XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

JURACI MOURÃO LOPES FILHO

SÉRGIO FIUZA DE MELLO MENDES FILHO

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

T314
Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA
Coordenadores: Juraci Mourão Lopes Filho ; Sérgio Fiuza de Mello Mendes Filho – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-873-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 :Belém, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
ePós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Belém - Pará - Brasil
https://www.cesupa.br/

XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

A presente publicação traz os textos apresentados em grupo de trabalho que contou com abordagens diversas dos assuntos inerentes a sua temática, que podem ser agrupados em estudos de teoria pura, com reflexão e aprofundamentos de categorias teóricas e conceitos, e de aplicação de concepções teóricas para enfrentar aspectos dogmáticos ou problemas práticos do Direito brasileiro.

Na primeira categoria de reflexão teórica, em que de um modo geral se identifica o estudo de um determinado autor ou de uma teoria geral para problemas de definição e concepção de categorias jurídicas, tem-se texto sobre o pensamento de Karl Popper para o Direito processual e a construção de uma teoria da decisão; a revisão dos conceitos de regras, obrigações e normatividade em Herbert Hart; o uso da Crítica Hermenêutica do Direito para controle da discricionariedade judicial; a unificação de padrões éticos e morais em Dworkin e abordagem sobre o ativismo judicial. Como pano de fundo, os trabalhos identificam o que é o Direito, seus limites com a Moral, quais os contornos de seus conceitos fundamentais e suas fontes, bem como qual a lógica e racionalidade que subjazem na ciência jurídica.

Por sua vez, no grupo de artigos que tomam elementos teóricos para resolver problemas jurídicos próprios da realidade brasileira, há texto utilizando e aplicando a teoria de Robert Alexy para investigar a coerência em julgamento do Supremo Tribunal Federal; as concepções de Direito e Moral do positivismo inclusivo para, então, determinar a proteção trabalhista no país; o uso da teoria da norma em Kelsen para definir a regra matriz tributária no Sistema Tributário Nacional; investigação da implementação de políticas públicas pelo Judiciário por meio de processos estruturais; os efeitos de precedente do Supremo Tribunal Federal para mães e filhos no cárcere no Estado de Sergipe e mesmo o estudo dos precedentes de uma maneira geral no Brasil.

Como se observa, os trabalhos que compõem o presente volume demonstram a qualidade da pesquisa nacional em torno do assunto, com viés crítico e aprofundado sobre temas de relevância não só teórica como também para solução de questões práticas.

Com isso, esperamos que o leitor tenha o maior proveito possível.

Juraci Mourão Lopes Filho – UNICHRISTUS

Sérgio Fiuza de Mello Mendes Filho - CESUPA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A CONSTRUÇÃO DA NORMA JURÍDICA POR HANS KELSEN E SUA APLICAÇÃO NA REGRA-MATRIZ DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA

THE CONSTRUCTION OF THE LEGAL STANDARD IN HANS KELSEN AND ITS APPLICATION TO THE MATRIX-RULE OF TAX INCIDENCE

Lise Tupiassu [1]
Vicente Férrer de Albuquerque Júnior [2]

Resumo

O artigo apresenta e analisa a teoria da norma jurídica desenvolvida por Hans Kelsen e relaciona com a possibilidade de sua aplicação a regra-matriz de incidência tributária. O objetivo do trabalho é, portanto, conhecer o conceito de norma jurídica desenvolvido na Teoria pura do direito e verificar sua aplicação na fórmula da regra-matriz de incidência tributária, utilizada para aferir a legalidade e validade da cobrança do tributo. Passa-se ao estudo da fórmula da regra-matriz de incidência tributária, com o antecedente e o consequente da norma jurídica tributária para aferir os seus critérios de incidência e verificar a legalidade tributária.

Palavras-chave: Positivismo, Teoria pura do direito, Norma jurídica, Legalidade, Regra-matriz de incidência tributária

Abstract/Resumen/Résumé

The article presents and analyzes the theory of legal norm developed by Hans Kelsen and relates the possibility of its application to the tax incidence matrix rule. Therefore, the objective of this paper to know the concept of legal norm developed in the Pure Theory of Law and to verify its application in the formula of the tax incidence matrix rule, used to assess the legality and validity tax collection. We proceed to the study of the formula the tax incidence matrix rule, with antecedent and consequent the tax legal norm assess its incidence criteria and verify the tax legality.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Positivism, Pure theory of law, Legal standard, Legality, Matrix-rule of tax incidence

[1] Doutora em Direito Público. Mestre pela UFPA. Professora da UFPA e do CESUPA. Co-Coordenadora da Rede de Pesquisa Junction Amazonian Biodiversity Units - Research Network Program - JAMBU-RNP.

[2] Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Pará. Especialista em Direito Tributário e Processual Civil. Procurador da Fazenda Nacional. E-mail: vferrerajr@gmail.com

INTRODUÇÃO.

Este artigo trata a respeito da construção da teoria da norma jurídica por Hans Kelsen e sua aplicação na regra-matriz de incidência tributária, técnica utilizada para aferir se a incidência do tributo está dentro dos parâmetros da lei.

A teoria da norma jurídica desenvolvida por KELSEN (2009) foi fruto de uma construção doutrinária paulatina, em várias obras publicadas ao longo de quase 70 anos. A centenária obra vem no contexto de elevar o direito a posição de ciência jurídica (SGARBI, 2009, p. 31). Daí seu vasto e importante legado, com uma obra que sofreu evoluções e mudanças durante a sua vida acadêmica, com a revisão de vários conceitos e apresentação de respostas a cada nova publicação.

Dentre estes conceitos, sobressai o da norma jurídica, trazida de maneira complexa e com transformações ao longo dos anos, sendo objeto deste trabalho a análise deste conceito e verificar sua aplicação a formula da regra-matriz de incidência tributária, utilizada no exame de legalidade da norma jurídica que possui esta origem.

Especificamente em relação a norma tributária, com a possibilidade de analisar sua legitimidade, foi estabelecida a fórmula da regra-matriz de incidência tributária, técnica empregada por CARVALHO (2015), consistente num conjunto de premissas destinadas a compreender o fenômeno da incidência, partindo da análise de critérios essenciais balizadores, aqueles que seriam particulares para identificar a legalidade na cobrança por parte do Estado. No antecedente da norma jurídica tributária busca-se identificar o: (a) critério material, composto pelo verbo e seu complemento; (b) critério temporal; e (c) critério espacial. Enquanto no consequente da norma jurídica tributária serão analisados os critérios: (a) pessoal, identificando os sujeitos ativo e passivo; e (b) quantitativo, com a definição da base de cálculo e da alíquota.

Este trabalho seguirá uma orientação descritiva, com foco na produção de KELSEN (2009) e com utilização da releitura de suas obras para temas específicos. Estruturando um pensamento que tem como objeto a norma jurídica, sua obra é marcada pelo aprimoramento de ideias, respostas as críticas e elaboração de considerações atuais.

Fazendo o cotejo com a norma jurídica tributária, pretende-se verificar, a partir do conceito de norma jurídica em KELSEN (2009), a possibilidade de sua utilização no estudo da norma jurídica tributária, da fórmula e dos critérios da regra-matriz de incidência tributária

Desse modo, o problema inicial a ser respondido com este trabalho é esclarecer se a teoria da norma jurídica desenvolvida por Hans Kelsen é aplicável no regramento específico conferido a regra-matriz de incidência tributária.

Empregando o método dedutivo, será utilizada a pesquisa bibliográfica e documental, com os desígnios de uma pesquisa do tipo exploratória e de natureza qualitativa.

Com isso, este artigo foi estruturado em duas seções, com a abordagem da construção e da evolução da teoria da norma jurídica de Hans Kelsen; em segundo lugar, foram avaliadas as especificidades da regra-matriz de incidência tributária, aplicada a norma jurídica tributária, e se seria possível aplicar a teoria da norma de KELSEN (2009).

1. A TEORIA DAS NORMAS JURÍDICAS DE HANS KELSEN.

A norma jurídica passou por um processo evolutivo até a construção da Teoria Pura do Direito, tendo como principais características seu desenvolvimento no período entre guerras, a publicação da segunda edição da Teoria Pura do Direito, em 1960, e da obra póstuma Teoria Geral das Normas, em 1979. Com uma cultura baseada no empirismo, objetividade, desmistificação da vida e do pensamento, Kelsen é um legítimo representante de sua época, expondo de forma pura a sua teoria do direito, para separar o direito das ciências naturais e ideologias políticas, com o objetivo de elevar a teoria jurídica (KELSEN, 2009, p. 25).

Na busca por este objetivo, dois desafios principais se impunham: (a) estabelecer o *status* ocupado pelas ciências culturais, em comparação as ciências naturais e seus princípios; e (b) concluir pelo lugar a ser ocupado pelo Direito, distinguindo-o dos demais fenômenos sociais (VALADÃO, 2008, p. 14), além de delimitar qual o objeto da ciência jurídica.

Pensando a sociedade como um conjunto de regras para determinar a condução dos indivíduos, temos a necessidade de induzir uma conduta positiva, pela ação, ou negativa, pela omissão, com a criação de regras que reflitam as condutas desejadas ou indesejadas, as quais serão tratadas por normas. Estas, consideradas em sua totalidade e nas distintas ordens, formam a ordem social, que se distinguem pela forma de buscar a conduta desejada e pela sanção institucionalizada empreendida para se fazer cumprir. Assim, de certa forma, a obediência à norma estará ligada diretamente a aprovação da norma pelos demais e a repreensão à desobediência, a reação do grupo para com o indivíduo é denominada de *sanção.*

Em primeiro lugar, no Direito a sanção é socialmente organizada, sendo uma coerção prevista normativamente. Em segundo, a sanção no Direito funciona pela ameaça de coerção, consistente no uso da força jurídica contra aquele que descumprir as normas jurídicas, com a

força sob o monopólio do Estado, instituição garantidora do exercício de conduta socialmente desejada. Assim, o Direito é uma forma de técnica social que objetiva condicionar a conduta social aspirada pelos homens, através da ameaça de coerção estatal caso haja de modo contrário. Assim, o objeto da ciência jurídica, definido por Kelsen, é a norma jurídica, uma das dimensões do Direito, surgindo a partir deste momento o desafio de dar-lhe um conceito.

De tal modo, a Teoria de Kelsen afasta o Direito da Moral, apesar de assumir uma posição de que o Direto também possui uma dimensão normativa, acepção que era exclusiva dos jusnaturalistas. Esta dimensão normativa encontra-se bem delineada na distinção laborada entre o mundo dos fatos (*ser*), objeto das ciências naturais, e o mundo dos valores (*deve ser*), objeto das ciências culturais. Dessa forma, a teoria de Kelsen, ao conciliar a separação entre Direito e Moral, reconhecendo a dimensão normativa do direito, atuou como meio termo entre as teorias jusnaturalistas e juspositivistas. Nesse passo, a separação entre Direito e Moral possibilita a pureza valorativa ou axiológica, ao assumir posição de meramente descritiva do Direito; enquanto que a adesão a normatividade possibilitou alcançar a pureza sociológica, pretendendo formular uma Teoria Pura do Direito Positivo (KELSEN, 2009, p. 122).

Como marco teórico inicial de sua teoria jurídica, há uma grande preocupação em como conceituar a norma jurídica, sendo necessário identificar um elemento específico, o fundamento de validade da norma, o ato legítimo de autoridade. O fundamento da norma estaria contido em uma outra, a norma hipotética fundamental. O caráter hipotético desta norma fundamental é justificado pela sua validade pressuposta, integrante do sistema hierarquizado de normas, com o qual o próprio Estado será parte integrante.

A norma jurídica era entendida como um verdadeiro comando aos particulares, num viés imperativo. Daí surge a novidade teórica de Kelsen, ao afirmar que a norma jurídica não deveria ser entendida como um imperativo, não seria uma prescrição de condutas, apresentando uma estrutura condicional ou hipotética, numa crítica a corrente da teoria voluntarista, que confundia a vontade do Estado com a própria norma jurídica (BITTAR, 2015, p. 433). Por entender que o Estado não poderia, legitimamente, expressar sua vontade sem a atuação dos seus agentes públicos, Kelsen não reconhece a introdução do elemento finalidade pública no conceito de norma jurídica.

No que toca a ciência do Direito, concluiu por ser a finalidade um elemento externo, enquanto a coerção estatal institucionalizada, a sanção, estaria classificada como elemento interno da norma jurídica. Kelsen reconhece que toda norma jurídica é promulgada com certa finalidade, disto não deduzindo fazer parte de seu conceito, bem como a validade da norma jurídica não estará atrelada a finalidade de seu conteúdo.

Com o objetivo de descrever a norma jurídica, Kelsen classifica a sanção como parte integrante do conceito. A norma jurídica assume um juízo hipotético (KELSEN, 2009, p. 82), indicando apenas que um comportamento será devido caso sejam verificadas a presença de determinadas condições. Praticada a conduta contrária a norma jurídica, não haverá uma ameaça a ela ou ao Direito, mas sim o pressuposto fundamental, por constituir condição para a aplicação da sanção, entendida como elemento integrante do conceito de norma jurídica.

Por ser um juízo hipotético, a norma jurídica é reconstruída sob o prisma de uma proposição jurídica, que faz o liame entre uma condição e uma consequência, impondo a obrigação da sanção ao Estado, diante da estrutura condicional da norma. Como a norma teria a função de regular os atos de coerção, praticados institucionalmente pelo Estado, a realização do ato coercitivo, o efeito, é sempre condicionado por outro fato, natural ou humano, a causa, ambos previstos na norma jurídica. Pode-se concluir que, ao contrário da relação necessária entre causa e efeito nas relações da natureza, na norma jurídica a consequência (sanção) está relacionada a uma condição por via jurídica, representada na fórmula: *"se A é, B deve ser"*. O destinatário da norma tende a entender que: (a) deve se comportar de certa maneira, sentido do ato de vontade, a norma; e (b) como deve se comportar, o que fazer ou deixar de fazer, seu conteúdo, uma prescrição ou ordem.

Nessa medida, temos o reconhecimento de duas espécies de normas jurídicas: (a) norma primária, onde o conteúdo é a condição ou causa para a realização do ato coercitivo; e (b) norma secundária, quando o conteúdo é a condição, ou uma série de condições definidas, que não tem na consequência um ato coercitivo, sendo propagado através de conduta destinada a evitar o ato coercitivo. Esta norma de caráter secundário, que objetiva evitar a aplicação do ato coercitivo, tem caráter auxiliar, podendo ser irrelevante para descrever a norma jurídica.

Com estas premissas, a norma jurídica passa a ser observada em duas perspectivas: (a) estática, demonstrada por um ato real de coerção, de natureza meramente executiva; e (b) dinâmica, representada pela função criadora da própria ordem jurídica estatal. Assim, a norma jurídica regula sua própria criação, assumindo os Poderes do Estado a atribuição de criação do Direito, com disposição de modo escalonado, sendo as normas de nível superior delimitadoras das de nível inferior. Do ponto de vista dinâmico da norma jurídica, estas estarão hierarquicamente dispostas, com as normas superiores estabelecendo condições sob as quais as normas inferiores serão cunhadas. Na criação, podemos delinear que há um paralelismo entre fato e norma, pois a criação de uma norma inferior é possível por haver um fato previsto na norma superior, o considerado fato na norma superior, constitui norma no grau inferior.

A norma fundamental é não-positivada, pressuposta pelo conhecimento teórico, constituindo o primeiro órgão criador do direito, com natureza meramente formal, não determinando o conteúdo das normas jurídicas posteriores. Lado outro, o ato coativo real, de pura execução, deve ser considerado na sua função estática, já que não cria norma jurídica, sendo uma consequência da proposição jurídica completa, definida com uma norma superior de proibição ou permissão para a atuação da inferior. Este contínuo processo de criação jurídica, desde a norma fundamental até a aplicação do ato coercitivo, com a construção de sentido jurídico-positivo para as leis, regulamentos e contratos, tem por consequência a individualização do direito, tendo por caracterizada a hierarquização dos atos individuais.

Para resguardar a ordem jurídica do exercício da função de modo irregular, utilizou-se três técnicas: (a) quando a norma superior atestar a nulidade pura e simples do ato realizado em certas condições, sem que haja intervenção de outro órgão ou autoridade superior; (b) possibilidade de que haja recurso a um outro órgão, competente para anular o ato irregular praticado; (c) a norma superior também poderia prever a convalidação da função irregular exercida no âmbito do órgão estatal. Portanto, o tratamento do desvio praticado pelo agente estatal no aspecto fático, com a possibilidade de anulação do ato desviante pela norma jurídica, é analisado na sua dimensão normativa, cujo sentido é o da própria norma superior.

Nesse contexto, a norma jurídica terá um sentido objetivo do fato e uma moldura onde o hermeneuta possa interpretar. A qualificação de um fato natural como fato jurídico decorre do sentido objetivo que lhe é dispensado pelo sistema jusnormativo, caracterizando uma norma como válida sempre que o sentido objetivo de um ato determinado estiver reconhecido na norma jurídica. A norma jurídica é entendida numa dupla dimensão, recebendo seu significado de outra norma jurídica e constituindo um esquema de interpretação.

É possível afirmar que a estrutura escalonada das normas está presente não só no direito, mas em todos os sistemas normativos, tendo em vista a necessária compatibilidade entre as normas, com a validade de uma norma aferida imediatamente a partir da anterior, até a norma última do sistema, a norma fundamental. As normas superiores fornecem o fundamento de validade das sucessoras, sem fornecer seu conteúdo, por ser dinâmico o sistema jurídico, com a validade, de natureza formal, decorrente de uma fonte do direito.

Daí a ideia de estabelecer a norma jurídica como moldura de interpretação, no sentido de que a norma superior jamais poderá estabelecer previamente todas as feições do ato inferior por intermédio do qual é aposta. Esta indeterminação, pela norma superior não regular, de modo total ou parcial, o fato condicionante e a função condicionada, cria uma margem para o exercício da interpretação, sendo a norma superior uma moldura a ser

preenchida pela norma inferior, com várias possibilidades de atuação dentro desta moldura (KELSEN, 2009, p. 390). Com isso, a interpretação não estará vinculada a uma única solução correta, cabendo ao órgão aplicador utilizar uma delas para que se torne Direito, dentro da moldura da lei.

Sob o ponto de vista jurídico, não há um critério racional que possa identificar como correta uma ou outra possibilidade que esteja inserida na moldura da lei. Mesmo a necessidade de interpretação, advém justamente do fato de que o sistema de norma deixa margem para várias possibilidades, onde a hierarquização do interesse será possível por uma manifestação de vontade, a decisão, que formalizará um novo ato de criação normativa (KELSEN, 2009, p. 394). Assim, distingue-se dois tipos de interpretação: (a) científica, que se limita ao conhecimento da moldura da norma, informando as aplicações possíveis; e (b) autêntica, aquela empreendida pela autoridade aplicadora da norma jurídica, sendo necessário fixar a moldura da norma e, posteriormente, efetuar a escolha entre os sentidos possíveis.

Partindo da premissa de que o Direito é uma ordem coercitiva, todas as partes estão a ele obrigadas, sendo a materialização das sanções previstas nas normas gerais dependentes da verificação de determinadas condições, um ‘dever ser’. Firme nestas premissas, podemos visualizar duas situações: (a) as normas jurídicas como produtos da função exercida pela autoridade de criação jurídica; e (b) as proposições jurídicas, os enunciados formulados pela ciência jurídica sobre as normas jurídicas, formando o juízo hipotético.

Com a norma jurídica descrita a partir de proposições jurídicas, de formulação hipotética, temos que as normas constitucionais, vocacionadas a imprimirem as estruturas de Poder do Estado, não seriam normas independentes, sendo descritas apenas se estiverem em conjunto com outras normas jurídicas. Assim, algumas das normas constitucionais seriam apenas uma parte do todo representado pela norma geral, com o objetivo de inserir em todas as normas gerais uma matéria constitucional, para possibilitar aferir a validade da norma jurídica frente a Constituição (KELSEN, 1998, p. 208), caracterizando-as como normas não-autônomas.

Ao expor a norma jurídica como um ato de vontade, KELSEN (2009, p. 5-6) a dividida em duas partes: (a) sentido objetivo de um ato, que, por sua vez, será (b) um ato de vontade. Esta segunda parte é inovadora em sua teoria, introduzindo várias mudanças no conceito então defendido para as normas jurídicas, concluindo que a função das normas jurídicas não será a mesma, passando a depender do tipo de ato de vontade originário.

De tal modo, a norma jurídica possui diversas funções no ordenamento positivo, de acordo com o tipo de ato de vontade, podendo prescrever, permitir ou facultar a ação.

Portanto, ao invés do Direito ser um regulador de atos coercitivos, destinado a autoridade estatal aplicadora da sanção, a conduta prevista na norma jurídica passa a ser a do indivíduo, que se sujeitará ao ato coercitivo. Não trata da obrigação de aplicar a sanção, mas de uma atribuição de competência para realizar o ato coercitivo.

As normas jurídicas não são juízos num sentido próprio, sendo mandamentos imperativos que prescrevem ou permitem condutas e conferem poder ou competência a determinada autoridade do Estado (KELSEN, 2009, p. 81). Os órgãos de criação do Direito não necessariamente deverão dar à norma jurídica a forma de juízo hipotético de dever ser, podendo fazê-lo por enunciados categóricos ou imperativos, admitindo variadas formas de expressões linguísticas. Existe diferença essencial entre: (a) norma jurídica, enquanto sentido objetivo de um ato de vontade caracterizado num dever ser e (b) enunciados normativos, expressões linguísticas, frases e dizeres utilizados pela autoridade criadora da norma.

A vista disto, a norma jurídica poderá ou não conter todos os elementos essenciais para sua distinção, quais sejam: a condição e a consequência. Caso possua os dois elementos será classificada como norma jurídica autônoma; lado outro, em faltando um dos elementos estaremos diante de uma norma jurídica não-autônoma ou dependente. Esta poderá derivar da previsão dos elementos em atos normativos distintos, como no caso de uma norma prescrever determinada conduta e outra prevê a sanção a ser aplicada pelo seu descumprimento, estando ambas numa interligação essencial para possibilitar a aplicação.

As normas jurídicas são reconhecidas três funções: prescrever, permitir condutas e atribuir poder jurídico. A função prescritiva passa a ser tida como a mais importante, estando todas as demais com ela conectadas. Já a função permissiva ocorre quando estiver ausente um dever, dividindo-se em negativa, quando não há proibição de determinada conduta, ou positiva, na hipótese proibição limitada por norma permissiva específica.

Em arremate, a norma fundamental tem a missão de conferir unidade ao ordenamento positivo. Desse modo, haverá norma sempre que houver a prescrição de um estado ideal de conduta, consistente no dever ser e o seu conteúdo, para um determinado destinatário, com a atribuição de sentido objetivo pelo ordenamento jurídico positivo.

2. A NORMA JURÍDICA EM HANS KELSEN E A REGRA-MATRIZ DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA.

De início, a norma jurídica tributária está relacionada a um juízo hipotético condicional, demandante da causalidade normativa, advinda da lei, que decorre de um ato de

vontade. Os fatos sociais da vida do homem em coletividade são complexos, podendo ser vistos de várias perspectivas. Não há fatos puros (VILANOVA, 2015), tendo as normas jurídicas como objeto de estudo e utilizando o conceito de Kelsen, quando há um lançamento tributário, procedimento administrativo que constitui o crédito, são documentados os atos e interpretadas normas para constituir o ato de vontade, com a correspondência feita entre o fato gerador aos sujeitos, constituindo uma norma, que sempre estará caracterizada com um ato de vontade, caracterizada a causalidade jurídica, impulsionando o direito pela ação humana.

No estudo da norma jurídica, é importante fazer uma distinção entre sistema jurídico e sistema normativo. Este seria o conjunto harmônico das normas existentes e legitimadas dentro de determinado ordenamento (CARVALHO, 2009, p. 39). Lado outro, o sistema jurídico seria mais amplo, compreendendo não só as normas jurídicas, mas também a todos os seus comandos, as situações jurídicas que lhes são derivadas, como os contratos de enfiteuse ou os atos administrativos que permitem a ocupação, abrangendo todos os atos praticados no âmbito das normas jurídicas. O sistema normativo será independente, no sentido de que não haverá duas normas que se correlacionam ao mesmo caso com a mesma solução jurídica, e coerente, tendo em vista que não deve haver normas contraditórias (NINO, 2013, p. 60).

Neste trabalho, a pretensão é de examinar as normas jurídicas em sua manifestação prescritiva, independentemente de elaborações quanto a sua origem ou as consequências de sua implementação, por entender que fatores de cunho histórico, econômico e sociológico possam ser melhores aprofundados através de outros métodos que privilegiem os estudos interdisciplinares. Aqui, as proposições conclusivas a que se pretende chegar podem servir para potencializar os estudos interdisciplinares, com a intertextualidade, tendo em vista a necessidade de um bom conhecimento disciplinar, individualizado.

A elaboração da teoria do direito positivo teria a pretensão de ser aplicada independente das particularidades dos países, a verdadeira teoria pura do direito (SGARBI, 2009, p. 31). O direito como uma técnica de controle social, tendo por objeto de estudo as normas jurídicas, sem análise quanto as respostas do sistema econômico, os efeitos sobre a sociedade ou qualquer pesquisa que ultrapasse a investigação o sentido deôntico do texto jurídico. Esta delimitação é importante para não incidir na confusão metodológica que Kelsen afastava para a aplicação da Teoria Pura do Direito, balizando o conhecimento do direito em face de disciplinas como sociologia e psicologia, não por ignorá-las ou negar a efetiva conexão, mas porque é necessário evitar o sincretismo metodológico que esconde a ciência jurídica em sua essência e acaba por solver os limites impostos pela natureza do seu objeto.

A expressão norma jurídica marca dois objetos diferentes: a) cada um dos enunciados prescritivos dos textos jurídicos e b) o juízo hipotético-fundamental formulado pelo interprete partindo da leitura destes textos, conforme tratam da proposição normativa (VILANOVA, 2005, p. 89) ou da norma jurídica em sentido estrito (CARVALHO, 2009, p. 52).

No intuito de evitar confusão no que se referem à utilização do termo normas jurídicas, será empregada a dicotomia entre sentido amplo e sentido estrito. Este exprime a vontade deôntica completa, um valor de obrigação ou permissão a partir de enunciados postos pelo legislador, em uma seara hipotético-condicional.

Na norma jurídica tributária, o juízo hipotético-condicional, desenvolvido por Kelsen, será aplicado através da fórmula: "Se 1 é, 2 deve ser". Na primeira parte temos a condição, hipótese legal de incidência, consistente num fato ou conduta que pode gerar sua validação ou sanção; sendo a segunda parte a consequência jurídica, como o pagamento dos tributos, sempre quando forem verificados os fatos geradores.

Ao interpretar a norma jurídica, o hermeneuta constrói um sentido ao texto, inexistindo significados acabados, encerrados e fechados nas palavras que compõem a lei. Mais do que isso, caberá ao interprete dar o sentido da norma jurídica, transformando termos em conceitos, para desvendar o 'querer dizer' do texto normativo, como em uma conversa onde presumimos que o emissor do texto nos quer dizer algo.

Dito isso, temos que a interpretação é uma ação realizada por um sujeito, num processo de construção do conhecimento, partindo de signos trazidos pela norma jurídica, obedecendo regras pré-estabelecidas de estrutura e conteúdo dos signos interpretados, provendo a necessária correlação com os dados contextuais, influenciadores decisivos do procedimento hermenêutico.

Fazendo esta análise, CARVALHO (2015, p. 131) estabelece quatro etapas para o processo construtor de sentido das normas jurídicas. Na primeira, plano *S1*, o intérprete tem contato com a circunstância material do texto, implementando sentido a norma legislada, transformando frases simples em enunciados normativos, considerados normas jurídica em sentido lato, que já compõem o plano S2. Contudo, a mera leitura dos enunciados normativos é insuficiente para conhecer, profundamente, o conteúdo deôntico, de obrigação ou permissão, estampado no texto, por isso cabe ao intérprete retornar a literalidade do texto e construir outros enunciados, até que possa ser construída a mensagem deôntica completa, sob um juízo hipotético-condicional (H→C), com a descrição de uma hipótese no antecedente (H) e a implicação (→) de alguma conduta em sua consequência (C), que formam as normas jurídicas em sentido estrito, no plano *S3.* Somente a partir deste momento será possível colocar aquele

comando no universo de coordenação e subordinação com as demais normas jurídicas que formam o denominado ordenamento jurídico, integrante do plano *S4*.

O modelo apresentado serve para visualizar como um exemplar de estrutura descritiva, com as normas jurídicas que estabelecem descrições, participará da construção de uma mensagem prescritiva, da qual devem fazer parte todas as unidades do discurso jurídico. Nos textos legais que apresentam forma declarativa, tal qual o conceito de tributo do art. 3º do CTN, é difícil, partindo de uma leitura isolada, perceber a mensagem deôntica em sua inteireza. Os textos revestidos de caráter meramente declaratório estão inseridos no domínio dos enunciados isolados, como normas jurídicas em sentido amplo, componentes do plano *S2*.

Dessa forma, as normas descritivas são incapazes de veicularem, por si mesmas, uma significação deôntica, sendo necessário o relacionamento com as demais normais, interagindo com outros enunciados normativos para formar uma mensagem deôntica de forma integral, cumprindo sua função de norma jurídica em sentido estrito. Quando estiverem associadas a outros enunciados, como componentes de uma estrutura normativa, podemos verificar a norma jurídica em sentido estrito, descrevendo um fato no seu antecedente com a prescrição de uma conduta no seu consequente, constituindo o plano *S3*, com a inserção do enunciado descritivo no sentido completo da mensagem deôntica.

As definições firmadas nos textos jurídicos tributários, por serem enunciados de forma descritiva, não demonstram imediatamente alguma obrigação ou permissão, precisando de articulação com outros enunciados prescritivos para formar a norma em sentido estrito. Por fim, a despeito das definições instituídas nos textos jurídicos possuírem a forma eminentemente descritiva, deve ser utilizada na integração das normas jurídicas em sentido estrito e, com essa finalidade, são normas jurídicas em sentido amplo, com função prescritiva.

O fenômeno da incidência tributária pressupõe a utilização do direito positivo incidindo sobre o que seria o campo material das condutas humanas. Como nas demais regras, na norma jurídica tributária encontraremos um fato, definido na lei, que, quando ocorrido, fará nascer uma relação jurídica entre dois sujeitos de direito, que será balizada por aplicação dos operadores deônticos: permitido, proibido ou obrigatório.

Como exposto, as definições firmadas nos textos jurídicos, por serem enunciados de forma descritiva, não demonstram imediatamente alguma obrigação ou permissão, precisando de articulação com outros enunciados prescritivos para formar a norma em sentido estrito. Este ponto é importante para estabelecer que as definições emanadas de textos jurídicos são importantes para o ordenamento jurídico, entendido como um complexo de normas a ser

interpretado em conjunto, quanto mais definições contenham os textos legais maiores serão as precisões de suas normas e a segurança jurídica.

A incidência jurídica é percebida sob duas operações formais: a) a primeira, de subsunção, que percebe a ocorrência material do fato, num dado espaço de tempo, em determinado lugar, previsto na norma geral e abstrata; e b) a segunda, de implicação, com o surgimento da relação jurídica entre dois sujeitos (CARVALHO, 2015, p. 37).

Para sistematizar a aplicação da norma jurídica tributária, a utilização da regra-matriz de incidência tributária costuma ter duas justificativas relevantes: (i) uma técnica, organizacional do sentido construído com a interpretação dos textos normativos para orientar o processo interpretativo e garantir-lhes o melhor rendimento; e outra (ii) de norma construída tendo como ponto de partida o emprego desta técnica.

O bom êxito de sua aplicação, no Brasil e no exterior é viabilizado por sua utilização como um guia da incidência do tributo. Por tratar de um esquema lógico, destina ao intérprete a composição da norma de incidência partindo de dispositivos esparsos no texto legal ou até mesmo em textos normativos de diferentes hierarquias, sendo essa conciliação na interpretação de diferentes dispositivos normativos um de seus critérios mais interessantes. A interpretação da norma tributária, partindo da regra-matriz de incidência, tem o mérito de pacificar comandos prescritivos de diferentes enunciados normativos, através de uma fórmula delimitadora da estrutura mínima e irredutível da norma instituidora de tributos, com a seguinte expressão: $D\{[Cm\ (v\ .\ c)\ .\ Ct\ .\ Ce] \rightarrow [Cp\ (Sa\ .\ Sp)\ .\ Cq\ (bc\ .\ al)]\}$.

Para entender a fórmula desenvolvida é necessária a análise dos elementos componentes, esmiuçando os conceitos. Assim: *D* representa o mínimo irredutível de manifestação do deôntico, resultado da equação; *Cm* é o critério material, composto por um verbo *v* e um complemento *c; Ct* é o critério temporal; *Ce* é o critério espacial; *Cp* é o critério pessoal, integrado pelo sujeito ativo *(Sa)* e o passivo *(Sp); Cq* é o critério quantitativo, do qual são partes integrantes a base de cálculo *(bc)* e a alíquota *(al).*

A estas variáveis dar-se o nome de critérios, sendo a incidência tributária compreendida por dois procedimentos lógicos que se encadeiam: a subsunção e a implicação (CARVALHO, 2013, p. 668). Na primeira, há uma inclusão, o elemento examinado é reconhecido como integrante da classe dos fatos previstos no suposto da norma geral e abstrata. Já no segundo, na implicação, reforça que o antecedente implica o fato concreto ocorrido, a tese, fazendo surgis uma relação jurídica entre dois ou mais sujeitos de direito. Os critérios da regra-matriz de incidência tributária possuem o relevante papel de indicar quais as

propriedades que os elementos, acontecimentos da vida social, devem possuir para pertencerem aos fatos descritos na norma geral e abstrata, perfazendo a subsunção.

Quanto ao critério material, temos a presença de um verbo e um complemento, com o propósito de descrever o comportamento a ser identificado pelo aplicador como o suporte fático para justificar a incidência da exação. O termo comportamento deve ser entendido em sua acepção mais ampla (CARVALHO, 2013, p. 469), de comportamento humano, atingindo não só as atividades refletidas, como também aquelas espontâneas.

Passo seguinte, no que toca ao critério espacial, temos a categoria de fixação do lugar para a incidência do tributo (BRITTO, 2016, p. 43). No mais das vezes, o conteúdo atribuído ao critério espacial não vem explícito na norma jurídica, exigindo uma interpretação sistemática, com três graus básicos de elaboração (CARVALHO, 2015, p. 282): (i) hipótese mencionada a determinado local, para verificar a ocorrência do fato típico; (ii) hipótese aludida a áreas específicas, de modo que o acontecimento só ocorrerá nelas se estiver geograficamente contido; (iii) hipótese genérica, onde qualquer ato realizado sob a vigência territorial da lei instituidora, estará apto a produzir efeitos.

Já no critério temporal, que também faz parte do antecedente normativo, tem por justificação identificar o específico instante onde se dará por ocorrido o fato jurídico tributário. O instante é de alta relevância neste critério, já que todo fato terá apenas um, que pode ser disposto pela própria norma. Nesse especial marco legal de tempo é que surgirá a obrigação tributária, não havendo, antes dele, nada de jurídico (CARVALHO, 2015, p. 289). Já no consequente da norma jurídica tributária, como já explanado, temos dois critérios, um pessoal e outro quantitativo, que, analisados conjuntamente, permitem ao intérprete identificar no texto normativo quem são os sujeitos ativo e passivo e a quantificação do tributo devido, identificando a base de cálculo e a alíquota.

O sujeito ativo será aquele que exigirá a quantia devida, sendo titular do direito subjetivo, não coincidindo necessariamente com a competência para instituí-lo. O sujeito passivo será aquele que possui o dever legal de adimplir a obrigação, tendo em vista ter praticado o fato descritivo no antecedente normativo. Por fim, tratando do critério quantitativo, é importante ter em voga duas partes importantes e relacionadas com a capacidade contributiva, tipicidade e vedação do confisco, a base de cálculo e a alíquota.

A base de cálculo exercerá três funções: verificar a prática do fato descrito na hipótese de incidência; mensurar a intensidade com que se praticou; e comparar com os demais critérios da hipótese de incidência para demonstrá-los, quando ocultos, infirmá-los, quando estiverem em sentido diverso, ou confirma-los, quando houver coincidência do fato com os

critérios da regra-matriz de incidência. Em relação a alíquota, servirá para transformar os dados objetivos retirados da base de cálculo para uma expressão monetária que possa identificar o tributo a ser recolhido. O fundamental é que a combinação da base de cálculo com a alíquota, integrantes do critério quantitativo, resultem em uma expressão monetária.

A hipótese de incidência (fato gerador abstrato) traz os requisitos para que seja possível identificar o fato jurídico (fato gerador concreto), com a necessária subsunção entre a hipótese legal e o fato jurídico. Assim, para que incida a norma, é necessário que o fato praticado esteja de acordo com todos os critérios da regra matriz de incidência da norma jurídica tributária.

CONCLUSÃO

Com o desenvolvimento deste artigo, é possível apontar para uma definição da norma jurídica elencada por Hans Kelsen e a possibilidade de sua aplicação na fórmula da regra-matriz de incidência da norma jurídica tributária.

A norma jurídica é apresentada como um juízo hipotético, interligando uma condição a sua consequência, com uma estrutura única, que pode ser reconstruída a partir de uma proposição jurídica, tendo a sanção seu elemento interno, que cria uma obrigação para o próprio Estado, com a função do Direito de regular o poder coercitivo do Estado. Tem-se ainda a sua estrutura condicional representada em uma série de proposições parciais, divididas em: (a) normas primárias, que preveem a condição para realização do ato coercitivo; e (b) normas secundárias, com conteúdo que possibilita uma condição, ou uma série delas, para a não aplicação do ato coercitivo. De mais a mais, restou reconhecida a possibilidade de análise do Direito sob uma perspectiva dinâmica, de criação jurídica, por intermédio de instituições de Estado hierarquizadas, com as normas de nível superior delimitando a criação de Direito no nível inferior.

A norma jurídica confere o sentido objetivo ao fato natural, ocorrido no mundo do ser, recebendo o seu significado de outra norma jurídica e constituindo um esquema de interpretação. A diferenciação entre norma jurídica e proposição jurídica resta importante no estudo da norma, visto que a primeira é um produto derivado da função de criação jurídica, enquanto a segunda seria enunciado da ciência jurídica sobre as normas jurídicas.

Neste aspecto, é preciso ter em conta que a norma jurídica deve ser entendida como um ato de vontade, com a apresentação através do sentido objetivo de um ato de vontade, que tem por finalidade autorizar, permitir ou prescrever determinada conduta. Nesse sentido,

sempre haverá uma norma quando estivermos diante de um ato de vontade com pretensões normativas, que ocorrerá quando constatarmos a prescrição de uma conduta, consistente no dever-ser e seu conteúdo, anunciado a um certo destinatário. Como decorrência, a qualificação como norma jurídica ficará na dependência de que o sentido subjetivo previsto neste ato de vontade tenha sido reconhecido por uma outra norma jurídica.

Portanto, em KELSEN (2009), a norma jurídica é entendida como o sentido de um ato de vontade, pretendido pelo emissor e compreendido pelo destinatário, gerador de uma sujeição, possibilitada em outra norma jurídica, com um dever-ser composto de normas primária (o destinatário indireto, aquela pessoa que se sujeita ao ato coercitivo) e secundária (o destinatário indireto, a autoridade estatal responsável por aplicar o ato coercitivo), aquela criando um dever jurídico para o súdito, através da estipulação da sanção, esta pela mera autorização da aplicação do ato coercitivo; podendo ter a norma primária as funções de: (a) prescrição (conduta de forma ativa); (b) permissão; ou (c) derrogação de uma outra norma jurídica.

Logo, após exposto o conceito de norma jurídica proposto por KELSEN (2009), as ideias de norma jurídica tributária, a fórmula e os critérios da regra-matriz de incidência tributária, conclui-se pela possibilidade de aplicar os conhecimentos obtidos através do estudo da teoria da norma jurídica para aplicação na norma jurídica de incidência tributária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito.* 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BRITTO, Lucas Galvão de. *A regra-matriz de incidência tributária e as definições produzidas pelas agências reguladoras:* O princípio da legalidade tributária e o uso de definições técnicas expedidas pelas agências reguladoras na construção da regra-matriz de incidência tributária. 2016. 189 f. Tese (Doutorado em Direito Tributário). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Teoria da Norma Tributária.* São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. *Direito tributário:* fundamentos jurídicos da incidência. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Direito tributário, linguagem e método.* 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Noeses, 2013

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. *Teoria geral do direito e do estado.* São Paulo: Martins Fontes, 1998.

NINO, Carlos Santiago. *Algunos modelos metodológicos de "ciência" jurídica.* Ciudad de México: Distribuiciones Fontamara, 2013.

SGARBI, Adrian. *Clássicos de teoria do direito.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2009.

VALADÃO, Rodrigo Borges. *A definição da norma jurídica na teoria pura do direito.* 2008. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito.* São Paulo: Noeses, 2015.

_____. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo.* São Paulo: Noeses, 2005.

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, no âmbito do Programa Capes/Cofecub e do programa « Investissements d'avenir » da Agence nationale de la recherche française (Ceba, réf. ANR-10-LABX-25-01).