGERSPETZ, *“Parece haber algún tipo de conexión esencial entre el concepto de sanción (o castigo) y el deber (u obligación)...”*<sup>442</sup>.

Isso se dá, segundo MENDONÇA infere, a partir das categorias concebidas por SEARLE, porque a norma que comina a sanção punitiva consiste em um *“... acto de habla indirecto...”*, isto é, um ato em que *“... el hablante comunica al oyente más*

---

<sup>442</sup> *Normas y Sanciones, In La Normatividad del Derecho*, p. 51

*de lo que efectivamente dice...*”<sup>443</sup>. Para o autor, as orações que cominam sanções, “... *al amenazar (directamente) con un castigo para el caso de ejecución (u omisión) de cierta acción, prescriben (indirectamente) la omisión (o ejecución) de dicha acción*”<sup>444</sup>.

KELSEN, a seu turno, afirma expressamente a existência de uma relação necessária entre sanção punitiva e ilícito, isto é, entre pena e proibição – ou dever de omissão, – dizendo o seguinte:

Na medida em que o ato de coação estatuído pela ordem jurídica surge como reação contra a conduta de um indivíduo pela mesma ordem jurídica especificada, esse ato coativo tem o caráter de uma sanção e a conduta humana contra a qual ele é dirigido tem o caráter de uma conduta proibida, antijurídica, de um ato ilícito ou delito - quer dizer, é o contrário daquela conduta que deve ser considerada como prescrita ou conforme ao Direito, conduta através da qual será evitada a sanção<sup>445</sup>.

De fato, ao se estabelecer uma sanção – no sentido estrito de consequência negativa, isto é, de penalidade ou castigo<sup>446</sup> – o que o emissor da norma faz é tentar dirigir a conduta do destinatário, induzi-lo a se comportar de modo a evitar a sanção, para o que deverá omitir a conduta que constitui a hipótese de aplicação da norma sancionadora.

Isso parece conduzir à conclusão de que, se existe a previsão de sanção para uma determinada conduta – como nos casos acima cogitados, – é porque há, na norma primária, uma proibição à sua prática, a prescrição do dever de omiti-la, o ato de fala destinado à direção da conduta. Em casos como esses, o legislador assume que ao sujeito “é possível” comportar-se num determinado sentido, mas, por entender que ele “não deve” se comportar de tal maneira, comina uma consequência negativa para o caso de vir a fazê-lo.

<sup>443</sup> *Las Claves...*, *op. cit.*, p. 85-86.

<sup>444</sup> *Idem*.

<sup>445</sup> KELSEN, *Teoria Pura...*, *op. cit.*, p. 24. O grande problema da teoria kelseniana está, a nosso ver, pelas razões que procuramos deixar claras no primeiro capítulo, em afirmar que a sanção validamente estabelecida é condição não apenas suficiente, mas suficiente e necessária, para que exista uma proibição.

<sup>446</sup> Que não corresponde, evidentemente, ao único sentido possível de “sanção”, já que, ao lado das sanções punitivas também há, como normalmente se reconhece, as sanções premiativas.

Seguindo por outro caminho, poder-se-ia argumentar, também, que, numa hipótese como a descrita, submeter-se à possibilidade de perder o direito a receber o produto de transferências, ou à obrigação de pagar uma multa ou indenização, não seriam sanções punitivas, mas simples condições para a criação do tributo. Isto é, o sujeito competente, para poder editar validamente o tributo, simplesmente teria de cumprir com a condição de se sujeitar a alguma dessas consequências negativas.

Para verificar o equívoco desse raciocínio, porém, basta observar, numa redução ao absurdo, que o mesmo poderia ser dito, por exemplo, em relação à prática do homicídio, já que, em certo sentido, qualquer pessoa “pode” cometer homicídios, com a condição de ficar sujeita à pena privativa de liberdade, por um prazo entre seis e vinte anos, tal como estabelecido pelo artigo 121 do Código Penal. Aliás, não deve faltar quem efetivamente faça esse cálculo macabro.

Ao que nos parece, a possibilidade de invocar esse argumento apagógico revela a falsidade da premissa segundo a qual a submissão à consequência negativa equivaleria, no exemplo acima, a uma condição para a criação válida do tributo. O erro está em confundir as condições cuja observância é necessária para a criação válida de um tributo, vale dizer, as condições sem as quais não se cria validamente um tributo – como o respeito ao procedimento – e as consequências negativas previstas precisamente para o caso de se criar, validamente, o tributo. No primeiro caso, o que se têm são “ônus”, que condicionam a validade do agir do sujeito; sem observá-los, o sujeito não conseguirá praticar um ato válido. No segundo, o que se tem é, pelo contrário, uma “ordem” para que o sujeito não pratique o ato válido de instituição do tributo, o qual, não obstante, ele conseguirá praticar, independentemente de lhe ser exigido ou não o cumprimento da sanção.

Alguém poderia objetar, ainda, que outorgar uma competência para a instituição do tributo e, ao mesmo tempo, proibir o seu exercício, seria incoerente, sob o ponto de vista teleológico, pois, se o legislador confere competência a alguém para instituir um tributo, não tem razão para proibir tal prática.

Talvez isso seja mesmo verdade; sabe-se, porém, que nem sempre o legislador segue os melhores caminhos da razão prática, e isso, via de regra, não é condição suficiente para infirmar a validade dos enunciados que produz. A objeção

questiona a existência de uma justificativa plausível para a hipótese, mas não infirma a possibilidade lógica de uma situação tal como a descrita <sup>447</sup>.

Por tudo isso, embora se trate de exemplos formulados “*de iure condendo*”, eles parecem deixar clara a distinção entre a regulação das condições da validade do exercício da competência tributária e a regulação deôntica de seu exercício – isto é, sua qualificação como “permitido”, “proibido” ou “obrigatório”. Com efeito, o sujeito que não tem competência para instituir um determinado tributo sequer tem condições de agir validamente para instituí-lo; se tentar instituí-lo, em rigor, não produzirá o tributo, mas outra coisa; já um sujeito competente para instituir um tributo pode vir a ser proibido de fazê-lo, sem que se lhe suprima a possibilidade de fazê-lo validamente.

Ao que nos parece, a confusão que usualmente se faz entre essas figuras está em que, quando se pensa no estado “proibido” de uma conduta, tende-se a concebê-lo como um estado de impotência, que torna interdita ao sujeito a quem se dirige a proibição a possibilidade de violá-la.

No entanto, é seguro, por um lado, que a conduta “proibida” não pode ser uma conduta “impossível”; antes, e pelo contrário, só faz sentido “proibir” condutas “possíveis”, isto é, só faz sentido usar a linguagem para “dirigir” uma conduta, de modo prescritivo, quando é logicamente possível que o destinatário da mensagem normativa se comporte no sentido oposto ao dessa direção.

De outro lado, e por isso mesmo, é também certo que o sujeito contra quem se volta a proibição pode “escolher” praticar o ilícito, pode “optar” pela infração ao

---

<sup>447</sup> De qualquer forma, também parece possível pensar em casos em que essa justificação teleológica para conferir competência e, em certa medida, proibir o seu exercício, existiria. Pense-se, por exemplo, na hipótese de um sujeito que recebe competência para instituir um tributo, mas, ao mesmo tempo, fica obrigado a estabelecer algumas isenções, afastando certas situações, pessoas ou objetos do campo de incidência da norma tributária. Uma hipótese como essa faria todo o sentido, ainda que o sujeito responsável por conferir a competência pudesse obter o mesmo resultado mediante o estabelecimento de uma imunidade, e não mediante um “comando de isentar”. Esse comando de isentar representaria, ao que nos parece, uma proibição ao exercício da competência, uma proibição à prática da tributação em determinadas hipóteses, e não uma hipótese de incapacidade para tributar validamente. Afinal, se a permissão para exercer uma competência, instituindo um tributo, é uma permissão para obrigar alguém a pagar o tributo sempre que ocorrido determinado fato (“permitido obrigar que *p*”, isto é “POp”), então o comando de isentar pode ser lido como uma “proibição de obrigar que *p*”, isto é VOp, ou O~Op. Ou seja, num caso em que houvesse um “dever de isentar”, ao invés de uma imunidade, o sujeito conservaria intacta a sua competência para tributar, mas teria o dever de não exercê-la. Se exercesse a competência e criasse um tributo ali onde deveria haver uma isenção, a norma de incidência tributária, em si, seria válida, embora o sujeito competente estivesse praticando um ato proibido, que poderia, eventualmente, levar à aplicação de uma sanção punitiva.

comando negativo, seja por julgar que o comportamento vedado, a despeito da sanção, lhe é vantajoso – caso em que a sanção abstratamente cominada será considerada insuficiente para desestimular o comportamento “proibido”, – seja por considerar que é possível escapar à aplicação ou ao cumprimento da penalidade cominada para a infração.

Neste ponto começa a ficar mais clara a distinção entre a “proibição do exercício da competência” e as imunidades. Quando o exercício da competência é proibido, o sujeito competente pode – tem, na expressão de ATIENZA e RUIZ MANERO, a “possibilidade institucional” de – atuar validamente, isto é, de praticar um ato “com sentido” no sistema normativo de referência; apenas “não deve” fazê-lo; onde existe uma imunidade, isto é, uma área de incompetência, o agente sequer tem condições de atuar validamente. Seu agir será nulo, isto é, não terá o sentido daquele ato para cuja prática outorgou-se competência, ainda que possa ter outro sentido, em razão do que estiver estabelecido por outras normas do sistema.

Um exemplo extrajurídico talvez possa clarificar melhor essa situação. Numa partida eliminatória da Copa do Mundo de futebol de 2010, no último minuto da prorrogação, um jogador da seleção uruguaia interceptou com a mão uma bola que seguia em direção ao gol por sua equipe defendido. As sanções previstas nas disposições normativas que regulam o jogo foram todas devidamente aplicadas pelo árbitro: a penalidade máxima foi assinalada e o infrator foi expulso. No entanto, o jogador da seleção adversária errou a cobrança do tiro livre e a disputa foi para a cobrança alternada de pênaltis, donde a seleção uruguaia saiu classificada.

Ora, na situação narrada, a opção pelo ato ilícito, de bloquear a bola com as mãos, não só era possível ao jogador, na linguagem do jogo, como foi por ele efetivamente exercida, com evidente vantagem, já que a equipe por ele defendida restou, ao final, classificada. Nem por isso, obviamente, essa conduta deixou de ser ilícita, tanto que deu ensejo à aplicação das sanções previstas na regra do jogo – expulsão e pênalti.

Deve-se destacar, porém, que a conduta do jogador, de pôr a mão na bola, era plenamente dotada de sentido no sistema do jogo, o que significa que o infrator era “capaz” de cometê-la, isto é, era “competente” para cometê-la. A situação seria muito diferente, note-se, se não fosse um jogador a colocar a mão na bola, mas o árbitro, um repórter ou um torcedor. Essa, sim, seria uma conduta que o sistema não reconheceria como possível, como relevante, como dotada de sentido, como hábil a

produzir efeitos no sistema normativo em que consiste o jogo de futebol. Daí dizer-se que o árbitro, o repórter ou o torcedor são incapazes, inábeis, inidôneos, incompetentes para cometer pênaltis, o que absolutamente não significa que eles estejam “proibidos” de cometer pênaltis.

A essa altura, alguém poderia argumentar, contra essas observações, que todo ato jurídico praticado com infração a alguma proibição seria um ato nulo.

Esse argumento, porém, não encontraria respaldo, primeiro, na lógica das normas, pois, ao longo deste texto, foram oferecidos diversos exemplos de atos que, embora proibidos, são plenamente dotados de validade, produzindo, por isso, todos os efeitos que lhes são próprios.

Não encontra respaldo, também, no direito positivo nacional. Observe-se, à guisa de exemplo, que o Código Civil, ao tratar da validade dos atos e negócios jurídicos, estabelece que é nulo o ato quando, entre outras hipóteses, “a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção” – artigo 166, VII. Ora, interpretada “*a contrario sensu*”, essa disposição veicula uma norma segundo a qual, se há sanção específica cominada para a prática do negócio, então ele não é nulo, muito embora seja, sem dúvida, proibido.

Não encontra respaldo, por fim, na tradição do pensamento jurídico ocidental, pois é de longuíssima data – remonta, segundo REALE, aos “...*expositores medievais do Direito Romano...*” – a distinção entre as normas (i) “*plus quam perfectae*”, (ii) “*perfectae*”, (iii) “*minus quam perfectae*” e (iv) “*imperfectae*”, assim classificadas, respectivamente, segundo de sua inobservância resulte (i) tanto nulidade quanto sanção, (ii) apenas nulidade, (iii) apenas sanção ou (iv) nenhum dos dois – como nas chamadas “obrigações naturais”<sup>448</sup>.

Por aí se vê que a nulidade pode estar acompanhada de sanção (responsabilização) ou não, o que indica serem os dois conceitos absolutamente independentes um do outro, embora possam ser, e frequentemente são, ambos aplicáveis, concomitantemente, a uma mesma situação fática.

No caso de um ato nulo ser considerado também proibido, sê-lo-á não com fundamento na mesma regra que regula a sua validade, mas, sim, com base numa regra de conduta que toma o seu comportamento como qualificado de maneira diversa. É o caso, como visto no capítulo anterior, do ato de requisição de bens,

---

<sup>448</sup> **Lições Preliminares...**, *op. cit.*, p. 126.

praticado, pela União, sem a prévia decretação regular do estado de sítio. Ao não se qualificar como uma relação jurídica própria do estado de sítio – sendo, portanto, “nula”, para o fim de atrair o regime jurídico daquele específico estado excepcional – caracterizar-se-á como uma simples hipótese do esbulho possessório, cuja prática está proibida por outra norma do sistema.

Enfim, depois dessa longa digressão, pode-se dizer que, justamente por inserirem a relação entre competência e validade das normas de incidência numa estrutura prescritiva, nenhuma das três propostas de formalização examinadas dá conta de explicitar as diferenças que existem entre “competência” e “permissão do exercício da competência”, entre “imunidade” e “proibição do exercício da competência” e entre “nulidade” e “sanção”. A outorga da competência aparece, em todas elas, ou como a “permissão de exercer a competência” ou como “obrigação (que pressupõe permissão) de exercê-la”, enquanto a imunidade é vista como uma espécie de “proibição” à prática de um ato.

O problema é que se fosse mesmo assim, numa hipotética norma como a antes vislumbrada, em que o exercício da competência tributária é proibido, sem prejuízo da validade da norma editada, conceber a respectiva outorga como uma permissão, ou mesmo como um comando de exercê-la, obrigaria a descrever essa situação como um caso de antinomia, demandando uma solução segundo as regras estabelecidas para a superação de conflitos entre normas incompatíveis. Ocorre, todavia, que a situação descrita não se qualifica como uma situação de antinomia, de incompatibilidade entre normas, porque é plenamente viável a manutenção de ambas as normas – a que outorga competência para a prática de atos válidos e a que proíbe o seu exercício, – sem que se manifeste qualquer relação de contradição ou contrariedade no sistema.

Por isso, a proposta de conceber a regra que outorga a competência tributária como uma permissão de exercer a competência é problemática. E esses problemas ficam mais evidentes quando se examinam o conseqüente das propostas teóricas referidas e, sobretudo, a proposta apresentada por TÁCIO LACERDA GAMA para a sanção, como veremos nos próximos tópicos.

### 3.3.5.4 O conseqüente

As três propostas de formalização analisadas indicam, no conseqüente, pelo menos (i) o sujeito competente [cs v Cp v S] e (ii) os limites materiais de sua atuação [(m-i.d.r) v (Lm) v m (s.e.t.c)].

A despeito disso, observam-se, pelo menos, sete diferenças entre os elementos que os autores inserem nas estruturas normativas que propõem.

Em primeiro lugar, embora todos indiquem, no conseqüente, a presença do **sujeito competente**, como aquele “capaz” de editar a norma, enquanto SANTI, PEIXOTO e MENDONÇA inserem nessa posição os “órgãos” credenciados ao exercício da competência legislativa – “cs” na estrutura daqueles; “Cp”, na estrutura desta, – GAMA não aponta para o órgão, mas para a “pessoa política” (“S”) capaz de criar a norma de incidência tributária.

Nesse aspecto, a razão parece estar com o último autor, pois os “órgãos” nada mais são do que meios pelos quais a “pessoa política” manifesta a sua vontade, razão pela qual sua indicação poderia, inclusive, restar pressuposta na referência ao “procedimento”. O titular da prerrogativa de editar a norma será, sempre, a “pessoa política”, isoladamente ou em conjunto com outras, e não os órgãos por meio dos quais exprime e busca satisfazer os seus desígnios<sup>449</sup>.

O segundo ponto de distinção está em que SANTI e PEIXOTO, talvez por mero esquecimento, simplesmente não indicam em sua estrutura o **sujeito passivo** da relação jurídica que concebem, o que é devidamente cumprido por MENDONÇA (“sp”) e GAMA (“p”), de maneira coerente com a premissa, por eles assumida, de que a estrutura da norma de competência é prescritiva.

No entanto, num terceiro ponto, para estes últimos parecem variar tanto o sujeito passivo como o **sujeito ativo** da relação jurídica, conforme se trate de uma relação de competência regida pelo modal “permitido” ou pelo modal “obrigatório”.

Quando se trata de uma relação “permissiva”, o sujeito ativo apontado por ambos é o próprio sujeito competente, como detentor do “direito subjetivo” de editar

---

<sup>449</sup> Ao aludir à competência para editar conjuntamente uma mesma norma de incidência, pensa-se, aqui, na competência outorgada a todos os Estados para, conjuntamente, interferirem nas normas de incidência do ICMS editadas por cada um deles, por meio da concessão de benefícios tributários, o que fazem por meio das deliberações do CONFAZ e dos convênios.

a norma. Já o polo passivo da relação é ocupado pelos destinatários da norma, sejam os destinatários imediatos (sujeição passiva forte) – aqueles que têm legitimidade para questionar a validade da norma, – sejam os destinatários remotos (sujeição passiva fraca) – aqueles que só devem “saber” da existência da norma. A eles incumbiria o “dever jurídico” de respeitar a edição da norma, não opondo obstáculos para tanto.

Já quando se trata de uma relação regida pelo modal “obrigatório”, o sujeito ativo é “a comunidade”, como detentora do “direito” de exigir a edição da norma, enquanto o sujeito passivo é o sujeito competente, que tem o “dever” de editar a norma.

Ambos os autores parecem conceber a existência, na disciplina da competência, de um feixe de relações jurídicas prescritivas, de modo que *“Aquilo que é dever para o agente competente é direito dos demais sujeitos passivos; inversamente, o que for dever dos sujeitos passivos é direito dos sujeitos competentes”*<sup>450</sup>.

Num primeiro momento, essa posição parece absolutamente sustentável, em razão de que, quando se concebem duas relações simultâneas, uma de “permissão”, outra de “obrigação”, não aparece contradição lógico-deontica entre elas, porque a relação entre as permissões e obrigações não é de contradição, nem de contrariedade, mas de mera subalternidade, como observado no primeiro capítulo<sup>451</sup>. Não por acaso, aliás, faz todo sentido dizer que “aquilo a que se está obrigado está, também, logicamente permitido”.

Isso parece significar que, para ambos os autores, o sujeito competente tem uma “permissão” de editar a norma de incidência tributária, embora possa, também, ter o “dever” de editá-la. Trata-se, ao que parece, de um daqueles casos em que se costuma falar em “dever-poder”, figura bastante comum no Direito Público.

No entanto, quando se concebe a possibilidade de haver “proibição do exercício da competência normativa”, sem prejuízo da validade da norma que venha a ser editada – como nos casos, *“de lege ferenda”*, em que o exercício válido da competência tributária conduz à aplicação de uma sanção ao sujeito competente, tais como os imaginados no tópico anterior, – a solução de conceber a existência

---

<sup>450</sup> TÁCIO LACERDA GAMA, *Competência Tributária...*, *op. cit.*, p. 86.

<sup>451</sup> Item 1.2.3.2.2, *supra*, p. 38.

simultânea de duas relações de carácter prescritivo resulta simplesmente insatisfatória.

Isso porque, caso fosse proibido o exercício da competência tributária – por uma norma primária cuja norma secundária contemplasse uma sanção para o caso de a competência vir a ser exercida, – a manutenção de uma relação simultânea de permissão (a permissão do direito de criar a norma) geraria contradição, enquanto a manutenção de uma relação simultânea de obrigação geraria contrariedade, segundo o quadro de oposições lógico-deôntico.

Afinal, o sujeito competente seria, nesse caso, concomitantemente, “credor” do direito de editar a norma e “devedor” da conduta de abster-se de fazê-lo. No entanto, caso tivéssemos mesmo um caso de “proibição do exercício da competência tributária” – que não se confunde com “imunidade”, – não haveria situação de contradição, nem de contrariedade, pois, a despeito da proibição – e, eventualmente, até mesmo da aplicação da sanção contra o sujeito competente – seria perfeitamente possível conceber como válida a norma de incidência tributária por ele editada.

Essa proposta está a indicar que a “validade” da norma de incidência tributária editada pelo sujeito competente não tem relação alguma com o “*status*” “permitido” da conduta de editá-la. E, ao que parece, é justamente por isso que a proposta apresentada pelos autores não daria conta dessa possibilidade.

Em suma, o que parece é que a compatibilidade lógica dos estados “permitido” e “obrigado”, que decorre da relação de subalternidade – não contrária e não contraditória – dos dois modais deônticos, acaba obscurecendo, nos modelos de GAMA e MENDONÇA, a distinção entre a regulação da outorga da competência e a regulação prescritiva de seu exercício, impedindo, também, que se estabeleça uma distinção adequada entre “imunidade” e “proibição do exercício da competência”.

Em quarto lugar, outra diferença entre as propostas analisadas está em que, como vimos na análise crítica da hipótese, enquanto SANTI, PEIXOTO e MENDONÇA inserem no consequente o **procedimento** que o sujeito competente “tem de” observar para editar a norma (“cp” v “Lf”), GAMA deixa-o no antecedente, o que não parece fazer sentido, uma vez que, se o credenciamento para editar a norma só surge no consequente, o uso do meio apto ao desempenho dessa habilitação só pode ser um seu “*posterius*” lógico.

De fato, como diz Gabriel IVO, “*As normas que regulam o procedimento disciplinam [...] o modo de exercício do poder normativo conferido...*”, o que significa, a nosso ver, que não podem ser um pressuposto lógico para o surgimento desse mesmo poder <sup>452</sup>. Muito pelo contrário, conforme observa PAULO DE BARROS CARVALHO, o exercício da competência tributária “*Opera-se pela observância de uma série de atos, cujo conjunto caracteriza o procedimento legislativo...*”, o que significa que dar curso ao procedimento legislativo previsto para criar uma norma de incidência tributária já equivale a exercer, ou começar a exercer, a competência tributária <sup>453</sup>.

Em quinto lugar, enquanto SANTI, PEIXOTO e GAMA inserem no prescritor **elementos espaciais e temporais** [(“ct.ce”) v (“e.t.”)], observando que não só o surgimento da prerrogativa de legislar pode estar condicionado à observância de requisitos dessa natureza, como também a própria norma a ser instituída só poderá incidir em determinadas circunstâncias de tempo e espaço, MENDONÇA deixa as referências de tempo e espaço apenas na hipótese.

Todavia, embora isso não fique explícito na obra da autora, tudo leva a crer que as referências de tempo e espaço do conseqüente estão contidas naquilo que ela designa por “limitações materiais da competência” – isto é, limitações materiais da norma a ser instituída, – de modo que a distinção parece ser mais de forma e menos de fundo.

Em sexto lugar, enquanto apenas SANTI e PEIXOTO apresentam, na estrutura que concebem, um lugar específico para as **imunidades** (“i”), nenhum dos quatro autores insere expressamente os **princípios** na estrutura lógica da norma.

Não há dúvida, porém, de que tanto os princípios como as imunidades aparecem, implicitamente, nas estruturas de todos os autores.

GAMA, por exemplo, concebe as imunidades como “... *proposições que compõem a norma de competência tributária, restringindo um ou mais aspectos da sua materialidade...*”, entendendo, inclusive, que elas “... *nada mais representam que princípios...*” <sup>454</sup>.

<sup>452</sup> **Norma Jurídica...**, *op. cit.*, p. 16.

<sup>453</sup> **Curso...**, *op. cit.*, p. 266.

<sup>454</sup> **Competência Tributária...**, *op. cit.*, p. 243.

Da mesma forma, na estrutura de Cristiane MENDONÇA as imunidades e os princípios também aparecem implícitos na definição dos “limites materiais” da norma para cuja instituição o sujeito é dotado de competência <sup>455</sup>.

Aqui, talvez caiba apenas a observação de que os princípios, sejam aqueles “... *que fixam valores densamente indeterminados...*”, – como os da capacidade contributiva, da vedação à utilização de tributo com efeito de confisco, do mínimo existencial, da progressividade, da seletividade, da segurança jurídica, da razoabilidade *etc.*, – sejam os que fixam “... *limites ‘objetivos’...*” à atuação legiferante – como os princípios da legalidade, da anterioridade, da territorialidade da tributação, da não-cumulatividade *etc.*, – não colaboram apenas na definição da materialidade, isto é, do objeto da outorga da competência; não colaboram, em outras palavras, apenas para o desenho da regra-matriz de incidência, mas, também, para a indicação do sujeito apto a editar a norma de incidência com base nessa regra-matriz, bem como do procedimento e dos elementos de tempo e espaço que condicionam a validade de seu agir <sup>456</sup>.

Finalmente, em sétimo lugar, apenas SANTI e PEIXOTO destacam, expressamente, dentre os limites materiais à atuação do sujeito competente, a **destinação** vinculada do produto da arrecadação, no caso das contribuições especiais, e a previsão da **restituição** do produto da arrecadação ao sujeito passivo da relação jurídica tributária, no caso dos empréstimos compulsórios.

No entanto, CRISTIANE MENDONÇA também considera que os critérios utilizados para a classificação das espécies tributárias consistem “... *em verdadeiros limites materiais à ação legislativo-tributária das pessoas políticas...*” <sup>457</sup>.

Na mesma linha, TÁCIO LACERDA GAMA observa que a delimitação da competência se dá segundo três possíveis técnicas de atribuição – “matéria”, “finalidade” ou “matéria e finalidade” – e, nos casos em que a finalidade é relevante,

<sup>455</sup> Diz ela: “Os princípios constitucionais tributários, denominados pelo legislador constituinte como ‘limitações do poder de tributar’, auxiliam na demarcação da competência legislativo tributária”; [...] “... as normas constitucionais que fixam as hipóteses de imunidade tributária em verdade ajudam a fixar a moldura da competência legislativo-tributária”. E, por isso, “... alojamos os preceitos imunizantes fixados no Texto Constitucional de 1988 no âmbito do critério delimitador da autorização, contido no conseqüente da NCLT.” – **Competência tributária...**, *op. cit.*, p. 156 e 177-178.

<sup>456</sup> Sobre a função dos princípios na construção da regra-matriz de incidência, em tudo semelhante à que desempenham na conformação das regras de competência: CARLOS AGUSTINHO TAGLIARI, **Os Princípios e a Construção da Norma Jurídica Tributária**, p. 263–277.

<sup>457</sup> **Competência tributária...**, *op. cit.*, p. 150.

a falta de afetação jurídica do produto da arrecadação à finalidade prevista pela norma de competência “... *faz com que a norma* [de incidência tributária] *criada...*” fique sujeita “... *à decretação de sua invalidade*”<sup>458-459</sup>.

No tocante à inserção desses elementos – destinação e/ou restituição do produto da arrecadação, – implícita ou explicitamente, na estrutura das normas de competência relativas a contribuições especiais e empréstimos compulsórios, não poderíamos estar mais de acordo com os autores citados<sup>460</sup>.

### 3.3.5.5. A sanção

Por derradeiro, nota-se que, dentre as propostas examinadas, apenas a de TÁCIO LACERDA GAMA procura descrever, em termos formais, a norma secundária que, como norma sancionadora, integraria a estrutura dúplice da norma de competência, formulada em termos prescritivos. E ele o faz mediante a afirmação de que a nulidade – ou, mais precisamente, a “anulação” – é a espécie de sanção típica das normas de competência.

O autor parte do pressuposto de que, sob o ponto de vista dos aplicadores, – em oposição ao dos observadores, – as normas sempre ingressam validamente no sistema, independentemente de serem ou não compatíveis com as normas que regem a sua produção, de modo que a existência – pertinência ao sistema jurídico – é igual à validade normativa.

Assim, para que uma norma deixe de ser válida, isto é, deixe de existir no sistema, será sempre necessária a intervenção de um sujeito – o Estado-Jurisdição

<sup>458</sup> No mesmo sentido, aponta HUMBERTO ÁVILA que, para dizer quais são os fatos suscetíveis de tributação, a Constituição usa de três técnicas diferentes: 1) delimitação de comportamentos, reserva de poder ou estabelecimento de definições; 2) delimitação de comportamentos, reserva de poder ou estabelecimento de definições vinculados a finalidades; 3) delimitação das finalidades – **Sistema Constitucional...**, *op. cit.*, p. 258-259.

<sup>459</sup> **Competência Tributária...**, *op. cit.*, p. 227-228. Na mesma linha, diz PAULO DE BARROS CARVALHO que, “... *além de prescrever os dispositivos que fundamentam a regra-matriz de incidência tributária, a norma de competência determina, também, qual destino deve ser dado ao produto da arrecadação*” – **Direito Tributário, Linguagem...**, *op. cit.*, p. 235.

<sup>460</sup> É também nesse sentido o pensamento de MISABEL DERZI, para quem, “*Sem afetar o tributo às despesas expressamente previstas na Constituição, falece competência à União para criar contribuições*” – in ALIOMAR BALEEIRO, **Direito Tributário...**, *op. cit.*, p. 81.

– dotado de habilitação para extirpar do ordenamento o enunciado produzido sem a observância da norma (primária) de competência. Diz GAMA, nesse sentido, que

Os ilícitos nomogenéticos... não se presumem, tampouco são automáticos e infalíveis. Sendo o direito positivo um sistema dinâmico de normas, apenas com decisões exaradas por autoridades competentes – via de regra, titulares de competência jurisdicionais – é possível constituir a invalidade de uma norma. Noutra dizer, até que uma norma jurídica identifique o ilícito nomogenético (inconstitucionalidade, ilegalidade, nulidade...) e prescreva os efeitos desta ilicitude, a norma seguirá regulando condutas de modo coercitivo, por efeito da chamada presunção de validade<sup>461</sup>.

Essa ideia, com a qual o autor rejeita toda e qualquer possibilidade de se falar em “nulidade de pleno direito”, está claramente ligada à noção de cláusula alternativa tácita kelseniana, tanto que GAMA, no mesmo trecho acima transcrito, alude, em nota de rodapé, à seguinte passagem da obra de LOURIVAL VILANOVA:

A norma inconstitucional é válida enquanto não desconstituída pelo órgão com competência para tal. Mesmo normas N e não-N, contraditórias entre si, são ambas válidas, *alternativamente aplicáveis* aos atos administrativos, aos atos judiciais e aos próprios atos de legislação ordinária. Dizemos alternativamente, pois seria insolúvel o caso concreto com incidência de N e não-N. A inaplicabilidade simultânea não prejudica a simultânea validade<sup>462</sup>.

No entanto, a equiparação, empreendida por GAMA, entre a nulidade e a sanção, parece-nos bastante problemática, por diversas razões.

Em primeiro lugar, afirma ele que a hipótese da norma sancionadora consiste na descrição do descumprimento da “relação jurídica de competência” ([-c]), prescrita no consequente de sua estrutura normativa.

No entanto, o próprio autor traduz o fato que dá ensejo à aplicação da sanção – hipótese da norma sancionadora – como consistente na “... *violação daquilo que dispõem os condicionantes formais e materiais da norma de competência*”<sup>463</sup>.

<sup>461</sup> **Competência Tributária...**, *op. cit.*, p. 325-326.

<sup>462</sup> *Apud. Ibid.*, p. 325.

<sup>463</sup> TÁCIO LACERDA GAMA, **Competência Tributária...**, *op. cit.*, p. 107.

Ora, isso não parece coerente com a sua posição de dispor os “condicionantes formais” do exercício da competência na hipótese de sua norma primária [*p* (*p1*, *p2*, *p3...*)], como parte integrante do “fato produtor de normas”.

Afinal, se essas condicionantes formais integram o “antecedente” da norma primária, e não o respectivo mandamento, como, então, a sua inobservância pode corresponder à hipótese da norma sancionadora? Essa disposição dos elementos normativos não parece adequada, se se concebe a hipótese da norma sancionadora como a descrição do descumprimento dos deveres cominados no consequente da norma primária.

Aliás, essa percepção parece reforçar as críticas anteriormente tecidas em relação ao fato de GAMA inserir os condicionantes formais do exercício da competência em um lado da estrutura normativa (*p*), e os condicionantes materiais no outro polo (*q*), não obstante se trate da representação de aspectos de uma só e mesma conduta.

Por outro lado, é interessante notar que, em determinada passagem, GAMA trata a inobservância dos requisitos formais não como o descumprimento de um “dever”, mas como a simples não realização do “fato jurídico produtor de normas”; contudo, segue tratando essa situação como um caso de “invalidade”, que, para ele, é sinônimo de aplicação – equivalente, no seu pensamento, à incidência – da norma sancionadora. Vejamos:

O modo de realizar a enunciação é, pois, um elemento fundamental na postura interna da hipótese das normas de competência tributária. Ignorado qualquer de seus aspectos, ou seja, feita a enunciação dos textos de direito positivo sem atenção a qualquer dos elementos previstos no modo de enunciação, o texto não terá sido enunciado da forma correta. O fato enunciação não terá ocorrido de acordo com o sistema. Logo, a norma jurídica inserida por esse instrumento introdutor será inválida<sup>464</sup>.

Diante disso, surge a seguinte dúvida: os casos de invalidade são casos de “sanção” pelo descumprimento de um dever de editar a norma de determinado modo, ou são casos de simples não ocorrência do chamado “fato jurídico produtor de normas”? Ou praticar o “fato produtor de normas” de determinado modo é um

---

<sup>464</sup> *Ibid.*, p. 70-71

“dever” do sujeito competente, embora esteja situado no antecedente da norma primária de competência? Nada disso fica claro no pensamento do autor <sup>465</sup>.

Em segundo lugar, para sustentar a natureza sancionadora da declaração de nulidade, GAMA acaba descrevendo a observância dos condicionantes formais e materiais do exercício da competência como “deveres jurídicos” do sujeito competente. No entanto, uma melhor observação das diversas categorias jurídicas que usam se esconder sob o termo “dever” revela que, em rigor, não se trata de deveres do sujeito competente, que ele “deva” – functor intraproposicional prescritivo “obrigatório” – obedecer para atender ao interesse dos destinatários das normas, mas, sim, de “ônus”, que ele “tem de” – operador intraproposicional não prescritivo “ter de” – observar para satisfazer o seu próprio interesse de criar, validamente, a norma jurídica tributária.

Em terceiro lugar, e na mesma linha, o fato é que, na norma primária concebida pelo próprio autor, o sujeito competente não é o “devedor” da conduta de criar a norma de determinado modo, mas sim o “credor” do direito de criar essa norma, vale dizer, é o sujeito ativo da relação de competência, de modo que não parece fazer sentido inserir uma conduta sua no suposto da norma sancionadora atrelada a essa norma primária. Afinal, como bem observa SOUTO MAIOR BORGES, não se pode cogitar da existência de um “... *dever jurídico de observar uma conduta apenas facultada*” <sup>466</sup>.

Em quarto lugar, também chama a atenção o fato de que o sujeito ativo da norma sancionadora descrito por GAMA não é o mesmo sujeito ativo que se costuma inserir na relação jurídica de competência, – o sujeito competente, – o que é bastante curioso, pois, como explica PAULO DE BARROS CARVALHO, na estrutura típica de uma norma de conduta,

... na norma secundária o antecedente aponta, necessariamente, para um comportamento violador de dever previsto na tese de norma primária, ao passo que o conseqüente prescreve relação jurídica em que o sujeito ativo

---

<sup>465</sup> Vale, aqui, a propósito, a observação de PAULO DE BARROS CARVALHO, segundo quem “... o suposto normativo não se dirige aos acontecimentos do mundo com o fim de regrá-los. Seria um inusitado absurdo obrigar, proibir ou permitir as ocorrências factuais, pois as subespécies deônticas estarão unicamente no prescritor” – *Para uma Teoria da Norma Jurídica: da Teoria da Norma à Regra-Matriz de Incidência Tributária*, **Revista do Advogado**, nº. 118, p. 125.

<sup>466</sup> **Obrigação Tributária: Uma Introdução Metodológica**, p. 26.

é o mesmo, mas agora o Estado, exercendo sua função jurisdicional, passa a ocupar a posição de sujeito passivo<sup>467</sup>.

Veja-se que, ao contrário do que seria de se esperar encontrar numa norma que impõe sanção, o sujeito ativo da norma sancionadora concebida por GAMA não é o mesmo sujeito que ocupa o polo ativo da relação jurídica prevista no consequente da norma primária, como titular do direito de exercer a competência; muito pelo contrário, o sujeito ativo da norma sancionadora corresponde, precisamente, aos destinatários da norma, aqueles que têm o direito de provocar a jurisdição com o objetivo de anulá-la. Efetivamente, o “postulado da homogeneidade sintática”, que o autor assume como premissa, parece não valer aqui.

Por fim, em quinto lugar, cabem algumas críticas sobre o modo como o autor concebe a invalidade das normas jurídicas de incidência tributária, entendendo, na esteira kelseniana, que toda norma que ingressa no sistema é válida/existente até que outra norma a invalide/expulse, razão pela qual, para existir invalidade, seria necessária a edição de uma norma apta a expulsar do sistema a norma produzida em desconformidade com as regras de competência.

Ressalte-se, de antemão, que a discussão aqui posta não tem relação alguma com os efeitos da declaração de nulidade da norma – ou, na perspectiva adotada pelo autor, com os efeitos decorrentes da “anulação da norma”. Isso porque a programação dos efeitos que decorrem de uma norma inválida, seja a supostamente inexistente “nulidade de pleno direito”, seja a “anulação”, de caráter constitutivo, concebida por GAMA, é puramente contingente nos sistemas jurídicos.

Vale dizer, quer se entenda que a norma produzida em desconformidade com as regras de competência é, *ipso facto*, inválida, quer se entenda que ela surge validamente e, depois, é “invalidada”, o sistema jurídico pode, de maneira completamente independente disso, estabelecer que a decisão relativa à nulidade tenha efeitos *ex tunc*, *ex nunc* ou, ainda, efeitos especiais, como no caso do artigo 27 da Lei nº. 9868/99, que trata da possibilidade de modulação dos efeitos decorrentes da decisão que reconhece a inconstitucionalidade de uma norma.

Afinal, por um lado, se ela nasceu nula, como concebem aqueles que distinguem entre validade e existência, nem por isso é inexistente, de modo que

---

<sup>467</sup> **Direito Tributário: Fundamentos...**, *op. cit.*, p. 56.

pode gerar efeitos; por outro lado, se ela nasce válida, e assim permanece até que seja invalidada, como entendem os partidários da tese aqui rejeitada, com ainda maior razão se explica que tenha produzido efeitos.

A discussão, portanto, é outra, e diz respeito ao fato de que, admitir que nenhuma norma ingressa de modo inválido no sistema, de modo a ser possível, inclusive, que sejam simultaneamente válidas a norma que determina a prática da conduta A e a que determina a omissão da conduta A, é, simplesmente, negar a ambas as normas, num caso como esse, a possibilidade de realizar a sua função fundamental, que é a de “dirigir” o comportamento do destinatário.

Afinal, se ambas as normas, conquanto contrárias ou contraditórias, são válidas até que o sujeito “aplicador” decida por uma ou outra, como se deve comportar, até então, o “destinatário” dessas normas? Está livre para obedecer a qualquer delas, em prejuízo da outra? Não há resposta lógica que se possa dar a essa questão sem recorrer à tese da cláusula alternativa tácita kelseniana, que não parece sustentável, pelas razões apresentadas por NINO, e expostas no primeiro capítulo.

Ademais, se nenhuma norma ingressasse de maneira inválida no ordenamento, então as normas  $N_2$ ,  $N_3$  etc., criadas a partir de uma norma  $N_1$ , produzida sem observância da regra de competência que regulava sua criação, não poderiam jamais ser anuladas antes que a própria  $N_1$  fosse expulsa do ordenamento. Entretanto, essa possibilidade pode muito bem existir nos sistemas jurídicos, e efetivamente existe no Brasil, em que todo juiz pode deixar de aplicar uma norma a um caso, com fundamento em sua inconstitucionalidade, muito embora nenhum juiz, isoladamente, tenha competência para “expulsar” a norma do ordenamento, regulando os efeitos decorrentes dessa “expulsão”<sup>468</sup>.

Em determinadas passagens, em vez de afirmar que as normas ingressam validamente no sistema, diz GAMA que elas nele ingressam com presunção de validade e “... mantém essa presunção até que outra norma seja produzida prescrevendo o fim da sua vigência temporal”<sup>469</sup>.

---

<sup>468</sup> Também equiparando a sanção à nulidade, mas de forma totalmente diversa da concebida por GAMA, inclusive para admitir que “... a sanção opera de pleno direito, automaticamente...”, quando há vício de nulidade, e, “a posteriori”, quando há vício de anulabilidade – ELIVAL DA SILVA RAMOS, **A Inconstitucionalidade das Leis: Vício e Sanção**, p. 89-90.

<sup>469</sup> TÁCIO LACERDA GAMA, **Competência Tributária...**, *op. cit.*, p. 114.

No entanto, embora seja verdade que costuma vigorar nos ordenamentos jurídicos uma “presunção de validade” das normas, é seguro que ela não pode ser confundida com a própria “validade”, assim como a “presunção” de qualquer fato não pode ser igual ao próprio fato. Ou, então, não haveria razão para “presumi-los”.

Se se trata de uma simples presunção, da mesma forma que a consequência das presunções (relativas) que incidem sobre fatos é impor ao sujeito contra quem se voltam o ônus de provar a não ocorrência do fato presumido, também a consequência das presunções que incidem sobre a validade das normas é, simplesmente, impor aos destinatários ou aplicadores da norma de incidência tributária o ônus de demonstrar a não adequação da norma aos enunciados que regulam sua produção, seja para se furtar aos seus efeitos, no caso dos destinatários, seja para deixar de determinar a sua observância, no caso dos aplicadores. A questão é, pois de direito processual, e não de direito material.

O que se quer deixar claro é, apenas e tão-somente, que não existe a necessidade de se criar uma nova norma para que a norma de incidência, criada em desconformidade com as regras que regulam a sua produção, seja inválida, como querem aqueles que adotam a tese da cláusula alternativa tácita, porque a sua invalidade já corresponde, analiticamente, isto é, por definição, à inobservância das regras que regulam a sua produção.

Em suma, a nulidade não pode ser equiparada à sanção, de um lado, porque não existe, para o sujeito competente, um “dever” de observar as condições formais e materiais previstas para o exercício válido da competência, mas, sim, o “ônus” de fazê-lo. Ele não está necessariamente “proibido” de agir de outro modo; se o fizer, sua ação não será necessariamente proibida, mas apenas ineficiente para o efeito de gerar uma norma de incidência tributária válida.

A nulidade não pode ser equiparada à sanção, de outro lado, porque os destinatários da norma de competência não têm um “direito” a que o sujeito competente exerça regularmente a sua prerrogativa. Muito diferentemente de ter esse “direito”, eles somente estarão “sujeitos” à norma de incidência tributária instituída, tendo o dever de cumpri-la, se o sujeito que a tiver criado houver, antes, observado todas as normas que condicionam a regularidade de seu agir. Não se trata, em suma, de uma relação estabelecida em termos de “direitos” e “deveres”, mas de uma relação estabelecida em termos de “poderes” e “sujeições”.

A propósito, não deixa de ser curioso que, embora as premissas do autor sejam decididamente kelsenianas, tudo leva a crer, pelas razões expostas no segundo capítulo, que o próprio KELSEN, justamente por não considerar possível a transgressão das normas de competência, não concebia a nulidade como um tipo de sanção, ainda que alguns autores defendam a interpretação contrária <sup>470</sup>.

Dando mais um passo, embora GAMA não examine essa questão, é de se perguntar se conceber a nulidade como uma espécie de sanção, isto é, como uma espécie de penalidade, não implicaria atrair, à regulação da validade dos enunciados criados pelo sujeito competente para editar normas em matéria tributária, disposições tais como a do artigo 106, II, do Código Tributário Nacional, que prevê a retroatividade das leis que deixam de definir um ato como infração ou cominam penalidade menos severa para a hipótese de sua prática, ou tais como a do artigo 112 do mesmo Código, que prevê a obrigação de interpretarem-se as normas tributárias que definem infrações ou cominam penalidades de modo mais favorável ao acusado.

Não é possível saber qual seria a resposta do autor para a questão, mas parece absurdo conceber que uma norma, produzida sem a observância dos requisitos que condicionam a sua validade, pudesse deixar de se sujeitar ao reconhecimento de sua invalidade em razão de norma posterior, que passasse a não exigir o cumprimento de determinado requisito, outrora exigido, para o exercício regular da competência. O fato, porém, é que ver a nulidade como espécie de sanção, efetivamente, abre ensejo a que se defenda tal interpretação, a partir da aplicação dos dispositivos em questão <sup>471</sup>.

Todas essas observações parecem apontar para a necessidade de reconstruir as normas de competência, em sua relação com a validade ou a invalidade das condutas do sujeito, de outra maneira.

---

<sup>470</sup> Item 2.3.2.2.2., *supra*, p. 82-85.

<sup>471</sup> Dispositivos esses que, se seriam inválidos para regular o exercício das competências outorgadas pela Constituição, por força de sua posição de inferioridade hierárquica, poderiam ser perfeitamente válidos para regular o exercício de outras “competências tributárias”, como, por exemplo, aquelas relativas à atividade de lançamento.

### 3.4. COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA: VALIDADE E REGULAÇÃO DEÔNTICA

Aparentemente, os problemas encontrados nas propostas de formalização das normas de competência tributária acima analisadas estão ligados ao fato de que elas procuram inserir os temas (i) da validade da norma decorrente do exercício da competência e (ii) do “*status*” deôntico – permitido, proibido ou obrigatório – do exercício da competência na estrutura de uma mesma e única típica norma prescritiva.

Isso é decorrência, ao que nos parece, da adoção, praticamente uníssona na doutrina tributarista brasileira, de um conceito deveras restrito de norma jurídica, em que, para um enunciado ser considerado uma “norma”, é necessário o seu enquadramento numa estrutura formal muito específica, caracterizada, sobretudo, por estar regida, no conseqüente, por algum dos modais deônticos, integrando, assim, os chamados subsistemas jurídicos “S<sub>3</sub>” e “S<sub>4</sub>”, na classificação de PAULO DE BARROS CARVALHO <sup>472</sup>.

O problema é que, com isso, acabam-se pondo em segundo plano as outras proposições construídas pelos intérpretes do sistema jurídico – destinatários ou aplicadores das normas – a partir da tradução das mensagens veiculadas nas disposições normativas, desconsiderando o fato de essas outras proposições serem no mínimo tão importantes quanto as estruturas prescritivas para o adequado funcionamento desse sistema.

Recentemente, essa percepção motivou a seguinte observação crítica de TÁREK MOYSÉS MOUSSALLEM, que, ressalvadas diferenças de perspectiva relativas ao conceito de “norma” – para nós, mais amplo, para ele, mais estrito, – consideramos irretocável:

**A atenção exacerbada dada ao subsistema S<sub>3</sub> (normas jurídicas em sentido estrito) dominou, até a presente data, o cenário jurídico brasileiro, olvidando-se, por vezes, as importantes funções exercidas pelos subsistemas S<sub>2</sub> e S<sub>1</sub>. Tal fato acabou por reduzir a visão do direito positivo ao subsistema S<sub>3</sub>, além de prejudicar o estudo dos elementos pertencentes aos demais subsistemas.**

---

<sup>472</sup> Vide item 1.2.3.4, *supra*, p. 51-56.

É claro que, ao assestar os subsistemas  $S_2$  e  $S_1$ , o jurista não classifica normas jurídicas em sentido estrito, conforme entendido por PAULO DE BARROS CARVALHO, mas isso não impede a divisão lógica dos enunciados prescritivos componentes de  $S_1$  e as proposições isoladas integrantes de  $S_2$ . **Labor mais detido na classificação dos elementos pertencentes a tais subsistemas enriquecerá, em muito, aquela a ser efetuada no subsistema  $S_3$  e, mais, sem reduzir o direito a este último.** (sem os destaques, no original) <sup>473</sup>.

De fato, no Sistema Tributário Nacional, para além das (i) normas prescritivas, que classificam as condutas em “permitidas”, “proibidas” e “obrigatórias”, eventualmente cominando sanções para o caso de seu descumprimento, há, também, normas: (ii) que estabelecem “definições” ou, num sentido mais estrito, criam a possibilidade de “fatos institucionais” – isto é, criam a possibilidade de determinados fatos “com algum sentido específico” no sistema; (iii) que conferem poderes, habilitando alguém a fazer algo; e (iv) que orientam o agente a quem se atribui um poder acerca da maneira de exercê-lo validamente. E todos esses tipos de enunciados dos intérpretes do sistema jurídico – não só os enunciados prescritivos – têm seu lugar na disciplina da competência tributária <sup>474</sup>.

Há, primeiro, enunciados constitutivos-performativos, de estrutura predicativa, que “habilitam” determinadas pessoas políticas a criarem normas de incidência tributária sobre determinados fatos, tornando o seu agir um “com sentido” – ou melhor, um “específico ‘com sentido’” – no sistema jurídico, tal qual um movimento válido do jogo de xadrez. Pode-se dizer, nesse sentido, que os Municípios são competentes para instituir o IPTU da mesma forma que, no jogo de xadrez, ao bispo é possível mover-se exclusivamente na diagonal.

De fato, em função da norma veiculada pelo artigo 156, III, da Constituição, todos os entes que se enquadrarem na definição de “Município” serão dotados da prerrogativa de editar, validamente, a norma de incidência do IPTU. Em linguagem simbólica:  $N_1$ : “ $s \in M \rightarrow Cs_{IPTU}$ ”, ou, “Se ‘s’ pertence à classe dos ‘Municípios’, então ‘s’ é um sujeito competente para instituir o IPTU”.

Note-se, desde logo, que essa qualificação, por si só, não dota “s” do “direito” de instituir o IPTU, mas, sim, do “poder” de instituí-lo, validamente. Isso

<sup>473</sup> **Revogação...**, *op. cit.*, p. 116.

<sup>474</sup> Nesse sentido, diz JÚLIO MARIA DE OLIVEIRA que “As normas jurídicas não são apenas aquelas que qualificam determinada conduta (fato volitivo) deonticamente, mas, também, as que criam os fatos jurídicos” [...] “A norma cria o fato jurídico” – **Internet...**, *op. cit.*, p. 18.

significa apenas que, se “s” instituir o IPTU, então o sujeito ativo da norma de incidência desse imposto terá, aí sim, o “direito subjetivo” de exigir dos destinatários imediatos, que paguem o imposto, sempre que ocorrer o fato previsto no suposto da norma de incidência. Da mesma maneira, os destinatários imediatos dessa norma, enquanto sujeitos passivos, terão o “dever jurídico” de cumprir com ela, recolhendo o tributo sempre que se verificar o fato jurídico tributário.

Esse “direito subjetivo” (permissão) de editar a norma pode até existir – e parece que efetivamente existe no caso do IPTU, – mas é relativamente independente do “poder” de editar a norma. Ou melhor, esse direito pressupõe, necessariamente, o poder de validamente editar a norma, não podendo existir sem este, mas a recíproca não é verdadeira.

A distinção entre o “poder” que corresponde à competência e o “direito” de exercitá-la não escapou à aguda observação de BECKER. Embora aludindo a competência “de órgão”, e não “de pessoa”, consignou o referido doutrinador que, os sujeitos dotados de poder, concebido como a “... *capacidade de agir (força natural e racional) imanente ao Estado...*”,

...exercem o Poder – não como um direito cujo uso lhes assiste – mas como um dos elementos essenciais aos quais eles (Órgãos) devem a sua existência. O Órgão não é titular de um ‘direito’ ao Poder. O Órgão, por sua própria natureza de *Órgão funcional* do Ser Social, tem – imediata e conaturalmente à sua existência – uma parcela de Poder: aquela parcela de Poder que foi delimitada qualitativa e quantitativamente pelas regras jurídicas que criaram o órgão e disciplinaram sua função específica. Esta parcela de Poder, delimitada quantitativa e qualitativamente, é a *competência*.<sup>475</sup>

É preciso ressaltar, porém, que, diferentemente do entendimento manifestado pelo mestre gaúcho, nem sempre a outorga da competência é condição da “existência” dos sujeitos – ou mesmo dos órgãos – competentes.

É dizer, se é seguro que um juiz não é um juiz sem a competência judicante, no caso das competências tributárias, a existência do sujeito – isto é, da pessoa política, – é completamente independente da sua competência para instituir tal ou qual tributo. Com efeito, o “ser Município”, por exemplo, responde, na Constituição,

<sup>475</sup> **Teoria Geral...**, *op. cit.*, p. 268-269.

apenas e tão-somente, ao critério genético do art. 18, §4º; da mesma forma, a União e os Estados não devem sua existência a suas competências tributárias: existem independentemente delas, na medida em que elas configuram apenas “condições de viabilidade”, e não de existência, da Federação e de seus respectivos integrantes.

Seja como for, o que queremos deixar claro é que não estamos de acordo com a observação de MOUSSALLEM, segundo a qual

... (1) Ao se qualificar um sujeito como competente (2), instala-se no conseqüente normativo a *relação jurídica de competência legislativa* (3) modalizada pelo functor permitido (Pp), na qual o sujeito ativo é o detentor de direito subjetivo de criar normas jurídicas, e a comunidade é o sujeito passivo portador do dever jurídico de não impedir o direito subjetivo do sujeito ativo.<sup>476</sup>

Entendemos que, ao se qualificar um sujeito como competente, não se diz nada, necessariamente, sobre o direito desse sujeito de criar normas jurídicas, assim como nada se diz sobre o dever de outros sujeitos respeitarem – não impedirem – o exercício desse suposto direito. Diz-se, sim, sobre o “poder” de os sujeitos competentes criarem a norma válida, e sobre o fato de os destinatários da norma válida estarem “sujeitos” a esse agir, sem que nada possam fazer, do ponto de vista jurídico, para, efetivamente, impedi-lo.

Da mesma forma, ao se desqualificar um sujeito, negando-lhe competência para instituir um determinado tributo, não se estabelece uma “proibição” à edição da norma de incidência tributária, nem se outorga aos pretensos destinatários dessa norma um “direito” a que ela não seja editada, ainda que, muitas vezes, o legislador, na sua linguagem natural, utilize-se de derivados dos verbos “vedar” ou “proibir” para instituir imunidades.

Cria-se, isso sim, um caso de “impotência” do sujeito, em que ele simplesmente não é capaz de criar uma norma válida; correlatamente, cria-se, para os destinatários do enunciado normativo emitido pelo sujeito incompetente, uma situação de imunidade, isto é, de não-sujeição, no sentido de que não se lhes pode exigir o cumprimento do preceito contido naquele enunciado.

---

<sup>476</sup> **Fontes do Direito...**, *op. cit.*, p. 83.

Como observa ANDREI PITTEN VELLOSO,

Perante uma regra atributiva de competência, o legislador está numa situação de potestade; e os cidadãos, num estado de sujeição. Perante uma regra de imunidade (de competência negativa), o legislador encontra-se num estado de impotência (não-competência), e os particulares, numa situação de imunidade (não-sujeição)<sup>477</sup>.

Importante ressaltar, a propósito, que não há qualquer relação de anterioridade lógica entre a outorga da competência e o estabelecimento de uma imunidade. Elas surtem seus efeitos simultaneamente, razão pela qual podem, inclusive, ser condensadas numa só e mesma estrutura. Afinal, as normas atribuidoras de competência conjugam-se com as normas definidoras de imunidades, que agem de modo a excepcioná-las, retirando de seu âmbito de aplicação determinadas hipóteses específicas<sup>478</sup>.

A despeito, porém, da independência lógica entre a atribuição da competência e a regulação deontica de seu exercício, nada impede que uma mesma disposição normativa, a um só tempo, veicule uma imunidade – delimitando a esfera de ação válida de um sujeito – e, também, proíba-o de (tentar) editar normas de incidência relativas à matéria abrangida pela imunidade. Isso porém, é puramente contingente, e não necessário. Uma norma prescritiva dessa natureza seria como a que estabelece uma sanção para o jogador de xadrez que “ousa” tentar mover o bispo em “L” – uma conduta impossível de ser praticada, validamente, naquele jogo.

---

<sup>477</sup> **Conceitos e Competências...**, *op. cit.*, p. 164-165

<sup>478</sup> Nesse sentido, diz MISABEL DERZI: “Se tomarmos a palavra competência no sentido de poder tributário já delimitado (como pretende Paulo de Barros Carvalho), então a norma de competência é um conjunto que resulta da seguinte subtração: norma de atribuição de poder – norma denegatória de poder (imunidade)” – In ALIOMAR BALEEIRO, **Direito Tributário...**, *op. cit.*, p. 118. Da mesma forma, assinala HUMBERTO ÁVILA: “A competência tributária, no entanto, é resultado da análise conjunta de duas espécies de normas jurídicas: de um lado, das normas que atribuem poder ao Estado para instituir tributos por meio da especificação dos fatos e situações que se tornam suscetíveis de tributação (normas de competência); de outro, das normas que subtraem poder do Estado sobre determinados fatos e situações que se tornam insuscetíveis de tributação (normas limitativas da competência). A parcela de poder do Estado para instituir tributos é resultado do poder que se lhe atribui menos o poder que lhe é subtraído” – **Sistema Constitucional Tributário...**, *op. cit.*, p. 217.

Da mesma forma, é fato que, da circunstância de o sujeito ser competente para a edição de uma norma jurídica tributária decorre, também, o direito de o sujeito ativo dessa norma exigir o respectivo cumprimento e, correlatamente, o dever de os sujeitos passivos obedecerem a essa norma.

No entanto, por um lado, nem mesmo é necessário que seja o sujeito competente o detentor desse direito de exigir o cumprimento da norma, como ocorre nos casos de transferência de sua capacidade tributária ativa – isto é, da posição credora na relação jurídica tributária; – e, por outro lado, o “direito de exigir o cumprimento” da norma não pode ser confundido com o “direito de editar” a norma, do mesmo modo que não se pode confundir o “dever de cumpri-la” com um suposto “dever de respeitar a edição” da norma.

Aliás, neste último caso, parece que se está muito mais diante de um caso de simples sujeição à norma de incidência – sujeição irresistível à relação de imputação que dela decorre – do que de um verdadeiro “dever jurídico” de respeitar a sua edição, pela simples razão de que não é, lógica e juridicamente, possível descumpri-lo.

Em suma, as normas que conferem ou negam competência tributária simplesmente indicam a possibilidade de um sujeito editar, validamente, normas de incidência tributária sobre determinadas matérias, com exclusão de outras. Elas nada têm a ver com a regulação deontica do exercício da competência, que é regulada por outra norma, da qual são totalmente independentes, ainda que ambas as normas possam ser, eventualmente, veiculadas por uma mesma disposição de competência.

“Ser competente” não basta, porém, para que se exerça validamente a competência, isto é, não basta para que se crie uma norma de incidência tributária válida.

De fato, embora a norma que atribui a competência tributária seja uma norma “noético-constitutiva” da propriedade “ser competente”, na medida em que sua existência é condição necessária e suficiente para que um sujeito tenha competência para editar uma norma de incidência tributária válida sobre determinada matéria, é uma norma “*anankástico*-constitutiva” da validade dos enunciados criados pelo sujeito competente, pois, para que o sujeito competente crie enunciados normativos válidos, é também necessário que observe os “ônus” que condicionam a validade de seu agir.

Por isso, também encontramos em nosso sistema tributário, para além dos enunciados predicativos a que antes nos referimos, enunciados que indicam de que maneira o sujeito competente “tem de” agir para conseguir o resultado “norma de incidência tributária válida”, aquela que os destinatários, sujeitos passivos imediatos, estão obrigados a cumprir.

Com efeito, assim como os sujeitos que desejam produzir um contrato dotado de força executiva “têm de” colher no instrumento as assinaturas de duas testemunhas, assim como o enxadrista que deseja realizar um “roque” precisa antes liberar o espaço entre o rei e a torre, também o Município que deseja fazer obrigatória uma norma de incidência do IPTU tem, antes, de editá-la com estrita observância ao procedimento legislativo previsto para a edição de leis ordinárias, bem como aos requisitos materiais que condicionam o seu agir.

Tomando novamente o exemplo do IPTU, e considerando o ponto de vista do sujeito competente, uma norma dessas poderia ser reconstruída como uma norma técnica, assim:  $C_{\text{IPTU}} \wedge Q(N_{\text{IPTU}}) \rightarrow C_{\text{IPTU}} \wedge O'(M_{\text{IPTU}} \wedge P_{\text{LO}} \wedge t.e)$ , isto é, “Se o sujeito competente para instituir o IPTU ‘quer’ (Q) instituir validamente a norma de incidência do IPTU, então esse sujeito ‘tem de’ (O’) observar os ônus consistentes em (i) não tratar de matéria estranha à sua esfera de competências, (ii) observar o procedimento previsto para a edição de leis ordinárias e (iii) observar as condições de tempo e espaço para a edição desses enunciados”.

Isso não impede que, agora sob o ponto de vista dos destinatários da norma de competência, essa mesma norma seja reconstruída como uma definição, ou como uma norma constitutiva em sentido institucional, da seguinte maneira:  $C_{\text{IPTU}} \wedge M_{\text{IPTU}} \wedge P_{\text{LO}} \wedge t.e. \rightarrow N_{\text{IPTU}}$ , isto é: “Se o sujeito competente para instituir o IPTU tratar da instituição de um imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana, observando os limites materiais a essa instituição, o procedimento previsto para a edição de leis ordinárias, mais as condições de tempo e de espaço que condicionam o seu agir, então ‘produzir-se-á’ uma norma de incidência do IPTU válida”.

O importante, aqui, é observar que nem o sujeito competente tem o dever de obedecer ao procedimento legislativo, aos limites materiais e às condições de tempo e espaço previstos, nem os destinatários da norma têm o direito de que o sujeito competente os observe. O sujeito competente tem, isso sim, o ônus de observar essas condicionantes para agir de maneira válida; se os observar, o destinatário da

norma por ele editada estará sujeito à norma, estará obrigado a cumpri-la; se não os observar, não estará. *“Tertium non datur”*.

A edição de uma norma de incidência tributária válida se manifesta como “fato institucional” no sistema jurídico e, sendo assim, simplesmente ocorre ou não ocorre, não havendo terceira possibilidade, como é próprio da lógica alética que rege os fatos no sistema jurídico – em que vigora a “lei do terceiro excluído”, – e de maneira completamente independente de sua regulação deôntica.

É dizer, se a observância das regras que condicionam o agir do sujeito competente houver sido suficiente para atender a “todas” as normas sobre a produção jurídica – “suporte fático suficiente”, – a norma válida resta produzida; do contrário, simplesmente não resta produzida, o que não impede, é bom deixar claro, que tal atuação produza “outra coisa”, como, por exemplo, uma norma simplesmente “existente”, a que o sistema jurídico vincule outros efeitos <sup>479</sup>.

Nada disso está relacionado ao “*status*” deôntico da conduta de exercer a competência, que pode estar permitida, ser obrigatória ou ser vedada, sendo que, nestes últimos dois casos, o respectivo descumprimento poderá até mesmo ser sancionado. Por outro lado, nenhum impeditivo existe para que uma mesma “disposição de competência”, como aquela do art. 156, III, da Constituição, outorgue competência aos Municípios para instituir o IPTU e, ao mesmo tempo, permita-lhes a instituição do tributo, como nos parece que ocorre, de fato, no caso em tela <sup>480</sup>.

---

<sup>479</sup> CALSAMIGLIA observou, nesse sentido, “... *las analogías entre el derecho y los juegos pueden conducir a confusiones. Si se juega con cinco alfiles se deja de jugar al ajedrez pero si no se sigue una regla constitutiva es posible que se continúe jugando al derecho – aunque sea ilegal...*” – *Geografía...*, *op. cit.*, p. 760.

<sup>480</sup> Sobre a possibilidade de uma mesma disposição de competência veicular diversas normas, inclusive de tipos diversos, interessante o seguinte excerto de HUMBERTO ÁVILA, ainda que nele o autor defenda uma concepção de norma de competência tributária diversa da aqui apresentada. Diz ele:

*“Frente a essa variedade de dispositivos normativos, repete-se a pergunta: todos eles estabelecem normas de conduta e exigem do aplicador um exame de correspondência da construção factual à descrição normativa e à finalidade que lhe dá suporte? Nos termos gerais aqui propostos, sim.*

*No caso dos dispositivos de atribuição de competência [os que atribuem poder a um sujeito], o aplicador pode reconstruir, conjuntamente, três normas: uma regra de conduta permissiva que permite a um sujeito exercer determinada atividade; uma regra de conduta proibitiva que proíbe a outros sujeitos exercer a mesma atividade; e uma regra definitiva que define determinada fonte como apta a produzir determinados efeitos.*

*No caso de dispositivos relativos ao exercício de competências [que estabelecem o procedimento] o aplicador pode reconstruir, conjuntamente, duas normas: uma regra de conduta obrigatória que obriga determinado sujeito a adotar determinado comportamento para exercer validamente um poder; e uma regra definitiva que define como fonte normativa somente aquela fonte que foi produzida conforme determinado procedimento.*

A regulação deôntica do exercício da competência pode tanto ser veiculada pela própria disposição por meio da qual ela é outorgada, quanto decorrer de outras disposições constantes do ordenamento jurídico – como parece ocorrer, por exemplo, no caso do ICMS, em que a obrigatoriedade do exercício da competência é geralmente vista como uma decorrência do princípio federativo, entre outras normas constitucionais.

Por tudo quanto exposto, concebemos da seguinte maneira a forma geral das normas atribuidoras da competência tributária:

$$\mathbf{NComp_x = Csx \wedge p \wedge t \wedge e \wedge m \rightarrow Rlx}$$

Essa estrutura, que diz respeito à outorga de competência para a instituição válida do tributo x (NComp<sub>x</sub>), e não à regulação deôntica de seu exercício, quer apenas significar que, se, e somente se, um dos sujeitos competentes para a instituição do tributo x (C<sub>sx</sub>), observando o procedimento previsto para a instituição do tributo (p), mais as condições de tempo e espaço (t  $\wedge$  e), praticar um ato consistente em versar dada matéria (m), então produzir-se-á, validamente, o veículo introdutor de uma norma de incidência do tributo x (R<sub>lx</sub>), a qual, por sua vez, terá a estrutura básica de qualquer regra-matriz de incidência tributária.

Essa matéria “m” é um conceito amplo, que abrange desde a definição de todos os critérios possíveis da regra-matriz de incidência – aí consideradas, inclusive, as condicionantes contidas em leis complementares e outros dispositivos infraconstitucionais, como os tratados internacionais e as resoluções do Senado

---

*No caso de dispositivos relativos à delimitação material de competência, o aplicador pode reconstruir, conjuntamente, duas normas: uma regra de conduta obrigatória que obriga alguém a exercer um poder somente sobre determinadas matérias; e uma regra de conduta proibitiva que proíbe a alguém exercer poder sobre outras matérias.*

*No caso de dispositivos relativos à reserva de competência, o aplicador pode reconstruir, conjuntamente, três normas: uma regra de conduta permissiva que atribui a um sujeito o poder para instituir determinada fonte normativa; uma regra de conduta proibitiva que proíbe o sujeito de editar outra fonte normativa; e uma regra de conduta proibitiva que proíbe o sujeito de delegar a outro sujeito o poder de editar determinada fonte.*

*E, finalmente, no caso de dispositivos relativos à delimitação substancial de competência, o aplicador pode reconstruir, conjuntamente, três normas: uma regra de conduta obrigatória que obriga um sujeito a inserir determinado conteúdo no ato normativo que vai editar; uma regra de conduta proibitiva que proíbe o sujeito de inserir conteúdo diverso no ato normativo; e uma regra de conduta permissiva que atribui ao sujeito o poder para praticar determinado ato” – Teoria dos Princípios..., op. cit., p. 88-90.*

Federal – até a previsão do destino, isto é, a afetação jurídica do produto da arrecadação, que é relevante nos casos (i) das contribuições especiais, em razão da necessidade de previsão de aplicação no atendimento à finalidade constitucionalmente prevista; e (ii) dos empréstimos compulsórios, em face da necessidade de previsão de sua restituição.

Se não for o sujeito (ou os sujeitos) “Csx” a tentar(em) editar a norma – ou melhor, a tentar(em) produzir o veículo introdutor dessa norma; – se ele(s) não respeitar(em) o procedimento “p”; se não versar(em) sobre a matéria “m” – concebida nesse sentido amplo, – ou se não atentar(em) para as condições de tempo (“t”) e espaço (“e”), o resultado “Rlx” regra de incidência do tributo “x”) simplesmente não se produzirá e, para isso, não será necessário que alguém o diga.

No caso de inobservância dessas condicionantes – que, a propósito, podem tanto estar contidas em enunciados atribuidores de competência como em enunciados definidores dos casos de incompetência, aí considerados, inclusive, aqueles que veiculam “princípios”<sup>481</sup> – haverá, conforme o que dispuserem as demais normas do sistema, (i) a produção de outra norma válida, diversa da que o sujeito pretendia produzir – como, por exemplo, a instituição de um imposto, no lugar de uma contribuição<sup>482</sup>; (ii) a produção de uma norma de incidência tributária “existente”, porém inválida – como, por exemplo, a instituição de um tributo inconstitucional; (iii) ou, ainda, a produção de um enunciado que sequer merecerá ser chamado de norma – como seria o caso, por exemplo, de um enunciado com pretensão normativo-tributária editado por um grupo de estudantes.

Quando se produzir uma norma “existente”, porém “inválida, no que a ela diz respeito, nem os falsos sujeitos passivos terão o “dever” de cumpri-la, nem os pretensos sujeitos ativos terão o “direito” de exigir seu cumprimento, a menos que

---

<sup>481</sup> Diversamente do que afirma SACHA CALMON NAVARRO COELHO, por exemplo, os princípios nem sempre são “... orientadores do exercício das competências tributárias” – *Os Princípios do Sistema Tributário de repartição de Competência na Constituição*, **Revista do Advogado**, p. 170. Podem ser, também, enunciados sem cuja observância simplesmente “não se exerce”, validamente, a competência tributária.

<sup>482</sup> Nesse sentido, diz ANDREI PITTEN VELLOSO que a afetação é “... ‘traço conceitual’ das contribuições especiais...”, de modo que “Tributo instituído sob a forma de contribuição, mas não afetado sequer de modo implícito, de contribuição tem apenas o rótulo. Não é vera contribuição. E nem mesmo contribuição inconstitucional. É imposto. Provavelmente inconstitucional, mas imposto, jamais contribuição” – *Teoria das Contribuições*, in LEANDRO PAULSEN e \_\_\_\_\_, **Contribuições: teoria geral, contribuições em espécie**, p. 44

haja outra norma dispondo em contrário, isto é, atribuindo efeitos à norma inválida – como seria o caso, inclusive, se ela fosse objeto de convalidação.

Por isso mesmo, se houver recolhimento do tributo, haverá o direito à restituição; se houver auto de infração, haverá o direito à respectiva anulação, e assim por diante. Que nada disso acabe eventualmente se verificando no plano fático é coisa que se pode atribuir inteiramente à falibilidade humana. Exige-se o cumprimento de normas inválidas pelo mesmo motivo em decorrência do qual se levam inocentes para a cadeia: o mau enquadramento de um fato concreto no suposto de uma norma.

Os efeitos dessa eventual norma existente, porém, inválida, serão regulados contingentemente pelo sistema, podendo até, eventualmente, dar ensejo ao dever de o destinatário praticar determinada ação.

A prática dos atos indispensáveis ao exercício regular da competência ou a produção desse resultado institucional – o que é o mesmo, pois é possível definir uma conduta tanto pela descrição dos atos que a constituem quanto pela descrição de seus efeitos típicos <sup>483</sup> – poderá estar permitida, proibida ou ser obrigatória ao sujeito competente, independentemente da validade dos enunciados que ele venha a produzir com amparo na norma de competência.

Normalmente, o exercício da competência tributária estará permitido ao sujeito competente, embora tenhamos, ao que nos parece, pelo menos dois casos concretos em que o exercício é obrigatório: instituição do ICMS e da contribuição previdenciária dos servidores federais, estaduais, distritais e municipais. Por outro lado, nada impede que se venha a proibir o exercício de uma nova competência tributária, sem retirar a validade da norma de incidência que venha a ser instituída.

É, por isso, um erro falar-se na “facultatividade” do exercício como uma característica intrínseca à competência tributária, se com isso deseja-se exprimir a mensagem de que, da outorga da competência decorre, automaticamente, tanto a permissão positiva de seu exercício como a permissão da omissão de seu exercício. Apenas é possível aceitar a defesa dessa característica da competência tributária se for para fazer uma afirmação (juízo de fato) no sentido de que, geralmente, o exercício ou a omissão do exercício das competências tributárias são “permitidos” ao sujeito competente.

---

<sup>483</sup> Aliás, não por acaso, nos dicionários, é recorrente definir um verbete como “ato ou efeito de”.

Aliás, nem mesmo é certo que a omissão da conduta de exercer a competência esteja sempre regulada no sistema constitucional – como ocorre no caso do ICMS, em que a posição majoritária da doutrina é no sentido de reconhecer que a omissão dessa conduta é vedada.

Afinal, afirmar que a “omissão” da conduta de exercer a competência é “permitida”, em sentido forte, sempre que não estiver “vedada”, é, ou pressupor que a disposição de competência já veicula uma norma permissiva tanto do exercício da competência como de sua omissão, ou pressupor a existência de uma cláusula geral permissiva das omissões estatais, contrária à regra geral proibitiva – “tudo o que não estiver permitido, está proibido”<sup>484</sup> – que se costuma dizer aplicável às condutas do Estado.

Temos, então, dois resultados interpretativos possíveis: a) a omissão do exercício das competências tributárias está, em regra, permitida, em sentido forte, na Constituição, seja na própria disposição de competência, seja numa cláusula geral permissiva das omissões do Estado; b) a omissão do exercício das competências tributárias está, em regra, permitida apenas em sentido fraco na Constituição Federal, o que significa que, em relação a esse tema, existe uma lacuna normativa.

A consequência de enveredar pela primeira alternativa seria afirmar, como é próprio das permissões contidas em normas de ordem superior, o rechaço antecipado das proibições editadas pelas autoridades inferiores, relativas à mesma conduta.

Porém, se se chegar à conclusão de que a Constituição não estabelece qualquer regra para as omissões do Estado, isto é, que há lacuna quanto a essa matéria no Sistema Constitucional, ter-se-á de admitir, então, que a proibição da omissão do exercício da competência prevista por uma norma infraconstitucional, tal como aquela feita pelo art. 11 da Lei Complementar nº. 101/2000<sup>485</sup> – que obriga ao

---

<sup>484</sup> É bem verdade que a possibilidade de existência de uma cláusula geral proibitiva é problemática, pois sempre geraria incoerência nos casos em que tanto “p” como “~p” não estivessem regulados, na medida em que “Vp” e “V~p” são incompatíveis; isso não apaga, porém, o fato de a afirmação da existência de uma regra de clausura dessa natureza ser praticamente um truísmo na doutrina juspublicista brasileira.

<sup>485</sup> *Art. 11. Constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação.*

*Parágrafo único. É vedada a realização de transferências voluntárias para o ente que não observe o disposto no caput, no que se refere aos impostos.*

exercício das competências tributárias por todos os entes federados, sob pena da perda do direito a transferências voluntárias – seria plenamente válida, pois não estaria em relação de contrariedade ou contradição com qualquer norma constitucional.

## CONCLUSÕES

1 – Dizer que os enunciados por meio dos quais se outorgam competências são normas é providência que depende do conceito de norma que se venha a adotar.

2 – “Norma” é uma palavra ambígua, o que significa que pode ser tomada em mais de um sentido. Para aclarar o sentido em que é utilizada neste texto, estabeleceu-se uma distinção entre “formulação normativa”, “enunciado normativo”, “disposição normativa”, “norma” e “proposição normativa”, definindo-se as “normas” como enunciados não descritivos, de caráter proposicional, criados a partir da interpretação dos enunciados normativos – em especial das disposições normativas – oriundos do discurso das fontes.

3 – Não há correspondência biunívoca entre disposições normativas e normas.

4 – “Norma” é uma palavra vaga, pois há uma zona de indeterminação quanto aos objetos a que se aplica. Para solucionar o problema da vagueza, pode-se tomar o caminho de uma definição estipulada ou o de uma definição lexicográfica.

5 – Uma definição estipulada muito comum de “norma” é a que parte da distinção entre diversos tipos de uso da linguagem – informativo, expressivo, interrogativo, performativo e diretivo – para fixar o traço peculiar dos enunciados normativos no seu caráter diretivo-prescritivo.

6 – As prescrições são utilizadas com o objetivo de fazer com que alguém tome um determinado curso de ação, de modo que é pressuposto lógico do uso prescritivo que o comportamento que o emissor pretende obter do destinatário seja a este possível e não necessário. Bem por isso, o assentimento do destinatário de uma prescrição manifesta-se quando ele, tendo a possibilidade de agir de outro modo, ainda assim executa o comportamento pretendido pelo emissor.

7 – As prescrições caracterizam-se por não poderem ser objeto de juízos de verdade ou falsidade, orientando-se por outros critérios de valoração, tais como os de

validade ou invalidade. Num sentido mais estrito, correspondem às ordens – comandos e proibições; – porém, num sentido mais amplo, que é aquele em que normalmente, faz-se uso da palavra, elas abarcam também as permissões.

8 – Quer na perspectiva hilética das normas, quer na expressiva, é comum identificá-las com o uso diretivo – prescritivo, em sentido amplo – da linguagem. Porém, o fato é que, por um lado, nem todas as proposições de caráter “diretivo” costumam ser consideradas normas e, por outro, nem todos os enunciados a que se usa atribuir a designação “norma” são expressões do uso prescritivo.

9 – Há enunciados a que se costuma atribuir caráter normativo, porque também se destinam, direta ou indiretamente, a disciplinar condutas, mas que não têm a estrutura lógica de prescrições; a exposição dessas diferentes espécies normativas conduz a uma definição de norma do tipo lexicográfico.

10 – Embora a distinção entre esses tipos normativos esteja fundada em critérios de ordem semântica e pragmática, nada impede que se estabeleça uma distinção entre eles com base em sua forma lógica, resultante da abstração dos significados concretos dos enunciados normativos em categorias sintáticas, pois, como as formas lógicas têm seu ponto de apoio no conhecimento dos objetos, podem ser aplicadas, como instrumento metodológico, para a análise desses mesmos objetos, no processo de “retomada de contato com o mundo” que se realiza mediante a saturação das variáveis proposicionais e a identificação da função desempenhada pelos operadores ou funtores inter e intraproposicionais.

11 – A lógica das normas segue, na essência, os mesmos princípios básicos da lógica modal alética, isto é, da lógica das proposições descritivas; dela se diferencia, porém, sobretudo, pela função que o functor interproposicional (nexo de implicação  $[ \rightarrow ]$ ) cumpre em uma e em outra: relação de imputação – isto é, relação regida por um “dever-ser” neutro, convencional – naquelas; e relação de causalidade – relação regida por um “ser”, natural – nestas.

12 – As formas lógicas dos diferentes tipos normativos distinguem-se entre si, sobretudo, pelo tipo de operador intraproposicional que rege a apódose de cada

uma delas, e se assemelham pelo fato de serem regidas pelo mesmo conector interproposicional – “dever-ser” neutro, convencional;

13 – As prescrições têm uma estrutura lógica que, mediante um nexos de imputação, conecta, de modo inexorável, a descrição de um fato (hipótese) a uma relação normativa, a qual enlaça dois sujeitos segundo um feixe de deveres e direitos recíprocos. Cada um dos polos da relação é regido por um modal intraproposicional, que qualifica a conduta futura do sujeito como “proibida”, “permitida”, “facultada” ou “obrigatória”. Como é pressuposto das prescrições que o sujeito possa tanto agir de maneira conforme como de maneira dissonante do que prescreve a norma, costuma-se cominar uma sanção – norma secundária – para desestimular o descumprimento do comportamento prescrito. Os modais deônticos que regem os consequentes das prescrições são interdefiníveis, e as relações de compatibilidade ou incompatibilidade que mantêm entre si estão descritas no quadro de oposições lógico-deôntico.

14 – As normas técnicas têm uma estrutura lógica que, mediante nexos de imputação, conecta a indicação, na hipótese, de um desejo ou pretensão do sujeito normativo à previsão, no consequente, dos meios idôneos para a consecução de tal fim, isto é, os meios de que o sujeito “tem de” se valer para lograr seu objetivo.

15 – No functor que liga as proposições integrantes do consequente das definições normativas não estão presente o “dever-ser”, como nas prescrições, ou o “ter de”, nas regras técnicas, mas, sim, o “ser”, ainda que, bem entendido, trate-se de um ser “convencional”. É por isso que as definições dão origem a enunciados analíticos, tautológicos, o que possibilita estabelecer, entre as proposições que unem, uma relação bicondicional, de equivalência.

16 – As normas constitutivas opõem-se às normas “reguladoras” porque, em rigor, não disciplinam condutas, mas, sim, criam novas espécies de comportamento, ao atribuírem determinado valor institucional a determinadas condutas. Sua estrutura lógica é normalmente concebida como semelhante à das definições, embora alguns autores agreguem, como elemento distintivo, a presença, no seu antecedente normativo, de um procedimento.

17 – Para além dessa noção “institucional”, há, também, outra noção de normas constitutivas, em que elas são vistas como um tipo de atos performativos, operativos, que realizam imediatamente o estado de coisas de que falam.

18 – As normas constitutivas, consideradas essas duas perspectivas, podem ser classificadas em seis tipos, conforme constituam ou insiram condições necessárias, suficientes ou necessárias e suficientes à existência ou ocorrência daquilo sobre que versam.

19 – Neste trabalho, adota-se uma definição lexicográfica de “norma”, que toma a palavra no sentido estrito de significado dos enunciados formulados pelas fontes normativas, de modo a representar todas as hipóteses de aplicação do vocábulo consagradas pelo uso. A adoção de uma definição lexicográfica, contudo, não deixa de ser uma “estipulação”, porque a reunião de todos esses objetos debaixo de uma mesma palavra pressupõe a identificação de um ponto comum entre eles, o qual, a nosso ver, reside nos fatos de, por um lado, serem construídos a partir da interpretação do discurso das fontes e de, por outro lado, destinarem-se a regular condutas, de modo direto – prescrições e normas técnicas – ou indireto – definições e normas constitutivas.

20 – Essa opção não é, essencialmente, nem mais, nem menos correta do que a opção de restringir o conceito de norma aos casos de uso prescritivo, em sentido estrito, da linguagem; concepção em que se tratam os demais enunciados normativos como “partes de normas”, “normas dependentes”, “proposições isoladas”, entre outras propostas teóricas. É, porém, uma opção que dá igual destaque às prescrições e às demais normas, na composição do sistema jurídico.

21 – As normas jurídicas merecem esse adjetivo não por conta de seu conteúdo específico, nem por conta de sua finalidade, nem por conta dos sujeitos que as põem, nem pelo fato de serem, individualmente, sancionadas, mas, tão-somente, por pertencerem a um sistema jurídico, isto é, por existirem num sistema organizado para regular o exercício da força.

22 – Nem toda norma jurídica isoladamente considerada é dotada de sanção. Nem mesmo todas as normas prescritivas o são, pois a sanção é apenas condição de eficácia, e não de existência, das prescrições.

23 – O conceito de competência está estreitamente ligado às ideias de existência e validade normativas.

24 – Os conceitos de validade e existência normativas são bastante ambíguos no discurso jurídico, havendo, dentre as diversas concepções que tratam deles, as que os equiparam, tomando um pelo outro. A teoria que iguala a validade à existência normativas, para poder considerar que toda norma entra validamente no ordenamento, e só deixa de ser válida quando dele extirpada, tem de admitir, como premissa, a tese kelseniana da “cláusula alternativa tácita”; essa tese, no entanto, é insustentável, pois torna impossível que a autoridade inferior desobedeça às normas editadas pela autoridade superior e, assim, implica supor que todas as normas do sistema são tautológicas.

25 – Neste trabalho, os conceitos de existência e validade são vistos como expressões de uma relação de compatibilidade com as normas sobre a produção jurídica. Normas “válidas” – as que devem ser observadas por seus destinatários – são aquelas criadas em conformidade com “todas” as normas que regem a sua produção, isto é, sem vícios genéticos, e ainda não derogadas ou revogadas; normas “existentes” – as que devem ser levadas em conta – são aquelas criadas em conformidade com pelo menos “algumas” das normas que regem a produção normativa, e ainda não derogadas ou revogadas.

26 – No âmbito da Teoria Geral do Direito, embora haja consenso quanto à importância das normas de competência, está-se longe de uma unanimidade quanto à sua construção conceitual e à sua forma lógica.

27 – O conceito de competência, na linguagem do cotidiano, está ligado à qualidade de um sujeito para praticar uma conduta, seja quando se manifesta como a expressão um juízo de valor sobre o resultado concreto ou esperado de uma

conduta praticada por alguém (proficiência), seja quando se exprime como uma qualidade atribuída por uma norma, previamente a qualquer atuação concreta.

28 – Neste sentido mais amplo, o conceito de competência está intimamente relacionado com os conceitos de “capacidade”, “legitimidade” e “imputabilidade”, que se distinguem entre si apenas pela espécie de ato jurídico a cuja prática estão ligados.

29 – As teorias que examinam a estrutura lógica das normas de competência podem ser divididas em dois grandes grupos: o das propostas “unitaristas”, que concebem uma forma única para as normas de competência, e o das propostas “não-unitaristas”, que consideram não ser possível atribuir uma estrutura lógica unitária para as normas que tratam do tema da competência.

30 – As propostas “unitaristas” podem ser subdivididas em dois grandes grupos: (i) o das teorias que as reduzem a normas prescritivas, ou a partes de normas prescritivas, isto é, a normas de conduta – imperativas ou permissivas; e (ii) o das concepções não-prescritivas, que concebem as normas de competência como (a) regras técnicas; (b) regras conceituais (definições jurídicas) ou como (c) regras constitutivas, em sentido (c.1) institucional ou (c.2) performativo.

31 – A primeira teoria que reduz as normas de competência às prescrições é a que as trata como estabelecedoras de “obrigações indiretas”, “partes de normas”, “normas dependentes” ou “normas em branco”; está ligada a uma noção restritiva do conceito de norma, em que se tomam como “verdadeiras” normas apenas aquelas que regulam condutas, qualificando-as como “proibidas”, “permitidas” ou “obrigatórias” e cominando sanções para a hipótese de descumprimento das proibições e dos comandos.

32 – A segunda teoria “prescritivista” é a que toma as normas de competência como “permissões fortes”, entendendo que, por meio delas, outorga-se ao sujeito competente o “direito” à prática de determinadas ações normativas, direito ao qual corresponderia o “dever” de os destinatários as respeitarem.

33 – Fora do plano prescritivo, há quem conceba as normas de competência como “normas técnicas”, que indicam o meio para a consecução de um fim, argumentando que, em ambos os casos, o agente opta livremente por buscar o fim previsto no antecedente da norma, para o que tem o ônus, e não o dever, de proceder do modo indicado no seu conseqüente.

34 – Os partidários da tese de que as normas de competência são definições jurídicas, para distingui-las das prescrições, apontam, sobretudo, para (i) a sua vinculação com a noção de nulidade, e não com a noção de sanção; para (ii) a distinção que elas permitem estabelecer entre os atos “privados” e “públicos” de um sujeito; e para (iii) a impossibilidade lógica de serem desobedecidas.

35 – Para os autores que concebem as normas de competência como “normas constitutivas”, elas atuam possibilitando a realização de “atos institucionais” que, na sua ausência, seriam simplesmente impossíveis; ao fazê-lo, atribuem determinado sentido especial às condutas de um sujeito. Embora costume-se equipará-las às definições, há quem distinga umas das outras, apontando o “procedimento” como um elemento essencial destas últimas. Aqueles que entendem desse modo acrescentam que, ao estabelecerem as condições necessárias, suficientes ou necessárias e suficientes para um determinado resultado, acabam operando, sob o ponto de vista do sujeito competente, como “regras técnicas”, que indicam como produzir certos resultados institucionais.

36 – Há, ainda, quem vislumbre as normas de competência como enunciados constitutivo-performativos, que realizam, imediatamente, o estado de coisas de que falam, isto é, que produzem, imediatamente, o resultado de atribuir um predicado aos sujeitos competentes.

37 – Por fim, há quem não considere possível tomar as normas que disciplinam o tema da competência sob uma única estrutura lógica, observando, de um lado, que uma única formulação normativa pode ser portadora de um significado complexo ou composto, de forma que não expresse uma só norma, mas uma pluralidade de normas independentes e observando, ainda, de outro lado, que a expressão

“competência” não é aplicável a apenas um objeto, mas, sim, a objetos múltiplos e muito diversos entre si.

38 – A tese das “partes de normas” tem por principal problema o fato de nada dizer sobre os próprios enunciados que conferem competência, limitando-se a relatar os efeitos que decorrem da qualificação deôntica de seu exercício.

39 – A teoria das “obrigações indiretas” é incompatível com o caráter dinâmico dos ordenamentos jurídicos, bem como com a possibilidade de a competência ser outorgada para a criação de normas de caráter não-prescritivo.

40 – A teoria das “normas permissivas” não resiste a, pelo menos, três críticas: a) em muitos ordenamentos é possível verificar a existência simultânea de normas que outorgam competência, possibilitando a produção de normas válidas, e normas que proíbem o exercício dessa mesma competência, sem que isso gere qualquer contradição no sistema normativo, o que seria impossível se as normas de competência fossem mesmo permissões; b) a teoria em questão obscurece a distinção entre sanção e nulidade, o que é inadmissível, porque (b.1) a sanção decorre do descumprimento de deveres e a nulidade decorre da inobservância de ônus e (b.2) a nulidade está conceitualmente ligada às normas de competência, enquanto a sanção está contingentemente ligada às normas de conduta; c) por fim, se uma ação está proibida, a sua realização continua sendo possível; se alguém é incompetente para praticar uma determinada ação, simplesmente não tem a possibilidade (lógica) de realizá-la, validamente.

41 – A teoria das “normas técnicas” deixa de anotar que a regulação dos ônus que condicionam o agir válido do sujeito competente não se confunde com a outorga da competência, consistindo, pelo contrário, num seu “*posterius*” lógico.

42 – A teoria das “normas conceituais”, que concebe as normas de competência como “definições” da validade normativa, não dá conta de explicar a diferença entre o agir “sem” competência e o simples “exercer irregularmente” a competência; ademais, nada diz sobre a forma como o sujeito é investido da competência, de modo que é uma descrição dos efeitos dela, e não de suas causas.

43 – De maneira geral, as críticas apresentadas à tese que vê as normas de competência como definições jurídicas são também aplicáveis à teoria que as concebe como normas constitutivas no sentido institucional, até porque se trata de perspectivas bastante semelhantes, do ponto de vista estrutural.

44 – A tese das normas constitutivas em sentido performativo tem, por um lado, o defeito de desconsiderar o fato de que qualquer enunciado pode ser objeto de enunciação performativa, independentemente de sua forma lógica, sendo sintomático, por isso mesmo, que partidários dessa tese não tenham apresentado uma “forma lógica” para a ideia que concebem; por outro lado, embora a teoria explique como se dá a atribuição da propriedade “ser competente” ao sujeito que nela é investido, falha em não dizer claramente qual é o objeto da competência e qual é o modo de exercê-la.

45 – Usando da forma lógica com função metodológica, o que se verifica é que, num sistema normativo-jurídico, o tema da competência é perpassado por enunciados regidos por diferentes tipos de funtores ou operadores. Justamente por isso é que cada uma das propostas teóricas examinadas se mostra capaz de explicar pelo menos “alguns” dos casos em que o conceito de “competência” está presente, mas nenhuma delas se revela apta a explicar “todos e cada um” dos fenômenos normativos que estão relacionados com a ideia de competência. Daí a adesão à proposta que concebe a disciplina da competência sob uma perspectiva “não-unitarista”.

46 – Alguns enunciados normativos conferem competência, ao estabelecerem quem tem a capacidade de fazer o quê; outros servem para disciplinar o exercício da competência, ora estabelecendo os ônus que condicionam o agir regular, isto é, o agir eficiente, apto a produzir efeitos, do sujeito competente, ora estabelecendo os direitos e deveres relacionados a esse agir, que resultam de sua qualificação como proibido, permitido, facultado ou obrigatório.

47 – Todos esses enunciados podem ou não ser extraídos a partir de uma só disposição normativa, já que não há correspondência biunívoca entre disposições relativas à competência e normas de e sobre a competência.

48 – Uma formalização possível da estrutura normativa reguladora da competência seria a seguinte:

**N<sub>1</sub>:  $s \rightarrow Csx$**  = Se *s* é, então *s* é competente para *x* (*Csx*)

**N<sub>2</sub>:  $(Csx \wedge y) \rightarrow x$**  = Se *Csx* pratica *y*, então produz-se *x*

**N<sub>3</sub>:  $(Csx \wedge Qx) \rightarrow (Csx \wedge O'y)$**  = Se *Csx* quer produzir *x*, então *Csx* tem de praticar *y*.

**N<sub>4</sub>:  $Csx \rightarrow (Csx \wedge Px) \equiv (Csx \wedge Ox) \equiv (Csx \wedge Vx)$**  = Se *Csx* é, então a *Csx* está permitido *x*, ou *Csx* está obrigado a *x* ou *Csx* está proibido de *x*.

**N<sub>5</sub>:  $[Csx \wedge Ox \wedge \sim x \rightarrow Csx \wedge Oq] \equiv [Csx \wedge O\sim x \wedge x \rightarrow Csx \wedge Or]$**  = Se *Csx* está obrigado a *x* e omite *x*, está obrigado à sanção *q*; se *Csx* está proibido de *x* e pratica *x*, então está obrigado à sanção *r*

49 – Tomado o esquema lógico anteriormente exposto, vê-se que “N<sub>1</sub>” e “N<sub>2</sub>” – normas constitutivas em sentido performativo e em sentido institucional – podem ser omitidas, sem prejuízo para o significado, porque todos os seus elementos estão na estrutura de “N<sub>2</sub>”, confirmando a conclusão de ATIENZA e RUIZ MANERO, no sentido de que, ao estabelecerem as condições necessárias, suficientes ou necessárias e suficientes para um determinado resultado, as regras constitutivas acabam operando como regras técnicas para o sujeito competente. Por isso mesmo, também “N<sub>1</sub>” e “N<sub>3</sub>” podem considerar-se contidas em “N<sub>2</sub>”. No entanto, dificilmente será possível reduzir “N<sub>2</sub>” ou “N<sub>3</sub>” ao binômio composto por “N<sub>4</sub> e N<sub>5</sub>” sem perda de significado, pois em “N<sub>2</sub>” e “N<sub>3</sub>” há uma variável proposicional (“y”) que não está presente nestas outras, assim como na estrutura dúplice “N<sub>4</sub>  $\wedge$  N<sub>5</sub>” há variáveis (“q” e “r”) que não estão presentes naquelas outras estruturas.

50 – A distinção entre o primeiro e o segundo grupo de estruturas faz-se ainda mais clara quando se examina o que ocorre no caso de inobservância da conduta “y”, de um lado e o que se passa no caso de inobservância das condutas “Ox” ou “Vx”, de outro. Vejamos:

$$\left\{ \begin{array}{l} (\sim y \vee \sim Csx \rightarrow \sim x) = \text{Se não se pratica } y, \text{ ou se quem pratica } y \text{ é outro sujeito, que não } Csx, \text{ não se produz } x. \\ (Ox \wedge \sim x \rightarrow q) \equiv (Vx \wedge x \rightarrow r) = \text{Se alguém está obrigado a } x \text{ e omite } x, \text{ deve } q; \text{ ou se está obrigado a omitir } x, \\ \text{e pratica } x, \text{ deve } r. \end{array} \right.$$

No primeiro caso – norma de competência, – se o sujeito que tenta praticar  $x$  não é o sujeito competente para  $x$ , ou se não pratica o ato  $y$ , então esse sujeito simplesmente não logra produzir  $x$ ; já no segundo caso – norma sobre o exercício da competência, – o sujeito que descumpre a obrigação de praticar o ato  $x$ , ou que descumpre a proibição de praticá-lo, fica sujeito às sanções  $q$  e  $r$ , respectivamente.

51 – O elemento que conecta a organização do Sistema Tributário Nacional ao conceito de competência é o princípio federativo. A Federação é caracterizada pela união de pessoas políticas isônomas e reciprocamente autônomas para a formação de uma terceira pessoa, o Estado brasileiro, à qual todas estão exclusiva e diretamente subordinadas.

52 – A partilha de competências é corolário da Federação; partilhar competências é atribuir, a cada ente autônomo, determinadas “possibilidades de ação”, privativas ou exclusivas, das quais os demais não gozam. Mesmo nos casos de competência comum ou concorrente é possível falar, em certo sentido, em exclusividade ou privatividade, pois somente quem receber a competência, ninguém mais, terá condições de, validamente, praticar os atos para os quais ela é atribuída;

53 – A repartição de competências tributárias – e, também, das receitas tributárias – constitui uma condição de viabilidade da Federação brasileira, porque é sobretudo por meio delas que a Constituição procura prover as pessoas políticas dos meios econômicos necessários à realização das tarefas que lhes cominou. Embora haja outros meios de dotar as pessoas constitucionais de recursos, para que exista efetiva autonomia financeira é necessário que, ao menos, uma parcela dessas receitas provenha de fontes sobre as quais cada pessoa constitucional tem controle, inclusive para ampliá-las, se preciso for, sem que, para tanto, fique na dependência do que vier a ser estabelecido por outras pessoas políticas.

54 – Na Constituição brasileira, a repartição das competências tributárias entre os entes federados é regida pelos critérios da materialidade, da territorialidade e da afetação do produto da arrecadação a uma finalidade; os dois primeiros orientam a distribuição das competências relativas a impostos, taxas e contribuições de melhoria; o terceiro está ligado, primordialmente, à outorga da competência para a instituição de contribuições especiais e empréstimos compulsórios.

55 – São traços marcantes do Sistema Constitucional Tributário brasileiro a intensidade e o modo minucioso com que, ao tratar das competências tributárias e de sua distribuição entre os entes federados, disciplina a atividade tributária do Estado.

56 – O processo de criação dos tributos inicia-se na Constituição, que não apenas define os traços essenciais de todos os tributos, mas estabelece, também, a maior parte dos requisitos normativos para sua instituição. Esse processo passa, ainda, por algumas disposições normativas infraconstitucionais específicas, que devem, necessariamente, ser consideradas pelo sujeito competente, antes de exercer a sua competência tributária.

57 – Também é condição de viabilidade da Federação a rigidez das disposições constitucionais que atribuem competências, pois, de nada serviria essa exaustiva regulação, se as pessoas contempladas com as competências tributárias pudessem alterar, a seu bel prazer, a extensão dos poderes que o povo lhes outorgou por meio da Constituição Federal.

58 – A terceira condição de viabilidade da Federação é a existência de um Poder judicial capaz de solucionar, com fundamento na Constituição, as controvérsias que vierem a surgir entre os entes federados.

59 – “Competência tributária” é conceito ambíguo e vago, porque há uma grande variedade de objetos aos quais ela é potencialmente aplicável, e não há uniformidade de juízos quanto a qual o significado de conferi-la a alguém.

60 – Num sentido muito lasso, são dotados de competência tributária todas as pessoas e todos os órgãos investidos da capacidade de criar ou aplicar – e, em certa medida, toda aplicação envolve criação de – normas, em matéria tributária; num sentido um pouco mais estrito, diz-se que são dotados de competência tributária apenas aquelas pessoas e órgãos investidos de competência para inovar o ordenamento jurídico na disciplina das questões atinentes aos tributos; por fim, num sentido ainda mais limitado, a competência tributária é aquela para criar a norma cuja incidência faz nascer a relação jurídica tributária.

61 – Essa competência só pode ser titulada por aquelas pessoas capazes de legislar, isto é, pelas pessoas políticas. Não é relativa a órgãos da Administração, mas, sim, a determinadas pessoas constitucionais. Ela é indelegável e irrenunciável, e não se confunde com a capacidade tributária ativa, que corresponde à legitimação para integrar o polo ativo de uma relação jurídica tributária, na posição de credor da importância pecuniária denominada tributo.

62 – Há bastante confusão a respeito dos conceitos de competência e imunidade tributária na doutrina tributarista brasileira, e um sintoma disso é a enorme variedade de expressões que são usadas para defini-los. Algumas dessas expressões são claramente próximas entre si, como “poder” e “potestade”; outras são semanticamente muito distantes, como “capacidade” e “direito subjetivo”.

63 – Ao buscar conceituar competência tributária, a maior parte dos autores recorre, direta ou indiretamente, ao vocábulo “poder”; porém, nenhum deles parece atinar para o fato de que essa palavra, nas línguas latinas, é portadora de uma radical ambiguidade, ora dizendo respeito à possibilidade de algo, isto é, à condição daquilo que é possível, ora à permissão que alguém tem para fazer algo, vale dizer, à condição daquilo que é permitido.

64 – Algumas das definições de competência são usadas como sinônimas de “poder”, no sentido de “possibilidade” – cujos antônimos estão nas noções de “impossibilidade”, “imunidade”, “impotência” etc.; outras são usadas como sinônimos de “poder” no sentido de “permissão” – cujo antônimo está na noção de “proibição”

ou “dever de omitir”. Apesar disso, não é nada incomum que as definições de competência encontradas na doutrina misturem ambas as noções conceituais.

65 – Esse tratamento confuso entre os binômios “direito-dever” (“permissão-obrigação”) e “competência-sujeição” conduz à tendência, quase irresistível para a nossa doutrina, de reconstruir os enunciados atribuidores de competência como permissões, perspectiva que é ensejadora das mais diversas dificuldades e perplexidades.

66 – Foram três as propostas de formalização das normas de competência tributária encontradas na doutrina. Trata-se das propostas de (i) EURICO DINIZ DE SANTI e DANIEL MONTEIRO PEIXOTO; (ii) CRISTIANE MENDONÇA e (iii) TÁCIO LACERDA GAMA. Apesar disso, diversos outros autores indicaram, de passagem, a maneira como concebem tal sorte de normas. Nenhum deles, contudo, parece vislumbrar qualquer inconveniente em unificar, na mesma estrutura lógica, os elementos que dizem respeito à validade da atuação do sujeito competente e aqueles que dizem respeito ao “*status*” prescritivo de sua conduta, isto é, à modalização de sua conduta em termos deônticos.

67 – Ainda que haja diferenças entre elas, as três propostas examinadas partem, implícita ou expressamente, da mesma premissa: a de que as “verdadeiras” normas jurídicas são as normas de conduta, sendo sempre dotadas de uma mesma estrutura (homogeneidade sintática) que vincula, por meio de um functor neutro, a descrição hipotética de um fato a uma relação jurídica, regida por modais deônticos.

68 – No tocante à hipótese, a principal objeção dirige-se à proposta de TÁCIO LACERDA GAMA, que não parece indicar ali as condições que fazem surgir o “direito” de editar/enunciar a norma de incidência tributária, mas, desde logo, o exercício desse “direito”, tanto que o autor insere, nessa mesma proposição, o procedimento cuja observância é necessária para exercer a competência. O problema está em que, na estrutura cunhada pelo próprio autor, o “direito subjetivo” de praticar a conduta consistente em editar a norma só surge no consequente, de modo que o antecedente não poderia, logicamente, conter o exercício desse mesmo direito.

69 – As três propostas de formalização examinadas são coincidentes em advertir para a necessidade de inserir na hipótese normativa as referências de tempo e espaço, o que parece absolutamente correto, na medida em que há casos em que a Constituição condiciona o surgimento da prerrogativa de legislar à ocorrência de circunstâncias de fato e, também, casos em que a outorga da competência é limitada no tempo, nada impedindo, ainda, que haja a indicação de lugares específicos para o exercício válido da competência, embora, normalmente, sua indicação esteja implícita na regulação do procedimento.

70 – No que diz respeito ao conectivo interproposicional, as propostas parecem apontar no mesmo sentido, pois todos concebem a fórmula toda como regida por um nexos de imputação neutro; porém, no tocante ao conectivo intraproposicional, apenas CRISTIANE MENDONÇA e TÁCIO LACERDA GAMA atentam para a possibilidade, em tese, de o exercício da competência tributária ser obrigatório; e nenhum dos autores sequer cogita a possibilidade teórica de o exercício da competência ser proibido, sem que disso resulte a invalidade da norma criada.

71 – Embora seja fato que não existe uma norma constitucional proibindo o exercício válido de uma competência tributária, poderia muito bem haver. Seria o caso, por exemplo, de uma norma, veiculada por meio de uma emenda constitucional, que outorgasse uma competência aos Municípios para instituir um tributo qualquer, não abrangido por suas competências originárias, mas que, ao mesmo tempo, proibisse-os de exercer essa competência, sob pena de perder o direito à percepção de transferências obrigatórias de receitas de impostos, ou sob pena de ser obrigado a pagar uma multa ou uma indenização a outrem. Poder-se-ia dizer que o legislador que o estabelecesse seria incoerente, do ponto de vista teleológico, mas isso não seria suficiente para infirmar a validade de seu proceder.

72 – Não se pode pensar no estado proibido de uma conduta como um estado de impotência, de impossibilidade de praticar a conduta oposta; pelo contrário, só faz sentido proibir condutas possíveis; por isso mesmo, é certo que o sujeito contra quem se volta a proibição pode optar pelo ilícito, seja porque a sanção não existe ou

é insuficiente para desestimulá-la, seja por considerar que é possível escapar à sua aplicação.

73 – A proibição do exercício da competência tributária é algo completamente diferente da imunidade; no primeiro caso, o sujeito competente pode, mas não deve exercer a competência; no segundo caso, sequer há competência.

74 – Não é verdadeira a afirmação de que todo ato jurídico praticado com infração a proibição seja nulo. Isso não encontra respaldo nem na lógica deontica, nem no direito positivo, nem na tradição do pensamento jurídico.

75 – As propostas examinadas não observam que seria plenamente viável proibir o exercício da competência – inclusive cominando sanção – sem retirar a validade da norma criada pelo sujeito competente, o que afasta completamente a possibilidade de reconstruir a outorga da competência como uma permissão de exercê-la.

76 – Algumas das propostas indicam como sujeitos competentes, capazes de editar a norma de incidência, os órgãos credenciados a tanto; no entanto, os órgãos são meros meios pelos quais a pessoa política manifesta a sua vontade; sujeitos competentes são as pessoas políticas especificamente indicadas pela Constituição.

77 – Os problemas ínsitos à tentativa de reconstruir as normas de competência como permissões de seu exercício não ficam claros quando se concebe a possibilidade de o exercício ser obrigatório, porque a relação entre as permissões e as obrigações não é de contradição ou contrariedade, mas de mera subalternidade; no entanto, quando se concebe a possibilidade de haver proibição do exercício da competência normativa, sem prejuízo da validade da norma que venha a ser editada, a solução de conceber a existência simultânea de duas relações de caráter prescritivo resulta insatisfatória, pois faz do sujeito competente, concomitantemente, o credor do direito de praticar uma ação e o devedor da omissão dessa mesma ação.

78 – Se, para TÁCIO LACERDA GAMA, o direito de editar a norma de incidência só surge no consequente, não faz sentido que o procedimento de que se vale para tanto esteja situado no antecedente normativo.

79 – Da mesma forma como fez CRISTIANE MENDONÇA, as imunidades, os princípios, a previsão da destinação do produto da arrecadação e as condições de tempo e de espaço, para a incidência da norma tributária, podem ser considerados como implícitos no elemento “materialidade”, que integra a estrutura da norma de competência.

80 – A equiparação que TÁCIO LACERDA GAMA empreende entre a nulidade e a sanção apresenta, pelo menos, os seguintes problemas: a) a norma sancionadora deveria ter como hipótese o descumprimento de um dever previsto no consequente de uma norma de conduta; no entanto, na estrutura do autor, os condicionantes formais do exercício da competência foram colocados no antecedente da norma primária e, não obstante, se não observados, dão ensejo à nulidade; b) GAMA descreve a observância dos requisitos formais e materiais do exercício da competência como deveres jurídicos do sujeito competente, no entanto, parece mais correto descrevê-los como ônus, já que ele os deve observar para satisfazer o próprio interesse de editar uma norma válida, e não o interesse dos destinatários dessas normas; c) o sujeito competente não é devedor da conduta de criar a norma de incidência de determinado modo e, sim, o credor do direito de criar essa norma, de modo que não faz sentido inserir a inobservância dessa conduta no suposto de uma norma secundária; d) na estrutura típica de uma norma sancionadora, o sujeito ativo da norma secundária deveria ser o mesmo da norma primária, no entanto, GAMA insere no polo ativo da norma sancionadora justamente os destinatários, isto é, os sujeitos passivos (em sentido forte), da norma primária; e) a concepção segundo a qual todas as normas ingressam, validamente, no sistema, e só deixam de ser inválidas quando expulsas do ordenamento, é insustentável, pois é possível que um juiz deixe de aplicar uma norma, ou que um destinatário deixe de cumpri-la, alegando sua incompatibilidade com as normas que regulavam a sua criação, sem que essa norma seja expulsa do sistema; o apelo que se faz à cláusula alternativa tácita, com vistas a remediar esse problema, perde força quando se chama a

atenção para os problemas da tese que afirma a existência de tal cláusula nos sistemas jurídicos.

81 - Os problemas encontrados nas propostas de formalização das normas de competência tributária analisados decorrem do fato de que procuram inserir os temas da validade do exercício da competência e do “*status*” deôntico – permitido, proibido ou obrigatório – do exercício da competência na mesma estrutura de uma típica norma prescritiva.

82 – Em grande medida, isso é decorrência da adoção, quase unânime, na doutrina tributarista brasileira, de um conceito muito restrito de “normas jurídicas”, que as identifica com as prescrições, visão que contribui para que se obscureçam as importantes funções exercidas pelos outros tipos de normas encontradas nos sistemas jurídicos.

83 – Regulando a competência tributária, no sistema jurídico brasileiro, encontramos, primeiramente, enunciados constitutivo-performativos, de estrutura predicativa, que habilitam determinadas pessoas políticas a criar normas de incidência tributária sobre determinados fatos. Ao qualificarem determinado sujeito como competente, não dizem nada sobre o direito desse sujeito de criar normas jurídicas, mas apenas sobre o “poder- possibilidade” de fazê-lo.

84 – Da mesma forma, as normas imunizantes não proíbem o exercício da competência, nem dão direito de não ser tributado a quem quer que seja, mas, simplesmente, estabelecem uma relação de impotência, no lado do sujeito competente, e um estado de não-sujeição, no lado do destinatário dos enunciados proferidos pelo sujeito competente. Isso não impede, porém, que a mesma disposição normativa veiculadora de uma imunidade também proíba a edição de normas relativas ao seu conteúdo.

85 – Para além dos enunciados predicativos, também há, em nosso sistema tributário, enunciados que estabelecem as condições formais e materiais que “têm de” ser observadas pelos sujeitos competentes para criar a norma de incidência

tributária válida. Nada impede, porém, que tais regras técnicas sejam reconstruídas, do ponto de vista dos destinatários, como normas constitutivas;

86 – Nem o sujeito competente tem o dever de observar essas condicionantes, nem os destinatários da norma têm o direito de que o sujeito competente as observe. O sujeito competente tem, isso sim, o ônus de observá-las para agir de maneira válida; se as observar, o destinatário da norma por ele editada estará sujeito à norma; se não as observar, não estará;

87 – A edição de uma norma de incidência tributária válida manifesta-se como “fato institucional” no sistema jurídico e, sendo assim, simplesmente ocorre – quando o fato é suficiente para preencher a moldura da norma, – ou não ocorre – quando o fato é insuficiente para preenchê-la.

88 – Nada disso está relacionado ao “*status*” deôntico da conduta de exercer a competência, que pode estar permitida, ser obrigatória ou ser vedada, sendo que, nestes últimos dois casos, o respectivo descumprimento poderá até mesmo ser sancionado.

89 – Concebemos da seguinte maneira a forma geral das normas atribuidoras da competência tributária (NComp<sub>x</sub>):

$$NComp_x = C_{sx} \wedge p \wedge t \wedge e \wedge m \rightarrow R_{lx}$$

Isto é: “se o sujeito competente para a instituição do tributo x (C<sub>sx</sub>), observando o procedimento previsto para a instituição do tributo (p), mais as condições de tempo e espaço (t  $\wedge$  e), versa sobre determinada matéria (m), então produz-se validamente o veículo introdutor de uma norma de incidência do tributo x (R<sub>lx</sub>)”, a qual, por sua vez, terá a estrutura básica de qualquer regra-matriz de incidência tributária.

90 – A não observância de algum desses requisitos levará, normalmente, à produção de uma norma existente, porém, inválida, e os efeitos que dela podem decorrer serão regulados contingentemente pelo sistema.

91 – A prática dessa conduta ( $C_{sx} \wedge p \wedge t \wedge e \wedge m$ ), ou a produção desse resultado institucional (Rlx) poderá estar permitida, proibida ou ser obrigatória, e essa regulação deontica pode ou não decorrer da interpretação da mesma disposição de competência responsável por outorgá-la.

92 – Por isso, é um erro falar-se na facultatividade do exercício como uma característica da competência tributária, como se da outorga da competência decorresse, automaticamente, tanto a permissão positiva de seu exercício como a permissão da omissão de seu exercício. Não é certo, sequer, que a Constituição regule deonticamente, ela mesma, a conduta consistente em omitir o exercício da competência.

93 – Perceber a total independência que existe entre a atribuição da competência e a regulação deontica de sua conduta é atentar para a insuficiência das propostas teóricas que, ao buscarem reduzir todo o fenômeno jurídico às prescrições, isto é, ao esquema “direito-dever”, acabam por desprezar outras categorias tão importantes quanto os direitos e deveres para a regulação da vida em sociedade. Ao não buscarem explicar a realidade, mas, sim, amoldá-la aos conceitos que assumem como dogmas, comportam-se menos como ciência, e mais como ideologia.

## REFERÊNCIAS

- ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. **Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: A Academia, 1999.
- AFTALIÓN, Enrique; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. **Introducción al derecho: conocimiento y conocimiento científico, historia de las ideas jurídicas, teoría general del derecho, teoría general aplicada**. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1988.
- AGUILÓ REGLA, Josep. *Sobre 'Definiciones y normas'*. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, nº. 8, p. 273-282,1990.
- ALARCÓN CABRERA, Carlos. **Validez, lógica y derecho**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.
- ALCHOURRÓN, Carlos Eduardo; BULYGIN, Eugenio. *Definiciones y normas*. In: BULYGIN, Eugenio et al. (comp.). **El lenguaje del derecho – Homenaje a Genaro R. Carrió**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983, p. 11-42.
- \_\_\_\_\_. **Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales**. Buenos Aires: Astrea y Depalma, 1998.
- \_\_\_\_\_. *La Concepción Expresiva de las Normas*. In: **Análisis lógico y Derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 121-151
- \_\_\_\_\_. *Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos*. In: **Análisis lógico y Derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 169-194.
- \_\_\_\_\_. *Permisos y Normas Permisivas*. In: **Análisis lógico y Derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 215-218.
- \_\_\_\_\_. *Tiempo y validez*. In: **Análisis lógico y Derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 195-214.
- ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Tradução de: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências da Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à Ciência do Direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. 5. ed. Malheiros: São Paulo, 1994.
- \_\_\_\_\_. **Sistema Constitucional Tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel, 2006.
- \_\_\_\_\_. RUIZ MANERO, Juan. **Las Piezas del Derecho**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 2004.
- \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. *Seis acotaciones preliminares para una teoría de la validez jurídica*. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, nº. 26, p. 719-736, 2003.
- AUSTIN, John Langshaw. **How to do things with words**. Oxford: Clarendon Press, 1962.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. **Sistema Constitucional Tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- \_\_\_\_\_. **Teoria dos Princípios**. São PAULO: Malheiros, 13. ed. 2012.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11. ed. Atualização de: Misabel de Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BARBOSA, Cláudia Maria. **Lógica & Direito: Linguagem Jurídica sob Diferentes Paradigmas Lógicos**. 1ª ed. (ano 2005), 3ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2012.
- BECHO, Renato Lopes. **Lições de Direito Tributário: Teoria Geral e Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 3. ed. São Paulo: Lejus, 2002.
- BINI, Edson. *Nota do tradutor*. In GUASTINI, Riccardo. **Das Fontes às Normas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 110.
- BITTAR, Djalma. **Relação Jurídica Tributária em Nível Lógico**. São Paulo: LTr, 1993.
- BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função: Novos Estudos de Teoria do Direito**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007
- \_\_\_\_\_. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. Tradução e notas de: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Direito**. Tradução de: Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

- BORGES, José Souto Maior. **Isenções Tributárias**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1969.
- \_\_\_\_\_. **Obrigação Tributária: Uma Introdução Metodológica**. São Paulo: Saraiva, 1984.
- \_\_\_\_\_. **Teoria Geral da Isenção Tributária**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BUJANDA, Sainz de. *Poder Financiero In: **Notas de Derecho Financiero***. T. I, v. 2. Madri: Universidad de Madrid, 1967.
- BULYGIN, Eugenio. *Sobre las Normas de Competencia. In **Análisis Lógico y Derecho***. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 485-498.
- \_\_\_\_\_. *El Problema de la Validez en Kelsen. In KELSEN, Hans; BULYGIN, Eugenio; WALTER, Robert. **Validez y Eficacia del Derecho***. Buenos Aires: Astrea, 2005, p. 99-118.
- CÁCERES NIETO, Enrique. **Lenguaje y Derecho: Las Normas Jurídicas como Sistema de Enunciados**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.
- CALSAMIGLIA, Albert. *Geografía de las normas de competencia. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho***, Alicante, nº. 15-16, p. 747-767, 1994.
- CARACCIOLO, Ricardo. *Un dilema en torno a la naturaleza de las normas. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho***, Alicante, nº. 31, p. 91-104, 2008.
- CARCATERRA, Gaetano. **Le norme costitutive**. Milão: Giuffrè, 1974.
- CARRAZZA, Roque. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre Derecho y Lenguaje**. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.
- CARVALHO, PAULO DE BARROS. **Curso de Direito Tributário**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- \_\_\_\_\_. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. São Paulo: Noeses, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- \_\_\_\_\_. *Imunidades Tributárias. **Revista de Direito Tributário** 27-28/88-108*, São Paulo, RT, jan./jun. 1984.
- \_\_\_\_\_. *Para uma Teoria da Norma Jurídica: da Teoria da Norma à Regra-Matriz de Incidência Tributária. **Revista do Advogado***. São Paulo: AASP – Associação dos Advogados de São Paulo, ano XXXII, nº, 118, dez. 2012.
- \_\_\_\_\_. **Teoria da Norma Tributária**. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 1998.

- CHIESA, Clélio. **A Competência Tributária do Estado Brasileiro: desonerações nacionais e imunidades condicionadas**. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- COELHO, Fábio Ulhôa. **Roteiro de Lógica Jurídica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro: Comentários à Constituição e ao Código Tributário Nacional, Artigo por Artigo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Comentários à Constituição de 1988: Sistema Tributário**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Os Princípios do Sistema Tributário de repartição de Competência na Constituição*. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP – Associação dos Advogados de São Paulo, ano XXXII, nº, 118, dez. 2012.
- COLZANI, Edoardo. *Costitutività di regole*. In **Toga Lecchese: Quadrimestrale edito dall'Ordine Avvocati di Lecco**. Ano XXI, nº. 2, 2001, p. 6. Disponível em: <[http://www.ordineavvocati.lecco.it/image/pdf/TOGA-2\\_2011.pdf](http://www.ordineavvocati.lecco.it/image/pdf/TOGA-2_2011.pdf)>. Acesso em: 15/07/2012.
- COSTA, Adriano Soares da. **Teoria da Incidência da Norma Jurídica: Crítica ao realismo Linguístico de Paulo de Barros Carvalho**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- COSTA, Newton C. A. da; KRAUSE, Décio. **Notas de Lógica – Parte I: Lógicas Proposicionais Clássica e Paraconsistente (Texto Preliminar)**. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2004, disponível em: <<http://www.cfh.ufsc.br/~dkrause/LogicaUm.pdf>>. Acesso em 25/01/2013.
- COSTA, Regina Helena. **Imunidades Tributárias**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **As Competências do Município na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Celso Bastos Editor – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Ultra Vires*. In: **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977, v.75, p. 424-425.
- D'AGOSTINI, Orfeu Gilberto. **Xadrez Básico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

- DECOMAIN, Pedro Roberto. **Anotações ao Código Tributário Nacional**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- DENARI, Zelmo. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Forense, 1995.
- DERZI, Misabel Abreu Machado. *A imunidade recíproca, o princípio federal e a Emenda Constitucional nº. 3, de 1993*. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, Malheiros, v. 62, 1993.
- EMERENCIANO, Adelmo da Silva. *Modificação na Competência Tributária por Emenda Constitucional. A contribuição para Custeio do Serviço de Iluminação Pública – Emenda Constitucional 39/2002*. In SANTI, Eurico Diniz de. (coord.) **Curso de Especialização em Direito Tributário: Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho**. Forense: Rio de Janeiro, 2005.
- ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 3. ed. Tradução de: J. Baptista Machado. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1988.
- FALCÃO, Amílcar de Araújo. **Sistema Tributário Brasileiro: Discriminação de Rendas**. Rio de Janeiro: Edições Financeiras, 1965.
- FEIS, Guglielmo; SCONFENZA, Umberto M. *Challenging the Constitutive Rules Inviolability Dogma. Phenomenology and Mind*. Pavia, IUSS PRESS, v. 3, 2012, p. 102-110.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.
- \_\_\_\_\_. *Competência tributária Municipal*. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, ano 14, n. 54, p. 158/159, out./dez. 1990.
- \_\_\_\_\_. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Teoria da Norma Jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa**. Forense: Rio de Janeiro, 1978.
- \_\_\_\_\_; GRECO, Marco Aurélio. *Desafios do Federalismo Fiscal Brasileiro*. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 2, p. 97, jul./1998.
- FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. **Imunidade Tributária**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1996.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. **Las Normas de Competencia: Un Aspecto de la Dinámica Jurídica**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- FERRERES COMELLA, Victor. **Justicia Constitucional y Democracia**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Estudos de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 1996.
- FLORES, Vítor Martins. *Imunidade das Exportações: créditos acumulados das contribuições para o PIS e o COFINS*. In: CARRAZZA, Elizabeth Nazar (coord.); MORETI, Daniel (org.). **Imunidades Tributárias**. Elizabeth. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- FOLLADOR, Guilherme Broto. *As Normas de Competência em Alchourrón e Bulygin*. In: Encontro Nacional do CONPEDI, nº. 21, 2012. Uberlândia-MG. *Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Boiteux, 2012, p. 10615-10643.
- FOLLONI, André. **Ciência do Direito Tributário no Brasil: Crítica e Perspectivas a Partir de José Souto Maior Borges** São Paulo: Saraiva, 2013.
- \_\_\_\_\_. **Tributação sobre o Comércio Exterior**. São Paulo: Dialética, 2005.
- GAMA, Tácio Lacerda. **Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade**. São Paulo: Noeses, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.
- GOMES, Nelson Gonçalves. *Um Panorama da Lógica Deontica*, **KRITERION**, Belo Horizonte, nº 117, jun. 2008, p. 9-38.
- GRECO, Marco Aurélio. **Contribuições: Uma Figura Sui Generis**. São Paulo: Dialética, 2000.
- GRUPENMACHER, Betina Treiger. **Eficácia e Aplicabilidade das Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. São Paulo: Resenha Tributária, 1997.
- GUASTINI, Riccardo. **Cinco observaciones sobre validez y derogación**. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2008. Disponível em: <[www.bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02461632092135052754491/discusiones2/Vol2\\_04.pdf](http://www.bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02461632092135052754491/discusiones2/Vol2_04.pdf)>. Acesso em 15/06/2012.
- \_\_\_\_\_. **Das Fontes às Normas**. Tradução de: Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Distinguendo: Estudios de teoría y metateoría del derecho**. Barcelona: Gedisa, 1999
- \_\_\_\_\_. *Prólogo*. In: FERRER BELTRÁN, Jordi. **Las Normas de Competencia: un Aspecto de la Dinámica Jurídica**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000

- \_\_\_\_. **Reglas Constitutivas y Gran División**. Disponível em: [www.http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1743/6.pdf](http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1743/6.pdf). Acesso em: 14/07/2012.
- GUIBOURG, Ricardo. **El fenómeno normativo**. Buenos Aires: Astrea, 1987.
- \_\_\_\_. **Introducción al conocimiento científico**. Buenos Aires: Eudeba, 1993.
- \_\_\_\_. **Pensar en las Normas**. Buenos Aires: Eudeba, 1999.
- HARADA, Kiyoshi. **Sistema Tributário na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.
- HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001
- HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. **Introducción a la Teoría de la Norma Jurídica**. Madri: Marcial Pons, 1998.
- HILPINEN, Risto. *Norms, normative utterances and normative propositions*. **Análisis Filosófico XXXVI**, n. 2, p. 229-241, nov. 2006.
- ITURRALDE, Victoria. *Reflexiones sobre los conceptos de validez y existencia de las normas jurídicas*, Alicante, **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, nº. 31, p. 157-176, 2008.
- IVO, Gabriel. **Norma jurídica: produção e controle**. São Paulo: Noeses, 2006.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- KALINOWSKI, Georges. **Lógica de las Normas y Lógica Deóntica: Posibilidad y Relaciones**. México: Fontanamara, 1996.
- KELSEN, Hans. **Teoria Geral das normas**. Tradução de: José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.
- \_\_\_\_. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de: Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- \_\_\_\_. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- KFOURI JR, Anis. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- LARGERSPETZ, Eerik. *Normas y Sanciones*. In: **La Normatividad del Derecho**. AARNIO, Aulis; GARZÓN VALDÉS, Ernesto; UUSITALO; Jyrki. (org.). Barcelona: Gedisa, 1997.
- LIMA GONÇALVES, José Artur. **Imposto sobre a renda: pressupostos constitucionais**. São Paulo: Malheiros 2002.

- LOBO D'EÇA, Fernando L. *O Sistema Federal e os Princípios Constitucionais de Coordenação de Competências*. In: CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO et al. (coord.). **Princípios Constitucionais Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins**. São Paulo: LEX, 2005, p. 475-492.
- MACCORMICK, Neil ; WEINBERGER, Ota. *Pour une théorie institutionnelle du droit : nouvelles approches du positivisme juridique*. Bruxelles: Kluwer E. J. Belgique, 1992.
- MACCORMICK, Neil . **Retórica e o Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Voluntary Obligations*. In: **Legal Right and Social Democracy. Essays in Legal and Political Philosophy**. Oxford: Clarendon, 1982.
- \_\_\_\_\_. *H.L.A. HART*. In: **Jurists: Profiles in Legal Theory**. London: Edward Arnold, 1981.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MAKINSON, David. *On the Formal Representation of Rights Relations: Remarkson the Work of Stig Kanger and Lars Lindahl*. **Journal of Philosophical Logic**, v. 15, p. 403-425, 1986.
- MARINS, James. *Fundações Privadas e Imunidade Tributária*. **Revista Dialética de Direito Tributário**, nº. 28. São Paulo: Dialética, 1998.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. Saraiva: São Paulo, 2007.
- MELO, José Eduardo Soares de. *Sistema Tributário – Bitributação, bis in idem, e Cumulatividade – Reformas*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Direito Tributário e Reforma do Sistema**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003 (Pesquisas Tributárias, Nova Série; n. 9).
- MELO FILHO, Álvaro. **Código Tributário Nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- MENDES, Sônia Maria Broglia. **A validade jurídica e o giro linguístico**. São Paulo: Noeses, 2007.
- MENDONÇA, Cristiane. **Competência Tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.
- MENDONÇA, Daniel. **Las Claves del Derecho**. Barcelona: Gedisa, 2000.

- MENEZES, Paulo Lucena de. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. Coord. Ives Gandra Martins. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. I.
- MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Compêndio de Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- MORESO, José Juan. *El encaje de las piezas del derecho*. In: **Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, nº. 15, p. 165-192, out. 2001.
- MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Revogação em Matéria Tributária**. São Paulo: Noeses, 2011.
- MUNHOZ DE MELLO, Rafael. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- NAVARRO, Pablo Eugénio. *Enunciados Jurídicos y Propositiones Normativas*. In **Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, n. 12, abril/2000, p. 121-155.
- \_\_\_\_\_. **La Eficacia del Derecho**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
- NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais como Diferença Paradoxal do Sistema Jurídico**. Brasília: UnB, 2010.
- NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2003.
- \_\_\_\_\_. **La validez del derecho**. Buenos Aires: Astrea, 2006.
- NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de Direito Tributário**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- \_\_\_\_\_. **Imunidades Contra Impostos na Constituição Anterior e sua Disciplina Mais Completa na Constituição de 1988**. São Paulo: Resenha Tributária, 1990.
- OLIVEIRA, Júlio Maria de. **Internet e Competência Tributária**. São Paulo: Dialética, 2001.
- PAULSON, Stanley L. *On Ideal Form, Empowering Norms, and "Normative Functions"*. **Ratio Juris**, v. 3, n. 1, p. 84-88, mar. 1990.
- PEIXOTO, Daniel Monteiro. **Competência Administrativa na Aplicação do Direito Tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

- PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *Reglas de competencia y existencia de las normas jurídicas. Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº. 22, p. 381-412, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Sobre “Las Normas de Competencia: Un Aspecto de la Dinámica Jurídica de Jordi Ferrer. In Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, nº. 16, p. 215-226, 2002.
- PESTANA, Márcio. **O princípio da imunidade tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- PIZOLIO, Reinaldo. **Competência Tributária e Conceitos Constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, t. I e III.
- \_\_\_\_\_. **Comentários à Constituição de 1946**. São Paulo: Max Limonad, 1953, v. I.
- PORTELLA, André. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. Carlos Valder do Nascimento (coordenador), Ives Gandra Martins... [et al]. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- RAMOS, Elival da Silva. **A Inconstitucionalidade das Leis: Vício e Sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- RAZ, Joseph. **O Conceito de Sistema Jurídico: Uma Introdução à Teoria dos Sistemas Jurídicos**. Tradução de Maria Cecília Almeida. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- ROBLES, Gregorio. **Las Reglas del Derecho y las Reglas de los Juegos: Ensayo de teoría analítica del derecho**. 2. ed. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988.
- ROCA PÉREZ, Victoria. **Derecho y razonamiento práctico en C. S. Nino**. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2003.
- ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de: Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2000.
- \_\_\_\_\_. **El concepto de validez y otros ensayos**. 3. ed. México: Fontanamara, 1997.
- \_\_\_\_\_. **Lógica de las Normas**. Madri: Tecnos, 1971.
- SAMPAIO DÓRIA, Antonio Roberto. **Discriminação de rendas tributárias**. São Paulo: Bushatsky, 1972.
- SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Decadência e Prescrição no Direito Tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

- \_\_\_\_; PEIXOTO, Daniel Monteiro. PIS e Cofins na Importação, Competência: entre Regras e Princípios. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, v. 121, 2005.
- \_\_\_\_. *Validade, Vigência e Aplicação da Norma Tributária*. In: **Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- SCHAUER, Frederick. **Las Reglas en Juego: Un Examen Filosófico de la Toma de Decisiones Basada en Reglas en el Derecho y en la Vida Cotidiana**. Tradução de Claudina Orunesnu e Jorge L. Rodríguez. Madri: Marcial Pons, 2004.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SEARLE, John. **Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language?** Cambridge: Cambridge University Press, 1969.
- SERBENA, Cesar Antonio. **Lógica e Direito: Elementos Para uma Reconstrução Formal do Raciocínio Jurídico** (tese doutoral). Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2003.
- SILVA, Joana Lins e. **Fundamentos da Norma Tributária**. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SOUZA, Leandro Marins de. **Tributação do Terceiro Setor no Brasil**. São Paulo: Dialética, 2004.
- SPAAK, TORBEN. *Explicating the Concept of Legal Competence*. In: HAGE, Jaap C.; PFORDTEN, Dietmar von (org.). **Concepts in Law**. Londres: Springer, 2009.
- \_\_\_\_. *Norms that Confer Competence*. **Ratio Juris**, v. 16, n. 1, mar. 2003.
- \_\_\_\_. *The Concept of Legal Competence*. In: **The IVR Encyclopaedia of Jurisprudence, Legal Theory and Philosophy of Law**, maio 2005. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=923531>. Acesso em: 04/01/2013.
- TAGLIARI, Carlos Agostinho. **Os Princípios e a Construção da Norma Jurídica Tributária**. Curitiba: Juruá, 2009.
- TAVARES, Alexandre Macedo. **Fundamentos de Direito Tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

- TUSSEAU, Guillaume. *Jeremy Bentham on Power-Confering Laws*. **Revue d'études benthamiennes**, nº. 3, nov. 2007. Disponível em: <<http://etudes-benthamiennes.revues.org/160>>. Acesso em: 04/10/2012.
- UCKMAR, Victor. **Princípios Comuns de Direito Constitucional Tributário**. Tradução de: Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.
- ULHÔA CANTO, Gilberto. **Temas de Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Alba, 1964, v. III.
- \_\_\_\_\_. *Imunidade Tributária – Entidades Fechadas de Previdência Privada (Fundos de Pensão)*. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, Malheiros, v. 61, 1994.
- VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- VELLOSO, Andrei Pitten. **Conceitos e Competências Tributárias**. São Paulo: Dialética, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Constituição Tributária Interpretada**. São Paulo: Atlas, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Teoria das Contribuições*. In LEANDRO PAULSEN; \_\_\_\_\_. **Contribuições: Teoria Geral, Contribuições em Espécie**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 13-73.
- VERNENGO, Roberto José. *About an Empowerment Theory of Legal Norms an Some Related Problems*. **Ratio Juris**, v. 2, nº 3, p. 299-303, dez. 1989.
- \_\_\_\_\_. **Curso de Teoría General del Derecho**. Buenos Aires: Depalma. 1995.
- \_\_\_\_\_. *Sistemas Normativos Dinámicos y la Idea de Libertad Jurídica*. In: BULYGIN, Eugenio et al. (comp.). **El lenguaje del derecho – Homenaje a Genaro R. Carrió**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983.
- VIEIRA, José Roberto. *A Noção de Sistema no Direito*. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 33, p. 53-64, 2000.
- \_\_\_\_\_. **A Regra-Matriz de Incidência do IPI: Texto e Contexto**. Curitiba: Juruá, 1993.
- \_\_\_\_\_. *E, Afinal, a Constituição Cria Tributos!* In: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). **Teoria Geral da Obrigação Tributária: Estudos em Homenagem ao Professor José Souto Maior Borges**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 594-642.
- \_\_\_\_\_. *Fundamentos Republicano-Democráticos da Legalidade Tributária: Óbvios Ululantes e Não Ululantes*. In: MELISSA FOLMANN (coord). **Tributação e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 181-217.
- \_\_\_\_\_. *IPI x ICMS e ISS: Conflitos de Competência ou Sedução das Aparências?* In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de; e CANADO, Vanessa Rahal (coord.). **Direito**

- Tributário: Tributação do Setor Industrial.** São Paulo: Saraiva e FGV, 2012, p. 49-101 (Série GVlaw).
- \_\_\_\_. *Princípios Constitucionais e Estado de Direito.* **Revista de Direito Tributário nº. 54**, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 95-104, out./dez. 1990.
- VILANOVA, Lourival. **Lógica Jurídica.** São Paulo: Bushatsky, 1976.
- \_\_\_\_. **As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo.** 4. ed. São Paulo: Noeses, 2010.
- \_\_\_\_. **Causalidade e relação no direito.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- VILLEGAS, Hector. **Curso de Direito Tributário.** Tradução de: Roque Antonio Carrazza. São Paulo: RT, 1980.
- VON WRIGHT. Georg Henrik. **Norma y Acción: Una Investigación Lógica.** Madri: Tecnos, 1970.
- \_\_\_\_. *Normas de Orden Superior.* In: BULYGIN, Eugenio *et al.* (comp.). **El lenguaje del derecho – Homenaje a Genaro R. Carrió.** Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983, p. 457-470.
- WARAT, Luís Alberto. **A Definição Jurídica: Suas Técnicas – Texto Programado.** Porto Alegre: Atrium, 1977.