



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito
Mestrado em Direito Público

ILDO FUCS

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Salvador
2013

ILDO FUCS

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia

Salvador
2013

TERMO DE APROVAÇÃO

ILDO FUCS

A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Dissertação aprovada como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito Público da Universidade Federal da Bahia - UFBA, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e Instituição: _____

Nome: _____

Titulação e Instituição: _____

Nome: _____

Titulação e Instituição: _____

Salvador, ____/____/2013.

Do ventre saímos e, de alguma forma, devemos a ele retornar. À minha mãe, Gilda Fucs, que abraçou a ciência médica através da Sexologia, e sempre me incentivou aos estudos, através do seu incondicional amor, para ela, sentido verdadeiro da existência, real sabedoria, capaz de superar e transpor qualquer tipo de conhecimento.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, o Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia, por haver-me, delicada e pacientemente, acompanhado nestes 02 anos de estudos aprofundados.

Ao Prof. Dr. Ricardo Maurício Freire Soares e ao Prof. Dr. Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho, pelo apoio incondicional recebido visando à obtenção deste título de Mestre em Direito.

À minha esposa, Gardenia Fucs, por deter a necessária paciência ante minhas ausências, nem sempre justas, e só por mim justificadas.

Ao meu, todavia, pequeno David Fucs, por estar sempre vibrando pelas conquistas acadêmicas do seu pai.

E, finalmente, a Flavio Fucs, por disponibilizar-me verdadeiro paraíso idílico para as minhas reflexões, um cantinho especial e sagrado no seu templo, a Pousada Terras do Poente, localizada na Chapada Diamantina.

RESUMO

O presente trabalho visa a discutir e analisar a aplicação da prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal. Partiu-se de uma hipótese, segundo a qual, uma vez instaurado o contencioso administrativo-fiscal, a permanência da instrução por mais de 05 (cinco) anos, com ou sem impulso oficial, sem a conclusão do seu julgamento, faz ocorrer a prescrição intercorrente da pretensão do ente público em exigir o crédito tributário definitivamente constituído, com a devida extinção da obrigação tributária atribuída ao sujeito passivo. Para a construção de tal tese, foram identificados dois aspectos inerentes ao raciocínio prescritivo, quais sejam, o transcurso do tempo e a omissão do credor em fazer exigir a pretensão reconhecida. Como suporte ao tema desenvolvido, necessário se fez identificar e versar sobre: o tempo do Direito como um tempo finito; o auto de infração/notificação fiscal de lançamento como norma jurídica, individual e concreta, mas, antes de tudo, definitiva; bem como destacar o liame estabelecido entre a prescrição intercorrente e o princípio constitucional da segurança jurídica. Ao final, foram analisados não só os óbices, tanto doutrinários, quanto jurisprudenciais à tese estudada, como, também, as contribuições jurídicas que corroboram a hipótese verificada.

Palavras-chave: Tempo. Ontologia da finitude. Tempo do Direito. Auto de infração/notificação fiscal de lançamento. Norma jurídica. Segurança jurídica. Prescrição. Prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal.

RESUMEN

El presente trabajo se propone discutir y analizar la aplicación de la prescripción intercurrente en el proceso administrativo fiscal. Se partió de una hipótesis, según la cual una vez instaurada la contienda administrativa fiscal, la permanencia de la instrucción por más de cinco años, con o sin impulso oficial, sin la conclusión de su juzgamiento, hace acontecer la prescripción intercurrente de la pretensión del ente público en exigir el crédito tributario definitivamente constituido, con la debida extinción de la obligación tributaria atribuida al sujeto pasivo. Para la construcción de tal tesis se identificaron dos aspectos inherentes al razonamiento prescriptivo, los que sean, el transcurso del tiempo y la omisión del creador en hacer exigir la pretensión reconocida. Como soporte al tema desarrollado se hizo necesario identificar y versar sobre: el tiempo del Derecho como un tiempo finito; la notificación de infracción/notificación fiscal de lanzamiento como norma jurídica, individual y concreta, pero antes de todo definitiva; bien como destacar la relación establecida entre la prescripción intercurrente y el principio constitucional de la seguridad jurídica. Al final fueron analizados no solo los obstáculos, tanto doctrinarios como jurisprudenciales a la tesis estudiada, pero también las contribuciones jurídicas que corroboran la hipótesis verificada.

PALABRAS-CLAVE: Tiempo, ontología de la finitud, tiempo del Derecho, notificación de infracción/notificación fiscal de lanzamiento, norma jurídica, seguridad jurídica, prescripción, prescripción intercurrente en el proceso administrativo fiscal.

ZUSAMMENFASSUNG

Die vorliegende Arbeit moechte die Verjaehrung durch behoerdliche Passivitaet bei Prozessen der Steuerverwaltung analisieren und zur Diskussion stellen. Es wird von der Annahme ausgegangen, dass, nachdem einmal der umfangreiche Steuerprozess in Gang gesetzt, die Dauer der Untersuchung, mit oder ohne behoerdliche Initiative, sich mehr als fuenf Jahre hinzieht, und nachdem kein abschliessendes Urteil vorliegt, dies dazu fuehrt, dass durch die Verjaehrung durch Unterlassung der Anspruch des Staates auf eine begruendete Steuerforderung erlischt, denn der Steuerschuldner kann sich auf eineberechtigte Streichung seiner Steuerschuld berufen. Um die Annahme zu untermauern, werden zwei der Verjaehrung innewohnende Aspekte ausgemacht, einmal der Zeitverlauf und zum anderen das Versaeumnis des Glaebigers den anerkannten Anspruch zu fordern. Zur Unterstuetzung der entwickelten These muss das Folgende identifiziert und behandelt werden, die Zeit in der Rechtssprechung als begrenzte Zeit, sowie die Aufnahme des Verfahrens wegen Steuervergehens als juristische Norm, personenbezogen, bestimmt und vor allem zweifelsfrei. Ebenso soll die Verbindung zwischen der Verjaehrung durch Unterlassung und dem verfassungsrechtlichen Prinzip der Rechtssicherheit herausgestellt werden. Zum Schluss werden nicht nur die prinzipiellen und juristischen Hindernisse zu der erarbeitenden These analisiert, sondern auch die juristischen Beitraege, die die verifizierte Hypothese untermauern.

Suchbegriffe: Zeit, Ontologie der Endlichkeit, Zeit im Recht, Aufnahme des Verfahrens wegen Steuervergehens, juristische Norm, Rechtssicherheit, Verjaehrung, Verjaehrung durch Unterlassung bei Steuerprozessen

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O TEMPO E A PRESCRIÇÃO JURÍDICA	14
2.1 O TEMPO METAFÍSICO-RACIONAL DE KANT	19
2.2 O RECONHECIMENTO DE KANT NA FILOSOFIA	20
2.3 O RECONHECIMENTO DE KANT NO DIREITO	26
2.4 O TEMPO NA CONCEPÇÃO KANTIANA	40
2.4.1 O tempo como juízo sintético <i>a priori</i> – A estética transcendental kantiana	41
2.4.2 O tempo kantiano e a prescrição jurídica	46
2.5 O TEMPO EXISTENCIAL EM HEIDEGGER	49
2.5.1 Heidegger e a sua ontologia fundamental	51
2.5.2 O tempo do Direito – O tempo fenomenológico-existencial	61
3 A NORMA JURÍDICA E O AUTO DE INFRAÇÃO	66
3.1 DIGRESSÃO HISTÓRICA PELAS ESCOLAS DO PENSAMENTO JURÍDICO	67
3.2 O EGOLOGISMO E A TEORIA DOS OBJETOS – O DIREITO COMO CIÊNCIA CULTURAL	82
3.3 NORMA JURÍDICA: CONCEITO	89
3.4 NORMAS JURÍDICAS: GERAL, ABSTRATA, INDIVIDUAL E CONCRETA	101
3.5 O AUTO DE INFRAÇÃO COMO NORMA INDIVIDUAL E CONCRETA	105
3.6 O LANÇAMENTO FISCAL DE OFÍCIO COMO CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	112
4 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEGURANÇA JURÍDICA E OS FENÔMENOS JURÍDICOS DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA	116
4.1 A QUESTÃO DO CONFIAR, DO FIAR-SE E DO CUIDADO EM SI	116
4.2 A ONTOLOGIA DA FINITUDE – O SER PARA A MORTE HEIDEGGERIANO E A SUA RELAÇÃO COM A SEGURANÇA JURÍDICA ATRAVÉS DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA JURÍDICAS	122
4.3 NORMAS JURÍDICAS E SUA TAXIONOMIA: REGRAS, PRINCÍPIOS E POSTULADOS	125
4.4 SEGURANÇA JURÍDICA	133
4.4.1 Regra e/ou princípio constitucional explícito	138
4.4.2 Face objetivo-comissiva da Segurança Jurídica	141
4.4.2.1 A prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal	144
5 PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE E A SUA INCIDÊNCIA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL	151
5.1 PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA JURÍDICAS	152
5.1.1 Conceitos de Direito Subjetivo, Direito Potestativo, Prestação, Pretensão e Sujeição Jurídica	152
5.2 CONCEITOS DE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA JURÍDICAS	157
5.2.1 Fundamentos da Prescrição e Decadência Jurídicas	157
5.2.2 Diferença entre Prescrição e Decadência Jurídicas	159
5.3 A ORIGEM DO PENSAMENTO JURÍDICO PREDOMINANTE – ACÓRDÃO	

94.462-1 STF	166
5.4 DAS OUTRAS DOUTRINÁRIAS À DEFESA DA APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL	172
5.5 DOS ASPECTOS ELUCIDATIVOS DA TESE DISSERTATIVA, OU SEJA, DA APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL	184
5.5.1 Da questão da constituição definitiva do crédito tributário	185
5.5.2 Do necessário regramento acerca da prescrição tributária através de Diploma Legal complementar	187
5.5.3 Da suspensão da exigibilidade com o contencioso administrativo e a interrupção/suspensão do prazo prescricional	191
6 CONCLUSÃO	198
7 REFERÊNCIAS	201

1 INTRODUÇÃO

O tema de investigação proposto nesta Dissertação, qual seja, a prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal, não deixa de se remeter, já desde o seu princípio, à filosofia racionalista e transcendental preconizada por Kant. Ele dizia que todo conhecimento deve, necessariamente, partir da natureza, ou seja, da experiência, embora, por outro lado, esse não somente seja formulado pela experiência. Mas, se sua origem ocorre na experiência, mesmo havendo o tratamento das coisas sensíveis pelos juízos racionais ou apriorísticos – com sede na razão – o que aqui se destaca é a necessária existência do fenômeno, ao delinear que o homem, antes de tudo, de acordo com os objetos e os instrumentos que estão à sua disposição, é vida, é fenômeno, ator-produtor desta ciência cultural chamada Direito.

Desta forma, com base na vida, no fato e, portanto, no fenômeno, eclodiu o interesse pelo trato da temática ora discutida. Os seis anos, como participante e julgador do Conselho Municipal de Contribuintes (CMC) de Salvador, foram capazes de identificar uma miríade de processos administrativos fiscais paralisados, literalmente sem julgamento, com interregnos temporais de 05, 10, 15 ou 20 anos sem qualquer solução administrativa à discussão travada a respeito do lançamento tributário constituído e debatido no seio da administração fazendária municipal.

Dúvidas afloravam a partir do contato e do manuseio dos processos administrativos fiscais, como se vida ganhassem. Jamais se poderia imaginar que um auto de infração/notificação fiscal de lançamento pudesse alcançar tal longevidade, na medida em que, por mais que uma eventual diligência de saneamento fosse proposta, nada justificaria o prolongamento da discussão, por décadas a fio, sem o vislumbre do seu término. Há de se ressaltar que a agilidade do mundo contemporâneo é outra; os recursos tecnológicos estão, cada vez mais, disponíveis e a serviço, inclusive, do poder tributante, ao transformarem o planeta em uma verdadeira aldeia global, diminuindo as suas distâncias, além de encurtarem o prazo das relações humanas no trânsito social existente.

Como se não bastassem estas inquietações, que fazem fibrilar os neurônios de qualquer curioso no trato de tais questões ao redor do contencioso administrativo-fiscal, outra

inquietação transbordava a partir do momento em que surgiam processos administrativos fiscais tão antigos, como: de quem seria a responsabilidade pelo pagamento final da conta, já que a aplicação de juros de mora, cuja delonga – em sua maioria, significativa, promovida pela Administração Fazendária no intestino de sua estrutura organizacional – representava uma injusta exação ao sujeito passivo da obrigação tributária, uma vez que não dera causa ao tardar da instrução fiscal realizada?

Apropriar-se do patrimônio de outrem não se consubstancia em papel de qualquer Estado, chamado de Democrático e de Direito, daí porque o interesse pelo tema assumia proporções cada vez mais crescentes. Ocorre que o rechaço sobre tal discussão no seio fazendário é evidente e de dimensões fortes, mesmo porque estariam ameaçados de extinção valores expressivos de créditos fiscais não julgados em termos finais; seria, inclusive, vetada a aplicação da prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal a nível federal no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), conforme entendimento sumulado em sua jurisprudência administrativa.

Outros palcos deveriam ser aclamados para o trato de tal questionamento, e a Academia revelava-se como a arena ideal para o caminhar das reflexões originadas pelo tema proposto, pois estaria livre das amarras, dos preconceitos e dos juízos prévios existentes na comodidade de determinadas instâncias de poder, notadamente daquelas que iriam julgar os trâmites fiscais produzidos pelo seu próprio corpo técnico. Julgar o próprio ato promovido, além de não ser recomendável, é difícil de produzir a almejada certeza jurídica requisitada por qualquer cidadão administrado.

Ocorre que a hipótese carreada à discussão científica não é aceita por parte da doutrina tributária e pela quase unanimidade da jurisprudência dos tribunais pátrios, sendo difícil identificar, atualmente, algum julgado judicial que reconheça a prescrição intercorrente durante o processo administrativo fiscal.

Entretanto, os espinhos e os obstáculos encontrados não são suficientes para **bloquear** a discussão do tema proposto, mesmo porque, uma das vantagens da Academia é poder dar vazão ao ato humano da criação, mesmo que surja, como resultado, algo contrário ao *status quo* social em vigor.

De mais a mais, as leituras empreendidas ao longo do curso de Mestrado realizado, mais uma vez, ao destacarem o aspecto fenomênico característico do homem, diante das oportunidades que se põem à sua disposição, querendo, terminaram por dar os contornos definitivos e topográficos à Dissertação construída.

O Capítulo 2, chamado de “O Tempo e a Prescrição Jurídica”, denota o caráter ontológico do fenômeno prescritivo – a existência da noção do tempo como juízo “apriorístico” – ou seja, sediado no mundo racional dos númenos. As contribuições de dois filósofos foram fundamentais para a construção do arrazoado produzido: Kant, através da sua “Crítica da razão pura”, ciência metafísica transcendental, com a presença do tempo como juízo sintético *a priori*, e Heidegger, por meio da sua fenomenologia existencial, analítica, do ser que preconiza a ontologia da finitude, ou seja, a presença como o “ser para a morte”, liame identificado com a prescrição, já que, em geral, as relações jurídicas não devem ser eternizadas, ou melhor, caminham para um fim, verdadeira cura existencial.

O Capítulo 3, denominado de “A Norma Jurídica e o Auto de Infração”, versa sobre o objeto curial da Ciência do Direito, ao denotar caráter significativo à questão da norma jurídica; vê-se esta como juízo que diz algo sobre a conduta humana em interferência intersubjetiva, no papel de corolário da liberdade existencial do homem, já que este é capaz de comportar-se, juridicamente, de forma ilícita. Neste trilhar, o Auto de Infração representaria, portanto, uma norma jurídica individual e concreta e, principalmente, definitiva, ao revelar o injusto fiscal promovido pelo sujeito passivo da obrigação tributária.

O Capítulo 4, alcunhado de “O Princípio Constitucional da Segurança Jurídica e os Fenômenos Jurídicos da Prescrição e da Decadência”, traz a principiologia reinante que justifica o reconhecimento, pelas ordens jurídicas hodiernas, dos institutos jurídicos da prescrição e da decadência; serve, ainda, como suporte que valoriza a preconizada segurança jurídica, reclamada em função da necessária estabilização das relações jurídicas existentes no meio social.

O Capítulo 5, tema da Dissertação, “A Prescrição Intercorrente e a sua Incidência no Processo Administrativo Fiscal”, trata, inicialmente, de conceitos caros para identificar e diferenciar a prescrição e a decadência, como institutos jurídicos: direito subjetivo, dever jurídico, sujeição, prestação e o de pretensão, contextualizando-os, posteriormente, no âmbito do Direito

Tributário. A análise da origem da rejeição da aplicação da prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal é ressaltada com digressões específicas sobre o Acórdão n.º 94.462-1, prolatado pelo Supremo Tribunal Federal, bem como a doutrina e a jurisprudência, ora acolhedora, ora refratária ao assunto estudado.

Ao final, diversos óbices à utilização da prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal foram analisados, culminando com a conclusão do estudo empreendido.

2 O TEMPO E A PRESCRIÇÃO JURÍDICA

Ao serem descortinados os primeiros rasgos de tinta desta Dissertação de Mestrado, que representa o remate do pensamento gestado ao longo das leituras e das discussões travadas, não unicamente nos semestres letivos frequentados, mas, também, fruto das digressões promovidas através do pensar e do pesquisar solitariamente empreendidos¹, importante se faz, em função das reflexões realizadas, estabelecer um liame entre o tema tratado no estudo e a sua base filosófico-metodológica.

A hipótese fundamental básica desta Dissertação consiste na demonstração de que, uma vez constituído o crédito tributário pelo lançamento – através do auto de infração/notificação fiscal de lançamento – e instaurado o contencioso administrativo-fiscal, a permanência da instrução por mais de 05 anos, com ou sem o seu impulso oficial, sem a conclusão do seu julgamento, faz extinguir a pretensão tributária, com a aplicação da prescrição, que, no caso, seria intercorrente.

A prescrição jurídica em termos genéricos e, mais especificamente, a prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal conclama que seja efetuada uma reflexão sobre a figura ou o conceito do tempo propriamente dito, já que, de forma, todavia, perfunctória, o direito do credor em solicitar a prestação jurisdicional do Estado, para fazer exigir do seu devedor a pretensão resistida, possui, na ampla maioria dos casos, inexorável e inelutavelmente, um marco temporal, que necessita ser encomiado pelo pretendente ou o titular do direito subjetivo, sob pena do afloramento da prescrição, ou seja, da extinção jurídica daquela pretensão não adimplida.

Caio Mário da Silva Pereira produz consideração própria ao analisar os fenômenos jurídicos da prescrição e da decadência, tendo em vista a normalidade do perecimento das relações jurídicas instauradas, sujeitas ao seu exercício dentro de um lapso temporal específico:

¹ Alguns extratos utilizados na Dissertação apresentada possuem referência em artigos acadêmicos produzidos pelo discente, ao longo do curso de Mestrado, todavia não publicados, como: “A prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal e o princípio da segurança jurídica”; “Kant, o juízo sintético *a priori* e a prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal. Um verdadeiro “Mismash” filosófico-intelectual”; “A axiologia jurídica e o fenômeno da prescrição no Direito”; “A ontologia da finitude e a decadência e a prescrição tributárias”.

[...] O fundamento da prescrição encontra-se, como vimos, num interesse de ordem pública em que não se perturbem situações contrárias, constituídas através do tempo. O fundamento da decadência é não se ter o sujeito utilizado de um poder de ação, dentro dos limites temporais estabelecidos à sua utilização. É que há direitos que trazem, em si, o germe da própria destruição. São faculdades condicionadas ao exercício dentro de um tempo certo, e, então, o perecimento da relação jurídica é uma causa ínsita ao próprio direito que oferece esta alternativa: exerce-se no prazo estabelecido ou nunca mais.² (Grifo nosso)

Não há que se falar em prescrição sem a presença do fator tempo, portanto. Esta é uma noção apriorística, já que não reside no mundo do fenômeno ou da sensibilidade, mesmo porque não se toca, não se cheira, nem se deglute o tempo, notadamente em relação aos efeitos produzidos pela prescrição nas relações jurídicas ocorridas no seio social.

Ocorre que tal consideração poderia passar despercebida, até mesmo não ser abordada no presente estudo, pois, nas muitas circunstâncias vividas e experimentadas pelo homem mediano, talvez na maioria das suas situações cotidianas, não se busca a origem dos fatos, já que o seu ser existencial desperta pouco interesse pela procedência original, ou seja, os antepassados dos seus atos. Descortinar a tradição histórica, até mesmo destroçá-la, para eliminar as vicissitudes arraigadas no cotidiano da mundanidade do ser, em busca de uma construção originária, não representa uma tarefa simples, pois exige uma reflexão mais aprofundada e específica sobre o tema que se deseja dissertar.

Somente a título exemplificativo, em função do princípio da causalidade, pode-se afirmar que todo efeito é gerado por uma causa, a despeito de nem sempre se investigar a causa de um efeito qualquer, como, por exemplo, geralmente, não se questiona, na preparação de um café, a causa da ebulição da água fervente utilizada no seu feito.

No mesmo sentido, não se procura entender o funcionamento biológico do corpo, bem como dos seus órgãos componentes, para o exercício da prática do dia a dia humano; noutros termos, para se viver, nem se busca entender, às minúcias, como opera o batimento cardíaco, nem muito menos o funcionamento dos pulmões, a não ser que a pessoa interessada seja um profissional imerso no trabalho dedicado à saúde.

² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 2004, p. 689-690.

Embora a origem dos fatos e dos atos jurídicos não seja necessariamente objeto de consideração por parte do operador, ou mesmo do pesquisador jurídico, o frequentar dos bancos da Academia desperta no estudante interessado uma série de considerações ou elucubrações, tendo em vista que, no encontro e no confronto realizados diante dos pensamentos produzidos pelos cientistas e doutrinadores que ocupam a cúspide da ciência versada, promove-se uma ebulição no seu pensar, tornando-se inevitável o estabelecimento de relações, liames entre os diversos temas digeridos.

Desta forma, através deste constante “ruminar” intelectual, cintilações e inquietações são produzidas na mente do pesquisador, ator que representa verdadeiro corisco do saber, diante da possibilidade do soerguimento de pontes e estradas que unem as mais diversas considerações em torno de variados fenômenos identificados ao longo do seu périplo intelectual.

Neste sentido, portanto, após o autor deste estudo dissertativo debruçar-se sobre considerações dos mais variados conteúdos filosóficos, *fiat lux!*, exsurge, como se do nada aflorasse, a perspectiva a ser construída nos prolegômenos desta Dissertação, o estabelecimento de um liame científico entre a prescrição jurídica e o tempo, este tratado como juízo lógico, mais especificamente como juízo sintético *a priori*, bem como não se pode olvidar, existencial, em sua percepção fenomenológica.

Somente as reflexões realizadas por Immanuel Kant em sua metafísica racional seriam suficientes, em um trabalho específico sobre filosofia, para a realização de uma monografia acerca do tempo, tendo em vista a construção do seu arquétipo teórico, na medida em que o tempo ocupa um *topos* ou um *locus* especial na teoria do conhecimento, por constituir-se em uma espécie de juízo sintético *a priori*, ao localizar-se, dentro da sua obra, a “Crítica da Razão Pura”, na Estética Transcendental.

Que não se afirme que a metafísica kantiana sirva tão somente para reflexões teóricas a serem empreendidas sobre o mundo dos númenos, ou seja, na esfera da razão do indivíduo, portanto, longe da sensibilidade ou da experiência, mesmo porque o próprio Kant ressalta a inexistência de conhecimento fora do mundo sensível, embora este não seja produzido apenas pela experiência.

Tanto é assim que Kant, ao frustrar-se na tentativa de provar a existência de Deus, a imortalidade da alma e a liberdade do homem através da metafísica racional, justamente por estarem desconectadas de qualquer evidência dada pela experiência, conclama a utilização substitutiva da ciência metafísica pela crença, ou pela moral, em passagem realizada na “Crítica da Razão Pura”:

[...] Nunca posso, portanto, nem sequer para o uso prático necessário da minha razão, admitir Deus, liberdade e imortalidade, sem ao mesmo tempo recusar à razão especulativa a sua pretensão injusta a intuições transcendentais, porquanto, para as alcançar, teria necessariamente de se servir de princípios que, reportando-se de facto apenas aos objetos de experiência possível, se fossem aplicados a algo que não pode ser objeto de experiência, o converteriam em fenómeno, desta sorte impossibilitando toda a extensão prática da razão pura. Tive, pois, de suprimir o saber para encontrar lugar para a crença, e o dogmatismo da metafísica, ou seja, o preconceito de nela se progredir, sem crítica da razão pura, é a verdadeira fonte de toda a incredulidade, que está em conflito com a moralidade e é sempre muito dogmática. [...] ³ (Grifo nosso)

Por sua vez, como verdadeiro arauto do Direito Natural, de cunho racional e não teológico, ao considerar que a tão almejada justiça fosse apanágio ontológico do homem como ser, localizada na razão, e não na divindade, Kant contribuiu para o Direito, em diversas obras, assumindo dimensões representativas e importantes, como, por exemplo, na definição da norma ética fundamental ocorrida na “Crítica da Razão Prática” e na doutrina universal do Direito decantada na “Metafísica dos Costumes”, dentre outros aspectos.

O tempo e o espaço, na condição de juízos sintéticos *a priori*, ou seja, categorias do conhecimento na visão kantiana da metafísica racional, estão espalhados e disseminados na teoria jurídica, em variegadas reflexões, pois percebe-se a sua incorporação na teoria kelseniana da norma jurídica, posteriormente incorporada por Cossio em parte do egologismo⁴, com reflexos no pensamento de Bobbio e outros juristas estrangeiros, até

³ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. 5. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2001, p. 27.

⁴ Machado Neto destaca a inserção da lógica formal kelseniana na parte intrasistemática da “Teoria Ecológica” denominada lógica jurídica formal: “Como la norma se constituye en un logos especial, apto para pensar la conducta en que consiste egológicamente el derecho, cabe una lógica que tematice la norma como su estilo particular de pensamiento: lógica jurídica formal. [...] Ontología jurídica, lógica jurídica formal, lógica jurídica trascendental y axiología jurídica pura son, como puede apreciarse, las partes intrasistemáticas de la filosofía jurídica concebida egológicamente como filosofía de la ciencia del derecho.” Em tradução livre: “Como a norma se constitui em um logos especial, apto para pensar a conduta em que consiste egologicamente o direito, cabe uma lógica que tematize a norma como seu estilo particular de pensamento: lógica jurídica formal [...] Ontologia jurídica, lógica jurídica formal, lógica jurídica transcendental e axiologia jurídica pura são, como pode-se apreciar, as partes intrasistemáticas da filosofia jurídica concebida egologicamente como filosofia da ciência do direito.” MACHADO NETO, Antonio Luiz. **Fundamentación ecológica de la teoría general del derecho**. Buenos Aires: Universitaria, 1974, p. 81-82.

o acolhimento pela doutrina nacional, inclusive a tributária, quando da teorização da hipótese de incidência fiscal.

O que se buscou no presente trabalho, de forma até mesmo original, foi trazer esta reflexão kantiana acerca do caráter apriorístico do tempo, na condição de juízo sintético domiciliado na razão, e não no mundo sensível, e estabelecer uma relação com o fenômeno da prescrição jurídica.

Talvez esse liame tempo-prescrição jurídica, sob o enfoque kantiano, fosse suficiente para os traços inicialmente gizados nesta Dissertação. Ocorre que as mais variadas leituras realizadas nas matérias escolhidas ao longo dos semestres letivos do Mestrado provocaram novéis ilações, cujas contribuições e desassossegos realizaram o despertar de outras considerações acerca do tempo e da sua relação com o Direito.

Através da leitura de algumas obras, dentre as quais se deve destacar a contribuição de Carlos Cossio⁵, estabeleceu-se a visualização do tempo existencial no Direito, diferentemente do tempo cronologicamente referenciado pelas pessoas, em um contato direto com a fenomenologia de Heidegger, fatos que provocaram uma dilatação do Capítulo segundo deste trabalho. Apesar dos contornos inesperados angariados, bem como a existência de um desafio maior a ser ultrapassado, o estudo passou a ter uma maior densidade intelectual, diante das reflexões que eram formuladas.

Isto não significa dizer que o enfoque fenomenológico seja capaz de dilapidar a compreensão metafísico-racional kantiana do tempo, nem tampouco se pode preconizar o seu contrário. Este estudo é capaz, outrossim, de entremostrear que tais conteúdos são complementares, e é, justamente, na análise da prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal que tal liame intelectual foi germinado.

⁵ Cossio traz passagem específica sobre o tema: “Tan cierto es que el tiempo existencial es el tiempo jurídico, que bastaría considerar la hipótesis de una mujer que ve cometer un delito y, aterrada, se queda oculta por varias horas. [...] De modo que no podemos considerar la vida humana por fragmentos, por horas. Por ejemplo, sería un sinsentido, así, decir que esa mujer fue encubridora por dos horas, hasta que hizo la denuncia. El tiempo físico no cuenta. Tenemos que tomar el tiempo existencial, mientras su conducta va tomando sentido.” Em tradução livre: “Tão certo que o tempo existencial é o tempo jurídico, que bastaria considerar a hipótese de uma mulher que vê cometer um delito e, atemorizada, se esconde por várias horas. [...] De modo que não podemos considerar a vida humana por fragmentos, por horas. Por exemplo, seria sem sentido, assim, dizer que essa mulher foi encobridora por duas horas, até quando fez a denúncia. O tempo físico não conta. Temos que tomar o tempo existencial, enquanto sua conduta vai tomando sentido.” COSSIO, Carlos. **El derecho en el derecho judicial**. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1967, p. 68.

Tanto assim que, no prefácio da tradução portuguesa da “Crítica da Razão Pura”, editada pela Fundação Calouste Gulbenkian, Alexandre F. Morujão já estabelece digressão sobre a conexão filosófica entre Kant e Heidegger, ao afirmar o papel essencial do pensamento kantiano para a construção da fenomenologia existencialista, com seus reflexos e derivações importantes na hermenêutica:

Ligado ainda ao movimento da hermenêutica por diversos aspectos e na sequência do movimento fenomenológico, temos Heidegger para quem o diálogo com Kant é momento essencial. Considera o processo kantiano de fundamentação da metafísica profundamente inovador pela introdução do método transcendental e pela ‘função do a priori originário atribuído ao tempo como forma a priori da imaginação transcendental’. Heidegger pretende levar ao seu termo o discurso transcendental kantiano, mas procurando, ao arrepio do idealismo alemão, que radicalizou a viragem copernicana iniciada por Kant, aprofundando-a no sentido da aprioridade subjectiva, encontrar fora do sujeito essa aprioridade, a saber, no interior da facticidade da tradição a explorar. O dado, como ponto de partida estratégico, deixa de ser a determinação metafísica da coisa material ou a do sujeito. Será antes a relacionalidade da facticidade transmitida e isto é para Heidegger a linguagem, concebida, claramente, segundo o modelo do texto, originando, conforme expressão de Thomas J. Wilson ‘um funcionalismo que deve ser caracterizado, não como uma *mathesis*, mas sim como *exegesis universalis*’.⁶ (Grifo nosso)

2.1 O TEMPO METAFÍSICO-RACIONAL DE KANT

Algumas considerações, mais especificamente algumas percepções, sob o enfoque kantiano, serão efetuadas acerca do binômio tempo-prescrição jurídica, tomando-se por base a metafísica racional, desenvolvida e teorizada por Kant na “Crítica da Razão Pura”, obra cuja primeira edição foi publicada em 1781.

Inexiste, na obra original, qualquer referência especial ao liame ora perseguido, pois se trata de ilação própria, produzida na pesquisa empreendida, mesmo porque o tema proposto não se insere de forma pura dentro da filosofia. Entrementes, a ligação jurídica promovida decorre da aplicação da teoria metafísica racional do conhecimento proposta por Kant, ao se realizarem digressões ao derredor do fenômeno jurídico da prescrição. Antes, porém, do traçado de uma tessitura mais detalhada acerca do tempo na condição de juízo sintético *a priori*, importante se faz destacar o papel de Kant, tanto na filosofia, quanto na Ciência do

⁶ Prefácio escrito por Alexandre Morujão, professor catedrático na Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, na tradução portuguesa do livro “Crítica da Razão Pura”, de Immanuel Kant, 5. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. XXIII.

Direito, já que seu legado produziu consequências demarcáveis em ambas as searas do pensamento.

2.2 O RECONHECIMENTO DE KANT NA FILOSOFIA

Falar sobre a pessoa do pensador Kant talvez não seja uma empresa das mais árduas. Mais espinhoso, entretanto, é discorrer, com certa propriedade, acerca do seu pensamento, notadamente sobre a metafísica racional por si desenvolvida. Kant⁷, metódico pensador, além de haver ministrado aulas sobre matérias das mais diversas searas, dentre as quais, matemática, lógica, metafísica, física, pedagogia, direito natural e geografia na Universidade de Königsberg, cidade onde nasceu e faleceu, e de ter sido professor livre docente por 14 anos⁸, revolucionou a metafísica tradicional.

Kant produziu na teoria do conhecimento, através da sua metafísica, uma ruptura revolucionária de barreiras de grandes dimensões, atributo dedicado a poucos personagens da história da filosofia. Tal qual Kant, somente pensadores da estirpe de Nicolau Copérnico, Albert Einstein, Sigmund Freud, Heidegger, dentre poucos outros, conseguiram promover alterações radicais nos paradigmas vigentes, ao propor novas interpretações acerca dos estudos científicos aos quais se dedicaram.

De forma sumária, mesmo porque a metafísica kantiana será tratada de maneira apartada e individualizada em tópico específico dentro deste Capítulo em breve surgir, Kant promove duas revoluções “copernicanas” através do seu pensamento filosófico: a primeira refere-se à ruptura da velha dicotomia separatista cartesiana de diferenciação entre o sujeito e o objeto, pois, agora, existe a possibilidade da percepção prévia do objeto através do sujeito, em relação a conceitos e categorias apriorísticos, manifestados no mundo dos númenos. Isso significa,

⁷ Immanuel Kant nasceu em Königsberg, em 22 de abril de 1724, e faleceu também em Königsberg, em 12 de fevereiro de 1804.

⁸ Passagem interessante do livro de Georges Pascal denota traço característico da personalidade do filósofo, ao destacar o seu comportamento extremamente metódico, inclusive em relação às coisas mundanas, também aplicado nos seus estudos e na sua atividade intelectual: “[...] Após a refeição, nunca deixava de dar o seu passeio; isso, como dizia, para meditar e, ao mesmo tempo, respirar pelo nariz. ‘Não creio, escreve H. Heine, que o grande relógio da catedral Königsberg tenha cumprido a sua tarefa com mais regularidade do que seu compatriota Kant. Os vizinhos sabiam ser exatamente três horas e meia quando Immanuel Kant, envergando o seu fato cinzento e empunhando a sua bengala de Espanha, saía de casa para dirigir-se à pequena avenida ladeada de tílias, que até hoje traz o nome de Avenida do Filósofo.’”. GEORGES, Pascal. **Comprender Kant**. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007, p. 19.

portanto, conhecer algo antes de ele ser dado⁹, por exemplo, um provável alienígena, representante de uma vida extraterrena. A segunda, representada pelo achado de um segundo tipo de juízo *a priori*, que compõe o conhecimento e que não seja analítico, mas também universal e necessário – o juízo sintético *a priori*, em sumário descrever, aquele que, sediado na razão, acrescenta algum predicado ao objeto apreendido, ao permitir a expansão do conhecimento como um todo. Assim destaca Kant a importância do juízo sintético racional para a ciência metafísica, que denomina como “Crítica da razão pura”:

À crítica da razão pura pertence, pois, tudo o que constitui a filosofia transcendental; é a ideia perfeita da filosofia transcendental, mas não é ainda essa mesma ciência, porque só avança na análise até onde o exige a apreciação completa do conhecimento sintético *a priori*.¹⁰

A partir de sua metafísica racional, muitas vezes também denominada de transcendental, Kant estabelece verdadeira fronteira no campo da filosofia, ao influenciar uma série de novos pensadores, capazes não somente de assimilar a sua contribuição, mas, também, alçá-la a novos patamares.

Seu raio de influência estende-se de pensadores mais conservadores até os adeptos da fenomenologia, do existencialismo e do desconstrutivismo, seja para aceitá-lo ou mesmo criticá-lo, mas, sem embargo, sempre considerá-lo como uma fonte de saber referencial.

Vários textos dão uma prova da importância do pensamento kantiano, como a observação plasmada por Boaventura de Souza Santos em “Um Discurso sobre as Ciências” acerca da

⁹ Edmund Husserl, pensador da fenomenologia, mestre de Heidegger, também tece considerações a este respeito, no sentido da impossibilidade da separação entre objeto e sujeito na teoria do conhecimento, o que faz ressaltar, **de** mais a mais, a importância do pensamento kantiano para a filosofia fenomenológica: “[...] Portanto, nenhum ser real, nenhum ser que se exiba e ateste por aparições à consciência, é necessário para o ser da própria consciência (no sentido mais amplo do fluxo de vivido). O ser imanente é, portanto, indubitavelmente, ser absoluto no sentido de que ele, por princípio, *nulla ‘re’ indiget ad existendum*. Por outro lado, o mundo da ‘res’ transcendente é inteiramente dependente da consciência, não da consciência pensada logicamente, mas da consciência atual. [...] É assim que se inverte o sentido comum do discurso sobre o ser. O ser que, para nós, é o primeiro, é, em si, o segundo, ou seja, ele é o que é somente em ‘referência’ ao primeiro. Não que uma cega ordem de leis tivesse estabelecido que a *ordo et connexio rerum* tivesse de se orientar pela *ordo et connexio idearum*. A realidade, tanto a realidade da coisa tomada isoladamente, como a realidade do mundo inteiro, é por essência (no nosso sentido rigoroso) desprovida de independência. Ela não é em si algo absoluto e que secundariamente se submete a um outro, mas, no sentido absoluto, não é nada, não tem ‘essência absoluta’, tem a essencialidade de algo que é por princípio apenas um intencional, um conscientizado, um representado, um aparecimento na forma da consciência”. HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura**. Aparecida, SP: Ideias & Letras, 2006, p. 115-117.

¹⁰ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 55.

relação biunívoca entre sujeito e objeto, tal como preconizado por Kant na sua considerada primeira revolução “copernicana”:

[...] A ideia de que não conhecemos do real senão o que nele introduzimos, ou seja, que não conhecemos do real senão a nossa intervenção nele, está bem expresso no princípio da incerteza de Heisenberg: não se podem reduzir simultaneamente os erros da medição da velocidade e da posição das partículas; o que for feito para reduzir o erro de uma das medições aumenta o erro da outra. Este princípio, e, portanto, a demonstração da interferência estrutural do sujeito no objecto observado, tem implicações de vulto. Por um lado, sendo estruturalmente limitado o rigor do nosso conhecimento, só podemos aspirar a resultados aproximados e por isso as leis da física são tão só probabilísticas. Por outro lado, a hipótese do determinismo mecanicista é inviabilizada uma vez que a totalidade do real não se reduz à soma das partes em que a dividimos para observar e medir. Por último, a distinção sujeito/objecto é muito mais complexa do que à primeira vista pode parecer. A distinção perde os seus contornos dicotômicos e assume a forma de um *continuum*.¹¹ (Grifo nosso)

Todavia, mais sintonizado ao pensamento de Kant, ao preconizar a necessidade tanto da experiência, quanto da razão para a produção do conhecimento, Boaventura de Souza Santos, no mesmo texto, assim enuncia:

Com base nestes pressupostos o conhecimento científico avança pela observação descomprometida e livre, sistemática e tanto quanto possível rigorosa dos fenómenos naturais. O *Novum Organum* opõe a incerteza da razão entregue a si mesma à certeza da experiência ordenada. Ao contrário do que pensa Bacon, a experiência não dispensa a teoria prévia, o pensamento dedutivo ou mesmo a especulação, mas força qualquer deles a não dispensarem, enquanto instância de confirmação última, a observação dos factos. Galileu só refuta as deduções de Aristóteles na medida em que as acha insustentáveis e é ainda Einstein quem nos chama a atenção para o facto de os métodos experimentais de Galileu serem tão imperfeitos que só por via de especulações ousadas poderia preencher as lacunas entre os dados empíricos (basta recordar que não havia medições de tempo inferiores ao segundo). Descartes, por seu turno, vai inequivocamente das ideias para as coisas, e não das coisas para as ideias, e estabelece a prioridade da metafísica enquanto fundamento último da ciência.¹² (Grifo nosso)

Jacques Derrida, em “A Escritura e a Diferença”, relata, em linhas expressas, a contribuição metafísica de Kant ao pensamento filosófico, ao abordar o tema da imaginação, objeto de estudo na “Crítica da Faculdade do Juízo”, quando a reflexão sobre o belo, o verdadeiro, a arte e o bom é considerada por Kant¹³ como formulada por juízo apriorístico, intermediária, portanto, entre a faculdade do conhecimento e a faculdade da razão:

¹¹ SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2006, p. 44-45.

¹² Ibid, p. 25-26.

¹³ Destaca Kant a crítica da faculdade do juízo como meio de união entre a crítica da razão pura e a crítica da razão prática: “Os conceitos de natureza, que contêm *a priori* o fundamento para todo o conhecimento teórico, assentavam na legislação do entendimento. O conceito de liberdade, que continha *a priori* o fundamento para todas as prescrições práticas sensivelmente incondicionadas, assentava na legislação da razão. Por isso, ambas as faculdades, para além do fato de, segundo a forma lógica, poderem ser aplicadas a princípios, qualquer que

Por execução: que, no fato literário, a linguagem forma um todo com o sentido, que a forma pertence ao conteúdo da obra; que, segundo a expressão de G. Picon, ‘para a arte moderna, a obra não é expressão, mas criação’, são proposições que só conquistam a unanimidade graças a uma noção muito equívoca de forma ou de expressão. O mesmo acontece com a noção de **imaginação**, esse poder de mediação ou de síntese entre o sentido e a letra, raiz comum do universal e do singular – como de todas as outras instâncias assim dissociadas –, origem obscura desses esquemas estruturais, dessa amizade entre ‘a forma e o fundo’ que torna possíveis a obra e o acesso à unidade da obra, essa imaginação que, para Kant, era já em si própria uma ‘arte’, era a própria arte que originariamente não faz distinção entre o verdadeiro e o belo: é da mesma imaginação que, apesar das diferenças, nos falam a ‘Critique de la raison pure e a Critique du jugement’. Arte, sem dúvida, mas ‘arte escondida’ que não se pode ‘expor a descoberto perante o olhar’. Pode-se chamar a ideia estética uma representação **inexponível** da imaginação (na liberdade da sua atividade). A imaginação é a liberdade que só se mostra nas suas obras. Estas não estão na natureza, mas não habitam um mundo diferente do nosso. ‘A imaginação (enquanto faculdade produtiva de conhecer) tem, com efeito, um grande poder para, de algum modo, criar uma segunda natureza com a matéria fornecida pela natureza real’. Eis a razão pela qual a inteligência não deve ser a faculdade essencial do crítico quando ele parte à procura da imaginação e do belo, ‘o que denominamos belo e no qual a inteligência está a serviço da imaginação, e não esta a serviço da inteligência’. Pois ‘a liberdade da imaginação consiste justamente em esquematizar sem conceito’. Esta origem enigmática da obra como estrutura e unidade indissociável – como objeto da crítica estruturalista – é, na opinião de Kant, ‘a primeira coisa para a qual devemos dirigir a nossa atenção’ [...]¹⁴ (Grifo nosso)

Ao versar sobre a noção de causalidade em suas acepções estoica e epicurista, diferentemente, portanto, da metafísica não somente aristotélica, mas também kantiana, Gilles Deleuze discorre em “Lógica do Sentido”, ao criticar tanto o pensamento grego clássico, como o racionalista transcendental de Kant:

O que estão operando é, em primeiro lugar, uma cisão totalmente nova da relação causal. Eles desmembram esta relação, sujeitos a refazer uma unidade de cada lado. Remetem as causas às causas e afirmam uma ligação das causas entre si (destino). Remetem os efeitos aos efeitos e colocam certos laços dos efeitos entre si. Mas não o fazem, absolutamente, da mesma maneira: os efeitos incorporais não são jamais causas uns em relação aos outros, mas somente ‘quase causas’, segundo leis que exprimem talvez em cada caso a unidade relativa ou a mistura dos corpos de que dependem como de suas causas reais. Tanto que a liberdade se vê salva de duas maneiras complementares: uma vez na interioridade do destino como ligação das causas, outra na exterioridade dos acontecimentos como laço dos efeitos. Eis por que os Estoicos podem opor destino e necessidade. Os Epicuristas operam uma outra cisão da causalidade, que fundamenta também a liberdade: conservam a homogeneidade da causa e do efeito, mas recortam a causalidade segundo séries atômicas cuja interdependência respectiva é garantida pelo *clinamen* – não mais destino sem necessidade, mas causalidade sem destino. Nos dois começa-se por dissociar a relação causal, ao invés de distinguir tipos de causalidade, como fazia Aristóteles ou como fará Kant. E esta dissociação nos remete sempre à linguagem,

possa ser a origem destes, possuem cada uma a sua própria legislação segundo o conteúdo, sobre a qual nenhuma outra (*a priori*) existe e por isso justifica a divisão da Filosofia em teórica e prática. Só que na família das faculdades de conhecimento superiores existe ainda um termo médio entre o entendimento e a razão. Este é a faculdade do juízo, [...] KANT, Immanuel. **Critica da faculdade do juízo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012, p. 7-8.

¹⁴ DERRIDA, Jacques. **A Escrita e a Diferença**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1995, p. 18-19.

seja à existência de uma **declinação** das causas, seja, como veremos, à existência de uma **conjugação**, dos efeitos.¹⁵ (Grifo nosso)

No mesmo autor, ao versar sobre as possibilidades identificadas nas preposições e na busca da identidade entre o sentido e a significação nelas hauridos, a referência a Kant não passa despercebida quando formula a possibilidade transcendental, ou seja, aquela identificada na legislação do entendimento, e a possibilidade moral, a residente na legislação da razão:

[...] Quando definimos a significação como a condição de verdade, nós lhe damos um caráter que lhe é comum com o sentido, que já é do sentido. Como, porém, por sua própria conta a significação assume este caráter, como é que ela faz uso dele? Falando de condição de verdade nós nos elevamos acima do verdadeiro e do falso, uma vez que uma proposição falsa tem um sentido ou uma significação. Mas, ao mesmo tempo, definimos esta condição superior somente como a possibilidade para a proposição de ser verdadeira. A possibilidade para uma proposição de ser verdadeira não é nada além do que a **forma de possibilidade** da proposição mesma. Há muitas formas de possibilidade de proposições...; Aristóteles define a forma de possibilidade lógica pela relação dos termos da proposição com 'lugares' que dizem respeito ao acidente, ao próprio, ao gênero ou à definição; Kant chega a inventar duas novas formas de possibilidade, a possibilidade transcendental e a possibilidade moral. Mas, seja qual for a maneira segundo a qual definimos a forma, trata-se de um estranho empreendimento, que consiste em nos elevarmos do condicionado à condição para conceber a condição como simples possibilidade do condicionado. Eis que nos elevamos a um fundamento, mas o fundado continua a ser o que era, independentemente da operação que o funda, não afetado por ela: assim, a designação permanece exterior à ordem que a condiciona, o verdadeiro e o falso permanecem indiferentes ao princípio que não determina a possibilidade de um deles a não ser deixando-o substituir na sua antiga relação com o outro. De tal forma que somos perpetuamente remetidos do condicionado à condição, mas também da condição ao condicionado...¹⁶ (Grifo nosso)

Karl Popper, por sua vez, ao tratar sobre a tensão na produção do conhecimento e sua dicotomia em relação à ignorância, em uma postura contínua e provisória, ou seja, impossível de superação plena, destaca a noção kantiana de crítica:

Sétima tese: A tensão entre conhecimento e ignorância conduz a problemas e a soluções experimentais. Contudo, a tensão não é nunca superada, pois revela que nosso conhecimento sempre consiste, meramente, de sugestões para soluções experimentais.

Assim, a própria ideia de conhecimento envolve, em princípio, a possibilidade de que se revelará ter sido um erro e, portanto, um caso de ignorância. E a única forma de 'justificar' nosso conhecimento é, ela própria, meramente provisória, porque consiste em crítica ou, mais precisamente, no apelo de que até aqui nossas soluções tentadas parecem contrariar até nossas mais severas tentativas de crítica.

Não há nenhuma justificativa positiva; nenhuma justificativa que ultrapasse isto. Em particular, nossas soluções experimentais não podem ser apresentadas como prováveis (em nenhum sentido que satisfaça as leis do cálculo de probabilidades).

¹⁵ DELEUZE, Gilles. **Lógica do sentido**. São Paulo: Perspectiva, Ed. da USP, 1974, p. 6-7.

¹⁶ Ibid, p. 6-7.

Talvez poder-se-ia descrever essa posição como ‘a abordagem crítica’ (‘crítica’ alude ao fato de que existe aqui uma relação com a filosofia de Kant).¹⁷ (Grifo nosso)

A importância da contribuição de Kant, ao salientar a relatividade do conhecimento destacada em suas reflexões, já que até mesmo põe em dúvida a metafísica transcendental na solução dos seus problemas básicos, é pontuada por Nietzsche em “A Origem da Tragédia”, em fragmento ora reproduzido:

Enquanto a iminência da desgraça, que se esconde no seio da cultura teórica, perturba cada vez mais o homem moderno; enquanto este procura, inquieto, por entre o tesouro das suas experiências, os meios apropriados para afastar o perigo, sem que acredite a sério que sejam eficazes; enquanto começa a perceber as consequências dos seus próprios erros, - certas naturezas superiores, espíritos elevados, inclinados para as ideias gerais, souberam, com uma perspicácia incrível, usar das próprias armas da ciência para mostrar os limites e a relatividade do conhecimento, e desmentir assim, peremptoriamente, a pretensão da ciência a um valor e a uma aptidão universais. Houve de, pela primeira vez, reconhecer como ilusória a pretensão de aprofundar por meio da causalidade a essência mais íntima das coisas. A coragem e a clarividência extraordinárias de Kant e de Schopenhauer conseguiram alcançar a vitória mais difícil, a vitória sobre o otimismo latente, inerente à essência da lógica, e fundo autêntico da nossa cultura. Quando este otimismo, apoiado na sua confiança imperturbável nas *aeternaè veritates*, acreditando na possibilidade de aprofundar e resolver todos os problemas da natureza, havia considerado o espaço, o tempo e a causalidade como leis absolutas de valor universal, Kant revelou que, na verdade, essas ideias serviam somente: a erguer à pura aparência a obra de Maia, à esfera de realidade única e superior; a colocar esta aparência no lugar da essência verdadeira e intrínseca das coisas! e a tornar por isso impossível o conhecimento real desta essência – quer dizer, segundo a expressão de Schopenhauer, a adormecer ainda mais profundamente o sonhador [...]¹⁸ (Grifo nosso)

Encontra-se, também, em Miguel Reale consideração específica ao evidenciar a contribuição kantiana para a metafísica racionalista, na medida em que o conhecimento somente pode ser produzido pelo sujeito ou pelo espírito em sua capacidade plena de liberdade, a despeito do caráter formal evidenciado por Kant na evidência de suas lições doutrinárias:

Em conclusão, não estamos de acordo com a concepção que Kant tinha do espírito, que era por demais formal e estática, mas reconhecemos que ele viu bem quando ensinou que não podemos conhecer a não ser na medida de nossa capacidade e segundo moldes projetantes de nosso espírito, que se distingue por sua energia sintética e inovadora. De certa forma, é preciso retomar o caminho de Hegel, que bem compreendeu as apontadas deficiências, mas, ao procurar superá-las, atendendo às exigências concretas do real, segundo a sua dialética dos opostos, comprometeu a liberdade instituidora do espírito, a contribuição fundamental de Kant que nos cumpre preservar.¹⁹ (Grifo nosso)

¹⁷ POPPER, Karl. **Lógica das ciências sociais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p. 16-17.

¹⁸ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **A origem da tragédia**. 5 ed. São Paulo: Centauro, 2004, p. 113.

¹⁹ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 113.

O próprio Heidegger, em sua fenomenologia, ao discutir a essência do ser em sua obra capital, “Ser e Tempo”, retrata a contribuição brindada por Kant para a filosofia como um todo:

[...] Nesse sentido, a contribuição positiva da ‘Crítica da Razão Pura’, de Kant, por exemplo, reside no impulso que deu à elaboração do que pertence propriamente à natureza, e não em uma ‘teoria do conhecimento’. A sua lógica transcendental é uma lógica do objeto *a priori*, a natureza, enquanto âmbito ontológico.²⁰

A metafísica racional formulada por Kant serviu de esteio para a construção de novos modelos e paradigmas filosóficos doutrinários, eternizando-se com o perpassar dos séculos. Inexiste, portanto, qualquer seara do conhecimento humano capaz de desenvolver e solucionar suas próprias questões, ou seja, dar o trato ao objeto do seu estudo e reflexão, sem a percepção dos elementos kantianos postos à disposição da humanidade, quando discorre sobre a crítica da razão pura. Esta pode ser caracterizada como um verdadeiro inventário dos juízos *a priori* do espírito, como faculdade do entendimento, portanto, do conhecimento como um todo.

2.3 O RECONHECIMENTO DE KANT NO DIREITO

Os veios intelectivos produzidos por Kant fazem desaguar também forte influência na Ciência do Direito, e, tal qual na filosofia, uma série de pensadores jurídicos, inclusive hodiernos, lastreia suas formulações em diversas contribuições kantianas.

Os ideais do Iluminismo ou da Era da Razão ganharam corpo e extensão a partir do século XVIII, na Europa, ao combaterem a influência marcante da Igreja nos desígnios do Estado, então dominado por monarquias absolutistas²¹; estas, ao promoverem governos intolerantes e despóticos, obtiveram como corolário a disseminação da miséria e o agravamento das condições sociais da população como um todo. Filósofos, pensadores, matemáticos, físicos, etc., como Baruch Spinoza, John Locke, Isaac Newton, dentre outros, incorporaram no seio de suas doutrinas as marcas da tendência iluminista influente até o alvorecer do século XIX.

²⁰ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 5. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 46.

²¹ Para se identificar o tamanho poder da influência da monarquia à época, o próprio Kant dedicou as duas edições da sua obra “Crítica da Razão Pura” ao Ministro de Estado do Rei, Barão de Zedlitz: “A SUA EXCELÊNCIA, O MINISTRO DE ESTADO DO REI, BARÃO DE ZEDLITZ [...] À mesma atenção benevolente com que Vossa Excelência dignou honrar a primeira edição desta obra, dedico também agora esta segunda e, com ela, todos os outros interesses da minha carreira literária, e só com o mais profundo respeito, De Vossa Excelência, o servidor muito obediente e humilde IMMANUEL KANT.” KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. 5 ed. Lisboa: Gulbenkian, 2001, p. 2.

No campo jurídico sob tal preponderante influência, há que se destacar a Escola Jusnaturalista, em uma primeira tentativa de atribuir ao Direito contornos científicos, cujo postulado universal era representado pela justiça, dando margem ao estabelecimento de duas correntes pensantes majoritárias: a primeira, de cunho religioso, já que a sede da justiça teria traços divinos, podendo ser denominada de Jusnaturalismo Teológico; e a segunda, baseada nos princípios da razão humana, alcunhada de Jusnaturalismo Racional, da qual Immanuel Kant representa figura exponencial. Machado Neto, ao referendar tal aspecto, contribui com as seguintes considerações:

Em Kant, temos o último grande representante do direito natural ilustrado, representante que, levando às últimas consequências as premissas teóricas da teoria iluminista, passou à história como expressão da teoria do direito racional.

[...]

Enquanto a atitude científica no campo do direito é aquela que pretende enfrentá-lo como ele é, encarando o direito positivo como fenômeno histórico, social, humano, o jusnaturalismo duplica essa realidade para conceber, nos puros termos do que Kant chamaria de ilusão transcendental, uma esfera jurídica ideal, a do direito justo, que, padrão estimativo do direito positivo, dar-lhe-ia os fundamentos, não somente da validade como da própria existência, já que para o jusnaturalismo o direito injusto não é direito e nem vale como tal.²² (Grifo nosso)

No mesmo sentido, deve-se colacionar a consideração feita por Norberto Bobbio acerca de Kant como representante do iluminismo jurídico, ao preconizar a teoria do Direito como aquela ontologicamente inerente à relação jurídica como um todo:

Como contraprova da afirmação dos institucionalistas, segundo a qual a teoria da relação enterra suas raízes no individualismo abstrato dos iluministas, pode-se lembrar que um dos mais ilustres e coerentes representantes do iluminismo jurídico, Immanuel Kant, expõe na sua Doutrina do Direito (1797) uma clara teoria do direito como relação jurídica. Kant, depois de ter dado sua célebre definição do direito como “conjunto das condições por meios das quais o arbítrio de um pode acordar-se com o arbítrio de um outro segundo uma lei universal da liberdade” [*Metafísica dei costumi* (Metafísica dos Costumes), trad. it. ed. Utet, 1956, p. 407] se põe a investigar os elementos constitutivos de direito. ...²³ (Grifo nosso)

Kant, dès então, já diferencia o Direito da Moral. Enquanto que o Direito corresponderia a uma legislação externa, ou seja, cuja marca característica representaria a relação entre indivíduos, daí o seu vetor intersubjetivo, a Moral, ao revés, adquire contornos internos, portanto, meramente subjetivos, em uma relação própria do indivíduo para consigo mesmo. Contudo, tanto no Direito, quanto na Moral, há que se falar, nesta, no respeito a uma lei moral e, naquele, em uma reverência a uma norma legal, ambas universais e baseadas na liberdade

²² NETO, A. L. Machado. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 17-18.

²³ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 4. ed. Bauru, SP: EDIPRO, 2008, p. 38.

do indivíduo, aspecto que, em conjunto com a existência de Deus e a imortalidade da alma, constitui objeto de demonstração em sua “Crítica da Razão Prática”.

Em passagem identificada na “Metafísica dos Costumes”, Kant define o conceito de Direito, bem como o princípio universal sob o qual é orientado, qual seja, agir, em plena liberdade, de acordo com a possibilidade de ação livre de um terceiro:

O direito é, portanto, a soma das condições sob as quais a escolha de alguém pode ser unida à escolha de outrem de acordo com uma lei universal de liberdade.

[...]

Assim, a lei universal do direito, qual seja, age exatamente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, é verdadeiramente uma lei que me impõe uma obrigação, mas não guarda de modo algum a expectativa – e muito menos impõe a exigência – de que eu próprio devesse restringir minha liberdade a essas condições simplesmente em função dessa obrigação; em lugar disso, a razão diz apenas que a liberdade está limitada àquelas condições em conformidade com sua ideia e que ela pode também ser ativamente limitada por outros; e ela o diz como um postulado não suscetível de prova adicional. Quando o objetivo de alguém não é ensinar virtude, mas somente expor o que é o direito, não é permissível e nem deveríamos representar aquela lei do direito como ela mesmo sendo o motivo da ação.²⁴ (Grifo nosso)

Percebe-se, no trecho acima transcrito, o recurso de Kant ao racionalismo metafísico para a solução dos problemas traçados, ou seja, no domicílio da razão, a existência de várias respostas acerca tanto de temas relacionados com o Direito, quanto aqueles versados pela Moral. Ou seja, conceitos ou juízos *a priori* são utilizados, pois representam categorias marcadas tanto pela universalidade, quanto pela necessidade, noutros termos, aplicam-se a todas as situações e não admitem o contrário. Os juízos apriorísticos representam os objetos da razão, fora, portanto, da sensibilidade ou da experiência, e Kant sempre apela aos postulados para a construção de suas saídas teóricas, quando versa sobre imperativos categóricos, leis universais, etc. Outra passagem da “Metafísica dos Costumes” revela tais características:

A lei de uma coerção recíproca necessariamente em harmonia com a liberdade de todos sob o princípio da liberdade universal é, por assim dizer, a construção daquele conceito, ou seja, a sua apresentação numa pura intuição *a priori*, por analogia com a apresentação da possibilidade dos corpos se movendo livremente sob a lei da igualdade da ação e reação. Na matemática pura, não podemos deduzir as propriedades de seus objetos de forma imediata a partir de conceitos, podendo conhecê-las somente através da construção de conceitos. Analogamente, não é tanto o conceito de direito quanto, ao contrário, uma coerção plenamente recíproca e igual trazida sob uma lei universal e compatível com esta que torna possível a exposição desse conceito. Ademais, tal como um conceito puramente formal de matemática pura (por exemplo, da geometria) forma a base desse conceito dinâmico, a razão

²⁴ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2010, p. 54.

cuidou de fornecer o entendimento na medida do possível com intuições *a priori* para a construção do conceito de direito. ...²⁵ (Grifo nosso)

No final da citação anteriormente transcrita, Kant se refere ao entendimento, ou seja, a parte do conhecimento onde residem os juízos *a priori*, na medida em que o conhecimento pode ser dividido em entendimento e sensibilidade. Ocorre que o recurso ao entendimento, portanto, à sede dos númenos, é constante na metafísica racional, já que faz parte de sua estrutura gnosiológica, dissecada na obra “Crítica da Razão Pura”, que serviu de esteio para as demais Críticas²⁶. As noções de tempo e espaço como juízos sintéticos *a priori*, a Lei Universal do Direito linhas atrás exposta, a Lei Moral Universal, etc. são todas conteúdos apriorísticos, ou seja, constituem os postulados racionais que serviram de base à produção intelectual promovida por Kant.

E é na “Crítica da Razão Prática” que Kant dá a lei que serve de alicerce a toda moralidade, a chamada Lei Moral, estabelecida no mundo dos númenos, pois, segundo Kant: “Duas coisas enchem o ânimo de crescente admiração e respeito, veneração sempre renovada quanto com mais frequência e aplicação delas se ocupa a reflexão: por sobre mim, o céu estrelado; em mim, a lei moral.”²⁷

Para Kant, os princípios práticos representariam o gênero de proposições da determinação universal da vontade. Tal gênero pode ser dividido em duas espécies: os princípios práticos subjetivos, denominados de máximas, e os princípios práticos objetivos, chamados de leis práticas.

As máximas possuem uma referência subjetiva, ou seja, são aplicadas ao sujeito em sua noção de individualidade, e, por serem identificadas no mundo da experiência, aplicadas à pessoa

²⁵ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2010, p. 55.

²⁶ Georges Pascal faz o seguinte relato histórico: “2º) É só em 1770 que se começa a divisar um primeiro esboço da filosofia kantiana. Na dissertação latina sobre a forma e os princípios do mundo sensível e do mundo inteligível já se estabelece a distinção entre o mundo dos fenômenos e o mundo dos númenos, como resultado de uma concepção inteiramente original de espaço e do tempo. Aliás, é digno de nota que, em 1797, por ocasião da edição de suas obras completas, Kant aconselha a Tieftunk a começar pela “Dissertação de 1770”, pondo de parte as obras anteriores. Após a Dissertação, o filósofo levará mais dez anos para dar forma à sua filosofia. Entre 1780 e 1790, enfim, vêm a lume as grandes obras primeiras: a “Crítica da Razão Pura” (1ª edição, 1781; 2ª edição, revista, 1787), os “Prolegômenos a toda metafísica futura que possa apresentar-se como ciência” (1783), a “Fundamentação da metafísica dos costumes” (1785, a “Crítica da Razão Prática” (1788) e a “Crítica do Juízo” (1790)”. PASCAL, Georges. **Compreender Kant**. 3. ed. Petrópolis: RJ, Vozes, 2007, p. 17.

²⁷ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. 4shared. p. 3. Disponível em: <http://www.4shared.com/get/Lfcq0H9C/Kant_-_Critica_da_Razao_Pratic.html>. Acesso em: 22 dez. 2011, 08:13:56.

em sua acepção individual, jamais possuiriam a conotação de uma lei prática pura. Neste diapasão, pode-se utilizar como máxima, por exemplo, a possibilidade de mentir em juízo para não se incriminar.

As leis, em contranota, são objetivas e aplicam-se não no nível subjetivo da máxima, mas a todos os indivíduos, pois são regras válidas para todo ser racional. Jamais uma lei prática pura permitiria a mentira em juízo, mesmo para a não produção de prova contra o acusado. Kant assim expressa no original ao postular sobre os princípios práticos subjetivos e objetivos, ou seja, as máximas e as leis práticas:

§ 1 Erklärung

Praktische Grundsätze sind Sätze, welche eine allgemeine Bestimmung des Willens enthalten, die mehrere praktische Regeln unter sich hat. Sie sind subjektiv, oder Maximen, wenn die Bedingung nur als für den Willen des Subjekts gültig von ihm angesehen wird; objektiv aber, oder praktische Gesetze, wenn jene als objektiv, d.i. für den Willen jedes vernünftigen Wesens gültig erkannt wird.²⁸

As leis práticas, portanto, objetivas, constituem um imperativo, que jamais pode ser identificado com as máximas, vez que estas denotam cunho eminentemente subjetivo. Por sua vez, os imperativos podem ser subdivididos em hipotéticos ou categóricos. Os primeiros são condicionados, ou seja, não determinam a vontade exclusivamente como vontade, mas um almejado efeito desejado pelo indivíduo e, por isso, podem ser chamados de preceitos práticos. Já o imperativo categórico, as verdadeiras leis práticas, determinam, de maneira suficiente, a vontade, independentemente da consciência individual. Ou seja, a lei prática é objetiva, e não contingente.

Como uma lei prática não pode ser determinada pela matéria, entendida esta como o objeto do desejo subjetivo do indivíduo, a lei moral, destarte, deve estar inteiramente desvinculada da experiência, pois os objetos sensíveis são sempre egoístas, incapazes, portanto, da formulação do conhecimento. Este, somente passível de ser produzido por meio de juízos *a priori*, universais e necessários, encontrados em sede dos númenos, ou seja, ao nível da razão, e não dos fenômenos.

²⁸ Em tradução livre: “§ 1 Definição – Princípios práticos são proposições que contêm uma determinação geral de vontade, que, por sua vez, tem em subordinação diversas regras práticas. Eles são subjetivos ou máximas, quando a condição for considerada válida somente para a vontade do sujeito; por outro lado são objetivos, ou leis práticas, quando a condição for reconhecida como válida para a vontade de todo ser racional”. KANT, Immanuel. **Die Kritiken**. Frankfurt: Wunderkammer Verlag, 2001, p.720.

Assim, pode ser formulada a Lei Moral kantiana, ou a Lei Fundamental da Razão Prática Pura, como Kant denomina:

§ 7 Grundgesetz der reinen praktischen Vernunft
Handle so, daß die Maxime deines Willens jederzeit zugleich als Prinzip einer allgemeinen Gesetzgebung gelten könne.²⁹

Ao se verificar a influência de Kant sobre os teóricos do Direito, percebe-se, por exemplo, a incorporação do seu pensamento na Escola Normativista, capitaneada por Hans Kelsen. Identificam-se diversas formulações realizadas por Kelsen com base no pensamento kantiano. Por exemplo, ao centrar o conceito de Direito na norma jurídica formal, entendida esta como um juízo hipotético, portanto, um juízo *a priori*, colhe-se tal intelecção nas raízes das digressões kantianas. De igual forma, tanto o critério temporal, quanto o espacial da norma de incidência representam juízos sintéticos *a priori*, cujo esteio teórico reside na Estética Transcendental da “Crítica da Razão Pura”. A própria noção de norma hipotética fundamental, como norma que empresta o fundamento a todo e qualquer ordenamento jurídico, ao representar uma norma pressuposta e não posta – devendo ser aceita como um postulado, sem qualquer forma de questionamento – remete-se aos juízos categóricos kantianos, à Lei Moral Universal e à Lei Universal do Direito, tão explorados por Kant em sua obra. Seria inevitável, portanto, asseverar que Kelsen absorveu vários conceitos hauridos da metafísica transcendental racionalista kantiana, como se percebe do seguinte fragmento extraído da sua obra “Teoria Pura do Direito”, ao promover digressão específica entre a teoria do conhecimento propugnada por Kant e a Ciência do Direito:

Também é verdade que, no sentido da teoria do conhecimento de Kant, a ciência jurídica como conhecimento do Direito, assim como todo conhecimento, tem caráter constitutivo e, por conseguinte, ‘produz’ o seu objeto na medida em que o apreende como um todo com sentido. Assim como o caos das sensações só através do conhecimento ordenador da ciência se transforma em cosmos, isto é, em natureza como um sistema unitário, assim também a pluralidade das normas jurídicas gerais e individuais postas pelos órgãos jurídicos, isto é, o material dado à ciência do Direito, só através do conhecimento da ciência jurídica se transforma num sistema unitário, isento de contradições, ou seja, numa ordem jurídica. Esta ‘produção’, porém, tem um puro caráter teórico ou gnoseológico. Ela é algo completamente diferente da produção de objetos pelo trabalho humano ou da produção do Direito pela autoridade jurídica.³⁰ (Grifo nosso)

²⁹ Em tradução livre: “Age de modo tal que a máxima da sua vontade sempre possa valer ao mesmo tempo como princípio de uma legislação universal.” KANT, Immanuel. **Die Kritiken**. Frankfurt: Wunderkammer Verlag, 2001, p.731.

³⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 81-82.

A referência específica ao espaço e ao tempo, como categorias lógico-formais, parte integrante da norma jurídica em sua hipótese de incidência, tão comumente preconizada pela doutrina nacional, inclusive a especializada em sua seara tributária, encontra suas raízes nos juízos sintéticos *a priori* formulados por Kant, também referenciados por Kelsen na mesma obra, em outra passagem:

[...] Visto a conduta humana, assim como as suas condições e efeitos se processarem no espaço e no tempo, o espaço e o tempo em que os fatos descritos pela norma decorrem devem ser fixados no conteúdo da mesma norma. A vigência de todas as normas em geral que regulam a conduta humana, e em particular a das normas jurídicas, é uma vigência espaço-temporal na medida em que as normas têm por conteúdo processos espaço-temporais. Dizer que uma norma vale significa dizer que ela vale para um qualquer espaço ou para um qualquer período de tempo, isto é, que ela se refere a uma conduta que somente se pode verificar em um certo lugar ou em um certo momento (se bem que, porventura, não venha, de fato, a verificar-se). A referência da norma ao espaço e ao tempo é o domínio da vigência espacial e temporal da norma [...].³¹ (Grifo nosso)

Quando Kelsen reconhece que a **conduta** humana vige e se processa no tempo e no espaço, ou mesmo, ao afirmar o âmbito normativo de validade nas circunstâncias temporal e espacial, está se valendo de juízos apriorísticos de conhecimento, baseados no mundo dos númenos, e não da experiência, da mesma forma que um matemático, ao asseverar que a menor distância entre dois pontos é uma reta – pois, se a distância não possui uma relação direta e imediata com a posição de dois pontos colocados no espaço – também na conduta humana não se respira, não se toca, nem se vê o tempo, nem, tampouco, o espaço. A temporalidade e a espacialidade da norma não se identificam no campo da sensibilidade, mas, outrossim, na sede da razão, através de conceitos apriorísticos, os quais, na taxionomia empreendida por Kant, se consubstanciam em juízos sintéticos *a priori*.

Ao abordar a norma hipotética fundamental, Kelsen promove uma reflexão de contornos kantianos marcantes, já que tal norma jurídica é pressuposta, ou seja, inexistente fisicamente, tão somente em termos metafísicos³², e representa o axioma curial para dotar de validade todo

³¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 13.

³² Esta noção, segundo a qual o metafísico consubstancia-se no que se difere do que é físico, tem suas origens no pensamento grego clássico, notadamente em Aristóteles, e que pode ser questionado, como o fez Heidegger em sua fenomenologia, embora neste trecho desta Dissertação deva ser aplicada a noção aristotélica de metafísica. Christian Dubois, ao descrever o pensamento de Heidegger, assim ponderou sobre a noção metafísica em Aristóteles: “Retornemos, portanto, à determinação do conceito tradicional de metafísica, que Heidegger, na época de Ser e tempo, pretende destruir em prol de um questionar autenticamente metafísico. Sabe-se que a origem da palavra metafísica provém de um problema de classificação dos tratados aristotélicos que foram denominados “metafísicos”. O que fazer desses tratados disparatados no quadro da tripartição helenística da filosofia em lógica, física e ética? O meta de metafísica deve então ser compreendido, antes mesmo de apontar

e qualquer ordenamento jurídico, como preconizou o pensador da Escola Normativista, cuja construção é aceita e aplicada pela doutrina posterior até os dias atuais³³:

Na medida em que só através da pressuposição da norma fundamental se torna possível interpretar o sentido subjetivo do fato constituinte e dos fatos postos de acordo com a Constituição como seu sentido objetivo, quer dizer, como normas objetivamente válidas, pode a norma fundamental, na sua descrição pela ciência jurídica – e se é lícito aplicar *per analogiam* um conceito da teoria do conhecimento de Kant –, ser designada como a condição lógico-transcendental desta interpretação. Assim como Kant pergunta: como é possível uma interpretação, alheia a toda metafísica, dos fatos dados aos nossos sentidos nas leis naturais formuladas pela ciência da natureza, a Teoria Pura do Direito pergunta: como é possível uma interpretação, não reconduzível a autoridades metajurídicas, como Deus ou a natureza, do sentido subjetivo de certos fatos como um sistema de normas jurídicas objetivamente válidas descritíveis em proposições jurídicas? A resposta epistemológica (teórico-gnoseológica) da Teoria Pura do Direito é: sob condição de pressupormos a norma fundamental...³⁴ (Grifo nosso)

A influência do pensamento de Kant na formulação teórica de Kelsen é especificamente pontuada por Machado Neto:

Ante la utilización de las expresiones sociedad y naturaleza –que identifica con el deber ser lógico o imputación y el ser o causalidad- pareciera que Kelsen parte de una teoría del objeto para su purificación del derecho, toda vez que en el lenguaje común las expresiones sociedad y naturaleza son denominaciones de realidades objetivas. Sin embargo, no es así. Dada la presencia de la influencia neokantiana sobre su pensamiento, sociedad y naturaleza son para Kelsen objetos formales, es decir, ángulos metodológicos de acceso a la realidad y no objetos materiales como el vocabulario común pareciera indicarlo.

O sea que cuando nuestro autor ubica al derecho como una ciencia de la sociedad, no está afirmando el truismo que la expresión parecer contener sino que, en realidad, está construyendo neokantianamente el objeto jurídico mediante una aproximación especial que denomina imputación (Zurechnung), entendiéndose como tal el peculiar enlace lógico realizado por la cópula deber ser entre una condición jurídica y su consecuencia, a diferencia de la causalidad, que se enuncia mediante la fórmula de la cópula ser como: ‘dado A será B’.³⁵ (Grifo nosso)

para a eminência de seus “objetos”, no sentido de pós, daquilo que vem, na ordem dos textos, depois dos tratados físicos... (Grifo nosso). DUBOIS, Christian. **Heidegger**: introdução a uma leitura. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, p. 80-81.

³³ Fragmento produzido por Machado Neto destaca a importância de Kelsen para o Direito na voz de outros juristas: “Em seu livro sobre as Direcciones Contemporáneas del Pensamiento Jurídico, Luis Recaséns Siches afirma que ‘sin exageración puede decirse que el paisaje intelectual jurídico está dividido hoy en dos grandes sectores contrapuestos: kelsenianos idéia antikelsenianos’. Por sua vez, Carlos Cossio denomina Kelsen “o jurista da época contemporânea””. MACHADO NETO, Antonio Luiz. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 48.

³⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 225.

³⁵ Em tradução livre: “Diante da utilização das expressões sociedade e natureza – que identifica com o dever-ser lógico ou imputação e o ser ou causalidade – pareceria que Kelsen parte de uma teoria do objeto para a sua purificação do direito, toda vez que, na linguagem comum, as expressões sociedade e natureza são denominações de realidades objetivas. Sem embargo, não é assim. Dada a presença da influência neokantiana sobre seu pensamento, sociedade e natureza são para Kelsen objetos formais, ou seja, ângulos metodológicos de acesso à realidade, e não objetos materiais como o vocabulário comum pareceria indicar-lhe. Ou seja, que quando nosso autor localiza o direito como uma ciência da sociedade, não está afirmando o truismo que a expressão parece conter, senão que, em realidade, está construindo neokantianamente o objeto jurídico

A Teoria Ecológica do Direito, cujo fundador e expoente foi representado por Carlos Cossio, absorve o formalismo kelseniano ao incorporar a teoria da norma jurídica em sua doutrina, sem, entretanto, deixar de vislumbrar outros aspectos, mesmo porque combate a redução epistemológica do Direito à norma jurídica, quando, para o Egologismo, o Direito constitui-se, essencialmente, em conduta humana em interferência subjetiva.

Ao aceitar a concepção kelseniana no que se refere à norma jurídica como um juízo hipotético baseado na lógica da imputação, e não da causalidade, ao absorver o conceito de plenitude hermética do ordenamento jurídico, representado pela parêmia “o que não está juridicamente proibido está juridicamente permitido”, bem como aceitar a norma hipotética fundamental como norma pressuposta e não posta, o Egologismo inclui o pensamento de Kelsen e, por consequência, a metafísica racional kantiana em sua parte intrassistemática, na chamada Lógica Jurídica Formal, ao lado da Ontologia Jurídica, da Lógica Jurídica Transcendental e da Axiologia Jurídica, de acordo com a doutrina realizada por Cossio. Para tal aferição, basta verificar as considerações fornecidas por Machado Neto a respeito da norma hipotética fundamental:

La norma fundamental – precisamente por eso hipotética- es la condición trascendental del conocimiento normativo del derecho. En otras palabras es un postulado de la ciencia jurídica.

No viene a cuento probar o cuestionar su existencia simplemente hipotética, y en tal sentido aceptada por las consecuencias epistemológicas que produce: el conocimiento científico del orden normativo del derecho;...³⁶ (Grifo nosso)

A contribuição do pensamento filosófico de Kant estrutura a base teórica da Teoria Ecológica do Direito, em conjunto com as reflexões absorvidas de outros filósofos, como Heidegger e Husserl, conforme indica Machado Neto em outro fragmento de sua obra, ao abordar as influências herdadas por Carlos Cossio:

Sus antecedentes doctrinarios son, en el plano de la filosofía pura, la fenomenología de Husserl y el existencialismo de Heidegger, además de la constante preocupación

mediante uma aproximação especial que denomina imputação (*Zurechnung*), entendendo como tal o peculiar enlace lógico realizado pela cópula dever-ser entre uma condição jurídica e sua consequência, diferentemente da causalidade, que se enuncia mediante a fórmula da cópula ser como: “dado A será B””. MACHADO NETO, Antonio Luiz. **Fundamentación ecológica de la teoría general del derecho**. Buenos Aires: Editorial Universitaria, 1974, p. 30.

³⁶ Em tradução livre: “A norma fundamental – precisamente por isso hipotética – é a condição transcendental do conhecimento normativo do direito. Em outras palavras, é um postulado da ciência jurídica. Não importa provar o questionar a sua existência simplesmente hipotética, e em tal sentido aceita pelas consequências epistemológicas que produz: o conhecimento científico da ordem normativa do direito;...”. MACHADO NETO, Antonio Luiz. **Fundamentación ecológica de la teoría general del derecho**. Buenos Aires: Editorial Universitaria, 1974, p. 40.

epistemológica que ha heredado del pensamiento kantiano; y en el plano estrictamente filosófico-jurídico, la teoría pura de Hans Kelsen que asimiló en su totalidad y redujo a pura lógica jurídica formal. Acerca de la compatibilidad de dichas doctrinas, que en algunos aspectos parece difícil por no decir imposible, algunos hechos filosóficos recientes hablan muy bien por sí mismos, como la publicación del libro de Heidegger sobre Kant y el gradual descubrimiento de las relaciones existentes entre Kant y Husserl, señaladas en parte por este último al fin de su 5ª Meditación Cartesiana. Con esos dos ejemplos ya es suficiente, puesto que no corremos ningún riesgo si asociamos al neokantiano Kelsen con el filósofo de Koenigsberg y también resulta notoria la creación de una fenomenología existencial que, a pesar de las protestas de Husserl, lo asocia definitivamente a la obra de Heidegger.³⁷ (Grifo nosso)

Através da realização, por exemplo, de uma reflexão em torno da norma hipotética fundamental, especialmente utilizando-se de um cotejamento com a Lei Moral ou mesmo a Lei Universal do Direito, ambas de cunho kantiano, verifica-se a influência da metafísica racional propugnada por Kant no pensamento kelseniano, este último incorporado e assimilado pelas gerações posteriores de juristas, como já anteriormente destacado.

Neste sentido, Kant define a Lei Moral ou a Lei Fundamental da “Razão Prática Pura” da seguinte forma: “Age de modo tal que a máxima da tua vontade sempre possa valer-te como princípio de uma legislação universal.”³⁸. Impende repisar, também, o seu conceito de Lei Universal do Direito, qual seja, “age exatamente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal”.³⁹ Por sua vez, ao se pensar na norma hipotética fundamental, poder-se-ia caracterizá-la como a lei universal que preconiza um agir em conformidade com a Constituição de um Estado ⁴⁰, enquanto que, de

³⁷ Em tradução livre: “Seus antecedentes doutrinários são, no plano da filosofia pura, a fenomenologia de Husserl e o existencialismo de Heidegger, ademais da constante preocupação epistemológica que herdou do pensamento kantiano; e no plano estritamente filosófico-jurídico, a teoria pura de Hans Kelsen que assimilou em sua totalidade e reduziu à pura lógica jurídica formal. Acerca da compatibilidade de ditas doutrinas, que em alguns aspectos parece difícil, para não dizer impossível, alguns fatos filosóficos recentes falam muito bem por si mesmos, como a publicação do livro de Heidegger sobre Kant e o gradual descobrimento das relações existentes entre Kant e Husserl, assinaladas em parte por este último ao final da sua 5ª Meditação Cartesiana. Com esses dois exemplos já é suficiente, posto que não corremos nenhum risco se associamos ao neokantiano Kelsen com o filósofo de Koenigsberg e também resulta notória a criação de uma fenomenologia existencial que, apesar dos protestos de Husserl, o associa definitivamente à obra de Heidegger.” MACHADO NETO, Antonio Luiz. **Fundamentación egológica de la teoría general del derecho**. Buenos Aires: Editorial Universitaria, 1974, p. 80-81.

³⁸ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. [S.I.]: eBooksBrasil, 2004, p. 26. Disponível em: <<http://www.4shared.com/get/Lfcq0H9C/Kant - Crítica da Razão Prática.html>>. Acesso em: 23 dez. 2011, 11:35:36.

³⁹ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2010, p. 54.

⁴⁰ Kelsen traz sua definição específica de norma hipotética fundamental: “[...] Fundamento da validade, isto é, a resposta à questão de saber por que devem as normas desta ordem jurídica ser observadas e aplicadas, é a norma fundamental pressuposta segundo a qual devemos agir de harmonia com uma Constituição efetivamente posta, globalmente eficaz, e, portanto, de harmonia com as normas efetivamente postas de conformidade com esta Constituição e globalmente eficazes...” KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 236.

igual maneira, a norma hipotética fundamental internacional seria definida como aquela lei universal que visa a um agir de acordo com as práticas consuetudinárias manifestadas pelos Estados em uma ordem jurídica internacional.

Kelsen perfaz consideração neste sentido, de acordo com a exegese impressa em fragmento de sua obra, ao estabelecer a discriminação entre o fundamento de validade de uma ordem jurídica nacional e o de um ordenamento internacional, o primeiro com base na primeira Constituição do Estado; o segundo, com o suporte das relações consuetudinárias promovidas pelos Estados soberanos entre si:

[...] A diferença entre as duas concepções monistas das relações entre o Direito internacional e o Direito estadual respeita apenas ao fundamento de validade do Direito internacional, não ao seu conteúdo. Segunda a primeira, que tem o seu ponto de partida na validade de uma ordem jurídica estadual, o fundamento de validade do Direito internacional é a norma fundamental pressuposta por força da qual a fixação da primeira Constituição histórica do Estado, cujo ordenamento forma o ponto de partida da construção, é um fato gerador de Direito. Segundo a outra, que não toma o seu ponto de partida numa ordem jurídica estadual, mas no Direito internacional, o seu fundamento de validade é a norma fundamental pressuposta por virtude da qual o costume dos Estados é um fato gerador de Direito. [...] ⁴¹ (Grifo nosso).

Machado Neto aborda esta questão formal da norma fundamental, como fundamento racional e apriorístico dos sistemas normativos, corolário da metafísica kantiana, especificamente ao refletir sobre o direito internacional, em contribuição que identifica a presença do pensamento de Kant na teoria do Direito:

Las normas más generales del derecho internacional consuetudinario conforman el grado más alto del ordenamiento internacional positivo. Se plantea finalmente aquí la cuestión de la norma fundamental, la cual habrá de ser una norma de carácter hipotético que convalide el derecho internacional consuetudinario. Kelsen propone que la fórmula de esa norma fundamental única para todo o sistema jurídico, así unificado bajo la tutela del derecho internacional, sea la siguiente: 'los estados deben conducirse en la forma que han solido hacerlo'. De ese modo el sistema jurídico universal queda unificado y la ciencia jurídica alcanza la unidad de su objeto... ⁴² (Grifo nosso)

⁴¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 378.

⁴² Em tradução livre: “As normas mais gerais do direito internacional consuetudinário formam o grau mais alto do ordenamento internacional positivo. Apresenta-se finalmente aqui a questão da norma fundamental, a qual haverá de ser uma norma de caráter hipotético que convalide o direito internacional consuetudinário. Kelsen propõe que a fórmula dessa norma fundamental única para todo o sistema jurídico, assim unificado sob a tutela do direito internacional, seja a seguinte: “os Estados devem conduzir-se na forma que se acostumaram a fazê-lo”. Desse modo, o sistema jurídico universal se torna unificado e a ciência jurídica alcança a unidade do seu objeto...” MACHADO NETO, Antonio Luiz. **Fundamentación egológica de la teoría general del derecho**. Buenos Aires: Editorial Universitaria, 1974, p. 41.

Seja conduzir-se, em termos subjetivos, de acordo com um princípio moral universal, ou, em relação ao Direito, em conformidade com uma lei universal, ou, no âmbito das relações internacionais, em função dos costumes reiterados e das práticas promovidas entre os Estados, e, por fim, a nível interno de cada Estado, tendo em vista a sua Constituição, está a se evidenciar, em uma análise mais profunda, a relação intrínseca entre o pensamento formal metafísico kantiano com a Ciência do Direito, pois se busca o fundamento do Direito no mundo racional dos númenos, fora, portanto, da experiência e da sensibilidade. O que dá sentido formal ao ordenamento jurídico ou mesmo moral são os seus postulados específicos, aqui representados pelas suas normas fundamentais, incapazes de serem questionados em seus âmbitos de existência, validade e eficácia, já que, *a priori*, são juízos universais e necessários, sediados na razão.

Além disso, de forma expressa, Machado Neto, ao destacar a ontologização do princípio da hermética plenitude do ordenamento jurídico segundo Cossio, através do qual tudo o que não está juridicamente proibido está juridicamente permitido – outra contribuição de Kelsen para a Ciência do Direito – reconhece tal postulado como um juízo sintético *a priori*, em verdadeira sintonia com a essência da metafísica racional preconizada por Kant:

Fechando, por todos os lados, essa estrutura piramidal, temos o princípio da hermética plenitude do ordenamento jurídico, que Cossio ‘ontologiza’ ao mostrar que ele é um juízo sintético *a priori*, fundado na intuição da liberdade pura.⁴³ (Grifo nosso)

A contribuição de Kant à Ciência do Direito é posta em relevo pelo próprio Carlos Cossio, em sua obra “La Valoración Jurídica y la Ciencia del Derecho”:

Este tema de la formación de la ciencia del Derecho se expone ordinariamente sobre un único eje, cual si consistiera en destacar el concepto del Derecho por oposición a la idea del Derecho (la Justicia). Esta forma clásica de ver las cosas, que tiene en castellano dos exposiciones realmente magistrales en los libros de Luis Recaséns Siches y José Medina Echavarría, nos parece, con todo, insuficiente para interpretar en su unidad el curso de las ideas jurídicas que se abren paso desde Kant y Savigny hasta nuestros días, pues con aquel enfoque o esquema metódico no solamente no se ve todo el problema como un solo problema, sino que, además, se llega forzosamente a diseñar falsas oposiciones en razón de la estrechez del próprio esquema explicativo adoptado. Tal así, por ejemplo, la oposición entre logicismo y eticismo, con que se presenta a la ciencia jurídica actual, nos parece a nosotros que resulta artificialmente de haber tendido, como rieles de la explicación, los problemas del concepto y de la idea del Derecho; de modo que no estando evidentemente en el segundo las concepciones positivas de un Sander o un Heller, había que alojarlas en

⁴³ MACHADO NETO, Antonio Luiz. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 53.

el primero si el esquema era exacto; y allí aparecen, entonces, en total oposición, y aun como negación, de lo que un Kelsen enseña⁴⁴. (Grifo nosso)

Como a lógica jurídica formal incorpora a contribuição metafísica racional kantiana na estrutura da Ciência do Direito, cabe a realização da presente digressão, qual seja: a norma jurídica consubstancia-se em um juízo hipotético, portanto, objeto do númeno, sendo que a essência da sua lógica é a imputação, pois, dado um fato “A”, ele deve ser “B”, o que não significa que será “B”, em função da liberdade existencial do homem, ao contrário da lógica causal, onde a água fervida a 100º, fato “A”, resulta em sua ebulição, fato “B”.

Por isso, ao decompor a estrutura orgânica da norma jurídica, diante da previsão da sua incidência em fatos considerados jurídicos pela sociedade, existe a presença de um antecedente normativo, que, uma vez ocorrido, deflagra uma consequência específica, seja através de uma conduta lícita, como, por exemplo, a extinção da obrigação pelo pagamento na ocorrência do fato gerador fiscal, ou ilícita, a sanção aplicada, quando derivada da conduta antijurídica praticada por alguém, ao se insurgir contra uma obrigação imposta.

No fundo, o que está por trás da norma jurídica, em sua acepção formal, são juízos *a priori*, notadamente os sintéticos, tal qual a formulação kantiana proposta em sua metafísica racional, já que a noção de tempo e espaço é inerente à existência da norma, tanto que, na formulação teórica do Direito, dos seus albores aos dias atuais, tais juízos sintéticos sempre compuseram os critérios da hipótese de incidência normativa, como pontua o próprio Kelsen:

Além dos domínios de validade espacial e temporal, podem ainda distinguir-se um domínio de validade pessoal e um domínio de validade material das normas. Com efeito, a conduta que, pelas normas, é regulada é uma conduta humana, conduta de homens, pelo que são de distinguir em toda a conduta fixada numa norma um elemento pessoal e um elemento material, o homem, que se deve conduzir de certa maneira, e o modo ou forma por que ele se deve conduzir...⁴⁵ (Grifo nosso)

⁴⁴ Em tradução livre: “Este tema da formação da ciência do Direito se expõe ordinariamente sobre um único eixo, qual se consistira em destacar o conceito de Direito por oposição à ideia do Direito (a Justiça). Esta forma clássica de ver as coisas, que tem em castelhano duas exposições realmente magistrais nos livros de **Luis Recaséns Siches** e **José Medina Echavarría**, nos parece, contudo, insuficiente para interpretar em sua unidade o curso das ideias jurídicas **que fazem o seu caminho** desde **Kant** e **Savigny** até nossos dias, pois com aquele enfoque ou esquema metódico, não somente não se vê todo o problema como um só problema, senão que, ademais, se chega forçosamente a desenhar falsas oposições em razão da estreiteza do próprio esquema explicativo adotado. Assim, por exemplo, a oposição entre logicismo e eticismo, com que se apresenta à ciência jurídica atual, nos parece que resulta artificialmente de haver tendido, como trilho da explicação, os problemas do conceito e da ideia do Direito; de modo que não estando evidentemente no segundo as concepções positivas de um SANDER ou um HELLER, havia que hospedá-las no primeiro se o esquema era exato; e ali aparecem, então, em total oposição, e ainda como negação, do que um KELSEN ensina. COSSIO, Carlos. **La valoración jurídica y la ciencia del derecho**. Buenos Aires: Arayú, 1954, p. 7-8.

⁴⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 15.

A influência de tais considerações provenientes da metafísica propugnada por Kant é absorvida, hoje em dia, na própria doutrina nacional, inclusive na seara tributária. Percebe-se tal afirmativa ao se analisarem as reflexões produzidas por Paulo de Barros Carvalho, em detalhes, acerca da norma jurídica tributária:

Ora, se acolhemos a ideia de que no tributo se imputa uma consequência (relação jurídica) a um antecedente (suposto), haveremos de aceitar, por razões de coerência, que tributo é norma jurídica, ao menos no que tange à sua configuração estática. E essa conclusão encontra arrimo na análise dos elementos que compõem a figura do tributo. Nela vamos encontrar os dados estruturais de um juízo hipotético – ‘prótase’ e ‘apódose’ – numa relação de ‘dever ser’.⁴⁶

Mais especificamente em relação ao tempo, na condição de critério da hipótese de incidência fiscal, mas como conceito dado na razão, ou seja, juízo sintético *a priori*, pode-se inferir da ilação promovida pelo próprio Paulo de Barros, ao considerar a sua existência intrínseca, mesmo não sendo citado na formulação expressa do texto legal legislado, em outro fragmento da mesma obra:

Entretanto, por não constar da expressão verbal da hipótese, não está o intérprete autorizado a concluir pela inexistência de condicionamento temporal, o que implicaria o absurdo de conceber fato que se não realizar no tempo, apenas no espaço. ...⁴⁷ (Grifo nosso)

No mesmo sentido, acerca da existência irrefutável do tempo como critério temporal de qualquer incidência normativa, verifica-se a contribuição de Geraldo Ataliba:

35.9 Se o legislador se omitir, estará implicitamente dispondo que o momento a ser considerado é aquele em que o fato material descrito ocorre (acontece). Deve-se entender, pois, que sempre há aspecto temporal da h.i. Este é, em todos os casos, disposto pelo legislador, ainda que nem sempre explicitamente.⁴⁸ (Grifo nosso)

A afirmação sobre o tempo e o espaço como juízos apriorísticos torna-se explícita em outro texto de Paulo de Barros Carvalho, também ao realizar digressões sobre os elementos temporal e espacial na configuração do fato jurídico tributário:

Quero renovar a ingente necessidade dos indicadores de tempo e espaço, em termos absolutamente determinados, para que se configure o enunciado factual. Como condições *a priori* da sensibilidade (Kant), o conhecimento não se perfaz sem a presença desses dois elementos. E já sabemos que os enunciados conotativos das normas gerais e abstratas fazem menção às coordenadas espaço-temporais. Todavia,

⁴⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria da norma tributária**. 5. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 99.

⁴⁷ Ibid, p. 136.

⁴⁸ ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 95.

nesses antecedentes normativos, a referência é vaga, compondo-se de meras possibilidades temporo-espaciais, sem qualquer determinação efetiva. Somente com o advento do fato, com a produção do enunciado protocolar denotativo, irão aparecer as indicações precisas de um ponto no espaço social e de uma unidade na sequência cronológica.⁴⁹ (Grifo nosso)

Algumas digressões de Miguel Reale também contribuem para a discussão tópica até aqui germinada, ao reafirmar o tempo como qualidade inerente do espírito humano:

O certo é que há muita diferença entre a posição kantista e a dos racionalistas ou a dos empíricos. Se espaço e tempo são qualidades inerentes ao nosso espírito, algo que ‘tem validade objetiva, mas não realidade objetiva’, resulta que, no ato de conhecer, há uma contribuição positiva do sujeito, que dá ao real a forma que a subjetividade impõe: - daí concluir Kant que o espírito é legislador da natureza.

[...]

Ao fazer tais afirmações sobre o espaço e o tempo, que é que Kant comprovava? Demonstrava a insuficiência do empirismo, que pretendia subordinar a validade do conhecimento aos fatos particulares. Kant tornou claro que qualquer observação de um fato já está subordinada a condições que são próprias do sujeito cognoscente. A própria sensação visual ou auditiva já é condicionada por algo que pertence ao sujeito, ou seja, pelas formas *a priori* do espaço e do tempo. Antes de ver, só se pode ver no espaço e o espaço pertence ao sujeito, como condição de ver.⁵⁰ (Grifo nosso)

Em ponto de síntese do que até aqui foi abordado, o pensamento kantiano e sua formulação sobre os juízos *a priori* do tempo e do espaço não devem ser olvidados, já que compõem a teoria do conhecimento como um todo, e a Ciência do Direito, em particular.

Não se pode conhecer a norma jurídica, juízo que algo diz sobre algo, sendo este último a conduta humana em interferência intersubjetiva, sem o seu conteúdo sintético apriorístico, que se constitui, deveras, pela existência do lapso temporal, já que inexistente conduta sem a presença do tempo, aliás, finito, já que assim se caracteriza o tempo do Direito.

2.4 O TEMPO NA CONCEPÇÃO KANTIANA

Conquanto tenha-se explorado, de forma genérica, a importância do pensamento kantiano tanto para a filosofia, quanto para o Direito em particular, ao se verificar a sua influência nas mais diversas escolas jurídicas e filosóficas, mesmo porque a metafísica racional ocupa papel de destaque na teoria do conhecimento, importa definir e destacar a presença da categoria

⁴⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário**: fundamentos jurídicos da incidência. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 126.

⁵⁰ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 105.

“tempo”, como juízo sintético *a priori*, dentro do arquétipo metafísico produzido por Kant, cuja base encontra-se sedimentada em sua obra “Crítica da Razão Pura”.

Após tal discussão, impende realizar uma ponte epistemológica entre o tempo, como juízo localizado no mundo dos númenos, ou seja, um juízo *a priori* sediado na razão, através de uma intuição pura, e o fenômeno jurídico da prescrição, capaz de soterrar ou extinguir a pretensão resistida ao credor por parte do seu obrigado, inclusive na esfera fiscal.

2.4.1 O tempo como juízo sintético *a priori* – A estética transcendental kantiana

Importa, em primeiro plano, identificar os objetos traçados pelo estudo de Kant, uma vez que a sua metafísica racional buscou desenvolver o conhecimento humano para além da experiência, sem desprezá-la, diante do fato de que todo conhecimento inicia-se no mundo sensível. Isso não significa, doutro modo, que ele provenha somente da experiência, diante da identificação e do estudo da existência de noções ou juízos *a priori*, ou seja, juízos depositados na seara do númeno e não percebidos como fenômenos.

No conhecimento humano, há duas classes de elementos: os que são unidos e dependentes do objeto e, portanto, formam a matéria do conhecimento, e aqueles outros, que dependem do sujeito que conhecem e, destarte, representam a sua forma. A forma é o elemento *a priori* do conhecimento e a matéria, o seu *a posteriori*. Conhecer, portanto, seria dar forma a uma matéria dada.

Mas como seria definido o elemento *a priori* do conhecimento? Para Kant, *a priori* é toda proposição universal e necessária. Universal, pois se aplicaria a todas as situações possíveis, e necessária, ao não admitir o seu contrário. A razão, neste sentido, seria o recipiente depositário e a fonte única de todo o conhecimento *a priori*. Revela Kant:

Necessitamos agora de um critério pelo qual possamos distinguir seguramente um conhecimento puro de um conhecimento empírico. É verdade que a experiência nos ensina que algo é constituído desta ou daquela maneira, mas não que não possa sê-lo diferentemente. Em primeiro lugar, se encontrarmos uma proposição que apenas se possa pensar como necessária, estamos em presença de um juízo *a priori*: se, além disso, essa proposição não for derivada de nenhuma outra, que, por seu turno, tenha o valor de uma proposição necessária, então é absolutamente *a priori*. Em segundo lugar, a experiência não concede nunca aos seus juízos uma universalidade verdadeira e rigorosa, apenas universalidade suposta e comparativa (por indução), de tal modo que, em verdade, antes se deveria dizer: tanto quanto até agora nos foi

dados verificar, não se encontram exceções a esta ou àquela regra. Portanto, se um juízo é pensado com rigorosa universalidade, quer dizer, de tal modo que nenhuma exceção se admite como possível, não é derivado da experiência, mas é absolutamente válido *a priori*. A universalidade empírica é, assim, uma extensão arbitrária da validade, em que se transfere para a totalidade dos casos a validade da maioria, como, por exemplo, na seguinte proposição: todos os corpos são pesados. Em contrapartida, sempre que a um juízo pertence, essencialmente, uma rigorosa universalidade, este juízo provém de uma fonte particular do conhecimento, a saber, de uma faculdade de conhecimento *a priori*. Porém, como na prática é umas vezes mais fácil de mostrar a limitação empírica do que a contingência dos juízos e outras vezes mais conveniente mostrar a universalidade ilimitada, que atribuímos a um juízo, do que a sua necessidade, é aconselhável servirmo-nos, separadamente, dos dois critérios, cada um dos quais é de *per se* infalível.⁵¹ (Grifo nosso)

As proposições da matemática são *a priori*, já que universais e necessárias, da mesma forma que o juízo da causalidade, pois todo efeito possui uma causa imanente. Diferentemente das características empíricas, dadas no mundo sensível, como a cor, o sabor, o odor, o peso, etc.

Mais uma classificação se faz necessária, segundo a visão metafísica de Kant. Seriam as noções de conhecimento analítico e sintético. Analítico seria um juízo que explica de *per se* um conceito, ou seja, há uma relação de identidade plena entre o sujeito e o seu predicado. Por sua vez, o conhecimento sintético não apresenta tal unidade do sujeito com o seu predicado, já que este se apresenta de forma externa, no procedimento de extensão do conhecimento em relação a um objeto qualquer. Daí se dizer que o juízo sintético é extensivo. Assim discorre Kant:

Em todos os juízos, nos quais se pensa a relação entre um sujeito e um predicado (apenas considero os juízos afirmativos, porque é fácil depois a aplicação aos negativos), esta relação é possível de dois modos. Ou o predicado B pertence ao sujeito A como algo que está contido (implicitamente) nesse conceito A, ou B está totalmente fora do conceito A, embora em ligação com ele. No primeiro caso, chamo analítico ao juízo, no segundo, sintético. Portanto, os juízos (afirmativos) são analíticos, quando a ligação do sujeito com o predicado é pensada por identidade; aqueles, porém, em que essa ligação é pensada sem identidade, deverão chamar-se juízos sintéticos. Os primeiros poderiam igualmente denominar-se de juízos explicativos; os segundos, juízos extensivos; porque naqueles o predicado nada acrescenta ao conceito do sujeito e apenas pela análise o decompõe nos conceitos parciais, que já nele estavam pensados (embora confusamente); ao passo que os outros juízos, pelo contrário, acrescentam ao conceito de sujeito um predicado que nele não estava pensado e dele não podia ser extraído por qualquer decomposição...⁵² (Grifo nosso)

Diante das asserções promovidas por Kant, ao se compilarem as taxionomias empreendidas, quais sejam, as de juízo *a priori* e *a posteriori*, bem assim as de analítico e de sintético, pode-

⁵¹ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. 5. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2001, p. 38.

⁵² Ibid, p. 42-43.

se perceber, sem duvidar, que todo o juízo da experiência é *a posteriori* e sintético. Em qualquer conhecimento da natureza, ocorrido no mundo sensível, o predicado é externo ao conceito, embora possua com este um determinado liame. Assim, quando se diz: a camisa é verde, observada pela sensibilidade através da visão, está a se produzir um juízo sintético. Tanto é que para uma pessoa, ao sensibilizar e experimentar a cor do mar, a noção de verde pode ser diferente de outra, já que, para o primeiro, o verde do mar poderia ser escuro, para o outro, claro, e, para um terceiro, quem sabe, um verde azulado.

Os juízos analíticos, doutra forma, são sempre *a priori*, pois não se faz necessário recorrer à experiência para explicá-los. Estão depositados em sede da razão, fonte exclusiva dos juízos apriorísticos, como acima discorrido. Mas a pergunta que se faz é outra. Como empreender a totalidade do conhecimento somente com dois juízos, quais sejam, os analíticos e *a priori*, dados ao nível da razão ou dos númenos, e os sintéticos e *a posteriori*, ocorridos na experiência ou no mundo fenomênico? Não haveria, destarte, um novo tipo de juízo que tornasse mais fácil a empresa do conhecimento? É isto o que Kant resolve, em um verdadeiro achado revolucionário em sua metafísica. Ele descobre os juízos sintéticos *a priori*, ou seja, aqueles dados ao nível da razão, dos númenos, portanto, juízos universais e necessários, mas sem identidade plena entre predicado e sujeito, o que significa que são capazes de estender e ampliar o nível do conhecimento humano. A possibilidade da metafísica racional, com tal achado, eleva-se a limites infinitos, daí ser reconhecida como uma revolução copernicana. E Kant assevera em sua reflexão:

Antes de mais, cumpre observar que as verdadeiras proposições matemáticas são sempre juízos *a priori* e não empíricos, porque comportam a necessidade, que não se pode extrair da experiência. Se não se quiser admitir isso, pois bem, limitarei a minha tese à **matemática pura**, cujo conceito já de si exige que não contenha conhecimento empírico, mas um conhecimento puro e *a priori*.

À primeira vista poder-se-ia, sem dúvida, pensar que a proposição $7+5=12$ é uma proposição simplesmente analítica, resultante, em virtude do princípio da contradição, do conceito da soma de sete e de cinco. Porém, quando se observa de mais perto, verifica-se que o conceito da soma de sete e de cinco nada mais contém do que a reunião dos dois números em um só, pelo que, de modo algum, é pensado qual é esse número único que reúne os dois. O conceito de doze, de modo algum, ficou pensado pelo simples facto de se ter concebida essa reunião de sete e de cinco e, por mais que analise o conceito que possuo de uma tal soma possível, não encontrarei nele o número doze. Temos de superar estes conceitos, procurando a ajuda da intuição que corresponde a um deles, por exemplo, os cinco dedos da mão ou (como Segner na sua aritmética) cinco pontos, e assim acrescentar, uma a uma, ao conceito de sete, as unidades do número cinco dadas na intuição. Com efeito, tomo primeiro o número sete e, com a ajuda dos dedos da minha mão para intuir o conceito de cinco, adicionei-lhes uma a uma, mediante este processo figurativo, as unidades que primeiro juntei para perfazer o número cinco e vejo assim surgir o número doze. No conceito de uma soma de $7+5$, pensei que devia acrescentar cinco

a sete, mas não que essa soma fosse igual ao número doze. A proposição aritmética é, pois, sempre sintética, do que nos compenetrámos tanto mais nitidamente, quanto mais elevados forem os números que se escolherem, pois então se torna evidente que, fossem quais fossem as voltas que déssemos aos nossos conceitos, nunca poderíamos, sem recorrer à intuição, encontrar a soma pela simples análise dos conceitos.

Do mesmo modo, nenhum princípio de geometria pura é analítico. Que a linha recta seja a mais curta distância entre dois pontos é uma proposição sintética, porque o meu conceito de recta não contém nada de quantitativo, mas sim uma qualidade. Tem de recorrer-se à intuição, mediante a qual unicamente a síntese é possível.⁵³ (Grifo e destaque nossos)

Para Kant, como já anunciado, o conhecimento divide-se em sensibilidade e entendimento. A sensibilidade é a faculdade das intuições, o modo pelo qual o conhecimento se relaciona de forma imediata com os objetos. Por sua vez, o entendimento representa a faculdade dos conceitos. Assim, para conhecer, não seriam suficientes apenas as intuições sensíveis dadas na experiência, importando ordená-las no nível dos conceitos do entendimento. Por outro lado, só se podem conhecer objetos sensíveis dados pela intuição, pois o ponto de partida do conhecimento é a experiência. Aí existe uma diferenciação importante na metafísica racional, ou seja, nem sempre o pensamento se traduz em conhecimento, pois se podem pensar objetos místicos, dados fora da sensibilidade, mas não se pode conhecê-los.

Seria neste momento que Kant afirma, através da “Crítica da Razão Pura”, a possibilidade de se pensar em Deus, na imortalidade da alma e na liberdade do homem, mas não conhecê-los epistemologicamente, já que estão fora do mundo da experiência, sendo localizados na esfera transcendental da crença. É o que se verifica do seguinte extrato de sua produção intelectual:

O conceito de um ser supremo é uma ideia muito útil sob diversos aspectos: mas, precisamente porque é simplesmente uma ideia, é totalmente incapaz, por si só, de alargar o nosso conhecimento, relativamente ao que existe. Nem sequer consegue instruir-nos acerca da possibilidade de uma pluralidade de coisas. Não se lhe pode contestar o carácter analítico da possibilidade, que consiste no facto de as simples posições (realidades) não suscitarem contradição; porém, a ligação de todas as propriedades reais numa coisa é uma síntese, acerca de cuja possibilidade não podemos ajuizar *a priori*, porque as realidades não são dadas especificamente e, se o fossem, não se verificaria em parte alguma um juízo, porque o carácter da possibilidade de conhecimentos sintéticos tem de ser procurado sempre apenas na experiência, a que não pode pertencer o objecto de uma ideia; assim, o famoso Leibniz não realizou aquilo de que se ufanava: ter conseguido, como pretendia, conhecer *a priori* a possibilidade de um ser ideal tão elevado.

Por conseguinte, em vão se dispenderam esforço e canseira com a célebre prova ontológica (cartesiana) da existência de um Ser supremo a partir de conceitos, e, assim como um mercador não aumenta a sua fortuna se acrescentar uns zeros ao seu livro-caixa para aumentar o seu pecúlio, assim também ninguém pode enriquecer os seus conhecimentos mediante simples ideias.⁵⁴ (Grifo nosso)

⁵³ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. 5. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2001, p. 45-46.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 506-507.

Entretanto, se não prova positivamente a existência de Deus, a imortalidade da alma e a liberdade do homem, os comprova de forma inversa, ou seja, negativamente, já que se não se pode afirmar, através da metafísica racional, a existência de Deus, por exemplo, tampouco se pode clamar pela sua não existência.

Para construir a sua teoria, Kant divide, então, a “Crítica da Razão Pura” em Estética Transcendental e em Lógica Transcendental, esta última, por sua vez, em Analítica Transcendental e em Dialética Transcendental. Dentro da Estética Transcendental, Kant irá dissertar sobre os juízos sintéticos *a priori* da sensibilidade, quais sejam, o tempo e o espaço:

Designo por estética transcendental uma ciência de todos os princípios da sensibilidade *a priori*. Tem que haver, pois, uma tal ciência, que constitui a primeira parte da teoria transcendental dos elementos, em contraposição à que contém os princípios do pensamento puro e que se denominará lógica transcendental. Na estética transcendental, por conseguinte, isolaremos primeiramente a sensibilidade, abstraindo de tudo o que o entendimento pensa com os seus conceitos, para que apenas reste a intuição empírica. Em segundo lugar, apartaremos ainda desta intuição tudo o que pertence à sensação para restar somente a intuição pura e simples, forma dos fenômenos, que é a única que a sensibilidade *a priori* pode fornecer. Nesta investigação, se apurará que há duas formas puras da intuição sensível, como princípios do conhecimento *a priori*, a saber, o espaço e o tempo, de cujo exame nos vamos agora ocupar.⁵⁵ (Grifo nosso)

Ao se abstrair de qualquer matéria dada na sensibilidade, deve-se perceber se remanescem juízos *a priori*. Qualquer experiência não pode escapar do tempo e do espaço, estrutura ou juízos imanentes a todo e qualquer objeto do conhecimento. Todo objeto situa-se no espaço e todas as determinações ocorrem no tempo. Somente, por exclusão, quem não permanece no espaço é o próprio espaço⁵⁶, bem assim, unicamente o tempo não é submetido a ele mesmo. Tempo e espaço são formas não analíticas *a priori* da sensibilidade, mas, igualmente, sintéticas.

O espaço é a forma do sentido exterior do objeto, enquanto o tempo, a sua manifestação interior. Para Kant, há certa prevalência do tempo em relação ao espaço, sendo aquela condição formal de todo e qualquer fenômeno:

⁵⁵ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. 5. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2001, p. 62-63.

⁵⁶ Heidegger faz uma referência específica à não existência ôntica da espacialidade do espaço: “[...] O ser do espaço também não possui o modo de ser da presença. Porque o próprio ser do espaço não pode ser concebido como *res* extensa, não se segue que deva ser determinado ontologicamente como ‘fenômeno’ desta *res* – na verdade, ele não seria dela distinto – nem que o ser do espaço pudesse ser equiparado ao da *res cogitans* e compreendido como puramente ‘subjetivo’, mesmo que se desconsiderasse toda a problemática referente ao ser deste sujeito”. HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 5. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, p. 167-168.

O tempo é a condição formal *a priori* de todos os fenómenos em geral. O espaço, enquanto forma pura de toda a intuição externa, limita-se, como condição *a priori*, simplesmente aos fenómenos externos. Pelo contrário, como todas as representações, quer tenham ou não por objecto coisas exteriores, pertencem, em si mesmas, enquanto determinações do espírito, ao estado interno, que, por sua vez, se subsume na condição formal da intuição interna e, por conseguinte, no tempo, o tempo constitui a condição *a priori* de todos os fenómenos em geral; é, sem dúvida, a condição imediata dos fenómenos internos (da nossa alma) e, por isso mesmo também, mediatamente, dos fenómenos externos. Se posso dizer *a priori*: todos os fenómenos são determinados *a priori* no espaço e segundo as relações do espaço, posso igualmente dizer com inteira generalidade, a partir do princípio do sentido interno, que todos os fenómenos em geral, isto é, todos os objectos dos sentidos, estão no tempo e necessariamente sujeitos às relações do tempo.⁵⁷ (Grifo nosso)

E o tempo, na concepção kantiana do termo, como juízo sintético *a priori*, possui reflexos em todas as searas do conhecimento científico, inclusive no Direito, fato este a permitir digressão a seguir, qual seja, o seu liame com o fenômeno jurídico da prescrição.

2.4.2 O tempo kantiano e a prescrição jurídica

Como se pode observar das considerações efetuadas em face da metafísica kantiana, conclui-se que inexistente conhecimento fora da experiência, embora nem todo conhecimento seja derivado da experiência. Para se conhecer, deve-se promover a instauração da relação metafísica entre a sensibilidade e o entendimento, através dos juízos *a priori*, notadamente os sintéticos, pois estes expandem o saber, daí serem considerados como princípios expansivos do conhecimento.

Há, portanto, no estudo empreendido, a figura do transcendental, pois existem categorias lógicas, no entendimento, que precedem ao objeto, e, portanto, dão forma ao seu conhecimento. Noutros termos, o fenômeno é uma realidade que deve ser encontrada na relação do objeto ao sujeito, e não no próprio objeto. O espírito forma o objeto, quer-se afirmar.

Mas, como seria isto possível, se somente a partir da experiência há o conhecimento? Noutros termos, não haveria uma contradição insolúvel neste aspecto, uma vez que se se deve partir da experiência ao conhecimento, como seria factível a existência do objeto tão unicamente a partir da concepção empreendida pelo sujeito?

⁵⁷ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. 5. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2001, p. 73.

Explica-se esta aparente contradição, pois o transcendental é, somente em termos lógicos, mas não temporal e psicologicamente, anterior à experiência, pois unicamente diante da experiência é que se deflagra a possibilidade da revelação do espírito como condicionante da realidade cognoscível.

Poder-se-ia dar uma explicação prática do quanto afirmado através da utilização de uma situação figurada, como, por exemplo, o revestimento do espírito através de uma lente azulada. Há, portanto, na sede do entendimento, formas *a priori* do conhecimento, todas revestidas de uma tonalidade celeste em função de tal hipotético caráter quididativo. Qualquer objeto que venha a ser percebido no mundo fenomênico terá como característica esta cor azul, pois o homem somente pode conhecer algo em função das categorias apriorísticas existentes na sua razão, no seu espírito. Somente o tempo e o espaço, juízos sintéticos *a priori*, não podem ser conhecidos anteriormente de forma lógica pelo espírito, pois não há tempo no tempo, nem espaço no espaço.

O que se quer dizer é que o tempo e o espaço não são estranhos ao sujeito. As coisas não se encontram no espaço e não transcorrem no tempo de forma peregrina ao espírito. Muito ao revés, tais juízos sintéticos *a priori* são condicionantes do conhecimento humano. O homem não pode conhecer o fenômeno, senão no tempo e no espaço.

Seja um objeto cultural mundano, isto é, se o substrato que é incorporado a um sentido é originário da natureza, como, por exemplo, uma estátua de pedra, ou cultural egológico, quando tal substrato constitui-se em um momento da vida humana, v.g., a norma jurídica, a noção de tempo e espaço é intrínseca ao espírito, para que se possa promover o seu conhecimento.

Em uma aproximação de tal pensamento ao mundo jurídico, esta assertiva reveste-se de importância ao se perceber a existência expressa dos critérios temporal e espacial nas discussões acima produzidas em torno da composição da norma jurídica, notadamente na construção de sua hipótese de incidência, o que, em termos metafísicos racionais, seria, até mesmo despiciendo, já que não se pode nada conhecer no mundo do fenômeno sem a noção apriorística do tempo e do espaço.

Inexiste conduta humana sem a prévia percepção do tempo e do espaço. Noutros termos, sem tempo e sem espaço não há de se falar em conduta humana, em norma jurídica, em prescrição, nem muito menos em Direito. O tempo e o espaço são os legisladores do Direito. Afirma Kant:

Die Zeit ist eine notwendige Vorstellung, die allen Anschauungen zum Grunde liegt.
...⁵⁸

Diante de tais considerações, a existência do tempo como juízo sintético *a priori* do conhecimento demarca as fronteiras do conhecimento, inclusive tornando possível a reflexão jurídica, mesmo porque a norma jurídica, seja ela entendida como objeto do Direito, ou *locus* de interpretação da conduta humana em interferência subjetiva, ou qualquer outra acepção diferenciada, possui como critério de existência a temporalidade, ao se postar, todavia, mais evidente nas situações de prescrição, pois é em função do transcurso de um determinado lapso temporal que esvai-se a pretensão resistida pelo devedor a um direito titularizado pelo seu credor.

Até mesmo na existência da imprescritibilidade, já que a prescrição jurídica se consubstancia em conceito jurídico-positivo, devendo ser regulada em função de cada Direito Positivo vigente⁵⁹, ínsita está a noção de tempo⁶⁰, diante da inexistência de interregno temporal, no caso das ações imprescritíveis, para o exercício do direito de ação em busca da pretensão não adimplida pelo devedor. O tempo compõe a estrutura gnosiológica do que é imprescritível, mesmo porque o único objeto que não se submete ao tempo, como já explicitado, é o próprio tempo.

Se o tempo em si mesmo nada representa, já que não existe o tempo do tempo, consubstanciando-se em intuição pura ou *a priori*, juntamente com o espaço, por sua vez,

⁵⁸Em tradução livre: “O tempo é uma representação necessária, que subjaz a todas as intuições”. KANT, Immanuel. **Die Kritiken**. Frankfurt: Wunderkammer Verlag, 2001, p.121.

⁵⁹Ao afirmar-se que a prescrição é tema regado pelo Direito Positivo de cada ordenamento jurídico, especifica-se a imprescritibilidade da dívida fiscal na Bolívia, conforme o art. 322 de sua Constituição: “Artículo 322. No prescribirán las deudas y los daños económicos causados al Estado”. Em tradução livre: “Artigo 322. Não prescreverão as dívidas e os danos econômicos causados ao Estado”. Não é o caso do Direito brasileiro, pois o Código Tributário Nacional - CTN no *caput* do seu art. 174 regra: “Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva”.

⁶⁰Heidegger traz contribuição específica que reforça o entendimento produzido: “[...] Desse modo, ‘tempo’ não mais poderá dizer apenas ‘sendo e estando no tempo’. Também o ‘não temporal’, o ‘atemporal’ e o ‘supratemporal’ são, em seu ser, ‘temporais’...” HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 5. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 56.

forma a condição de todo o vir a ser, ou seja, de todo o fenômeno identificado na experiência. Esta é a ponte de ligação a se aproveitar para uma digressão específica acerca do tempo existencial ou fenomenológico, que é o tempo do Direito⁶¹.

2.5 O TEMPO EXISTENCIAL EM HEIDEGGER

A contribuição do pensamento de Martin Heidegger assume uma dimensão própria para os contornos específicos do estudo ora empreendido, pois, ao buscar uma compreensão acerca do sentido do ser, a temporalidade torna-se elemento primordial da sua ontologia fundamental. Se uma única expressão pudesse e devesse ser decantada para sintetizar a percepção básica de sua obra curial – “Ser e Tempo” – haveria que se preconizar a locução “ser é tempo”, assim entendido o ser, ou o *Dasein*, este ao representar o ente que compreende o ser, em sua temporalidade própria e originária. Ou seja, o tempo existencial do ser, que se diferencia do tempo vulgar cronologicamente medido em horas, minutos, segundos, décimos de segundos e quejandos, superposição infinita de agoras, já que, contrariamente, o tempo do ser é eminentemente finito em sua existência, haja vista que a compreensão do ser desvela a possibilidade da sua impossibilidade originária e fundamental.

A lógica promovida por Heidegger difere, em princípio, da lógica grega clássica e até mesmo da racional adotada por Kant, mesmo porque empreende a lógica do ser, ou seja, uma lógica apropriada ou “onto-lógica”, através da formulação de sua analítica existencial. Desta forma, de maneira perfunctória, poder-se-ia preconizar a existência de uma incompatibilidade ontológica entre o pensar metafísico de Kant e o de Heidegger, ao impedir a construção de uma ponte de interligação e interferência entre as concepções filosóficas apresentadas pelos dois pensadores. Essa tarefa, aliás, a presente Dissertação busca não somente atenuar, como também destacar e preconizar, partindo-se da utilização do sentido de “destruição” utilizado pelo próprio Heidegger em seu pensamento.

Como adiante será objeto de uma reflexão mais depurada, o ser é fundamentado a partir da sua existência. Inexiste ser sem existência, como logicamente se imagina. O ser existente é,

⁶¹ Heidegger destaca, ao abordar na analítica, a ponte filosófica empreendida com a metafísica racional: “[...] Em última instância, são justamente os fenômenos da ‘temporaneidade’, a serem explicados na presente analítica, que constituem os juízos mais secretos da ‘razão universal’, cuja analítica foi apresentada por Kant como o ‘ofício dos filósofos’”. HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 5. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 62.

de forma inaugural, dado no mundo fático, em contato com a mundanidade dos entes que lhe vão ao encontro ou em direção aos quais o ente do ser, o *Dasein*, se encontra. Em uma primeira aproximação e na maior parte das vezes, o *Dasein* é impróprio, pois mundano se caracteriza em sua historicidade fática. Esta mundanidade fática e histórica tranquiliza o ser ao impor-lhe uma apatia, uma essência insossa e inalterável, em estado de cômoda latência e distância diante de sua possibilidade originária existencial. Para que o ser originário desperte do seu estado de hibernação, Heidegger preconiza a destruição desta crosta isolante e tradicional, capaz de libertar as amarras ao *Dasein* originário e possibilitar a compreensão do sentido único do ser.

Este é o sentido fenomenológico da destruição, não como um desprezo total da historicidade do ser, mas, sobretudo, em função da construção própria do ser, mesmo porque o *Dasein* representa também, na sua atualidade, o vigor de ter sido, mas, antes de tudo, do caminho desvelador, que permita o encontro do ser em sua essência originária. Heidegger explora estas considerações, como se encontra na passagem abaixo reproduzida:

A cotidianidade significa o modo como a presença ‘vive o seu dia’, quer em todos os seus comportamentos, quer em certos comportamentos privilegiados pela convivência. Ademais, pertence a este como o bem-estar dos hábitos, por mais que estes imponham uma carga ou uma ‘resistência’. O amanhã que a ocupação cotidiana sempre aguarda é o ‘eternamente ontem’. A monotonia da cotidianidade considera como mudança justamente aquilo que o dia traz. A cotidianidade determina a presença, mesmo quando ela não escolheu para ‘herói’ o impessoal.⁶² (Grifo nosso)

E a noção aqui adotada sobre a destruição, qual seja, o pavimentar de uma aleia crítico-destrutiva da tradição, encontra reflexão específica produzida por Marco Antonio Casanova:

[...] Em outras palavras, não é apenas algo desejável para o pensamento estabelecer um diálogo com a tradição, mas antes uma necessidade oriunda do fato de o pensamento partir constantemente da tradição. Esse diálogo, contudo, não pode simplesmente assumir o horizonte hermenêutico de colocação da questão do ser no interior da tradição, mas precisa, ao contrário, ir ao seu encontro com um movimento crítico-destrutivo. E é mesmo o modo de estabelecimento desse ponto de partida que determina o sentido do conceito heideggeriano de uma crítica destrutiva...⁶³ (Grifo nosso)

Para a construção identificadora do liame filosófico estabelecido entre os dois filósofos, na esteira do quanto preconizado nas linhas já versadas, basta notar as percepções atribuídas a

⁶² HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 5. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 461.

⁶³ CASANOVA, Marco Antonio. **Comprender Heidegger**. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010, p. 82.

Heidegger, no sentido de valorizar positivamente as contribuições kantianas, quando aborda o enfoque produzido por Kant na questão da metafísica, conforme anotações de Christian Dubois:

Pela primeira vez desde os gregos, diz Heidegger, Kant faz da ontologia um problema. Como? Aquilo pelo que a razão humana está interessada é a metafísica especial, que responde às questões a respeito do que o homem pode conhecer, o que ele pode fazer, o que ele pode legitimamente esperar. Ora, a metafísica especial é conhecimento do suprassensível. Como isso é possível? A fim de esclarecer essa possibilidade, é necessário em primeiro lugar colocar a questão com o ente em geral, pôr a questão de nossa relação com o 'objeto'. Como desenvolver esta questão? Segundo o sentido da revolução copernicana iniciada por Kant, e que para Heidegger significa não uma revolução na teoria do conhecimento, mas a ideia de que o conhecimento ôntico – o conhecimento do ente, do fenômeno [Erscheinung] no vocabulário kantiano – supõe no seu fundamento um conhecimento ontológico: as formas puras da intuição, o espaço e o tempo, e as categorias do entendimento, que determinam a priori a fenomenalidade do fenômeno, o ser do ente. A questão da possibilidade dos juízos sintéticos a priori é a questão da síntese pura da intuição pura e das formas do entendimento, a questão da síntese ontológica de seu fundamento. 'A Crítica da Razão Pura' não é uma 'teoria do conhecimento', uma teoria da experiência científica, mas uma ontologia fundamental. A questão da possibilidade da metafísica especial reflui portanto para a questão da possibilidade da metafísica geral.⁶⁴ (Grifo nosso)

A contribuição filosófica de Heidegger, portanto, assume papel importante na consideração existencial do tempo, não no sentido de um rechaço ao pensamento lógico-racional produzido por Kant; deve-lhe ser observada uma ótica integradora e complementar, portanto, através da noção crítico-destrutiva aqui preconizada, mesmo porque a existência de um juízo apriorístico da sensibilidade de nada adiantaria sem a sua correlação com o mundo do fenômeno, aquele da experiência, já que a metafísica racional representaria, portanto, uma questão de ser, dentro de uma ontologia fundamental.

2.5.1 Heidegger e a sua ontologia fundamental

Especular sobre o pensamento e a produção filosófica de Heidegger, muitas vezes, assume o contorno de uma tarefa hercúlea, diante das diversas passagens herméticas encontradas ao longo de sua literatura, especialmente quando se é oportunizado o folhear das contribuições domiciliadas em sua obra “Ser e Tempo”.

⁶⁴ DUBOIS, Christian. **Heidegger: introdução a uma leitura**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, p. 82.

Aliás, costumava enfatizar o próprio Heidegger a inexistência de uma obra filosófica sua completa, mas, antes de tudo, o preconizar de caminhos, ou escolhas, como destaca Marco Antonio Casanova:

No início do processo de estruturação da edição de suas obras completas no início da década de 1970, Heidegger insistiu uma vez mais em uma metáfora que lhe era há muito bastante cara: não tenho obras (*Werke*), mas caminhos (*Wege*)...⁶⁵ (Grifo nosso)

Não somente o pensamento heideggeriano reclama preparo e atenção redobrados, como também a questão da tradução dos seus textos assume um lugar de importância para a compreensão das ideias do filósofo, haja vista que a questão do ser não se parece mostrar de forma tão singela, mesmo porque todo mundo “é”, “sendo”, fazendo-se confundir a percepção empírica da presença com o necessário mergulho aprofundado para se desvendar as questões ontológicas do ser, postas em evidência na analítica existencial evidenciada por Heidegger.

Para que se verifique a vivacidade de tal labor, basta atentar para o fato de que a própria tradutora do livro “Ser e Tempo” manuseado, Márcia Sá Cavalcante Schuback, após mais de 17 anos de dedicação ao referido trabalho⁶⁶, considerou a palavra clássica *Dasein*, utilizada por Heidegger ao longo de sua obra como o fio condutor da compreensão do sentido do ser, como, de certa forma, intraduzível⁶⁷. São suas as seguintes reflexões:

[...] Sem dúvida, *Dasein* é um termo decisivo em ‘Ser e Tempo’. Mas é decisivo precisamente por indicar a condição existencial de possibilidade de um pensamento que não se define e nem se esgota com a racionalidade categorial dos conceitos.

⁶⁵CASANOVA, Marco Antonio. **Compreender Heidegger**. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010, p. 75. No mesmo sentido o destaque efetuado por Heidegger em outra obra: “‘Holz’ [madera, leña] es un antiguo nombre para el bosque. En el bosque hay caminos [‘Wege’], por lo general medio ocultos por la maleza, que cesan bruscamente en lo no hollado. Es a estos caminos a los que se llama Holzwege [‘caminos de bosque, caminos que se pierden en el bosque’]. Cada uno de ellos sigue un trazado diferente, pero siempre dentro del mismo bosque. Muchas veces parece como si fueran iguales, pero es una mera apariencia. Los leñadores y guardabosques conocen los caminos. Ellos saben lo que significa encontrarse en un camino que se pierde en el bosque.” Em tradução livre: “‘Holz’ [madeira, lenha] é um antigo nome para o bosque. No bosque há caminhos [‘Wege’], de forma geral ocultos pelos arbustos, que cessam bruscamente no não pisado. Estes caminhos são chamados de ‘Holzwege’ [‘caminhos de bosque, caminhos que se perdem no bosque’]. Cada um deles segue um traçado diferente, mas sempre dentro do mesmo bosque. Muitas vezes parecem iguais, mas é uma mera aparência. Os lenhadores e os guardas do bosque conhecem os caminhos. Eles sabem o que significa encontrar-se em um caminho que se perde no bosque.” HEIDEGGER, Martin. **Caminos de bosque**. Madrid, Alianza Editorial, 2010, p. 9.

⁶⁶ Importa pontuar o que disse a tradutora em suas considerações sobre a obra “Ser e Tempo”: “[...] Ao longo dos 17 anos da publicação da tradução brasileira de “Ser e Tempo”, venho refletindo no movimento desse retomar contínuo e inesgotável sobre as opções feitas, seus êxitos e seus fracassos, não somente com base no estudo do pensamento de Heidegger, mas igualmente no acompanhamento de várias correntes de interpretação de sua obra...” HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 5. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 15.

⁶⁷ A tradutora, ao final de suas considerações, traduz a locução *Dasein* como “presença”, que é utilizada ao longo de todo o livro.

Dasein não é um conceito, mas uma ‘indicação formal’, um aceno. Distintamente de um conceito, que é síntese do múltiplo e diverso numa universalidade, *Dasein* é indicação de experiência, onde compreender não diz agarrar a realidade com esquemas já dados, mas deixar-se tomar pelo que faz a compreensão buscar compreender. *Dasein* é assim palavra indicativa, é palavra condutora como o fio de Ariadne, ‘a serviço’ do pensamento. Palavra como *Logos*, *Tao*, *Ereignis*, disse Heidegger em ‘Identidade e diferença’ são pensadas a partir das coisas, estando a serviço do pensamento. Essas palavras são de certo modo intraduzíveis, não em virtude de suas especificidades, idiosincrasias linguísticas e morfologias. São intraduzíveis, porque não podem substituir a tarefa de pensar aquilo a serviço do que elas estão...⁶⁸ (Grifo nosso)

Outra dificuldade reside no fato da presença de uma compreensão vulgar da existência do ser sediada na razão humana, tendo em vista que todo mundo “é”, despertando, logo de início, o discutir sobre a necessidade da questão do sentido do ser, uma vez que, pelo menos de forma empírica, se percebe, faticamente, todo dia e a toda hora, a existência do ser. A utilização do verbo “ser” para explicar o ser, já que todos são, exige um desprendimento próprio do lugar comum, a imersão em uma própria e especial metafísica ontológica ou existencial, que impeça o império das considerações evidenciadas no cotidiano, capazes de seduzir o interessado ao canto da sereia da acomodação, da preguiça do raciocinar, da decadência da impropriedade em função da generalidade. Assim delineou Christian Dubois em suas considerações introdutórias à obra “Ser e Tempo” pré-citada:

O que significa ‘ser’? Se colocamos a questão deste modo, não apenas não sabemos em que nos agarrar para respondê-la, mas a própria questão pode parecer a mais vazia e mais fútil, sequer mesmo uma questão. Com efeito, ‘ser’ não é o conceito mais universal, e, portanto, o de compreensão mais vazia, o mais indefinível, pois toda ‘definição’ do ser deve empregar o definido ao enunciar ‘é...’, e, além do mais, o mais evidente, e portanto o menos questionável?...⁶⁹ (Grifo nosso)

Heidegger, através da sua imersão ontológica, chamada de fundamental, em sua obra “Ser e Tempo”, ao buscar responder à questão do sentido do ser, pelo menos, procurou intentar descortinar tal resposta. Tal qual um cão, um pedaço de pão, ou um leão, o ser possui um ente, que irá procurar desvendá-lo. E tal ente, que auxilia na compreensão do sentido ser, Heidegger o alcunha no “intraduzível” *Dasein*, que a tradutora do livro obtido traduziu pela presença da palavra “presença”, embora, em variegados textos, tal termo seja conhecido por “ser-aí”, percepção literal da palavra alemã.

⁶⁸ Texto introdutório de Márcia Sá Cavalcante Schuback. *A Perplexidade da Presença*. In: HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 5. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 17.

⁶⁹ DUBOIS, Christian. **Heidegger**: introdução a uma leitura. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, p. 14.

O sentido do ser encontrava-se perdido, segundo Heidegger, dès a filosofia clássica, tanto que inicia a sua obra com um trecho do diálogo de Platão – “O Sofista” – ao destacar, desde priscas eras, a aporia filosófica em torno da questão fundamental do ser, ao adquirir uma resistência própria que, inclusive, alcançava os dias atuais⁷⁰:

[...] pois é evidente que de há muito sabeis o que propriamente quereis designar quando empregais a expressão ‘ente’. Outrora, também nós julgávamos saber, agora, porém caímos em aporia. Será que hoje temos uma resposta para a pergunta sobre o que queremos dizer com a palavra ‘ente’? De forma alguma. Assim, cabe colocar novamente a questão sobre o sentido de ser. Será que hoje estamos em aporia por não compreendermos a expressão ‘ser’? De forma alguma. Assim, trata-se de redespertar uma compreensão para o sentido dessa questão. A elaboração concreta da questão sobre o sentido de ‘ser’ é a intenção do presente tratado. A interpretação do tempo como horizonte possível de toda e qualquer compreensão do ser em geral é a sua meta provisória.⁷¹ (Grifo nosso)

Como destacado no extrato logo acima reproduzido, Heidegger, em “Ser e Tempo”, não almeja atingir com precisão o conceito do “ser”, já que este seria indefinível, mas nada impede que se busque indagar e alcançar, de forma originária e própria, o seu sentido, através da análise do ente que indica a sua compreensão, o *Dasein* ou a presença, como irá demonstrar em sua obra. Ocorre que, para atingir tal tarefa, como corolário das suas reflexões, a compreensão do sentido do ser somente pode ser coroada de êxito dentro da sua temporalidade, pois se a obra se chama “Ser e Tempo”, há que se destacar que ser é tempo, em um sentido existencial e finito, ao se contrapor ao tempo vulgar, cronológico e infinito que impera na impropriedade do cotidiano fático. Para tratar da questão do sentido do ser, assim declina Heidegger nos albores de sua obra:

2. O conceito de ‘ser’ é indefinível. Essa é a conclusão tirada de sua máxima universalidade. E com razão, se *definitio fit per genus proximum et differentiam specificam*. De fato, ‘ser’ não pode ser concebido como ente; *enti non additur aliqua natura: o ‘ser’ não pode ser determinado, atribuindo-lhe um ente.* Não se pode derivar o ser no sentido de uma definição a partir de conceitos superiores e nem explicá-los através de conceitos inferiores. Mas será que com isso se pode concluir que ‘ser’ não oferece mais nenhum problema? De forma alguma. Daí pode-se apenas concluir que ‘ser’ não é um ente. Por isso, o modo de determinação do ente, legítimo

⁷⁰ Sobre a perpetuidade da questão do sentido do ser em cotejamento com o fragmento de Platão em “O Sofista”, citado por Heidegger na introdução de “Ser e Tempo”, Marco Antonio Casanova traz a seguinte observação: “[...] Ao contrário, ela serve desde o princípio como uma lembrança de que é necessário coragem para reconhecer, tal como o personagem do diálogo, a aporia que temos ainda agora diante de nós. Mas não apenas isto. Ela também nos indica que a aporia em relação ao significado do termo “ente” não é um privilégio da origem da filosofia ocidental com os gregos, mas persiste de maneira incessante até os nossos dias [...]. Começar por uma citação de Platão é, em suma, uma forma de indicar que a obra “Ser e Tempo” se inicia com um problema de origem, com um problema que nasce juntamente com a própria história da filosofia e que continua clamando incessantemente por solução [...]”. CASANOVA, Marco Antonio. Compreender Heidegger. 2. ed. Petrópolis: RJ, Vozes: 2010, p. 76-77.

⁷¹ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. 5. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 34.

dentro de certos limites, como a definição lógica tradicional, que tem seus fundamentos na antiga ontologia, não pode ser aplicado ao ser. A indefinibilidade de ser não dispensa a questão de seu sentido; ao contrário, justamente por isso a exige.⁷² (Grifo nosso)

E para a decomposição da sua obra, que busca descortinar o sentido do ser, “Ser e Tempo” poderia ser, aleatoriamente e de forma sumarizada, em uma compreensão inaugural, subdividida em três partes de destaque, quais sejam: (1) a destruição da história da ontologia; (2) a hermenêutica da faticidade; e, ao final, (3) a analítica existencial.

Antes, porém, da realização de considerações acerca do tecido teórico postulado pelas partes acima indicadas, há que salientar, tendo em vista a curiosidade que o trabalho de Heidegger desperta em seu leitor, principalmente para aqueles que buscam indagar sobre o sentido do tempo e os fenômenos jurídicos daí derivados, que a questão da temporalidade do ser somente passa a ser sedimentada nas partes mais avançadas da obra⁷³, quando já se promoveu uma percepção genérica da questão do sentido do ser e do ente que lhe promove a sua compreensão, o *Dasein*. Tal temporalidade fenomenológica, embora seja abordada com mais propriedade em fragmento a seguir formulado nesta Dissertação, pode ser resumida na seguinte acepção: “até hoje fui sempre futuro”.

Em face da história da ontologia e a sua destruição por Heidegger preconizada, a obra “Ser e Tempo” demarca a questão histórica do sentido do ser, cuja crítica revolve esta indagação desde a era filosófica dos helenos, conforme o trecho acima reproduzido do diálogo “O Sofista”, de Platão. Tal clássica perquirição clama por ser superada pela sua destruição, de forma a evitar a sua constante aporia, tendo em vista a calcificação dos conceitos realizados ao longo de sua historicidade ôntica, mas não ontológica, ao representarem sedimentos formadores de uma crosta histórica e resistente marcada pela tradição. A ontologia clássica, *de per si*, assume-se como incapaz de revelar o sentido originário e fundamental do ser, malgrado a atualidade marcante tenha como base o vigor de ter sido, ou seja, o ser-aí ou a presença repousa a sua existência fática em seu plexo tradicional de experiências destacadas em sua mundanidade. Marco Antonio Casanova sumariza tal reflexão:

[...] Para Heidegger, nós nos movimentamos constantemente em meio a campos de problematização sedimentados, oriundos de possibilidades abertas pelo passado.

⁷² HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. 5. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 39.

⁷³ Vide, por exemplo, o § 65 da obra “Ser e Tempo” ao tratar sobre “a temporalidade como sentido ontológico da cura” e o seu Quinto Capítulo, ao versar sobre a “Temporalidade e historicidade”.

Sem esses campos, não haveria nem mesmo a possibilidade de apreender uma questão enquanto questão, porque ela se colocaria fora da esfera de sentido daquilo que pode aparecer para alguém como efetivamente questionável. Tais campos sempre produzem, porém, um espaço de soterramento de sua significação originária e de suas possibilidades futuras. Uma vez formulada uma questão e uma vez constituídos os caminhos predominantes de resposta a ela, tudo recai, por assim dizer, em um espaço de obviedade que acaba por atuar de forma obstrutiva [...] Com isto, de maneira um tanto paradoxal, o fato mesmo de a pergunta acerca do ser ter sido tradicionalmente formulada e de a tradição ter se empenhado historicamente de maneira sistemática pela resolução dessa questão produz um encurtamento de seu horizonte essencial e um obscurecimento de novas possibilidades de problematização. Por isto, 'caso deva ser conquistada para a questão mesma do ser a transparência de sua própria história, é necessário um afrouxamento da tradição enrijecida e uma dissolução dos encobrimentos realizados por ela'. É preciso quebrar a força da obviedade e o seu poder letárgico sobre as possibilidades históricas da tradição. Heidegger compreende essa tarefa a partir da noção de destruição...⁷⁴ (Grifo nosso)

O ser-aí do *Dasein* aberto ao mundo, em contato com a mundanidade dos objetos dados ao seu redor, ou seja, existindo, em uma primeira aproximação e na maior parte das vezes, com base no seu “vigor de ter sido” histórico, em sua historicidade, de forma imprópria, pois tradicional, repousa no conforto da já ter sido e cria a chamada crosta impenetrável do costume, capaz de evitar o desvelamento originário e próprio da potencialidade do ser, uma vez que o ser costumeiro não aceita qualquer forma de questionamento ou inquirição, ao representar a ameaça à existência da própria impropriedade do ser, inicialmente desejada pelo *Dasein*.

Este caráter histórico do ser, ao repousar na sua própria tradição, reclama pela sua superação, já que se baseia nos aspectos passados da sua existência, por ser algo simplesmente dado, incapaz de compreender o fenômeno ontológico originário, que, por sua vez, não reconhece a presença do ser como um contínuo sucessivo e cronológico de experiências, mas, outrossim, um todo complexo capitaneado pelo porvir da atualidade em função do vigor do ter sido. Heidegger destaca tal necessidade de desconstrução em outro fragmento de sua obra “Ser e Tempo” e diferencia a noção de “passado” da de “vigor de ter sido”, esta última ontológica:

O caráter histórico das antiguidades ainda conservadas funda-se, portanto, no 'passado' da presença, a cujo mundo elas pertenciam. Em consequência, somente a presença 'passada', e não a 'presente', seria histórica. Mas será que a presença pode ser um passado se determinamos o 'passado' como o que não é mais simplesmente dado ou o que não mais está à mão? Manifestamente, a presença nunca pode ser um passado. Não porque não passe, mas porque, em sua essência, ela nunca pode ser algo simplesmente dado. Pois sempre que ela é, existe. Em sentido rigorosamente ontológico, a presença, que não mais existe, não é passada, mas o vigor de ter sido presença. As antiguidades ainda simplesmente dadas possuem um caráter 'passado'

⁷⁴ CASANOVA, Marco Antonio. **Compreender Heidegger**. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010, p. 82-83.

e histórico, com base em sua pertinência instrumental e proveniência do ter sido de um mundo que pertence a uma presença que é o vigor de ter sido presença. Isto é primordialmente histórico. Mas será que a presença só se torna histórica por não mais estar presente? Ou será que ela é histórica em existindo faticamente? Será a presença o ter sido apenas no sentido do vigor de ter sido presença, ou será ela o ter sido enquanto atualizante e porvindouro, ou seja, na temporalização de sua temporalidade?⁷⁵ (Grifo nosso)

O sentido heideggeriano de destruição representa, deveras, a noção de construção⁷⁶, pois reclama a superação tradicional e histórica do ser em direção ao descortinamento do seu sentido originário e próprio, somente alcançado através da temporalização de sua temporalidade, a verdadeira construção/destruição ontológica fundamental.

Em relação à hermenêutica da faticidade, há que se verificar que a essência do ser reside na sua existência. Nunca é demais repisar: só há ser, existindo. Noutras palavras, o *Dasein* significa um poder-ser, capaz de conquistar a si mesmo através das possibilidades do ser, que, em uma primeira aproximação e na maior parte das vezes, encontra-se aberto no mundo, rodeado pela sua faticidade. Há, portanto, que se empreender uma exegese ontológica desta faticidade, para se poder compreender o ser, através das possibilidades ofertadas ao *Dasein*.

Inicialmente, o ser encontra-se no mundo rodeado por objetos, ao promover com alguns destes uma interação através da sua ocupação, pelo fato de tais materiais serem relacionados com o *Dasein* em função de sua instrumentalidade. Outros objetos são desprezados pelo ser e, portanto, não passam de algo simplesmente dado, já que não lhe servem como instrumento. O instrumento pode ser uma coisa material, como uma cadeira, ou ideal, como o espírito, ou mesmo uma divindade. Heidegger, ao analisar a faticidade mundanizada do *Dasein* utiliza-se, seguidamente, para abordar a questão da instrumentalidade, da figura do martelo:

[...] Ao se lidar com o instrumento no uso, a ocupação se subordina ao ser para (*Um-zu*) constitutivo do respectivo instrumento; quanto menos se fixar na coisa martelo, mais se sabe usá-lo, mais originário se torna o relacionamento com ele e mais desvelado é o modo em que se dá ao encontro naquilo que ele é, ou seja, como instrumento. O próprio martelar é que descobre o 'manuseio' específico do martelo. Denominamos de manualidade o modo de ser do instrumento em que ele se revela

⁷⁵ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. 5. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 472-473.

⁷⁶ Percebe-se o sentido de destruição construtiva em Heidegger, quando o filósofo disserta sobre Descartes: "Pode-se, porém, objetar que, de fato, o problema do mundo e até o ser dos entes que imediatamente se dão ao encontro dentro do mundo ficam encobertos, mas que Descartes estabeleceu o fundamento para a caracterização ontológica dos entes intramundanos que, em seu ser, fundam qualquer outro ente, ou seja, a natureza material... A análise cartesiana de 'mundo' possibilita, pela primeira vez, uma construção segura da estrutura da manualidade; necessita apenas de uma complementação, facilmente exequível, da coisa natural para transformá-la numa perfeita coisa de uso." *Ibid.*, p. 151.

por si mesmo. ... A visualização puramente 'teórica' das coisas carece de uma compreensão da manualidade. O modo de lidar com os instrumentos no uso e no manuseio não é porém cego. Possui seu modo próprio de ver que dirige o manuseio e lhe confere uma segurança específica. O modo de lidar com instrumentos subordina-se à multiplicidade de referências do 'ser para' (*Um-zu*). A visão desse subordinar-se é a circunvisão.⁷⁷ (Grifo nosso)

É, portanto, nesta circunvisão de mundo que o ser se abre em sua mundanidade, ao relacionar-se com os instrumentos à sua disposição por ocupação, verdadeiro existencial na visão de Heidegger. Posicionado e aberto no mundo e para o mundo, pelo fato de existir, o ser em si mesmo dispõe das possibilidades do seu porvir, podendo ou não realizá-las, ou seja, deixando-se levar pelo torpor da impessoalidade marcada pela tradição, ou, ao revés, buscando a sua possibilidade mais própria e originária pela cura existencial a *Ihe* ser empreendida.

A impessoalidade em função da faticidade mundanizada e do relacionamento primevo estabelecido com os entes ou com algo simplesmente dado ao redor do ser é o que mais seduz largamente o *Dasein*, diante da decadência que se impõe à presença, pelo fato de representar ausência de responsabilidade, conforme destaca Heidegger em outra passagem de sua obra:

[...] O impessoal desenvolve sua própria ditadura nesta falta de surpresa e de possibilidade de constatação. Assim nos divertimos e entretemos como impessoalmente se faz; lemos, vemos e julgamos a literatura e a arte como impessoalmente se vê e julga; também nos retiramos das 'grandes multidões' como impessoalmente se retira; achamos 'revoltante' o que impessoalmente se considera revoltante. O impessoal, que não é nada determinado, mas que todos são, embora não como soma, prescreve o modo de ser da cotidianidade.

[...]

O impessoal encontra-se em toda parte, mas no modo de sempre ter escapulado quando a presença exige uma decisão. Porque prescreve todo julgamento e decisão, o impessoal retira a responsabilidade de cada presença. O impessoal pode, por assim dizer, permitir que se apoie impessoalmente nele. Pode assumir tudo com a maior facilidade e responder por tudo, já que não há ninguém que precise responsabilizar-se por alguma coisa. O impessoal sempre 'foi' quem... e, no entanto, pode-se dizer que não foi 'ninguém'. Na cotidianidade da presença, a maioria das coisas é feita por alguém de quem se deve dizer que não é ninguém.

O impessoal tira o encargo de cada presença em sua cotidianidade [...].

Todo mundo é o outro e ninguém é si mesmo. O impessoal, que responde à pergunta quem da presença cotidiana, é ninguém, a quem a presença já se entregou na convivência de um com o outro.

Nestas características ontológicas da convivência cotidiana, ou seja, no afastamento, medianidade, nivelamento, público, desencargo de ser e contraposição, reside a 'consistência' mais imediata da presença [...].⁷⁸ (Grifo nosso)

⁷⁷ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. 5. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 117.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 184-185.

Esta primeira apresentação do *Dasein*, de acordo com a descrição heideggeriana, remonta a uma pintura de colorido específico, desvelada na imagem de um bebê recém-nascido situado nos ombros do seu genitor, sendo balançado pelo movimento paterno. Logicamente que o bebê é um ser, pois existe. Aliás, juridicamente existente antes mesmo do seu nascimento, tendo em vista a condição de nascituro, como lhe albergam proteção alguns sistemas jurídicos.

Entretanto, tal ser é impróprio, impessoal, daí talvez poder ser considerado incapaz pela ordem jurídica existente, ou, noutros termos, não ser responsável pelos seus atos, o que, ontologicamente, não seria a mesma coisa de ser irresponsável pela sua conduta. Os entes que lhe vêm ao encontro são inúmeros, alguns dos quais nada lhe representam, pelo fato de não lhe servirem de instrumento. São, pois, coisas simplesmente dadas. Tal ser, sem capacidade de decisão, está imerso na mundanidade de sua impropriedade, e, portanto, distante do seu porvir existencial próprio e originário, a essência do *Dasein*, como ente que compreende a totalidade do ser.

A passagem de tal percepção inaugural para uma busca ontológica fenomenal do ser ocorre no aprofundamento da analítica existencial formulada por Heidegger, notadamente com a busca da cura pelo *Dasein*, quando a presença reconhece a existência da morte. O ser para a morte desvela a existência própria e original do ser, ao ponto de o ser se constituir na possibilidade da impossibilidade. Ou seja, o existir somente existe em função do nada, que ocorre com a possibilidade do não existir, ou melhor, do morrer. O nada possibilita o ser, através da sua existência, ao ponto de alguém não poder vender, nem emprestar ou mesmo doar a morte a outrem.

O ser, em seu estado inaugural, abre-se para o mundo na impropriedade de sua faticidade, seduzido pela tradição, pelo repouso, enfim, pela sua decadência. Neste *status quo* de comodidade o *Dasein* descansa, encontra-se relaxado, em uma perene constatação falsa de sua eternidade. Noutro falar, não há angústia nos primórdios existenciais do *Dasein*. A alienação na qual se dissipa o *Dasein* é a marca característica da sua própria decadência inicial, como afirma Heidegger:

Essa tranquilidade no ser impróprio não conduz, todavia, à inércia e à inatividade. Ao contrário, move para 'promoções' desenfreadas. O decair no 'mundo' já não tem mais repouso. A tranquilidade tentadora aumenta a decadência. No tocante à interpretação da presença, pode surgir a convicção de que compreender as culturas

mais estranhas e a sua 'síntese' com a própria cultura levaria a um esclarecimento verdadeiro e total da presença a seu próprio respeito. A curiosidade multidirecionada e a inquietação de tudo saber dá a ilusão de uma compreensão universal da presença. Mas o que propriamente se deve compreender permanece, no fundo, indeterminado e inquestionado; não se compreende que compreender é um poder-ser que só pode ser liberado na presença mais própria. Essa comparação de si mesma com tudo, tranquila e que tudo 'compreende', move a presença para uma alienação na qual se lhe encobre o seu poder-ser mais próprio. O ser no mundo decadente, tentador e tranquilizante é também alienante.⁷⁹ (Grifo nosso)

Como se daria, doutra forma, o despertar do *Dasein* perante a sua possibilidade existencial mais própria? Pela cura, em função da angústia que sofre a presença, pelo fato de o ser se constituir em um ser para a morte. Neste trilhar, há que se diferenciar a angústia do medo, já que o medo origina-se pela ocorrência de um elemento externo à presença, podendo dirigir-se e até mesmo alcançar o ser, ou jamais interceptá-lo. A angústia, por outro lado, diferencia-se por ser interna ao ser, podendo existir sem mesmo existir, ou seja, produzir-se em função de um nada, podendo nem mesmo ocorrer. A decisão própria do ser em função da inexistência da presença, ou seja, diante da sua morte, representa a marca existencial ontológica e fundamental do *Dasein*, como existência em face de um poder-ser próprio e original. Heidegger produz, em face da tal consideração, a seguinte digressão:

A morte é uma possibilidade ontológica que a própria presença sempre tem de assumir. Com a morte, a própria presença é impendente em seu poder-ser mais próprio. Nessa possibilidade, o que está em jogo para a presença é pura e simplesmente seu ser no mundo. Sua morte é a possibilidade de poder não mais ser presença. Se, enquanto essa possibilidade, a presença é, para si mesma, impendente, é porque depende plenamente de seu poder-ser mais próprio. Sendo impendente para si, nela se desfazem todas as remissões para outra presença. Essa impossibilidade mais própria e irremissível é, ao mesmo tempo, a mais extrema. Enquanto poder-ser, a presença, não é capaz de superar a possibilidade da morte. A morte é, em última instância, a possibilidade da impossibilidade pura e simples da presença. Desse modo, a morte desvela-se como a possibilidade mais própria, irremissível e insuperável. Como tal, ela é um impendente privilegiado. Essa possibilidade existencial funda-se em que a presença está, essencialmente, aberta para si mesma e isso no modo de anteceder a si mesma. Esse momento estrutural da cura possui sua concreção mais originária no ser para a morte. O ser para o fim torna-se, fenomenalmente, mais claro como ser-para essa possibilidade privilegiada da presença.⁸⁰ (Grifo nosso)

E a se possibilidade privilegiada do *Dasein* ocorre com o ser para a morte, o tempo, na metafísica existencial de Heidegger, não pode ser infinito, como vulgarmente se concebe. Marco Antonio Casanova, neste sentido, aduz:

A morte vem à tona na passagem acima como a possibilidade extrema da existência, uma possibilidade que não chega até o ser-aí de fora como um ente dotado do caráter

⁷⁹ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. 5. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 243.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 326.

de utensílio, mas que se articula constitutivamente com ele por meio de seu caráter mesmo enquanto poder-ser. Heidegger retoma aqui algo que fica incessantemente calado na obra, apesar de se apresentar ao mesmo tempo como um de seus traços mais essenciais. Ser um poder-ser, ser um ser no mundo não significa outra coisa senão ser uma dinâmica existencial finita que se encontra na finitude a sua determinação fundamental...⁸¹ (Grifo nosso)

Diante da exposição promovida, percebe-se que a noção própria do *Dasein*, o ente que possibilita a compreensão do sentido do ser, se dá na temporalidade. O tempo é o horizonte de toda a compreensão e interpretação do ser, o que significa dizer que Heidegger lhe denota papel e exegese próprios, inclusive com seus reflexos jurídicos, já que o tempo do Direito é o tempo existencial ou fenomenológico.

2.5.2 O tempo do Direito – O tempo fenomenológico-existencial

A analítica existencial empreendida por Heidegger consagra uma interpretação própria da temporalidade do ser, que diverge do costumeiro e tradicional sentido vulgar e empírico do tempo, ou seja, aquele, esfacelado em intervalos, sistematicamente estabelecido em horas, minutos, segundos, etc. O sentido do tempo cronológico se revela como uma sucessão infinita de “agoras”, dividido em três esferas temporais básicas, manifestadas no passado, no presente e no futuro.

Ser é tempo em sua temporalidade existencial. E como o ser se constitui em um “ser para a morte”, sua existência temporal é finita, já que a presença “é”, sendo um poder-ser que deságua na sua impossibilidade básica e originária. No pensamento heideggeriano, não há que se falar em presente, passado e futuro, como um interminável perseguir de “agoras”, mas, outrossim, em *ekstases* temporais existenciais, característicos da presença, quais sejam, o vigor de ter sido, a atualidade e, finalmente, o porvir.

A presença, desta forma, aberta ao mundo, tendo em vista todo o seu arquétipo constituído em sua tradição, em sua possibilidade originária e própria, em função da decisão assumida pela sua cura, ao se deparar com o “ser para a morte”, configura-se uma atualidade para o porvir em função do “vigor de ter sido”. Heidegger declara:

A decisão antecipadora compreende a presença em seu ser e estar em dívida essencial. Este compreender diz assumir, na existência, o ser e estar em dívida, diz

⁸¹ CASANOVA, Marco Antonio. **Compreender Heidegger**. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010, p. 130-131.

ser-fundamento lançado do nada. Assumir o estar-lançado significa, porém, ser, em sentido próprio, a presença, no modo em que ela sempre foi. Só é possível assumir o estar-lançado na medida em que a presença por vir possa ser 'como já sempre foi', no sentido mais próprio, isto é, possa ser o seu 'ter sido'. Somente enquanto a presença é como eu sou o ter-sido é que ela, enquanto porvir, pode vir a si de maneira a vir de volta. Somente enquanto a presença é como eu sou o ter-sido é que ela, enquanto porvir, pode vir a si de maneira a vir de volta. Própria e porvindoura, a presença é propriamente o ter sido. Antecipar da possibilidade mais própria e extrema é vir de volta, em compreendendo, para o ter sido mais próprio. A presença só pode ser o ter sido sendo por-vindoura. O vigor de ter sido surge, de certo modo, do porvir.⁸² (Grifo nosso)

Como corolário de tal interpretação existencial da temporalidade da presença, Heidegger produz conclusão sobre a questão da compreensão fundamental e originária do ser em busca de sua cura como “ser para a morte”, ao abordar os *ekstases* existenciais preconizados do “vigor de ter sido”, da atualidade e do porvir, através da reflexão sintetizadora ora reproduzida:

O compreender funda-se, primariamente, no porvir (antecipar e aguardar). A disposição temporaliza-se, primariamente, no vigor de ter sido. A decadência enraíza-se primária e temporalmente, na atualidade (atualização e instante). Não obstante, a compreensão é sempre atualidade 'do vigor de ter sido'. Não obstante, a disposição se temporaliza num porvir 'atualizante'. Não obstante, a atualidade 'surge' ou se sustenta num porvir do vigor de ter sido. Assim, fica claro que: a temporalidade se temporaliza totalmente em cada *ekstase*, ou seja, a totalidade do todo estrutural de existência, faticidade e decadência funda-se na unidade ekstática de cada temporalização plena da temporalidade. Esta é a unidade estrutural da cura. Temporalização não significa 'sucessão' de *ekstases*. O porvir não vem depois do vigor de ter sido, e este não vem antes da atualidade. A temporalidade se temporaliza num porvir atualizante do vigor de ter sido.⁸³ (Grifo nosso)

Diante das considerações construídas ao longo do introito desta Dissertação, pode-se pavimentar a construção de um raciocínio, em sede de conclusão, segundo o qual, o tempo do Direito, sendo este uma ciência cultural, através da qual são inseridos valores em sua epistemologia, se caracteriza por uma temporalidade fenomenológica ou existencial; é diverso, portanto, do esquema cronológico do tempo, dividido em sucessivos “agoras” infinitos.

O tempo do Direito possui seus *ekstases* integrativos, onde, na presença, se reúne o “vigor do ter sido” porvindouro. Percebe-se tal realidade na própria práxis jurídica empreendida no cotidiano dos palcos jurídicos. Por exemplo, na elaboração de uma decisão qualquer, sendo esta de cunho administrativo ou judicial, individual ou colegiada, por exemplo, a descrição da

⁸² HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. 5. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 410.

⁸³ *Ibid.*, p. 437.

mundanidade fática dos elementos processuais postos à disposição do julgador, tendo em vista a experiência histórico-tradicional que lhe rodeia, produz uma predisposição decisória perfunctória, própria e singular, sinalizando a definição de alguns contornos específicos da solução que reclama a situação a ser decidida em julgamento.

Entretanto, a solidificação do entendimento, ocorrida na atualidade da decisão, é porvindoura, tendo em vista os diversos elementos que surgem ao longo da leitura dos elementos disponibilizados, capazes de consolidar ou desviar o rumo do entendimento, diante de suas múltiplas possibilidades existenciais, até que o “ser para a morte” jurídico exsurja com o trânsito em julgado da experiência jurídica discutida, sem a possibilidade de revisão material do julgado.

Ser é existência, é vida, é fenômeno, é, antes de tudo, tempo no sentido existencial, como o Direito lhe acolhe, mesmo diante da morte, possibilidade mais extrema e originária do *Dasein*, mesmo porque o nada algo significa, como antes dito. Tais divagações podem ser até mesmo identificadas no dia a dia do operador jurídico, por exemplo, somente a título de reflexão, a possibilidade fenomenológica da prescrição intercorrente na esfera judicial ou administrativa da pretensão, pelo Estado, do crédito tributário constituído em face do devedor tributário.

Não se trata de um fenômeno ideal, no sentido metafísico clássico, mas de uma existência que se dá na presença, na sua atualidade, através de um porvir. A impossibilidade de se pôr a termo um julgamento administrativo-fiscal, através de uma decisão final denegatória da impugnação ou do recurso interposto pelo contribuinte, dentro do interregno temporal de 05 anos, acarreta a extinção do crédito fiscal reclamado pelo ente federativo, soterrando qualquer pretensão do fisco em reaver tal recurso monetário aos seus cofres.

A decisão originária do *Dasein* fiscal em sua atualidade reclama o poder-ser da prescrição, tendo em vista o transcurso do lapso temporal, sem que a corte administrativa tenha produzido uma reflexão capaz de nem acolher a contestação apresentada, nem desprover o recurso administrativo interposto pelo sujeito passivo da obrigação tributária.

Aliás, há de se pontuar que o próprio Direito Penal, em outro exemplo, prevê tal ocorrência, somente para se fenomenalizar a discussão inaugurada, quando, por exemplo, a doutrina criminal mais garantista preconiza a aplicação da prescrição penal retroativa, pois, se na

determinação concreta, no porvir, da pena a ser atribuída ao réu condenado, já tenham transcorrido, na atualidade, os lapsos temporais estabelecidos pelo Código Penal em vigor, sem a existência de recurso por parte da acusação, há que se decretar a aplicação da extinção da pretensão punitiva em função da prescrição penal a ser identificada e consagrada. Damásio de Jesus traz consideração específica sobre o tema:

O STF, porém, na Súmula 146, interpretando o referido parágrafo único, passou a entender que ‘a prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação’.

Ex.:

Suponha que um sujeito tivesse praticado crime de lesão corporal leve no dia 5-5-1976. Como o máximo da pena privativa de liberdade é de um ano, a prescrição da pretensão punitiva (da ação) ocorreria em quatro anos. Se o Promotor de Justiça não oferecesse denúncia até 4-5-1980, não mais poderia fazê-lo, em face da prescrição. Suponha-se, entretanto, que a denúncia viesse a ser recebida no dia 3-10-1976, interrompendo o prazo prescricional e ensejando que recomeçasse a ser contado, por inteiro. De modo que, a partir de 3-10-1976, deveríamos recomeçar a contar o prazo de quatro anos. O Juiz deveria proferir a sentença até 2-10-1980. Se não o fizesse, não mais poderia condenar o réu, diante da prescrição. Imagine-se que o Juiz o condenasse a três meses de detenção em 10-11-1978, recorrendo a defesa e transitando em julgado a decisão para o Ministério Público. O STF, aplicando a Súmula 146, orientava-se no sentido de que, esta é que deveria ter regulado o prazo prescricional anterior. Se a pena era inferior a um ano, o prazo prescricional da pretensão punitiva era de dois anos, decorridos entre a data do recebimento da denúncia e da publicação da sentença condenatória. Dessa forma, quando o Juiz condenou o réu, o Estado já havia perdido o poder-dever de punir, atingido pela prescrição.⁸⁴ (Grifo nosso)

A expressão utilizada na reflexão anterior por Damásio de Jesus – “[...] Dessa forma, quando o Juiz condenou o réu, o Estado já havia perdido o poder-dever de punir, atingido pela prescrição” – revela o tempo existencial do Direito com os seus *ekstases* temporais e sua aplicação na prescrição, pois, na atualidade do julgamento, em função do “vigor de ter sido”, qual seja a tradição em face da inexistência de recurso por parte da acusação, o porvir sentencial já era capaz de haver libertado o réu, com a extinção de sua pretensão punitiva.

Encontra-se tal exegese nas Cortes de Justiça, como se percebe, a título exemplificativo, do acórdão do Supremo Tribunal Federal no HC n.º 109.966/SP, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, ao aplicar a prescrição da pretensão penal punitiva, com base em reflexões retroativas:

EMENTA *Habeas corpus*. Penal. Crime de concussão em continuidade delitiva (art. 316, c/c o art. 71 do Código Penal). Alegada prescrição da pretensão punitiva estatal. Consumação. Trânsito em julgado para a acusação. Prescrição regulada pela pena em concreto. Reprimenda fixada em 2 (dois) anos de reclusão. Decurso de

⁸⁴ JESUS, Damásio E. **Direito penal**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 728.

lapso temporal superior a 4 (quatro) anos entre o último marco interruptivo e a presente data. 1. A decisão que fixou a pena privativa de liberdade do paciente em 2 (dois) anos de reclusão transitou em julgado para o Parquet estadual em 6/9/11. Portanto, a análise da prescrição deve pautar-se pela pena em concreto aplicada (art. 110, § 1º do Código Penal) e, nessa conformidade, verifica-se no prazo de 4 (quatro) anos a prescrição da pretensão punitiva estatal, conforme a regra do inciso V do art. 109 do Código Penal. 2. Segundo os documentos que instruem a impetração, o fato criminoso ocorreu em setembro de 1998; a denúncia foi recebida aos 4/2/99; e a sentença condenatória publicada em cartório aos 3/7/02. Por força de recursos defensivos, a pena imposta ao paciente foi mitigada em acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça estadual em 29/4/04 e, em decisão proferida aos 4/12/09, pelo Superior Tribunal de Justiça. 3. À luz desses elementos, é possível concluir que houve o decurso de lapso temporal superior a 4 (quatro) anos entre o último marco interruptivo (a sentença condenatória recorrível – CP, art. 117) e a presente data, consumando-se, portanto, a prescrição da pretensão punitiva estatal. 4. Ordem concedida.

(HC 109966, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 13/12/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-046 DIVULG 05-03-2012 PUBLIC 06-03-2012 RTJ VOL-00220- PP-00489)⁸⁵ (Grifo nosso)

De tudo o quanto discorrido, pode-se inferir a contribuição da análise filosófica do tempo no fenômeno da prescrição, inclusive, de forma específica, na prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal, seja (1) de uma perspectiva metafísica clássica kantiana, ao considerá-lo como um juízo sintético *a priori* do conhecimento, ou mesmo (2) em uma concepção fenomenológica heideggeriana, já que, como o *Dasein* realiza a sua cura em função de se constituir um “ser para a morte”, em princípio, nenhuma relação jurídica deve ser eternizada, como se verifica na doutrina e jurisprudência penais pátrias, com a aplicação da extinção da pretensão punitiva em função da prescrição. Essa formulação deve ser estendida à extinção do crédito tributário, no momento em que inexistente decisão final, em sede do Tribunal Administrativo competente, acerca da impugnação apresentada ou do recurso interposto pelo sujeito passivo da obrigação tributária.

⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus*. Penal, Crime de concussão em continuidade delitiva. Ementa HC nº 109.966-SP. Paciente: Paulo Afonso Lucas. Coator: Relator do REsp 802620 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Dias Toffoli, Brasília, 06 de março de 2012. STF, Brasília. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?> >. Acesso em: 02 jan. 2013.

3 A NORMA JURÍDICA E O AUTO DE INFRAÇÃO

A busca pela continuidade da reflexão empreendida ao longo do Capítulo segundo desta Dissertação, quando se versou sobre o fenômeno do tempo, com suas implicações filosóficas e jurídicas, ao demarcar seu elemento ontológico da temporalidade, em suas perspectivas racionalista e fenomenológica, com o viés absorvido das contribuições oriundas do pensamento produzido tanto por Kant quanto por Heidegger, deságua na pretensão de uma intelecção sobre a norma jurídica como um todo. Mais especificamente, sobre o auto de infração/notificação fiscal de lançamento, em particular, mesmo porque este último representa manifestação própria de uma norma jurídica concreta e individualmente deveras definitiva; ela é capaz de interpretar a conduta intersubjetiva do sujeito passivo da obrigação tributária em sua plena liberdade e livre-arbítrio, até mesmo ao denotar e destacar a produção de um ato ilícito fiscal, tendo em vista a percepção a um comportamento frontal e condenável pela ordem jurídica dominante, como a promoção da figura da evasão fiscal.

Neste caminhar, antes, porém, da produção específica do tecido de considerações acerca da norma jurídica como um todo, até mesmo em função do necessário encadeamento lógico-epistemológico empreendido, importante se faz a produção de algumas outras digressões ancilares, haja vista a construção de um alicerce capaz de conduzir à solidez do pensamento jurídico talhado nestas impressões.

Como corolário de tal introito, uma perspectiva histórica e sumarizada das correntes de pensamento jurídico se faz sedutora. Se a presença do homem destaca a existência de um ser histórico e, portanto, finito, e, como o Direito é vida e fenômeno em uma perspectiva de “ser para a morte” – o que clama para os contornos do estudo empreendido ao derredor do fenômeno jurídico-prescricional – vislumbra-se como uma contribuição específica enfatizar o núcleo jurídico, a figura de cimo, através do qual o pensamento do Direito evoluiu ao longo de suas escolas de reflexão, escolhendo aqui e ali elementos variegados de concentração teórica, sustentáculo à produção científica almejada.

Como se não bastasse tal possibilidade, necessário se faz, também, abordar a questão epistemológico-gnosiológica da Ciência do Direito, ao buscar diferenciá-la, na condição de ciência do espírito, ou seja, cultural e valorativa, de outras searas do conhecimento, como a

lógica e a matemática puras, bem como as demais ciências naturais, dentre as quais, a física, a química, a biologia, etc.

Entretanto, a construção teórica empreendida nestas linhas de reflexão remete-se, muito mais, à condição ontológica da Ciência do Direito em seu aspecto fenomenológico, em busca de sua consciência originária ou o seu *eidos*, do que qualquer percepção empirista, mesmo porque o mundo das sensações, encontrado na experiência sensível, é incapaz de brindar à epistemologia as construções absolutas, capazes de alicerçar o pensamento científico⁸⁶.

A teorização ora imposta acerca da norma jurídica possui ligação visceral com o tema proposto nesta Dissertação, qual seja, a prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal, pois se identifica, primeiramente, a possibilidade do lançamento *ex officio*, promovido pela autoridade fiscal como ato administrativo tributário, em constituir-se em norma jurídica individual e concreta reveladora do injusto fiscal, praticado pelo sujeito passivo da obrigação tributária; e, posteriormente, o caráter definitivo de tal norma, já que a produção do auto de infração/notificação fiscal de lançamento indica, em termos concretos, todos os critérios preconizados pela sua norma matriz de incidência abstrata, além de produzir efeitos imediatos ao arcabouço jurídico das partes envolvidas na relação jurídico-fiscal instaurada. De posse de tal base doutrinária, abrem-se as portas para a análise do instituto da prescrição tributária, de acordo com a dicção legal do art. 174 do Código Tributário Nacional, bem como se estimulam as reflexões pela aplicação da prescrição intercorrente, ainda em sede do contencioso administrativo-fiscal, quando instaurado pelo sujeito passivo da obrigação tributária.

3.1 DIGRESSÃO HISTÓRICA PELAS ESCOLAS DO PENSAMENTO JURÍDICO

O Jusnaturalismo, como primeira tentativa de promover-se um tratamento científico ao Direito, associa o seu foco central à ideia de justiça, propriamente dita. Poder-se-ia condensar

⁸⁶ Edmund Husserl, em suas digressões fenomenológicas, duvida, até mesmo, da existência do mundo: “Por outro lado, com tudo isso não está dito que tem de haver um mundo, que tem de haver alguma coisa. A existência de um mundo é o correlato de certas diversidades empíricas que se destacam por certas configurações eidéticas [...]; pode-se pensar que a experiência ferve de conflitos irreconciliáveis, não apenas para nós, mais irreconciliáveis em si, que ela se mostra de uma vez por todas refratária à suposição de que suas posições de existência das coisas se manterão coerentes, que sua concatenação carece de ordenações seguras para regular os perfis, as apreensões, as aparições – enfim, que já não há mundo [...]”. (Grifo nosso) HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**: introdução geral à fenomenologia pura. Aparecida, SP: Ideias & Letras, 2006, p. 114.

o núcleo do seu pensamento, através da compressão segundo a qual somente o que é justo faz parte do Direito. Assim revela Machado Neto em sua contribuição acerca do tema:

Como o direito é sempre um ensaio de ser direito justo – como diriam Radbruch e Recaséns Siches – o que significa que ele envolve sempre um conteúdo axiológico, mas, ao mesmo tempo, é obra humana e, como tal, mutável no tempo e no espaço, desde as mais remotas civilizações, a humanidade tem conhecido, na ideologia jusnaturalista, uma tentativa de conciliar a imperecibilidade do ideal estimativo com a variabilidade das representações histórico-culturais do que se considera justo aqui e agora.⁸⁷ (Grifo nosso)

As ideias preconizadas pelo Iluminismo então reinante espraiavam os seus tentáculos sobre as searas de outras disciplinas ou formas de saber, e, no caso do Direito, o Jusnaturalismo representou a figura do seu corifeu central, cujo epicentro domiciliava-se no conceito de justiça, como afirma Gustav Radbruch:

Direito é, pois, a realidade que possui o sentido de estar ao serviço do valor jurídico, da Ideia de direito. O «conceito» de direito acha-se assim dependente da «ideia» de direito.

2. A Ideia de direito, porém, não pode ser diferente da ideia de justiça. Como já dizia a glosa (Dig. I, I, I, p.): «*est autem jus a justitia, sicut a matre sua, ergo prius fruit justitia quam jus*» - e assim acha-se perfeitamente justificado que nos detenhamos um momento perante a ideia de justiça, como o verdadeiro ponto de partida para a determinação do conceito de direito, visto o «justo» ser, assim como o bem, o belo e a verdade, um valor absoluto, que não se pode fazer derivar de nenhum outro.⁸⁸ (Grifo nosso)

Ao enfatizar o valor justiça como cerne da Ciência do Direito, o próprio Gustav Radbruch, em outra obra, analisa as consequências impostas pela legislação arbitrária nacional-socialista, ao preconizar a ausência do Direito no referido ordenamento jurídico alemão das décadas de 1930-1940, pelo fato de demarcar o despotismo, a arbitrariedade e, especialmente, a injustiça:

[...] Porque no se puede definir el Derecho, incluso el Derecho positivo, si no es diciendo que es un orden establecido con el sentido de servir a la justicia. Aplicándoles este patrón, hay partes enteras del Derecho nacionasocialista que nunca llegaron a tener la categoría de Derecho válido. La propiedad más sobresaliente de la personalidad del Führer, que se contagiò como rasgo esencial a todo el “Derecho” nacionasocialista, era la total falta de sentido de la verdad y del Derecho; precisamente por eso, porque le faltaba el sentido de la verdad podía dar el acento de esta con todo cinismo a lo que en cada caso resultaba oratoriamente eficaz; y porque le faltaba totalmente el sentido del Derecho no tenía inconveniente en proclamar como ley lo que no era sino la más crasa arbitrariedad. [...] ⁸⁹ (Grifo nosso)

⁸⁷ MACHADO NETO, Antonio Luiz. **Compêndio de introdução à ciência do direito.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 16.

⁸⁸ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito.** 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1997, p. 86-87.

⁸⁹ Em tradução livre: “[...] Porque não se pode definir o Direito, incluso o Direito positivo, se não dizendo que é uma ordem estabelecida com o sentido de servir à justiça. Aplicando-lhes este padrão, há partes inteiras do

A justiça, como cerne da disciplina jurídica, é destacada, também, por sua vez, por Luis Recaséns Siches:

La palabra justicia tiene principalmente dos acepciones:

A) La virtud universal que es suma y compendio de todas las demás virtudes (en este sentido, en la Biblia, en algunos filósofos de la Grecia Antigua). B) El principal criterio o medida ideal para el Derecho.

De estas dos acepciones, interesa aquí sólo la segunda, es decir, la de idea en la cual debe inspirarse el Derecho positivo, la cual debe regir los ordenamientos jurídicos.⁹⁰

(Grifo nosso)

Ocorre que a ideia de justiça aplicada ao Direito derivava de duas fontes básicas: da divindade ou da razão; a primeira, ao representar a nascente do Jusnaturalismo Teológico, enquanto que, a segunda, origem do Jusnaturalismo Racional, como primeira tentativa de dotar o Direito de uma concepção científica, como também discorre Machado Neto em novel percepção:

El racionalismo jusnaturalista fue la primera tentativa de fundamentación de un tratamiento científico del derecho. Por debajo, o mejor dicho, por encima de la perturbadora variedad de los sistemas y de las normas positivas, el jusnaturalismo concibe y reivindica la existencia de un derecho eterno e imputable, ya sea de creación divina – el jusnaturalismo teológico- o ya sea derivado de la razón humana y de sus principios universales – el jusnaturalismo racionalista. Este derecho esencial sería el único objeto de la ciencia. En lo que hace al otro, debería encontrar en el primero el paradigma que hubiera de perseguir y alcanzar, bajo pena de quedar tachado de injusto y carecer de valor como auténtico derecho. En virtud de su incurable vertiente axiológica, el jusnaturalismo trasgrede la norma fundamental de la epistemología –la neutralidad científica o neutralidad valorativa de la ciencia- por cuya razón no puede ser aceptado como fundamentación de la ciencia del derecho.⁹¹

Direito nacional-socialista que nunca chegaram a ter a categoria de Direito válido. A propriedade mais sobresalente da personalidade do Führer, que se contagiou como rasgo essencial a todo o “Direito” nacional-socialista, era a total falta de sentido da verdade e do Direito; precisamente por isso, porque lhe faltava o sentido da verdade, podia dar o acento desta com todo cinismo ao que, em cada caso, resultava oratoriamente eficaz; e porque lhe faltava totalmente o sentido de Direito não tinha inconveniente em proclamar como lei o que não era senão a mais crassa arbitrariedade. [...]” RADBRUCH, Gustav. SCHMIDT, Eberhard. WELZEL, Hans. **Derecho injusto y derecho nulo**. Madrid: Aguilar S.A. de Ediciones, 1971, p. 14-15.

⁹⁰ Em tradução livre: “A palavra justiça tem principalmente duas acepções: A) A virtude universal que é soma e compêndio de todas as demais virtudes (neste sentido, na Bíblia, em alguns filósofos da Grécia Antiga). B) O principal critério ou medida ideal para o Direito. Destas duas acepções, interessa aqui a segunda, ou seja, a ideia na qual deve inspirar-se o Direito positivo, a qual deve reger os ordenamentos jurídicos.” SICHES, Luis Recaséns. **Introducción al estudio del derecho**. México: Editorial Porrúa, 1970, p. 311.

⁹¹ Em tradução livre: “O racionalismo jusnaturalista foi a primeira tentativa de fundamentação de um tratamento científico do direito. Por baixo, ou melhor dito, por cima da perturbadora variedade dos situações e das normas positivas, o jusnaturalismo concebe e reivindica a existência de um direito eterno e imputável, seja de criação divina – o jusnaturalismo teológico – ou já seja derivado da razão humana e dos seus princípios universais – o jusnaturalismo racionalista. Este direito essencial seria o único objeto da ciência. No que faz ao outro, deveria encontrar no primeiro o paradigma que deveria perseguir e alcançar, sob pena de ficar tachado de injusto e carecer de valor como autêntico direito. Em virtude de sua incurável vertente axiológica, o jusnaturalismo transgrede a norma fundamental da epistemologia – a neutralidade científica ou neutralidade valorativa da ciência – por cuja razão não pode ser aceitável como fundamentação da ciência do direito. MACHADO NETO, Antonio Luiz. **Fundamentación egológica de la teoría general del derecho**. Buenos Aires: Editorial Universitaria, 1974, p. 136.

O predomínio da fé marca o território do Jusnaturalismo de ordem divina, especialmente nas escolas da patrística e da escolástica, predominantes durante a Idade Média, onde o mundo ocidental vigia sob o domínio pleno da Igreja e dos seus fundamentos religiosos marcadamente cristãos. Percebe-se tal circunstância nas palavras de Santo Agostinho:

Não é sem motivo que em parte alguma, nos livros sagrados e canônicos, se poderia encontrar que, mesmo em relação à mortalidade, para prevenir ou conjurar algum mal, tenha Deus ordenado ou permitido que alguém se matasse. Proibição, isso sim, devemos ler na lei que nos diz: Não matarás, sem acrescentar: o próximo, como acontece com a proibição de falso testemunho: Não levantarás falso testemunho contra o próximo [...].⁹²

Por sua vez, em relação ao Jusnaturalismo Racional, encontra-se em Kant, com o desenvolvimento da metafísica transcendental, o seu referencial teórico mais expressivo. A classificação do conhecimento em empírico, baseado na experiência, e metafísico, domiciliado na razão, é combinada em uma relação gnosiológica entre sensibilidade + entendimento, onde, em ambas as fontes, residem juízos expansivos, assim chamados por estenderem o conhecimento de qualquer objeto de estudo, através de predicados, sediados no mundo dos númenos, portanto, intuições puras ou *a priori*. Desta forma, Kant formula a terceira categoria de juízos, os chamados juízos sintéticos *a priori*, ao lado dos analíticos, também apriorísticos, e os empíricos, dados *a posteriori*, como já realçado no Capítulo anterior.

Reside na “Crítica da Razão Prática Pura” todo o fundamento kantiano para a questão da Moral e, conseqüentemente, do Direito, já que se, na sua reflexão, uma lei prática não poderia ser determinada pela matéria, entendida esta como o objeto do desejo subjetivo do indivíduo, a lei moral, destarte, deveria estar inteiramente desvinculada da experiência, pois os objetos sensíveis são sempre egoístas. Portanto, a busca da felicidade pessoal pode servir de fundamento para a lei prática, fundamento que se esvai da matéria, ou seja, do mundo fenomênico e se encontra na forma. Esta é, portanto, a explicação exteriorizada no terceiro teorema desenvolvido por Kant em sua “Crítica da Razão Prática”:

§ 4 Lehrsatz III

Wenn ein vernünftiges Wesen sich seine Maximen als praktische allgemeine Gesetze denken soll, so kann es sich dieselbe nur als solche Prinzipien denken, die,

⁹² AGOSTINHO, Santo. **A cidade de Deus. Parte I**. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 50.

nicht der Materie, sondern bloß der Form nach, den Bestimmungsgrund des Willens enthalten.⁹³

Noutra forma de pensar, as leis práticas devem estar desvinculadas, ou melhor, libertas dos grilhões da sensibilidade, do fenômeno, da experiência. É, pois, imperativo que sejam livres. Destarte, não há que se falar em lei moral sem a liberdade do homem.

A Escola Exegética, por sua vez, desloca o vetor axiológico do Direito Natural, com base na justiça, para a palavra estrita e centrada unicamente na Lei. Sob o influxo da chegada ao poder da classe burguesa, sedenta por maior segurança jurídica, tendo em vista vislumbrar a proliferação e a consolidação de suas atividades econômicas, centradas no lucro, inclusive com o objetivo de impor uma limitação ao poder do Estado propriamente dito, anteriormente desgastado e espoliado pela nobreza, e sob o fenômeno recente da codificação, capitaneado por Napoleão Bonaparte, ao publicar o Código de Napoleão em 1804, o Direito assistiu a sua restrição ao conteúdo do texto legal.

Neste sentido, a aplicação do Direito limitava-se à utilização e a subsunção do texto legal ao caso concreto, através da utilização de uma metodologia dedutiva clássica; isso reduzia significativamente o papel do operador jurídico, na medida em que até mesmo o julgador tinha sua capacidade cognitiva vinculada à aplicação de um silogismo perfeito, qual fora, a lei como premissa maior, o fato jurídico ocorrido como menor, ao chegar-se a alguma conclusão através da prolação de um decreto sentencial.

Machado Neto realiza específico esforço de síntese acerca do papel do Exegetismo para a Ciência do Direito:

El empirismo exegético fue suscitado por el exagerado legalismo resultante del mayúsculo evento social que significó la promulgación del Code Napoléon. La posesión de tan extraordinario monumento legislativo, que en el plano del derecho privado individualista institucionalizaba las conquistas de la Revolución Francesa, provocó en los juristas de la época la adhesión a una ingenua ontología jurídica que identificaba el derecho con la ley. Como esta ley representaba de hecho el espíritu de ese momento, resultaba fácil admitir que bastaría simplemente con apelar al instrumento lógico del silogismo para que todos los casos pudieran quedar resueltos. La ciencia jurídica, en manos de estos satisfechos comentaristas del código

⁹³ Em tradução livre: “§ 4 Teorema III – Se um ser racional deve conceber as suas máximas como leis práticas universais, não poderá concebê-las senão como princípios que determinam a vontade, não pela matéria, mas somente pela forma”. KANT, Immanuel. **Die Kritiken**. Frankfurt: Wunderkammer Verlag, 2001, p.727.

napoleónico, no habría de ser otra cosa que una humilde técnica de aplicación silogística de la ley plena.⁹⁴ (Grifo nosso)

A *mens* hermenêutica da Escola Exegética sofre, nesta linha de pensar, a descrição patrocinada por Miguel Reale, quando percebe a importância da lei para a doutrina jusfilosófica reinante, bem como salienta o papel eminentemente declaratório do conteúdo legislativo promovido pelo intérprete do Direito em sua exegese:

A tese fundamental da Escola é a de que o Direito por excelência é o revelado pelas leis, que são normas gerais escritas emanadas pelo Estado, constitutivas de direito e instauradoras de faculdades e obrigações, sendo o Direito um sistema de conceitos bem articulados e coerentes, não apresentando senão lacunas aparentes.

[...]

Essa concepção normativista e conceitual do Direito foi admiravelmente expressa por Aubry et Rau na célebre frase: - ‘Toute la loi dans son esprit aussi bien que dans sa lettre... mais rien que la loi’⁹⁵. Lei que devia ser atingida em seu espírito, é certo, mas sem acréscimos ou adições ao nela já declarado. Costuma-se dizer que a interpretação era então compreendida como um trabalho rigorosamente declaratório, por admitir-se como indiscutível o princípio de que toda evolução do Direito só poderia se operar através do processo legislativo, e jamais em virtude de uma contribuição integradora ou supletiva do intérprete, jurista ou juiz. Melhor será talvez apresentar, como traço característico da Escola de Exegese, a convicção de que no sistema legal já estava implícito algo que competia ao intérprete tornar patente ou explícito, respondendo ao estímulo das hipóteses ocorrente [...].⁹⁶ (Grifo nosso)

Paulo Nader, ao relatar a demonstração da necessidade e do interesse dos franceses pelo Código de Napoleão, destacou a fundação da Escola Exegética, no sentido da limitação do Direito ao texto legal, bem como a sua interpretação silogístico-dedutiva, hermética e fechada, derivada do seu conteúdo doutrinário:

O que os franceses desejavam, haviam conseguido: um Direito unificado e de grande valor cultural. A consciência da importância desse Código gerou a necessidade de protegê-lo contra critérios de interpretação que pudessem distorcer o seu espírito, quebrar a sua sistemática e aniquilá-lo. A notável conquista não foi útil apenas ao povo, mas à própria classe dos profissionais do Direito, que passaria a operar com normas claras e objetivas. O interesse em preservar a inteireza do

⁹⁴ Em tradução livre: “O empirismo exegético foi suscitado pelo exagerado legalismo resultante do maiúsculo evento social que significou a promulgação do Código de Napoleão. A posse de tão extraordinário monumento legislativo, que, no plano do direito privado individualista institucionaliza as conquistas da Revolução Francesa, provocou nos juristas da época a adesão a uma ingênua ontologia jurídica que identificava o direito com a lei. Como esta lei representava, de fato, o espírito desse momento, resultava fácil admitir que bastaria simplesmente apelar ao instrumento lógico do silogismo para que todos os casos pudessem ser resolvidos. A ciência jurídica, nas mãos destes satisfeitos comentaristas do código napoleônico, não seria outra coisa que uma humilde técnica de aplicação silogística da lei plena.” MACHADO NETO, Antonio Luiz. **Fundamentación egológica de la teoría general del derecho.** Buenos Aires: Editorial Universitaria, 1974, p. 136.

⁹⁵ Em tradução livre: “Toda lei dentro do seu espírito, bem como de acordo com o seu texto [...] mas nada a não ser a lei”.

⁹⁶ REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 416-417.

Código motivou a formação da Escola da Exegese, que reuniu juristas de renome: Demolombe, Laurent, Marcadé, Troplong, Bugnet e vários outros. Para os adeptos dessa Escola, o Código Napoleão era a única fonte do Direito francês e que não apresentava falhas ou lacunas e a missão do intérprete seria apenas a de revelar a mens legislatoris, a vontade do legislador. Entre as célebres afirmações desses juristas, destacam-se as seguintes: ‘Eu não conheço o Direito Civil, não ensino mais do que o Código Napoleão’ (Bugnet); ‘Os textos antes de tudo’ (Demolombe); ‘Toda a lei, mas nada além da lei’ (Aubry)⁹⁷ (Grifo nosso)

A complexidade da vida humana, em sua plena interferência intersubjetiva, não pode impor a restrição do Direito somente ao comando normativo legal abstrato e genérico, instituído pelo legislador em sua função precípua de produção dos diplomas legais, mesmo porque outras esferas de competência são capazes de interpretar a conduta do homem, no seu tráfico jurídico, na sua relação com o outrem societário, na sua vida humana em contato com o seu semelhante, como, v.g., as normas jurídicas emanadas de um magistrado, de um agente administrativo, até mesmo do próprio sujeito passivo da obrigação tributária, dentre outros. Ao resumir o Direito à lei, a Escola Exegética empobreceu seu campo epistemológico, bem como reduziu sua esfera de atuação pragmática.

A contrarrevolução aos pensamentos jusnaturalista e exegético exsurge com o Historicismo Jurídico. É uma corrente de tendência romântica ao rechaçar o idílico ideal racional de justiça, bem como o desvio promovido pela exegese literal da lei, tendo em vista o dinamismo crescente das relações sociais, ao provocar lacunas cada vez mais frequentes nos textos legais, incapazes de predizer, em sua totalidade, a conduta humana em seus liames interpessoais, cada vez mais complexos diante do turbilhão de complexidades e variedades produzido pelo contato social intersubjetivo do cotidiano.

A figura central que passa a ocupar a cúspide do Direito agora é o costume, e não a lei, mesmo porque as reações subjetivas reiteradas de uma comunidade são representantes do *Volksgeist*, ou seja, do espírito do povo, na visão de um dos expoentes pensadores desta escola jurídica, o jurista alemão Friedrich Carl Von Savigny. O romantismo da Escola Histórica repudia o racionalismo e jubila o empirismo, ao condensar e valorizar o processo histórico e natural do homem. Cultua-se o sensível, rechaça-se o abstrato. Vivem-se o espontâneo, as situações costumeiras travadas no seio social, evita-se o pensamento construído de forma reflexiva. O cerne é a sensibilidade, e não a razão. O Direito positivo,

⁹⁷ NEDER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 215-216.

como expressão do espírito popular, da consciência comum do povo, é destaque das impressões talhadas por Savigny:

Si a continuación preguntamos por el sujeto en el que y para el que el Derecho positivo tiene su existencia, lo encontramos en el Pueblo. El Derecho positivo vive en la conciencia común del Pueblo, y por ello habremos de llamarlo también Derecho del Pueblo. Pero no debemos imaginarnos que los diferentes miembros del Pueblo produjesen el Derecho mediante su arbitrariedad, puesto que tal arbitrariedad de los particulares pudiera tal vez escoger el mismo Derecho por causalidad, pero con más probabilidad elegiría Derecho muy diverso. Más bien se trata del espíritu del Pueblo que en todos los individuos juntos vive y actúa, y que produce el Derecho positivo...⁹⁸ (Grifo nosso)

A contribuição desta escola de pensamento, residente na consideração histórica da formação do Direito, propugna a construção do Direito a partir das reações reiteradas da sociedade através dos seus costumes. Ou seja, abandona-se o carácter eminentemente metafísico ou formal de outras digressões efetuadas em torno do fenómeno jurídico, para, pela primeira vez, dar o devido valor à experiência social, o caldo de cultura onde residem os fatos ou condutas humanas, capazes ou não de serem jurisdicizados, em função dos valores sociais sopesados. Em suma, o mundo em sua mundanidade, os fatos sociais em sua faticidade, a história em sua historicidade passam, pela primeira vez, a serem considerados como elementos ontológicos existenciais que devem ser carreados para a reflexão jurídica.

Carlos Cossio traz reflexão a respeito do papel histórico e cultural do homem para a formação do Direito em sua obra “La valoración jurídica y la ciencia del derecho”:

Sólo después de elucidados estos fundamentos, estaremos en condiciones de inventariar el valioso material histórico que han acumulado los juristas en torno a la interpretación. Inventariarlo, clasificarlo y trabajar sobre él en busca de una respuesta satisfactoria para aquel problema que enunciamos al comenzar y que sólo es una violenta afloración de superficie de todas estas cosas, que se interpone cotidianamente en el curso apacible de la vida del Derecho para llamar la atención, aun a los más torpes, sobre las raíces de donde el propio Derecho proviene: la vida humana.⁹⁹ (Grifo nosso)

⁹⁸ Em tradução livre: “Se em continuação perguntamos pelo sujeito no qual e para o qual o Direito positivo tem sua existência, encontramos o Povo. O Direito positivo vive na com consciência comum do Povo, e por ele haveremos de chamá-lo também Direito do Povo. Mas não devemos imaginar que os diferentes membros do Povo produzissem o Direito mediante a sua arbitrariedade, posto que tal arbitrariedade dos particulares poderia talvez escolher o mesmo Direito por causalidade, mas com mais probabilidade elegeria Direito muito diferente. Bem mais se trata do espírito do Povo que em todos os indivíduos juntos vive e atua, e que produz o Direito positivo...”. SAVIGNY, Frederico Carlos Von et al. **La ciencia del derecho**. Buenos Aires: Editorial Losada, 1949, p. 35.

⁹⁹ COSSIO, Carlos. **La valoración jurídica y la ciencia del derecho**. Buenos Aires: Arayú, 1954, p. 29-30.

O Direito, como costume, enfatiza a eficácia das práticas sociais reiteradas, em detrimento do formalismo normativo-legalista, muitas vezes produzido, materializado, em suma, legislado, mas destoante da vida humana em sua práxis cotidiana.

Luis Recaséns Siches logra, em sua percepção, sumarizar aspectos básicos que recheiam o arcabouço teórico da compreensão romântica da Escola Histórica do Direito, ao destacar o animismo aplicado à Ciência Jurídica, em função do papel central exercido pelo espírito do povo:

Otro de los rasgos de la concepción romántica es el animismo, que guarda relación con las características ya enunciadas. Consiste el animismo en creer que todas las cosas son seres vivos animados por un principio espiritual oculto. Todas las cosas tienen alma, en el sentido literal de esta palabra. Es más, el aspecto sensible de las cosas es la manifestación del espíritu oculto de cada una, espíritu oculto que constituye su auténtico ser. Las colectividades, entre ellas, por lo tanto, las naciones, tienen también cada una su alma. Especial importancia se atribuye al alma de cada pueblo, al alma nacional (*Volksgeist*) en la que radica la auténtica realidad de la nación y de su cultura. En efecto, Savigny cree que todo fenómeno de cultura es la emanación del espíritu del pueblo o alma nacional. Por tanto, el Derecho, que es un fenómeno de cultura análogo al lenguaje y al arte, fluye de modo natural del espíritu del pueblo, o sea del alma nacional. Ahora bien, según la Escuela Histórica del Derecho, ese espíritu popular o alma nacional constituye una realidad psicológica sustantiva, aunque inconsciente. Es espíritu popular o alma nacional es algo arcano y misterioso, pero no por ello menos real. Por el contrario, constituye la realidad auténtica y fundamental. Misteriosa es también la manera como el alma nacional produce o segrega la cultura. No se trata de una creación consciente y reflexiva. Se trata de un proceso espontáneo, algo así como instintivo. De tal suerte, el Derecho es una creación del alma popular. No se basa en juicios racionales, sino en un sentimiento característico del alma nacional, la cual, frente a las diversas situaciones por las que atraviesa en la historia, va segregando las convicciones jurídicas adecuadas, que se manifiestan en el Derecho consuetudinario.¹⁰⁰ (Grifo nosso)

¹⁰⁰ Em tradução livre: “Outro dos aspectos da concepção romântica é o animismo, que guarda relação com as características já enunciadas. Consiste o animismo em crer que todas as coisas são seres vivos animados por um princípio espiritual oculto. Todas as coisas têm alma, no sentido literal desta palavra. Mais ainda, o aspecto sensível das coisas é manifestação do espírito oculto de cada uma, espírito oculto que constitui seu autêntico ser. As coletividades, entre elas, portanto, as nações, têm também cada uma sua alma. Especial importância se atribui à alma de cada povo, à alma nacional (*Volksgeist*) onde reside a autêntica realidade da nação e de sua cultura. Em efeito, Savigny crê que todo fenômeno de cultura é a manifestação do espírito do povo ou alma nacional. Portanto, o Direito, que é um fenômeno de cultura análogo à linguagem e à arte, flui de modo natural do espírito do povo, ou seja, da alma nacional. Agora bem, segundo a Escola Histórica do Direito, esse espírito popular ou alma nacional constitui uma realidade psicológica efetiva, ainda que inconsciente. O espírito popular ou alma nacional é algo oculto e misterioso, mas não menos real. Pelo contrário, constitui a realidade autêntica e fundamental. Misteriosa é também a maneira como a alma nacional produz ou segrega a cultura. Não se trata de uma criação consciente e reflexiva. Se trata de um processo espontâneo, algo assim como instintivo. De tal sorte, o Direito é uma criação da alma popular. Não se baseia em juízos racionais, senão em um sentimento característica da alma nacional, a qual, frente às diversas situações pelas quais atravessa na história, vai segregando as convicções jurídicas adequadas, que se manifestam no Direito consuetudinário”. SICHES, Luis Recaséns. **Tratado general de filosofía del derecho**. México: Editorial Porrúa, 1959, p. 441-442.

Maria Helena Diniz, por sua vez, faz despontar o caráter científico impresso pelo Historicismo na Ciência do Direito, diante do positivismo histórico empreendido por esta Escola Jurídica:

Com a descoberta da realidade histórico-cultural do direito como única realidade jurídica, o historicismo deu um grande passo para a fundamentação da ciência do direito em bases positivas, dando-lhe cientificidade. A expressão *juris scientia* é criação dessa doutrina, que procurou dar caráter científico à ciência do direito, principalmente ao propugnar-lhe método próprio de natureza histórica que, ante a condicionalidade histórica do direito, procura verificar como seu ser é determinado pela categoria teórica da temporalidade histórica, isto é, como o direito tem a sua essência dada pela história. Mas apresentou tal escola alguns senões como a substancialização e personificação do coletivo na figura imaginária do *Volksgeist*; a contradição entre um programa historicista traçado para a jurisprudência e a realização racionalista, que resultou na dogmática e na jurisprudência dos conceitos.¹⁰¹ (Grifo nosso)

Ocorre que o matiz romântico característico da Escola Historicista não foi capaz de compreender os fenômenos jurídicos de forma sistematizada, nem muito menos produzir um arquétipo epistemológico consistente, a despeito de haver revelado a existência embrionária de conceitos importantes. Esses, posteriormente, foram utilizados por outras correntes filosóficas do Direito, como, dentre outros, a existência dos fatos jurídicos na vida humana em realidade, o costume como fonte normativa em função da reiteração das práticas sociais domiciliadas no seio das comunidades, a historicidade do próprio Direito como parte do seu caráter ontológico, dentre outras reflexões produzidas.

Já no século XIX, surge um saber científico que tentará impor sua predominância em face dos demais ramos da ciência, qual seja, a sociologia. Seus tentáculos influenciadores avançaram inclusive sobre o Direito, pois, através da concepção sociológica, o Direito seria representado pelo fato social.

Já que o fato social consiste em fenômeno ocorrido na experiência, apregoa-o a Sociologia Jurídica como base do conhecimento desta Ciência Cultural. Na produção de tal percepção, o Direito seria o jurídico representante específico de uma modalidade de ciência da causalidade, eminentemente empirista, baseada no evento produzido em sociedade. A sua lógica ôntico-formal seria consolidada na região do “ser”, tal qual a física, a biologia, etc., em suas searas específicas. Ocorre que o fenômeno jurídico não possui esta formatação, já que sua lógica

¹⁰¹DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 101.

formal reside na esfera do “dever-ser”, em uma relação imputativa, e não de causalidade, esta última característica das ciências naturais.

Não são os fatos fundamentais e sociais da raça, da economia, do meio ambiente, da religião, etc. aqueles capazes de orientar a formação epistemológica do Direito, pois o aspecto social somente destaca uma das facetas do fenômeno jurídico, direcionado por outros vetores, seja por uma lógica formal ontológica, ao ressaltar a conduta humana em relação de intersubjetividade, como também pela sua carga axiológica inerente e específica, oriunda de uma concepção normativo-imputativa, com base em um ato gnosiológico de compreensão.

Sobre esta diferença lógico-epistemológica, Miguel Reale promove crítica específica, apesar de destacar o importante papel do fato social na análise da teoria do Direito:

Abstração feita desses exageros, que se notam em todas as formas de ‘sociologismo jurídico’, o certo é que os juristas não podem dispensar as contribuições da Sociologia na compreensão do fenômeno jurídico. A Sociologia é, porém, uma ciência que tem por objeto a compreensão do fato social, ou da conduta humana em geral, sem se propor o problema específico da aplicação obrigatória das normas que dela resultam. Daí dizermos que a Sociologia é a ciência compreensiva dos fatos sociais, tais como na realidade são, enquanto que o Direito seria incompreensível sem se configurarem os fatos como os fatos devem ser.

[...]

A Sociologia Jurídica, em resumo, é a ciência compreensiva de experiência Jurídica, enquanto a Ciência Jurídica é ciência compreensivo-normativa dessa mesma experiência, visto como ao jurista interessa saber tanto o que o homem faz como o que o homem deve fazer na sua qualidade de ‘destinatário das regras de direito’.¹⁰²
(Grifo nosso)

O Sociologismo Jurídico influenciou uma série de juristas brasileiros de escol, por exemplo, Tobias Barreto, Sylvio Romero, Clóvis Beviláqua, Pontes de Miranda e outros, sendo que a este último lhe é atribuída a consideração, segundo a qual, nas portas das escolas de direito, deveria estar escrita a proibição da entrada a quem não fosse sociólogo¹⁰³.

O método objetivo, sociológico e indutivo utilizado pelo Direito é observado por Pontes de Miranda em suas intervenções doutrinárias, ao evidenciar o fato social como o núcleo básico da Ciência Jurídica e pretender mitigar o abstracionismo das considerações impostas pelos textos legais com as suas normas genéricas e abstratas:

¹⁰² REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 329.

¹⁰³ Somente a título de curiosidade, Platão escreveu na porta da Academia: “Aqui não entra quem não souber geometria”. PLATÃO. **Diálogos**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. XIX.

[...] O método indutivo, sociológico, aplicado à ciência jurídica, persuade o investigador da importância gradual, e não absoluta, do texto legal e dos perigos das abstrações lógicas. Donde: a condenação da feitura e aplicação da lei por pessoas estranhas às pesquisas sociológicas, e jurídicas, e a necessidade de expurgar as sistematizações e os próprios códigos, isto é, as cristalizações legislativas e as doutrinárias, de tudo quanto se evidencia pensamento puro. Estes dois vícios, que não são os únicos, provêm da inibição exegética produzida pela restrição mental na leitura e entendimento dos livros sagrados e da filosofia do século XVIII, embebida de racionalismo e apaixonada da criação das normas escritas como expressão autêntica do poder legislativo.

A indução, que se recomenda no direito, não é a aristotélica, que conclui do particular para o geral, depois de simples elaboração lógica, mas a indução científica, que vê os fatos sociais (morais, econômicos, políticos, etc), e deles parte para as duas funções de preenchimento do quadro jurídico: suprir verdadeiras lacunas e lacunas impropriamente ditas, completar e corrigir as fontes imediatas do direito positivo.¹⁰⁴ (Grifo nosso)

Por sua vez, León Duguit, também adepto e teórico da Escola Sociológica, introduz um elemento característico ao fato social como base e fundamento da Ciência Jurídica, qual seja a solidariedade:

Estabelecidas a existência, a natureza e extensão da solidariedade social, fácil é mostrar como nela reside o verdadeiro fundamento do direito. O homem vive em sociedade e só pode viver em sociedade; a sociedade subsiste apenas pela solidariedade que une os indivíduos que a compõem. Por consequência, uma regra de conduta impõe-se ao homem social pela própria força das coisas, e essa regra pode formular-se deste modo: nada fazer que atente contra a solidariedade social sob qualquer das duas formas e fazer tudo o que for de natureza a realizar e a desenvolver a solidariedade social mecânica e orgânica. Todo o direito objectivo se resume nesta fórmula, e a lei positiva, para ser legítima, deverá ser a expressão ou a execução deste princípio.¹⁰⁵ (Grifo nosso)

Nasce, no século XX, a Escola Normativista, cuja referência-mor foi atribuída ao austríaco Hans Kelsen, ao trazer vasta contribuição à Ciência do Direito, em uma busca constante por sua sistematização e coerência epistemológicas. Por ocasião da celebração dos 60 anos do nascimento de Kelsen, Carlos Cossio promove a seguinte observação sobre o filojurista em referência:

El 11 de octubre ha cumplido 60 años de vida Hans Kelsen, personalidad genial de filósofo especializado y de infatigable polemista, que ostenta títulos universalmente reconocidos para ver en él el jurista por antonomasia de la época contemporánea y también, sin ninguna clase de dudas, uno de los casos más extraordinarios y fecundos que se conocen en la historia de las ideas jurídicas de todos los tiempos.¹⁰⁶

¹⁰⁴ MIRANDA, Pontes de. **Sistema de ciência positiva do direito**. Tomo IV. Investigação científica e intervenção na matéria social. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 49-50.

¹⁰⁵ DUGUIT, León. **Fundamentos do direito**. Lisboa: Editorial Inquérito, 1959, p. 24.

¹⁰⁶ Em tradução livre: “Em 11 de outubro, cumpriu Hans Kelsen 60 anos de vida, personalidade genial de filósofo especializado e infatigável polemista, que ostenta títulos universalmente reconhecidos, para vê-lo como o jurista por antonomásia da época contemporânea e também, sem nenhuma classe de dúvidas, um dos casos mais extraordinários e fecundos que se conhece na história das ideias jurídicas de todos os tempos.”

O jusfilósofo austríaco concentra a sua reflexão sobre o Direito ao redor da norma jurídica, esta como um juízo lógico de dever-ser, já que a Ciência do Direito seria uma espécie de conhecimento científico que sofreria indagações na ordem da imputação, diferentemente das ciências naturais, estas ao empunhar uma lógica do ser, noutros termos, em uma relação causal. A causalidade não se aplica ao Direito, pois sua fenomenologia é diferente do que ocorre na física ou na química, já que a sua certeza e previsibilidade não correspondem ao Direito:

Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação – menos evidente – de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou – por outras palavras – na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas. Pelo que respeita à questão de saber se as relações inter-humanas são objeto da ciência jurídica, importa dizer que elas também só são objeto de um conhecimento jurídico enquanto relações jurídicas, isto é, como relações que são constituídas através de normas jurídicas. A ciência jurídica procura apreender o seu objeto ‘juridicamente’, isto é, do ponto de vista do Direito. Apreender algo juridicamente não pode, porém, significar senão apreender algo como Direito, o que quer dizer: como norma jurídica ou conteúdo de uma norma jurídica, como determinado através de uma norma jurídica.¹⁰⁷ (Grifo nosso)

A despeito do seu foco primordial formalista, baseado na concepção clássica da metafísica racional de contornos kantianos, ao centrar o foco da sua reflexão em torno da norma como cerne do fenômeno jurídico, diversas contribuições fundamentais foram brindadas por tal escola de pensamento à Ciência do Direito. Dentre elas, somente a título de exemplo, cabe citar: a norma jurídica como juízo hipotético; a plenitude hermética do ordenamento jurídico, na acepção, segundo a qual “tudo o que não está juridicamente proibido, é juridicamente permitido”; a presença do ilícito como parte integrante do Direito; a lógica imputativa da Ciência Jurídica ao diferenciar-se da causalidade da ciência da natureza; a norma jurídica fundamental como norma pressuposta, ou seja, axioma jurídico; a estrutura hierárquica das normas jurídicas; o Direito como ciência que se autoprocria, através do esquema de aplicação e derivação das normas jurídicas, dentre outras considerações.

Ao analisar o liame imputativo do dever-ser como tese formal marcante da Ciência Jurídica, lógica atribuída ao pensamento kelseniano, Carlos Cossio assevera:

COSSIO, Carlos. La valoración jurídica y la ciencia del derecho. Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1954, p. 135.

¹⁰⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.79.

Pero el problema puede ser otro; la ley puede ser, no los contenidos dogmáticos, sino otra cosa. A primera vista, cuando decimos que todas esas leyes, por distintos que sean los objetos que reúnen como contenidos dogmáticos, son por igual leyes en tanto normas, estamos reconociendo en ellas algo de común que nos permite llamarlas leyes a todas, de modo que a esto común es a lo que el método único habría de dirigirse. Aquí tocamos la raíz del racionalismo. Pero en este punto, Kelsen nos ha enseñado algo que parece indestructible, y es que lo que a una ley, en tanto norma, la hace ser norma, no es el ser de una esencia material, sino el ser formal de una estructura mental: esa estructura del acto de concepción que se define por la cópula *deber ser* y que puesta en su forma esquemática, se reduce a decir: ‘Dado A, debe ser B.’ ...¹⁰⁸ (Grifo nosso)

A respeito da dinâmica da criação e da aplicação e do Direito, da derivação e da subordinação das normas jurídicas dentro de uma estrutura única e hermética, ao preconizar a plenitude da ordem jurídica, contribuições fornecidas por Kelsen em seu pensamento positivista clássico, Gabriel Nogueira Dias discorre:

Uma nova perspectiva a esta problemática Kelsen consegue obter por meio da teoria da hierarquia das normas desenvolvida por Merkl. Ela lhe oferece o conhecimento decisivo para uma nova visão do direito; uma visão de que – com duas exceções – cada etapa da aplicação do direito comporta uma ‘face dupla’, de que ela é um ato ‘condicionado’ e ‘condicionante’. ‘Ato condicionado’ porque e na medida em que o ‘ato de aplicação do direito’ depende da norma abstrata de nível imediatamente superior a ser aplicada para produzir direito num outro nível de concretização jurídica. Sem o conhecimento do preceito normativo que, por ser mais abstrato, precede imediatamente o nível em questão, o novo ato de criação do direito não pode ocorrer. Ele tem início na lei, cuja promulgação não pode ocorrer sem que o legislador cumpra as determinações da Constituição, e passa pelo decreto e pelo ato administrativo, para a instauração dos quais o Executivo tem que satisfazer as condições de criação do direito estabelecidas essencialmente na lei, até chegar ao ato executivo, cuja criação jurídica depende, sobretudo, da sentença a ser executada. A única exceção na cadeia de atos jurídicos ‘condicionados’ é a Constituição, a qual, como ponto de partida normativo, deve ser vista como ‘um nível de criação absoluta do direito’ e, por conseguinte, como o ápice da pirâmide. A Constituição não surge condicionada por outra norma; por isso Merkl lhe atribui a função estática que possibilitaria a ‘dinâmica’ dos atos de criação do direito, os quais, sem isso, desagregar-se-iam numa série desconexa.¹⁰⁹ (Grifo nosso)

Sobre a contribuição epistemológica de Kelsen à Ciência Jurídica, ao resgatar a sua dignidade como ciência, capaz de brindar ao pensador austríaco a alcunha de jurista do século XX, Machado Neto assim adverte:

¹⁰⁸ Em tradução livre: “Mas o problema pode ser outro; a lei pode ser, não os conteúdos dogmáticos, senão outra coisa. À primeira vista, quando dizemos que todas essas leis, por diferentes que sejam os objetos que reúnem como conteúdos dogmáticos, são por igual leis enquanto normas, estamos reconhecendo nelas algo de comum que nos permite chamá-las de leis a todas, de modo que a este comum é o que o método único haveria de dirigir-se. Mas, neste ponto, Kelsen nos ensinou algo que parece indestrutível, e é o que a uma lei, enquanto norma, a faz ser norma, não é o ser de uma essência material, senão o ser formal de uma estrutura mental: essa estrutura do ato de conceituação que se define pela cópula *dever ser* e que posta em sua forma esquemática, se reduz a: “Dado A, deve ser B...”. COSSIO, Carlos. **El derecho en el derecho judicial**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1967, p. 135.

¹⁰⁹ DIAS, Gabriel Nogueira. **Positivismo jurídico e a teoria geral do direito na obra de Hans Kelsen**. São Paulo: RT, 2010, p. 208-209.

O grande em Hans Kelsen é o aspecto epistemológico e, nisso é que ele pode ser chamado ‘o jurista do século XX’, pois os grandes descobrimentos de seu espírito nessa esfera de meditações sobre a ciência jurídica coloca a sua obra como um marco sem par em nossa época que lhe fica, assim, devedora desse grande feito que é ter recuperado para a ciência jurídica a sua antiga e peculiar dignidade científica, que por numerosos caminhos e atalhos os sociologismos e historicismos do século passado lhe vinham denegando [...].¹¹⁰

É aflorado das próprias palavras de Machado Neto, em outra obra de sua lavra, o sumário fornecido por Hans Kelsen acerca das contribuições científicas à Ciência do Direito, as quais não podem ser desprezadas por outra qualquer corrente do pensamento, diante do referencial teórico que passou a representar o Normativismo Jurídico nesta seara do saber:

Tais pronunciamentos, sobretudo partindo desses dois ilustres luminares da filosofia jurídica contemporânea, deixam patente o alto significado intelectual da teoria pura do direito. De fato, a teoria da estrutura hierárquica do ordenamento jurídico, o conceito de imputação, a identificação, no âmbito do direito, entre o Estado e o ordenamento jurídico, são conquistas definitivas que a ciência do direito deve à teoria pura. Tais conquistas justificam a afirmação de Legaz y Lacambra que diz ter Kelsen subministrado à ciência jurídica uma série de precisos instrumentos a cujo manejo jamais poderá ela renunciar sem renunciar-se a si própria.¹¹¹ (Grifo nosso)

Tais contribuições foram assimiladas por Carlos Cossio, ao estruturar a Escola Ecológica do Direito, cujo foco central é a conduta humana, tendo incluído a contribuição kelseniana na chamada Lógica Jurídica Formal, parte intrassistemática do egologismo.

Diante da influência oriunda das bases filosóficas fenomenológicas construídas por Edmund Husserl e Martin Heidegger, sem, contudo, deixar escapar a contribuição do pensamento kantiano para a construção de juízos teóricos *a priori* como suporte do conhecimento, como acima pontuado, Carlos Cossio, ao estudar a teoria dos objetos, descreveu uma taxionomia aplicável às Ciências, logrando inserir ou destacar o caráter cultural da Ciência Jurídica, com reflexos específicos e característicos a serem atribuídos a tal saber, já que, como uma espécie de ciência da vida e da cultura, a conduta humana em interferência intersubjetiva com base no livre arbítrio, denota a presença do valor como escolha, capaz de sopesar a atitude do homem como ser, em uma espécie ontológica, de matriz ecológica, que escapa da lógica, especialmente a aristotélica, eminentemente formalista e dedutiva.

¹¹⁰ MACHADO NETO, Antonio Luiz. **Introdução à ciência do direito**. 1. Volume. São Paulo: Saraiva, 1960, p. 35-36.

¹¹¹ **Id.** **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 5. ed. Saraiva: 1984, p. 49.

3.2 O EGOLÓGISMO E A TEORIA DOS OBJETOS – O DIREITO COMO CIÊNCIA CULTURAL

Kelsen entendeu o Direito como norma jurídica. Para Carlos Cossio, norma jurídica representa somente um terço do que seria o Direito, ou melhor, somente o seu aspecto lógico-formal, na acepção kantiana do termo. Neste sentido, o Egologismo traz uma preocupação inicial: o que seria o Direito, qual objeto deveria estar circunscrito à sua apreensão como ciência? Ou seja, a sua ontologia, o seu ser como ciência.

Em face da necessidade de se identificar a cognição do objeto do Direito, e com base na influência de Edmund Husserl, Cossio determina as quatro ontologias regionais básicas, onde se inserem os objetos de estudo das ciências, ao se entender um objeto como algo, ao qual se possa atribuir uma propriedade, uma característica, através de um juízo. Neste pensar, Cossio promove a seguinte digressão:

Tenemos, pues, en primer término, que elucidar qué se entiende por objeto, ya que toda ciencia tiene algún objeto a conocer y el hombre busca de conocer objetos; e incluso fuera de la actividad científica se sigue encontrando objetos. En el plano de la ciencia, la lógica ha vuelto a centrar el problema en el siguiente sentido: se debe entender por objeto cualquier cosa que pueda ser colocada como sujeto lógico en un juicio; es decir, cualquier cosa de la que se pueda predicar algo. Así, un triángulo, un árbol, una piedra, un centauro, una llave, son objetos, porque a cualquiera de tales cosas podemos nosotros convertirla en sujeto de una proposición lógica, para predicar algo y tratar de conocer algo sobre la misma.¹¹² (Grifo nosso)

De acordo com tal descrição, os quatro tipos regionais dos objetos estudados pelas ciências seriam: (I) os objetos ideais; (II) os objetos naturais; (III) os objetos culturais; e, por fim, (IV) os objetos metafísicos. Algumas considerações devem ser empreendidas em face da classificação evidenciada pelo jurista argentino.

Os objetos ideais não se verificam ao nível da experiência, ou das sensações, expressas através dos cinco sentidos básicos: olfato, tato, gosto, audição e visão. Por exemplo, uma equação quântica não possui sabor, nem cheiro. Tais objetos, inclusive, são neutros ao valor, pois a assertiva geométrica, que diz que a menor distância entre dois pontos é uma reta, não é

¹¹² Em tradução livre: “Temos, pois, em primeiro lugar, que elucidar o que se entende por objeto, já que toda ciência tem algum objeto a conhecer e o homem busca conhecer objetos; e inclusive fora da atividade científica se segue encontrando objetos. No plano da ciência, a lógica centrou o problema no seguinte sentido: se deve entender por objeto qualquer coisa que possa ser colocada como sujeito lógico em um juízo; ou seja, qualquer coisa da qual se pode predicar algo. Assim, um triângulo. Uma árvore, uma pedra, um centauro, uma chave, são objetos, porque a qualquer de tais coisas podemos convertê-la em sujeito de uma proposição lógica, para predicar algo e tratar de conhecer algo sobre a mesma”. COSSIO, Carlos. **El derecho en el derecho judicial**. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1967, p. 25-26.

boa, nem má, saborosa ou não, e o método de pesquisa empreendido para o seu conhecimento consubstancia-se no racional-dedutivo, através de um ato gnosiológico de intelecção e derivação. O método dedutivo é aquele utilizado sobre as verdades da razão, baseado em juízos apodícticos ou *a priori*, tão bem decantados por Kant em analíticos ou sintéticos, como já discorrido, pois se baseiam nos princípios da universalidade e da necessidade, ou seja, gerais que não admitem qualquer contradição. A norma hipotética fundamental, por exemplo, é um objeto ideal, criação dada para dotar de coerência a Ciência Jurídica.

Os objetos naturais, aqueles aos quais se dedicam as ciências da natureza, como a física, a biologia, a química, etc., não são ideais, mas, igualmente, reais, identificados no mundo da sensibilidade, já que se pode vê-los, tocá-los, cheirá-los, por exemplo, degustar uma maçã. Tais objetos das ciências naturais são também neutros ao valor, uma vez que a botânica, a nível exemplificativo, não pode predicar e resolver dizer que uma rosa do tipo A é mais bonita do que outra do tipo B. Quem pode assim afirmar é o homem, ao aplicar-lhe um juízo de gosto, que impõe um prazer ou um desprazer ao objeto sentido, mas não a ciência que estuda os objetos botânicos, ao empreender o estudo sobre os diversos tipos de rosa da mesma forma e maneira, através do mesmo procedimento. O seu método utilizado é o empírico indutivo; empírico, pois baseado na experiência, enquanto que indutivo por partir não somente do particular ao geral, mas também do concreto ao abstrato e enunciar um conceito. Neste sentido, o ato cognoscente é dado pela percepção em conjunto com a explicação.

Os objetos metafísicos não podem ser considerados como objetos da ciência, pois não são dados na experiência, embora dotados de valor, e somente podem ser percebidos pela crença, não fazendo parte do conhecimento científico, uma vez que pensar não necessariamente significa conhecer.

Os objetos culturais, por fim, são reais, encontrados na experiência e dotados de valor. Existe a relação biunívoca, necessária e fundamental, entre sentido e substrato, pois o homem incorpora um sentido a um substrato qualquer. Se tal substrato é natural, por exemplo, uma pedra de mármore, o homem pode construir uma estátua, como Michelangelo o fez em relação a David, com tal perfeição que quase *parla*¹¹³, ao se constituir em um objeto mundano ou natural. Se, doutra forma, o substrato for um momento da vida humana, a conduta humana,

¹¹³ Em tradução livre: “fala”.

o objeto é egológico, apreendido através de um método empírico dialético, já que a dialética conduz a uma interação constante e frequente, um volver frenético, entre o substrato e o sentido, ao ponto, por exemplo, de uma pedra colocada no meio de um terreno não significar somente a percepção de um objeto material, mas um marco divisor de propriedade em uma relação jurídica de vizinhança. Noutros termos, a pedra identificada como expressão de uma conduta humana em interferência intersubjetiva somente pode ser percebida como objeto egológico em se perpetrando a dialética proposta como método aplicado à Ciência do Direito. O ato de consciência não é a explicação, como ocorre nas ciências naturais, mas sim a compreensão, um ver com inteligência no próprio momento da visão do objeto, ou seja, um ver fenomenológico. Acerca de tais considerações, notadamente em face do ato gnosiológico de compreensão, manifestou-se Carlos Cossio:

Resumiendo con una frase lo dicho acerca de los objetos culturales, podemos repetir que para hablar de ellos es indispensable la existencia de un substrato y la existencia de un sentido. El ser de un objeto cultural es ser un sentido. Y bien; esta manera de proceder que tiene nuestra conciencia frente a los objetos culturales, implica también un acto típico de la conciencia, un acto gnoseológico que se denomina comprensión. Dilthey dice: 'explicamos la naturaleza, comprendemos la cultura'.

Podemos definir la comprensión diciendo que es ver con la inteligencia del espíritu un sentido, pero poniéndolo al propio tiempo que se lo ve. Y esto nos lleva a establecer la posibilidad de un paralelo para ver concordancias y diferencias con los otros dos actos gnoseológicos anteriores. La comprensión se parece a la intelección en cuanto es un ver con la inteligencia; pero se diferencia en cuanto es ver un sentido que se lo pone al propio tiempo que se lo ve. Es decir que en un acto de intelección, el ser del objeto conocido no está integrado con la calidad de ser visto: $1+1=2$ vale como conocimiento matemático, sin que integre ese conocimiento la calidad de ser así visto por la inteligencia; pero en un objeto cultural, el ser del objeto cultural se integra con la calidad de ser visto por la inteligencia.¹¹⁴
(Grifo nosso)

O que reside de fundamental nesta explicação é a incorporação do valor ao Direito, através da conduta humana. Esta se expressa e é interpretada na norma jurídica, já que a norma jurídica é apta a pensar a conduta em que consiste egologicamente a Ciência Jurídica. Ou seja, importa interpretar de maneira axiológica a conduta normatizada.

¹¹⁴ Em tradução livre: “Podemos definir a compreensão dizendo que é ver com a inteligência do espírito um sentido, mas colocando-o no mesmo tempo em que se o vê. E isto nos leva a estabelecer a possibilidade de um paralelo para ver semelhanças e diferenças com os outros dois atos gnosiológicos anteriores. A compreensão se parece à inteleção, como um ver com inteligência; mas se diferencia como ver um sentido que se põe ao mesmo tempo em que se o vê. Ou melhor, que em um ato de inteleção, o ser do objeto conhecido não está integrado com a qualidade de ser visto: $1+1=2$ vale como conhecimento matemático, sem que integre esse conhecimento a qualidade de ser assim visto pela inteligência; mas em um objeto cultural, o ser do objeto cultural se integra com a qualidade de ser visto pela inteligência.” COSSIO, Carlos. **El derecho en el derecho judicial**. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1967, p. 41-42.

O Direito, como ciência cultural, ou seja, como ciência da vida humana, não pode se resumir unicamente à norma jurídica, pois esta trata de um mero juízo hipotético imputativo, um ditame formal de dever-ser, ao sempre desfechar um conseqüente normativo em face de um antecedente predeterminado. Como qualquer juízo, em qualquer campo do conhecimento, ou mesmo oriundo das simples sensações, diz algo sobre algo, a norma jurídica preconiza alguma coisa sobre alguma coisa. Ou melhor, este algo, esta alguma coisa, consubstancia-se na conduta humana em sua interferência intersubjetiva como ato gnosiológico de compreensão, cuja raiz ôntica se dá na liberdade existencial do ser humano. Tal liberdade se diferencia da sua acepção kantiano-formalista¹¹⁵, pois o Direito trata da vida, da existência, do homem inserido em suas circunstâncias mundanas, dentro de sua mundanidade, bem como dos fatos em sua faticidade própria. O homem, como ser-aí, posto e disposto às suas possibilidades existenciais mais originárias, em contato com as coisas aí postas e apreensíveis, em **direção** à compreensão do “ser para a morte”, representa o ser abraçado pelo Direito, já que a sua conduta, livre até mesmo para a prática do ilícito, constitui o cerne do seu objeto de compreensão.

Cossio sintetiza a sua reflexão acerca da conduta humana como o cerne da Ciência Jurídica e a norma, como veículo jurídico de sua reprodução, ao afirmar:

[...] Para la Teoría pura del Derecho, según nosotros la interpretamos, la norma jurídica simplemente representa una acción humana en su verdadera esencia, esto es en su libertad y en su facticidad. Por ejemplo, no es exacto que el Estado ordene no matar y, en su defecto, encarcelar a quien mata. La norma no contiene mando ninguno; la norma simplemente dice que dado el hecho de la libertad civil de una persona, debe ser el hecho de no matar, y que dado el hecho de matar debe ser el hecho de su encarcelación. Pero el objeto así representado es conducta humana. La norma en cuanto objeto es un concepto, es decir, un objeto lógico y no un objeto real; el objeto real representado intelectualmente por ese concepto es cierta conducta humana. Y en esto no hay ninguna diferencia de situación con el concepto ‘mamífero’, que es un objeto lógico para la Lógica del ser, pero que es una representación intelectual para el naturalista que, por su intermedio, trata con su contenido objetivo y con la realidad animal así calificada.¹¹⁶ (Grifo nosso)

¹¹⁵ Ao tratar da filosofia prática pura como filosofia da moral e incorporar o juízo apriorístico da liberdade, Kant destaca: “Por aqui se vê que uma globalidade de prescrições práticas, fornecida pela Filosofia, não constitui, pelo fato de serem prescrições práticas, uma parte colocada ao lado da parte teórica daquela. Na verdade, poderiam sê-lo, ainda que os seus princípios tivessem sido retirados por completo do conhecimento teórico da natureza (como regras técnico-práticas). Mas é porque o princípio dessas prescrições não é de modo nenhum retirado do conceito da natureza (o qual é sempre condicionado sensivelmente); por conseguinte, repousa no suprassensível, que apenas o conceito de liberdade dá a conhecer mediante leis formais. Elas não são por isso simples prescrições e regras, segundo esta ou aquela intenção, mas sim leis que não se referem previamente, sejam a fins, sejam a intenções.” (Grifo nosso) KANT, Immanuel. **Crítica da faculdade do juízo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 4.

¹¹⁶ Em tradução livre: “[...] Para a Teoria Pura do Direito, segundo nós a interpretamos, a norma jurídica simplesmente representa conceitualmente uma ação humana em sua verdadeira essência, isto é, em sua

Diante das considerações já tracejadas, impende destacar mais um aspecto relevante, ínsito às ciências culturais, dentre as quais o Direito é parte integrante: o ato gnosiológico de compreensão, base hermenêutica da conduta humana em contato com o seu semelhante, ou seja, em interferência intersubjetiva, conduz à identificação de um aspecto ontológico, ou melhor, à necessária existência do valor, em ato de valoração, como característica originária do entendimento.

Noutros termos, para se empreender o ato gnosiológico de compreensão, necessário se faz sopesar as circunstâncias existentes ao redor da conduta humana a ser realizada. Para tal, há que se consolidar no indivíduo que atua uma escolha, diante da faticidade do mundo, da disponibilidade das variegadas coisas aí disponíveis, da presença de outros seres-aí em contato intermitente e frenético, bem como das possibilidades existenciais que demarcam a existência do *Dasein* próprio de cada individualidade.

O ato de decisão humana, diante das possibilidades existenciais das escolhas, representa um ato de valoração, normalmente expresso em liberdade existencial própria e individual, a não ser que ocorra alguma coerção ou possibilidade de interferência arbitrária por parte de um terceiro, incluindo-se, neste âmbito, a figura, inclusive, do Estado.

De forma conclusiva, portanto, há que se destacar o caráter ontológico da compreensão, qual seja, a valoração, ao ponto de ser parte constitutiva do próprio ser, como presença em sua temporalidade, já que não se pode falar do *Dasein* sem a sua existência temporal como “ser para a morte”, sem a sua faculdade de compreensão e, por consequência, na possibilidade de atribuição de valores como determinantes das condutas humanas empreendidas.

Se a conduta humana praticada se circunscreve tão unicamente ao âmbito individual e subjetivo do indivíduo, como cruzar um altiplano em busca de uma paisagem ambicionada, sem afetar a esfera subjetiva de outro qualquer, não há de se falar em presença do Direito, já

liberdade e em sua faticidade. Por exemplo, não é exato que o Estado ordene não matar e, em seu menoscabo, prender a quem mata. A norma não contém mando nenhum; a norma simplesmente diz que dado o fato da liberdade civil de uma pessoa, deve ser o fato de não matar, e que dado o fato de matar deve ser o fato de sua prisão. Mas o objeto assim representado é a conduta humana. A norma enquanto objeto é um conceito, ou seja, um objeto lógico, e não um objeto real; o objeto real representado intelectualmente por este conceito é certa conduta humana. E nisto não há nenhuma diferença de situação com o conceito ‘mamífero’, que é um objeto lógico para a Lógica do ser, mas que é uma representação intelectual para o naturalista que, pelo seu intermédio, trata conteúdo objetivo e com a realidade animal assim qualificada.” COSSIO, Carlos. **La valoración jurídica y la ciencia del derecho**. Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1954, p. 61.

que tal liberdade de ação não possui consequências além do prazer e da fruição pessoais em face dos momentos almejados e vivenciados pelo andarilho errante. Entretanto, se tal transpassar territorial afetar os domínios de outrem, sem a sua autorização, a conduta promovida pelo andante afeta a estrutura deste terceiro, que pode exigir certo comportamento deôntico em face daquele, qual seja, permitir ou proibir a circulação em seu terreno, tendo em vista a defesa de sua propriedade, juridicamente protegida, se for o caso do ordenamento jurídico em questão.

Neste último caso, cabe a decisão a ser empreendida por quem faz o passeio descrito, diante da sua própria compreensão, ato gnosiológico da ciência cultural denominada Direito, das circunstâncias que envolvem o caso, se o transpasse de tal território fosse proibido pelo seu proprietário, com a existência, por exemplo, de uma placa sinalizadora de “não ultrapasse – propriedade privada”.

A despeito da expressa proibição identificada, caberia ao transeunte valorar os interesses em conflito, e, de forma ilícita, arriscar adentrar em propriedade privada alheia, caso houvesse um objetivo de maior interesse, como, somente a título de exemplo, a existência de uma cachoeira cobiçada ou a extração de alguma pedra preciosa existente. Aqui se vivencia o Direito em seus aspectos ontológicos, pois a conduta humana praticada pelo agente interfere intersubjetivamente na esfera jurídica de um terceiro. Ademais, há que se pontuar que o viajante, em plena liberdade existencial de atuação, pode resolver promover uma atitude antijurídica, se prevista, objetivando os interesses avaliados e valorados, fundamentais para a escolha praticada, qual seja, adentrar uma propriedade de terceiros sem a sua autorização. Este é, portanto, o aspecto cognitivo do Direito conduzido pelo ato gnosiológico da compreensão.

Heidegger tece considerações sobre a compreensão e sua raiz ontológica na presença, no *Dasein*, como possibilidade de identificação do poder-ser do ser-aí dado no mundo, ou seja, a compreensão como raiz existencial do ser:

Compreender é o ser existencial do próprio poder-ser da presença de tal maneira que, em si mesma, esse ser abre e mostra a quantas anda seu próprio ser. Trata-se de apreender ainda mais precisamente a estrutura desse existencial.

Como abertura, o compreender sempre alcança toda a constituição fundamental do ser no mundo. Como poder-ser, o ser-em é sempre um poder ser no mundo. Este não apenas se abre como mundo, no sentido de possível significância, mas a liberação de tudo que é intramundano libera esse ente para suas possibilidades...

[...]

... Enquanto um poder-ser, o compreender está inteiramente impregnado de possibilidade. O traslado para uma dessas possibilidades fundamentais da compreensão não deixa de lado as demais. A transferência inerente ao compreender é uma modificação existencial do projeto como um todo, porque o compreender sempre diz respeito a toda a abertura da presença como ser no mundo. No compreender de mundo, o ser-em também é sempre compreendido. Compreender de existência como tal é sempre compreender mundo.

Enquanto presença fática, o seu poder-ser já sempre se transferiu para uma possibilidade de compreender.¹¹⁷ (Grifo nosso)

E tal ato de compreensão, com a sua tarefa interpretativa ontológica de cariz fenomenológico, ao descortinar um verdadeiro círculo hermenêutico, aquele promovido pelo ser cotidiano como ser, é destacado por Gadamer em suas reflexões, diante das valorações prévias possuídas por quem exerce a tarefa exegética, ao se aproximar do método dialético identificado por Cossio nas reflexões acima já discorridas:

O que Heidegger diz aqui não é, em primeiro lugar, uma exigência à práxis da compreensão, mas descreve a forma de realização da própria interpretação compreensiva. A reflexão hermenêutica de Heidegger tem o seu ponto alto não no fato de demonstrar que aqui perfaz um círculo, mas que este círculo tem um sentido ontológico positivo. A descrição como tal será evidente para qualquer intérprete que saiba o que faz. Toda interpretação correta tem que proteger-se da arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis, e voltar seu olhar para ‘as coisas elas mesmas’ (que, para os filósofos, são textos com sentido, que tratam, por sua vez, de coisas). Esse deixar-se determinar assim pela própria coisa, evidentemente, não é para o intérprete uma decisão ‘heroica’, tomada de uma vez por todas, mas verdadeiramente ‘a tarefa primeira, constante e última’. Pois o que importa é manter a vista atenta à coisa através de todos os desvios a que se vê constantemente submetido o intérprete em virtude das ideias que lhe ocorrem. Quem quiser compreender um texto, realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque, quem lê o texto, lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido.¹¹⁸ (Grifo nosso)

Todo este liame entre a interpretação, o discurso, a linguagem, o círculo hermenêutico, enfim, o *Dasein* em sua compreensão fenomenológica de talhe heideggeriano, inclusive como “ser para a morte”, pode ser sintetizado pelas reflexões patrocinadas por Gianni Vattimo:

O primeiro elemento niilista na teoria hermenêutica heideggeriana pode ser encontrado na sua análise do Ser-aí como totalidade hermenêutica. Ser-aí, como se sabe, significa essencialmente ser no mundo; mas isso, por sua vez, se articula na tríplice estrutura dos ‘existenciais’, isto é, *Befindlichkeit*. Compreensão-Interpretação, Discurso. O círculo de compreensão e interpretação é a estrutura constitutiva central do ser no mundo que caracteriza o Ser-aí. De fato, ser no mundo

¹¹⁷ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. 5. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 204-207.

¹¹⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. 11. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 355-356.

não significa estar efetivamente em contato com todas as coisas que constituem o mundo, mas sim estar já sempre familiarizado com uma totalidade de significados, com um contexto referencial. Na análise que faz Heidegger da 'mundanidade do mundo', as coisas se dão ao Ser-aí somente no interior de um projeto; ou, diz Heidegger, como instrumentos. O Ser-aí existe na forma de projeto, no qual as coisas só são na medida em que pertencem a esse projeto, na medida em que têm um sentido nesse contexto. Essa familiaridade preliminar com o mundo, que se identifica com a própria existência do Ser-aí, é o que Heidegger chama de compreensão ou pré-compreensão. Qualquer ato de conhecimento nada mais é que uma articulação, uma interpretação dessa familiaridade preliminar com o mundo.

[...]

Tudo isso significa que o Ser-aí só se funda como uma totalidade hermenêutica na medida em que vive continuamente a possibilidade de não existir-mais. Podemos descrever essa condição dizendo que a fundação do Ser-aí coincide com o seu 'desfundamento': a totalidade hermenêutica do Ser-aí é fundada unicamente em relação com a sua possibilidade constitutiva de não existir mais.¹¹⁹ (Grifo nosso)

O ser-aí colocado e disposto no mundo, em contato com as coisas e os instrumentos postos à sua disposição de acordo com a sua territorialidade, marcados pela sua tradição histórica, dentro de um mundo impróprio e decadente em busca de suas possibilidades existenciais mais originárias, diante da constatação da sua existência para a morte, como possibilidade da impossibilidade, em atitude pré-compreensiva ou de compreensão prévia, em um círculo hermenêutico dialético, tudo isso forma o caldo de cultura no qual o Direito está inserido, como ciência cultural, ao perceber, analisar, entender a norma jurídica como juízo que reflete a conduta humana em interferência intersubjetiva, em liberdade existencial plena, capaz de revelar uma escolha, em função de uma existência valorativa ontológica própria, característica própria e existencial do ser. Este é, portanto, o liame metafísico intelectual capaz de construir uma ponte reflexiva e epistemológica entre a fenomenologia, a ontologia da finitude, a hermenêutica, a norma jurídica, a conduta humana, o ilícito, inclusive o fiscal, a prescrição e o Direito.

3.3 NORMA JURÍDICA: CONCEITO

Efetivamente, caudalosos rios de tinta já foram rabiscados no entorno e no centro de tal questão, de importância vital para o estudo do Direito, ao ponto de Hans Kelsen representar a figura principal e inspiradora da Escola Normativista do Direito, aquela, segundo a qual o seu objeto de estudos é representado pela figura da norma jurídica. Entretanto, partir unicamente do pensamento kelseniano não seria recomendável, já que a singularidade e a especificidade da norma jurídica acabam por produzir uma diversidade grande de produção doutrinária, cuja

¹¹⁹ VATTIMO, Gianni. **O fim da modernidade**: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 112-114.

compilação merece uma referência sumária e propedêutica, no intuito de obter os resultados acadêmicos vislumbrados nesta Dissertação.

Immanuel Kant diferencia as leis jurídicas das leis éticas, ao versar sobre a liberdade do homem, como fundamento *a priori* da crítica da razão prática pura percorrida pelo filósofo prussiano, para buscar a explicação dos problemas básicos encontrados em sua metafísica racional:

Em contraste com as leis da natureza, essas leis da liberdade são denominadas leis morais. Enquanto dirigidas meramente a ações externas e à sua conformidade à lei, são chamadas de leis jurídicas; porém, se adicionalmente requererem que elas próprias (as leis) sejam os fundamentos determinantes das ações, são leis éticas e, então, diz-se que a conformidade com as leis jurídicas é a legalidade de uma ação, e a conformidade com as leis éticas é sua moralidade. A liberdade à qual as primeiras leis se referem só pode ser liberdade no uso externo da escolha, mas a liberdade à qual as últimas se referem é liberdade tanto no uso externo, como no interno da escolha, porquanto é determinada por leis da razão. Na filosofia teórica, se diz que somente objetos do sentido externo estão no espaço, enquanto objetos do sentido interno, bem como do interno, estão no tempo, uma vez que as representações de ambos são sempre representações e, como tais, pertencem conjuntamente ao sentido interno. Consequentemente, também, seja a liberdade no uso externo ou interno da escolha considerada, suas leis, como puras leis práticas da razão para o livre arbítrio em geral, têm também que ser fundamentos determinantes internos da escolha, ainda que não devam sempre ser consideradas nesse aspecto.¹²⁰ (Grifo nosso)

Kant, *ipso facto*, atrela o conceito de norma ao postulado da liberdade do homem, sendo tal norma um imperativo categórico, pois incondicional, ao trazer de maneira ínsita a noção dos modais de permissão, de obrigação e de proibição. Noutros termos, destaca os elementos deônticos da ontologia da própria norma jurídica:

Nesse conceito de liberdade, que é positivo (de um ponto de vista prático), estão baseadas leis práticas incondicionais, denominadas morais. Para nós, cuja escolha é sensivelmente afetada, e por isso não se conforma por si mesma à vontade pura, mas a esta se opõe amiúde, as leis morais são imperativos (comandos ou proibições) e realmente imperativos (incondicionais) categóricos; como tais eles se distinguem dos imperativos técnicos (preceitos da arte), que sempre comandam apenas condicionalmente. Através dos imperativos categóricos certas ações são permitidas ou proibidas, isto é, moralmente possíveis ou impossíveis, enquanto algumas delas ou seus opostos são moralmente necessários, ou seja, obrigatórios. Para estas ações, então, surge o conceito de dever, cuja observância ou violação está efetivamente ligada a um prazer ou desprazer de um tipo distintivo (o sentimento moral), embora nas leis práticas da razão não levamos esses sentimentos em conta, uma vez que eles nada têm a ver com a base das leis práticas, mas somente com o efeito subjetivo na mente quando nossa escolha é determinada por eles, o que pode diferir de um sujeito para outro (sem objetivamente, ou seja, no julgamento da razão, de modo algum acrescer ou diminuir a validade ou influência dessas leis).¹²¹ (Grifo nosso)

¹²⁰ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. 1. ed. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010, p. 45.

¹²¹ *Ibid.*, p. 45-46.

No mesmo trilhar, mesmo porque Kant exerceu forte influência em diversas áreas do conhecimento, notadamente na Ciência do Direito, Hans Kelsen, em “Teoria Pura do Direito”, assim conceitua norma, ao estabelecer os seus modais deônticos através de um juízo imputativo de dever-ser:

[...] ‘Norma’ é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém. Neste ponto importa salientar que a norma, como o sentido específico de um ato intencional dirigido à conduta de outrem, é qualquer coisa de diferente do ato de vontade cujo sentido ela constitui. Na verdade, a norma é um dever-ser e o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um ser. Por isso, a situação fática perante a qual nos encontramos na hipótese de tal ato tem de ser descrita pelo enunciado seguinte: um indivíduo quer que outro se conduza de determinada maneira. A primeira parte refere-se a um ser, o ser fático do ato de vontade; a segunda parte refere-se a um dever-ser, a uma norma como sentido do ato. Por isso não é correto dizer, como muitas vezes se diz, que o dever um indivíduo fazer algo nada mais significa senão que um outro indivíduo quer algo – o que equivaleria a dizer que o enunciado de um dever-ser se deixa reconduzir ao enunciado de um ser.¹²² (Grifo nosso)

Já em termos de doutrina nacional, ao incorporar em seu pensamento a linha egológica do Direito, talhada por Carlos Cossio em seu magistério, e introduzir à norma jurídica um juízo hipotético disjuntivo, em vez do hipotético unitário preconizado por Kelsen, Machado Neto assim traz os contornos da definição de norma jurídica:

Desse modo, Cossio logra atribuir à norma secundária de Kelsen (endonorma) seu pleno sentido jurídico, retirando-a do pálido posto que lhe concedera Kelsen, de mera hipótese auxiliar do pensamento jurídico. Dessa maneira, através da fórmula disjuntiva, o jurisfilósofo argentino consegue fazer representar tanto o ilícito como o lícito, essas duas grandes zonas em que a menção normativa divide a conduta. Aqui se completa um ciclo evolutivo do pensamento jurídico. Se a posição tradicional (imperativismo) expelia o ilícito da órbita do direito como expressão do ajurídico ou do antidireito, e Kelsen logra fazê-lo entrar no mundo jurídico, mas com o sacrifício paralelo da faculdade ou do lícito, a fórmula disjuntiva de Cossio, com seus dois termos – endonorma e perinorma – unidos pela disjunção – ou – logra incorporar o ilícito sem expulsar o lícito ou faculdade, desse modo representando conceitualmente os dois modos de ser da conduta em face da norma: a conduta permitida ou faculdade (endonorma) e a proibida e sancionada (perinorma).

[...]

Esse caráter disjuntivo e, pois, o contemplar da não prestação, conferem à norma jurídica, em exclusividade, a característica de representar a conduta em todas as suas possibilidades indiferentemente lícitas. E é, mesmo, esse seu caráter disjuntivo que confere à norma jurídica, a conveniente neutralidade para que ela possa constituir o enunciado científico de uma ciência normativa, a ciência do direito, tal como a lei causal constitui o enunciado científico das ciências naturais e sociais. E é, a *contrario sensu*, a ausência desse caráter disjuntivo que impede a moral de constituir-se em ciência, e que não confere à norma moral a neutralidade que seria de exigir-se dela para constituir-se em enunciado ou juízo científico.¹²³ (Grifo nosso)

¹²² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 06.

¹²³ MACHADO NETO, Antonio Luiz. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 137-139.

Ao realizar uma reflexão acerca de uma síntese da norma jurídica como norma-proposição, norma-prescrição e norma-comunicação, Tércio Sampaio Ferraz Júnior assim discorre, sob o dever-ser de conduta nela característico:

Como vemos, seja como norma-proposição, seja como norma-prescrição, seja como norma-comunicação, o conceito de norma jurídica é um centro teórico organizador de uma dogmática analítica. Mesmo sem desconhecer que o jurista, ao conceber normativamente as relações sociais, a fim de criar condições para decidibilidade de seus conflitos, também é um cientista social, há de se reconhecer que a norma é seu critério fundamental de análise, manifestando-se para ele o fenômeno jurídico como um dever-ser da conduta, um conjunto de proibições, obrigações, permissões, por meio do qual os homens criam entre si relações de subordinação, coordenação, organizam seu comportamento coletivamente, interpretam suas próprias prescrições, delimitam o exercício do poder etc. Com isso, é também possível encarar as instituições sociais, como a família, a empresa, a administração pública, como conjuntos de comportamentos disciplinados e delimitados normativamente.¹²⁴ (Grifo nosso)

A norma, como imperativo abstrato de conduta humana, marca o pensamento de Rudolf Von Jhering, apesar das ressalvas que devem ser empreendidas nesta acepção, já que um juízo formal puro, como é o caso representado pela norma jurídica, não pode se confundir com a ordem ou o comando:

A norma contém uma disposição de natureza prática, isto é, que rege as ações humanas. É uma regra, segundo a qual o homem deve dirigir a sua conduta. O mesmo pode dizer-se das regras da gramática, com a diferença de estas não têm em vista os atos da vida humana. Certas regras de conduta são também fornecidas pelas máximas ditadas pela experiência, e que nos instruem acerca da oportunidade das nossas ações. As normas distinguem-se delas em serem de natureza obrigatória. As máximas indicam-nos o caminho a seguir quando se trata de atos que temos a liberdade de executar: a sua observância depende do nosso livre arbítrio. Já o mesmo não sucede com a norma, a qual impõe à vontade de outrem a direção que ela deve seguir. Toda a norma é um imperativo – ordena e proíbe. Ora, um imperativo só tem sentido na boca daquele que tem o poder de impor a sua vontade à vontade de outrem, e de traçar-lhe a sua linha de conduta. O imperativo supõe uma dupla vontade; a natureza não conhece imperativos. O imperativo pode traçar um modo de proceder em um caso determinado ou prescrever um tipo de ação para todos os casos de uma certa espécie. É o que nos faz distinguir os imperativos concretos e abstratos. Estes são idênticos à norma. A norma é, pois, o imperativo abstrato das ações humanas.¹²⁵ (Grifo nosso)

Na mesma linha anteriormente salientada, Maria Helena Diniz ressalta o caráter da imperatividade como *discrímen eidético* fundamental da norma jurídica:

A norma jurídica é imperativa, porque prescreve as condutas devidas e os comportamentos proibidos e, por outro lado, é autorizante, uma vez que permite ao

¹²⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 76.

¹²⁵ JHERING, Rudolf von. **A evolução do direito**. 2 ed. Salvador: Progresso, 1956, p. 263-264.

lesado pela sua violação exigir o seu cumprimento, a reparação do dano causado ou ainda a reposição das coisas ao estado anterior. Por conseguinte, a norma jurídica se define, como ensina Goffredo Telles Jr., ‘imperativo-autorizante’. Conceito este que é, realmente, essencial, pois constitui a síntese dos elementos necessários que fixam a essência da norma jurídica. Esta, sem qualquer um destes elementos eidéticos, afigura-se incompreensível. Deveras uma norma jurídica que careça do autorizamento será uma norma moral, e sem a nota de imperatividade, apenas uma lei física.¹²⁶ (Grifo nosso)

Para o jusfilósofo italiano Norberto Bobbio, todas as espécies de norma, independentemente de serem normas jurídicas, religiosas ou morais, possuem uma identidade, qual seja, são proposições que buscam influenciar o comportamento dos indivíduos para determinados objetivos, em vez de outros; são, portanto, proposições prescritivas. No caso da norma prescritiva, diferentemente de uma lei científica, alerta o jurista para a existência da possibilidade de sua violação por parte do destinatário do comando exigido:

Uma norma prescreve o que deve ser. Mas aquilo que deve ser não corresponde sempre ao que é. Se a ação real não corresponde à ação prescrita, afirma-se que a norma foi violada. É da natureza de toda prescrição ser violada, enquanto exprime não o que é, mas o que deve ser. À violação, dá-se o nome de ilícito. O ilícito consiste em uma ação quando a norma é um imperativo negativo e em uma omissão quando a norma é um imperativo positivo. No primeiro caso, afirma-se que a norma não foi observada, no segundo, que não foi executada. Porquanto os termos ‘observação’ e ‘execução’ de uma norma sejam usados indiscriminadamente para indicar o comportamento conforme a norma, o que se observa é uma proibição, o que se executa é um comando, daí dois modos diversos de violação, a inobservância em relação a um imperativo negativo, a inexecução em relação a um imperativo positivo.¹²⁷ (Grifo nosso)

Ao aprofundar o tema, Bobbio destaca um critério diferenciador da norma jurídica em relação aos demais tipos normativos: o estabelecimento de uma sanção externa e institucionalizada ao comportamento transgressor da regra estabelecida, ou seja, uma coima à atitude antijurídica realizada:

Com o objetivo de evitar os inconvenientes da sanção interna, isto é, sua escassa eficácia, e os da sanção externa não institucionalizada, sobretudo a falta de proporção entre violação e resposta, o grupo social institucionaliza a sanção, ou seja, além de regular os comportamentos dos cidadãos, regula também a reação aos comportamentos contrários. Esta sanção se distingue da moral por ser externa, isto é, por ser uma resposta de grupo, e do social por ser institucionalizada, isto é, por ser regulada, em geral, com as mesmas formas e através das mesmas fontes de produção das regras primárias. Ela nos oferece um critério para distinguir as normas que habitualmente se denominam jurídicas das normas morais e das normas sociais. Trata-se das normas cuja violação tem por consequência uma resposta externa e institucionalizada. Como se queria demonstrar, o tipo de sanção serve para introduzir uma nova distinção entre os vários tipos de normas, e é uma distinção que

¹²⁶ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 387.

¹²⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 4. ed. São Paulo: Edipro, 2008, p.152.

discrimina um tipo de norma tanto nos confrontos com as normas morais quanto com as sociais. A presença de uma sanção externa e institucionalizada é uma das características daqueles grupos que constituem, segundo uma acepção que foi se tornando cada vez mais comum, os ordenamentos jurídicos. Podemos, portanto, considerar este tipo de sanção como um novo critério para identificar as normas jurídicas. Diremos então, com base neste critério, que ‘normas jurídicas’ são aquelas cuja execução é garantida por uma sanção externa e institucionalizada. [...]¹²⁸ (Grifo nosso)

Miguel Reale, por sua vez, discorda do juízo hipotético kelseniano, ao incluir no conceito de norma jurídica aquelas que dão estrutura ou organizam os órgãos do Estado ou aquelas que fixam as atribuições e competências na ordem pública ou privada, sem reduzi-las, de igual maneira, a mero conteúdo lógico-racional e imputativo:

Na realidade, as regras que dispõem sobre a organização dos poderes do Estado, as que estruturam órgãos e distribuem competências e atribuições, bem como as que disciplinam a identificação, modificação e aplicação de outras normas não se apresentam como juízos hipotéticos: o que as caracteriza é a obrigação objetiva de algo que deve ser feito, sem que o dever enunciado fique subordinado à ocorrência de um fato previsto, do qual possam ou não resultar determinadas consequências. Ora, não havendo a alternativa do cumprimento ou não da regra, não há que falar em hipoteticidade.

O que efetivamente caracteriza uma norma jurídica, de qualquer espécie, é o fato de ser uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória. Esclareçamos melhor esta noção.¹²⁹ (Grifo nosso)

Da reflexão até o presente momento empreendida, percebe-se o caráter ôntico da norma jurídica, isto é, o fato de se consubstanciar em um juízo lógico imputativo, que, como todo e qualquer juízo, diz algo sobre algo, ou seja, sobre a conduta humana, comportamento este em esfera de intersubjetividade. Noutros termos, a norma jurídica representa uma lógica de imputação, não aristotélica, mas ontológica, ou melhor, egológica, ao caracterizar um liame de dever-ser, atribuindo-se, sempre a um antecedente, o seu conseqüente correlato.

Com base nesta percepção epistemológica, Kelsen formula a norma jurídica como duplo juízo hipotético, através da célebre fórmula jurídica da norma primária, ou seja, “Dado ñ-P, deve ser S”, o que significa dizer “Dada a Não Prestação, deve ser a Sanção”. A norma sancionatória, como norma primeira do Direito, destaca o relevo denotado ao ilícito, à conduta antijurídica pelo jusfilósofo austríaco, já que a norma secundária, ou melhor, “Dado Ft deve ser P”, ou seja, “Dado o Fato Temporal deve ser a Prestação”, como o próprio nome reflete, não se torna o fulcro central de suas atenções. Neste sentido, Kelsen discorre:

¹²⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 4. ed. São Paulo: Edipro, 2008, p.159-160.

¹²⁹ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 95.

Na descrição de uma ordem normativa da conduta dos homens entre si é aplicado aquele outro princípio ordenador, diferentemente da causalidade, que podemos designar como imputação... Procurando uma fórmula geral, temos: sob determinados pressupostos, fixados pela ordem jurídica, deve efetivar-se um ato de coerção, pela mesma ordem jurídica estabelecido. É esta a forma fundamental da proposição jurídica, já acima posta em evidência... Sem dúvida alguma que o crime não é ligado à pena, o delito civil à execução forçada, a doença contagiosa ao internamento do doente como uma causa é ligada ao seu efeito. Na proposição jurídica não se diz, como na lei natural, quando A é, B é, mas que, quando A é, B deve ser, mesmo quando B, porventura, efetivamente não seja...

... O dever-ser jurídico, isto é, a cópula que na proposição jurídica liga pressuposto e consequência, abrange as três significações: a de um ser prescrito, a de um ser competente (ser autorizado) e a de um ser (positivamente) permitido das consequências [...].¹³⁰ (Grifo nosso)

Sobre as normas jurídicas primária e secundária aduz, mais especificamente, Hans Kelsen:

A expressa formulação da norma que proíbe o furto e da norma que impõe o pagamento de um empréstimo recebido, i.e., a norma que prescreve a conduta que evita a sanção é efetivamente 'supérflua', pois está – como já indicado anteriormente – 'implicada' na norma que estatui a sanção. Pois a norma que estatui um ato de coação como sanção aparece como a primária e a nela implicada que, de modo algum é expressamente formulada, e não precisa ser expressamente formulada, aparece como norma secundária. Nisto se expressa o decisivo papel que a sanção existente num ato de coação desempenha no Direito como uma 'ordem de coação'. A estatuição desta sanção é tão essencial que se pode dizer: o Direito impõe uma conduta determinada 'somente' por ligar à conduta contrária um ato de coação como sanção, de modo que uma certa conduta somente depois que juridicamente 'imposta' pode ser considerada como conteúdo de um 'dever jurídico', quando o oposto é a condição à qual uma norma liga uma sanção.¹³¹

Por sua vez, Carlos Cossio, ao aproveitar a lógica jurídico-formal observada por Kelsen, adiciona, na sua formulação teórica, uma consideração disjuntiva ao juízo hipotético construído, já que, na delimitação semântica de suas endonorma e perinorma, afirma: “Dado um Fato Temporal, deve ser a Prestação pelo Sujeito Obrigado face ao Sujeito Pretensor”, e, “Dada a Não Prestação deve ser a Sanção pelo Funcionário Obrigado face à Comunidade Pretensora.”

Sem desprezar a sanção, Cossio põe relevo à importância do ato lícito, com o cumprimento do dever jurídico em relação ao direito subjetivo pretendido pelo sujeito ativo da relação jurídica. A disjunção “ou” reflete a liberdade existencial do ser humano, em seu caráter ontológico, já que se uma “conduta que não é juridicamente proibida é juridicamente permitida¹³²”, o seu inverso não é necessariamente verdadeiro, pois não se pode comprovar que uma conduta que

¹³⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 86-87.

¹³¹ **Id. Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 182.

¹³² Tal observação encontra-se no texto de Kelsen. **Op.cit.**, p. 46.

não seja juridicamente permitida, seria juridicamente proibida, em função do livre arbítrio ontológico do ser, já que sempre há margem para a realização de um comportamento que não seja infringente ao Direito, mesmo diante de proibições e vedações. Machado Neto sintetiza tal reflexão:

Nuevamente, al igual que con el concepto de derecho, lo lógico se ontologiza en el pensamiento de Cossio, y así el principio lógico 'lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido' (lógico, y como tal, convertible en 'lo que no está jurídicamente permitido está jurídicamente prohibido') pasa a ser inconvertible, por el hecho de que deriva de la propia condición ontológica del derecho, del mismo ser del derecho que, el ser conducta, es libertad jurídica fenomenalizada y, como tal, es insusceptible de una determinación absoluta. Siempre habrá de quedarle a la conducta cierto margen de libertad, por más que la norma pretenda sujetarla a determinaciones y prohibiciones... Por lo cual, el principio 'todo lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido' no solo resuelve el problema lógico de la plenitud hermética del orden jurídico sino que, además, se constituye en el principio ontológico del derecho porque es el propio ser del derecho y no la lógica lo que impide su conversión, precisamente por ser el derecho conducta y no norma.¹³³ (Grifo nosso)

Ao buscar uma reflexão complementar entre o estudo jurídico proposto por Hans Kelsen e o desenvolvido por Carlos Cossio, Paulo de Barros Carvalho confirma a arguição da existência de uma estrutura lógica básica em toda e qualquer norma jurídica, qual seja, a sua formação em uma hipótese associada a uma consequência, que, por sua vez, estabelece a relação jurídica entre as partes envolvidas no fato jurígeno ocorrido, além de identificar semelhança entre as intelecções propostas por Hans Kelsen e Carlos Cossio na decomposição normativa da lógica imputativa do dever-ser.

Com fundamento nessa colocação exposta por Carlos Cossio, que coincide substancialmente com a adotada por Hans Kelsen, fica a norma jurídica sobremodo simplificada. Seja ela a perinorma, que estabelece a providência sancionadora da ordem jurídica (norma primária de Kelsen) para os casos em que se não verifique a prestação fixada em endonormas, sejam essas últimas, isto é, aquelas que expressam os deveres jurídicos que o Estado pretende ver cumpridos, no tempo e na forma que estipula (normas secundárias de Kelsen), a verdade é que ambas terão a mesma estrutura lógica: uma hipótese, à qual se associa uma consequência.

[...]

¹³³ Em tradução livre: “Novamente, igualmente ao conceito de direito, o lógico se ontologiza no pensamento de Cossio, e assim o princípio lógico “o que não está juridicamente proibido está juridicamente permitido” (lógico, e como tal, conversível em “o que não está juridicamente permitido está juridicamente proibido”) passa a ser inconversível pelo fato de que deriva da própria condição ontológica do direito, do mesmo ser do direito que, o ser conduta, é liberdade jurídica fenomenalizada e, como tal, é insusceptível de uma determinação absoluta. Sempre haverá de restar à conduta certa margem de liberdade, por mais que a norma pretenda sujeitá-la a determinações e proibições... Pelo qual, o princípio “tudo o que não está juridicamente proibido está juridicamente permitido” não só resolve o problema lógico da plenitude hermética da ordem jurídica senão que, ademais, se constitui no princípio ontológico do direito, porque é o próprio ser do direito, e não a lógica, o que impede a sua conversão, precisamente por ser o direito conduta e não norma.” MACHADO NETO, Antonio Luiz. **Fundamentación egológica de la teoría general del derecho**. Buenos Aires: Universitaria de Buenos Aires, 1974, p. 108.

À ‘prótase’ designaremos de suposto ou hipótese, que pode ser conceituada como o conjunto de critérios para a identificação de fato que, acontecido, determina a incidência de certa consequência prevista na ‘apódose’. Esta, por sua vez, é o conjunto de critérios para a determinação de certa consequência, imputada à realização do fato previsto na ‘prótase’.¹³⁴ (Grifo nosso)

Paulo de Barros Carvalho, ao discorrer sobre suas reflexões, contribui ao pensamento jurídico com a sua conceituação doutrinária sobre norma jurídica:

Tendo a norma jurídica estrutura dos juízos hipotéticos e estabelecendo na apódose a descrição de uma classe de ações, importa dizer, um comportamento-tipo de tal modo que ‘la sua efficacia si rinnova ogni qualvolta il soggetto si trovi nella condizione di dover compiere quella azione’, podemos conceituá-la como toda proposição prescritiva de estrutura hipotética que impute ao acontecimento do suposto determinado tipo de comportamento humano.¹³⁵ (Grifo nosso)

Humberto Ávila produz o seguinte conceito a respeito da norma jurídica quando destaca os seus modais deônticos da obrigação, que denomina determinação, da permissão e da proibição:

Norma é o conteúdo de sentido de determinada prescrição normativa, em função do qual é delimitado o que um dado ordenamento jurídico determina, proíbe ou permite. A norma-princípio tem fundamento de validade no direito positivo, de modo expresso ou implícito.¹³⁶

Diante da sua inesgotável fonte produtora de conceitos a respeito da norma jurídica, como anuncia o próprio Robert Alexy, em sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”¹³⁷, assim se posiciona o autor sobre a sua definição, como elemento síntese da semântica ao incluir uma modalidade deôntica em sua identificação, ao afirmar:

Isso faz com que fique claro que o conceito de norma é, em face do conceito de enunciado normativo, o conceito primário. É recomendável, portanto, que os critérios para a identificação de normas sejam buscados no nível da norma, e não no nível do enunciado normativo. Tal critério pode ser formulado com o auxílio das modalidades deônticas, dentre as quais serão mencionadas, neste passo, apenas as modalidades básicas do dever, da proibição e da permissão. [...]
[...]

¹³⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria da Norma Tributária**. 5. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 50-51.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 56.

¹³⁶ ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)** Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 12 maio 2011.

¹³⁷ Alexy tece o seguinte comentário: “Não é de surpreender que a discussão acerca do conceito de norma como conceito fundamental da Ciência do Direito não tenha fim. [...]”. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 52.

À segunda pergunta, isto é, sobre como é possível reconhecer se um enunciado, por exemplo, um enunciado indicativo de um Código Penal, expressa uma norma, deve ser respondido que isso é possível com base em seu contexto. Por 'contexto' devem ser entendidos não somente os outros enunciados que estão em conexão com esse enunciado, mas também seu uso, isto é, as circunstâncias e regras de sua utilização. O fato de que, dessa forma, seja indispensável o recurso a considerações pragmáticas para a identificação de algo como norma em nada altera o fato de que aquilo que é identificado é uma entidade semântica, isto é, um conteúdo de significado que inclui uma modalidade deôntica.¹³⁸ (Grifo nosso)

Importante, na discussão ora exercida, é a consolidação não somente do conceito de norma jurídica como um juízo hipotético imputativo e não causal, mas, inclusive, como veículo de expressão da conduta humana, na sua relação com terceiros; daí ser um comportamento intersubjetivo, talhado, de forma ontológica, pela liberdade existencial, pois o agente jurídico, de acordo com o seu livre arbítrio, pode agir de acordo ou contrariamente à ordem jurídica em vigor.

O próprio Kelsen destaca a norma jurídica como o juízo capaz de refletir a conduta humana:

De mais a mais, é, porém, de considerar – como já notado no precedente – que a expressão: 'a norma é dirigida a uma pessoa', não significa outra coisa senão que a norma estatui como devida a conduta de um ser humano ou de um determinado ou indeterminado número de pessoas, quer dizer, conduta humana e nenhum outro acontecimento.

Não é um 'indivíduo' na totalidade de sua existência e de sua conduta, e sim uma determinada 'conduta' humana, à qual a norma se refere quando a estatui como devida. O chamado 'destinatário da norma' é apenas uma parte integrante inseparável daquilo 'que' na norma é estatuído como devido, o elemento pessoal da conduta normada.¹³⁹ (Grifo nosso)

Carlos Cossio consolida o entendimento, segundo o qual a conduta humana, em interferência intersubjetiva livre, cujos teores semântico e sintático encontram-se transmitidos pela norma jurídica, representa o cerne do Direito:

Para la concepción egológica del Derecho, estas referencias dogmáticas tienen otro alcance. Todas las referencias dogmáticas que pueden traer las leyes, no hacen sino mentar o aludir a conducta humana. Así, por ejemplo, no es al jurista a quien le interesa la muerte de un hombre en cuanto muerte; eso interesa al médico y éste es quien la establece. Al jurista o al juez le interesa la muerte como acto de otro hombre, o dicho en otras palabras, le interesa saber qué sentido adquiere la conducta del matador 'desde el momento y a raíz' del hecho del homicidio. Lo mismo cuando se habla del aluvión: al jurista le interesa saber qué sentido adquiere la conducta de los ribereños desde el momento y a raíz del aluvión. Homicidio, aluvión, etc., son, antes que nada, 'una fecha existencial', un punto de partida de la conducta que va a

¹³⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 54-56.

¹³⁹ KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 38.

conocerse por comprensión desde ese instante, mediante la valoración jurídica.¹⁴⁰
(Grifo nosso)

Tal tese é reforçada em outra obra jurídica, capaz de ser entremostrada pelo extrato abaixo identificado:

Pero un análisis atento revela que la situación es otra. Todo el argumento reposa en el divorcio entre norma como cosa independiente y conducta, olvidándose de que el Derecho positivo es conducta efectiva de los hombres. El Legislador no crea, ni puede hacerlo, la conducta de los seres humanos porque ésta se crea por los propios individuos en la autonomía de su propia vida; si las determinaciones normativas contingentes que crea el Legislador fueran el Derecho, siendo éste conducta, bastaría la prohibición del homicidio para que no se cometiera ningún homicidio; o bastaría consignar la obligación del inquilino de pagar su arriendo, para que no hubiera inquilinos morosos...¹⁴¹ (Grifo nosso)

Em síntese, a norma jurídica pode ser expressa como um juízo hipotético, ou seja, uma proposição prescritiva dotada de um conteúdo semântico, desvelador de uma conduta humana em interferência intersubjetiva, ao incluir um comando deontico, cuja estrutura lógica é composta de um antecedente normativo associado a uma consequência, que, uma vez estabelecido, inaugura a relação jurídica entre os sujeitos envolvidos no fato jurídico ocorrido.

Na linha do quanto discorrido, impende pensar a conduta humana do não pagamento da exigência fiscal imposta pelo Estado. Dado o fato jurídico da concretização da hipótese de incidência fiscal da obrigação tributária principal, com a ocorrência do fato fiscal imponible no mundo da vida, deve-se pagar o tributo. Esta é a conduta obrigada pelo Direito, revelada em norma fiscal geral e abstrata.

¹⁴⁰ Em tradução livre: “Para a concepção egológica do Direito, estas referências dogmáticas têm outro alcance. Todas as referências dogmáticas que podem trazer as leis, não fazem senão mencionar ou aludir à conduta humana. Assim, por exemplo, não é ao jurista a quem lhe interessa a morte de um homem enquanto morte; isso interessa ao médico e este é quem a estabelece. Ao jurista ou ao juiz lhe interessa a morte como ato de outro homem, ou dito em outras palavras, lhe interessa saber que sentido adquire a conduta do matador desde o momento e à raiz do fato do homicídio. O mesmo quando se se refere ao aluvião: ao jurista lhe interessa saber que sentido adquire a conduta dos ribeirinhos desde o momento e à raiz do aluvião. Homicídio, aluvião, etc., são, antes de mais nada, ‘**uma data existencial**’, um ponto de partida da conduta que vá a se conhecer, por compreensão, desde esse instante, mediante a valoração jurídica.” COSSIO, Carlos. **El derecho en el derecho judicial**. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1967, p. 91.

¹⁴¹ Em tradução livre: “Mas, uma análise mais atenta revela que a situação é outra. Todo o argumento repousa no divórcio entre norma como coisa independente e conduta, esquecendo-se de que o Direito positivo é conduta efetiva dos homens. O Legislador não cria, nem pode fazê-lo, a conduta dos seres humanos, porque esta se cria pelos próprios indivíduos na autonomia de sua própria vida; se as determinações normativas contingentes que cria o Legislador fossem o Direito positivo, sendo este conduta, bastaria a proibição do homicídio para que não se cometesse nenhum homicídio; ou bastaria consignar a obrigação do inquilino de pagar seu arrendamento, para que não houvesse inquilinos morosos...” **Id. La valoración jurídica y la ciencia del derecho**. Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1954, p. 78.

O sujeito passivo da relação tributária tem o livre arbítrio de assim não procedê-lo, seja por ausência de recursos, seja por intenção dolosa de cometer o ilícito fiscal, ou outras razões quaisquer. Dado o não pagamento do tributo, deve ser a sanção, e, neste sentido, o devedor é ciente de suas consequências patrimoniais e/ou criminais. De todas as formas, o livre arbítrio, a livre escolha, até mesmo para a prática antijurídica faz parte da ontologia do ser, em sua temporalidade existencial.

Uma vez identificada a inadimplência do débito fiscal não pago por parte do devedor, cabe ao Estado, através dos seus agentes fiscais, como atividade vinculada e obrigatória, promover o lançamento *ex officio* por meio da lavratura de um auto de infração/notificação fiscal de lançamento, ato administrativo que discrimina todos os elementos da hipótese de incidência tributária, quais sejam, a matéria fiscal exigida, os critérios temporal e de lugar, os sujeitos ativo e passivo da relação jurídico-fiscal inaugurada, bem como a sua quantificação, ou melhor, a determinação do *an*, do *quem* e do *quantum debeat* exigido, além das penalidades previstas.¹⁴²

Algumas indagações necessitam ser formuladas a respeito do quanto já discutido, no sentido de indagar o que constitui o auto de infração/notificação de lançamento, como ato administrativo-fiscal, em termos da Ciência Jurídica, ou seja, o seu *quid iuris*; se tal ato corresponderia a uma norma jurídica, na acepção acima descrita, como reveladora de uma conduta humana em interferência subjetiva contrária ao Direito, no caso do não adimplemento de uma obrigação tributária principal; e, se assim o fosse, se tal norma jurídica seria definitiva ou provisória. A resposta a tais questionamentos possui efeitos jurídicos importantes, inclusive para a aplicação da prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal.

¹⁴² BRASIL. Código Tributário Nacional. **Lei no. 5.172**, de 25 de outubro de 1996. **Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.** Art. 142: “Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação de penalidade cabível”. “Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional”. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 nov. 2012.

3.4 NORMAS JURÍDICAS: GERAL, ABSTRATA, INDIVIDUAL E CONCRETA

Neste âmbito, a discussão se centra na questão da produção da norma jurídica pelo Direito, já que se trata de uma Ciência, como visto, que realiza uma *autopoiesis* normativa, tendo em vista reger a sua própria criação, em um esquema de fundamentação e aplicação normativos. Possui como norte basilar a norma hipotética fundamental, capaz de convalidar toda a ordem jurídica dali decorrente.

Neste sentido, desde a sua cúspide, até um ato jurídico de menor complexidade, existe um sistema de fundamentação e aplicação normativo capaz de validar a instituição da norma jurídica criada, seja esta de cunho abstrato ou individual. Desse modo, a lei, como espécie normativa, deve basear-se na Constituição, instrumento formal primário derivado da norma hipotética fundamental. De igual sorte, um decreto qualquer toma como fundamento da sua aplicação a existência de um balizamento ofertado por um diploma legal derivado e assim seguidamente até se alcançar um contrato individual qualquer, este último travado entre os atores particulares do ato jurídico perpetrado. Este é, portanto, o liame de fundamentação que une, por exemplo, um contrato de compra e venda à Constituição, norma ápice, de forma a estabelecer o critério de validade da produção normativa ínsita ao Direito. Observe-se que, somente a título exemplificativo, não se pode, em um contrato individual, no caso do ordenamento jurídico brasileiro, prever uma sanção com a pena de morte a ser aplicada ao devedor no caso de descumprimento de uma cláusula qualquer, tendo em vista o mandamento constitucional em vigor.

Tal visão é pontuada por Marco Aurélio Greco em sua doutrina, ao destacar os atos de criação e aplicação do Direito, na criação da norma jurídica, como reflexo da conduta humana:

Esta forma de abordagem pode ser conjugada com a visão problemática de Viehweg – já referida – de molde que teríamos o conflito como problema, que, através do procedimento, desembocaria na decisão, que, por sua vez, se integraria no sistema. Neste sentido, e desdobradas as várias etapas da criação e aplicação do Direito, pode-se ver cada norma jurídica como resposta a um tipo de conflito ou problema, gerando, por sua vez, uma norma alternativa que aumenta a complexidade do mundo circundante a produzir outros conflitos a exigirem decisões. Este esquema pode ser desdobrado da Constituição à lei, desta ao regulamento e deste ao ato administrativo veiculador de uma norma individual.¹⁴³ (Grifo nosso)

¹⁴³ GRECO Marco Aurélio. **Dinâmica da tributação** – uma visão funcional. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 122.

Já no entorno das discussões sobre as fontes do Direito, Kelsen estabelece o fundamento de validade entre as normas jurídicas, ou seja, a sua metodologia de criação e aplicação, desde uma norma geral, como a Constituição, até a sua derivação em individual, no caso específico, um decreto sentencial:

Fontes de Direito é uma expressão figurativa que tem mais do que uma significação. Esta designação cabe não só aos métodos acima referidos, mas a todos os métodos de criação jurídica em geral, ou a toda norma superior em relação à norma inferior cuja produção ela regula. Por isso, pode por fonte de Direito entender-se também o fundamento de validade de uma ordem jurídica, especialmente o último fundamento de validade, a norma fundamental. No entanto, efetivamente, só costuma designar-se como 'fonte' o fundamento de validade jurídico-positivo de uma norma jurídica, quer dizer, a norma jurídica positiva do escalão superior que regula a sua produção. Neste sentido, a Constituição é a fonte de normas gerais produzidas por via legislativa ou consuetudinária; e uma norma geral é a fonte da decisão judicial que a aplica e que é representada por uma norma individual. Mas a decisão judicial também pode ser considerada como fonte dos deveres ou direitos das partes litigantes por ela estatuídos, ou da atribuição de competência ao órgão que tem de executar esta decisão. Num sentido jurídico-positivo, fonte do Direito só pode ser o Direito.¹⁴⁴ (Grifo nosso)

Machado Neto, na esteira do mesmo pensar, ao tratar do âmbito de validez do ordenamento jurídico, observa a discriminação acima delimitada entre os tipos de normas jurídicas:

O âmbito de validez pessoal faz distinguir as normas em gerais e individualizadas. As normas gerais trazem expresso um suposto jurídico de cuja realização decorrem as consequências de direito. As pessoas em cuja existência tal suposto se atualize constituem o âmbito pessoal de validez de tais normas. É, pois, um âmbito geral ou abstrato. Ao contrário, as normas individualizadas, sejam de caráter público, como as sentenças, os atos administrativos individualizados etc., ou de caráter privado, como os contratos e os testamentos, têm um âmbito pessoal especificado, individualizado ou concreto. Por exemplo, o art. 1.009 do nosso Código Civil estatui que 'se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se até onde compensarem'. Temos aí um caso típico de norma geral. O seu âmbito de validez pessoal terá a amplitude do número indeterminado de pessoas que, na vigência dessa norma, preencham o suposto de direito de serem 'ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra'. Ao contrário, um contrato entre A e B, entre si credor e devedor um do outro, estabelecendo a compensação, é uma norma individualizada, pois o seu âmbito de validez pessoal está especificado. O mesmo dir-se-á de um testamento, uma sentença ou um ato administrativo de remoção do funcionário X ou nomeação de Sr. Fulano para o cargo Y.¹⁴⁵ (Grifo nosso)

Ao realizar o estudo da norma jurídica tributária, Paulo de Barros Carvalho, considerando os aspectos dinâmico e estático da figura central do tributo, já prevê não somente o aspecto geral

¹⁴⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 259.

¹⁴⁵ MACHADO NETO, Antonio Luiz. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 143.

da norma fiscal, como também a sua individualização, ou seja, a sua concretização em função da ocorrência do fato imponible ou gerador:

O tratamento dessa entidade central para o Direito Tributário, segundo esses dois aspectos – estático e dinâmico –, não só se justifica, plenamente, como também é imposição inarredável para o estudo científico da matéria. Justifica-se por consubstanciar momentos jurídicos realmente distintos. Veja-se, por exemplo, que uma vez instituído o tributo por lei, mesmo não tendo ocorrido nenhum fato imponible, já podemos estudá-lo juridicamente, extraindo todos os elementos essenciais e acidentais que possa conter. Ocorrido um fato imponible, consoante a previsão hipotética, o estudo será orientado em outros termos, já que contará com dados específicos e individualizados.¹⁴⁶ (Grifo nosso)

Impende, também, observar as considerações produzidas por Nuno Sá Gomes em relação à distinção ora estudada, quando aborda as relações jurídicas abstratas e concretas:

Finalmente, importa, em face das realidades tributárias, definir relação jurídica simples e relação jurídica complexa.

Assim: A expressão relação jurídica pode ter mais que um sentido. Em sentido amplo, designa toda a relação da vida social regulada pelo Direito. Em sentido restrito também se fala em relação jurídica para designar a relação que tem por conteúdo um direito subjectivo.

Antes de mais, a relação pode ser vista em abstracto, enquanto delineada na lei, ou em concreto, enquanto resulta da aplicação da lei a um facto da vida. As relações, quer abstractas, quer concretas, podem ser simples ou complexas. Ora a complexidade da relação jurídica, não se confunde com a pluralidade de relações. Em ambos os casos não existem realidades simples.¹⁴⁷ (Grifo nosso)

Ao estudar a hierarquia das normas jurídicas, Ricardo Maurício Freire Soares produz reflexão a partir do seu maior escalão, onde se domiciliam as normas constitucionais, até as normas individuais e concretas, como, por exemplo, as decisões judiciais e os contratos:

Quanto à hierarquia, as normas jurídicas são situadas nos diversos patamares do sistema jurídico, tal como expresso na conhecida pirâmide normativa, podendo-se classificá-las, partindo-se do maior escalão para o menor escalão hierárquico, em normas constitucionais (originais e derivadas); normas legislativas (leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos, resoluções legislativas); decretos regulamentares (regulamentos para execução da lei); normas internas (estatutos e regimentos) e normas individualizadas (contratos, testamentos, decisões judiciais).¹⁴⁸

Norberto Bobbio, por sua vez, busca realizar uma diferenciação entre normas gerais, abstratas, individuais e concretas, com base nos destinatários-sujeitos e nos tipos de ação-objeto veiculados, ou melhor, a quem a norma jurídica se dirige e qual o tipo de comportamento que estabelece:

¹⁴⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria da norma tributária**. 5. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 101.

¹⁴⁷ GOMES, Nuno Sá. **As situações jurídicas tributárias**. Lisboa: 1969, p. 81.

¹⁴⁸ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos de teoria geral do direito**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 36.

A classificação, feita no tópico precedente, nos permite uma distinção mais precisa e mais completa das normas jurídicas. Ao invés de usar indiscriminadamente os termos ‘geral’ e ‘abstrato’, julgamos oportuno chamar de ‘gerais’ as normas que são universais em relação aos destinatários, e ‘abstratas’ aquelas que são universais em relação à ação. Assim, aconselhamos falar em ‘normas gerais’ quando nos encontramos frente a normas que se dirigem a uma classe de pessoas; e em ‘normas abstratas’ quando nos encontramos frente a normas que regulam uma ação-tipo (ou uma classe de ações). As normas gerais se contrapõem as que têm por destinatário um indivíduo singular, e sugerimos chamá-las de ‘normas individuais’; às normas abstratas se contrapõem as que regulam uma ação singular, e sugerimos chamá-las de ‘normas concretas’. A rigor, o termo ‘norma concreta’ não é muito apropriado, na medida em que a palavra ‘norma’ faz pensar em uma regulamentação continuada de uma ação, e é portanto mais apta para designar apenas as normas em abstrato. As normas concretas poderiam ser chamadas mais apropriadamente de ‘ordens’. Vimos, precedentemente, a repugnância de alguns em considerar comandos as normas jurídicas pelo fato de que o termo ‘comando’ parece referir-se apenas a prescrições com destinatários determinados: disto se poderia tirar inspiração para chamar de ‘comandos’ as normas individuais. Deste modo, poderia ser proposta uma classificação fundada sobre as duas seguintes dicotomias: ‘normas gerais’ e ‘comandos’, ‘normas abstratas’ e ‘ordens’.¹⁴⁹ (Grifo nosso)

Apesar das considerações trilhadas por Norberto Bobbio, com a exposição da sua taxionomia em relação à norma jurídica, não se adota tal classificação, em sua plena inteireza, nesta Dissertação, pois se considera como essencial para o tema ora proposto a discriminação entre a norma jurídica abstrata ou geral e a individual ou concreta, como a maioria da doutrina contempla.

De destaque, ademais, a percepção, do próprio Bobbio, do comando sentencial como norma jurídica, desta vez, individual e concreta, pois dirigida especificamente aos agentes da relação jurídico-processual, ao determinar um modal deôntico específico, como estabeleceu em suas digressões:

Que um ordenamento todo composto por um conjunto de normas gerais e abstratas seja um ideal me parece que possa ser confirmado pelo fato de que um tal ordenamento dificilmente poderia subsistir. Se nós admitirmos, como fizemos até aqui, que estabelecido um sistema de normas, deva-se prever a sua violação, deveremos também admitir, ao lado das normas gerais e abstratas, individuais e concretas, não fosse exatamente para tornar possível a aplicação, em determinadas circunstâncias, das normas gerais e abstratas. Não há dúvida, por exemplo, que a sentença em que o juiz condena um indivíduo a um determinado comportamento (por exemplo, ao ressarcimento de danos), seja uma norma, ao mesmo tempo, individual e concreta.¹⁵⁰ (Grifo nosso)

Aqui, neste *topos*, encontra-se novel consideração a ser empreendida, de forma analógica, pois se um decreto sentencial qualquer consubstancia-se em norma jurídica individual e

¹⁴⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 4. ed. Bauru, SP: EDIPRO, 2008, p. 180-181.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 183.

concreta, posta no mundo dos fatos e da vida, em plena interferência intersubjetiva, reveste-se da mesma característica o lançamento tributário *ex officio*, promovido pela administração fazendária, através de um auto de infração/notificação fiscal de lançamento qualquer.

3.5 O AUTO DE INFRAÇÃO COMO NORMA INDIVIDUAL E CONCRETA

Uma vez circulada uma mercadoria, através do seu tráfico comercial normal, com a transferência da sua titularidade, deve ser o pagamento do ICMS. De igual forma, prestado um serviço a terceiro, deve ocorrer o pagamento de ISSQN aos cofres municipais, como também, auferida a renda, à União deve-se transferir o IRPF. Aqui residem exemplos de normas gerais e abstratas de cunho fiscal, já que aplicadas à universalidade dos agentes passíveis de praticarem atos jurídicos tributários, todavia, não ocorridos, pois expressos em hipóteses de incidência.

Quando, porém, oportunizada a materialização do previsto no diploma genérico e abstrato, ou seja, no momento da ocorrência do fato deflagrador da exigência fiscal imposta, o que ocorre no mundo fenomênico, ou seja, no mundo da vida em sua mundanidade, através da faticidade das possibilidades originárias da existência do ser ou do *Dasein*, em uma acepção fenomenológica heideggeriana, a conduta preceituada ao sujeito passivo da obrigação tributária constitui na obrigatoriedade em recolher aos cofres do Estado a parcela referente ao tributo estipulado no ato jurídico aperfeiçoado. Noutros termos, clama-se pela determinação de uma norma jurídica individual e concreta que atribua o *an*, o *quem* e o *quantum debeat*, ao obrigar um devedor fiscal a pagar o tributo quantificado ao seu credor correspondente, em um determinado período de tempo.

Abre-se, *ipso facto*, a alcunhada fase dinâmica da tributação, ou seja, aquela onde, através de um ato administrativo fiscal, identificam-se os critérios específicos da norma jurídica fiscal individual e concreta, ou melhor, precisa-se a materialidade do ato tributário exigido, em um determinado espaço, em um específico momento, ao se instaurar uma relação jurídica entre os sujeitos ativo e passivo da exação atribuída, bem como a sua quantificação precisa, decorrente da aplicação, normalmente, de uma alíquota a uma base de cálculo predeterminada.

Fernando Sainz de Bujanda promove reflexão específica acerca da fase dinâmica e procedimental da arrecadação tributária:

Pero a problemática no se agota en el marco de esa labor organizadora. Por el contrario, abarca, además, todas las cuestiones surgidas de la aplicación del tributo. Este, una vez establecido – es decir, estructurado-, necesita ganar operatividad, es decir, convertirse real y efectivamente en fuente de ingresos. Para que eso ocurra, es ineludible transformar la figura unitaria y abstracta del tributo en una extensísima red de cuotas tributarias, concretas y cuantificadoras, cuya recaudación es la que procura la afluencia de sumas monetarias al Tesoro público. Se abre así una fase dinámica, funcional y procedimental –todas estas expresiones se utilizan, con matizaciones a las que más adelante aludiremos- que tiene, en definitiva, el objetivo antedicho de aplicar el tributo. (También se habla de administrar el tributo o, simplemente, de recaudar el tributo, pero el valor de cada una de estas expresiones irá quedando gradualmente esclarecido a lo largo de la siguiente exposición).¹⁵¹ (Grifo nosso)

Na mesma linha do quanto anteriormente exposto, ou seja, ao diferenciar as fases dinâmica e estática do fenômeno tributário, também discorre Augusto Fantozzi:

La costruzione sopra avanzata della fase statica del fenomeno tributario, in cui si è negato al presupposto il carattere generale ed esclusivo di fatto generatore dell'obbligazione e si sono invece ricollegati ad esso effetti distinti secondo le varie forme concretamente prescelte dal legislatore per assicurare il prelievo, non può stare senza una adeguata delineazione della fase dinamica, poichè è quest'ultima che realizza la norma impositiva e che determina di volta in volta gli effetti che saranno prodotti o consolidati dal verificarsi del presupposto. È infatti questo spostamento dell'accento dal profilo statico a quello dinamico del fenomeno impositivo che caratterizza i più recenti studi nel diritto tributario e che porta a consapevolezza intuizioni già raggiunte dalla precedente dottrina ma non adeguatamente sfruttate per difetto, nel diritto pubblico, degli strumenti necessari.¹⁵² (Grifo nosso)

¹⁵¹ Em tradução livre: “Mas a problemática não acaba no marco deste labor organizador. Pelo contrário, abarca, ademais, todas as questões surgidas da aplicação do tributo. Este, uma vez estabelecido, - ou melhor, estruturado -, necessita ganhar operatividade, ou seja, converter-se real e efetivamente em fonte de ingressos. Para que isto ocorra, é ineludível transformar a figura unitária e abstrata do tributo em uma extensíssima rede de quotas tributárias, concretas e quantificadoras, cuja arrecadação é a que procura a afluência de somas monetárias ao Tesouro público. Abre-se assim uma fase dinâmica, funcional e procedimental – todas estas expressões se utilizam, com matizes, as que mais a frente aludiremos, que tem, em definitivo, o objetivo anteriormente dito de aplicar o tributo. (Também se fala de administrar o tributo ou, simplesmente, de arrecadar o tributo, mas o valor de cada uma destas expressões restará gradualmente esclarecido ao largo da seguinte exposição)”. BUJANDA, Fernando Sainz de. **Sistema de derecho financiero**. v. II. Madrid: 1985, p. 23.

¹⁵² Em tradução livre: “A construção acima descrita da fase estática do fenômeno tributário, na qual se é negado ao pressuposto o caráter geral e exclusivo do fato gerador da obrigação e, se lhe são, em vez, ligados efeitos distintos, segundo as várias formas concretamente escolhidas pelo legislador para assegurar a arrecadação, não pode estar sem uma adequada delineação da fase dinâmica, uma vez que é esta última a que realiza a norma impositiva e que determina, de tempos em tempos, os efeitos que serão produzidos ou consolidados pela ocorrência do pressuposto. Na verdade, esta mudança da ênfase do perfil estático àquele dinâmico do fenômeno impositivo caracteriza os mais recentes estudos no direito tributário, que traz a intuições conscientes já alcançadas pela doutrina precedente, mas não adequadamente exploradas pela ausência, no direito público, dos instrumentos necessários.” FANTOZZI, Augusto. **La solidarietà nel diritto tributario**. Turin: UTET, 1968, p. 174-175.

A concepção dinâmica da fase da tributação, com a determinação de forma individual e concreta do fenômeno tributário a partir da ocorrência do fato gerador fiscal é, por sua vez, ressaltada por Paulo de Barros Carvalho:

O momento em que atua a endonorma tributária, por haver ocorrido o fato descrito hipoteticamente, deve ser estudado caso por caso, pois pressupõe o conhecimento de acontecimento determinado, que terá a virtude de gerar relação igualmente individualizada. O campo de eleição do tributo, na sua acepção dinâmica, é aquele dos casos identificados, em que conhecemos o fato realizado, as pessoas a ele ligadas, direta e indiretamente, o preciso conteúdo do direito subjetivo que a ordenação jurídica atribui ao sujeito ativo da relação, bem como o correlato dever jurídico a cargo do sujeito passivo. Esse estudo, obviamente, não pode ser empreendido antes que a relação surja no mundo jurídico, anteriormente a que suceda, no âmbito da realidade objetiva, aquele evento que o legislador entendeu adequado para desencadear o único instrumento que disciplina comportamentos humanos – a relação jurídica.¹⁵³ (Grifo nosso)

Como resultado de tais reflexões, ao se perceber a importância do papel da fase dinâmica na concreção da norma individual aplicada à relação jurídico-fiscal afluente do mundo dos fatos, Marco Aurélio Greco tece as seguintes observações:

É afirmação cediça na doutrina que a relação ora em tela decorre exclusivamente da lei (*ex lege*) cabendo ao lançamento um papel meramente instrumental. No entanto, tal forma de ver o fenômeno – conforme denunciado no proficiente estudo de Pasquale Russo – confunde a fonte da relação com o momento do seu nascimento.

Com efeito, uma coisa é o fundamento imediato do vínculo jurídico e outra completamente diversa é o conjunto de circunstâncias normativamente previstas para que o vínculo surja. Neste segundo plano, um vínculo só nascerá depois de ocorridos todos os dados escolhidos pela norma.¹⁵⁴ (Grifo nosso)

Tal percepção acerca da dinâmica da tributação na concreção do ato administrativo individual deve ser destacada, mesmo porque está a se versar, nesta Dissertação, sobre o ato antijurídico fiscal, ou seja, aquela conduta humana ilícita promovida pelo devedor, que é a de, livremente, de acordo com o seu arbítrio existencial, não pagar o tributo devido ao Estado, diante da ocorrência do fato imponível.

Uma vez identificada, pela administração fazendária, tal resistência por parte do sujeito passivo da obrigação tributária, por dever de ofício, sob pena de responsabilidade funcional, deve o preposto da arrecadação, o coletor de tributos, liquidar o crédito tributário constituído, através da lavratura do ato administrativo decorrente, qual seja, o auto de infração/notificação

¹⁵³ CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria da norma tributária**. 5. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 101.

¹⁵⁴ GRECO, Marco Aurélio. **Dinâmica da tributação** – uma visão funcional. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 160.

fiscal de lançamento, norma jurídica individual e concreta, realizada pelo órgão estatal competente para tal múnus.

Muito já se discorreu sobre o caráter normativo da decisão judicial, traduzida por uma sentença de primeiro grau ou um acórdão de segundo, ou seja, o órgão judicial como criador de normas jurídicas, através do seu esforço hermenêutico. Kelsen já realizava **pronunciamento** doutrinário a respeito:

[...] Isto significa que o tribunal recebe poder ou competência para produzir, para o caso que tem perante si, uma norma jurídica individual cujo conteúdo não é de nenhum modo predeterminado por uma norma geral de direito material criada por via legislativa ou consuetudinária. Neste caso, o tribunal não aplica uma tal norma geral, mas a norma jurídica que confere ao tribunal poder para esta criação ex novo de direito material. Isto não é completamente exato quando por legislação se entenda a criação de normas jurídicas gerais. Com efeito, o tribunal recebe competência para criar apenas uma norma individual, válida unicamente para o caso que tem perante si. Mas esta norma individual é criada pelo tribunal em aplicação de uma norma geral tida por ele como desejável, como 'justa', que o legislador positivo deixou de estabelecer. Somente enquanto aplicação de uma tal norma geral não positiva é possível afirmar como justa (correta) a norma individual estabelecida pelo tribunal.¹⁵⁵ (Grifo nosso)

O mesmo entendimento acerca do caráter individual normativo da sentença haure-se do pensamento egológico de Carlos Cossio, ao roborar a doutrina kelseniana:

Aquí la novedad de Kelsen es grande. En contra de una opinión tradicional, se advierte que la sentencia es una norma porque se conceptualiza con el verbo 'deber ser'; pero es una norma individual, es uno de los tipos de normas individuales con que concluye la pirámide jurídica por abajo. El análisis que buscó, ancestralmente, la esencia de la normatividad en la generalidad y no en la cópula, llevó al prejuicio de que toda norma tiene que ser general, con lo cual la sentencia, vista como hecho o situación, quedaba extramuros del pensamiento dogmático que es un pensamiento normativo. Gracias a Kelsen podemos hoy recolocar la sentencia dentro del ordenamiento jurídico y considerarla como siendo ella, no ya una consecuencia apendicular de lo jurídico, sino lo jurídico mismo por excelencia. Al aplicar la ley, se crea esto más concreto que es la sentencia; pero de ello resulta que todo el ordenamiento tiene, en cierto sentido, un mero alcance preparatorio de la sentencia y demás normas individuales; la ley sólo existe en la sentencia y demás normas individuales; fuera de ellas es un pensamiento y nada más.¹⁵⁶ (Grifo nosso)

¹⁵⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 271.

¹⁵⁶ Em tradução livre: "Aqui, a novidade de Kelsen é grande. Em contrário de uma opinião tradicional, adverte-se que a sentença é uma norma, porque conceitualiza com o verbo "dever ser"; mas é uma norma individual, é um dos tipos de normas individuais com a qual se conclui a pirâmide jurídica por baixo. A análise que buscou, ancestralmente, a essência da normatividade na generalidade, e não na cópula, levou ao preconceito, segundo o qual toda norma tem que ser geral, com o qual a sentença, vista como fato ou situação, ficava extramuros do pensamento dogmático, que é um pensamento normativo. Graças a Kelsen, podemos hoje recolocar a sentença dentro do ordenamento jurídico e considerá-la como sendo ela, não uma consequência apendicular do jurídico, senão o jurídico mesmo por excelência. Ao aplicar a lei, se cria isto mais concreto que é a sentença; mas disto resulta que todo o ordenamento tem, em certo sentido, um mero alcance preparatório da sentença e demais normas individuais. As leis não têm outra existência que não as normas

Tal percepção sobre a normatividade do decreto sentencial também é salientada por Norberto Bobbio:

Quanto às leis ordinárias, também elas não são todas diretamente dirigidas aos cidadãos: muitas, como as leis penais e grande parte das leis de processo, têm a finalidade de oferecer aos juízes instruções sobre o modo através do qual eles devem produzir as normas individuais e concretas que são as sentenças; não são normas de conduta, mas normas para a produção de outras normas.¹⁵⁷ (Grifo nosso)

Na linha acima discorrida, Miguel Reale tece observações acerca das normas de julgamento:

‘Normas de reconhecimento’ são aquelas que se destinam a identificar as normas primárias, possibilitando a verificação de sua validade e, por conseguinte, se elas podem ou não ser consideradas pertencentes a dado sistema ou ordenamento, como, por exemplo, ao ordenamento jurídico brasileiro. ‘As regras de modificação’ regulam o processo de transformação das normas primárias, sua revogação ou ab-rogação, enquanto que as ‘normas de julgamento’ disciplinam, da maneira mais precisa possível, a aplicação das normas primárias.¹⁵⁸ (Grifo nosso)

De acordo com a linha de pensamento desenvolvida nesta Dissertação, o veículo, individual e concreto, introdutor ao mundo jurídico, como expressão ou exegese, de uma conduta humana ilícita fiscal – o não recolhimento, *opportuno tempore*, da obrigação fiscal imposta *ex lege* ao devedor tributário – consubstancia-se no ato administrativo representado por um lançamento fiscal *ex officio*, promovido por uma autoridade competente, capaz de discriminar os sujeitos da relação jurídica fiscal, instaurada com o fato gerador manifestado no mundo, a matéria perquirida pelo fisco, bem como a sua pertinente liquidação, ou melhor, a discriminação do *quantum debeatur* pretendido.

Neste sentido, tal ato administrativo-fiscal corresponde a uma norma jurídica, individual e concreta, no sentido epistemológico aqui discorrido, ao revelar a conduta ilícita praticada pelo devedor, pois, dentro de sua esfera de liberdade existencial, em comportamento intersubjetivo, resolveu promover atitude antijurídica, isto é, não adimplir com a exação fiscal legalmente imposta. E esse comportamento, conduta humana propriamente dita, em interferência subjetiva, já que se deixa de recolher aos cofres públicos parcela da riqueza produzida, é identificado, traduzido, formalizado e veiculado como norma jurídica através do

individuais. A lei só existe na sentença e demais normas individuais; fora delas é um pensamento e nada mais.” COSSIO, Carlos. **El derecho en el derecho judicial**. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1967, p. 60.

¹⁵⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora Universitária de Brasília, 1999, p. 46-47.

¹⁵⁸ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 26. ed. Salvador: Saraiva, 2002, p. 98.

lançamento tributário de ofício promovido pelo fisco; tal se dá por meio de auto de infração/notificação fiscal de lançamento lavrado.

A relação genérica fiscal do dever-ser, representada por “dada a materialização da hipótese de incidência fiscal, dever ser o pagamento de tributo”, encontra, com o lançamento fiscal *ex officio* aqui analisado, a mesma lógica imputativa em caráter concreto e individualizado, pois “dada a identificação pelo sujeito ativo do não pagamento do tributo decorrente do fato gerador da obrigação tributária, deve ser a lavratura de um auto de infração fiscal, ao exigir do sujeito passivo quantia estipulada no levantamento realizado pelo agente competente”. Tal seria, portanto, a descrição, em termos teóricos, do quanto expressado pela dicção legal do art. 142 do Código Tributário Nacional ao abordar a constituição do crédito tributário pelo lançamento.

Há que se esclarecer, em face do quanto exposto, que este Trabalho Acadêmico concentra-se no lançamento fiscal *ex officio* diante de uma conduta ilícita por parte do sujeito passivo da obrigação tributária, tendo em vista o tema proposto, na análise da prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal. Não significa, portanto, afirmar que os demais modos de lançamentos fiscais não sejam normas jurídicas, mesmo porque há quem preconize **e, com isso, há que se concordar que** até mesmo o contribuinte e/ou responsável é capaz de aplicar e criar normas jurídicas individuais e concretas, quando, por exemplo, produz os informativos à administração fazendária, decorrentes de obrigações acessórias que lhe são atribuídas, apesar do quanto descrito no *caput* do multicitado art. 142 do Código Tributário Nacional.

O próprio Kelsen destaca a normatividade em face das decisões administrativas:

[...] Com efeito, se deixarmos de lado os casos-limite – a pressuposição da norma fundamental e a execução do ato coercivo – entre os quais se desenvolve o processo jurídico, todo ato jurídico é simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção, regulada por esta norma, de uma norma inferior. Se considerarmos a ordem jurídica estadual sem ter em conta um Direito internacional que lhe esteja supraordenado, então a norma fundamental determina, de fato, a criação da Constituição, sem que ela própria seja, ao mesmo tempo, aplicação de uma norma superior. Mas a criação da Constituição realiza-se por aplicação na norma fundamental. Por aplicação da Constituição, opera-se a criação das normas jurídicas gerais através da legislação e do costume; e, em aplicação destas normas gerais, realiza-se a criação das normas individuais através das decisões judiciais e das resoluções administrativas.¹⁵⁹ (Grifo nosso)

A afirmação de tal concepção é expressa também em Machado Neto:

¹⁵⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 261.

Del mismo modo pero en sentido inverso, la Constitución deriva en la ley, ésta a su vez en el reglamento respectivo y éste en las normas individuales (el contrato, el acto administrativo o la sentencia).¹⁶⁰ (Grifo nosso)

No sentido aqui preconizado de que o lançamento fiscal *ex officio*, como norma jurídica, individual e concreta, diz algo sobre algo, ou seja, reflete uma conduta antijurídico-fiscal do devedor tributário, cabe a reflexão de Carlos Cossio ao teorizar sobre o aspecto ontológico do contrato individual avençado por particulares no tráfico jurídico:

A fines de 1960 tuve oportunidad de terciar en el debate, recordando el acierto de HUSSERL cuando destaca que ‘toda expresión non sólo dice algo, sino que también lo dice acerca de algo’. Dice algo: y esto la sitúa en el plano conceptual de las significaciones. Pero lo dice acerca de algo; y esto la sitúa en el plano ontológico de los objetos. Sobre tal base, la teoría egológica puede parafrasear – un contrato siendo una expresión normativa – que todo contrato dice algo acerca de algo, es decir, acerca de la conducta que en el caso sería el ente jurídico motivo de la enunciación contractual.¹⁶¹ (Grifo nosso)

Em termos fiscais, ao identificar o lançamento tributário como norma jurídica individual e concreta, cabe salientar a interpretação produzida por Souto Maior Borges:

Quando se define a obrigação decorrente do fato jurídico tributário (CTN, arts. 113, § 1º, e 114) como uma obrigação de caráter geral, precisamente porque abstrata e genericamente prevista em lei tributária, coloca-se, entre outros, o problema de se explicar o modo pelo qual se dá sua concretização e individualização no lançamento, considerado como uma norma individual e concreta.¹⁶² (Grifo nosso)

Ao analisar o cumprimento espontâneo da prestação fiscal pelo sujeito passivo da obrigação tributária, de forma autônoma e individual, ou seja, ao trazer à reflexão a figura da concordância tácita do lançamento por homologação, conforme se enuncia no *caput* e § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional, Paulo de Barros Carvalho defende a instituição de norma jurídica individual e concreta pelo contribuinte/responsável tributário, nos mesmos moldes do lançamento tributário produzido pela fiscalização:

¹⁶⁰ Em tradução livre: “Do mesmo modo, mas em sentido inverso, a Constituição deriva na lei, esta, por sua vez, no regamento respectivo, e este nas normas individuais (o contrato, o ato administrativo ou a sentença)”. MACHADO NETO, Antonio Luiz. **Fundamentación egológica de la teoría general del derecho**. Buenos Aires: Editorial Universitária de Buenos Aires, 1974, p. 38-39.

¹⁶¹ Em tradução livre: “Ao final de 1960, tive oportunidade de participar no debate, recordando o acerto de Husserl, quando destaca que “toda expressão não só diz algo, senão também que diz algo acerca de algo”. Diz algo; e isto a situa no plano ontológico dos objetos. Sobre tal base, a teoria egológica pode parafrasear – um contrato sendo obviamente uma expressão normativa – que todo contrato diz algo acerca de algo, ou seja, sobre a conduta que no caso seria o ente jurídico motivador da enunciação contratual.” COSSIO, Carlos. **El derecho en el derecho judicial**. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1967, p. 278.

¹⁶² BORGES, José Souto Maior. **Lançamento tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 441.

O ato de homologação, por atividade comissiva ou omissiva do ente que tributa, não dá o caráter de 'lançamento' aos expedientes praticados pelo sujeito passivo. Entendo que antes disso, ao relatar em linguagem competente (na forma da lei) o acontecimento do evento, e ao passar igualmente em linguagem adequada os termos compositivos da relação jurídico-tributária, determinando o objeto da conduta prestacional e todas as condições que tornam possível o recolhimento do correspondente valor, terá o administrado emitido uma norma individual e concreta que 'equivale', enquanto fonte normativa, ao ato jurídico-administrativo de lançamento. A homologação, assim expressa que tácita, é um ato de fiscalização do Poder Administrativo, e ele o exerce sobre as atividades do contribuinte, como em relação às suas próprias, mediante os procedimentos de controle de legalidade a que submete os atos praticados por seus agentes, dos quais se originam, muitas vezes, provimentos de retificação, conhecidos por 'retificação de ofício'.¹⁶³ (Grifo nosso)

Questão importante, na continuidade da construção da inteligência empreendida, é a percepção do caráter definitivo ou não da constituição do crédito tributário pelo lançamento de ofício com a lavratura do auto de infração/notificação fiscal de lançamento. O aperfeiçoamento de tal discussão permite, inclusive, o aprofundamento das reflexões em torno do fenômeno prescricional, dentre estas, o reconhecimento da aplicação da prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal.

3.6 O LANÇAMENTO FISCAL DE OFÍCIO COMO CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Muitas discussões se travam no centro do item ora proposto, qual seja, se a lavratura do auto de infração/notificação fiscal de lançamento – como instrumento formal de finalização do ato administrativo do lançamento tributário, norma jurídica individual e concreta desveladora da conduta ilícita do sujeito passivo da obrigação fiscal – constituiria definitivamente o crédito tributário pretendido pelo sujeito ativo da relação legalmente imposta.

Boa parte da doutrina e da própria jurisprudência pátria dominante entende que a constituição definitiva do crédito tributário ocorreria somente com a decisão final denegatória da impugnação ou do recurso administrativo interposto, caso o sujeito passivo desafiasse o ato administrativo do lançamento de ofício perpetrado pela administração fazendária. Ou seja, preconiza-se a existência de um crédito tributário provisório, como observa José Souto Maior Borges:

Como o CTN, no art. 174, se refere a uma 'constituição definitiva' do crédito tributário, pode-se pretender esteja nele contemplada implicitamente – já que a

¹⁶³ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário**: fundamentos jurídicos da incidência. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 213.

expressão não o está – a viabilidade de uma constituição ‘provisória’ do crédito tributário. E porque o CTN, no seu art. 142, *caput*, atribui ao lançamento o efeito de constituir o crédito tributário, ter-se-ia, conseqüentemente, como possível a ocorrência de um lançamento ‘provisório’ em contraposição a um lançamento ‘definitivo’.¹⁶⁴

Não se pode concordar com tal reflexão, mesmo porque ela estaria em desacordo com os institutos apriorísticos do Direito, que se caracterizam por serem independentes de qualquer circunstância dogmática reinante, já que juízos de razão ou postulados de intelecção não são aptos a sofrer qualquer influência de circunstâncias fáticas reinantes. Pode-se dizer que a maioria civil seja alcançada em um determinado ordenamento jurídico aos 18 anos, e noutra aos 21, porém jamais se pode afirmar que uma norma jurídica somente se constitua em norma jurídica após o julgamento do tribunal que discuta o recurso interposto pelo interessado. Seria o mesmo que dizer que o espaço não é composto de 03 dimensões diferenciadas.

O que se pretende dizer é que a norma jurídica, instituída pelo ato do lançamento tributário de ofício, constitui-se em norma jurídica definitiva no momento que exsurge ao mundo dos fatos, mesmo que venha a ser contestada, posteriormente, nos tribunais administrativos ou judiciais competentes. Não se pode, em termos de lógica imputativa, compreender a existência de uma norma jurídica que não seja, efetivamente, uma norma jurídica, ainda que discussões em tribunais ocorram posteriormente ao seu surgimento.

O lançamento tributário *ex officio* representa, deveras, a norma jurídica que revela a conduta antijurídica do devedor fiscal, no momento em que o auto de infração/notificação fiscal de lançamento traduz, em termos precisos, o que pretende arrecadar o fisco, com o desvio de conduta promovido pelo sujeito passivo. Noutros termos, o auto de infração/notificação fiscal de lançamento, instrumento formal que traduz a pretensão fiscal do credor, é capaz de identificar, aos detalhes, no mundo concreto dos fatos, todos os critérios da norma de incidência tributária, quais sejam, a materialidade do tributo exigido, a sujeição ativa e passiva da relação tributária instaurada, seus aspectos temporal e local, bem como a sua liquidação pecuniária, pela determinação do *quantum debeatur* exigido. A norma jurídica está completa e gera plenos efeitos nas esferas subjetivas dos atores jurídicos participantes. Em outra expressão, a norma jurídica, ao surgir ao mundo com o lançamento tributário *ex officio*

¹⁶⁴ BORGES, José Souto Maior. **Lançamento tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 451.

lavrado, é definitiva, já que não se pode duvidar de sua existência como ser, em uma concepção ontológica.

Não se pode, após as considerações realizadas, confundir o caráter definitivo da constituição do crédito tributário através do ato administrativo do lançamento, com a sua recorribilidade. Reflexão analógica pode-se efetuar em relação a uma sentença ou a uma decisão judicial de outra natureza qualquer, norma jurídica individual e concreta, motivada por uma autoridade judicial. Toda sentença é definitiva, pois capaz de gerar efeitos imediatos no mundo jurídico. Não há de se falar em sentença provisória, uma vez que perfeito está o decreto sentencial após a sua publicação, tanto é que, se não houver insurgência por parte do sucumbente, transita em julgado em toda a sua inteireza. Doutra forma, mesmo que haja qualquer tipo de recurso ou súplica, a norma jurídica instaurada pela sentença somente pode ser reformada ou alterada por outra norma jurídica, isto é, decisão colegiada promulgada por órgão julgador de instância superior competente para reanalisar o conteúdo normativo da norma jurídica contestada. Ou seja, somente outra norma jurídica definitiva é capaz de reformar uma norma jurídica definitiva posta em situação individual e concreta.

Paulo de Barros Carvalho discorre sobre tais considerações ao abordar a questão da decisão administrativa irreformável:

A segunda hipótese repousa na circunstância de a decisão administrativa apreciar o mérito da demanda, opinando por não ter havido o fato tributário e não ter-se irradiado a correspondente obrigação. A mencionada manifestação, prolatada em linguagem que o direito prescritivamente indica, terá o condão de cassar a juridicidade do vínculo até então existente, pondo fim à exigência.

Para aqueles que acolherem o fato jurídico tributário e a correlativa obrigação como algo constituído pela linguagem que o sistema do direito positivo dá por competente, tudo ficará satisfatoriamente explicado: uma linguagem de sobrenível desconstituiu, juridicamente, linguagem de posição hierárquica inferior. Agora, a situação será difícil para os que imaginarem que o fato tributário é o mero evento, fazendo nascer aquilo que se chama de 'relação jurídica efectual'. Para estes, surgirá o paradoxo: se a decisão administrativa irreformável declara não ter ocorrido o fato imponível e, por isso, nunca ter nascido a obrigação tributária, como pode extingui-la? Como é possível dizer que deixou de existir, extinguindo-se, algo que se reconhece, expressamente, nunca ter existido? Essa perplexidade se reflete na excelente obra do Prof. Alcides Jorge Costa, ao afirmar que, 'se a decisão declara inexistente o crédito por qualquer motivo, o caso não é de extinção pois não se extingue o que não existe'.

Muito confortável, pelo contrário, é a situação de quem advoga, como se faz neste trabalho, o surgimento do fato e da relação por força de uma linguagem prevista pela ordem jurídica como adequada a esse fim. A decisão administrativa representaria a outra manifestação de linguagem, de nível hierarquicamente

superior, credenciada, portanto, a suprimir a juridicidade daquela até então vigente.
¹⁶⁵ (Grifo nosso)

Em suma, a norma jurídica criada pelo lançamento tributário de ofício, ao revelar conduta ilícita do devedor fiscal, diante do seu não adimplemento da obrigação imposta *ex lege*, constitui o crédito tributário definitivamente, mesmo que venha a ser alterada ou reformada por norma jurídica hierarquicamente superior, emanada de tribunal com a competência para tal feito.

¹⁶⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 217-218.

4 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEGURANÇA JURÍDICA E OS FENÔMENOS JURÍDICOS DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA

4.1 A QUESTÃO DO CONFIAR, DO FIAR-SE E DO CUIDADO EM SI

Algumas considerações complementares ao tema proposto reclamam por serem ditadas logo na abertura deste Capítulo, mesmo porque, ao se versar sobre a segurança e, conseqüentemente, de forma posterior em breve advir, acerca da segurança jurídica, não há que se perder de mira o seu sentido original, comandado pelo vocábulo “confiar”.

Sem confiar, ou seja, ter confiança, não há que se falar em segurança. O pressuposto básico da segurança reside na possibilidade da promoção do exercício da confiança. Esta reflexão não se refere ao sentimento próprio e individual da autoconfiança, mesmo porque, em diversas situações em que esta é demonstrada, pode-se, inclusive, perpetrar a insegurança e, até mesmo, o desespero. É o caso, por exemplo, dos atentados suicidas de cunho terrorista, dentre outros, quando o excesso de autoconfiança, motivado por interesses de cunho político, ideológico ou religioso, é capaz de pôr em risco, inclusive, determinados grupos inteiros de coletividades.

A característica básica da segurança é a sua intersubjetividade, ou seja, poder confiar em um terceiro, poder fiar-se, daí a utilização reflexiva deste verbo, já que a ação individual de fiar em nada se relacionaria com o tema proposto da segurança. Alguém que se fia, fia-se em alguém. Poder-se-ia falar, também, para contestar o quanto já exposto, em fiar-se em ou a algo, como, por exemplo, em uma corda para ultrapassar dois pontos distantes e por si atados e interligados. Neste diapasão, contudo, estar-se-ia distanciando desta reflexão o mundo do Direito, aquele onde a interação entre sujeitos de direitos e de deveres se faz presente, daí porque se alardeia, aos quatro ventos, a locução “intersubjetividade” como marca característica e quiçá ontológica da juridicidade. É na vida em comunidade que se experimenta o contato com outrem, o liame intersubjetivo, aquele capaz de sedimentar o caldo cultural para o regramento da conduta familiar, diuturnamente travada entre humanos. Intersubjetividade, humanidade, mundanidade e faticidade são alguns dos elementos necessários para a compreensão do ato de confiar, ou melhor, do fiar-se em alguém, e, por isso, demarcar os contornos territoriais da segurança em termos genéricos, bem como da segurança jurídica, de modo específico.

Tal liame, aquele estabelecido pela forma originária do confiar e a sua relação intrínseca com a segurança, é reconhecido pela doutrina jurídica hodierna de modo específico, ao versar sobre a principiologia que envolve a segurança jurídica. Isso pode ser verificado, por exemplo, na intervenção promovida por Heleno Taveira Torres, ao tratar do princípio de expectativas de confiança legítima, a própria face subjetiva da segurança jurídica:

Todo aquele que confia no ordenamento tem em seu favor uma expectativa legítima de que suas pretensões receberão sempre o mesmo tratamento jurídico, ainda que a solução possa não ser idêntica em todos os casos. Esse sentimento de 'proteção' da 'confiança' constitui a base subjetiva ou forma de expressão da segurança jurídica.¹⁶⁶ (Grifo nosso)

Esse aspecto do sentimento de confiança do cidadão na ordem jurídica, como reflexo da segurança jurídica, é asseverado por Paulo Roberto Lyrio Pimenta:

Em outras palavras, com a segurança jurídica outorga-se ao administrado uma garantia de estabilidade das normas jurídicas e dos critérios utilizados na interpretação dos textos normativos, fatores que proporcionam ao cidadão um sentimento de confiança no Direito vigente e no modo da sua interpretação, de maneira que poderá não apenas prever e calcular as consequências jurídicas dos comportamentos que viera a adotar, como acreditar também no prolongamento dessa situação de estabilidade no tempo.¹⁶⁷ (Grifo nosso)

No sentido de assegurar aos homens uma convivência social em função dos valores estabelecidos em sua comunidade, representa a percepção discorrida por Marco Aurélio Greco:

É cediça a afirmação – com a qual estamos de acordo – que o Direito é um instrumento de controle de comportamentos humanos. Os homens preexistem ao Direito e este surgiu para dar uma disciplina assecuratória da situação de cada um e da convivência social segundo valores a cada vez prestigiados.¹⁶⁸

Em face de o conceito de confiar ou, mais precisamente, de fiar-se em alguém, e neste sentido também estaria incluído no lugar do terceiro a figura do Estado, detentor de personalidade jurídica de Direito Público, há que se coligar outra percepção, desta vez destacada pela presença da locução “cuidado consigo mesmo”, capaz de atrelar entre si as noções de humanidade, segurança, governo e Estado. Em um breve resumo, o liame

¹⁶⁶ TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do Sistema Constitucional Tributário**. São Paulo: RT, 2011, p. 187.

¹⁶⁷ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. O Princípio da Segurança Jurídica em face de Mudança da Jurisprudência Tributária. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Org.). **Grandes questões atuais do direito tributário. v.10. São Paulo: Dialética, 2006**, p. 359-372.

¹⁶⁸ GRECO, Marco Aurélio. **Dinâmica da tributação** – uma visão funcional. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 125.

estabelecido do “fiar-se em” com “o cuidado em si” promove a segurança almejada em uma associação comunitária.

Antes, porém, há que se diferenciar o “cuidado em si” do “conhecer a si mesmo”, haja vista que o surgimento e o desenvolvimento do conhecimento de base predominantemente “cartesiana” – oriundos e estimulados das ciências da natureza, estendidos, por sua vez, aos domínios do espírito, ou culturais – foram capazes de soterrar ou emudecer a sabedoria helênica, cujos reflexos influenciaram o modo de filosofar romano e mesmo o cristão medieval, diante da influência grega, notadamente através de Platão e Aristóteles, no pensamento da patrística e da escolástica, somente a título exemplificativo.

O “conhecer a si mesmo” técnico-intelectual, em face da submissão da teoria do conhecimento ao método, ao sistema e à lógica formal “cartesiana”, tornou-se poderoso, ao ponto da sua estética formalista desvalorizar o “cuidado em si”, representado pela arte, pelo belo, pela argumentação e pela retórica, tão utilizados e disseminados através da cultura grega clássica e das suas influências posteriores. Michel Foucault produz digressão específica acerca do paralelismo ora empreendido:

[...] Parece-me que o ‘momento cartesiano’, mais uma vez com muitas aspas, atuou de duas maneiras, seja requalificando filosoficamente o *gnôthi seautón* (conhece-te a ti mesmo), seja desqualificando, em contrapartida, a *epiméleia heautoû* (cuidado de si).

Primeiro, o momento cartesiano requalificou filosoficamente o *gnôthi seautón* (conhece-te a ti mesmo). Com efeito, e nisso as coisas são muito simples, o procedimento cartesiano, que muito explicitamente se lê nas ‘Meditações’, instaurou a evidência na origem, no ponto de partida do procedimento filosófico – a evidência tal como aparece, isto é, tal como se dá, tal como se dá à consciência, sem nenhuma dúvida possível. É, portanto, ao conhecimento de si, ao menos como forma de consciência, que se refere o procedimento cartesiano. Além disso, colocando a evidência da existência própria do sujeito no princípio do acesso ao ser, era esse conhecimento de si mesmo (não mais sob a prova da evidência mas sob a forma da indubitabilidade de minha existência como sujeito) que fazia do ‘conhece-te a ti mesmo’ um acesso fundamental à verdade. Certamente, entre o *gnôthi seautón* socrático e o procedimento cartesiano, a distância é imensa. Compreende-se, porém, por que, a partir desse procedimento, o princípio do *gnôthi seautón* como fundador do procedimento filosófico pôde ser aceito, desde o século XVII, portanto, em certas práticas ou procedimentos filosóficos. Mas, se, pois, o procedimento cartesiano, por razões bastante simples de compreender, requalificou o *gnôthi seautón*, ao mesmo tempo muito contribuiu, e sobre isso gostaria de insistir, para desqualificar o princípio do cuidado de si, desqualificá-lo e excluí-lo do campo do pensamento filosófico moderno.¹⁶⁹ (Grifo nosso)

¹⁶⁹ FOUCAULT, Michel. **A hermenêutica do sujeito**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 14-15.

A evolução histórica do conhecimento patrocinado pelas correntes modernas de pensamento, especialmente no que se refere à quebra dos paradigmas clássicos da separação dogmática entre o sujeito e o objeto, da razão em face da intuição, do fenômeno diante da metafísica, dos juízos apriorísticos daqueles experimentais, do autor e da obra em seu espaço e os seus papéis dentro do círculo hermenêutico, foi capaz de aproximar a arte da ciência, como aspectos evolutivos de um mesmo processo histórico, mesmo porque o belo e o genial estão atados umbilicalmente no processo da evolução humana, inclusive no Direito, como reflexiona Vattimo em suas considerações:

A tomada de consciência ‘historicista’ da epistemologia contemporânea, emblemática, mas não esgotada pela obra de Kuhn, parece configurar-se como uma dissolução da contraposição entre uma história, propriamente dita, da ciência-técnica e uma problemática, imprópria, história do gênio artístico. É esse o dado com que nos defrontamos quando nos colocamos o problema, aparentemente inocente, de transferir para o devir artístico as categorias e o enfoque de Kuhn da história da ciência. Essa transferência não tem êxito, ao que parece, porque, na realidade, a distância entre os dois campos dissolveu-se. (De resto, no próprio Kant, a distinção entre os dois tipos de historicidade é mais de princípio do que efetiva e desenvolvida: o gênio, como se sabe, não pode ser autenticamente tal se não for acompanhado pelo gosto e, também, por uma capacidade técnica que lhe permita produzir obras verdadeiramente exemplares – que façam época. No entanto, as regras técnicas são, precisamente, seu vínculo necessário com a história das cabeças mecânicas...).

Não apenas, como acenamos, a distinção entre os dois tipos de historicidade parece ter-se dissolvido hoje em dia, mas essa dissolução se deu mediante uma redução da própria historicidade ‘cumulativa’ à historicidade ‘genial’. De fato, se levarmos em conta que, para Kant, a genialidade implica, necessariamente, a exemplaridade e o ‘fazer época’ – isto é, complexos mecanismos de recepção e historicização –, não será difícil reconhecer que as revoluções científicas de Kuhn são amplamente moldadas com base na peculiar (e imprópria, segundo Kant) historicidade do gênio humano.¹⁷⁰ (Grifo nosso)

Perquirição há que ser empreendida no discurso ora exercido, haja vista o necessário diálogo preconizado entre o confiar, ou “fiar-se em” com o “cuidado em si”, de modo a se destacar o seu vínculo com a questão da segurança em sentido abstrato, ou mais, especificamente a segurança jurídica, de forma contextualizada, ao estender seus contornos até mesmo diante da segurança jurídica tributária, se se pudesse preconizar uma microfísica da seguridade em uma acepção ontológica originária.

Ocorre que o “cuidado em si” não se trata de uma preocupação com a individualidade específica, quando, por exemplo, um médico trata de um paciente, em busca do restabelecimento pleno da sua saúde. O “cuidado em si” revolve uma preocupação que

¹⁷⁰ VATTIMO, Gianni. **O fim da modernidade:** niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 90-91.

transcende os limites individuais e próprios de cada qual, tendo em vista o alcance de um objetivo coletivo, ou seja, na possibilidade do exercício da governança, para que cada comunidade administrada seja capaz de fazer frente às suas necessidades e encontre as soluções para os dilemas cotidianos vislumbrados.

O “cuidado em si”, ao significar o aperfeiçoamento humano em torno da arte, da beleza, do verdadeiro, do justo, com base na argumentação e na retórica – ou melhor, ao aproximar-se da diversidade dos fenômenos que gravitam ao redor da própria vida humana, com o auxílio da técnica, ao se estabelecer uma simbiose entre a diversidade mundana do mundo, dentro de seu caráter niilista hermenêutico, diante do colorido das interpretações sedimentadas no seio social, conjunção teórica que se apodera ou se utiliza inclusive do “conhecer a si mesmo” – sedimenta o caminho para a orientação da vida comunitária, inclusive em seu aspecto normativo, ao pavimentar a necessária construção entre a ideia de confiança e a de segurança jurídica ansiada.

Tal identificação é pontuada através do próprio Foucault em outro extrato da mesma obra ao analisar, através de Platão, no texto “A Apologia de Sócrates”, o diálogo travado entre o discípulo Alcibíades e o seu mestre Sócrates:

[...] Havíamos parado no aparecimento daquela fórmula que pretendo estudar, durante este ano, em toda a sua extensão e evolução: ‘ocupar-se consigo mesmo’ (*heautoû epimeleisthai*). Lembremos o contexto em que essa fórmula apareceu. Um contexto muito familiar a todos os diálogos de juventude de Platão – denominados diálogos socráticos -, uma paisagem política e social: é a paisagem, o pequeno mundo dos jovens aristocratas que, por seu status, são os primeiros da cidade e estão destinados a exercer sobre sua cidade, sobre seus concidadãos, um certo poder. Jovens que, desde a mocidade, são devorados pela ambição de prevalecer sobre os outros, sobre seus rivais na cidade, assim como sobre seus rivais de fora da cidade, em suma, de passar a uma política ativa, autoritária e triunfante. O problema porém está em saber se a autoridade que lhes é conferida por seu *status* de nascimento, seu pertencimento ao meio socrático, sua grande fortuna – como era o caso de Alcibíades -, se a autoridade que lhes é assim de saída conferida, também os dota da capacidade de governar como convém. Trata-se, pois, de um mundo em que se problematizam as relações entre o *status* de ‘primeiros’ e a capacidade de governar: necessidade de ocupar-se consigo mesmo na medida em que se há que governar os outros. Primeiro círculo, primeiro elemento do contexto.¹⁷¹ (Grifo nosso)

Nestas considerações, ocorre o despertar de uma reflexão, que é a característica essencial humana da vontade de governar os outros, os indivíduos de sua coletividade próxima, ou

¹⁷¹ FOUCAULT, Michel. **A hermenêutica do sujeito**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 41-42.

melhor, a ânsia de poder como essência do ser, verdadeira ontologia da modernidade, da qual o Direito não está apartado, como se experimentasse uma dimensão transcendental.

A tríade desta reflexão não se encontra, todavia, acabada. Até o presente momento, abordou-se a questão da segurança relacionada, em primeiro aspecto, com a do tema do confiar ou do fiar-se e, em segundo pensar, com a governança através do sentido específico emprestado ao “cuidado em si mesmo”. Um terceiro elemento clama por ser convocado: trata-se do sentimento de ordem, aquele que estabelece as noções de estrutura, de sistema, de estabilidade, de constância, de regularidade, ínsitos a qualquer agrupamento humano ao sofrer qualquer tipo de interferência normativa, como destaca Humberto Ávila:

[...] Considerando-se que a expressão ‘segurança jurídica’, como será examinado ao longo deste texto, é associada aos ideais de determinação, de estabilidade e de previsibilidade do Direito, dentre outros, verifica-se, portanto, que, já no preâmbulo, a CF/88 demonstra grave preocupação com a segurança jurídica mediante a utilização de termos como ‘segurança’, ‘assegurar’, ‘harmonia’ e ‘ordem’.¹⁷²

Tal noção de estabilidade e de previsibilidade **própria** à segurança jurídica, valor perseguido pelos ordenamentos jurídicos modernos, como forma de se atingir a justiça no Direito, é destacada por Ricardo Maurício Freire Soares em suas considerações:

A ‘segurança se afigura com um dos valores’ mais importantes do plexo axiológico da experiência jurídica, sinalizando a importância da estabilidade e da previsibilidade nas relações sociais como meios para a concretização do direito justo.
[...]
Embora se revele limitada esta proposta de fundamentação positivista de direito justo, não há como negar que a segurança jurídica integra, ao lado dos demais valores jurídicos, a fórmula da realização da justiça no Direito.¹⁷³

A segurança traz consigo, ontologicamente, o sentido de ordem, diante da previsibilidade a ser imposta no regramento da conduta intersubjetiva mundanizada no mundo através do comportamento humano, pois, no exercício do contato diuturno travado com o seu semelhante, o homem, ao ansiar certa regularidade no trato de suas questões, mesmo as mais comezinhas, clama pela segurança estabelecida pelos arquétipos de ordem já experimentados,

¹⁷² ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo, Malheiros, 2011, p. 34.

¹⁷³ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

seja em função dos costumes vigentes através das práticas consuetudinárias recorrentes no seu dia a dia, seja em função de normas escritas preestabelecidas.

O elo, portanto, se estabelece e se consolida. Confiar de forma intersubjetiva ao se transformar em “fiar-se em alguém”, que conduz ao “cuidado em si mesmo”, não no seu sentido egocêntrico ou solipsista, mas, doutra forma, como forma de governar o próximo, através da arte da política, atrelada ao sentimento de ordem, de estrutura e de sistema, no intuito de se obter o belo, o estético, enfim, a justiça social, compõe a residência permanente de certos feixes principiológicos, dentre os quais a requisitada segurança, sem a qual a dignidade da pessoa humana restaria maculada.

4.2 A ONTOLOGIA DA FINITUDE – O SER PARA A MORTE HEIDEGGERIANO E A SUA RELAÇÃO COM A SEGURANÇA JURÍDICA ATRAVÉS DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA JURÍDICAS

Nada resta indefinido em sua plena indefinibilidade. A presença humana é finita em seu percurso existencial. Daí se falar, de acordo com a analítica existencial heideggeriana, no fim do ser, ou melhor, do ente que busca a compreensão do seu sentido, o *Dasein*. Vattimo empreende reflexão específica sobre a temática exposta:

[...] Heidegger chega a mostrar a conexão entre projeto do Ser-aí e ser para a morte no início da segunda seção de *Sein und Zeit*, onde coloca o problema da totalidade das estruturas do Ser-aí. O Ser-aí só pode ser uma totalidade antecipando(-se para) a morte. Dentre todas as possibilidades que constituem o projeto do Ser-aí, isto é, seu ser no mundo, a possibilidade de morrer é a única de que o Ser-aí não pode escapar. Não só: a morte também é a possibilidade que, enquanto o Ser-aí é, permanece pura possibilidade. Mas é precisamente nesse fato de ser uma possibilidade permanente, que, realizando-se, tornaria impossíveis todas as outras possibilidades aquém dela (as possibilidades concretas de que o homem de fato vive), que a morte também age como fator que manifesta todas as outras possibilidades em seu caráter de possibilidade e que, portanto, confere à existência o ritmo móvel de um *dis-cursus*, de um contexto cujo sentido se constitui como um todo musical que nunca se detém numa nota isolada.¹⁷⁴ (Grifo nosso)

Como abordado no Capítulo 2 anterior, o tempo do homem, do fenômeno, do Direito, é, antes de tudo, finito, pois a existência termina com a morte. Ou seja, a existência reflete a possibilidade da impossibilidade, o que, em outros termos, significa afirmar que, no pequeno espaço de sua existência, a presença, diante da faticidade dos elementos postos à disposição na mundanidade do seu mundo, é capaz de abrir as clareiras de suas possibilidades

¹⁷⁴ VATTIMO, Gianni. **O fim da modernidade:** niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 113.

existenciais, emergir com força determinante da sua decadência como reflexo de sua tradição alienante, e, como ser histórico, em sua atualidade, refletir o seu porvir em função do seu “vigor de ter sido”.

A cura existencial estabelecida na estrutura do ser ocorre em função do debelar de sua angústia, tendo em vista que a presença reconhece-se, ontologicamente, como um “ser para a morte”. Neste instante, o rimbombar da presença ou do *Dasein* percebe o momento original da sua existência, ao abandonar seu projeto decadente, histórico e tradicional e encontrar a forma mais originária do seu ser. Nas palavras do próprio Heidegger:

Da mesma forma que a presença, enquanto é, constantemente já é o seu ainda-não, ela também já é sempre o seu fim. O findar implicado na morte não significa o ser e estar no fim da presença, mas o seu ser para o fim. A morte é um modo de ser que a presença assume no momento em que é. ‘Para morrer basta estar vivo’.

Enquanto ser para o fim, o findar reclama um esclarecimento ontológico haurido no modo de ser da presença. E, presumivelmente, apenas a partir da determinação existencial do findar é que se fará compreensível a possibilidade do caráter existencial de um modo de ser do ainda-não que se encontra ‘antes’ do ‘fim’. O esclarecimento existencial do ser para o fim poderá fornecer a base suficiente para se delimitar o sentido possível em que se fala de uma totalidade da presença, desde que essa totalidade seja constituída pela morte, entendida como ‘fim’.¹⁷⁵ (Grifo nosso)

Na trilha da mesma inteligência, observa-se a consideração efetivada por Gianni Vattimo a respeito do “ser para a morte” heideggeriano e das possibilidades intrínsecas do ser:

O processo, descrito exemplarmente por Sartre na Crítica da razão dialética como recaída na contrafinalidade e no prático-inerte, mostra, de maneira inequívoca, o destino desses tipos de reapropriação. É com respeito a isso que o niilismo aparece como a nossa chance, um pouco no mesmo sentido em que, em *Sein und Zeit*, o ser para a morte e a decisão antecipadora que o assume apareciam como a possibilidade capaz de possibilitar verdadeiramente todas as outras possibilidades que constituem a existência – portanto, também como uma suspensão da coercitividade do mundo, que situa no plano do possível tudo o que se dá como real, necessário, peremptório e verdadeiro.¹⁷⁶ (Grifo nosso)

Ao não se preocupar, nestas considerações, em identificar qualquer traço niilista exercido por Nietzsche em sua afirmação categórica pela morte de Deus, a ontologia de finitude desenvolvida por Heidegger leva a perceber a força do nada, através da erupção da existência em face da morte, ao fazer despertar a presença da sua decadência mundana.

¹⁷⁵ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 5. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 320.

¹⁷⁶ VATTIMO, Gianni. **O fim da modernidade**: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 13.

Neste pensar, percebe-se que, se até mesmo a presença rui em função do final da sua existência, marcada pela morte, e, neste sentido, as relações travadas no dia a dia jurídico do homem, em seu mundo mundano, também não poderiam ser perenizadas ou eternizadas. A eternização dos conflitos e das pretensões clama por um fim, já que o eterno não pode, ontologicamente, permanecer indefinidamente permanente no mundo fenomenológico mundanizado do homem.

O Direito reclama haurir deste contexto do “ser para a morte” a inspiração necessária para compreender a finitude ontológico-existencial das relações jurídicas, já que a decrepitude, até mesmo para a sua reconstrução, reflete condição ínsita à natureza humana, ao formar o caldo cultural, onde se encontram misturadas, em matizes multicoloridos ou variados, as condutas humanas em interferência subjetiva, ao demarcar os contornos da reflexão jurídica.

A norma é o fim, o termo da relação jurídica, seja pelo cumprimento dos deveres jurídicos estabelecidos diante de pretensões oriundas dos direitos subjetivos contrapostos, ou mesmo o seu perecimento, tanto em função da ocorrência da decadência, quanto da prescrição jurídicas existentes dentro do ordenamento jurídico estabelecido.

A segurança jurídica reclama a existência dos institutos da decadência e prescrição jurídicas, já que o “ser para a morte” faz parte da sua ontologia, essência do seu ser, pelo fato de ser impossível a perenidade da extensa maioria dos dilemas ou pretensões residentes no mundo humano da faticidade fenomenológica, onde está inserido o Direito.

É com base nos rasgos impressos pela ontologia da finitude do ser que se desenvolverão as reflexões relacionadas com a segurança jurídica em geral. Neste contexto, a presença dos institutos da decadência e prescrição jurídicas, inclusive no seio fiscal, mais especificamente, os contornos destas relações com a prescrição intercorrente no processo administrativo tributário, já que se devem preconizar o ruir e o desfalecer do crédito fiscal exigido pelo sujeito ativo, quando, no seio administrativo de sua discussão, transcorrem mais de 05 anos, sem a decisão final denegatória da impugnação ou do recurso interposto pelo sujeito passivo da obrigação tributária.

4.3 NORMAS JURÍDICAS E SUA TAXIONOMIA: REGRAS, PRINCÍPIOS E POSTULADOS

A norma jurídica, em seus contornos básicos, foi compreendida, no Capítulo anterior desta Dissertação, como um juízo hipotético, revelado através de uma proposição prescritiva dotada de um conteúdo semântico, precursora de um modal deôntico, cuja estrutura lógica é composta de um antecedente normativo associado a uma consequência, o qual, uma vez estabelecido ou materializado no mundo dos fenômenos, inaugura a relação jurídica entre os sujeitos envolvidos no fato jurídico produzido. Em suma, a norma jurídica revela a conduta humana em interferência intersubjetiva, com base na liberdade existencial ontológica do ser.

A vetusta concepção segundo a qual somente as regras consubstanciar-se-iam em normas jurídicas caiu por terra já há algum período. Tal intelecção, aliás, é digna de observação por parte de Dirley da Cunha Jr., ao depositar no pós-positivismo, inaugurado após a II Guerra Mundial, a consagração do princípio como norma jurídica:

Por muito tempo, prevaleceu na teoria jurídica tradicional a ideia de que os princípios desempenhavam uma função meramente auxiliar ou subsidiária na aplicação do Direito, servindo de meio de integração da ordem jurídica na hipótese de eventual lacuna. Nesse sentido, os princípios não eram vistos como normas jurídicas, mas apenas como ferramentas úteis para sua integração e aplicação. Eram uma categoria à parte, marginalizada e relegada à importância secundária. Esta posição reduzida dos princípios, entre nós, foi claramente adotada por nosso sistema jurídico positivado como se observa da leitura do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC, Decreto-lei nº 4.657/42): ‘Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito’.

Deve-se ao pós-positivismo, como marco filosófico do novo Direito Constitucional do pós-guerra, a superação da distinção entre normas e princípios. Muitos foram os autores que proclamaram a normatividade dos princípios em bases teóricas e metodológicas consistentes e irrefutáveis, destacando, entre eles, Joseph Esser, Jean Boulanger, Jerzy Wróblewski, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Karl Engisch, Wilhelm-Cannaris, Genaro Carrió, Crisafulli, Canotilho, Jorge Miranda e Norberto Bobbio. No Brasil, a normatividade dos princípios já é uma realidade compartilhada por todos os constitucionalistas.¹⁷⁷ (Grifo nosso)

No mesmo sentido, produzem Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco e Inocêncio Mártires Coelho a separação doutrinária e conceitual entre regras e princípios, destacando, em ambas as espécies, o seu caráter geral de norma jurídica, notadamente ao versar sobre as normas constitucionais:

¹⁷⁷ CUNHA JR., Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 150-151.

Atenta às particularidades das normas constitucionais, a doutrina lhes flagrou uma classificação, que é de considerável valia para o processo da interpretação constitucional. Consideradas em conjunto, as normas constitucionais são vistas como a pertencer a um sistema normativo, que lhes imprime uma certa ordem de propósitos e que configura um todo tendencialmente coeso que se pretende harmônico. Observou-se, porém, que, estruturalmente, essas normas podiam ser enquadradas em dois tipos normativos, que atraem perspectivas também distintas de solução de problemas de aplicação das normas. Ganhou a doutrina mais moderna uma classificação das normas, que as separa em regras e princípios.¹⁷⁸ (Grifo nosso)

Luís Roberto Barroso traz consideração importante acerca da posição curial do princípio, na condição de norma jurídica, como veículo transportador dos valores do mundo ético para a sua incorporação ao ordenamento jurídico:

Após longo processo evolutivo, consolidou-se na teoria do Direito a ideia de que as normas jurídicas são um gênero que comporta, em meio a outras classificações, duas grandes espécies: as regras e os princípios. Tal distinção tem especial relevância no tocante às normas constitucionais. O reconhecimento da distinção qualitativa entre essas duas categorias e a atribuição de normatividade aos princípios são elementos essenciais do pensamento jurídico contemporâneo. Os princípios – notadamente os princípios constitucionais – são a porta de entrada pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico. Em sua trajetória ascendente, os princípios deixaram de ser fonte secundária e subsidiária do Direito para serem alçados ao centro do sistema jurídico. De lá, irradiam-se por todo o ordenamento, influenciando a interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral e permitindo a leitura moral do Direito.¹⁷⁹ (Grifo nosso)

De acordo com a ilustração acima consubstanciada, no sentido da consideração do princípio como norma jurídica, como parte integrante e importante dentro da hermenêutica judicial, impende destacar a consideração de Paulo Bonavides:

Tendo ocorrido já tanto aquela maturidade do processo histórico como a sua evolução terminal – a que se reportou o conspícuo Jurista – faz-se agora, de todo o ponto possível asseverar, a exemplo de Esser, Alexy, Dworkin e Crisafulli, que os princípios são normas e as normas compreendem igualmente os princípios e as regras.

Reconhece Esser – e com isso dá admirável passo adiante das posições positivistas – que o princípio atua normativamente; é parte jurídica e dogmática do sistema de normas, é ponto de partida (*starting point*, diz ele) que se abre ao desdobramento judicial de um problema.¹⁸⁰ (Grifo nosso)

Paulo de Barros Carvalho considera o princípio como norma jurídica, a despeito de também indicar a sua conotação de valor e de limite objetivo sem a forma estruturada de norma:

¹⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 82-83.

¹⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 203-204.

¹⁸⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 271.

Assim, nessa breve digressão semântica, já divisamos quatro usos distintos: a) como norma jurídica de posição privilegiada e portadora de valor expressivo; b) como norma jurídica de posição privilegiada que estipula limites objetivos; c) como os valores insertos em regras jurídicas de posição privilegiada, mas considerados independentemente das estruturas normativas; e d) como limite objetivo estipulado em regra de forte hierarquia, tomado, porém, sem levar em conta a estrutura da norma. Nos dois primeiros, temos ‘princípio’ como ‘norma’; nos dois últimos, ‘princípio’ como ‘valor’ ou como ‘critério objetivo’.

[...]

Seja como for, os princípios aparecem como linhas diretivas que iluminam a compreensão de setores normativos, imprimindo-lhes caráter de unidade relativa e servindo de fator de agregação num dado feixe de normas. Exercem eles uma reação centrípeta, atraindo em torno de si regras jurídicas que caem sob seu raio de influência e manifestam a força de sua presença. Algumas vezes constam de preceito expreso, logrando o legislador constitucional enunciar-lo com clareza e determinação. Noutras, porém, ficam subjacentes à dicção do produto legislado, suscitando um esforço de feitiço indutivo para percebê-los e isolá-los. São os princípios implícitos. Entre eles e os expressos não se pode falar em supremacia, a não ser pelo conteúdo intrínseco que representam para a ideologia do intérprete, momento em que surge a oportunidade de princípios e sobreprincípios.¹⁸¹ (Grifo nosso)

A concepção impressa por Alexy na “Teoria dos Direitos Fundamentais” também indica a presença das duas espécies normativas, as regras e os princípios:

Com frequência, não são regra e princípio, mas norma e princípio ou norma e máxima, que são contrapostos. Aqui, regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deonticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.¹⁸² (Grifo nosso)

À mesma trilha se dirige o pensamento de Dworkin ao propugnar a existência de princípios, quais sejam normas partícipes da ordem jurídica, diferentes das regras de condutas impostas:

Quero lançar um ataque geral contra o positivismo e usarei a versão de H. L. A. Hart como alvo, quando um alvo específico se fizer necessário. Minha estratégia será organizada em torno do fato de que, quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicos, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões. Argumentarei que o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras.¹⁸³ (Grifo nosso)

¹⁸¹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009, p. 262-263.

¹⁸² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87.

¹⁸³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 35-36.

Diante da evidência posta pelos exemplos atrás referenciados, cabe estabelecer os marcos diferenciadores entre regras e princípios, bem como definir o *status* dos postulados, ou seja, se estes últimos correspondem, também, a uma espécie do gênero “norma jurídica”.

Tal diferenciação pode ser haurida da própria definição das espécies já referidas, uma vez que, enquanto, na ótica de Alexy, os princípios corresponderiam a mandamentos de otimização, as regras, doutro lado, representariam determinações específicas, devendo ser satisfeitas:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.¹⁸⁴ (Grifo nosso)

A diferenciação entre as duas espécies de normas jurídicas se torna mais clara no momento em que ocorre o conflito normativo, pois, no caso das regras, se não houver outra regra que excepcione o dilema instaurado, uma delas será invalidada. Implanta-se a tese do tudo ou do nada, caso não haja uma exceção. Não é o que ocorre no caso dos princípios, diante da existência do sopesamento entre as normas de otimização em colisão, quando uma delas seria afastada em face da prevalência da outra na solução hermenêutica aplicada ao caso concreto. Alexy, na multicitada obra, discorre sobre tal distinção:

Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos umas das regras for declarada inválida. Um exemplo para um conflito entre regras que pode ser resolvido por meio da introdução de uma cláusula de exceção é aquele entre a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala de soar o alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. Esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio. Se esse tipo de solução não for possível, pelo menos uma das regras tem que ser declarada inválida e, com isso, extirpada do ordenamento jurídico. Ao contrário do que ocorre com o conceito de validade social ou de importância da norma, o conceito de validade jurídica não é gradual. Ou uma norma jurídica é válida, ou não

¹⁸⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-91.

é. Se uma regra é válida e aplicável a um caso concreto, isso significa que também sua consequência jurídica é válida. Não importa a forma como sejam fundamentados, não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos. Em um determinado caso, se se constata a aplicabilidade de duas regras com consequências jurídicas concretas contraditórias entre si, e essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de exceção, então, pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida.

[...]

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão de precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.

¹⁸⁵ (Grifo nosso)

Dworkin também propõe um raciocínio similar em relação ao quanto discutido, ou seja, a dimensão do peso para o conflito normativo entre princípios e a aplicação do tudo ou nada no caso do choque de regras para a solução hermenêutica de um caso concreto, em face de sua importância identificada:

Essa primeira diferença entre regras e princípios traz consigo uma outra. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.

As regras não têm essa dimensão. Podemos dizer que as regras são funcionalmente importantes ou desimportantes [...]. Nesse sentido, uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra porque desempenha um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento. Mas não podemos dizer que uma regra é mais importante que outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior.¹⁸⁶ (Grifo nosso)

Manoel Jorge e Silva Neto, na trilha do mesmo pensar, descortina a diferenciação entre normas-regra e normas-princípio, dentro da topografia constitucional das normas jurídicas:

Mas as normas constitucionais podem, por sua vez, ser classificadas em regras e princípios constitucionais.

¹⁸⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 92-94.

¹⁸⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 42-43.

O que distinguiria os princípios das regras?

[...]

Já os princípios têm uma dimensão que as regras não possuem – a dimensão de peso e importância.

Quando os princípios se interseccionam, quem se propuser a resolver o conflito com base neles deve ter em conta o peso relativo de cada qual. Evidente que isso não determina uma medida exata, matemática, porque será convertida a conclusão a respeito de um princípio em particular ser mais importante do que o outro.

Logo, as normas constitucionais podem ser classificadas em:

- a) normas-regra;
- b) normas-princípio.¹⁸⁷

A percepção adotada por Canotilho é capaz de sintetizar e aglutinar as ideias ventiladas pelos doutrinadores já referidos, no sentido de considerar princípios e regras como espécies normativas, bem como determinar seus elementos de diferenciação:

Os princípios interessar-nos-ão, aqui, sobretudo na sua qualidade de verdadeiras normas, qualitativamente distintas das outras categorias de normas, ou seja, das regras jurídicas. As diferenças qualitativas traduzir-se-ão, fundamentalmente, nos seguintes aspectos. Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência das regras é antinómica; os princípios coexistem, as regras antinómicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem exigências de optimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à 'lógica do tudo ou nada'), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos. Como se verá mais adiante, em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objecto de ponderação e harmonização, pois eles contêm apenas 'exigências' ou 'standards' que, em 'primeira linha' (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm 'fixações normativas' definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são correctas devem ser alteradas).

[...]

A existência de regras e princípios, tal como se acaba de expor, permite a descodificação, em termos de um 'constitucionalismo adequado' (Alexy: *gemässigte Konstitutionalismus*), da estrutura sistémica, isto é, possibilita a compreensão da constituição como sistema aberto de regras e princípios.¹⁸⁸ (Grifo nosso)

Para efeito de referência, importa trazer a diferença conceitual entre regras e princípios promovida por Humberto Ávila, a despeito de o referido autor discordar das considerações

¹⁸⁷ SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de direito constitucional**: atualizado até a EC n. 67, de 22 de dezembro de 2010 e Súmula Vinculante n. 31, de 17/02/2010. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 111-112.

¹⁸⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1161-1162.

empreendidas pela doutrina dominante, por identificar uma capacidade de ponderação das regras¹⁸⁹, como estabelecido, a nível exemplificativo, nos parágrafos acima reproduzidos:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes estão axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.¹⁹⁰

Por fim, cabe a reflexão sobre a existência de uma terceira espécie de norma jurídica, o postulado normativo. O termo “postulado”, como muitos outros empregados na seara científica, notadamente na Ciência do Direito, possui destacada polissemia, ou seja, é detentor de variados significados. O corte neste trabalho será tomado de empréstimo da metafísica kantiana, pois, de acordo com Kant, todo postulado é um juízo apriorístico, ou seja, não é dado na esfera do fenômeno, através da experiência, mas, outrossim, no nível da razão, ou do númeno, assimilado pela cognição através de categorias ou conceitos.

Na determinação metafísico-racional do postulado, pode-se colher a sua existência em diversas áreas culturais, sejam estas ínsitas ao conhecimento científico ou não. Por exemplo, o postulado fundamental da existência de Deus, como axioma a ser encontrado em qualquer religião. De igual forma, a liberdade do homem, base de toda a moral, inclusive objeto de estudo de Kant em outra obra metafísica, a “Crítica da Razão Prática”. Na própria Ciência do Direito, doutra forma, identifica-se a norma hipotética fundamental como postulado normativo de validade de qualquer ordenamento jurídico. Norma pressuposta, não contestável, pois universal e necessária, juízo da razão, e fator de estabilidade originária para o plexo normativo derivado, desde a constituição original até o ato administrativo ou

¹⁸⁹ Humberto Ávila, em suas considerações, assim assevera: “[...] com efeito, enquanto a doutrina, em geral, entende haver interpretação das regras e ponderação dos princípios, este trabalho critica essa separação, procurando demonstrar a capacidade de ponderação também das regras. Enquanto a doutrina sustenta que quando a hipótese de uma regra é preenchida sua consequência deve ser implementada, este estudo diferencia o fenômeno da incidência das regras do fenômeno da sua aplicabilidade, para demonstrar que a aptidão para a aplicação de um regra depende da ponderação de outros fatores que vão além da mera verificação da ocorrência dos fatos previamente tipificados. Enquanto a doutrina sustenta que um dispositivo, por opção mutuamente excludente, é regra ou princípio, esta pesquisa defende alternativas inclusivas entre as espécies geradas, por vezes, de um mesmo e único dispositivo [...]. Tudo isso da forma mais direta possível, e mediante a apresentação de exemplos no curso da argumentação.” ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 18-19.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 70.

particular mais individualizado, como um auto de infração, ou um contrato de compra e venda, por exemplo, como discorre Cossio ao destacar o seu aspecto gnosiológico dentro de um ponto de vista egológico do Direito:

A la luz de estas consideraciones se aclara que la norma fundamental en sí misma sólo es una hipótesis gnoseológica, es decir, una condición lógica del pensamiento dogmático para que éste pueda valer como conocimiento; condición necesaria e ineludible que, sobre un punto de partida, evita que el pensamiento dogmático resbale hacia atrás en un regreso *in infinitum*.... La función dogmática que con esto se cumple es clara y evidente: así se hace un todo de la pluralidad de normas que el jurista encuentra en su experiencia, al comienzo. ...; se lo confirma el hecho de que nunca un caso se resuelve por una norma aislada, sino que siempre es la totalidad del ordenamiento, repercutiendo a través de la norma que se invoca, la que se lo resuelve. Y, como Kelsen lo ha dicho, sabemos que una pluralidad de normas diversas constituye un todo o sistema, cuando todas ellas pueden insertarse en una última y única norma común. Es lo que vemos en la hipótesis gnoseológica de la norma fundamental cuando opera en concreto.¹⁹¹

Na esteira desta reflexão, René Descartes aborda a questão dos princípios primeiros, acima do mundo físico, ou seja, residentes na esfera metafísica do conhecimento:

A metafísica é o conhecimento das coisas que se encontram acima da *physis*, acima do mundo físico, as coisas inteligíveis. Dentre essas, situamos os primeiros princípios do conhecimento, as ideias, o ser perfeito e infinito e, por que não, a liberdade. ...¹⁹² (Grifo nosso)

Em assim sendo, já que os postulados jurídicos são detentores de uma essência estruturante da norma jurídica, entendida esta como a proposição prescritiva deontológica dotada de um conteúdo semântico, cuja estrutura lógica é composta de um antecedente normativo associado a uma consequência, não se pode preconizar a possibilidade do postulado jurídico ser uma espécie do gênero “norma jurídica”, mesmo porque o axioma ou o postulado não se insere na categoria de juízo hipotético disjuntivo de dever-ser. O postulado, portanto, elemento

¹⁹¹ Em tradução livre: “À luz destas considerações, se aclara que a norma fundamental em si mesma somente é uma hipótese gnosiológica, ou seja, uma condição lógica do pensamento dogmático para que este possa valer como conhecimento; condição necessária e iniludível que, **sob** um ponto de partida, evita que o pensamento dogmático retroceda em um regresso *in infinitum*... A função dogmática que com isto se cumpre é clara e evidente: assim se faz um todo da pluralidade de normas que o jurista encontra em sua experiência, no começo [...]; isto se confirma no fato de que nunca um caso se resolve por uma norma isolada, senão que sempre é a totalidade do ordenamento, repercutindo através da norma que se invoca, a que o resolve. E, como Kelsen **tem** dito, sabemos que uma pluralidade de normas diversas constitui um todo o sistema, quando todas podem inserir-se **em** uma última e única norma comum. É o que vemos na hipótese gnosiológica da norma fundamental quando opera em concreto.” COSSIO, Carlos. **El derecho en el derecho judicial**. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 55-56.

¹⁹² DESCARTES, René. **Discurso do método**. Porto Alegre: P&M, 2010, p. 25.

estruturante, não se pode confundir com o estruturado, norma jurídica, como afirma o próprio Humberto Ávila¹⁹³:

As considerações feitas acima apontam em sentido diverso. Como os postulados situam-se em um nível diverso do das normas objeto de aplicação, defini-los como princípios ou como regras contribuiria mais para confundir do que para esclarecer. Além disso, o funcionamento dos postulados difere muito do dos princípios e das regras. Com efeito, os princípios são definidos como normas imediatamente finalísticas, isto é, normas que impõem a promoção de um estado ideal de coisas por meio da prescrição indireta de comportamentos cujos efeitos são havidos como necessários àquela promoção. Diversamente, os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos. Rigorosamente, portanto, não se podem confundir princípios com postulados.

As regras, a seu turno, são normas imediatamente descritivas de comportamentos devidos ou atributivas de poder. Distintamente, os postulados não descrevem comportamentos, mas estruturam a aplicação de normas que o fazem. Mesmo que as regras fossem definidas como normas que prescrevem, proíbem ou permitem o que deve ser feito, devendo sua consequência ser implementada, mediante subsunção, caso a sua hipótese seja preenchida, como o fazem Dworkin e Alexy, ainda assim a complexidade dos postulados se afastaria desse modelo dual. [...]”¹⁹⁴ (Grifo nosso)

Neste texto e com o contexto ora empreendido, a segurança jurídica pode ser observada como princípio ou como regra, já que sujeita aos efeitos do sopesamento, quando se encontra em colisão com outro princípio, ou afastamento, nas situações em que existe o conflito com outra regra jurídica, caso não haja a possibilidade de se empreender uma exceção. Antes, porém, de maiores considerações sobre esta reflexão, necessário se faz versar sobre a segurança jurídica propriamente dita e sua inter-relação com o Estado Democrático de Direito, bem como a sua interface constitucional-tributária.

4.4 SEGURANÇA JURÍDICA

Diversos doutrinadores associam a segurança jurídica como atrelada ao Estado de Direito, entendido este em sua acepção garantidora dos direitos e garantias fundamentais do particular. Não se pode falar em um Estado de Direito, diante da ausência de normas jurídicas, sem a sua previsibilidade, sem a sua prévia divulgação, sem validade, sem clareza, mesmo porque os

¹⁹³ Em outra obra, Humberto Ávila define o postulado normativo como norma de segundo grau: “Os postulados normativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas. Daí se dizer que se qualificam como normas de segundo grau. [...]” ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 41.

¹⁹⁴ **Id. Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 89.

indivíduos, ao vivenciarem uma vida comunitária, almejam a certeza e a estabilidade dos atos jurídicos de forma geral e das relações jurídicas travadas entre si e com os entes públicos, no particular¹⁹⁵. Frente a tais considerações, muitos juristas consideram a segurança jurídica até mesmo como um metaprincípio, ou quem sabe, um postulado do Direito, malgrado não se possa concordar com esta última asserção, como já exposto no item anterior acima, apesar da voz dissonante de Humberto Ávila:

No final desta segunda parte, é preciso incluir, nesse conceito de segurança jurídica, os elementos relativos ao seu conteúdo e à sua eficácia. Nesse desiderato, pode-se afirmar que a segurança jurídica é um princípio que, exercendo várias funções eficaciais e argumentativas relativamente a normas que lhe são supra e infraordenadas, serve de pressuposto funcional para a produção e para a aplicação do Direito, não podendo ser jamais integralmente afastado.

[...]

Essas considerações esclarecem, assim, a importância sem par do princípio da segurança jurídica no quadro de princípios. Por isso mesmo que se pode afirmar, em uma expressão singela, que ele é um protoprincípio – o princípio dos princípios, a norma das normas, a norma normarum no quadro das espécies normativas, aquela que não só funda, mas também instrumentaliza as demais.¹⁹⁶ (Grifo nosso)

Paulo de Barros Carvalho, no mesmo pavimento trilhado por Humberto Ávila, também considera a segurança jurídica como um sobreprincípio constitucional:

Por outro lado, a estabilidade das relações jurídicas tributárias, diante das manifestações da nossa mais alta corte de justiça, torna-se assunto sobremaneira delicado, requerendo atenção especialíssima do intérprete, porquanto está em jogo o sobreprincípio da segurança jurídica.

[...]

O princípio da certeza do direito traduz as pretensões do primado da segurança jurídica no momento em que, de um lado, (i) exige do enunciado normativo a especificação do fato e da conduta regrada, bem como, de outro, (ii) requer previsibilidade do conteúdo da coatividade normativa. Ambos apontam para a certeza da mensagem jurídica, permitindo a compreensão do conteúdo, nos planos concretos e abstratos. Pensamos que esse segundo significado (ii) quadra melhor no âmbito do princípio da segurança jurídica. A relação entre tais princípios é evidentemente complexa, devendo ser melhor elucidada no próximo item deste estudo.¹⁹⁷ (Grifo nosso)

¹⁹⁵ Norberto Bobbio, ao criticar a redução do conceito de justiça ao sentido de validade jurídica, destaca o papel da certeza dentro da ordem jurídica: “Mas então, se a observação da natureza não oferece base suficiente para determinar o que é justo e o que é injusto de modo universalmente reconhecível, a redução da validade à justiça leva a apenas uma só e grave consequência: a destruição de um dos valores fundamentais sobre o qual se apoia o direito positivo (entendido como direito válido), o valor da certeza [...]” BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 4. ed. Bauru, SP: EDIPRO, 2008, p. 57.

¹⁹⁶ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, p. 600-601.

¹⁹⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009, p. 270-272.

Canotilho destaca a segurança jurídica como princípio inerente ao Estado de Direito, ao dotar o ordenamento jurídico dos elementos clareza, fiabilidade, transparência e racionalidade, dentre outros aspectos:

O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideram os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança como elementos constitutivos do Estado de direito.

[...] A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante qualquer acto de qualquer poder – legislativo, executivo e judicial. O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois, a ideia de protecção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo tem do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixado pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico. [...] ¹⁹⁸ (Grifo nosso)

Na mesma linha, surge o magistério de Leandro Paulsen, ao preconizar a origem da segurança jurídica com base no Estado de Direito:

O princípio da segurança jurídica decorre implicitamente do sobreprincípio do Estado de Direito, tendo em conta o resguardo que este implica à esfera individual no sentido de garantir o reconhecimento de qual seja o direito válido, de proteger a liberdade, de imunizar contra a arbitrariedade e de assegurar o acesso ao Judiciário, dentre outros tantos direitos e garantias já arrolados. ¹⁹⁹

Michel Bouvier estabelece uma conexão entre a segurança jurídica e o princípio da não retroatividade da lei fiscal:

Le principe de non-rétroactivité de la loi, qui est de portée générale, découle de l'article 2 du Code civil. Pour les lois pénales, il est posé à l'article 8 de la Déclaration des droits de 1789. À l'égard des actes administratifs, le Conseil d'État formule le principe de non-rétroactivité comme un principe général du droit. Alors que ce principe constitue l'un des fondements essentiels de la sécurité juridique pour les sujets de droit, son application en matière fiscale est loin d'avoir un caractère systématique. ²⁰⁰ (Grifo nosso)

¹⁹⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 257.

¹⁹⁹ PAULSEN, Leandro. **Segurança jurídica, certeza do direito e tributação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 39.

²⁰⁰ Em tradução livre: “O princípio da não retroatividade da lei, que é de alcance geral, decorre do artigo 2 do Código Civil. Para as leis penais, é definido no artigo 8 da Declaração de Direitos de 1789. Em relação aos atos administrativos, o Conselho de Estado formula o princípio da não retroatividade como um princípio geral do direito. Embora este princípio constitua um dos fundamentos essenciais da segurança jurídica para os sujeitos de direito, sua aplicação em matéria fiscal está longe de possuir um caráter sistemático”. BOUVIER, Michel. **Introduction au droit fiscal général et à la théorie de l'impôt**. 9. ed. Paris: 2008, p. 58.

Edgar Audomar Marx Neto e Hugo Evo Magno Corrêa Urbano evidenciam a necessária existência da estabilidade e da certeza nas relações jurídico-tributárias, como corolário da segurança jurídica perseguida pelos ordenamentos jurídicos:

Nas relações jurídicas de Direito Tributário, a estabilidade é fator essencial para a segurança jurídica. Saber ou não se houve configuração do fato gerador do tributo, se uma pessoa encontra-se obrigada a pagá-lo e o montante devido são situações corriqueiramente discutidas perante o Poder Judiciário em face dos entes com a capacidade de tributar. Para chegar às decisões, é notoriamente sabido que o magistrado deve basear-se na interpretação que é dada à lei que prevê a hipótese tributária. Todavia, pode acontecer muitas vezes de haver divergência em relação à interpretação que se dá a determinado texto legal. Para solucionar essa questão, as decisões jurisdicionais reiteradas sobre determinado assunto, especialmente, dos tribunais superiores, trarão a necessária estabilidade para o sistema de tributação e sua aplicação.

[...]

Veja-se, portanto que a segurança jurídica é cara ao Direito. E, no Direito Tributário, ela será fundamental, tendo em vista a ampla repercussão social, econômica e financeira que uma alteração legislativa e ou entendimento jurisprudencial poderão ter. a totalidade dos indivíduos de um país são contribuintes de pelo menos algum tributo, o que não é diferente no Brasil. Em virtude disso, tutelar a segurança jurídica do Sistema e a confiança despertada é um dos corolários principais para tornar possível a vida em sociedade.²⁰¹ (Grifo nosso)

Dirley da Cunha Jr. pontua a segurança jurídica como garantia imposta ao Estado, no sentido de promover a estabilidade das demandas existentes, tendo em vista uma necessária previsibilidade das decisões emanadas dos seus poderes, para poder facilitar o trânsito da vida comunitária:

A garantia da segurança jurídica impõe aos poderes públicos o respeito à estabilidade das relações jurídicas já constituídas e a obrigação de antecipar os efeitos das decisões que interferirão nos direitos e liberdades individuais e coletivas. Ela visa a tornar segura a vida das pessoas e instituições, ou, como pontifica Tércio Sampaio Ferraz Jr., ‘cria condições de certeza e igualdade que habilitam o cidadão a sentir-se senhor de seus próprios atos e dos atos dos outros’. Assim, a segurança jurídica, no magistério de Jorge Reinaldo Vanossi, consiste no ‘conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida’.²⁰²

Por sua vez, Souto Maior Borges identifica o liame entre a segurança jurídica e o Estado de Direito com a isonomia através da seguinte consideração:

Uma conclusão central se impõe: sem isonomia não há segurança, nem Estado constitucional, porque a igualdade não se confina aos direitos e garantias dos

²⁰¹ MARX NETO, Edgard Audomar; URBANO, Hugo Evo Magro Corrêa. A proteção da confiança e a alteração de prazos prescricionais no direito tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n.184, p.7-18, jan., 2011.

²⁰² CUNHA JR., Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Salvador, JusPodivm: 2010, p. 701.

indivíduos, espalhando-se nas relações internacionais e nas relações internas que entretêm as pessoas constitucionais entre si. A segurança jurídica na criação e aplicação do tributo é apenas uma particularização desse quadro mais amplo.²⁰³

Ao fazer a conexão entre o Estado de Direito, a dignidade da pessoa humana e a segurança jurídica, Heleno Taveira Torres expõe:

A segurança jurídica é uma garantia *lato sensu* que, juntamente com suas garantias específicas, como as proteções ao devido processo legal, à coisa julgada e outras, permite a efetividade do Estado Democrático de Direito e a concretização dos direitos e liberdades fundamentais. Dentre estes, a dignidade da pessoa humana ganha espaço preponderante, pois o mínimo de dignidade consiste justamente na preservação da confiança e da boa-fé na atuação dos poderes e, em especial, nos que exercem a interpretação da legalidade. Se a segurança jurídica na função certeza tem a legalidade como fundamento, a segurança jurídica na função igualdade tem a confiança e a dignidade da pessoa humana como bases para determinação das suas consequências.²⁰⁴ (Grifo nosso)

E, no mesmo sentido, afirma Humberto Ávila: “Em suma, a segurança jurídica é instrumento de realização da liberdade, e a liberdade é meio de realização da dignidade”²⁰⁵.

Paulo Roberto Lyrio Pimenta observa, de forma explícita, a segurança jurídica como elemento de materialização do Estado de Direito:

Trata-se, indubitavelmente, de um princípio de concretização do Estado Democrático de Direito. Sem a garantia da estabilidade do ordenamento, os objetivos que esse modelo de Estado busca implementar em diversas áreas não poderiam ser alcançados.²⁰⁶

A dimensão da segurança jurídica, como patrocinadora da dignidade da pessoa humana, reside no fato de que, ao enfatizar a certeza, a ordem, a estabilidade de expectativas e das previsões dos atos humanos, ao proibir a retroatividade dos efeitos dos comandos normativos, tanto no nível abstrato, quanto no concreto ou individual, caso sejam proferidos em dissabor dos interesses do cidadão administrado, o Estado deixa de tratá-lo como coisa, como objeto, como um simples destinatário da norma jurídica estabelecida, respeitando seu plexo de

²⁰³ BORGES, José Souto Maior. O princípio da segurança jurídica na criação e aplicação do tributo. In: **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 13, abr-maio, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 02 jul. 2011.

²⁰⁴ TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica**: metódica da segurança jurídica do Sistema Constitucional Tributário. São Paulo: RT, 2011, p. 279.

²⁰⁵ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, p. 600-601.

²⁰⁶ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. O Princípio da Segurança Jurídica em face de Mudança da Jurisprudência Tributária. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Org.). **Grandes questões atuais do direito tributário**. 10 v. São Paulo: Dialética, 2006, p. 359-372.

direitos subjetivos, ao enobrecer a sua autonomia e o seu livre-arbítrio, respeitando-o em toda a sua liberdade de ação intersubjetiva.

4.4.1 Regra e/ou princípio constitucional explícito

Diante do anteriormente exposto, cabe verificar, e até mesmo preconizar, a possibilidade da segurança jurídica, definida como norma jurídica, ora adotar a essência de regra, como comando de determinação, ou adquirir o *status* de princípio, como mandamento de otimização. Humberto Ávila já previu esta hipótese, no que denominou de dissociação em alternativas inclusivas:

A proposta aqui defendida diferencia-se das demais porque admite a coexistência das espécies normativas em razão de um mesmo dispositivo. Um ou mais dispositivos podem funcionar como ponto de referência para a construção de regras, princípios e postulados. Ao invés de alternativas exclusivas entre espécies normativas, de modo que a existência de uma espécie excluiria a existência das demais, propõe-se uma classificação que alberga alternativas inclusivas, no sentido de que os dispositivos podem gerar, simultaneamente, mais de uma espécie normativa. Um ou vários princípios, ou mesmo a implicação lógica deles decorrente, pode experimentar uma dimensão imediatamente comportamental (regra), finalística (princípio) e/ou metódica (postulado). Examine-se o dispositivo constitucional segundo o qual é exigida lei em sentido formal para a instituição ou aumento de tributos. É plausível examiná-lo como regra, como princípio e como postulado. Como regra, porque condiciona a validade da criação ou aumento de tributos à observância de um procedimento determinado que culmine com a aprovação de uma fonte normativa específica – a lei. Como princípio, porque estabelece como devida a realização dos valores de liberdade e de segurança jurídica. E como postulado, porque vincula a interpretação e a aplicação à lei e ao Direito, pré-excluindo a utilização de parâmetros alheios ao ordenamento jurídico.²⁰⁷ (Grifo nosso)

Em termos de regra infraconstitucional, pode-se exemplificar a segurança jurídica na dicção legal imposta pelo art. 54 da Lei n.º 9.784/99²⁰⁸. Esta é a exegese promovida por Almir do Couto e Silva ao analisar tal dispositivo normativo:

18. O art. 54 da Lei n.º 9784/99 expressou, no plano da legislação ordinária, o princípio constitucional da segurança jurídica, em regra jurídica. [...]
[...]
Também já se disse que a disposição do art. 54 é regra, e não princípio. Verificados os seus pressupostos de incidência (transcurso do prazo de cinco anos e boa fé do

²⁰⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 60-61.

²⁰⁸ BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei no. 9.784**, de 29 de janeiro de 1989. **Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Artigo 54.** “O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em: 20 out. 2012.

destinatário), caberá apenas ao juiz ou ao aplicador da regra declarar a decadência, reconhecendo a extinção do direito à anulação do ato e de todos os seus efeitos, em qualquer tempo, no passado e no futuro. A decadência atinge o direito à anulação ou à invalidação na sua integralidade; dele nada sobra, pois a lei não estabelece nenhuma exceção nesse sentido.²⁰⁹ (Grifo nosso)

Discussão maior reside na consideração acerca da existência explícita ou implícita da segurança jurídica como princípio constitucional, uma vez que diversos diplomas legais já trazem a segurança jurídica como princípio explícito.²¹⁰

Há que se entender a segurança jurídica como princípio constitucional explicitamente invocado na Carta Magna, mesmo porque o termo “segurança” encontra-se dês o seu introito ou preâmbulo, bem como nos seguintes dispositivos constitucionais: *caput* do art. 5º; inciso XXXIII do art. 5º; o *caput* do art. 6º; o inciso XXII do art. 7º; o inciso XII do art. 23; o inciso IV do art. 85; o inciso III do § 1º do art. 91; o art. 144; o art. 173; o inciso II do § 1º do art. 35 do ADCT; o § 3º do art. 49 do ADCT, dentre outros.²¹¹

²⁰⁹ SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). In: **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, n. 237, p. 271-315, jul./set. 2004.

²¹⁰ Vide, por exemplo, os seguintes dispositivos legais: (1) Art. 2º da Lei n.º 9.784/99 – A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência; (2) Art. 27 da Lei n.º 9.868/99 – Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado; (3) Art. 11 da Lei n.º 9.882/99 – Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. (Grifo nosso)

²¹¹ **BRASIL. Constituição (1988)**: (1) Preâmbulo – “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil; (2) Art. 5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à proteção, nos termos seguintes; (3) Inciso XXXIII do art. 5º – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; (4) Art. 6º – São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.; (5) Inciso XXII do art. 7º – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; (6) Inciso XII do art. 23 – estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito.; (7) Inciso IV – a segurança interna do País; (8) Inciso III do § 1º do art. 91 – propor os critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional e opinar sobre seu efetivo uso, especialmente na faixa de fronteira e nas relacionadas com a preservação e a exploração dos

Tal é, aliás, o entendimento professado por Humberto Theodoro Júnior em artigo publicado na “Revista de Processo”:

A Constituição brasileira consagra o princípio da segurança jurídica em mais de uma oportunidade. Já no preâmbulo se anuncia que o Estado Democrático de Direito, de que se constitui a República Federativa do Brasil, está destinado a garantir, entre outros direitos fundamentais, a segurança. Esta, ao lado de outros direitos da mesma estirpe, se insere no rol dos “valores supremos de uma sociedade fraterna pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”. Também no *caput* do art. 5.º, a declaração dos direitos e garantias fundamentais tem início com a proclamação de que todos são iguais perante a lei, garantindo-se a todos os residentes no país a inviolabilidade do direito à segurança e à propriedade. Esse compromisso do estado de direito com o princípio de segurança, aliás, não é uma peculiaridade da República brasileira. Todo o constitucionalismo ocidental de raízes europeias o adota e exalta.²¹² (Grifo nosso)

A força normativa da Constituição, em torno da necessidade de se garantir ao regramento institucional vigente a segurança jurídica, é não somente explícita, como representa meta finalística da sociedade brasileira; seu valor foi adotado e inserido na Carta Principal de forma própria pelo legislador original, também na forma de princípio, pois, ao se utilizar a locução “segurança” em uma gama variada de dispositivos constitucionais, o princípio da segurança jurídica encontra-se não só positivado, como também solidificado e consolidado no Texto Maior.

Não seria outro o sentido normativo da Constituição, quando preconiza a segurança social ao cidadão, bem como a sua integridade física, a segurança nas relações de trabalho, a segurança do território nacional, a segurança na exploração de atividades econômicas pelo Estado, dentre outros aspectos. Todos estes aspectos representam, deveras, o corolário, em diversas searas ou dimensões, do princípio da segurança jurídica presente na Carta Constitucional. Noutros termos, a segurança encontra-se jurisdicizada na ordem jurídica nacional dê a sua Norma Cúspide, qual seja, a Constituição Federal.

recursos naturais de qualquer tipo; (9) Art. 144 – A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos;; (10) Art. 173 – Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (11) Inciso II do § 1º do art. 35 do ADCT – à segurança e defesa nacional; § 3º do art. 49 do ADCT – A enfiteuse continuará sendo aplicada aos terrenos de marinha e seus acrescidos, situados na faixa de segurança, a partir da orla marítima”. (Grifo nosso). Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em: 25 out. 2012.

²¹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. In: **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 31, n. 136, p. 32-57, jun. 2006.

Como se não bastasse a intelecção linhas atrás promovida, ao se compulsar a Constituição Federal, há de se perceber referência expressa à segurança jurídica de acordo com a dicção normativa chancelada pelo § 1º do seu art.103-A, em exegese promovida acerca das chamadas súmulas vinculantes:

Art. 103-A. (*Omissis*)

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (Grifo nosso)

O princípio constitucional da segurança jurídica, neste aspecto, também se determina pelo axioma filosófico da não contradição, pois um dado “A” não pode nunca ser igual a um “Não A”. Em outros termos, desta vez, na linguagem jurídica que se pretende empreender nestes contornos reflexivos: ao positivizar o intenso desejo de se evitar a insegurança jurídica, na verdade, já que “A=A” ou “A # Não A”, o que almeja afirmar a Constituição Federal é a sua clara vontade de garantir ao cidadão a tão incentivada segurança jurídica. Neste trilhar, pode e deve-se afirmar que o princípio da segurança jurídica encontra guarida expressa no Texto Constitucional.

Ao dar especial relevo à segurança jurídica como princípio constitucional, sem jamais desprezá-la como regra jurídica, pode-se desdobrá-la em seu aspecto objetivo, a segurança jurídica *stricto sensu*, bem como em sua face subjetiva, onde aí se instalaria o princípio da proteção da confiança.

4.4.2 Face objetivo-comissiva da Segurança Jurídica

Os institutos jurídicos constitucionais insculpidos no inciso XXXVI do art. 5º da Magna Carta²¹³ – o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada – representam alguns dos aspectos objetivos comissivos do princípio da segurança jurídica. A proteção ontológica de tais elementos reflete a ideia de estímulo, por parte do ordenamento jurídico, à impossibilidade da retroatividade dos efeitos promovidos por iniciativas oriundas da atuação

²¹³ BRASIL. Constituição (1988) Art. 5º, inciso XXXVI (*Omissis*): “A lei não prejudicará para direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;”
Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em: 25 out. 2012.

estatal ou mesmo de setores privados da sociedade, tendo em vista as almeçadas certeza e estabilidade dos atos jurídicos ocorridos no seio do Estado de Direito.

Se existe a denominação objetivo-comissiva do princípio da segurança jurídica, logicamente há que se prever a existência de um viés omissivo diferenciador da mesma norma jurídica, já que, para o trânsito em julgado, para a cristalização de um direito adquirido ou, até mesmo, o aperfeiçoamento do ato jurídico perfeito, impõe-se uma atitude proativa por parte dos atores jurídicos, através da tomada de iniciativas pertinentes aos interesses postos à disposição no cenário social.

Somente a título exemplificativo, a constituição da coisa julgada material exige a discussão judicial, até após a decisão acerca da última modalidade recursal, de pretensões carreadas ao Poder Judiciário, órgão decisório pacificador dos conflitos residentes no seio comunitário. No mesmo diapasão, há que se falar em direito adquirido ou ato jurídico perfeito, ao se preconizar uma ação por parte de quem dispõe de interesse jurídico específico em uma situação adquirida ao longo do tempo, ou em um ato jurídico qualquer aperfeiçoado entre partes distintas envolvidas. Diferentemente, há que se observar, do aspecto omissivo da segurança jurídica, quando os sujeitos participantes, em vez de participarem ativamente da relação jurídica imposta, silenciam em suas iniciativas, cristalizando o *status quo* manifestado ao longo do tempo, pela manifestação, por exemplo, da decadência ou da prescrição jurídicas.

Diante de tais considerações, deve-se incluir também, neste rol objetivo-comissivo da segurança jurídica, como derivação material da barreira à irretroatividade dos atos estatais, a exclusiva determinação do tipo penal ou da hipótese de incidência tributária tão somente em virtude de diploma legal específico e determinado, bem como a impossibilidade da retroatividade maligna criminal e tributária, ou seja, aquela estipulada em detrimento dos interesses do cidadão ou do sujeito passivo da obrigação fiscal.

Helena Taveira Torres produz reflexão no sentido ontológico da segurança jurídica aqui aduzido, ao analisar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada:

Esta proteção ao direito adquirido (i), ao ato jurídico perfeito (ii) e à coisa julgada (iii) equivale à garantia constitucional que preserva os cidadãos contra a

retroatividade de leis para modificar situações já constituídas, consolidadas ou julgadas no passado[...].²¹⁴

Por sua vez, Humberto Ávila enfatiza a confiabilidade no ordenamento jurídico, face específica da segurança jurídica, em função dos institutos descritos:

A CF/88, ao estabelecer que ‘a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada’ (art. 5º, XXXVI), protege a própria segurança jurídica na eficácia de um dos seus elementos parciais – a confiabilidade do ordenamento jurídico.²¹⁵

Canotilho, ao estabelecer a diferença entre a segurança jurídica e a proteção da confiança, assim asseverou acerca do seu espectro objetivo:

Estes dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexcionada com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos [...] ²¹⁶ (Grifo nosso)

No mesmo sentido, versa a intervenção promovida por Almiro do Couto e Silva, ao separar a natureza objetiva da subjetiva em relação ao princípio da segurança jurídica:

4. A segurança jurídica é entendida como sendo um conceito ou um princípio jurídico que se ramifica em duas partes: uma de natureza objetiva e outra de natureza subjetiva. A primeira, de natureza objetiva, é aquela que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legislativos. Diz respeito, portanto, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Diferentemente do que acontece em outros países cujos ordenamentos jurídicos frequentemente têm servido de inspiração ao direito brasileiro, tal proteção está há muito incorporada à nossa tradição constitucional e dela expressamente cogita a Constituição de 1988, no art. 5º, inciso XXXVI.²¹⁷ (Grifo nosso)

²¹⁴ TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica**: metódica da segurança jurídica no Sistema Constitucional Tributário. São Paulo: RT, 2011, p. 436.

²¹⁵ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 205.

²¹⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra, Almedina: 2003, p. 257.

²¹⁷ SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). In: **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, n. 237, p. 271-315, jul./set. 2004.

Pedro Caymmi ressalta a diferenciação posta em debate em suas observações, ao repousar sua interpretação na face da previsibilidade e da calculabilidade da segurança jurídica, diferentemente do aspecto da confiabilidade dantes evocado por outros pensadores do Direito:

Inicialmente, podemos distinguir a segurança jurídica objetiva e subjetiva. A segurança jurídica objetiva é a segurança do ordenamento jurídico em sentido objetivo, uma possibilidade objetiva de previsibilidade e calculabilidade, pelos destinatários da norma, de quais serão os efeitos jurídicos dos seus atos, ou seja, quais consequências o ordenamento jurídico impõe a seus possíveis comportamentos, de modo que possam ter a noção de seus direitos e deveres. Trata-se de uma segurança aferida na estrutura das próprias normas jurídicas, que, por isso, devem ser formuladas ‘em termos claros e precisos, que não deixem margem a ambiguidades de interpretação nem a lacunas’, como afirma Machado. Canotilho chama esta acepção objetiva de segurança de segurança jurídica em sentido estrito, afirmando que a mesma impõe a ‘conformação material e formal dos actos normativos em termos linguisticamente claros, compreensíveis e não contraditórios’, devendo as normas jurídicas possuir clareza e densidade suficientes para garantia da segurança objetiva.²¹⁸

A digressão proposta nesta Dissertação destaca o papel da prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal como reflexo do princípio da segurança jurídica, cabendo-se preconizar a sua inserção como uma dimensão específica de tal norma jurídica, ou melhor, a sua orientação objetivo-omissiva; isso representaria, em termos genéricos, o transcurso temporal sem iniciativa própria por parte dos sujeitos das relações jurídicas travadas por livre acordo voluntário ou por imposição legal, como, neste último, se destacam as relações jurídico-tributárias.

4.4.2.1 A prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal

Como supradestacado, até mesmo diante dos aspectos filosófico-epistemológicos aludidos nesta Dissertação, o normal é a fluidez das relações jurídicas até o seu desfecho terminal, já que o tempo do homem e, portanto, do Direito, é finito, tendo em vista sua disposição originária como “ser para a morte”.

Diante da ontologia da finitude da presença do ser evidenciada e a constatação de que a cura existencial do *Dasein* encontra-se na morte, a conduta humana, em interferência subjetiva, desvelada pelas normas jurídicas como juízos hipotéticos imputativos, tampouco poderia eternizar-se, o que, se assim aceito, representaria um raciocínio ilógico e incoerente, pois o

²¹⁸ CAYMMI, Pedro Leonardo Summers. **Segurança jurídica e tipicidade tributária**. Salvador, JusPodivm, 2007, p. 55.

fim do homem destaca o desfiar do seu plexo de relações jurídicas evidenciadas ao longo da existência de sua presença.

Neste sentido, a prescrição e a decadência jurídicas assumem papel de importância para se evitar a perenização das relações jurídicas, notadamente como força de resistência a uma pretensão direcionada pelo titular ao sujeito passivo de um dever jurídico correlato, ou mesmo diante de uma potestade, que afeta o patrimônio jurídico de quem está subjugado à sua imposição.

Noutros termos, tendo em vista o perpassar de um lapso temporal e a ausência de iniciativa do interessado jurídico, diante da preponderância do princípio da segurança jurídica, preconiza-se a extinção de direitos subjetivos em função da prescrição ou da decadência. Na taxionomia ora preconizada, tais institutos representariam a face omissiva do princípio constitucional da segurança jurídica.

Paulo de Barros Carvalho destaca o papel da decadência como instituto promotor do equilíbrio das demandas, haja vista o necessário destaque à certeza jurídica preconizada pelos ordenamentos jurídicos, diante da inadequação da permanência de conflitos intermináveis:

Tomemos o direito positivo como instrumento de ação social, concebido para ordenar as condutas intersubjetivas, orientando-as para os valores que a sociedade quer ver realizados. Claro está que a organização dessa índole não pode compadecer-se com a indeterminação, com a incerteza, com a permanência de conflitos insolúveis, com o perdurarem no tempo, sem a definição jurídica adequada, questões que envolvam controvérsias entre sujeitos de direito. Os comportamentos interpessoais são tolhidos pelas modalidades deonticas (obrigatório, proibido e permitido), concretizando-se no plano factual em termos de cumprimento da orientação normativa (condutas lícitas) ou em forma de descumprimento (condutas ilícitas). Enquanto sistema, a ordem jurídica aparece como forma de superar conflitos de interesse, estabelecendo, coercitivamente, a direito que a conduta há de seguir, em nome do bem-estar social. Essa tendência à determinação e à estabilização dos comportamentos intersubjetivos nem sempre se volta, de modo imediato, para o valor 'justiça'. Antes, persegue o equilíbrio das relações, mediante a convicção de que uma solução jurídica será encontrada: eis o primado da 'certeza do direito', que opera para realizar, num segundo momento, o bem maior da justiça. Dessa maneira, sempre que o fluxo do tempo ameaçar, de algum jeito, a obtenção daquele almejado equilíbrio, que se reflete no princípio da firmeza ou da certeza jurídica, prevê o sistema a ocorrência de fatos extintivos, os quais têm o condão de definir, drasticamente, a situação pendente, determinando direitos e deveres subjetivos correlatos. Entre tais acontecimentos está a 'decadência'. Eis aqui outro termo jurídico que experimenta sensível instabilidade de ordem semântica. Na mesma sequência discursiva, emprega-se 'decadência' ou 'caducidade', seu equivalente nominal, às vezes por ocorrências efetivas da vida social, outras, por normas, o que não é para admirar, pois é nessa dualidade que o fenômeno da posituação jurídica se estabelece e se sustenta. Teremos sempre normas, construídas

a partir dos textos positivos, que, juridicizando sucessos da realidade em que vivemos, provocam a expedição de outras normas de inferior hierarquia, até chegar ao evento-conduta que o direito pretende concretamente regular. A singela lembrança desse movimento dialético, do estilo 'norma/fato', é suficiente para fixar os parâmetros dentro dos quais há de mover-se o raciocínio jurídico-científico.²¹⁹ (Grifo nosso)

Eurico Marcos Diniz de Santi ressalta, do mesmo modo, o lado da estabilização dos conflitos em função da aplicação da decadência e da prescrição, no papel de extinção de direitos:

Decadência e prescrição são mecanismos de estabilização do direito, os quais garantem a segurança de sua estrutura. Filtram do direito a instabilidade decorrente da infabilidade do direito subjetivo, i.e., do direito do sujeito ainda não formalizado, ou reconhecido, por ente estatal.

[...]

Provocam uma espécie de autofagia do direito, motivada pelo tempo: direito extingue direito, produzindo novo direito. Ao aplicar a regra de decadência, o sistema jurídico extingue o direito de constituir o ato administrativo de lançamento tributário, o direito ao crédito ou o direito de pleitear administrativamente o débito do Fisco. Ao aplicar a regra de prescrição, extingue o direito à ação executiva fiscal, à ação de repetição do débito do Fisco ou ao crédito.²²⁰ (Grifo nosso)

Já em termos de relação fiscal, a prescrição, como mecanismo de proteção aos interesses do sujeito passivo da obrigação tributária, é pontuada por Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha:

Tem-se como aceitável o fato de que o Direito deve voltar-se à pacificação dos conflitos sociais, mediante o estabelecimento de normas de conduta que se prestem a conferir estabilidade às mesmas relações. Exatamente por isso, não se pode furtar à sua consideração os efeitos que do tempo derivam na perpetuação dos conflitos e das discussões. Exatamente por isso, caracterizada a inércia do titular de uma pretensão jurídica, em lapso temporal considerável, nos termos da lei, impõe-se a estabilização da relação controversa, eis o que se pode aproximadamente (e de forma muito superficial) apontar como sendo o fundamento da prescrição, entendida como a perda de uma pretensão em razão da sua não exigência no prazo legalmente fixado.

Ainda que admissível a discussão acerca dos efeitos da prescrição no sentido de afetar apenas a pretensão, permanecendo hígido o direito subjetivo a ela pertinente ou se também esse é atingido com a sua deflagração, eis que não se poderia concebê-lo sem um mecanismo de reconhecimento, proteção e guarda assegurado no ordenamento, o fato é que, na âmbito do Direito Tributário, a questão se torna despicienda, posto ser o próprio legislador quem, na redação dada ao art. 156, V, do Código Tributário Nacional (CTN), atribui à prescrição o efeito reflexo de extinguir o próprio crédito tributário.²²¹ (Grifo nosso)

²¹⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. Decadência no direito tributário brasileiro. In: CARVALHO, Aurora Tomazini de Carvalho (Org.) **Decadência e prescrição em direito tributário**. 2. ed. São Paulo: MP Ed., 2010, p. 79-80.

²²⁰ DE SANTI, Eurico Marcos Diniz. Decadência e prescrição do direito do contribuinte e a LC N.º 118: entre regras e princípios. In: CARVALHO, Aurora Tomazini de Carvalho (Org.) **Decadência e prescrição em direito tributário**. 2. ed. São Paulo: MP Ed., 2010, p. 251.

²²¹ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha. Apontamentos acerca da prescrição intercorrente na execução fiscal. In: **Revista Dialética de Direito Tributário**, n.177, p.146-153, jun., 2010.

A prescrição aplicada no trâmite do processo judicial, mais especificamente a prescrição judicial intercorrente, é defendida por Célio Armando Janczeski, especialmente por denotar importância à celeridade processual e encomiar a segurança jurídica, com os seus corolários derivados, no caso, a pacificação social e a não imprescritibilidade dos direitos patrimoniais:

É a punição da inércia dentro do processo.

A decretação da prescrição intercorrente no seio da execução fiscal, além de estar harmônica com o sistema jurídico que não admite que a ação para a cobrança do crédito tributário tenha prazo perpétuo, prestigia os princípios da segurança jurídica, da paz social e da prescritibilidade dos direitos patrimoniais. Igual raciocínio não tem sido aplicado quando se trate de paralisação do processo administrativo fiscal, mesmo que paralisado por mais de cinco anos, ainda que, para tanto, não tenha concorrido o sujeito passivo.²²² (Grifo nosso)

Yves Gandra Martins observa a necessária utilização da prescrição e da decadência tributárias, ao garantir a segurança jurídica preconizada pela ordem jurídica em vigor, para evitar a manutenção da eterna espada de Dâmocles sobre a cabeça do devedor fiscal e premiar a desídia e omissão estatais:

Se, por acaso, por inércia ou qualquer outro motivo, não exercer, o Poder Público, o dever de lançar, nos prazos estipulados ou deixar de, uma vez lançado, executar juridicamente, também nos prazos definidos pelo CTN, o crédito tributário, ocorrerá a punição da inércia, constituída pelas vedações provocadas pelos institutos da decadência e prescrição, que objetivam exclusivamente ofertar segurança maior ao direito e não distender, indefinidamente, a espada de Dâmocles sobre a cabeça do sujeito passivo da obrigação tributária. Objetiva, pois, com clareza, ofertar um prazo temporal suficiente para o exercício do dever impositivo fiscalizatório, de um lado, e razoável para que não se prolongue ao infinito. Decadência e prescrição punem a desídia, a imperícia, a negligência, a omissão da Administração Pública e garantem a segurança jurídica, dando estabilidade àquelas relações já constituídas, após determinado prazo, de que não poderão mais ser alteradas.²²³ (Grifo nosso)

Ernesto José Toniolo aponta dois fundamentos básicos, após análise, inclusive, do direito comparado, capazes de dar suporte ao instituto da prescrição, quais sejam, de um lado a segurança jurídica brindada ao sujeito passivo da relação jurídica instaurada e, doutro, a estabilização das demandas, o que, *de per se*, também estaria incluído, de forma genérica, no princípio da segurança jurídica discorrido:

Como se verifica, tanto no Direito inglês, com as suas tradicionais *limitations of claims*, quanto na doutrina dos países continentais de tradição romano-germânica, a prescrição pode ser vista sob dois ângulos: o desdobramento da garantia constitucional da segurança jurídica ao suposto devedor em determinadas

²²² JANCZESKI, Célio Armando. Da duração razoável do processo administrativo fiscal e seus reflexos na prescrição intercorrente e na fluência dos juros de mora. In: **Revista Dialética de Direito Tributário**, n.171, p.18-27, dez., 2009.

²²³ MARTINS, Yves Gandra da Silva. Decadência e prescrição. In: **Revista Dialética de Direito Tributário**, n.140, p.48-60, mai., 2007.

circunstâncias; o instituto essencial à preservação do interesse público, em seu aspecto da necessidade de estabilização das relações jurídicas (garantia da segurança jurídica à sociedade)

Desta maneira, ambos os fundamentos podem ser considerados desdobramentos da garantia constitucional da segurança jurídica. Trata-se de um dos valores mais importantes em nosso ordenamento jurídico – eis a razão de sua inclusão tanto no preâmbulo da Constituição Federal como no *caput* do art. 5º, que trata das garantias e dos direitos fundamentais.²²⁴

Assim destaca Heleno Taveira Torres ao incluir a decadência e a prescrição em sintonia com a segurança jurídica em sua ordem temporal:

A estabilidade, estimabilidade, calculabilidade ou previsibilidade do direito integram a segurança jurídica na ordem temporal, pela previsão expressa das garantias de não surpresa e de vedação de regulação *ex post facto*; respeito aos direitos adquiridos, à autoridade da coisa julgada, enquanto preservação da regra *patere legem quam ipse fecisti*, segundo a qual a autoridade deve suportar e respeitar a regra editada, além de determinação clara e objetiva de prazos de prescrição e decadência. A segurança jurídica da norma tributária no tempo e do tempo da norma (estabilidade temporal) requer, ademais de todos os aspectos já assinalados, determinação objetiva quanto à frequência de exigibilidade dos tributos a cada exercício financeiro, por unicidade, renovação periódica, exigência provisória ou trato sucessivo; clara tipificação quanto ao início da vigência das leis e tratamento da *vacatio legis*; a matriz de incidência, e, igualmente, toda a designação temporal dos atos ao longo dos procedimentos e processos de cobrança do tributo, a exemplo do lançamento, dos casos de extinção ou de suspensão da exigibilidade, inclusive quanto à decadência e prescrição, afora isenções, sanções aplicáveis ou obrigações formais.²²⁵ (Grifo nosso)

Nos contornos traçados por esta Dissertação, a prescrição intercorrente fiscal consubstanciar-se-ia em espécie da prescrição tributária *lato sensu*, podendo, ainda, ser distinguida em duas subespécies, ou seja, a prescrição intercorrente judicial e aquela ocorrida no seio do processo administrativo fiscal, ou melhor, no litígio não judicial.

Ambas surgiriam no curso de um processo fiscal, seja judicial ou administrativo, quando, na primeira, após o transcurso de um período de tempo, a autoridade julgadora não fosse capaz de impulsionar a execução fiscal ajuizada, e, na segunda, não proferisse decisão final denegatória do meio de defesa apresentado ou da modalidade recursal interposta pelo sujeito passivo da obrigação tributária, no seio do contencioso administrativo.

²²⁴ TONIOLO, José Ernesto. **A prescrição intercorrente na execução fiscal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 61-62.

²²⁵ TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica**. Metodica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário. São Paulo: RT, 2011, p. 409-410.

Helena Taveira Torres traz contribuição específica sobre o assunto versado, inclusive ao estabelecer uma conexão específica entre a aplicação da prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal com a segurança jurídica almejada pela ordem constitucional:

Em matéria tributária, na qual a litigiosidade atingiu patamares inconcebíveis, deve-se propugnar pela aplicação desse fundamental princípio de segurança jurídica, tanto no processo judicial quanto no administrativo, pois, como bem o disse Rui Barbosa: ‘Justiça atrasada não é Justiça, senão injustiça qualificada e manifesta’, o que calha à fiveleta no presente estudo, e acrescenta: ‘Com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinquente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente’. Certamente, hoje, ao alçar-se à condição de direito fundamental, o princípio de duração razoável do processo assume eficácia imediata e vinculante para todos, como típica espécie de prestação positiva a ser exigida do Estado, no trâmite do devido processo legal, rumo à tutela jurisdicional.

[...]

Diante disso, impõe-se combinar essa disposição com a chamada prescrição intercorrente, para evitar que, na ausência de movimentação, ainda assim, estes processos tenham prosseguimento. Defende-se, *mutatis mutandis*, a aplicação do previsto na Lei 6.830/1980, como prazo da prescrição intercorrente, o que somente se verifica no prazo de cinco anos, por analogia, ao processo administrativo. Portanto, em louvor à segurança jurídica, e para conferir efetividade ao inc. LXXVIII do art. 5º da CF, segundo o qual ‘a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação’, o cabimento da extinção do processo nos casos de prescrição intercorrente é um dever incontornável, observado o prazo de cinco anos do art. 40, § 4.º, da Lei 6.830/1980.²²⁶ (Grifo nosso)

E o aspecto omissivo estatal evidenciado pela prescrição intercorrente pode também ser deduzido da observação produzida por Humberto Ávila ao tecer considerações sobre o omitir-se do Estado em relação à exigência fiscal, quando aborda a questão da decadência, extensível, por analogia, à prescrição, diante das semelhanças apresentadas por ambos os institutos:

Em algumas situações, embora não tenha ainda transcorrido o prazo decadencial, o contribuinte pode ter agido em razão de atuação estatal concludente no sentido de que não iria exigir determinado tributo. Nessa situação, e muito excepcionalmente, pode-se falar em proteção da confiança do contribuinte que intensamente age por causa de manifestação estatal omissiva – é o que os alemães chamam de *Verwirkung*^{227 228}. (Grifo nosso)

A construção e o fundamento teórico da prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal como uma manifestação específica, ou seja, objetivo-omissiva, do princípio da segurança jurídica, encontram-se talhados nas observações acima discorridas, cabendo, para

²²⁶ TORRES, Helena Taveira. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica. Metodica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário**. São Paulo: RT, 2011, p. 490-491.

²²⁷ Em tradução própria, *Verwirkung* significa “decadência”.

²²⁸ HUMBERTO, Ávila. **Segurança Jurídica. Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 460.

pôr termo à pesquisa formulada, traçar os argumentos científicos apropriados que preconizem a sua aplicação no seio do contencioso administrativo tributário.

5 A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE E A SUA INCIDÊNCIA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

O périplo discursivo talhado nas linhas desta Dissertação termina por desembocar na análise específica do tema proposto ao trabalho pesquisado: a aplicação ou não da prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal.

A reflexão empreendida nos albores do texto teve como foco a figura do tempo e seus reflexos como fato jurídico, ao versar sobre o liame entre a sua concepção racionalista clássica kantiana, como juízo sintético *a priori*, com a doutrina fenomenológica do tempo existencial de cunho heideggeriano, e se preconizar o tempo do Direito como um tempo finito, na alcunhada e versada ontologia da finitude.

Diante das considerações primevas, a inquietação perpassou-se na questão ontológica do Direito, quando se preconizou o ser do Direito como a conduta humana em interferência intersubjetiva, com base na liberdade existencial do ser. A norma jurídica, na condição de um juízo imputativo, diz algo sobre algo, ao refletir neste algo a própria conduta humana prescrita em seus modais deônticos básicos – a obrigação, a faculdade e a permissão. Nesta consideração, tal qual uma sentença proferida por um magistrado competente para a criação da norma jurídica aplicada a um caso levado à sua apreciação, o lançamento tributário *ex officio*, efetuado pelo agente fiscal designado, ao desvelar uma conduta ilícita por parte do sujeito passivo da obrigação tributária, constitui-se também em norma jurídica individual e concreta; além disso, possui caráter definitivo, apesar da possibilidade de irresignação, pelo sujeito de direito afetado, quanto à exigência tributária imposta, através da apresentação de defesas administrativas ou medidas judiciais a serem patrocinadas, bem como a interposição dos seus recursos cabíveis.

Por fim, a principiologia aplicada ao estudo promovido destaca a necessária preservação da segurança jurídica nas relações jurídicas travadas entre os seus atores participantes, até mesmo diante da obrigação fiscal imposta *ex lege*; isso porque a exação perquirida, a despeito da sua essência de verba pública e cogente, ou seja, não disponível por vontade das partes a não ser por comando legal alforriador – representado pela figura da anistia fiscal – não deve constituir-se em obrigação eviterna. Sofre, portanto, os efeitos da decadência e da prescrição tributárias, como causas de extinção do crédito fiscal constituído.

Diante das considerações anteriormente formuladas, preparou-se o terreno para a análise da prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal. O dilema maior seria verificar se, após a constituição do crédito tributário com o auto de infração/notificação fiscal de lançamento, modelo de lançamento *ex officio*, transcorridos mais de 05 anos até a inexecução da decisão final denegatória da impugnação ou do recurso interposto pelo devedor, estaria a pretensão tributária resistida extinta em face da ocorrência da prescrição, que, no caso, seria intercorrente, já que ocorrida no transcurso da discussão administrativa, à qual está submetido o ato administrativo fiscal de ofício desafiado.

5.1 PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA JURÍDICAS

5.1.1 Conceitos de Direito Subjetivo, Direito Potestativo, Prestação, Pretensão e Sujeição Jurídica

Antes de se adentrar à definição da prescrição e da decadência tributárias, necessária se faz uma reflexão acerca de alguns conceitos teóricos, aqueles residentes no mundo dos númenos, ou na razão, capazes de embasar as discussões dogmáticas deles derivadas. Neste diapasão, para se tratar do tema proposto nesta Dissertação, importa abordar as figuras do direito subjetivo, do dever jurídico, do direito potestativo e da prestação jurídica.

No tráfico jurídico do relacionamento intersubjetivo das condutas humanas praticadas em liberdade existencial, tanto na presença do lícito como na da atitude antijurídica, a mundanidade do mundo, em face de sua realidade fática, está permeada de relações jurídicas, destacadas aos racimos, traço ínsito ou ontológico característico do homem como ser social vivo.

Diante de um liame jurídico travado entre partes, há que se perfigurar os seus atores, no caso, os sujeitos da relação instaurada, normalmente configurados como credor e devedor, diante de um objeto estabelecido *ex lege* ou por livre vontade dos seus participantes. Trata-se, portanto, da definição de relação jurídica *lato sensu*, ao demarcar a existência de um direito subjetivo normalmente em face doutro dever jurídico, integrantes do patrimônio jurídico das pessoas de direito inter-relacionadas.

Ao tratar sobre a diferenciação entre a coisa e o objeto de direito, Pontes de Miranda descreve os elementos da relação jurídica:

1. COISA E OBJETO DE DIREITO. – Cumpre que se não confundam a ‘coisa’ e o ‘objeto de direito’: há coisas que não são objeto de direito; e objetos de direito que não consistem em coisas. Por outro lado, nos tempos em que se admitiram coisas e animais como sujeitos de direito, nem por essa, para nós, hoje, estranha concepção, se deformava o direito: as regras jurídicas é que, incidindo, determinavam as subjetivações e objetivações. Tanto é sujeito de direito o homem quanto o Estado, a sociedade anônima e a fundação; tanto é objeto de direito o prédio quanto o raio X, a autoria do livro, o emprego, o trabalho futuro, o *facere* e o *non facere*, a vida, a verdade, a liberdade, a honra, a integridade física e psíquica. Ao direito subjetivo, à pretensão e à ação corresponde algo a respeito de que outrem está em posição passiva (há de ter certa conduta: fazer, ou omitir), inclusive quando fique tão imediato o objeto que, do lado passivo da incidência, esteja a totalidade dos sujeitos de direito.²²⁹ (Grifo nosso)

Orlando Gomes, por sua vez, destaca os elementos da relação jurídica, ao buscar a sua caracterização e preconizar a sua inexistência, quando ausentes os sujeitos de direito:

A relação jurídica tem como pressuposto um fato que adquire significação jurídica se a lei o tem como idôneo à produção de determinados efeitos, estatuídos ou tutelados. Assim todo evento, já um acontecimento natural, já uma ação humana, converte-se em fato jurídico, se em condições de exercer essa função. Ao incorporar significação jurídica, o fato origina uma relação concreta e típica entre sujeitos determinados, ou determináveis. Em toda relação jurídica, as partes ocupam posição definida. Há duas posições típicas: a de sujeito ativo e a de sujeito passivo. Ao primeiro, a lei atribui poderes; ao segundo, deveres, ocorrendo, pois, a sujeição de um ao outro. [...]
Em toda relação jurídica, figura, pelo menos, um sujeito. [...] A existência de sujeito é logicamente necessária. Se todo direito pressupõe a faculdade de agir, e somente a pessoa tem esse poder, não é admissível a ausência do sujeito na relação jurídica, até porque toda relação pressupõe dois termos e, em só havendo um, relação não há. Objeto é o bem no qual incide o poder do sujeito, ou a prestação exigível. Tudo o que representa uma utilidade para a pessoa pode ser objeto de direito. Não somente as coisas, mas, também, as ações humanas (prestações).²³⁰ (Grifo nosso)

Francisco Amaral descreve a relação jurídica, no sentido até aqui descrito, desde o seu aspecto estático, ou seja, genérico e abstrato, até a sua aceção dinâmica, quando os envolvidos são detentores de direitos e deveres correlatos, ao destacar o vínculo subjetivo travado entre os sujeitos de direito:

²²⁹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo II. 4. ed. São Paulo: Reclamação Trabalhista, 1983, p. 3.

²³⁰ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 85-87.

Qualquer relação jurídica, principalmente de direito privado, representa uma situação em que duas ou mais pessoas (elemento subjetivo) se encontram a respeito de uns bens ou interesses jurídicos (elemento objetivo).

O conjunto desses elementos, mais um vínculo intersubjetivo que traduz o conjunto de poderes e deveres dos sujeitos, constitui a chamada estrutura da relação jurídica.
[...]

Essa é a estrutura abstrata, simples e estática, de uma relação jurídica. Em termos concretos da vida real, as relações apresentam-se geralmente de forma complexa, englobadas, caracterizando situações jurídicas dinâmicas em que as pessoas são titulares, simultaneamente, de poderes e deveres.²³¹ (Grifo nosso)

Na mesma linha dinâmica empreendida em termos *lato senso* acima descrita, concernente à relação jurídica como um todo, há que se precisar o fato da instauração da relação jurídico-tributária com a ocorrência do fato imponible, previsto na hipótese fiscal de incidência, quando, então, se identificam a matéria e as sujeições passiva e ativa do fenômeno tributário imposto por determinação legal; daí não ser objeto de trato voluntário, como destaca Orlando Gomes em outro extrato de sua obra:

As relações intersubjetivas são criadas juridicamente pela ‘norma’, ou por esta ‘reconhecidas’, neste caso quando se originam de acontecimentos naturais, como o nascimento, a filiação, a morte. Há ‘relações’ constituídas pela própria lei, como é o caso da ‘relação’ entre o Fisco e o contribuinte.²³² (Grifo nosso)

A relação jurídico-fiscal, ao vincular a sujeição passiva do devedor – seja o contribuinte ou o responsável tributário, perante o seu credor, normalmente um Ente Federativo, diante de um crédito fiscal constituído, ao representar a pretensão deste diante daquele – é destacada por Paulo de Barros Carvalho, quando analisa o tributo em suas acepções estática e dinâmica:

Em vista disso, tributo em sua configuração estática, é a endonorma que apresenta como hipótese um conjunto de critérios para a identificação de fatos da realidade física, que não acordos de vontade considerados, em si mesmos, e, como consequência, um conjunto de critérios que nos permite identificar uma relação jurídica que se instaura entre o Estado (por via de regra), na qualidade de sujeito ativo e alguma pessoa física ou jurídica, na condição de sujeito passivo, mediante a qual haverá o primeiro o direito subjetivo público de exigir da segunda o cumprimento de dever jurídico consubstanciado numa prestação pecuniária.

Numa visão dinâmica, teremos tributo sempre que relação jurídica daquele feito se instalar por virtude do acontecimento de um fato que não configure acordo de vontade, considerado em si mesmo e que se quadre inteiramente em previsão de caráter endonormativo.²³³ (Grifo nosso)

Dessume-se, portanto, das considerações anteriormente gizadas, a existência, normalmente, de uma prestação, oriunda da relação jurídica derivada do direito subjetivo do credor em face

²³¹ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 171.

²³² GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 82.

²³³ CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria da norma tributária**. 5. ed. São Paulo: Quatier Latin, 2009, p. 99.

do dever jurídico atribuído ao devedor, qual seja, um dar, um fazer ou um não fazer conferido ao sujeito passivo do liame instaurado sob os auspícios do ordenamento jurídico vigente.

Francisco Amaral descreve a noção de direito subjetivo, ao destacar a relação de poder-dever derivada, no sentido de o titular exigir ao devedor a prestação, objeto do liame jurídico instaurado:

Direito subjetivo, como já estudado, é o poder que o ordenamento jurídico reconhece a alguém de ter, fazer ou exigir de outrem determinado comportamento. É verdadeira permissão jurídica, ou ainda, é um poder concedido ao indivíduo para realizar seus interesses. Representa a estrutura da relação poder-dever, em que ao poder de uma das partes corresponde o dever da outra.²³⁴

Em termos fiscais, a prestação jurídica do sujeito ativo da relação tributária consubstancia-se no modal deôntico da obrigação, assim definida pelo ordenamento jurídico brasileiro através do Código Tributário Nacional, no *caput* e §§ do seu art. 113. A principal consiste no pagamento do tributo ou da penalidade pecuniária, pelo sujeito passivo, aos cofres públicos, e a acessória, na realização de prestações positivas ou negativas em apoio à administração tributária, como o fornecimento de informações fiscais, a emissão de documentos hábeis a identificar as transações tributáveis realizadas, o não oferecimento de qualquer óbice ou barreira à fiscalização, entre outras.

A pretensão jurídica, por sua vez, nasce da resistência do devedor em cumprir com o seu dever jurídico estipulado pelo liame instaurado, ou melhor, decorre de uma atitude antijurídica promovida pelo devedor em face do seu credor, tal como evidencia a dicção legal estabelecida pelo art. 189 da Lei n.º 10.406/02 – Código Civil²³⁵, quando trata da prescrição em termos genéricos, abrindo ao titular da relação jurídica consagrada a possibilidade de acionar o Poder Judiciário no sentido de obter o solvimento da prestação arrostada não adimplida.

Entretanto, nem sempre frustrado um direito subjetivo deriva o nascimento de uma pretensão jurídica, já que há direitos subjetivos não correspondentes a deveres jurídicos específicos.

²³⁴ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro, Renovar: 2003, p. 575.

²³⁵ BRASIL. Código Civil. **Lei no. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Art. 189: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”. (Grifo nosso) Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 nov. 2012.

São, pois, os direitos potestativos, como esclarece Francisco Amaral, ao destacar a relação jurídica da sujeição do sujeito passivo frente ao titular:

O direito potestativo é o poder que o agente tem de influir na esfera jurídica de outrem, constituindo, modificando ou extinguindo uma situação subjetiva sem que esta possa fazer alguma coisa, se não sujeitar-se. São direitos potestativos o do patrão dispensar o empregado, o do doador revogar a doação simples, o do representado revogar a procuração, o do agente ocupar *res nullius*, o de se aceitar ou não a proposta de contratar, o de se aceitar ou não herança, o de estabelecer uma passagem forçada para prédio encravado em outro.²³⁶

A mesma noção é empreendida por Orlando Gomes ao tratar da diferença entre os conceitos de dever, sujeição e ônus jurídicos:

5. Dever Jurídico. Sujeição. Ônus Jurídico. O conceito de 'obrigação' deve ser depurado da intromissão de outras noções jurídicas tecnicamente distintas, tais como as de 'dever jurídico', 'sujeição' e 'ônus'. (RA) Em uma relação jurídica, a obrigação ocupa o lado passivo e, por isso, consiste no próprio dever jurídico, podendo, assim, ser definida como sendo certo comportamento exigível pelo titular do respectivo direito subjetivo (lado ativo).

[...]

A 'sujeição', a necessidade de suportar as consequências jurídicas do exercício regular de um 'direito potestativo', tal como é o caso do empregado ao ser dispensado pelo empregador. São 'potestativos', dentre outros, o direito de resgate do foreiro, o do condômino de pedir a divisão da coisa comum e o do locador de despejar o locatário.²³⁷ (Grifo nosso)

Destarte, se há direitos subjetivos que carregam o nascimento de prestações, em face de deveres jurídicos estabelecidos na relação jurídica exercida, há, por outro lado, direitos subjetivos, que estabelecem sujeições do titular em face do sujeitado; tem-se como exemplo, em termos fiscais, o direito do fisco em constituir um crédito tributário de ofício, uma vez não identificado o seu adimplemento pelo sujeito passivo da obrigação tributária.

Tais noções, portanto, de direito subjetivo, direito potestativo, dever jurídico, prestação, pretensão e sujeição são curiais para o estabelecimento da diferenciação entre os institutos jurídicos da prescrição e da decadência, ao possuírem discrimen bem específico em termos tributários tratados a seguir.

²³⁶ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 576.

²³⁷ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 16. ed. rev., atual. e aum. de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 11-12.

5.2 CONCEITOS DE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA JURÍDICAS

5.2.1 Fundamentos da Prescrição e Decadência Jurídicas

Ambas as figuras jurídicas da decadência e da prescrição possuem um grau de interseção ontológico capaz de aliar, primeiramente, o transcurso do tempo com, em segundo aspecto, a ausência de iniciativa do detentor do direito subjetivo em reagir à tentativa de resistência instaurada pelo devedor à pretensão jurídica instalada, ou mesmo diante da leniência do credor no exercício da sua potestade atribuída pelo liame jurídico-fiscal consagrado.

Razão assiste à existência de tais fenômenos, já que as relações jurídicas não podem ser, em geral, eternizadas, sob pena de se consagrar verdadeira insegurança no ordenamento normativo vigente. Não se deve, por exemplo, encomiar a possibilidade de se exigir, sem limite de tempo, a prestação de um devedor face ao seu credor, mesmo que o objeto de tal prestação seja um dar consubstanciado em tributo, verba de ordem pública, receita-mor do Estado, capaz de custear o plano governamental de assistência social. Até mesmo receitas desta natureza sofrem a incidência tanto da prescrição, quanto da decadência tributárias.

Ao versar sobre tais figuras presentes na ordem jurídica pátria, bem como justificar a sua existência em função da pacificação dos conflitos sociais, Caio Mário da Silva Pereira já observava:

É, então, na ‘paz social’, na segurança da ordem jurídica que se deve buscar o seu verdadeiro fundamento. O direito exige que o devedor cumpra o obrigado e permite ao sujeito ativo valer-se da sanção contra quem quer que vulnere o seu direito. Mas se ele se mantém inerte, por longo tempo, deixando que se constitua uma situação contrária ao seu direito, permitir que mais tarde reviva o passado é deixar em perpétua incerteza a vida social. Há, pois, um interesse de ‘ordem pública’ no afastamento das incertezas em torno da existência e eficácia dos direitos, e este interesse justifica o instituto da prescrição, em sentido genérico. Poder-se-á dizer que, assim procedendo, o direito dá amparo ao relapso, em prejuízo do titular da relação jurídica. E até certo ponto é uma verdade: em dado momento, o ordenamento jurídico é chamado a pronunciar-se entre o credor que não exigiu e o devedor que não pagou, inclinando-se por este. Mas se assim faz é porque o credor negligente teria permitido a criação de uma situação contrária ao seu direito, tornando-se a exigência de cumprimento deste um inconveniente ao sossego público, considerado mal maior do que o sacrifício do interesse individual, e tanto mais que a prolongada inatividade induzira já a presunção de uma ‘renúncia tácita’. É por esta razão que se dizia ser a prescrição *patrona generis humani*, produtora do efeito sedativo das incertezas.²³⁸ (Grifo nosso)

²³⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 2004, p. 684.

Ao sintetizar a noção ontológica dos institutos da decadência e da prescrição com a expressão em latim *dormientibus non succurrit jus*, Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze Gagliano assim discorrem:

O maior fundamento da existência do próprio direito é a garantia da pacificação social.

De fato, ao fazermos tal afirmação, temos em mente a ideia de que o ordenamento jurídico deve buscar prever, na medida do possível, a disciplina das relações sociais, para que todos saibam – ou tenham a expectativa de saber – como devem se portar para o atendimento das finalidades – negociais ou não – que pretendam atingir.

Por isso, não é razoável, para a preservação do sentido de ‘estabilidade social’ e ‘segurança jurídica’, que sejam estabelecidas relações jurídicas perpétuas, que podem obrigar, sem limitação temporal, outros sujeitos, à mercê do titular.

[...]

Ademais, a existência de prazo para o exercício de direitos e pretensões é uma forma de disciplinar a conduta social, sancionando aqueles titulares que se mantêm inertes, numa aplicação do brocardo latino *dormientibus non succurrit jus*. Afinal, quem não tem a dignidade de lutar por seus direitos não deve sequer merecer a sua tutela.²³⁹ (Grifo nosso)

Yussef Said Cahali realiza uma síntese doutrinária a respeito dos fundamentos jurídicos aplicáveis tanto à prescrição quanto à decadência:

Constitui lugar-comum nos tratados de direito destacar as dificuldades que os autores encontram ao cuidarem do tema da prescrição e decadência: causas promíscuas da extinção do direito, ou de sua capacidade defensiva, tendo como ponto comum o decurso do tempo aliado à inatividade do respectivo titular, as soluções a seu respeito estatuídas nos sistemas legislativos, preconizadas na doutrina ou adotadas na jurisprudência, estão longe de serem consideradas definitivas.

[...]

Hoje esta colocação está definitivamente superada, sendo a prescrição um instituto tranquila e universalmente aceito *pro bono publico*. Na expressão de Teixeira de Freitas, ‘esta filha do tempo e da paz – patrona de gênero humano – de que todas as legislações não têm podido prescindir’.

[...]

Alguns buscavam identificá-la como sanção à negligência do titular do direito, induzindo a presunção de seu desinteresse; seria uma aplicação prática da parêmia *dormientibus non succurrit jus*.

Modernamente, porém, há certo consenso no sentido de explicá-la por interesses de ordem social: a segurança do comércio jurídico recomenda a consolidação das situações jurídicas pelo decurso do tempo; e pela necessidade de procurar uma prova de liberação de um devedor que pagou, mas não recebeu a quitação ou a perdeu.²⁴⁰ (Grifo nosso)

Quando trata da questão do tempo e a prescrição jurídica, não relacionada com a extinção do direito subjetivo do credor, mas, outrossim, ao destacar a perda da pretensão instaurada, Pontes de Miranda leciona:

²³⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil. Parte geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 475.

²⁴⁰ CAHALI, Yussef Said. **Prescrição e decadência**. São Paulo: RT, 2008, p. 15-18.

3. NASCIMENTO E EXTINÇÃO DE DIREITOS; PRESCRIÇÃO. –

O tempo pode ser elemento do suporte fático, para que, incidindo a regra jurídica, nasça o direito, a pretensão, a ação ou a exceção, com eficácia *ex nunc*, ou *ex tunc*. Também os figurantes podem estabelecer que o tempo seja elemento necessário ao surgimento de direitos, pretensões, ações, ou exceções. Lei e figurantes empregam, em geral, a mesma técnica.

Dá-se o mesmo quanto à extinção dos direitos, das pretensões, das ações e das exceções. Então, o efeito do fato jurídico deixa de ser, não raro com eficácia *ex tunc*. É preciso, porém, que se não confunda a extinção dos direitos, pretensões, ações e exceções com a prescrição, que nada extingue. A prescrição apenas encobre eficácia da pretensão, ou apenas da ação. Não a elimina. Conforme teremos de ver, não há prescrição do direito ou da dívida, o que há é prescrição da pretensão ou só da ação. Para sermos mais exatos, devemos dizer ‘prescrição da pretensão’, porque o que fica encoberto é a pretensão, desde o momento em que o devedor alega a prescrição, isto é, exerce o seu direito de exceção por prescrição.²⁴¹ (Grifo nosso)

Ao traçar uma reflexão normativa em face dos dois institutos e encará-los seja como norma geral ou abstrata, seja como norma individual e concreta, Eurico Marcos Diniz de Santi destaca os elementos acima pontuados, quais sejam, a inércia do titular do direito, aliada com o transcurso temporal:

As hipóteses normativas das normas decadencial ou prescricional descrevem o transcurso de tempo, qualificado pela conduta omissiva do titular do direito, contado do *dies a quo* fixado na legislação tributária. O acontecimento do decurso desse prazo, no plano do suporte fático, é o evento. Os fatos decadencial ou prescricional no domínio do direito vão surgir quando esse acontecimento, que se dá no tempo histórico e no espaço social, for relatado em linguagem competente, i.e., segundo a forma em direito admitida, ocupando o lugar de antecedente nas normas individuais e concretas da decadência ou da prescrição.²⁴² (Grifo nosso)

Seja com base no conceito de pretensão jurídica ou com fundamento no direito potestativo, os dois institutos acima discutidos devem ser, então, a partir dos aspectos ontológicos acima evidenciados, diferenciados.

5.2.2 Diferença entre Prescrição e Decadência Jurídicas

Há que se observar, *prima facie*, aspectos específicos, capazes de diferenciar a prescrição da decadência. Enquanto que a prescrição está relacionada ao esvaziamento da pretensão jurídica estabelecida, tendo em vista o surgimento de uma prestação devida e resistida pelo sujeito passivo face ao seu credor, detentor de um direito subjetivo correlato a um dever jurídico correspondente, a decadência, por sua vez, caracteriza-se pela situação da não exposição do devedor à sujeição jurídica do seu credor, haja vista sua inércia em exercer uma

²⁴¹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo I. 4. ed. São Paulo: RT, 1983, p. 31-32.

²⁴² DE SANTI, Eurico Marcos Diniz. **Decadência e prescrição no direito tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 112.

potestade frente ao sujeito passivo, considerando-se certo transcurso temporal estabelecido pela ordem jurídica em vigor. Noutros termos, se a prescrição está relacionada à perda ou extinção de uma pretensão jurídica, a decadência, do seu lado, sente o esvair de um direito potestativo, posto à disposição do seu titular.

Francisco Amaral estabelece tal distinção entre decadência e prescrição em sua doutrina, apesar de considerar a decadência uma espécie de caducidade em sentido estrito. Não se concorda com essa concepção, já que a identidade semântica adotada entre os dois termos linguísticos – mesmo porque a extinção de direitos, como preconiza o autor representar apanágio da decadência – também se manifesta pela prescrição:

Contraposto ao conceito de pretensão existe o de exceção, direito que se tem de impedir a eficácia de um direito subjetivo de outrem. Funciona como um ‘contradireito’ ou, tecnicamente, um direito de negar o cumprimento da prestação devida, correspondente à pretensão do credor. As exceções podem ser permanentes e transitórias ou dilatórias. As primeiras impedem a ‘imposição judicial’ da pretensão, perpetuamente; as segundas, temporariamente.

Na hipótese de exceção permanente, o crédito a que corresponde a respectiva prestação contrariada é tido como não subsistente, e o exemplo mais notório dessa hipótese é a prescrição.

[...]

O tempo é, assim, fator de limitação do exercício dos direitos. E a figura técnica que exprime a extinção dos direitos e suas pretensões pela inércia do respectivo titular no tempo devido. É a chamada ‘caducidade’. Esta, em sentido amplo, significa a extinção de direitos em geral e, em sentido restrito, perda dos direitos potestativos quando toma o nome de ‘decadência’. Seu fundamento é o princípio da inadmissibilidade da conduta contraditória.²⁴³ (Grifo nosso)

Estabelece Yussef Said Cahali diferenciação entre os dois institutos. Não se pode, contudo, aceitar plenamente tal discriminação, haja vista o autor haver separado a noção de poder e, conseqüentemente, de direito potestativo da percepção de direito subjetivo, quando, no sentido ora tratado, o direito subjetivo pode desdobrar-se em uma prestação do titular frente ao seu devedor, ou mesmo em uma potestade, tendo em vista a manifesta sujeição do sujeito passivo submetido:

Aliás, com terminologia parecida, é também a lição de Messineo: a decadência relaciona-se com a atuação de um ‘poder’, a prescrição com a atuação de um ‘direito subjetivo’; ambos, poder e direito subjetivo, devem ser exercitados para evitar que se consumem, respectivamente, a prescrição e a decadência.

Na realidade, a pretendida distinção ‘científica’ entre os dois institutos não passa, na essência, de um desdobramento dinâmico da distinção segundo a origem da ação, a que contemplaria: nos direitos potestativos, o poder outorgado ao respectivo titular origina-se com o próprio direito; se estabelecido prazo para o seu exercício, será de decadência; nos direitos subjetivos, a pretensão condenatória nasce

²⁴³ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 576-577.

posteriormente, com a lesão representada pelo descumprimento da prestação; assim, será de prescrição o prazo para a respectiva ação.²⁴⁴ (Grifo nosso)

Jorge Lopes de Sousa determina a diferença ora estabelecida ao discutir a questão da prescrição e da decadência à luz do direito lusitano. A primeira implica a extinção do direito de cobrança do credor pelo transcurso temporal, ao passo que a última significaria o falecer de direitos em função do seu não exercício:

Como se infere do disposto no art. 298, n.º 2, do CC, a caducidade é um instituto por via do qual os direitos que, por força de lei ou por vontade das partes, têm de exercer-se em determinado prazo, se extinguem pelo seu não exercício nesse prazo. No que concerne à prescrição, como resulta do preceituado no art. 304, n.º 1, do CC, traduz-se na faculdade concedida ao devedor de, após ter decorrido determinado prazo, previsto na lei, recusar o cumprimento da prestação e opor-se ao seu exercício coercivo, com a consequente extinção do direito de o credor proceder à cobrança.²⁴⁵

Por sua vez, Cássio Vieira Pereira dos Santos promove reflexão acerca do quanto discutido, tendo em vista a normatização expressa pelo Código Civil de 2002, na linha preconizada por Pontes de Miranda, acima reproduzida, qual seja, a prescrição se relacionaria com a extinção da pretensão jurídica do credor frente ao devedor, e não quanto ao seu direito de ação, tendo em vista que tal direito é constitucionalmente garantido pela ordem jurídica:

O equívoco semântico ocorre, porque o que se extingue com a prescrição não pode ser o direito constitucional de ação (de ver o órgão judicial prestar um provimento satisfativo ou não ao pedido), já que o direito de ação é autônomo do direito material invocado. O que se extingue com a prescrição é, na verdade, a pretensão do autor em ver o Poder Judiciário submetido ao dever de lhe prestar um provimento satisfativo, aplicando coercitivamente uma sanção ao réu, tendo em vista o descumprimento de certa conduta pelo mesmo. Hoje, contudo, o equívoco já está superado dentre os modernos civilistas: o Novo Código Civil adotou a proposta de Agnaldo Amorim Filho, no sentido de que a decadência seria a perda do 'direito material' pelo seu 'não exercício' no prazo estipulado em lei, e a prescrição seria a perda da pretensão do 'direito material' pelo seu não exercício no prazo estipulado em lei.²⁴⁶ (Grifo nosso)

Tal diferenciação é perceptível e destacada na teoria do Direito Tributário, até mesmo na topografia dos dispositivos legais expressos pelo Código Tributário Nacional. A administração tributária é detentora de uma potestade, que é a de sujeitar o devedor fiscal ao seu controle, para verificação da consistência tributária do sujeito passivo da obrigação de

²⁴⁴ CAHALI, Yussef Said. **Prescrição e decadência**. São Paulo: RT, 2008, p. 27.

²⁴⁵ SOUSA, Jorge Lopes de. **Sobre a prescrição da obrigação tributária**. 2. ed. Lisboa: Áreas, 2010, p. 15-16.

²⁴⁶ SANTOS, Cássio Vieira Pereira dos. Natureza das normas de decadência e prescrição tributárias. In: CARVALHO, Aurora Tomazini de Carvalho (Org.) **Decadência e prescrição em direito tributário**. 2. ed. São Paulo: MP Ed., 2010, p. 33.

cunho fiscal imposta por lei. Na verdade, busca verificar a sua conduta, se contrária ou em consonância ao Direito, submetendo-se, portanto, às consequências derivadas, isto é, ou à homologação expressa de suas operações, alforriando-o de qualquer débito; ou à determinação, através da norma jurídica própria e definitiva, do crédito tributário apurado em sede de liquidação, uma vez que o lançamento de ofício, produzido pela autoridade fazendária, é capaz de determinar o *an*, o *quem* e o *quantum debeatur* da obrigação estipulada, oriunda de um ilícito fiscal identificado através da auditoria efetivada.

Ocorre que o exercício desta potestade não é eviterno, tendo em vista o quanto discutido nestas linhas de Dissertação. Sofre a incidência da decadência ou caducidade fiscal, caso a fiscalização não seja exercida em um determinado período de tempo – interregno temporal de 05 anos – que possui a contagem do seu *dies a quo* variada, em função do tipo de lançamento fiscal, classificado de acordo com a taxionomia imposta pelo Código Tributário Nacional. Ou seja, em termos genéricos, a partir da data da ocorrência do fato gerador, no caso do lançamento, por homologação, ao lume do § 4º do art. 150 do Codex Fiscal – CTN²⁴⁷, ou 05 anos a partir do primeiro dia do exercício seguinte, em função dos demais lançamentos: o de declaração e o de ofício, como estabelece o inciso I do art. 173 do mesmo Diploma Legal Complementar²⁴⁸.

Como visto e discutido, o lançamento determina e liquida definitivamente o crédito tributário exigido e, já que este estudo se reporta ao lançamento fiscal de ofício, aquele expresso e aflorado ao mundo dos fenômenos através da lavratura de um auto de infração ou de uma notificação fiscal, há a produção, pelo fisco, de uma norma jurídica, capaz de desvelar a conduta ilícita do devedor, o que se traduz na pretensão do Estado em receber uma obrigação de dar dinheiro, atribuída ao sujeito passivo da obrigação tributária e estatuída pela relação fiscal implementada e identificada por tal norma de direito.

²⁴⁷ BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Lei no. 5.172, de 25 de outubro de 1996. **Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios**. Art. 150, § 4º (*Omissis*): “Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 nov. 2012.

²⁴⁸ *Ibid.* Art. 173. “O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:
I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”;

Uma vez oposto um óbice pelo sujeito passivo a tal prestação, surge a pretensão jurídica do credor fiscal. Da mesma forma que na decadência, linhas atrás discutido, tal pretensão não é eterna, sujeitando-se a um prazo de exercício, desta vez prescricional, também de 05 anos, estipulado pelo art. 174 do Código Tributário Nacional²⁴⁹.

A doutrina tributária percebe tal distinção entre decadência e prescrição fiscais como expõe Paulo de Barros Carvalho, ao salientar que o *dies a quo* da contagem do lapso prescricional ocorre com a constituição definitiva do crédito tributário, ou seja, da notificação do sujeito passivo da obrigação tributária do ato administrativo do lançamento tributário efetuado:

A Fazenda dispõe de cinco anos para efetuar o ato jurídico administrativo de lançamento. Não o praticando, nesse período, decai o direito de celebrá-lo. Na redação do art. 173 estão consignados dois marcos iniciais para a contagem do prazo: do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetivado (item I); e da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado (item II). E o parágrafo único do mesmo artigo acrescenta o terceiro: da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento. Eis a disciplina do Código a propósito da decisão do direito de lançar.

É oportuna a digressão sobre o tema:

A decadência ou caducidade é tida como o fato jurídico que faz perecer um direito pelo seu não exercício durante certo lapso de tempo. Para que as relações jurídicas não permaneçam indefinidamente, o sistema positivo estipula certo período a fim de que os titulares de direitos subjetivos realizem os atos necessários à sua preservação, e perante a inércia manifestada pelo interessado, deixando fluir o tempo, fulmina a existência do direito, decretando-lhe a extinção. Só se observa o efeito extintivo da obrigação tributária, porém, quando o fato da decadência for reconhecido posteriormente à instalação da obrigação tributária. Surpreendemos, aqui, mais um momento de ambiguidade da palavra 'decadência' no direito tributário.

[...]

Com o lançamento eficaz, quer dizer, adequadamente notificado ao sujeito passivo, abre-se à Fazenda Pública o prazo de cinco anos para que ingresse em juízo com a ação de cobrança (ação de execução). Fluindo esse período de tempo sem que o titular do direito subjetivo deduza sua pretensão pelo instrumento processual próprio, dar-se-á o fato jurídico da prescrição. A contagem do prazo tem como ponto de partida a data da 'constituição definitiva do crédito', expressão que o legislador utiliza para referir-se ao ato de lançamento regularmente comunicado (pela notificação) ao devedor.²⁵⁰ (Grifo nosso)

Hugo de Brito Machado observa, por exemplo, no mesmo diapasão acima discorrido, ao diferenciar os institutos da decadência e da prescrição, diante do direito potestativo do primeiro, em face do direito a uma prestação do segundo:

²⁴⁹ BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Lei no. 5.172, de 25 de outubro de 1996. **Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios**. Art. 174: "A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva". Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 nov. 2012.

²⁵⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 542-548.

A distinção entre ‘decadência’ e ‘prescrição’ na Teoria Geral do Direito fica mais clara quando partimos da distinção entre direito potestativo e o direito a uma prestação. ‘Direito potestativo’ é aquele cuja satisfação depende apenas de um credor; enquanto ‘direito a uma prestação’ é aquele cuja satisfação ocorre com uma prestação que depende do devedor. ‘Decadência’ é a extinção, pelo decurso do tempo, de um direito potestativo; enquanto ‘prescrição’ é a extinção, pelo decurso do tempo, de um direito a uma prestação – ou, como preferem alguns, a extinção da ação que o protege porque se destina a assegurar a sua satisfação.²⁵¹ (Grifo nosso)

Luciano Amaro perfaz consideração crítica acerca da prescrição e decadência tributárias, ao estabelecer o seu critério diferenciador em função do ato administrativo fiscal de lançamento, já que o prazo de constituição do crédito tributário, pelo lançamento, estaria relacionado à caducidade fiscal, enquanto que, após a sua constituição, operaria a prescrição, caso não houvesse iniciativa de ação de cobrança por parte do titular do crédito estabelecido:

Todavia, certamente influenciado pelas construções teóricas formuladas sobre a decadência e a prescrição, e, fundamentalmente, condicionado pelo fenômeno do ‘lançamento’ (anomalia da pretensão tributária, que não se faz presente na dinâmica do exercício de direitos na esfera de outros ramos do direito), o Código Tributário Nacional optou por cindir a problemática dos prazos extintivos do direito do credor da obrigação tributária, fixando dois prazos, sendo o primeiro o lapso de tempo dentro do qual deve ser ‘constituído’ o crédito tributário, mediante a consecução do lançamento, e o segundo, o período no qual o sujeito ativo, se não satisfeita a obrigação tributária, deve ajuizar a ação de cobrança.²⁵²

Aliomar Baleeiro expressa suas concepções acerca da temática exposta, ao destacar tanto em relação à decadência, quanto em face da prescrição a extinção de direitos, vinculando a prescrição à extinção do direito de ação. Não se pode, contudo, aceitar tal posição plenamente, haja vista que, na prescrição, o que se esvai não é o direito de ação, este inalienável, como direito fundamental constitucional, mas sim a pretensão instaurada pelo devedor diante do seu titular. O autor aduz outra diferença entre os institutos versados, o fato de a prescrição não poder ser decretada de ofício pelo magistrado, posição já superada em função da dogmática hoje em vigor, já que, seja por alteração impressa no Código de Processo Civil, ao lume do seu § 5º do art. 219, ou em face do § 4º do art. 40 da Lei n.º 6.830/80 – LEF, o juiz pode decretá-la por iniciativa própria:

Tanto a decadência como a prescrição são formas de perecimento ou extinção de direito. Fulminam o direito daquele que não realiza os atos necessários a sua preservação, mantendo-se inativo. Pressupõem ambas dois fatores:

- a inércia do titular do direito;
- o decurso de certo prazo, legalmente previsto.

²⁵¹ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 220.

²⁵² AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 428.

Mas a decadência e a prescrição distinguem-se em vários pontos, a saber: a) a decadência fulmina o direito material (o direito de lançar o tributo, direito irrenunciável e necessitado, que deve ser exercido), em razão do seu não exercício durante o decurso do prazo, sem que tenha havido nenhuma resistência ou violação do direito; já a prescrição da ação supõe uma violação do direito de crédito da Fazenda, já formalizado pelo lançamento, violação da qual decorre a ação, destinada a reparar a lesão; b) a decadência fulmina o direito de lançar que não foi exercido pela inércia da Fazenda Pública, enquanto a prescrição só pode ocorrer em momento posterior; uma vez lançado o tributo e descumprido o dever de satisfazer a obrigação. A prescrição atinge, assim, o direito de ação, que visa a pleitear a reparação do direito lesado; c) a decadência atinge o direito irrenunciável e necessitado de lançar, fulminando o próprio direito de crédito da Fazenda Pública, impedindo a formação do título executivo em seu favor e podendo, assim, ser decretada de ofício pelo juiz; a prescrição, ao contrário, é renunciável, devendo ser alegada na ação pela parte a quem aproveita e não pode, em consequência, ser decretada de ofício pelo juiz (cf. Paulo de Barros Carvalho, op. cit., e Luciano Amaro, op. cit., pp. 373-385); d) em regra, o prazo decadencial é definitivo e, uma vez iniciado, corre sem suspensão ou interrupção, exceção feita à hipótese do art. 173, II; entretanto, o prazo prescricional sujeita-se a causas de suspensão (art. 151 do CTN) ou de interrupção (art. 174).²⁵³ (Grifo nosso)

Ives Gandra da Silva Martins promove reflexão própria, dando os contornos específicos acerca da raiz principiológica da decadência e da prescrição fiscais, ao atribuir, em face da caducidade tributária, um interregno temporal definido ao seu poder de imposição de exação e, por outro, em relação à prescrição, assinalando um prazo à autoridade administrativa para executar o crédito tributário constituído:

Se, por inércia ou por qualquer outro motivo, a autoridade administrativa não exercer o dever de lançar, nos prazos estipulados, constituindo o crédito tributário, ou se, uma vez lançado, deixar de executá-lo judicialmente, também nos prazos definidos pelo Código Tributário Nacional, terá lugar a punição da inércia, constituída pelas vedações provocadas pelos institutos da decadência e da prescrição. Tais institutos têm por objetivo, exclusivamente, ofertar segurança maior ao direito, não permitindo que a espada de Dâmocles paire, indefinidamente, sobre a cabeça do sujeito passivo da obrigação tributária. Seu escopo é, pois, com clareza, ofertar, de um lado, um prazo temporal suficiente para o exercício do poder fiscalizatório, para o exercício do dever impositivo e, de outro, não permitir que esse prazo ultrapasse o razoável, que não se prolongue ao infinito. Decadência e prescrição punem a desídia, a imperícia, a negligência, a omissão da Administração Pública e garantem a segurança jurídica, dando possibilidade às relações entre Fisco e contribuinte, impedindo que, após determinado prazo, possam ser alteradas.²⁵⁴

Ao demarcar os dois institutos jurídicos, robora Ricardo Lobo Torres, em parte, a linha apresentada por Aliomar Baleeiro, ao assinalar que, na prescrição, ocorre a perda do direito de ação. Na verdade, como já consignado, o que se evapora é a pretensão do titular do crédito tributário diante da resistência ao pagamento imposta pelo sujeito passivo da obrigação

²⁵³ BALEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 909-910.

²⁵⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Decadência e prescrição. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord). **Decadência e prescrição**. São Paulo: RT, 2007, p. 20-21.

tributária. De mais a mais, adita o autor a impossibilidade da suspensão/interrupção do prazo decadencial, posição que deve ser observada com ressalvas, já que se trata de matéria dogmática, podendo-se prever tais marcos temporais de paralisação, como a própria doutrina fiscal observa em função do inciso II do art. 173 do Código Tributário Nacional²⁵⁵:

No direito tributário, a decadência é a perda do direito de constituir o crédito tributário pelo lançamento, enquanto a prescrição é a perda do direito à ação para a cobrança do crédito. As duas formas de extinção do crédito tributário se estremam pelas seguintes notas: enquanto a decadência impede o exercício do poder de tributar, a prescrição prejudica a cobrança do crédito já constituído; na decadência perece o direito e, na prescrição, a ação; a decadência não se suspende nem se interrompe, ao contrário da prescrição, que tem as causas interruptivas previstas no próprio Código Tributário Nacional. Pode-se dizer, assim, que a decadência é instituto de direito material, e a prescrição, de direito processual.²⁵⁶ (Grifo nosso)

Uma vez estremada a diferenciação entre decadência e prescrição fiscais, impende demarcar a problemática surgida na doutrina e jurisprudência pátrias acerca do tema estudado, uma vez que, para a maioria dos juristas nacionais, definido o crédito tributário pelo lançamento, em havendo impugnação administrativa pelo sujeito passivo da obrigação tributária, até a decisão final denegatória da impugnação ou do recurso interposto pelo devedor, não há de se falar nem em decadência, nem tampouco em prescrição tributárias.

5.3 A ORIGEM DO PENSAMENTO JURÍDICO PREDOMINANTE – ACÓRDÃO 94.462-1 STF

O não acolhimento da tese da prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal possui origem jurisprudencial, tendo em vista o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, dos Embargos de Divergência no Recurso Extraordinário n.º 94.462-1, quando a União, na condição de Embargante, desafiou o acórdão embargado, que declarava a decadência dos créditos tributários constituídos em face da Fibratam S/A – Usina de Tambores de Fibra, então embargada.

²⁵⁵ BRASIL. Código Tributário Nacional. **Lei no. 5.172**, de 25 de outubro de 1996. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Art. 173: “O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

[...]

II – da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado”. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 nov. 2012.

²⁵⁶ TORRES, Ricardo Lobo. Decadência e prescrição. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord). **Decadência e prescrição**. São Paulo: RT, 2007, p. 51.

Tendo em vista, até então, a preponderância da tese civilista, aplicada aqui ao Direito Tributário, segundo a qual o instituto da decadência não se sujeitava nem à suspensão, nem tampouco à interrupção²⁵⁷, entendeu a Corte Suprema, em uma de suas Turmas, que a contestação, em sede de Tribunal Administrativo, do lançamento de ofício promovido pela autoridade fazendária não teria o condão de obstaculizar a proclamação da caducidade do crédito tributário constituído, uma vez transcorridos mais de 05 anos da data de sua lavratura, sem o julgamento final da defesa apresentada ou do recurso interposto pelo devedor fiscal. A ementa do acórdão embargado, da lavra do Min. Soares Munõz possuía o seguinte conteúdo reflexivo:

CRÉDITO FISCAL. DECADÊNCIA

- Entre o auto de infração e a decisão final proferida na reclamação administrativa do contribuinte flui o prazo quinquenal da decadência. Recurso extraordinário conhecido e provido para deferir-se o mandado de segurança.²⁵⁸ (Grifo nosso)

Na fundamentação esposada pelo Ministro Relator do acórdão embargado²⁵⁹, extraíam-se as razões justificativas para a aplicação da decadência como causa extintiva da obrigação tributária, originada com a ocorrência do seu fato gerador:

A regra do art. 151, III, do Código Tributário Nacional, consoante o qual ‘suspendem a exigibilidade do crédito tributário... III – as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo’, significa apenas a retratação do princípio doutrinário de que a decadência não é susceptível de suspensão, nem de interrupção.

Desses dados verifica-se que não ocorreu a prescrição; entretanto, a decadência se consumou, uma vez que, entre o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que os dois lançamentos poderiam ter sido efetuados e a decisão do recurso interposto para o Primeiro Conselho de Contribuintes, fluíram mais que cinco anos (1968 e 1969 e 1975). (Grifo nosso)

Tal entendimento restou vencido, diante do arrazoado produzido pelo Min. Moreira Alves, que unificou e consolidou a versão jurisprudencial da Corte Suprema, segundo a qual, até a constituição do crédito tributário com o lançamento de ofício, deve-se analisar a existência ou não da figura da decadência fiscal, mas, após tal fato, em havendo irrevogação do sujeito passivo em sede administrativa, a constituição definitiva do crédito tributário dar-se-ia, ao

²⁵⁷ O próprio Código Civil/2002 destaca: “Art. 207. Salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição”.

²⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos no Recurso Extraordinário: RE 94462 SP. Ementa** - Prazos de prescrição e de decadência em direito tributário. Embargante: União Federal. Embargada: Fibratam S/A – Usina de Tambores de Fibras. Relator: Min. Moreira Alves, Brasília, 06 de outubro de 1982. STF, Brasília. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 12 dez. 2012.

²⁵⁹ **Ibid.**, 06 de outubro de 1982.

lume do *caput* do art. 174 do Código Tributário Nacional, quando da prolação decisão final denegatória, por parte do Tribunal Administrativo, da impugnação apresentada ou do recurso interposto pelo devedor tributário.

Desta forma, diante da causa suspensiva instaurada com a contestação e/ou modalidade recursal administrativa apresentada, como estabelece o inciso III do art. 151 do Código Tributário Nacional²⁶⁰, estar-se-ia suspensa a exigibilidade do crédito tributário, o que impediria a deflagração da contagem do *dies a quo* do prazo prescricional. A ementa do acórdão proferido possui, portanto, a descrição a seguir reproduzida:

EMENTA – Prazos de prescrição e de decadência em direito tributário.
- Com a lavratura do auto de infração, consuma-se o lançamento do crédito tributário (art. 142 do C.T.N.). Por outro lado, a decadência só é admissível no período anterior a essa lavratura; depois, entre a ocorrência dela e até que flua o prazo para a interposição do recurso administrativo, ou enquanto não for decidido o recurso dessa natureza de que se tenha valido o contribuinte, não mais corre prazo para decadência, e ainda não se iniciou o fluência de prazo para prescrição; decorrido o prazo para interposição do recurso administrativo, sem que ela tenha ocorrido, ou decidido o recurso administrativo interposto pelo contribuinte, há a constituição definitiva do crédito tributário, a que alude o artigo 174, começando a fluir, daí, o prazo de prescrição da pretensão do Fisco.²⁶¹ (Grifo nosso)

O ponto curial da exegese impressa pela então nova interpretação dada aos institutos da decadência e da prescrição fiscais residiu na questão da definição sobre o que representaria a constituição definitiva do crédito tributário, como enuncia o *caput* do art. 174 do Código Tributário Nacional. Para o Supremo Tribunal Federal, passou a ocorrer com a decretação da decisão final denegatória da impugnação apresentada ou do recurso interposto pelo devedor fiscal diante do Tribunal Administrativo competente para o processamento e o julgamento do processo administrativo fiscal derivado. Percebe-se tal intelecção com o extrato reproduzido da fundamentação do acórdão em referência:

²⁶⁰ BRASIL. Código Tributário Nacional. **Lei no. 5.172**, de 25 de outubro de 1996. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Art. 151: “Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:
[...]

III – as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo”;
Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 nov. 2012.

²⁶¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Supremo Tribunal Federal. **Embargos no Recurso Extraordinário: RE 94462 SP. Ementa** - Prazos de prescrição e de decadência em direito tributário. Embargante: União Federal. Embargada: Fibratam S/A – Usina de Tambores de Fibras. Relator: Min. Moreira Alves, Brasília, 06 de outubro de 1982. **STF**, Brasília.
Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 12 dez. 2012.

Portanto, é decisivo responder a esta pergunta: o que é constituição definitiva do crédito tributário? O Código Tributário Nacional, nos arts. 174 e 154, emprega as expressões ‘constituição definitiva’ e crédito definitivamente ‘constituído’. Ora, é de boa hermenêutica que a lei não contém palavras supérfluas, todas elas aptas ao esclarecimento do diploma legal. Assim, a ideia que dá a lei tributária – é o raciocínio lógico que se impõe – é da existência de créditos fiscais não definitivamente constituídos. E como decorre da própria expressão utilizada pelo legislador, créditos definitivamente constituídos só podem ser aqueles atingidos pela preclusão, isto é, não impugnados pelo sujeito passivo na fase administrativa ou após a decisão proferida no procedimento fiscal administrativo, quando impugnados tempestivamente... ‘Por constituição definitiva deve entender-se a situação do crédito que não está mais sujeita a impugnação na esfera administrativa, seja por decurso de prazo ou confirmação’ (Rafael Moreno Rodrigues)...²⁶² (Grifo nosso)

Passaram a ser definidos, portanto, os dois marcos temporais, segundo a nova jurisprudência, capazes de esclarecer, em termos tributários, a ocorrência da decadência e da prescrição fiscais. Neste sentido, da ocorrência do fato gerador até o lançamento tributário, discute-se a questão da decadência, ao passo que, a partir do momento da decisão final denegatória da impugnação apresentada ou do recurso interposto pelo devedor fiscal diante do Tribunal Administrativo, estuda-se o fenômeno da prescrição. Durante toda a discussão administrativa do crédito fiscal objurgado pelo sujeito passivo da obrigação tributária não se fala nem de decadência, nem tampouco de prescrição intercorrente, diante da suspensão da exigibilidade prevista pelo inciso III do art. 151 do Código Tributário Nacional.

Marco Aurélio Greco, por sua vez, produziu reflexão semelhante sobre o tema discutido, especialmente diante do acórdão do Supremo Tribunal Federal já mencionado:

Da leitura do acórdão, extraem-se as seguintes conclusões:

a) A decadência flui até o lançamento, assim entendido também o auto de infração. Com este não há propriamente interrupção do prazo de decadência (o que seria uma *contradictio*), mas, a rigor, o que se verifica é a decadência não se implementar.

b) A prescrição somente começa a fluir depois de concluído o procedimento administrativo, seja porque não foi interposto o recurso cabível, seja porque já foi decidido. Vigora o princípio da *actio nata*, em razão do qual só há prescrição quando o crédito está em condições de ser cobrado, o que se verifica apenas depois de esgotado o procedimento tributário.

Uma vez que os dois prazos clássicos, de prescrição e de decadência, estão assim delimitados, a conclusão que imediatamente se extrairia seria a de que entre estes dois marcos básicos (lavratura do auto e término do procedimento) nenhum prazo fluiria contra o Fisco, que poderia demorar anos, ou décadas, para se pronunciar

²⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos no Recurso Extraordinário: RE 94462 SP. Ementa** - Prazos de prescrição e de decadência em direito tributário. Embargante: União Federal. Embargada: Fibratam S/A – Usina de Tambores de Fibra. Relator: Min. Moreira Alves, Brasília, 06 de outubro de 1982. **STF**, Brasília, p. 1395-1396.

Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 12 dez. 2012.

definitivamente, sem que nenhum efeito ocorresse para o seu crédito.²⁶³ (Grifo nosso)

Se entre a constituição do crédito tributário *ex vi* lançamento *ex officio* até o trânsito em julgado administrativo da decisão final denegatória da impugnação ofertada ou do recurso interposto pelo devedor fiscal não flui nenhum prazo contra o fisco, seja de decadência ou de prescrição, instaura-se, deste modo, uma figura híbrida, desconhecida da “Teoria Geral do Direito”, um *quid iuris* que precisaria ser identificado ou tipificado, defeito desvelador de certa incoerência jurídica, objeto do tema ora proposto, cujas raízes se encontram, como anteriormente exposto, no julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal.

Conquanto existam vozes dissonantes sobre a linha de pensamento instaurada com o **acórdão** da Corte Suprema, parte da doutrina tributária acolhe a exegese produzida pela Corte Constitucional. Assim posiciona-se Sacha Calmon Navarro Coêlho:

Devemos entender a data da constituição definitiva do crédito tributário, como aquela em que o lançamento tornou-se definitivo, insuscetível de modificação pelos ‘órgãos incumbidos’ de fazê-lo.

Um lançamento é definitivo quando for efetivado e não mais puder ser objeto de recurso por parte do sujeito passivo ou de revisão por parte da Administração. Isto pode ocorrer em pontos vários de tempo, dependendo das leis de cada ordem de governo e das vicissitudes do próprio processo de efetivação e revisão do ato jurídico do lançamento.

[...]

Durante todo o processo administrativo de discussão do crédito tributário (reclamações e recursos) não ocorre a prescrição. Do mesmo modo, as liminares em mandado de segurança e o depósito integral do crédito tributário suspendem a sua exigibilidade e, portanto, a prescrição, além de suspender também os parcelamentos para pagamento do crédito tributário, estes últimos com as nuances antes comentadas.²⁶⁴ (Grifo nosso)

De igual maneira aborda Hugo de Brito Machado, ao considerar a constituição definitiva do crédito tributário, quando inexistir mais possibilidade de discussão administrativa sob o lançamento fiscal que o instituiu:

Dizer que a ação para cobrança do crédito tributário ‘prescreve’ em cinco anos significa dizer que a Fazenda Pública tem o prazo de cinco anos para cobrar judicialmente, para propor a ‘execução’ do crédito tributário. Tal prazo é contado

²⁶³ GRECO, Marco Aurélio. **Dinâmica da tributação** – uma visão funcional. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 213.

²⁶⁴ COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Prescrição e decadência em matéria tributária – teoria geral e análise da lei complementar nº 118/05. In: CARVALHO, Aurora Tomazini de. (Coord). **Decadência e prescrição em direito tributário**. 2. ed. São Paulo: MP, 2010, p. 229-231.
TORRES, Ricardo Lobo Torres. **Decadência e prescrição**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord). **Decadência e prescrição**. São Paulo: RT, 2007, p. 51.

da constituição definitiva do crédito, isto é, da data em que não mais admita a Fazenda Pública discutir a seu respeito, em procedimento administrativo. Se não efetua a cobrança no prazo de cinco anos, não poderá mais fazê-lo.²⁶⁵ (Grifo nosso)

Ao abordar a questão do hiato temporal instaurado pela discussão administrativa do crédito tributário constituído *ex officio* pela administração fazendária, na mesma linha preconizada pelo Supremo Tribunal Federal, assim se posiciona Cleide Previtalli Cais:

Em se tratando de crédito tributário objeto de notificação ao contribuinte, que o impugna mediante os meios admissíveis na instância administrativa, dá-se um hiato entre o curso da decadência do direito da Fazenda Pública constituir o seu crédito e o curso da prescrição do seu direito de ajuizar a execução fiscal.

A conclusão não deixa de ser óbvia, na medida em que, uma vez constituído pela Fazenda Pública, sendo alvo de impugnação pelo contribuinte, o crédito tributário, conforme o desfecho da discussão, pode resultar alterado em sua conformação e exigibilidade.

Assim, uma vez decidida a questão pelo contencioso administrativo, o crédito tributário passa a ser líquido e certo, estando, então, definitivamente constituído, iniciando-se o curso da prescrição da execução fiscal.²⁶⁶ (Grifo nosso)

Consagra-se, diante do quanto exposto, a consolidação doutrinária e jurisprudencial da reflexão acerca dos institutos da decadência e da prescrição tributárias, ao se afirmar que, antes da decisão final administrativa denegatória da impugnação ofertada ou do recurso interposto pelo devedor fiscal, não haveria a deflagração da contagem do *dies a quo* prescricional do crédito tributário, já que não há que se falar em sua constituição definitiva, diante da suspensão da sua exigibilidade expressa pelo inciso III do art. 151 do Código Tributário Nacional. Diversos julgados em sede do Superior Tribunal de Justiça demonstram o matrimônio por tal tese, como se verifica, a título de exemplo elucidativo, da cognição exercida no REsp n.º 784.353/RS, ao pontuar em sua ementa, de forma resumida, as considerações até aqui versadas:

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PRAZO PRESCRICIONAL. PENDÊNCIA DE RECURSO ADMINISTRATIVO. CITAÇÃO POR EDITAL. INTERRUPÇÃO. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. RETORNO DOS AUTOS AO JUÍZO DE ORIGEM.

1. O Código Tributário Nacional estabelece três fases acerca da fruição dos prazos prescricional e decadencial referentes aos créditos tributários. A primeira fase estende-se até a notificação do auto de infração ou do lançamento ao sujeito passivo - período em que há o decurso do prazo decadencial (art. 173 do CTN); a segunda fase flui dessa notificação até a decisão final no processo administrativo - em tal período encontra-se suspensa a exigibilidade do crédito tributário (art. 151, III, do CTN) e, por conseguinte, não há o transcurso do prazo decadencial, nem do prescricional; por fim, na terceira fase, com a decisão final do processo administrativo, constitui-se definitivamente o crédito tributário, dando-se início ao

²⁶⁵ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 223.

²⁶⁶ CAIS, Cleide Previtalli. **O processo tributário**. 5. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 760.

prazo prescricional de cinco (5) anos para que a Fazenda Pública proceda à devida cobrança, conforme o que dispõe o art. 174 do CTN, a saber: 'A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva'. Precedentes.

2. Enquanto há pendência de recurso administrativo, não correm os prazos prescricional e decadencial. Somente a partir da data em que o contribuinte é notificado do resultado do recurso é que tem início a contagem do prazo de prescrição previsto no art. 174 do CTN. Destarte, não há falar em prescrição intercorrente em sede de processo administrativo fiscal.

[...]

4. Definitivamente constituído o crédito tributário, inicia-se o prazo prescricional para sua cobrança, ou seja, o Fisco possui o lapso temporal de cinco anos para o ajuizamento da execução fiscal e, após, para a citação válida do executado, consoante previsto no art. 174 do CTN.

[...]

(REsp 784353/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/03/2008, DJe 24/04/2008)

(Grifo nosso)

Espraiaram-se os efeitos do amadurecimento de tal entendimento, ao ponto da prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal não ser apreciada em quase todos os tribunais administrativos, devendo-se denotar, inclusive, a existência, no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), de entendimento sumulado de sua jurisprudência própria, qual seja, a Súmula CARF n.º 11, que veda a aplicação da prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal.

5.4 DAS OUTRAS IDEIAS DOUTRINÁRIAS À DEFESA DA APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

A prescrição intercorrente, doutra face dissonante ao quanto acima discorrido, encontra-se recepcionada e albergada em vários dispositivos normativos, sendo aceita em variegadas circunstâncias. Somente a título exemplificativo, cabe citar a aplicação da prescrição intercorrente na extinção da pretensão punitiva do advogado, quando o processo administrativo disciplinar encontra-se estacionado por mais de 03 anos, como destaca o § 1º do art. 43 da Lei n.º 8.906/94 – Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil²⁶⁷.

Nas relações laborais, a previsão da prescrição intercorrente, ao extinguir a pretensão do trabalhador em perseguir o crédito trabalhista reivindicado, após 02 anos do término do liame laboral, encontra o amparo de regra constitucional, como estabelece o inciso XXIX do art. 7º

²⁶⁷ BRASIL. Lei no. 8.906, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Art. 43, § 1º (Omissis): “Aplica-se a prescrição a todo processo disciplinar paralisado por mais de 3 (três) anos, pendente de despacho ou julgamento, devendo ser arquivado de ofício, ou a requerimento da parte interessada, sem prejuízo de serem apuradas as responsabilidades pela paralisação”(Grifo nosso). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 nov. 2012.

da Constituição Federal²⁶⁸, ao servir de respaldo para a validade da norma jurídica indicada pelo inciso I do art. 11 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)²⁶⁹.

Ao nível da persecução penal, a previsão da extinção punitiva através da prescrição intercorrente identificada no processo judicial pode ser extraída da interpretação conjunta do inciso IV do art. 107²⁷⁰, c/com os incisos I a VI e o § 2º do art. 117²⁷¹, todos do Código Penal, quando o curso da prescrição somente é interrompido pelo recebimento da denúncia ou da queixa, pela publicação da sentença ou do acórdão condenatórios recorríveis, dentre outras situações demarcatórias.

Assim, uma vez ocorrido o fato típico, antijurídico e culpável, ou seja, materializado o injusto criminal, o seu agente terá a extinção da sua punibilidade decretada em função da ocorrência da prescrição, se, por exemplo, o inquérito policial não houver sido finalizado dentro dos prazos prescricionais, regulados pela pena máxima abstrata, determinados pelo *caput* e incisos do art. 109 do Codex Criminal (CP). Da mesma forma, transcorrido tal lapso temporal após a sentença condenatória recorrível, sem o pronunciamento final denegatório do recurso interposto pelo réu, com a publicação do acórdão pelo Tribunal *ad quem*, haverá a extinção da pretensão pela punição com o surgimento da prescrição, que, nesses casos, deveras, é intercorrente, já que ocorrida diante e durante o processo criminal em curso nas esferas judiciais competentes.

²⁶⁸ BRASIL. **Constituição (1988)** Art. 7º, inciso XXIX (*Omissis*): “[...] ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de 5 (cinco) anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de 2 (dois) anos após a extinção do contrato de trabalho”. (Grifo nosso) Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em: 25 out. 2012.

²⁶⁹ BRASIL. Decreto-Lei no. 5.452, de 01 de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Art. 11: “O direito de ação quanto a créditos resultantes das relações de trabalho prescreve: I – em 5 (cinco) anos para o trabalhador urbano, até o limite de 2 (dois) anos após a extinção do contrato”; (Grifo nosso) Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 18 nov. 2012.

²⁷⁰ BRASIL. **Código Penal**. Art. 107, inciso IV: “Extingue-se a punibilidade: [...] IV – pela prescrição, decadência ou preempção”. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 18 nov. 2012.

²⁷¹ *Ibid.*, Art. 117 – “O curso da prescrição interrompe-se:

- I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa;
 - II - pela pronúncia;
 - III - pela decisão confirmatória da pronúncia;
 - IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis;
 - V - pelo início ou continuação do cumprimento da pena;
 - VI - pela reincidência.
- [...]”

“§ 2º - Interrompida a prescrição, salvo a hipótese do inciso V deste artigo, todo o prazo começa a correr, novamente, do dia da interrupção”. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 18 nov. 2012.

Sobre este aspecto, além de trazer um exemplo específico sobre a extinção da pretensão punitiva em função da prescrição no caso de desclassificação da imputação penal para outra de gravame inferior, discorre Damásio de Jesus:

Assim, a prescrição da pretensão punitiva é regulada pela pena abstrata cominada na lei penal incriminadora, seja simples, seja qualificado o delito. O prazo prescricional varia de acordo com o máximo da sanção abstrata privativa da liberdade, com desprezo da pena de multa, quando cominada cumulativa ou alternativamente. Para saber qual o prazo de prescrição da pretensão punitiva, devemos verificar o limite máximo da pena imposta *in abstracto* no preceito sancionador e enquadrá-lo em um dos incisos do art. 109 do CP, de acordo com o quadro seguinte:

[...]

Desclassificada a infração penal para outra de menor gravidade, a decisão tem efeito retroativo, alcançando os termos iniciais. Suponha-se que o réu seja denunciado por tentativa de homicídio em 1973. Em 1978, na fase de pronúncia, o juiz desclassifica o delito para lesão corporal leve. Essa capitulação do fato deve ser considerada para o fim de ser declarada extinta a punibilidade em face da pena abstrata (quatro anos, contados a partir da data do recebimento da denúncia).²⁷²

Cezar Roberto Bitencourt adota em sua doutrina, de forma expressa, a existência da prescrição criminal intercorrente, o que, de acordo com o seu entendimento, ocorreria após a sentença condenatória exarada pelo juízo competente para o julgamento e o processamento do feito, inteligência que deve ser adotada *cum grano salis*, mesmo porque, como aqui exposto, quando do recebimento da denúncia ou da queixa, a depender da situação, conforme o inciso I do art. 117 do Código Penal, a pretensão penal punitiva estaria extinta em função da ocorrência da prescrição:

A ‘prescrição intercorrente’, a exemplo da prescrição retroativa, leva em consideração a pena aplicada *in concreto* na sentença condenatória. As prescrições ‘retroativa’ e ‘intercorrente’ assemelham-se, com diferença que a retroativa volta-se para o passado, isto é, para períodos anteriores à sentença, e a intercorrente dirige-se para o futuro, ou seja, para períodos posteriores à sentença condenatória recorrível.²⁷³

Em relação à execução fiscal dos créditos tributários e não tributários da Dívida Ativa da Fazenda Pública, existe previsão legal, aplicada pela jurisprudência pátria, para a declaração da prescrição intercorrente das pretensões fiscais reivindicadas pelos Entes Públicos, com o transcurso de 05 anos após a decisão de arquivamento dos autos da persecução fiscal, como se observa da dicção normativa entalhada pelo § 4º do art. 40 da Lei n.º 6.830/80²⁷⁴. Tal

²⁷² JESUS, Damásio de. **Direito penal**. v.1., 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 720-721.

²⁷³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, v. 1. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 716-717.

²⁷⁴ BRASIL. **Lei no. 6.830**, de 22 de setembro de 1980. **Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências**. Art. 40. “O juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for

previsão normativa serviu de lastro para o fortalecimento da jurisprudência sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça, como se observa do seu Enunciado n.º 314 ao determinar que, “em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente”.

Ao analisar a pronúncia da prescrição intercorrente em âmbito judicial, ao lume da exegese oriunda do § 4º do art. 40 da Lei n.º 6.830/80, e destacar o seu necessário reconhecimento *ex officio* pelo magistrado competente para o processamento e julgamento do feito, diante da inércia da Fazenda Pública em impulsionar a execução fiscal ajuizada, assim posiciona-se Humberto Theodoro Júnior:

No âmbito da incidência do aludido § 4º, algumas novidades importantes foram introduzidas no direito positivo, tais como:

a) O reconhecimento judicial da prescrição em processo paralisado por não localização do executado ou de bens penhoráveis não depende de requerimento da parte: deve ser pronunciada *ex officio* pelo juiz. Deve-se destacar que a prescrição, em matéria tributária, não é simples perda da pretensão (isto é, da *ação* em sentido material). Figura no inciso V do art. 156 do CTN como causa legal de extinção do próprio crédito da Fazenda Pública. Daí que, extinguindo a obrigação tributária ajuizada, pode o juiz reconhecer e declarar a prescrição sem necessidade de provocação do devedor.

b) Embora possa o juiz atuar de ofício, não pode fazê-lo sem respeitar o contraditório. Por isso, prevê o § 4º do art. 40 da LEF que, antes de decidir sobre o destino da execução paralisada há mais de cinco anos, o juiz deverá ouvir a fazenda exequente. É que esta poderá ter alguma justificativa para o não cabimento da prescrição, como, v.g., a confissão de dívida ou a transação durante o tempo de paralisação do executivo fiscal; ou ter decorrido a paralisação de manobras do próprio devedor ou de deficiências do serviço judicial. Uma vez, porém, que permaneça silente a credora ou que sejam irrelevantes suas justificativas, a prescrição e a consequente extinção do processo executivo serão decretas independentemente de requerimento do devedor. Não se trata de faculdade do juiz, mas de dever de ofício. Extinto o crédito exequendo *ex vi legis*, não há mais condição de procedibilidade *in executivis*. A falta de condição da ação, ou de pressuposto processual, tem de ser reconhecida de ofício, em qualquer fase do processo e em qualquer grau de jurisdição (CPC, arts. 267, § 3º, e 618).^{275 276} (Grifo nosso)

localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não ocorrerá o prazo de prescrição.

[...]

§ 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver ocorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato”.

(Grifo nosso) Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 18 nov. 2012.

²⁷⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Lei de execução fiscal**: comentários e jurisprudência. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 256-257.

²⁷⁶ Diversos julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça adotam a necessária aplicação da prescrição intercorrente na execução fiscal, quando inerte a Fazenda Pública na persecução processual fiscal, no sentido do AgRg no AREsp n.º 232.917/RS: “TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NÃO CARACTERIZADA. 1. Conforme posicionamento consolidado no STJ, há prescrição intercorrente quando, proposta a Execução Fiscal e decorrido o prazo de suspensão (um ano), o feito permanecer paralisado por mais de cinco anos, contados da data do arquivamento, por culpa da exequente, podendo, ainda, ser decretada *ex officio* pelo magistrado, desde que previamente ouvida a Fazenda

Diante do arcabouço teórico e jurisprudencial atrás discorrido, parte da doutrina pátria, ao reconhecer a necessária extinção da pretensão fiscal pelo transcurso temporal, vem preconizando a aplicação de algum instituto jurídico, seja este a decadência, a prescrição, mais especificamente, a prescrição intercorrente, bem como, até mesmo, a perempção, tendo em vista não se poder eternizar a relação jurídico-tributária instaurada entre o Fisco e o sujeito passivo da obrigação fiscal, diante da principiologia ontológica de qualquer ordenamento jurídico que se denomine democrático e de direito.

Neste sentido, Hugo de Brito Machado, diante do advento do art. 24 da Lei n.º 11.457/07²⁷⁷, ao dispor sobre a administração tributária federal, e estabelecer a obrigatoriedade, em um prazo máximo de 360 dias, do pronunciamento de decisão administrativa em sede do contencioso administrativo-fiscal diante de manifestações promovidas pelo sujeito passivo da obrigação tributária, modificou seu posicionamento doutrinário prévio, como exposto acima. Passou a considerar tal interregno temporal como necessário e terminal para o exercício do direito potestativo da Fazenda Pública em constituir definitivamente o crédito tributário, ou seja, noutros termos, resgatando o prazo decadencial, como entendia anteriormente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal antes do Acórdão n.º 94.462-1 linhas atrás discorrido e analisado:

Em outras palavras, o problema de preservação da segurança jurídica, evitando-se que permaneça em aberto, indefinidamente, o prazo para a conclusão dos atos da Fazenda Pública, necessários à solução definitiva das pendências suscitadas com a sua pretensão de haver determinado valor a título de crédito tributário, era um problema a ser resolvido pelo legislador, com a fixação de um prazo para a conclusão definitiva do lançamento, entendido como acertamento definitivo, pela Fazenda Pública, de sua relação com o contribuinte. Tal prazo foi agora estabelecido. Não propriamente um prazo para a conclusão do procedimento, mas um prazo para a prática dos atos decisórios, o que, aliás, constitui solução bem mais adequada do que o estabelecimento de um prazo para a conclusão do processo administrativo de lançamento, pois os casos são diferentes e não seria razoável exigir-se ficassem concluídos em prazo igual. Seja como for, é indiscutível que a norma do art. 24 da Lei nº 11.457/07 consubstancia prazo para o exercício do direito de fazer o lançamento definitivo, vale dizer, o direito de a Fazenda Pública fazer o acertamento de sua relação tributária com o contribuinte, para que possa exigir o crédito respectivo.

Pública, conforme previsão do art. 40, § 4º, da Lei n. 6.830/80, acrescentado pela Lei 11.051/2004. [...] 3. *In casu*, tendo em vista inexistência de decisão judicial que determine o arquivamento dos autos e ausência de inércia da Fazenda Pública, não transcorreu o prazo que configuraria a prescrição intercorrente. 4. Agravo Regimental não provido. (AgRg no AREsp 232.917/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/10/2012, DJe 31/10/2012)". (Grifo nosso)

²⁷⁷ **BRASIL. Lei 11.457, de 16 de março de 2007. Dispõe sobre a Administração Tributária Federal.** Art. 24. "É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte". Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 18 nov. 2012.

Cuida-se, portanto, de prazo de decadência. No melhor estudo que conhecemos a respeito da distinção entre prescrição e decadência, Agnelo Amorim Filho doutrina, com inteira propriedade [...]. (Grifo nosso).

A despeito de se roborar a evocação principiológica referenciada pelo autor, não se pode considerar tal prazo como decadencial, devendo-se pormenorizar a dissonância em relação à inteligência versada, já que, *primus* não se pode descurar do aspecto formal no trato da decadência e da prescrição fiscais, tendo em vista que o comando constitucional instituído na alínea “b” do inciso III do art. 146 da Constituição Federal²⁷⁸ preconiza o seu estabelecimento por meio de veículo normativo legal complementar, o que não é o caso da Lei n.º 11.457/07, por se tratar de Lei Ordinária.

O próprio Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, em termos finais, quanto a este aspecto, através do julgamento dos Recursos Extraordinários de n.ºs 556.664, 559.882 e 560.626, ao declarar a inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei Previdenciária n.º 8.212/91, que fixara os prazos decadencial e prescricional em 10 anos, seja para a constituição do crédito previdenciário, seja para a exigência da sua pretensão, sob o argumento de que um Diploma Legal Ordinário não deteria o condão de versar sobre decadência e prescrição fiscais. Tal entendimento, inclusive, restou sumulado, como destaca o Verbete Vinculante n.º 08 da jurisprudência consolidada da Corte Constitucional: “São inconstitucionais o parágrafo único do art. 5º do Decreto-Lei n.º 1.569/1977 e os arts. 45 e 46 da Lei n.º 8.212/1991 que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

A cognição exauriente sobre a matéria empreendida pelo Supremo Tribunal Federal restou demonstrada na ementa do Acórdão do RE n.º 556.664 de relatoria do Min. Gilmar Mendes:

EMENTA: PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. MATÉRIAS RESERVADAS À LEI COMPLEMENTAR. DISCIPLINA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 45 E 46 DA LEI 8.212/91 E DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º DO DECRETO-LEI 1.569/77. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. I. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. As normas relativas à prescrição e à decadência tributárias têm natureza de normas gerais de direito tributário, cuja disciplina é reservada a lei complementar, tanto sob

²⁷⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Art. 146, inciso III, alínea “b”**. Art. 146. “Cabe à lei complementar: [...] III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: [...] b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários”; Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em: 25 out. 2012.

a Constituição pretérita (art. 18, § 1º, da CF de 1967/69) quanto sob a Constituição atual (art. 146, b, III, da CF de 1988). Interpretação que preserva a força normativa da Constituição, que prevê disciplina homogênea, em âmbito nacional, da prescrição, decadência, obrigação e crédito tributários. Permitir regulação distinta sobre esses temas, pelos diversos entes da Federação, implicaria prejuízo à vedação de tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente e à segurança jurídica. II. DISCIPLINA PREVISTA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. O Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), promulgado como lei ordinária e recebido como lei complementar pelas Constituições de 1967/69 e 1988, disciplina a prescrição e a decadência tributárias. III. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES. As contribuições, inclusive as previdenciárias, têm natureza tributária e se submetem ao regime jurídico-tributário previsto na Constituição. Interpretação do art. 149 da CF de 1988. Precedentes. IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. Inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição de 1988, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei 1.569/77, em face do § 1º do art. 18 da Constituição de 1967/69. V. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. SEGURANÇA JURÍDICA. São legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 e não impugnados antes da data de conclusão deste julgamento. (RE 556664, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-216 DIVULG 13-11-2008 PUBLIC 14-11-2008 EMENT VOL-02341-10 PP-01886)²⁷⁹ (Grifo nosso)

Todavia, em face da reflexão empreendida por Hugo de Brito Machado acima referenciada, não se pode concordar que a constituição definitiva do lançamento tributário ocorra através da decisão proferida pela instância administrativa, mesmo porque, como discorrido nesta Dissertação, a lavratura do auto de infração ou da notificação fiscal de lançamento significa o surgimento de norma jurídica individual e concreta definitiva, que desvela a conduta antijurídica do sujeito passivo da obrigação, com o estabelecimento, no mundo fenomênico com a ocorrência do fato gerador, em termos específicos, de todos os critérios estipulados em sua matriz de incidência. Noutros termos, o injusto fiscal é decodificado e traduzido definitivamente pelo lançamento tributário promovido pela autoridade fazendária, parte viva do Direito, já que, dê o seu nascedouro, altera o patrimônio jurídico das partes envolvidas.

A norma jurídica posta pelo auto de infração/notificação fiscal de lançamento delinea a constituição definitiva do crédito tributário. A despeito de tal realidade, pode ser tal norma reformada, com o advento de novel norma jurídica emanada de órgão julgador administrativo superior, ou até mesmo por outra norma oriunda através de outra cognição, desta vez operada em campo judicial.

²⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos no Recurso Extraordinário nº 556.664-RS. Ementa - Prescrição e Decadência Tributárias. Recorrente: União Federal. Recorrida: Novoquim Ind. Químicas Ltda. Relator: Min. Gilmar Mendes, Brasília, 12 de junho de 2008. STF, Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 27 dez. 2012.

Por sua vez, entende Marco Aurélio Greco que a constituição definitiva do crédito tributário exigiria um procedimento administrativo-fiscal que não poderia ultrapassar, ou melhor, deveria ser concluído em até 05 anos a partir da notificação do sujeito passivo da obrigação tributária do início da constituição do crédito fiscal pretendido, com base no parágrafo único do art. 173 do Código Tributário Nacional²⁸⁰. Uma vez não concluído tal procedimento, sob o amparo da Lei n.º 5.172/66 – CTN, não se materializariam nem a decadência, nem tampouco a prescrição tributárias, mas, outrossim, novel figura, qual seja, a perempção, capaz, inclusive, de extinguir a obrigação fiscal reivindicada pela Administração Fazendária:

Em todas estas hipóteses, o modelo teórico tem um ponto em comum, qual seja, o de o ordenamento positivo assegurar a alguém a realização de atos que formam um procedimento como necessário à obtenção de determinado resultado jurídico. Para esse conjunto de atos, o ordenamento estabelece um prazo, findo o qual deflagra-se um efeito jurídico que pode afetar o direito em si.

Este tipo de prazo juridicamente determinado não é tecnicamente nem de decadência (pois não há propriamente um específico direito potestativo a ser exercido), nem de prescrição, pois não se trata de iniciar o processo judicial. Este prazo, que tem natureza específica, corresponde ao que a doutrina conhece por 'prazo de perempção'.

[...]

Quer dizer, o prazo estabelecido para a conclusão de um procedimento, sob pena de sua extinção, corresponde a um prazo de perempção.²⁸¹ (Grifo nosso)

Para o referido autor, o próprio Código Tributário Nacional prevê a existência de 03 distintos prazos, que, uma vez não observados pelo credor fiscal, podem caracterizar ou a decadência, ou a prescrição, ou a perempção do crédito tributário almejado pelo fisco:

Feitas estas considerações, podemos concluir dizendo que o Código Tributário Nacional não prevê apenas os prazos de decadência e prescrição, mas contém a previsão de um prazo de perempção para que a Administração Pública conclua o procedimento tributário já iniciado.

Em função disso, na sistemática tributária (admitindo-se a premissa contida no acórdão do Supremo Tribunal Federal acima citado) ter-se-ão três prazos distintos:

- a) um prazo de decadência até a lavratura do auto de infração ou do chamado “lançamento”;
- b) um prazo de perempção, desde o início do procedimento até sua conclusão;

²⁸⁰ BRASIL. Código Tributário Nacional. **Lei no. 5.172**, de 25 de outubro de 1996. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Art. 173. “O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

[...]

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento”. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 nov. 2012.

²⁸¹ GRECO, Marco Aurélio. **Dinâmica da tributação** – uma visão funcional. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 217.

c) um prazo de prescrição, depois de concluído o procedimento administrativo, atendido o critério da *actio nata*.

Em suma, de acordo com as regras vigentes do CTN, há um terceiro prazo a ser considerado que não é nem de prescrição, nem de decadência, mas verdadeiramente de perempção do direito de proceder.²⁸² (Grifo nosso)

Apesar da intelecção produzida pelo autor, reside dissonância em função da doutrina exposta, já que, para a adoção da tese da perempção acima discorrida, haveria de se admitir a existência de um lançamento tributário “provisório”, ou seja, a norma jurídica posta ao mundo jurídico-tributário não disporia de caráter definitivo, já que sujeita ao procedimento de liquidação ou acertamento a ser realizado, inclusive, com a instauração de sua discussão administrativa, como afirma Marco Aurélio Greco em outro trecho da mesma obra:

À vista da norma do *caput* do art. 173, e tendo presente que crédito constituído (ainda que provisoriamente) já existe desde o momento em que há a verificação da ocorrência do fato gerador, determinação da matéria tributável, identificação do sujeito passivo etc. (o que se dá pelo auto de infração ou pelo ‘lançamento’ aqui visto como o ato administrativo concreto), cremos que o direito a que se refere essa norma já se considera exercido com a prática do primeiro ato deflagrador do respectivo procedimento administrativo. Tem-se algo semelhante às regras que dispõem sobre prescrição em que o direito de ação se exerce – e, portanto, a prescrição não se consuma – com a propositura da medida judicial cabível, ainda que a decisão final surja muito tempo depois.

Em suma, do *caput* do art. 173 do CTN conclui-se que a Fazenda Pública tem o prazo de cinco anos para constituir (ainda que provisoriamente) o crédito tributário, o que se dá pelo ato que, em si, contenha a indicação da matéria tributável, sujeito passivo etc.

Porém, até aqui o que se conclui já é tranquilamente aceito e expresso, inclusive no acórdão mencionado. O ponto fundamental sobre o qual nossa preocupação se volta não é este, mas sim o de saber se tal procedimento (descrito supra) tem algum prazo para ser ‘concluído’ depois que foi iniciado pelo auto de infração ou pelo ‘lançamento’ (visto como o ato que contém as características mencionadas).²⁸³ (Grifo nosso)

A tese esposada pelo autor destoa do quanto discorrido nesta Dissertação, pois o marco temporal admitido é diferente, já que se preconiza, no momento da lavratura do auto de infração/notificação fiscal de lançamento, a constituição definitiva do crédito tributário, norma jurídica individual e concreta capaz de gerar efeitos no mundo jurídico, especialmente no patrimônio das partes envolvidas. Neste sentido, não haveria a figura da perempção, pois o crédito fiscal não seria provisório, mas, igualmente, a deflagração da contagem do prazo do *dies a quo*, para a extinção da obrigação com base na prescrição, que, se fosse identificada e aclamada ao longo do processo administrativo fiscal, seria intercorrente.

²⁸² GRECO, Marco Aurélio. **Dinâmica da tributação** – uma visão funcional. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 224.

²⁸³ *Ibid.*, p. 220.

Outros pensadores do Direito Tributário já preconizam a aplicação da prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal. Ao estabelecer uma analogia com o Decreto n.º 20.910/32, quando há indicativo legal, no seu art. 5º²⁸⁴, que prevê a não suspensão da prescrição da pretensão jurídica do titular do crédito de dívida passiva do ente público, pelo fato do seu credor não promover as diligências necessárias no patrocínio dos seus interesses, em função do tratamento isonômico que deve ser impresso aos agentes do trânsito jurídico, não deveria haver interrupção do prazo prescricional do fisco para o exercício de sua aspiração, quando da ocorrência da discussão administrativa do crédito tributário constituído, como preconiza Marcos Rogério Lyrio Pimenta:

Dispõe o art. 174 do CTN que o Fisco dispõe **do prazo** de 5 (cinco) anos para exercer o seu direito de ação de cobrança. O art. 5º do Decreto n. 20.910/32 estabelece que 'não tem efeito de suspender a prescrição a demora do titular do direito ou do crédito ou do seu representante em prestar os esclarecimentos que lhe forem reclamados ou o fato de não promover o andamento do feito judicial ou do processo administrativo durante os prazos respectivamente estabelecidos para a extinção do seu direito à ação ou reclamação'.

Ora, se a negligência do contribuinte, nos termos que determina o dispositivo supra, não suspende o seu prazo de acionar a Administração, do mesmo modo, pensamos que a desídia do Fisco em decidir o processo administrativo tributário, também, não deve sustar o seu prazo de cobrança. Do contrário, pensamos que seria violado o princípio da igualdade processual, segundo o qual as partes em litígio devem receber o mesmo tratamento (art. 125, I do Código de Processo Civil).²⁸⁵ (Grifo nosso)

Aliomar Baleeiro, por sua vez, já esposava, em parecer jurídico, o entendimento segundo o qual a constituição definitiva do crédito tributário dar-se-ia no lançamento operado *ex officio* pela Autoridade Fazendária, deflagrando, a partir, daí o prazo prescricional para a exigência da pretensão fiscal resistida pelo devedor da exação imposta:

8. Todavia, todos os escritores são acordes em 3 pontos que promanam claramente da letra do CTN: a) a obrigação tributária surge com a ocorrência do fato gerador definido em lei (art. 113, §§) e torna-se quantitativa e qualitativamente certa e líquida em procedimento denominado lançamento, que constitui o crédito tributário (CTN, arts. 139 e ss., especialmente 142, 144, etc.); b) o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário está condicionado ao prazo de decadência de 5 anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que esse lançamento poderia ter sido efetuado, ou da data em que se tornou definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado (CTN, art. 173); ou ainda da notificação de que foi iniciado o procedimento de constituição do

²⁸⁴ BRASIL. Decreto-Lei no. 20.910, de 06 de janeiro de 1932. Regula a prescrição quinquenal. Art. 5º: “Não tem efeito de suspender a prescrição a demora do titular do direito ou do crédito ou do seu representante em prestar os esclarecimentos que lhe forem reclamados ou o fato de não promover o andamento do feito judicial ou do processo administrativo durante os prazos respectivamente estabelecidos para extinção do seu direito à ação ou reclamação”. Disponível em: <<http://www.tce.al.gov.br>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

²⁸⁵ PIMENTA, Marcos Rogério Lyrio. A prescrição intercorrente no processo administrativo tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n.71, p.119-126, ago., 2001.

crédito (art. 173, parágrafo único); c) realizado o lançamento a ação para cobrança do crédito dele oriundo prescreve em 5 anos, contados da citação pessoal ao devedor; do protesto judicial; por qualquer ato que constitua em mora o devedor, por qualquer ato inequívoco deste, ainda que extrajudicial, do qual resulte reconhecimento do débito (art. 174, ns. I a IV).

Em consequência, corre o prazo de decadência da obrigação tributária, insuscetível de interrupções, desde qualquer das duas hipóteses do art. 173, mas, se for constituído o crédito tributário correspondente a tal obrigação, passa a correr, daí por diante, o prazo de prescrição, já agora desse crédito. Desde sua constituição definitiva (art. 141) é que passará a marcar os dias contra o fisco, salvo se for interrompido por uma das quatro causas eficientes e taxativas, já vistas, do parágrafo único do mesmo art. 174.

9. Deixamos para depois as dúvidas e controvérsias das outras perguntas. Temos, então, em primeira aproximação, que o crédito se completou por sua constituição definitiva, consequência legal nata do lançamento feito pela repartição do Imposto sobre a Renda, em São Paulo, notificado à Empresa em meados de 1968.

Antecipando resposta à 4.^a pergunta, 'b', sustentamos desde já que o prazo prescricional deve ser contado na notificação ao contribuinte para pagar a quantia lançada. Não é o ato de lançamento praticado a portas fechadas, dentro de quatro paredes, pelos agentes fiscais, mas a ciência desse ato dada ao sujeito passivo pelos meios regulamentares (carta com A/R; edital na imprensa oficial ou contratada para publicar os atos da Faz, etc.). Em se tratando de Imposto de Renda, todos sabemos por experiência própria, que a repartição sistematicamente envia pelo Correio, ou por intermédio dum Banco, a notificação que pormenoriza o quantum, as parcelas, os prazos, etc. Por outro lado, o parágrafo único do art. 173, deixa claro que a notificação faz fluir o prazo de extinção.²⁸⁶ (Grifo nosso)

Ives Gandra da Silva Martins defende expressamente a fluência do prazo prescricional dès o nascedouro da constituição do crédito tributário, ao indicar que a suspensão da sua exigibilidade, de acordo com o inciso III do art. 151 do Código Tributário Nacional, não seria o bastante para manifestar a suspensão/interrupção do interregno prescricional:

No que diz respeito à prescrição, nada obstante a jurisprudência dominante, mantenho a posição que assumi no I Simpósio Nacional de Direito Tributário, ao interpretar o art. 174 do CTN.

Escrevi:

[...]

‘Entendemos, por outro lado, que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, com efeitos apenas administrativos, não tem o condão de paralisar a fluência do prazo prescricional, para tanto devendo a Fazenda, se suspensa a exigibilidade do crédito tributário, utilizar-se do protesto judicial, como forma interruptiva da prescrição.

[...]

‘Entendemos que se, na legislação processual e civil, a falta de exigibilidade torna o crédito líquido e certo inexecutável, o legislador tributário, nessa hipótese, inovou, eis que exigiu apenas a constituição do crédito tributário como passo primeiro da fluência prescricional e remediou a falta de exigibilidade pela outorga do direito ao protesto.

‘E, finalmente, que, assim agindo, limpou, definitivamente, o campo da arbitrariedade, que incluíria entre a decadência e a prescrição um terceiro estágio (suspensão da exigibilidade do crédito tributário), este sem prazo definido, multiplicando ao infinito o prazo entre a ocorrência do fato gerador e a propositura da ação de execução fiscal.

²⁸⁶ BALEEIRO, Aliomar. Suspensão da exigibilidade do crédito tributário e prescrição. **Revista de Direito Tributário**, n.9-10, p. 9-24, jul.-dez., 1979.

Temos sido contestados, pois entende a grande maioria dos tributaristas que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário paralisa a fluência prescricional, embora alguns deles pretendam exista a superveniência de uma prescrição intercorrente, se determinados prazos não forem cumpridos, uma vez suspensa a exigibilidade do crédito tributário. Não entendemos como a hipótese possa ocorrer como premissa menor se negaram a premissa maior, ou seja, a fluência do prazo prescricional paralisado pela superveniência da suspensão da exigibilidade'.²⁸⁷ (Grifo nosso)

André L. Costa-Corrêa aposta na aplicação da prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal em função dos princípios constitucionais da ampla defesa e da razoável e célere duração do processo, desde que a desídia em julgar seja promovida pela Administração Pública:

No tocante à segunda parte da questão proposta, apesar do posicionamento ventilado por Bittar (de que não há no sistema norma que tenha incluído a prescrição intercorrente, bem como que a objeção da aplicação da prescrição no processo administrativo fiscal por força do art. 156, V do CTN), admite-se que por força dos princípios constitucionais da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF/88) e da razoável e célere duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF/88) que possa ser estendido a todos os processos administrativos o instituto da prescrição intercorrente, como forma de viabilizar a justiça, a moralidade, a eficácia jurisdicional e punir a desídia processual da parte inerte.

[...]

Outra hipótese que pode ser aplicada à prescrição superveniente no processo administrativo é quando a Administração Pública, por causa própria, deixa transcorrer um lapso temporal sem o devido julgamento de impugnação ou recurso proposto pelo contribuinte. Neste caso, não há de se cogitar que não se aplica a prescrição intercorrente, porque a impugnação ou recurso administrativo, por força do art. 151 do CTN, suspendendo a exigibilidade do crédito, possibilita a suspensão da decisão administrativa e, conseqüentemente, impede a existência do estado de inércia que possibilitaria a prescrição intercorrente superveniente; na medida em que o que possibilita a prescrição intercorrente é a simples comprovação da omissão da autoridade administrativa.

Todavia, quando o processo administrativo é paralisado por causa de ato do julgador entende-se que não se aplica a prescrição intercorrente, salvo quando o julgador é o próprio beneficiário da demora. Afasta-se, assim, o pensamento de Feitosa de que neste caso 'não há que se falar da omissão de uma das partes, que daria causa à pena de perdimento do direito de ação. Se a inércia é do órgão julgador, e não das partes que defendem os seus direitos, conclusão resulta em não ser legítimo reclamar a aplicação do instituto'.²⁸⁸ (Grifo nosso)

Diferentes, portanto, como se observa, os argumentos a favor e contrários à aplicação da prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal, ao clamar pela sua organização e reflexão conclusiva, para a solução das questões e dos problemas identificados na presente Dissertação, quando se preconiza a extinção da obrigação tributária, se, durante o contencioso

²⁸⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Decadência e prescrição. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord). **Decadência e prescrição**. São Paulo: RT, 2007, p. 31-32.

²⁸⁸ COSTA-CORRÊA, André L. Decadência e prescrição. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord). **Decadência e prescrição**. São Paulo: RT, 2007, p. 287-288.

administrativo-fiscal, houver o transcurso do lapso temporal de 05 anos, sem a decisão final da impugnação ofertada ou do recurso interposto pelo devedor da exação tributária imposta.

5.5 DOS ASPECTOS ELUCIDATIVOS DA TESE DISSERTATIVA, OU SEJA, DA APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

A tese proposta no presente Estudo resume-se na aplicação da prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal como forma de extinção do crédito tributário. Para tal concepção, alguns marcos foram definidos e traçados nas reflexões realizadas: (I) a constituição definitiva do crédito tributário ocorre com a lavratura do auto de infração/notificação fiscal de lançamento, norma jurídica produzida pelo ato administrativo *ex officio* operado pela autoridade fiscal competente, capaz de identificar, precisar e quantificar a conduta antijurídico-fiscal do sujeito passivo da obrigação tributária; (II) ultrapassando-se o prazo de 05 anos, dentro da disputa em sede do contencioso administrativo-fiscal, sem a decisão final da impugnação ofertada ou do recurso interposto pelo devedor da exação imposta, haveria de se decretar a extinção da obrigação tributária identificada, em face da ocorrência da prescrição, que, neste caso, seria intercorrente.

Ocorre que a tese proposta não é capaz de seduzir parte da doutrina nacional a respeito do tema, nem tampouco encontra ressonância nos tribunais pátrios, sejam estes administrativos ou judiciais, conforme já se demonstrou na análise jurisprudencial linhas atrás tratada. De forma sintética, resume-se a tese contrária pelo fato de: (I) identificar inexistência de lei, notadamente de diploma legal complementar, que preveja a aplicação da prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal; (II) a constituição definitiva do crédito tributário ocorreria com a decisão final administrativa da impugnação ofertada ou do recurso interposto pelo devedor da exigência imposta através do auto de infração/notificação fiscal de lançamento; e, ao final, (III) tendo em vista, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário imposta pelo inciso III do art. 151 do Código Tributário Nacional, haveria de se falar em suspensão/interrupção do prazo prescricional, para a exigência da pretensão fiscal almejada pelo fisco.

O albergue de tais ideias contribuiria para o surgimento de um instituto jurídico híbrido, pois, durante a discussão administrativa do crédito tributário constituído pelo lançamento, não se falaria nem em caducidade fiscal, nem tampouco deflagração do prazo prescricional, um *quid*

júris, todavia, não previsto, ao materializar um hiato temporal, a não ser por parte dos doutrinadores que defendem a existência de uma figura terciária, qual seja, a ocorrência da perempção tributária, na linha defendida por Marco Aurélio Greco, já analisada especificamente.

Os óbices à tese sugerida nesta Dissertação devem ser objeto de análise específica, tendo em vista, inclusive, a principiologia evocada nos rasgos de tinta tracejados nos capítulos iniciais já produzidos, diante da necessária comprovação ou refutação da aplicação da prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal, como forma de extinção do crédito tributário pretendido pelo fisco.

5.5.1 Da questão da constituição definitiva do crédito tributário

A inaplicação da prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal, especialmente com a exegese promovida a partir do julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal nos Embargos de Divergência no Recurso Extraordinário n.º 94.462-1, residia na interpretação do que seria a constituição definitiva do crédito tributário, à luz do quanto enunciado pelo *caput* do art. 174 do Código Tributário Nacional, ao prever a prescrição tributária:

Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva. (Grifo nosso)

Para os tribunais pátrios, a constituição definitiva do crédito tributário somente ocorreria com o “trânsito em julgado” administrativo da discussão travada em torno do lançamento *ex officio*, produzido pela Administração Fazendária, com a lavratura do auto de infração/notificação fiscal de lançamento, devidamente intimado o sujeito passivo da obrigação tributária.

Antes, em sede do Tribunal Administrativo, sem o seu pronunciamento final acerca da exigência fiscal imposta, não se poderia falar em constituição definitiva do crédito tributário, nem tampouco na deflagração da contagem do *dies a quo* prescricional, diante da suspensão da sua exigibilidade. Se o lançamento impugnado/recorrido não representaria a constituição definitiva do crédito tributário, haveria de se pressupor, logicamente, a figura jurídica de um lançamento provisório, em discussão, contudo, no seio fazendário.

Tal inteligência não possui lastro jurídico, tendo em vista a epistemologia exigida pela Ciência do Direito, uma vez que o lançamento fiscal *ex officio*, exarado pela autoridade tributária competente, consubstancia-se em norma jurídica, capaz de identificar um juízo que revela um injusto fiscal, ou seja, uma atitude contrária à legislação tributária em vigência, promovida pelo sujeito passivo da obrigação exigida.

O devedor fiscal, portanto, em sua plena liberdade existencial, optou pela prática de um ilícito, qual seja, não adimplir a obrigação tributária imposta, sujeitando-se às sanções preconizadas pelo ordenamento jurídico, identificadas no auto de infração/notificação fiscal de lançamento produzido, norma jurídica, individual e concreta, capaz de pormenorizar, quantificar, liquidar e materializar, em termos específicos, a hipótese tributária de incidência prevista em norma jurídica abstrata e genérica.

O auto de infração/notificação fiscal de lançamento trata-se, destarte, de norma jurídica válida e posta à disposição do refeitório jurídico existente, capaz de produzir efeitos imediatos na esfera patrimonial das partes envolvidas, pois, ao criar, de um lado, um débito fiscal ao devedor da exação, doutro, atribui um crédito tributário ao seu titular interessado.

De forma específica, portanto, o lançamento *ex officio* surgido ao mundo dos fatos, ao mundo fenomênico, constitui, definitivamente, o crédito tributário pretendido, já que não há de se falar em norma jurídica “provisória”, tal qual um comando sentencial não poderia ser considerado como não definitivo. O auto de infração/notificação fiscal de lançamento traz consigo todos os elementos capazes de identificar, de forma precisa, o *an*, o *quem* e o *quantum debeatur* tributário, daí não ser possível considerar o seu caráter de transitoriedade.

Não há de se confundir crédito definitivamente constituído com decisão administrativa definitiva, noutros termos, crédito definitivamente constituído com decisão administrativa irreformável. A norma jurídica exurgida com o ato administrativo de ofício, praticado pela Autoridade Fiscal, pode ser objeto de impugnação/recurso, tal qual uma sentença de piso exarada por um magistrado singular. Isto não significa, portanto, que o decreto sentencial ou que o auto de infração/notificação fiscal de lançamento tenha sido provisório, já que transitoriedade não se confunde com a recorribilidade.

A reforma do crédito tributário, definitivamente constituído com o ato de ofício fiscal, pode ocorrer em sede administrativa, quando o tribunal competente processa e julga o feito dentro de sua estrutura decisória, capaz de: (I) confirmar a inteireza do auto de infração/notificação fiscal de lançamento imposto; (II) reformá-lo parcialmente, tendo em vista a procedência de alguma conduta ilícita por parte do sujeito passivo da obrigação tributária ali identificada; (III) reformá-lo totalmente, julgando improcedente a iniciativa do fisco; ou, ao final, (IV) anulá-lo por algum vício de forma. Esta é, aliás, a inteligência que se deriva da interpretação sistemática do *caput* e incisos do art. 145, c/com o *caput* do art. 142, todos do Código Tributário Nacional²⁸⁹.

A decisão emanada do Tribunal Administrativo Fiscal constitui-se em novel norma jurídica, de cunho superior ao ato administrativo anteriormente praticado, capaz de reformá-lo e, portanto, alterar o seu conteúdo semântico. Isto não significa que o auto de infração/notificação fiscal de lançamento identificado originariamente seja uma norma jurídica provisória. Era, antes de tudo, uma norma jurídica definitiva, que foi alterada por outra norma jurídica definitiva, o acórdão do Tribunal Administrativo *ad quem*, competente para tal reformulação, da mesma forma que um acórdão judicial pode dar provimento, parcial ou total, a uma modalidade recursal interposta e reformar a sentença de piso proferida por um juiz singular.

5.5.2 Do necessário regramento acerca da prescrição tributária através de Diploma Legal complementar

Outro argumento, também contrário à aceitação da aplicação da prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal, reside na arguição da ausência de dispositivo legal que

²⁸⁹ BRASIL. Código Tributário Nacional. **Lei no. 5.172**, de 25 de outubro de 1996. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Art. 145: “O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de:
I – impugnação do sujeito passivo;
II – recurso de ofício;
III – iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no artigo 149”.
“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível!”. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 nov. 2012.

regulamente a matéria, malgrado encontre-se a sua previsão em sede judicial, como estabelece o § 4º do art. 40 da Lei n.º 6.830/80²⁹⁰.

Com base nesta argumentação, ou seja, na ausência de lei que preveja a prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal, posicionou-se Ricardo Lobo Torres:

Parece-nos que inexistente prescrição intercorrente no processo administrativo tributário, por falta de previsão legal. Entre o lançamento e a decisão definitiva administrativa não corre o prazo prescricional.²⁹¹ (Grifo nosso)

Ao realizar reflexão detalhada em relação ao quanto acima exposto, Vittorio Cassone discorda do reconhecimento da prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal, tendo em vista que sua aplicação malferiria o princípio basilar da legalidade no Estado de Direito, já que sua previsão encontra-se expressa legal e unicamente no âmbito judicial, oriunda da Lei n.º 6.830/80:

A prescrição dita de 'intercorrente' teve sua origem na doutrina e na jurisprudência majoritária.

O 'reconhecimento' deu-se através do art. 6º da Lei 11.051, de 29.12 2004, que acrescentou o §4.º do art. 40 da Lei de Execução Fiscal n. 6.830/80, nestes termos:

[...]

Considerando o sistema tributário brasileiro (Constituição Federal e Código Tributário Nacional), não consigo identificar outras hipóteses de prescrição intercorrente, além dessa.

No processo administrativo tributário, tampouco me parece possível reconhecer situações em que se dá a prescrição intercorrente.

[...]

Devo lembrar, todavia, que no Estado Democrático de Direito, nesse aspecto, o princípio mais importante é o da 'legalidade', motivo pelo qual uma declaração de prescrição intercorrente deveria ser emitida com extremo cuidado.

'Resumindo': Considerando o sistema tributário brasileiro (Constituição Federal e Código Tributário Nacional), não consigo identificar outras hipóteses de prescrição intercorrente, além da prevista no § 4.º do art. 40 da Lei 6.830/80, acrescentado pelo art. 6.º da Lei 11.051, de 29.12 2004.²⁹² (Grifo nosso)

²⁹⁰ BRASIL. Lei no. 6.830, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Art. 40: O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrado bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não ocorrerá o prazo de prescrição.

[...]

§ 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato.

Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 18 nov. 2012.

²⁹¹ TORRES, Ricardo Lobo. Decadência e prescrição. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord). **Decadência e prescrição**. São Paulo: RT, 2007, p. 60.

²⁹² CASSONE, Vittorio. Decadência e prescrição. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord). **Decadência e prescrição**. São Paulo: RT, 2007, p. 218-219.

Como se não bastasse a ausência de diploma legal que regulasse tal matéria, como argumentado por parte da doutrina tributária corrente, o reconhecimento da tese proposta nesta Dissertação se tornaria mais difícil, já que, ao lume da alínea “b” do inciso III do art. 146 da Constituição Federal, a matéria acerca da prescrição tributária possui reserva de Lei Complementar, ao ponto de já haver verbete sumulado vinculante da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, qual seja, o seu Enunciado n.º 08, como acima já mencionado.

Ocorre que não se pode concordar, neste aspecto, com a dissonância exposta pela doutrina contra a aplicação da prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal. *Prima facie*, a Lei n.º 5.172/66 (CTN), que possui *status* de Lei Complementar Tributária, já prevê modalidade de prescrição intercorrente a favor do credor fiscal, como estabelece o parágrafo único do seu art. 169²⁹³, quando se prevê o prazo de 01 ano para a sua ocorrência, no caso de ação anulatória de decisão administrativa que não concordar com a restituição de tributos pleiteada pelo sujeito passivo da obrigação tributária, ao haver iniciada a ação judicial. Esta observação, por exemplo, é manifestada por Humberto Martins ao destacar, além disso, a questão da falta de isonomia entre o tratamento dado ao sujeito passivo da obrigação tributária e, doutro lado, ao titular do crédito fiscal constituído:

Outra forma de desequilíbrio no liame tensionado Fisco-contribuinte é a regra do parágrafo único do art. 169 do CTN, que veicula uma hipótese de prescrição intercorrente, dentro de um período exíguo de um ano. Não se diga que, diante da interpretação que lhe empresta a jurisprudência, no sentido de somente ser aplicada em casos de demora na citação imputada ao autor, seria ela razoável. Mesmo assim, estabelece-se um distanciamento entre a prescrição intercorrente na ação de cobrança do crédito tributário e a ação anulatória da decisão administrativa denegatória da restituição do indébito tributário; a primeira, por imperativo do § 4.º do art. 40 de Lei de Execução Fiscal, tem um prazo de cinco anos, enquanto a segunda está submetida ao minguado prazo de um ano. É evidente a falta de isonomia.²⁹⁴ (Grifo nosso)

²⁹³ BRASIL. Código Tributário Nacional. **Lei no. 5.172**, de 25 de outubro de 1996. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Art. 169: “Prescreve em dois anos a ação anulatória da decisão administrativa que denegar a restituição. Parágrafo único. O prazo de prescrição é interrompido pelo início da ação judicial, recomeçando o seu curso, por metade, a partir da data da intimação validamente feita ao representante judicial da Fazenda Pública interessada”. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 nov. 2012.

²⁹⁴ MARTINS, Humberto. Decadência e prescrição. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord). **Decadência e prescrição**. São Paulo: RT, 2007, p. 42.

Este é o mesmo posicionamento expresso por André L. Costa-Corrêa, ao corroborar o entendimento sobre a previsão legal de prescrição intercorrente em favor do Ente Tributante, quando ocorre a desídia do sujeito passivo da obrigação tributária:

Quanto ao Código Tributário Nacional, pode-se mencionar que o parágrafo único do art .169 ao prescrever que 'o prazo de prescrição é interrompido pelo início da ação judicial, recomeçando o seu curso, por metade, a partir da data da intimação validamente feita ao representante judicial da Fazenda Pública interessada', **previu caso de prescrição intercorrente em ação anulatória da decisão administrativa contra a inércia do contribuinte.**²⁹⁵ (Grifo nosso)

Por sua vez, a previsão legal, através de Diploma Complementar, da aplicação da prescrição em sentido lato, e, mais especificamente, do seu reconhecimento a nível intercorrente no processo administrativo fiscal, encontra-se expressa no *caput* do art. 174 do Código Tributário Nacional, ao se considerar a constituição definitiva do crédito tributário com a lavratura do auto de infração/notificação fiscal de lançamento e o aperfeiçoamento de sua notificação ao sujeito passivo da obrigação tributária, norma jurídica fiscal, individual e concreta, que desvela a conduta antijurídica do devedor tributário, como se vem preconizando nesta Dissertação.

Noutros termos, uma vez notificado o devedor fiscal do auto de infração/notificação fiscal de lançamento exarado pelo fisco, constitui-se, definitivamente, o seu crédito tributário pretendido, deflagrando a contagem do *dies a quo* do quinquênio prescricional, independente ou não da apresentação de defesa/reclamação ou da interposição de recurso administrativo por parte do sujeito passivo da obrigação tributária, conforme previsão legal complementar do *caput* do art. 174 do Código Tributário Nacional.

Transcorrido o interregno temporal de 05 anos, dentro do seio fazendário, sem a decisão final da impugnação ofertada ou do recurso interposto pelo contribuinte/responsável fiscal, extinguir-se-ia o crédito tributário em função da prescrição, sob o amparo do inciso V do art. 156 do Código Tributário Nacional, que, neste caso, seria intercorrente.

Tal solução harmoniza uma série de óbices, construídos de acordo com a reflexão jurídica empreendida pelo Acórdão n.º 94.462-1, de lavra do Supremo Tribunal Federal, bem como sua influência no pensamento dominante decorrente, pois, a constituição definitiva do crédito

²⁹⁵ COSTA-CORRÊA, André L. Decadência e prescrição. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord). **Decadência e prescrição**. São Paulo: RT, 2007, p. 287.

tributário, com a ciência ao sujeito passivo da obrigação tributária do auto de infração/notificação fiscal de lançamento exarado com o foque normativo impresso pelo *caput* do art. 174 do Código Tributário Nacional, (I) satisfaz a exigência da utilização de Lei Complementar na regulamentação acerca da matéria prescricional fiscal; (II) abre-se ao necessário entendimento sobre a aplicação da prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal; e, por fim, (III) extermína-se o hiato temporal criado jurisprudencialmente, na ocorrência do contencioso administrativo, ou seja, até a lavratura do auto de infração/notificação fiscal de lançamento não há que se falar em caducidade tributária e, durante a sua impugnação ou interposição de recurso administrativo, não haveria a deflagração do prazo de prescrição.

5.5.3 Da suspensão da exigibilidade com o contencioso administrativo e a interrupção/suspensão do prazo prescricional

Outra barreira doutrinária e jurisprudencial imposta à aceitação da aplicação da prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal seria a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, com a apresentação de defesa e/ou interposição de recurso no contencioso administrativo, com espeque no inciso III do art. 151 do Código Tributário Nacional.

Em não havendo exigibilidade do crédito fiscal pretendido, não se deveria aventar a possibilidade de sua extinção pela prescrição, notadamente a intercorrente no seio administrativo-fazendário. Além das considerações a respeito já discorridas, com tal percepção posiciona-se Fátima Fernandes Rodrigues de Souza:

Afastamos de imediato a possibilidade de tal instrumento ser utilizado para interromper a prescrição relativamente a débitos, objeto de processo administrativo em tramitação, pois, em tais casos, estando suspensa a exigibilidade em virtude de impugnação ou recurso do sujeito passivo da relação tributária, em princípio, não se configura a situação de inércia do credor, nem o inadimplemento do devedor, que justifique a deflagração do lapso prescricional.²⁹⁶ (Grifo nosso)

A mesma tese de, em função da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, não se falar em contagem do lapso prescricional, defende Fernanda Guimarães Hernandez:

²⁹⁶ SOUZA, Fátima Fernandes Rodrigues de. Decadência e prescrição. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord). **Decadência e prescrição**. São Paulo: RT, 2007, p. 142.

Nos processos administrativos fiscais, as medidas de protesto judicial são desnecessárias, pois, no curso daqueles, não é contado o prazo prescricional, já que se verifica a suspensão da exigibilidade do crédito.²⁹⁷ (Grifo nosso)

Não se alberga tal entendimento, pois não se pode confundir interrupção/suspensão da prescrição da pretensão do credor fiscal em face do devedor tributário, com a suspensão da exigibilidade do crédito tributário constituído, aqui definitivamente como defendido, já que o Código Tributário Nacional discrimina, de forma diferenciada, as duas situações.

Mesmo porque, há que se talhar, em raciocínio lógico inverso, não se poder prestigiar o raciocínio, segundo o qual não se aplica a prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal diante da suspensão de sua exigibilidade, já que o crédito fiscal não estaria definitivamente constituído e aperfeiçoado. Muito ao revés, o que se deve preconizar é o contrário, já que não se pode falar em suspensão de exigibilidade de algo que não é definitivo, pois seria um contracenso fazê-lo em relação a algo provisório. Ou algo existe e é definitivo e, portanto, pode haver a suspensão de sua exigibilidade, ou, diante de sua precariedade ou do seu caráter provisório, nem se poderia aventar a possibilidade prevista pelo inciso III do art. 151 do Código Tributário Nacional.

Nos incisos do art. 174 do Código Tributário Nacional, o legislador não incluiu como causa de interrupção da prescrição a apresentação de impugnação e/ou interposição de recurso, em sede administrativa, por parte do sujeito passivo da relação tributária. O que interrompe a contagem do prazo prescricional é, de acordo com o Diploma Legal, (I) o despacho do juiz que ordena a citação do devedor na execução fiscal; (II) o protesto judicial; (III) qualquer ato que constitua em mora o devedor; e, ao final, (IV) o reconhecimento do débito por parte do sujeito passivo através de qualquer ato seu praticado.

Não se legislou sobre a petrificação do lapso prescricional com a instauração do contencioso administrativo. Não se pode, neste sentido, aplicar uma exegese expansiva ao quanto normatizado, tendo em vista, inclusive, a principiologia reinante em sede do Direito Tributário, já que impera a parêmia latina *in dubio contra fiscus*, especialmente no quanto estabelecido pelo inciso VI do art. 97, c/com o inciso I do art. 111, todos do Código Tributário Nacional, uma vez que se deve interpretar, literalmente, qualquer legislação que

²⁹⁷ HERNANDEZ, Fernanda Guimarães. Decadência e prescrição. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord). **Decadência e prescrição**. São Paulo: RT, 2007, p. 270.

trate da suspensão ou exclusão do crédito tributário. Portanto, a discussão administrativa do débito fiscal imposto não detém o condão legal de interromper o prazo da prescrição da pretensão vindicada pelo credor interessado em sua exigência.

Aliomar Baleeiro destaca o quanto discorrido, através de considerações específicas, ao denotar a impossibilidade da suspensão da exigibilidade do crédito tributário interromper sua causa de extinção pela prescrição:

Como se vê, o legislador não dispôs que se suspende a prescrição da ação, mas a exigibilidade do crédito, o que se mostra bem diferente. A repartição fica impedida de inscrever o crédito em seu livro de Dívida Ativa e, portanto, de remeter a certidão da inscrição à Procuradoria Fiscal para execução perante o Poder Judiciário.

Mas a prescrição continua a correr, como antes, salvo em caso excepcional e expresso.

A presunção é de que o serviço se caracteriza legal e doutrinariamente por ser contínuo, regular, disciplinado, hierarquizado, cegamente obediente à lei e aos regulamentos. Se há uma reclamação do contribuinte, a autoridade que dela deve conhecer, há de fazê-lo no prazo breve preestabelecido. Se há recurso da decisão dessa autoridade, o órgão administrativo jurisdicional *ad quem* há de processá-lo e julgá-lo nos prazos regimentais. Se não o faz, a Procuradoria junto ao órgão intervém e, em caso extremo, irá até o protesto judicial, sem prejuízo das sanções disciplinares.

Não é concebível que a Administração tire proveito de sua própria negligência, defeito de serviço, ou falta de acatamento aos prazos legais, regulamentares ou regimentais: *Nemo auditur turpitudinem sua allegans.*²⁹⁸ (Grifo nosso)

O Direito Tributário, em seu aspecto teórico, guarda certa analogia com os princípios ventilados pelo Direito Penal, haja vista constituírem-se em ramos do Direito que se consagram pela proteção do cidadão diante da postura invasiva do Estado, seja na busca pelo freio da aplicação do *ius puniendi* que afete a liberdade do súdito estatal, ou que comprometa o seu patrimônio.

Ao se refletir sobre norma jurídica específica aplicada aos crimes contra a ordem tributária, especialmente o quanto verificado no § 1º do art. 9º da Lei n.º 10.684/03²⁹⁹, observou-se que

²⁹⁸ BALEEIRO, Aliomar. Suspensão da exigibilidade do crédito tributário e prescrição. **Revista de Direito Tributário**, n.9-10, p. 9-24, jul.-dez., 1979.

²⁹⁹ BRASIL. Receita Federal. Lei no. 10.684, de 30 de maio de 2003. Altera a legislação tributária, dispõe sobre o parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social e dá outras providências. Art. 9º: “É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 1º A prescrição criminal não ocorre durante o período de suspensão da pretensão punitiva”. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

a ordem jurídica pátria suspende a pretensão punitiva do Estado ao réu vinculado ao sujeito passivo da obrigação tributária, na existência de parcelamento de débitos fiscais, ao mesmo tempo em que, também de forma expressa, previu a suspensão da sua prescrição criminal no curso de tal benefício, modificando normatização anterior sobre a matéria.

Destaca-se, destarte, que, quando o legislador deseja suspender/interromper o curso prescricional de determinada pretensão estatal, deve prevê-lo expressamente através de dispositivo legal. Tal não ocorreu no caso da existência de discussão administrativa do débito tributário, não podendo haver suspensão/interrupção do prazo prescricional da pretensão fiscal do Ente Tributante, imposta ao devedor com a ciência do auto de infração/notificação fiscal de lançamento lavrado pelo seu agente competente.

De mais a mais, nada justifica que a discussão em sede do contencioso administrativo perdure por mais de 05 anos, por mais que haja diligência específica e complexa no deslinde de qualquer questão controversa, diante da celeridade que deve ser imposta aos trâmites administrativos hodiernos, notadamente em função do avanço tecnológico existente e posto à disposição de todas as partes e da comunidade como um todo.

Como forma de reforçar a linha de entendimento aqui tracejada, a própria exegese sistemática empreendida pelo Código Tributário Nacional termina por roborar a tese central posta em debate nesta Dissertação, ao versar sobre a figura jurídica da moratória, quando previu, expressa e especificamente, uma hipótese de suspensão do lapso prescricional da pretensão fiscal.

Tal qual a reclamação e o recurso administrativo, a moratória suspende a exigibilidade do crédito tributário, como destacam os incisos I e III do Código Tributário Nacional³⁰⁰. Ocorre que, em caso de dolo, fraude ou simulação, a moratória não deve ser declarada em benefício do sujeito passivo da obrigação tributária ou do terceiro favorecido, devendo ser revogada, em caráter particular, quando o beneficiado deixou de cumprir com as suas exigências. Tal

³⁰⁰ BRASIL. Código Tributário Nacional. **Lei no. 5.172**, de 25 de outubro de 1996. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Art. 151: “Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:
I – moratória;
[...]
III – as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo”;
Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 nov. 2012.

intelecção se deduz da interpretação conjunta do parágrafo único do art. 154, c/com o *caput* do art. 155, todos do Código Tributário Nacional³⁰¹.

No caso da chamada moratória “fraudulenta”, ou seja, quando o sujeito passivo beneficiado ou o terceiro agraciado em nome daquele promoveu qualquer tipo de dolo ou simulação, implicando a revogação do benefício fiscal concedido, 03 efeitos são aplicados ao devedor fiscal, quais sejam, (I) a cobrança do crédito tributário acrescido dos juros de mora, conforme estabelece o *caput* do art. 155 do Código Tributário Nacional; (II) a imposição da penalidade cabível, como destaca o inciso I do art. 155 da Lei n.º 5.172/66 – CTN; e, por fim, (III) a suspensão do prazo prescricional, ocorrido entre o interregno da concessão do benefício e o da sua revogação, da pretensão fiscal do crédito tributário identificado pela Autoridade Fazendária, como estatui o parágrafo único do art. 155 do mesmo Diploma Legal – CTN³⁰². Noutros termos, onde quis suspender a prescrição da pretensão fiscal resistida pelo sujeito passivo da obrigação tributária, o ordenamento jurídico brasileiro o fez, no caso da moratória fraudulenta, como acima exposto, fato este não ocorrido em função da apresentação de reclamação ou da interposição de recurso por parte do devedor tributário em sede do contencioso administrativo.

Em igual diapasão, ao lume dos incisos do art. 174 do Código Tributário Nacional, não se traduz em causa interruptiva da prescrição do crédito fiscal não adimplido pelo devedor o trânsito dialético promovido no Tribunal Administrativo Fiscal competente para a discussão sobre o lançamento tributário contestado ou cuja decisão inaugural tenha sido objeto de recurso administrativo.

³⁰¹ BRASIL. Código Tributário Nacional. **Lei no. 5.172**, de 25 de outubro de 1996. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios Art. 154. (*Omissis*): “Parágrafo único. A moratória não aproveita aos casos de dolo, fraude ou simulação do sujeito passivo ou do terceiro em benefício daquele.

Art. 155. A concessão da moratória em caráter individual não gera direito adquirido e será revogado de ofício, sempre que se apure que o beneficiado não satisfazia ou deixou de satisfazer as condições ou não cumprira ou deixou de cumprir os requisitos para a concessão do favor, cobrando-se o crédito acrescido de juros de mora”. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 nov. 2012.

³⁰² *Ibid.* Art. 155. (*Omissis*): “I – com imposição da penalidade cabível, nos casos de dolo ou simulação do beneficiado, ou de terceiro em benefício daquele;

Parágrafo único. No caso do inciso I deste artigo, o tempo decorrido entre a concessão da moratória e sua revogação não se computa para efeito da prescrição do direito à cobrança do crédito; no caso do inciso II deste artigo, a revogação só pode ocorrer antes de prescrito o referido direito”. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 nov. 2012.

Também neste sentido se posiciona Aliomar Baleeiro, ao destacar a moratória fraudulenta como única causa excepcional de suspensão da prescrição do crédito tributário constituído:

20. The last, but not the least: o próprio Código Tributário Nacional, para afugentar dúvidas, contém expressamente o único caso em que, por exceção, atribui à suspensão da exigibilidade do crédito o efeito de suspensão da prescrição. A contrário sensu, esse efeito não se produz nos demais casos de suspensão, da exigibilidade, previstos no art. 151, desse Estatuto.

Este, nesse art. 151, arrolou taxativamente quatro casos de suspensão, o primeiro dos quais é a moratória, regulada nos arts. 152 e seguintes.

Ora, dispõe o art. 155: 'Art. 155 – [...] Parágrafo único. No caso do inciso I deste artigo (casos de dolo ou simulação, passíveis de multa), o tempo decorrido entre a concessão da moratória e sua revogação não se computa para efeito da prescrição do direito à cobrança do crédito: no caso do inciso II deste artigo (sem penalidades), a revogação só pode ocorrer antes de prescrito o referido direito'. O Código foi quase ao pleonasmo.

Ninguém poderá contestar que, se suspensão da exigibilidade importasse, ipso facto, em suspensão da prescrição, o legislador não abriria a exceção do parágrafo único do art. 155, para o caso de dolo, nem diria, in fine, que a revogação da moratória só é possível antes da prescrição. Logo, esta corre durante a suspensão da exigibilidade em todos os demais casos.³⁰³ (Grifo nosso)

Com o mesmo posicionamento de Aliomar Balleiro, ao identificar a moratória “fraudulenta” como única espécie de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, capaz de suspender o lapso prescricional e evitar a sua extinção, prescrição esta não interrompida diante da discussão administrativa do referido crédito, discorre Ives Gandra da Silva Martins:

‘Isto vale dizer que, o princípio geral para fluência do prazo prescricional não é atingido pela suspensão da exigibilidade do crédito tributário, salvo em uma única hipótese expressamente definida em lei’.

‘É interessante notar a redação ‘para efeito da prescrição do direito à cobrança do crédito’, o que significa reconhecer o legislador a suspensão da exigibilidade, mas não paralisar a prescrição do direito à cobrança, a não ser nesta hipótese. Nas demais, a suspensão, não representando uma interrupção, não elide o prazo prescricional, só elidível pela utilização do protesto judicial’.

‘É evidente que a abertura de uma exceção para uma hipótese de moratória poderia trazer confusões exegéticas em relação à outra hipótese, razão pela qual houve por bem o legislador reafirmar o princípio de que o prazo prescricional corre, enquanto suspensa a exigibilidade do crédito tributário. Na eventualidade de revogação da moratória, após a ocorrência da prescrição, automaticamente o crédito tributário estaria destituído de seus efeitos executórios’.

‘Trata-se de explicação para evitar interpretações dúbias e justificar a única hipótese expressa de concomitância entre a interrupção da prescrição e a suspensão as exigibilidade do crédito tributário’.

‘Nos demais, desnecessária a explicação, eis que a exigibilidade não é elemento componente da constituição do crédito tributário, mas apenas a presunção de liquidez e certeza, e estes dois elementos são os únicos necessários para que seja deflagrada a contagem do prazo prescricional’.³⁰⁴ (Grifo nosso)

³⁰³ BALEEIRO, Aliomar. Suspensão da exigibilidade do crédito tributário e prescrição. **Revista de Direito Tributário**, n.9-10, p. 9-24, jul.-dez., 1979.

³⁰⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Decadência e prescrição. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord). **Decadência e prescrição**. São Paulo: RT, 2007, p. 33-34.

Pelo visto e discorrido, há que se preconizar a inexistência de qualquer óbice que se interponha à contagem do lapso temporal para efeito prescricional intercorrente do crédito tributário vindicado pelo Ente Tributante, durante o contencioso administrativo-fiscal, caso não haja decisão final da impugnação ofertada ou do recurso interposto pelo sujeito passivo da obrigação tributária.

6 CONCLUSÃO

O rabiscar das linhas conclusivas de uma Dissertação de Mestrado assemelha-se à pavimentação de uma estrada que chega ao seu termo, pois, se dantes somente o seu início era atingível, agora se torna algo palpável, por mais que, no primeiro caso, tortuosos fossem os caminhos intelectuais empreendidos ou, no segundo, difíceis os contornos na topografia do terreno vencida.

Chega-se ao fim, como qualquer coisa na vida humana, para não deixar de dar ênfase ao aspecto heideggeriano da ontologia da finitude destacado no estudo realizado. Se a certeza sobre a hipótese foi produzida, cabe ao intérprete manifestá-la, por mais que a aplicabilidade da tese ventilada seja palpável, mesmo porque, o Direito, como ciência cultural, cujo ato gnosiológico se revela na compreensão, dá margem a diversas exegeses, em um círculo hermenêutico frequente, travado entre o leitor e a obra lida, verdadeira inter-relação entre sujeito e objeto do conhecimento, mais um atestado da contribuição kantiana, como se preconiza em sua primeira revolução copernicana.

Entretanto, deve-se considerar que algumas reflexões produzidas nasceram de um produzir intelectual original ao robustecer a tese veiculada, notadamente diante de intensas leituras efetuadas e das digressões realizadas com o tema do estudo proposto. O liame traçado entre o pensamento kantiano e a filosofia de Heidegger serviu para a construção de uma base epistemológica sólida, já que, tanto no racionalismo transcendental, quanto na analítica existencial de cunho fenomenológico, existe uma interação doutrinária capaz de ser absorvida pela prescrição, diante do seu *eidos* temporal, bem como em seu caminhar para a morte, como o faz esta Dissertação, neste instante. Heidegger propõe o destruir para o construir, já que o ser decadente, em sua mundanidade factual, carece de ser descortinado. É e na própria desconstrução do tempo cronológico formal que se percebe o vigor do tempo existencial finito, característico do homem e do Direito, sem que isto signifique ameaçar a essência do tempo como juízo *a priori*.

A noção do auto de infração/notificação fiscal de lançamento como norma jurídica individual e coletiva, ao refletir um juízo sobre a conduta humana em liberdade existencial, através de interferências intersubjetivas, mas, sobretudo, como ato administrativo de constituição definitiva do crédito tributário, permitiu o peregrinar, com coerência, para o estudo do

fenômeno da prescrição, notadamente na sua aplicação intercorrente no seio do contencioso administrativo. Além de ressaltar a harmonia ao quanto preconizado pelo *caput* do art. 174 do Código Tributário Nacional, as considerações produzidas trouxeram, como base, tanto o pensamento clássico kelseniano, como o desenvolvido por Carlos Cossio, ao incorporar neste extrato, mais uma vez, o pensamento de Heidegger e de Kant, aliado ao de Edmund Husserl, o que, por sua vez, evidencia a compatibilidade de pensamentos diversos na construção do conhecimento, seja qual ele for.

Ao final, resta comprovada a possibilidade da incidência da prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal. Em primeiro aspecto, toda a sua principiologia e o seu respaldo filosófico epistemológico, aliás, respeitados e repisados pelas normas jurídicas constitucionais, se compatibilizam com o necessário deslinde dos dilemas jurídicos instaurados na sociedade, já que não seria lógico o preconizar de uma relação jurídica eterna. A pacificação social clama por um fim das disputas, mesmo no caso dos créditos fiscais, não disponíveis, em princípio. A omissão do Ente Estatal em não terminar o processo decisório no seu âmbito administrativo-fiscal, passado um determinado lapso temporal, deve ser sancionada, com a extinção do crédito tributário pretendido pelo seu titular diante do sujeito passivo da obrigação tributária produzida.

Em segundo lugar, não resta óbice maior à aplicação desta específica intercorrência ou supervenção prescricional fiscal, já que o próprio Código Tributário Nacional, no caso diploma legal de *status* complementar, preconiza a deflagração da contagem do *dies a quo* de sua incidência, ao compatibilizar-se, de mais a mais, com a exigência constitucional, segundo a qual tal regramento deve ser materialmente reservado à lei complementar.

Aliás, a utilização do dispositivo legal para o tema escolhido, qual seja, art. 174 do Código Tributário Nacional, torna-se resolvida com a discussão empreendida sobre o caráter definitivo do auto de infração/notificação fiscal de lançamento, já que o prazo prescricional de 05 anos previsto seria contado a partir da constituição definitiva do crédito tributário, materializada pelo lançamento fiscal *ex officio* exarado.

Ao final, nada impede que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, quando da oferta de uma impugnação ou da interposição de um recurso voluntário, não suspenda/interrompa o

fluxo prescricional, culminando, após o exaurimento do prazo preconizado, com a extinção da dívida fiscal pretendida pelo fisco.

Trata-se de matéria de ordem dogmática, deixada ao arbítrio da sociedade, através do seu poder de legislar, exercido pelas suas esferas de competência. Não se está discutindo sobre relação jurídica, ou mesmo acerca de direito subjetivo ou de dever jurídico, conceitos apriorísticos, portanto, não questionáveis e inerentes a qualquer ordem jurídica, observados em sua essência sob a ótica da Teoria Geral do Direito.

O legislador fiscal resolveu não suspender a prescrição tributária, mesmo com a exigibilidade suspensa do crédito fiscal, exceto na condição de existência de moratória “fraudulenta”, hipótese diferente da discussão do auto de infração/notificação fiscal de lançamento dentro do contencioso fazendário. A sua interrupção, por sua vez, somente pode ser identificada nos marcos estabelecidos nos incisos do art. 174 do próprio Código Tributário Nacional. Qualquer outra exegese vai de encontro à impossibilidade de se ampliar a interpretação a respeito das causas de suspensão/interrupção do crédito tributário.

Necessário se faz despir-se dos mais arraigados argumentos e abrir-se para novas contribuições do pensar, por mais que o ator intérprete esteja acorrentado por grilhões enferrujados pelo tempo, pelos prévios juízos de valor, pelo costume dos atos decisórios e, até mesmo, pela decadência humana em sua normalidade cotidiana impessoal, quando quem decide não é alguém, mas um ninguém não identificado.

O que se propôs foi uma reflexão principiológica sobre uma hipótese, onde, a princípio, não se verifica qualquer empecilho à incidência da prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal, como forma de extinção do crédito tributário. Esta é a conclusão a que se atinge, após o estudo do tema proposto.

REFERÊNCIAS

- AGOSTINHO, Santo. **A cidade de Deus**. Parte I. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. **Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 12 maio 2011.
- _____. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo, Malheiros, 2011.
- BALEEIRO, Aliomar. Suspensão da exigibilidade do crédito tributário e prescrição. **Revista de Direito Tributário**, n.9-10, p. 9-24, jul.-dez., 1979.
- _____. **Direito tributário brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, v. 1. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora Universitária de Brasília, 1999.

_____. **Teoria da norma jurídica**. 4. ed. Bauru, SP: EDIPRO, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BORGES, José Souto Maior. **Lançamento tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. O princípio da segurança jurídica na criação e aplicação do tributo. In: **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 13, abr-maio, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 02 jul. 2011.

BOUVIER, Michel. **Introduction au droit fiscal général et à la théorie de l'impôt**. 9. ed. Paris: 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus*. Penal, Crime de concussão em continuidade delitiva. Ementa HC nº 109.966-SP. Paciente: Paulo Afonso Lucas. Coautor: Relator do REsp 802620 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Dias Toffoli, Brasília, 06 de março de 2012. **STF**, Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?>>. Acesso em: 02 jan. 2013.

_____. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei no. 9.784**, de 29 de janeiro de 1989. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Artigo 54. “O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em: 20 out. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Embargos no Recurso Extraordinário: RE 94462 SP. Ementa - Prazos de prescrição e de decadência em direito tributário. Embargante: União Federal. Embargada: Fibratam S/A – Usina de Tambores de Fibra. Relator: Min. Moreira Alves, Brasília, 06 de outubro de 1982. **STF**, Brasília. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 12 dez. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Embargos no Recurso Extraordinário nº 556.664-RS. Ementa - Prescrição e Decadência Tributárias. Recorrente: União Federal. Recorrida: Novoquim Ind. Químicas Ltda. Relator: Min. Gilmar Mendes, Brasília, 12 de junho de 2008. **STF**, Brasília. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp> >. Acesso em: 27 dez. 2012.

_____. **Lei no. 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Artigo 54. Da anulação, revogação e convalidação. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 out. 2012.

_____. Código Tributário Nacional. **Lei no. 5.172**, de 25 de outubro de 1996. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Art. 142. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 nov. 2012.

_____. Código Tributário Nacional. **Lei no. 5.172**, de 25 de outubro de 1996. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Art. 173. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 nov. 2012.

_____. Código Tributário Nacional. **Lei no. 5.172**, de 25 de outubro de 1996. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Art. 150. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 nov. 2012.

_____. Código Tributário Nacional. **Lei no. 5.172**, de 25 de outubro de 1996. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Art. 151. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 nov. 2012.

_____. Código Tributário Nacional. **Lei no. 5.172**, de 25 de outubro de 1996. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Art. 145. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 nov. 2012.

_____. Código Tributário Nacional. **Lei no. 5.172**, de 25 de outubro de 1996. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Art. 169. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 nov. 2012.

_____. Constituição (1988). **Preâmbulo e outros artigos**. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em: 25 out. 2012.

_____. Constituição (1988) **Art. 5º**, inciso XXXVI. “A lei não prejudicará para direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em: 25 out. 2012.

_____. Constituição (1988) **Art. 7º**, inciso XXXVI. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em: 25 out. 2012.

_____. Constituição (1988). **Art. 146**, inciso III, alínea “b”. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em: 25 out. 2012.

_____. Código Civil. **Lei no. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Art. 189. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 nov. 2012.

_____. **Lei no. 8.906**, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Art. 43, § 1º (*Omissis*). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 nov. 2012.

_____. **Decreto-Lei no. 5.452**, de 01 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Art. 11. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 18 nov. 2012.

_____. **Código Penal**. Art. 107, inciso IV. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 18 nov. 2012.

_____. **Lei no. 6.830**, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Art. 40. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 18 nov. 2012.

_____. **Lei 11.457**, de 16 de março de 2007. Dispõe sobre a Administração Tributária Federal. Art. 24. “É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte”. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 18 nov. 2012.

_____. **Decreto-Lei no. 20.910**, de 06 de janeiro de 1932. Regula a prescrição quinquenal. Art. 5º: “Não tem efeito de suspender a prescrição a demora do titular do direito ou do crédito ou do seu representante em prestar os esclarecimentos que lhe forem reclamados ou o fato de não promover o andamento do feito judicial ou do processo administrativo durante os prazos respectivamente estabelecidos para extinção do seu direito à ação ou reclamação”. Disponível em: <<http://www.tce.al.gov.br>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

_____. Receita Federal. **Lei no. 10.684**, de 30 de maio de 2003. Altera a legislação tributária, dispõe sobre o parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social e dá outras providências. Art. 9º. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

BUJANDA, Fernando Sainz de. **Sistema de derecho financiero**. v. II. Madrid: 1985.

CAHALI, Yussef Said. **Prescrição e decadência**. São Paulo: RT, 2008.

CAIS, Cleide Previtali. **O processo tributário**. 5. ed. São Paulo: RT, 2007.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. Decadência no direito tributário brasileiro. In: CARVALHO, Aurora Tomazini de Carvalho (Org.) **Decadência e prescrição em direito tributário**. 2. ed. São Paulo: MP Ed., 2010.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Teoria da norma tributária**. 5. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. **Direito tributário, linguagem e método**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009.

_____. **Curso de direito tributário**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CASANOVA, Marco Antonio. **Comprender Heidegger**. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

CASSONE, Vittorio. Decadência e prescrição. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord). **Decadência e prescrição**. São Paulo: RT, 2007.

CAYMMI, Pedro Leonardo Summers. **Segurança jurídica e tipicidade tributária**. Salvador, JusPodivm, 2007.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Prescrição e decadência em matéria tributária – teoria geral e análise da lei complementar nº 118/05. In: CARVALHO, Aurora Tomazini de. (Coord). **Decadência e prescrição em direito tributário**. 2. ed. São Paulo: MP, 2010, p. 229-231.

COSSIO, Carlos. **El derecho em el derecho judicial**. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1967.

_____. **La valoración jurídica y la ciencia del derecho**. Buenos Aires: Arayú, 1954.

COSTA-CORRÊA, André L. Decadência e prescrição. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord). **Decadência e prescrição**. São Paulo: RT, 2007.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Salvador, JusPodivm: 2010.

_____. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha. Apontamentos acerca da prescrição intercorrente na execução fiscal. In: **Revista Dialética de Direito Tributário**, n.177, p.146-153, jun., 2010.

DELEUZE, Gilles. **Lógica do sentido**. São Paulo: Perspectiva, Ed. da USP, 1974.

DERRIDA, Jacques. **A Escritura e a Diferença**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1995.

DE SANTI, Eurico Marcos Diniz. Decadência e prescrição do direito do contribuinte e a LC N.º 118: entre regras e princípios. In: CARVALHO, Aurora Tomazini de Carvalho (Org.) **Decadência e prescrição em direito tributário**. 2. ed. São Paulo: MP Ed., 2010.

_____. **Decadência e prescrição no direito tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Porto Alegre: P&M, 2010.

DIAS, Gabriel Nogueira. **Positivismo jurídico e a teoria geral do direito na obra de Hans Kelsen**. São Paulo: RT, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DUBOIS, Christian. **Heidegger**: introdução a uma leitura. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. Lisboa: Editorial Inquérito, 1959.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FANTOZZI, Augusto. **La solidarietà nel diritto tributario**. Turin: UTET, 1968.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FOUCAULT, Michel. **A hermenêutica do sujeito**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. 11. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil. Parte geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GOMES, Nuno Sá. **As situações jurídicas tributárias**. Lisboa: 1969.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. **Obrigações**. 16. ed. rev., atual. e aum. de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GRECO, Marco Aurélio. **Dinâmica da tributação** – uma visão funcional. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

HEIDEGGER, Martin. **Caminos de bosque**. Madrid, Alianza Editorial, 2010.

_____. **Ser e tempo**. 5. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

HERNANDEZ, Fernanda Guimarães. Decadência e prescrição. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord). **Decadência e prescrição**. São Paulo: RT, 2007.

HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**: introdução geral à fenomenologia pura. Aparecida, SP: Ideias & Letras, 2006.

JANCZESKI, Célio Armando. Da duração razoável do processo administrativo fiscal e seus reflexos na prescrição intercorrente e na fluência dos juros de mora. In: **Revista Dialética de Direito Tributário**, n.171, p.18-27, dez., 2009.

JESUS, Damásio de. **Direito penal**. v.1. São Paulo: Saraiva, 2003.

JHERING, Rudolf von. **A evolução do direito**. 2 ed. Salvador: Progresso, 1956.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. 5. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2001.

_____. **Die Kritiken**. Frankfurt : Wunderkammer Verlag, 2001.

_____. **Crítica da Razão Prática**. 4shared. p. 3. Disponível em: <<http://www.4shared.com/get/Lfcq0H9C/Kant - Critica da Razao Pratic.html>>. Acesso em: 22 dez. 2011, 08:13:56.

_____. **Crítica da Faculdade do Juízo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

_____. **A metafísica dos costumes**. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Fabris, 1986.

_____. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MACHADO NETO, Antonio Luiz. **Introdução à ciência do direito**. 1. Volume. São Paulo: Saraiva, 1960.

_____. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. **Fundamentación egológica de la teoria general del derecho.** Buenos Aires: Universitária, 1974.

MARTINS, Humberto. Decadência e prescrição. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord). **Decadência e prescrição.** São Paulo: RT, 2007.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Decadência e prescrição. In: **Revista Dialética de Direito Tributário**, n.140, p.48-60, mai., 2007.

_____. Decadência e prescrição. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord). **Decadência e prescrição.** São Paulo: RT, 2007.

MARX NETO, Edgard Audomar; URBANO, Hugo Evo Magro Corrêa. A proteção da confiança e a alteração de prazos prescricionais no direito tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n.184, p.7-18, jan., 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de direito constitucional.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado.** Tomo I. 4. ed. São Paulo: RT, 1983.

_____. **Tratado de direito privado.** Tomo II. 4. ed. São Paulo: Reclamação Trabalhista, 1983.

_____. **Sistema de ciência positiva do direito.** Tomo IV. Investigação científica e intervenção na matéria social. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

NEDER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **A origem da tragédia.** 5 ed. São Paulo: Centauro, 2004.

PASCAL, Georges. **Compreender Kant.** 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

PAULSEN, Leandro. **Segurança jurídica, certeza do direito e tributação.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 2004.

PIMENTA, Marcos Rogério Lyrio. A prescrição intercorrente no processo administrativo tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n.71, p.119-126, ago., 2001.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. O Princípio da Segurança Jurídica em face de Mudança da Jurisprudência Tributária. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Org.). **Grandes questões atuais do direito tributário. v.10. São Paulo: Dialética, 2006.**

PLATÃO. **Diálogos**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

POPPER, Karl. **Lógica das ciências sociais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1997.

RADBRUCH, Gustav. SCHMIDT, Eberhard. WELZEL, Hans. **Derecho injusto y derecho nulo**. Madrid: Aguilar S.A. de Ediciones, 1971.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

SANTOS, Cássio Vieira Pereira dos. Natureza das normas de decadência e prescrição tributárias. In: CARVALHO, Aurora Tomazini de Carvalho (Org.) **Decadência e prescrição em direito tributário**. 2. ed. São Paulo: MP, 2010.

SAVIGNY, Frederico Carlos Von et al. **La ciencia del derecho**. Buenos Aires: Editorial Losada, 1949.

SICHES, Luis Recaséns. **Tratado general de filosofia del derecho**. México: Editorial Porrúa, 1959.

_____. **Introducción al estudio del derecho**. México: Editorial Porrúa, 1970.

SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos

administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). In: **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, n. 237, p. 271-315, jul./set. 2004.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de direito constitucional**: atualizado até a EC n. 67, de 22 de dezembro de 2010 e Súmula Vinculante n. 31, de 17/02/2010. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos de teoria geral do direito**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUSA, Jorge Lopes de. **Sobre a prescrição da obrigação tributária**. 2. ed. Lisboa: Áreas, 2010.

SOUZA, Fátima Fernandes Rodrigues de. Decadência e prescrição. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord). **Decadência e prescrição**. São Paulo: RT, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. In: **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 31, n. 136, p. 32-57, jun. 2006.

_____. **Lei de execução fiscal**: comentários e jurisprudência. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TONIOLO, José Ernesto. **A prescrição intercorrente na execução fiscal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica**: metódica da segurança jurídica do Sistema Constitucional Tributário. São Paulo: RT, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. Decadência e prescrição. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord). **Decadência e prescrição**. São Paulo: RT, 2007.

VATTIMO, Gianni. **O fim da modernidade**: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.