

COMPREENDENDO A MUDANÇA DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ SOBRE PRESCRIÇÃO TRIBUTÁRIA: DO DIREITO LEGISLADO PARA O DIREITO DO GRUPO SOCIAL

THE STJ JURISPRUDENCE CHANGE THE LIMITATION PERIOD IN TAX LAW: BETWEEN EHRlich AND Kelsen

Renato Lopes Becho

Professor Doutor de Direito Tributário da PUC/SP. Livre-docente em Direito Tributário pela USP, Juiz Federal em São Paulo/SP.
E-mail: renatobecho@uol.com.br

Recebido em: 05/01/2021

Aprovado em: 18/03/2022

RESUMO: O objetivo deste artigo é buscar compreender o que levou o Superior Tribunal de Justiça a não mais aplicar o estabelecido na Constituição Federal, que determina que cabe à lei complementar (i.e., ao Código Tributário Nacional) disciplinar a interrupção da prescrição do crédito tributário em relação à execução fiscal, e passar a aplicar, parcialmente, o Código de Processo Civil. A aplicação parcial da lei foi um movimento retórico, significando, em realidade, um afastamento do positivismo jurídico pelo Tribunal, sem fundamentação convincente. Em vista dessa conclusão parcial, o autor propõe levar em consideração, como um dos caminhos possíveis para a compreensão do ocorrido, a Sociologia Jurídica de Eugen Ehrlich. Para tanto, contrastou a mudança jurisprudencial com duas visões antagônicas do direito, que ficaram bem claras no debate entre Ehrlich e Hans Kelsen, para sustentar a hipótese de que a Corte se afastou do direito legislado, passando a aplicar um direito do grupo social (no caso, do próprio Tribunal).

Palavras-chave: Jurisprudência do STJ. Prescrição tributária. Debate Ehrlich e Kelsen. Direito legislado. Direito do grupo social.

ABSTRACT: This article aims to seek to understand what led the Superior Court of Justice to no longer apply what is established in the Federal Constitution, which determines that the complementary law (i.e., the National Tax Code) should regulate the limitation period in tax law concerning tax enforcement, and partially apply the Civil Procedure Code. The partial application of the law was a rhetorical movement, meaning, in reality, a departure from legal positivism by the Court, without convincing reasoning. Given this partial conclusion, the author proposes considering, as one of the possible ways to understand what happened, the Sociology of Law by Eugen Ehrlich. To this end, it contrasted the jurisprudential change with two antagonistic views of law, which were made very clear in the debate between Ehrlich and Hans Kelsen, to support the hypothesis that the Court departed from the statute law, starting to apply a right of the social group (in the case, of the Court itself).

Keywords: STJ's jurisprudence. The limitation period in tax law. Ehrlich and Kelsen's debate.

Statute law. Social group law.

SUMÁRIO: Introdução. Metodologia utilizada. 1 A prescrição do crédito tributário. 1.1 A legislação. 1.2 A doutrina. 1.3 A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 1.4 Síntese parcial: O descompasso da jurisprudência do STJ em matéria de prescrição do crédito tributário. 2 As limitações da teoria pura do direito perante a crise do direito tributário atual. 2.1 Decisões judiciais “ilegais” para Kelsen. 3 Necessidade de abertura cognitiva. 4 Introdução à sociologia do direito de Eugen Ehrlich. 5 O debate ehrlich-kelsen. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal determina, em seu artigo 146, inciso III, alínea *b*, que cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, inclusive sobre prescrição. O Código Tributário Nacional determina, em seu artigo 174, § único, inciso I, com a redação alterada pela Lei Complementar n. 118/2005, que a prescrição é interrompida pelo despacho do juiz que determina a citação do executado. Antes da mudança legislativa, o comando legal estipulava que a prescrição seria interrompida pela citação. Em termos fáticos, ordenar a citação e realizá-la são acontecimentos distintos, que ocorrerão em momentos diferentes. A mudança legislativa beneficiou a administração tributária, pois o interregno entre a ordem e seu cumprimento será irrelevante para fins prescricionais. O prejuízo para os contribuintes é evidente, pois as procuradorias fazendárias poderão ficar inertes por mais tempo, sem que ele (o contribuinte) tenha como saber, previamente, quando a ordem de citação, contra si, foi emitida. Quando a interrupção da prescrição se dava com a citação do executado, ele sabia no mesmo momento da citação que a prescrição estava interrompida. Com a mudança legislativa, ele perdeu o acesso imediato a esse dado.

O egrégio Superior Tribunal de Justiça aplicou o CTN, no tema aqui abordado, desde sua instalação, em 1989, até 2010, quando mudou de entendimento. Na atual linha decisória, primeiro a Corte afastou o CTN ao argumento de sua *incoerência*; depois, considerou o mesmo Código *omisso*, ao não estabelecer prazo para o despacho judicial e para que a citação ocorra. Em ambas as linhas interpretativas (incoerência ou omissão legislativa), o resultado foi o mesmo: a Corte aplicou o § 1º do art. 219 do Código de Processo Civil de 1973, fixando entendimento de que o ajuizamento da execução fiscal interrompe o prazo prescricional. Entretanto, o STJ sequer mencionou os §§ 3º e 4º do mesmo art. 219 do CPC/1973, que estabeleceram condições para que a prescrição seja interrompida no ajuizamento da ação: que a citação ocorra em até 100 dias (no CPC/2015, o comando está no art. 240 e §§, com redução do prazo para 10 dias). Se o Tribunal tivesse considerado tais parágrafos, teria que ter reconhecido as prescrições. Por não aplicar todos os parágrafos de um artigo do CPC, nas decisões mais recentes, afirma-se, neste artigo, que o STJ aplicou *parcialmente* a legislação; em outras palavras, o Tribunal afastou-se do positivismo jurídico.

Com isso, os fiscos e as procuradorias fazendárias foram amplamente beneficiados, já que cobranças de tributos que, pelas regras do CTN ou do CPC, se integralmente aplicadas, estariam prescritas, não mais estão. Por outro lado, o sujeito passivo da relação jurídica tributária poderá considerar prescrito uma dívida, pela análise da legislação, que, pela jurisprudência atual, não será assim considerada.

O que leva os ministros do STJ a se afastarem de 21 anos de tradição, que chegou a firmar *jurisprudência*, pela aplicação da Constituição e do CTN para, sem nenhuma mudança legislativa, passar a aplicar *pela metade* o CPC? Para responder a essa indagação, no presente estudo, se pretende sustentar que os julgadores se afastaram do direito legislado, e do positivismo jurídico, e passaram a adotar um direito *próprio*, o direito do grupo social a que pertencem, conclusão a que se chega por inspiração na Sociologia Jurídica de Eugen Ehrlich.

Esse sociólogo do direito foi severamente criticado, em sua época, por Hans Kelsen, como será reportado. Todavia, 100 anos depois, pode ser que Ehrlich estivesse correto. Sua Sociologia Jurídica pode auxiliar-nos, muito mais do que o positivismo kelseniano, a compreender o afastamento do STJ do quanto legislado.

Registre-se, desde logo, que o centro deste estudo não é o positivismo jurídico kelseniano e nem mesmo a sociologia jurídica ehrlichiana. Seu centro é o afastamento da legalidade pelo STJ em matéria tributária. Por isso, não se pretende desenvolver as doutrinas de Hans Kelsen e de Eugen Ehrlich, apresentar todas as suas nuances de suas teorias e, principalmente, explorar os autores que desenvolveram e atualizaram as exposições desses dois grandes referenciais. A proposta aqui levada a cabo é de outra dimensão: demonstrar que Ehrlich, um autor desconhecido dos tributaristas, tem maiores chances de, se lido, indicar os caminhos para a compreensão das atuais decisões judiciais em matéria tributária tomadas no Tribunal da Cidadania (STJ).

METODOLOGIA UTILIZADA

Reconhecendo que existem vários métodos e caminhos para a atividade científica, o autor valeu-se da exposição de Mario Bunge (2009, p. 84), nos pontos que considerou adequados para o presente trabalho. Seguindo o método científico de Bunge (2009, p. 85-87), o reconhecimento dos fatos é que o STJ deixou de aplicar a subsunção do fato à norma jurídica em matéria de prescrição do crédito tributário. O problema foi descoberto a partir da fundamentação utilizada pela Corte não ter sido convincente. Nesse contexto, formula-se o seguinte problema: o Superior Tribunal de Justiça deixou de aplicar o positivismo jurídico em matéria de prescrição do crédito tributário? As fundamentações utilizadas foram convincentes? Diante das respostas a essas indagações, é razoável considerar que a Corte está se afastando do direito legislado, no tema mencionado?

Na construção do modelo teórico, apresenta-se a seleção de fatores pertinentes: a exposição da legislação, da doutrina e da jurisprudência do STJ a respeito da prescrição do crédito tributário, com destaque para as mudanças ocorridas. Como invenção da hipótese central, considera-se que o tribunal se afastou do direito legislado, sem justificativa convincente, por estar aplicando um direito próprio, do grupo social a que pertence (dos seus próprios ministros). Como suposições auxiliares, cabe agora aos cientistas do direito a descoberta de qual direito está sendo aplicado pela Corte, o que significa apontar a insuficiência da dogmática tradicional positivista em matéria tributária.

Na dedução de consequências particulares, busca-se um suporte racional, que foi encontrado, a partir de uma afirmativa de Richard Posner (2010), na sociologia jurídica de Eugen Ehrlich (2017). Os suportes empíricos foram a verificação documental da jurisprudência do STJ, em análise qualitativa (não foi a quantidade de decisões o fator relevante), bem como a pesquisa bibliográfica de tributaristas de renome, aqui também com preocupação qualitativa, e não quantitativa.

Como provas da hipótese, o autor apresenta suas reflexões sobre análise documental e bibliográfica realizada, notadamente a insuficiência da *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen (1985) para explicar as decisões selecionadas. A partir daí, atento à indicação de Richard Posner, explorou-se a hipótese de que a Sociologia Jurídica de Ehrlich pode nos indicar que exista *mais de um direito*, o que não foi aceito por Kelsen. Assim, justaposto ao direito legislado, há o *direito do grupo social*.

Naturalmente, a afirmação da existência de um direito próprio dos julgadores, considerados como um grupo social, não faz parte da tradição jurídica brasileira, notadamente do direito tributário, fortemente calcado no positivismo jurídico kelseniano. Entretanto, o aceso debate entre Ehrlich (2019a, 2019b) e Kelsen (2019a, 2019b, 2019c), aqui exposto, pode ser útil para sustentar a hipótese levantada. O suporte é dedutivo, a partir das decisões judiciais estudadas.

Utilizou-se, portanto, do método hipotético-dedutivo, confrontando-se analiticamente a legislação, as afirmações da doutrina e as alterações da jurisprudência do STJ na matéria escolhida, de um lado; e, do outro lado, o debate entre Ehrlich e Kelsen, para indicar o afastamento da Corte do direito legislado e a aplicação de um direito *próprio*, do grupo social dos julgadores. Como consequência secundária, conclui-se que a dogmática do direito tributário poderá explorar os conhecimentos da sociologia jurídica para se atualizar e ter condições de explicar decisões judiciais sobre outros temas além da prescrição do crédito tributário.

1 A PRESCRIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Neste item, faremos a apresentação do assunto escolhido, que é a prescrição do crédito tributário, na linha tradicional; é dizer: expondo a legislação, a doutrina e a jurisprudência. Em seguida, apresentaremos uma síntese parcial, que é central para este estudo: o descompasso de decisões do STJ com a legislação, o que aconteceu a partir de 2010.

Em seguida, apresentaremos algumas reflexões extraídas da *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen e sua insuficiência quanto às alterações da jurisprudência da Corte na matéria escolhida. Frente a tal insuficiência, surge a identificação de crise do positivismo jurídico, o que nos leva à busca de outras alternativas, sendo que a eleita foi a sociologia jurídica de Eugen Ehrlich.

1.1 A legislação

Determina a Constituição de 1988 (art. 146, III, *b*) que compete à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre prescrição do crédito tributário. Tal comando veio insculpido desde a Emenda Constitucional n. 18, de 1965, que alterou a Carta de 1946. Contudo, a EC n. 18 não fez menção à lei *complementar*. Em 1966 foi aprovada a Lei n. 5.172 que regulamentou o sistema tributário insculpido na EC 18/1965. O ponto principal para a questão aqui colocada é que, desde 1966, o diploma legal a ser consultado para fins de identificação da ocorrência ou não de prescrição do crédito tributário é o Código Tributário Nacional – CTN.

Registre-se que a prescrição é uma das formas de extinção do crédito tributário, conforme estipulado no art. 156, inciso V, do CTN, assim como o pagamento, a compensação e a transação, dentre outras hipóteses elencadas pelo legislador.

Com a reserva de lei complementar, o CTN só pode ser alterado por leis dessa natureza, o que aconteceu, por exemplo, com a Lei Complementar n. 118/2005 que, por sinal, alterou o art. 174 do CTN, que rege a prescrição do crédito tributário. Tal artigo tem, hoje, a seguinte redação:

Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I – pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal;

II – pelo protesto judicial;

III – por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

IV – por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.

Pela redação original, de 1966, o inciso I do § único do art. 174 do CTN estipulava a interrupção da prescrição “pela citação pessoal feita ao devedor”.

Em 1980, foi aprovada a Lei n. 6.830, conhecida como Lei de Execução Fiscal – LEF, cujo art. 8º, § 2º, estabeleceu que “o despacho do Juiz, que ordenar a citação, interrompe a prescrição”. Como se deduz do quanto já exposto, o comando contido na LEF é distinto do quanto

versava o CTN. E, por ser veiculado por lei ordinária, encontrava a barreira do art. 146, III, *b*, da Constituição. Por tal motivo, vinte e cinco anos após a LEF, o legislador alterou o CTN, via lei complementar, para fazer com que o disposto da LEF fosse inserido no CTN.

Pois bem, voltando ao ponto, sendo a citação uma ocorrência processual, naturalmente ela vem detalhada no Código de Processo Civil. No CPC de 2015, a citação recebeu um capítulo próprio, o II do título II (“Da comunicação dos atos processuais”), e ocupa os artigos 238 a 259. No CPC anterior, de 1973, não era diferente: a citação ocupava uma *seção*, e tomava os artigos 213 a 233. E não só. Quando necessário, o legislador ainda tratou da citação na execução, fixando, no art. 617 do CPC/1973 que “a propositura da execução, deferida pelo juiz, interrompe a prescrição, mas a citação do devedor deve ser feita com observância do disposto no art. 219”. No CPC de 2015 a regra similar está no artigo 802, *verbis*:

Art. 802. Na execução, o despacho que ordena a citação, desde que realizada em observância ao disposto no § 2º do art. 240, interrompe a prescrição, ainda que proferido por juízo incompetente.

Parágrafo único. A interrupção da prescrição retroagirá à data de propositura da ação.

Ocupando mais de 20 artigos do CPC, tanto do atual quanto do anterior, o legislador detalhou diversos aspectos da citação, tais como quem a ordena, a quem compete promovê-la, prazos, efeitos e modalidades (citação por carta com aviso de recebimento, por oficial de justiça e por edital), culpas pela demora, responsabilidades pelo uso de modalidade incorreta e toda uma gama de minúcias muito relevantes para um ato de tamanha importância. Afinal, sem a citação não se *angulariza* a relação processual. Em outras palavras, para que o juiz ocupe o *vértice* da relação processual, é necessário que o demandado (réu ou executado, por exemplo) venha tomar parte na causa. Do contrário, a relação processual fica *linear*, restrita ao autor e ao juiz, o que não faz sentido, pois o julgador não é *parte* na causa, não sendo o demandado e não tendo condições de satisfazer o direito material do demandante.

O comando processual de maior relevo para a problemática aqui exposta é o artigo 219 do CPC/1973, que tinha a seguinte redação quando da mudança de entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça, em 2010:

Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juízo incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

§1º A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação

§2º Incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário.

§3º Não sendo citado o réu, o juiz prorrogará o prazo até o máximo de 90 (noventa) dias.

§4º Não se efetuando a citação nos prazos mencionados nos parágrafos antecedentes, haver-se-á por não interrompida a prescrição.

A estrutura do comando não sofreu alteração de relevo no CPC de 2015, como se comprova com a leitura atenta de seu artigo 240. Entretanto, o prazo dado pelo Código anterior para que a citação, em ocorrendo, fizesse com que a interrupção da prescrição retroagisse à data da propositura da ação foi reduzido de cem para dez dias. Confira-se:

Art. 240. A citação válida, ainda quando ordenada por juízo incompetente, induz litispendência, torna litigiosa a coisa e constitui em mora o devedor, ressalvado o

disposto nos arts. 397 e 398 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

§ 1º A interrupção da prescrição, operada pelo despacho que ordena a citação, ainda que proferido por juízo incompetente, retroagirá à data de propositura da ação.

§ 2º Incumbe ao autor adotar, no prazo de 10 (dez) dias, as providências necessárias para viabilizar a citação, sob pena de não se aplicar o disposto no § 1º.

§ 3º A parte não será prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário.

§ 4º O efeito retroativo a que se refere o § 1º aplica-se à decadência e aos demais prazos extintivos previstos em lei.

Indicamos que, no meio de tantos dados normativos, três são de maior relevo para o presente estudo: **a citação válida** (mencionada do *caput* do art. 219 do CPC/1973, no *caput* do art. 240 do CPC/2015 e na redação original do art. 174, § ún., I, do CTN); **o ajuizamento da ação** (mencionada no § 1º do art. 219 do CPC/1973 e no § 1º do art. 240 do CPC/2015, sempre condicionada aos respectivos §§ 2º, 3º e 4º); e **o despacho do juiz determinando a citação** (§ 2º do art. 219 do CPC/1973; § 2º do art. 8º da LEF; e, art. 174, § ún., I, do CTN, com a redação dada pela LC 118/2005), que é o mesmo significado da “operada pelo despacho que ordena a citação” na redação adotada pelo legislador no CPC/2015, art. 240, § 1º. Do ponto de vista cronológico, evidentemente, há primeiro o ajuizamento da ação, depois o despacho que ordena a citação e, por fim, a efetivação da citação, por uma das três modalidades autorizadas legislativamente: pessoalmente, por carta com aviso de recebimento; pessoalmente, por mandado cumprido por oficial de justiça; e, por edital publicado pelas vias e nas condições fixadas por lei.

Em breve síntese do quanto apresentado, a Constituição determina que cabe à lei complementar regular a prescrição em matéria tributária. O CTN, cumprindo o comando constitucional, a elenca como uma das ocorrências que extinguem o crédito tributário e estipula que o despacho do juiz determinando a citação, em execução fiscal, interrompe a prescrição. Pela redação original do CTN, a citação válida interrompia a prescrição; pela redação dada pela LC 118/2005 passou a ser *o despacho do juiz determinando a citação*. Por sua vez, o detalhamento da citação, tais como suas modalidades, efeitos e responsabilidades pela sua efetivação estão contidos no CPC, em minuciosa normatização, que ocupa mais de vinte artigos, com diversos parágrafos e incisos, tanto do Código de 1973 quanto do de 2015.

1.2 A doutrina

O ponto central deste artigo não envolve a doutrina. Contudo, é útil apontar, brevemente, que uma análise qualitativa de autores tributaristas indica a adesão ao quanto determinado pelo CTN, quer em sua redação originária, quer na alteração levada a cabo pela LC 118/2005. Assim, de 1966 até 2005, os tributaristas mais conceituados do país indicavam que a efetiva citação interrompia a prescrição. Depois, com a alteração legal, passaram a fazer referência ao despacho do juiz determinando a citação como o marco interruptivo. Comprove-se, por exemplo, com Aliomar Baleeiro (2013, p. 1334-1339), Paulo de Barros Carvalho (2007, p. 503-508) e Hugo de Brito Machado (2011, p. 223-225). Neles, não há sequer uma menção à necessidade de se recorrer ao CPC para expor a prescrição do crédito tributário. Nem mesmo Regina Helena Costa (2012, p. 287), que justifica a mudança trazida no CTN pela LC 118/2005 pela “orientação jurisprudencial consolidada”, o que não corresponde à realidade dos fatos, como será demonstrado abaixo.¹

¹ Conforme será exposto no próximo item, a jurisprudência do STJ se consolidou em 2003 no sentido de que a LEF (que fixou a decisão judicial determinando a citação como marco interruptivo da prescrição) não poderia reger, por si só, a prescrição em matéria tributária. Ela tem que ser interpretada sistematicamente com o CPC (o que significa dizer que a citação retroagirá à data da propositura da ação desde que a citação ocorra nos prazos previstos no Código).

Os renomados autores aqui indicados poderiam ter desenvolvido um tema interessante, que é a eventual quebra de isonomia perpetrada pela LC 118/2005.² Isto porque, como se viu no item anterior, para todas as ações, a citação é o marco interruptivo da prescrição, que retroagirá apenas se as condições previstas pelo legislador, é dizer, se ela ocorrer dentro dos prazos fixados processualmente, à data da propositura da ação. Isso vale para todas as causas. Entretanto, se os prazos fixados para a efetivação da citação (cem dias para o CPC/1973 e dez dias para o CPC/2015) não forem cumpridos, para todas as causas será a própria citação válida que interromperá a prescrição. A exceção será a prescrição tributária, pois bastará, pela lei, o despacho do juiz determinando a citação.

O tema da eventual inconstitucionalidade da LC 118/2005, ainda que instigante, não foi levantado pela doutrina pesquisada e não faz parte dos objetivos do presente estudo. Para o quanto aqui exposto, basta que se registre o que está no CTN e o reflexo doutrinário, praticamente uma mera reprodução da regra legal.

Por outro lado, Luís Eduardo Schoueri faz interessante assertiva a respeito de um julgado do STJ em matéria de lançamento tributário que se mostrará útil para o quanto aqui se expõe (afastamento da legalidade em decisões do STJ), aduzindo:

Ao contrário, a referida decisão mantém a natureza constitutiva do lançamento, referindo-se, daí, a prazo decadencial. Cita a abalizada doutrina de Eurico Marcos Diniz de Santi para, a partir daí, concluir, **desviando-se da doutrina em que pretende estar apoiada**, pela possibilidade de lançamento mesmo depois de transcorrido o prazo previsto pelo Código Tributário Nacional. (SCHOUERI, 2011, p. 572. Os destaques são nossos)

A Corte, ao se afastar da legislação e da doutrina que indica estar aplicando, mas na realidade não aplica, lavora em campo meramente retórico. Os julgadores, de fato, justificam parcialmente suas decisões deixando fragilizada sua motivação, como ficará evidente no item seguinte.

1.3 A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Os diversos textos legais a respeito da interrupção da prescrição em matéria tributária (Constituição, CTN, LEF e CPC, este com diversos dispositivos) estimularam dúvidas e divergências interpretativas, que alimentaram processos judiciais. As dúvidas e divergências envolvem a dicotomia acadêmica entre direito material e direito processual; o papel reservado à lei complementar e à lei ordinária em matéria prescricional; a existência de textos de legislação ordinária a detalhar a citação, enquanto a CF indica ser, em matéria tributária, tema para lei complementar; a partir de quando a LC 118/2005 gerou efeitos (se considerada como de ordem material, valeria apenas a partir da propositura de novas ações; se considerada como de ordem formal, isto é, processual, poderia – ao menos em tese – valer para processos ajuizados quando de sua entrada em vigor, por exemplo). Os questionamentos podem ser expostos por textos legais: a LEF se aplica em matéria tributária (ela regula execuções fiscais e não fiscais)? Somente o CTN é capaz de regular o assunto aqui desenvolvido? Qual ou quais os textos do CPC podem ser utilizados na solução de conflitos fiscais e por que?

Desta feita, ao contrário do quanto afirmado pela doutrinadora, que também é ministra do STJ, a LC 118/2005 veio para alterar a jurisprudência da Corte.

² A exceção é MACHADO, 2005, p. 570. Cf., nesse sentido, BECHO, 2005, p. 115. Em sentido contrário, é dizer, pela constitucionalidade da LC 118/2005, veja-se MARQUES, 2021, p. 346.

Todas essas discussões chegaram ao Superior Tribunal de Justiça, como será aqui demonstrado, Corte que tem o papel constitucional de uniformizar a interpretação da legislação federal. As respostas, contudo, nem sempre foram convergentes, como será comprovado.

Conforme dito anteriormente, não é nosso objetivo fazer análise quantitativa de julgados. Interessa-nos algumas decisões que sejam fortes o suficiente para demonstrar uma grande mudança na orientação jurisprudencial, cuja motivação e sua explicação teórica suscitaram as dúvidas já apresentadas (o STJ foi convincente na motivação da mudança jurisprudencial? Caso negativo, pode-se supor que a Corte se afastou do positivismo jurídico? Se se afastou, o debate entre Ehrlich e Kelsen pode trazer luzes para compreender o ocorrido?). As alterações jurisprudenciais e suas respectivas justificativas fortalecem as conclusões à pesquisa e reflexão aqui desenvolvidas, e serão oportunamente apresentadas.

Vejamos os julgados de relevo.

Uma decisão muito interessante foi proferida pela 1ª Seção do STJ, relatada pelo Ministro José de Jesus Filho. Por ela, a Corte compatibilizou o art. 8º, § 2º, da LEF, com o art. 219, § 4º, do CPC. Considerando que, na data de sua prolação (1996), o CTN estava alinhado com o CPC, ambos estipulando a citação válida como marco interruptivo da prescrição, foi possível construir uma norma jurídica completa. Confira-se:

Embargos de divergência em Recurso Especial. Execução fiscal – Despacho citatório que não interrompe a prescrição. Artigo 8º, § 2º da Lei nº 6.830/80.
A norma acima mencionada deve ser interpretada em combinação com o art. 219, § 4º do CPC, ou seja, no sentido de que não se efetuando a citação nos prazos aludidos nos parágrafos anteriores, haver-se-á por não interrompida a prescrição.

Embargos de divergência recebidos. (STJ. 1. Seção. Emb. de Div. no REsp. 34.851-SP, rel. Min. José de Jesus Filho. Por maioria. DJU 9/08/1996.). Assim, podia-se afirmar, com base nesse aresto, que a citação válida interrompe a prescrição, na execução fiscal. Se o despacho do juiz determinando a citação for efetivado (isto é, se a citação válida, em uma de suas três modalidades já mencionadas, for realizada em até cem dias), a interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação. Se, por outro lado, a citação não for efetivada em até cem dias do despacho judicial que a determinou, a interrupção da prescrição somente será considerada quando da citação válida. Pode-se afirmar, com base no citado julgado, que o CTN e o CPC, que estavam alinhados, seriam integralmente interpretados com a regra da LEF. Em outras palavras, o Min. José de Jesus Filho apresentou sucinto voto condutor que interpretou sistematicamente todos os dispositivos legais apresentados: conforme estava no CTN e no CPC, a citação interrompia a prescrição; conforme estava no CPC e na LEF, se a ordem para a citação fosse cumprida dentro dos prazos fixados pelo CPC, os efeitos da interrupção retroagiriam à data da propositura da ação.

Ocorre que o STJ não se manteve firme nessa interpretação. A Primeira Turma manteve a linha interpretativa do Min. José de Jesus Filho. Porém, a Segunda Turma somente passou a fazer a mesma interpretação sistemática a partir de 2003, em voto da Min. Eliana Calmon (STJ. 2. T. REsp 502.438/SP, rel. Min. Eliana Calmon. J. 06/11/2003, DJU 01/12/2003, p. 319.). Esse fato infirma a assertiva de Regina Helena Costa (2012, p. 287), exposta no item anterior, de que a LC 118/2005 consolidou a jurisprudência do STJ. Na verdade, ocorreu o oposto: quando as duas turmas da Corte com competência para julgar matéria tributária passaram a interpretar a LEF em comunhão com o CPC, o Congresso Nacional foi instado a elevar a regra da LEF (*o despacho do juiz determinando a citação interrompe a prescrição em matéria tributária*) à categoria de lei complementar, alterando o CTN.

Se o quadro normativo tivesse permanecido o mesmo, o STJ poderia ter mantido essa linha decisória desde 1996, auxiliando sobremaneira a segurança jurídica a respeito do tema aqui explorado. Todavia, a LC 118/2005, conforme dito, elevou o comando exposto anteriormente pelo art. 8º, § 2º, da LEF para o nível do CTN, fazendo surgir outras indagações já antecipadas: qual a

natureza da regra interruptiva da prescrição? Se material, a LC 118 somente valeria para processos ajuizados após sua entrada em vigor; se processual, ela valeria para as ações em curso.

Todas as dúvidas foram respondidas, de forma magistral, pela 1ª Turma, em voto da lavra do Ministro Luiz Fux (então membro daquela Corte), em verdadeira aula sobre a matéria (STJ. 1. T. Emb. de Decl. nos Emb. de Decl. nos Emb. de Decl. no Agr. Reg. no REsp. 971.630/RS, rel. Min. Luiz Fux. J. 20/04/2010, DJe 06/05/2010.). Nele, ficou assentado que a LC 118/2005 veiculou assunto processual, podendo ser aplicada nos feitos que estavam ajuizados quando de sua entrada em vigor; todavia, o despacho do juiz determinando a citação somente interromperia a prescrição se prolatado após a vigência da lei. Além da solução para esse aspecto, o julgado revisitou todos os dispositivos legais que envolvem o indigitado tema, bem como fazendo referência ao que se tornou *jurisprudência* da Corte (interpretação sistemática surgida com o Min. José de Jesus Filho).³

Era de se esperar que todas as dúvidas tivessem sido sanadas com essa decisão. Ela privilegiou o comando constitucional, ao especificar que o CTN seria aplicado, ainda que em uma matéria processual tributária. Superou-se os precedentes de que a LEF e o CPC seriam, sistematicamente interpretados, aplicáveis em matéria tributária. Sob outro giro verbal, sem repetirmos a sucessão jurisprudencial já descrita, a interrupção da prescrição tributária ocorreria com o despacho do juiz ordenando a citação a partir da entrada em vigor da LC n. 118/2005, independentemente de quando a execução fiscal tivesse sido proposta.

Destacamos, por oportuno, que as referências aos prazos do CPC/1973 para que a citação ocorresse, explicitados no § 4º do art. 219, deixaram de ser relevantes para o deslinde das causas. Significa dizer que o STJ não mais aplicou a regra que determinava que a interrupção da prescrição retroagiria à data da propositura da ação se a citação ocorresse em até cem dias.

³ Confira-se: “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OBSCURIDADE CONFIGURADA. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. DECLARAÇÃO EX OFFICIO. INTERRUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS SOBRE A MATÉRIA. DESPACHO DO JUIZ QUE ORDENA A CITAÇÃO. ALTERAÇÃO DO ART. 174, DO CTN, ENGENDRADA PELA LC 118/2005. APLICAÇÃO IMEDIATA. NECESSIDADE. DATA DO DESPACHO. POSTERIOR A ALTERAÇÃO. DECORRÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. RETROATIVIDADE DA LEI. ENTENDIMENTO PACIFICADO. APLICAÇÃO. SÚMULA 83/STJ. 1. A obscuridade verifica-se pela impossibilidade *prima facie* de se extrair o alcance do julgado (Fux, Luiz. Curso de Direito Processual Civil, vol. I, Rio de Janeiro. Forense. 2008. 4ª ed. pg.867), sendo mistér a retificação do julgado. 2. A prescrição, posto referir-se à ação, quando alterada por novel legislação, tem aplicação imediata, conforme cediço na jurisprudência do Egrégio STJ. 3. Originariamente, prevalecia o entendimento de que o artigo 40 da Lei n.º 6.830/80 não podia se sobrepor ao CTN, por ser norma de hierarquia inferior, e sua aplicação sofria os limites impostos pelo artigo 174 do referido Código. 4. Nesse diapasão, a mera prolação do despacho ordinatório da citação do executado não produzia, por si só, o efeito de interromper a prescrição, impondo-se a interpretação sistemática do art. 8º, § 2º, da Lei n.º 6.830/80, em combinação com o art. 219, § 4º, do CPC e com o art. 174 e seu parágrafo único do CTN. 5. A Lei Complementar 118, de 9 de fevereiro de 2005 (vigência a partir de 09.06.2005), alterou o artigo 174 do CTN para atribuir ao despacho do juiz que ordenar a citação o efeito interruptivo da prescrição. (Precedentes: REsp 860128/RS, DJ de 782.867/SP, DJ 20.10.2006; REsp 708.186/SP, DJ 03.04.2006). 6. Destarte, consubstanciando norma processual, a referida Lei Complementar é aplicada imediatamente aos processos em curso, o que tem como consectário lógico que a data da propositura da ação pode ser anterior à sua vigência. Todavia, a data do despacho que ordenar a citação deve ser posterior à sua entrada em vigor, sob pena de retroação da novel legislação. Precedentes: REsp 1156250/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 04/03/2010; AgRg no REsp 702.985/MT, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 04/02/2010; REsp 1116092/ES, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/09/2009, DJe 23/09/2009. 7. In casu, acórdão recorrido assentou que o despacho citatório ocorreu em SETEMBRO DE 1996. (fls. 57- verso) 8. Consectariamente, ressoa inequívoca a ocorrência da prescrição dos créditos decorrentes de ISS constituídos em 15.03.1996, porquanto decorrido o prazo prescricional quinquenal entre a data da constituição do crédito tributário e a prolação da sentença em janeiro de 2007, que decretou a prescrição ex officio, sendo que até então ainda não sido efetivada a citação. Desta feita impões a aplicação, nos termos da redação original do art. 174, § único, I, do CTN, uma vez que o despacho ordinatório da citação foi proferido antes da vigência da LC 118/05. 9. O recurso especial é inadmissível nos termos da Súmula n. 83 do STJ, in verbis: ‘não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida’. Entendimento que se aplica à hipótese da alínea “a” do permissivo constitucional (v.g.: AgRg no Ag 1.002.799/SP). 10. Embargos declaratórios parcialmente acolhidos para sanar o aresto recorrido, contudo negar provimento ao recurso especial”.

Até aqui, não se deve considerar que ocorreu nenhuma inovação jurisprudencial. As linhas adotadas pelos ministros tinham pertinência, sendo que uma delas privilegiava a interpretação sistemática, enquanto a outra se limitava a cumprir o comando constitucional (art. 146) em sentido estrito.

A criação jurisprudencial surge em seguida. Para sermos bem precisos, ocorreu três semanas após o julgamento acima colacionado, exarado pelo mesmo relator. Por essa decisão, o marco utilizado no mês anterior (o CTN se aplica à prescrição) fora radicalmente afastado, substituído pelo § 1º do art. 219 do CPC/1973 (STJ. 1. S. REsp. 1.120.295-SP, Rel. Min. Luiz Fux. Un. J. 12/05/2010, *DJe* 21/05/2010).⁴ A partir desse aresto, o CTN foi afastado do tema, com a simples menção de sua incoerência. A LEF não foi mencionada. Mas, o principal, foi que o § 4º do art. 219 do CPC/2973 também não o foi. E essa omissão significou que o ajuizamento da execução fiscal passou a interromper a prescrição, independentemente de quando a ordem judicial fora exarada e, principalmente, de quanto tempo transcorreu entre o ajuizamento da ação e a efetivação da execução.

⁴ Confira-se: “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE O FISCO COBRAR JUDICIALMENTE O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO CONSTITUÍDO POR ATO DE FORMALIZAÇÃO PRATICADO PELO CONTRIBUINTE (*IN CASU*, DECLARAÇÃO DE RENDIMENTOS). PAGAMENTO DO TRIBUTO DECLARADO. INOCORRÊNCIA. TERMO INICIAL. VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA DECLARADA. PECULIARIDADE: DECLARAÇÃO DE RENDIMENTOS QUE NÃO PREVÊ DATA POSTERIOR DE VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL, UMA VEZ JÁ DECORRIDO O PRAZO PARA PAGAMENTO. CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL A PARTIR DA DATA DA ENTREGA DA DECLARAÇÃO. [...] 13. Outrossim, o exercício do direito de ação pelo Fisco, por intermédio de ajuizamento da execução fiscal, conjura a alegação de inação do credor, revelando-se incoerente a interpretação segundo a qual o fluxo do prazo prescricional continua a escoar-se, desde a constituição definitiva do crédito tributário, até a data em que se der o despacho ordenador da citação do devedor (ou até a data em que se der a citação válida do devedor, consoante a anterior redação do inciso I, do parágrafo único, do artigo 174, do CTN). 14. O *Codex* Processual, no § 1º, do artigo 219, estabelece que a interrupção da prescrição, pela citação, retroage à data da propositura da ação, o que, na seara tributária, após as alterações promovidas pela Lei Complementar 118/2005, conduz ao entendimento de que o marco interruptivo atinente à prolação do despacho que ordena a citação do executado retroage à data do ajuizamento do feito executivo, a qual deve ser empreendida no prazo prescricional. 15. A doutrina abalizada é no sentido de que: ‘Para CÂMARA LEAL, como a prescrição decorre do não exercício do direito de ação, o exercício da ação impõe a interrupção do prazo de prescrição e faz que a ação perca a ‘possibilidade de reviver’, pois não há sentido a priori em fazer reviver algo que já foi vivido (exercício da ação) e encontra-se em seu pleno exercício (processo). Ou seja, o exercício do direito de ação faz cessar a prescrição. Aliás, esse é também o diretivo do Código de Processo Civil: ‘Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição. § 1º A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação.’ Se a interrupção retroage à data da propositura da ação, isso significa que é a propositura, e não a citação, que interrompe a prescrição. Nada mais coerente, posto que a propositura da ação representa a efetivação do direito de ação, cujo prazo prescricional perde sentido em razão do seu exercício, que será expressamente reconhecido pelo juiz no ato da citação. Nesse caso, o que ocorre é que o fator conduta, que é a omissão do direito de ação, é desqualificado pelo exercício da ação, fixando-se, assim, seu termo consumativo. Quando isso ocorre, o fator tempo torna-se irrelevante, deixando de haver um termo temporal da prescrição’. (Eurico Marcos Diniz de Santi, in “Decadência e Prescrição no Direito Tributário”, 3ª ed., Ed. Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 232/233) 16. Destarte, a propositura da ação constitui o *dies ad quem* do prazo prescricional e, simultaneamente, o termo inicial para sua recontagem sujeita às causas interruptivas previstas no artigo 174, parágrafo único, do CTN. 17. Outrossim, é certo que “incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário” (artigo 219, § 2º, do CPC). 18. Consequentemente, tendo em vista que o exercício do direito de ação deu-se em 05.03.2002, antes de escoado o lapso quinquenal (30.04.2002), iniciado com a entrega da declaração de rendimentos (30.04.1997), não se revela prescrita a pretensão executiva fiscal, ainda que o despacho inicial e a citação do devedor tenham sobrevivido em junho de 2002. 19. Recurso especial provido, determinando-se o prosseguimento da execução fiscal. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008”.

Registre-se que, de fato, SANTI (2004, p. 232 e s.) considerou apenas o indigitado § 1º do art. 219 do CPC/1973, também não mencionando a condição legal para sua aplicação constante nos §§ 3º e 4º do mesmo artigo codificado.

Assim, o STJ se afastou, no REsp 1.120.295/SP, da Constituição (art. 146, III, *b*), do CTN (art. 174, § ún., I), da LEF (art. 8º, § 2º) e da integralidade do art. 219 do CPC (posto haver mencionado apenas os §§ 1º e 2º, omitindo-se quanto aos §§ 3º e 4º).⁵

Menos de um ano após a nova regra ser aprovada unanimemente pela 1ª Seção do STJ, sua Corte Especial (órgão colegiado acima das seções) voltou a afirmar que lei ordinária não poderia ser aplicada em matéria de prescrição tributária. Confirme-se:

[...] tanto no regime constitucional atual (CF/88, art. 146, III, *b*), quanto no regime constitucional anterior (art. 18, § 1º da EC 01/69), as normas sobre prescrição e decadência de crédito tributário estão sob reserva de lei complementar. Precedentes do STF e do STJ, sendo ilegítimas, em relação aos créditos tributários, as normas estabelecidas no § 2º, do art. 8º e do § 3º do art. 2º da Lei 6.830/80, que, por decorrerem de lei ordinária, não podiam dispor em contrário às disposições anteriores, previstas em lei complementar. (STJ. Corte Especial. Agr. de Instr. no Agr. no REsp 1.037.765/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki. J.02/03/2011, *DJe* 17/10/2011)

A Corte Especial do STJ, ao reafirmar o papel constitucionalmente fixado da lei complementar para a indigitada matéria, superou o entendimento anteriormente mencionado (o de que, pela incoerência do CTN, o § 1º do art. 219 do CPC/1973, uma lei ordinária parcialmente considerada, poderia reger o tema).

O STJ, contudo, não fez da citada decisão de sua Corte Especial uma verdadeira *jurisprudência*, posto ter retornado ao fixado no REsp 1.120.295/SP, agora sob novos argumentos (STJ. 2. T. Agr. Reg. no Agr. no REsp. 648.485/SC, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES. J. 20/08/2015, *DJe* 03/09/2015).⁶ Nesse julgado, o Tribunal da Cidadania reforçou o papel da lei complementar no tema em testilha, porém, reconhecendo sua incompletude. Usando regras de hermenêutica do próprio CTN, buscou preencher a lacuna da lei complementar com o § 1º do art. 219 do CPC/1973 sem, contudo, aplicar todo o dispositivo legal.

⁵ BECHO (2021, p. 145-161) utiliza esse julgado como exemplo de *ativismo jurídico*. MARQUES (2021, p. 345) expressamente “não concorda” com o REsp. 1.120.195/SP.

⁶ Confira-se: “TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ. SÚMULA 83 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I. A Primeira Seção do STJ, ao julgar, sob o rito do art. 543-C do CPC, o Recurso Especial 1.120.295/SP (Rel. Ministro LUIZ FUX, *DJe* de 21/05/2010), assim se pronunciou sobre a aplicabilidade das disposições do art. 219 do CPC às Execuções Fiscais para cobrança de créditos tributários: (a) o CPC, no § 1º de seu art. 219, estabelece que a interrupção da prescrição, pela citação, retroage à data da propositura da ação, o que significa dizer que, em Execução Fiscal para a cobrança de créditos tributários, o marco interruptivo da prescrição, atinente à citação pessoal feita ao devedor (quando aplicável a redação original do inciso I do parágrafo único do art. 174 do CTN) ou ao despacho do juiz que ordena a citação (após a alteração do art. 174 do CTN pela Lei Complementar 118/2005), retroage à data do ajuizamento da execução, que deve ser proposta dentro do prazo prescricional; (b) “incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário” (art. 219, § 2º, do CPC). II. Ainda sobre a aplicabilidade das disposições do art. 219 do CPC às Execuções Fiscais para cobrança de créditos tributários, a Segunda Turma do STJ, ao julgar o Recurso Especial 1.282.955/RS (Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, *DJe* de 26/02/2013), deixou consignado que, muito embora o CTN, em seu art. 174, a exemplo do CPC, eleja expressamente o suporte fático hipotético para haver a interrupção do prazo prescricional (citação ou despacho), ele é omissivo em relação ao momento da produção de seus efeitos, pois não estabelece uma data para tal. Essa data, seja por emprego da analogia, por emprego da equidade ou dos princípios gerais de Direito Público (fórmula prevista no art. 108, I, III e IV, do próprio CTN), pode e deve ser buscada no CPC, que estabelece, expressamente, em seu art. 219, § 1º, como sendo “a data da propositura da ação”. Sendo assim, não há qualquer equívoco ou conflito normativo em interpretar-se o art. 174 do CTN em combinação com o art. 219, § 1º, do CPC. III. O simples fato de a Execução ter sido ajuizada apenas poucos dias antes do término do prazo de prescrição não justifica, por si só, o reconhecimento da prescrição. IV. Agravo Regimental improvido”.

Em seguida, julgados como o REsp. 1.282.955/RS (2. T. rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 19/02/2013) e Ag. Reg. no Agr. no REsp 648.485/SC (2. T., rel. Min. Assusete Magalhães, j. 20/08/2015) fundamentaram suas decisões no REsp 1.120.295/SP, no CTN (agora considerado incompleto) e aplicaram o § 1º do art. 219 do CPC, de maneira incompleta, posto que não mencionaram o § 4º do mesmo artigo da legislação ordinária (2. T. Agr. Reg. no Agr. no REsp. 648.485/SC).

1.4 Síntese parcial: O descompasso da jurisprudência do STJ em matéria de prescrição do crédito tributário

Os diversos julgados do STJ citados no item anterior indicam os recorrentes recursos especiais em matéria de prescrição do crédito tributário, o que corrobora a assertiva de conflito diante dos diversos textos legais que regem a matéria. Por algum tempo, as dúvidas foram sobre a aplicabilidade da Lei de Execuções Fiscais, uma lei ordinária, para as cobranças tributárias. A Corte fixou jurisprudência de que ela tinha que ser compatibilizada com o CPC, notadamente o § 4º do art. 219 do CPC/1973 (1. Seção. Emb. de Div. no REsp. 34.851-SP). Esse comando impõe uma condição para que o ajuizamento da execução fiscal seja o marco interruptivo da prescrição: a citação precisa ocorrer em até cem dias do despacho que a determina. Caso essa condição não seja cumprida, apenas a citação interromperá a prescrição.

Após o STJ ter fixado esse entendimento por suas turmas com competência para a matéria fiscal (2. T. Recurso Especial n. 502.438/SP), o Congresso Nacional alterou o CTN, elevando à categoria de lei complementar a regra que estava na LEF, fazendo com que a interrupção da prescrição seja considerada no dia em que o juiz ordenasse a citação.

O REsp 1.120.295/SP, contudo, criou nova regra, ao não mencionar a condição prevista pelo legislador. É dizer: ao referir-se ao § 1º do art. 219 do CPC/1973, sem indicar a condição para sua aplicação – é dizer, omitindo o § 4º do mesmo artigo –, o STJ criou *direito novo*.

Menos de um ano após essa decisão, suas bases foram fragilizadas pela Corte Especial do próprio STJ. Enquanto a 1ª Seção havia firmado a *incoerência* do CTN, afastando-o da matéria tributária, a Corte Especial firmou entendimento de que somente a lei complementar, isto é, o próprio CTN, poderia reger a prescrição tributária (Agr. de Instr. no Agr. no REsp. 1.037.765/SP).

Sendo o mais direto possível: a legislação processual civil aponta que (1) a interrupção da prescrição se dá com o ajuizamento da ação, desde que a citação ocorra no prazo fixado pelo legislador, ou (2) com a própria citação, se tal prazo não for cumprido; a legislação tributária estipula que a interrupção da prescrição fiscal ocorrerá com o despacho do juiz que determina a prescrição. A jurisprudência do STJ, contudo, determinou que a interrupção da prescrição tributária ocorrerá com o ajuizamento da ação, sendo absolutamente silente em relação à condição legalmente estabelecida.

Com essa jurisprudência, o STJ laborou sem suporte hermenêutico pois, como dito com proficiência por Eros Roberto Grau (2013, p. 84): “não se interpreta o direito em tiras”. A tradição brasileira é a interpretação sistemática, o que foi superado pela Corte, inclusive a despeito do quanto estabelecido constitucionalmente (art. 146, III, *b*).

Essencial indicar, também, que a submissão do citado julgado ao regime dos recursos repetitivos, disciplinados pelo artigo 543-C do CPC/1973 conferiu-lhe função de *norma geral e abstrata*, como se lei fosse. De fato, os julgados apontam para a, em realidade, *não aplicação da legislação*, o que é um problema a ser enfrentado pelo positivismo jurídico e, particularmente, por seu maior expoente, Hans Kelsen, na sua principal obra, conforme exposto na introdução a este estudo. Senão vejamos.

2 AS LIMITAÇÕES DA *TEORIA PURA DO DIREITO* PERANTE A CRISE DO DIREITO TRIBUTÁRIO ATUAL

Hans Kelsen construiu sua festejada *teoria pura do direito* afastando todos os elementos que não fossem estritamente jurídicos de sua análise, a fim de permitir uma ciência rigorosa, como deixou claro no início de seu trabalho: “De um lado inteiramente acrítico, a jurisprudência [ciência jurídica, anotamos] tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política” (KELSEN, 1985, p. 1). Os objetivos de Kelsen eram nobres:

Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto. (KELSEN, 1985, p. 5)

Para atingir seu mister, Kelsen (1985, p. 5) explorou com percuciência o conceito de norma jurídica, cuja definição foi assim veiculada: “‘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”. A ligação entre o direito e a ciência que o explica é justamente a norma: “Apreender algo juridicamente não pode, porém, significar senão apreender algo como Direito, o que quer dizer: como norma ou conteúdo de uma norma jurídica, como determinado através de uma norma jurídica” (KELSEN, 1985, p. 77). Assim, o direito é expresso por normas que veiculam os comandos *obrigatório*, *proibido* ou *permitido*, cabendo à ciência jurídica descrever tais normas.

Outro aspecto essencial no positivismo jurídico kelseniano, muito bem compreendido e explicado, é a construção escalonada do direito, o que significa dizer, no ambiente positivista, a construção escalonada de normas. Como o mestre de Viena apresentou, não é o conteúdo de uma norma que lhe confere validade, posto que isso redundaria na confusão da norma jurídica com a norma moral, entre o direito e a ética, o que contrariaria frontalmente seus pressupostos. O que importa é a verificação de que a norma inferior foi estabelecida de acordo com a norma superior. A *pedra de toque* de sua construção escalonada, em que uma norma retira sua validade de outra norma anterior e hierarquicamente superior, está na ideia de uma *norma fundamental*: “Um tal pressuposto, fundante da validade objetiva, será designado aqui por norma fundamental (*Grundnorm*)” (KELSEN, 1985, p. 9). Sobre a escala de produção normativa, em que uma norma retira sua validade de outra norma que se seja superior e anterior, chegando até a norma fundamental, ensinou:

O sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico. Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela via de um raciocínio lógico do conteúdo de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada de uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito. Não há qualquer conduta humana que, como tal, por força do seu conteúdo, esteja excluída de ser conteúdo de uma norma jurídica. A validade desta não pode ser negada pelo fato de o seu conteúdo contrariar o conteúdo de uma outra norma que não pertença à ordem jurídica cuja norma fundamental é o fundamento de validade da norma em questão. (KELSEN, 1985, p. 210).

A atuação do Poder Judiciário é incluída nesse ambiente normativo. Em linhas gerais, cabe às casas legislativas baixar normas gerais e abstratas, enquanto ao Poder Judiciário cabe a função de proferir normas individuais e concretas: “O ato através do qual é posta a norma individual da decisão judicial é – como já foi notado – quase sempre predeterminado por normas gerais, tanto do direito formal como do direito material”, aduziu Kelsen (1985, p. 260). A exceção, o “quase sempre” da assertiva, ocorre quando o ordenamento jurídico confere aos tribunais o poder para decidir com autonomia, com liberdade de atuação, o que acontece na hipótese de ausência de norma geral e abstrata, e apenas para o caso concreto. Confira-se:

Mas também é possível que a ordem jurídica confira ao tribunal o poder de, no caso de não poder determinar qualquer norma jurídica geral que imponha ao demandado ou acusado o dever cuja violação o demandante privado ou o acusador público alegam, não rejeitar a demanda ou não absolver o acusado mas, no caso de ter por injusta ou não equitativa, quer dizer, como não satisfatória, a ausência de uma tal norma geral, dar provimento à demanda ou condenar o acusado. 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. Costuma-se dizer que o tribunal tem competência para exercer a função de legislador. Isto não é completamente exato quando por legislação se entende 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. (KELSEN, 1985, p. 261-262).

Observe-se que o primeiro pressuposto para referida liberdade de atuação do Poder Judiciário para decidir o caso concreto é a ausência de norma geral e abstrata. Temos, então, dois pressupostos para a exceção: haver autorização no sistema e que não exista norma geral e abstrata a ser aplicada, é dizer, haver uma lacuna no direito posto. Há, nesse sentido, um pressuposto positivo (autorização para o agir) e outro negativo (ausência de norma geral e abstrata para como decidir tal caso concreto; lacuna normativa). Todavia, o mestre de Viena já começa a demonstrar sua dificuldade com a atuação dinâmica do Poder Judiciário quando apresenta o pressuposto de as Cortes terem como *injusto* ou *insatisfatório* a ausência de norma geral e abstrata posto previamente pelo legislador. Ora, o caráter de justiça ou de injustiça, de satisfação ou insatisfação com a atuação do legislador se inserem nos domínios rechaçados pelo jus-filósofo, a saber: a ética e a política.

Daí se vê que a teoria *pura* do direito começa a demonstrar fragilidade.

Outro aspecto apresentado por Kelsen na sua exceção é a redução da solução (norma judicial) às partes do processo. Esse argumento não vale mais no Brasil, o que fica evidente com a Emenda Constitucional n. 45/2004, que conferiu “eficácia contra todos e efeito vinculante” às “decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade” (CF, art. 102, par. 2º.), bem como com o Código de Processo Civil de 2015, que conferiu eficácia *erga omnes* a grande gama de decisões judiciais (principalmente via artigos 485, 926 e 927). Todavia, a necessidade de autorização do sistema jurídico para a criação de direito novo pelo Poder Judiciário não ocorreu até agora, considerando que a Constituição Federal manteve inalterado o princípio da legalidade geral (art. 5º, II) e tributária (art. 150, I).

Devemos, pois, investigar um pouco mais o pensamento kelseniano a fim de verificar como o positivismo jurídico explica o afastamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, do quanto legislado a respeito da interrupção da prescrição em matéria tributária.

2.1 Decisões judiciais “ilegais” para Kelsen

Atualmente, temos consolidada entre nós a noção de decisões legislativas que contrariem a Constituição, esperando a sociedade, particularmente os operadores do direito, que tais leis e atos normativos sejam declaradas inconstitucionais e retiradas do sistema jurídico. Contudo, o objeto de nossa atenção aqui são as decisões judiciais, notadamente dadas pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça e mantidas pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, que contrariem a ordem jurídica posta legislativamente. Como o positivismo jurídico kelseniano lida com elas? A resposta é apresentada em item próprio, também no capítulo sobre a dinâmica jurídica: “A decisão judicial ‘ilegal’”, quando Kelsen abordou o conflito entre normas de diferentes escalões conflitantes entre si. Suas colocações, entretanto, não nos convenceram. Vejamos como a maior autoridade do positivismo jurídico explicou tais decisões. Em suas palavras:

Como a ordem jurídica apresenta uma construção escalonada de normas supra e infra ordenadas umas às outras, e como uma norma só pertence a uma determinada ordem jurídica porque e na medida em que se harmoniza com a norma superior que define a sua criação, surge o problema de um possível conflito entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior, isto é, a questão: *quid juris*, se uma norma não está em harmonia com a norma que determina a sua produção, especialmente se não corresponde à norma que preestabelece o seu conteúdo? Um tal conflito parece apresentar-se quando se tomam ao pé da letra certas expressões que são usuais na jurisprudência [doutrina, esclarecemos] tradicional. Com efeito, esta fala de decisões jurisdicionais “ilegais” e de leis “anticonstitucionais” e, assim, dá a impressão de ser possível algo como uma norma contrária às normas em geral e uma norma jurídica antijurídica em especial. Sim, o próprio Direito parece contar com direito antijurídico e confirmar a sua existência pelo fato de tomar muitas disposições que se considerem ter como fim a anulação de direito antijurídico. Se, porém, existisse tal coisa como um direito antijurídico, desapareceria a unidade do sistema de normas que se exprime no conceito de ordem jurídica (ordem do Direito). Mas uma “norma contrária às normas” é uma contradição nos termos; e uma norma jurídica da qual se pudesse afirmar que ela não corresponde à norma que preside à sua criação não poderia ser considerada como norma jurídica válida – seria nula, o que quer dizer que nem sequer seria uma norma jurídica. O que é nulo não pode ser anulado (destruído) pela via do Direito. Anular uma norma não pode significar anular o ato de que a norma é o sentido. Algo que de fato aconteceu não pode ser transformado em não-acontecido. Anular uma norma significa, portanto, retirar um ato, que tem por sentido subjetivo uma norma, o sentido objetivo de uma norma. E isso significa pôr termo à validade desta norma através de outra norma. Se a ordem jurídica, por qualquer motivo, anula uma norma, tem de – como o mostrará a análise subsequente – considerar esta norma primeiramente como norma jurídica objetivamente válida, isto é, como norma jurídica conforme ao Direito. (KELSEN, 1985, p. 283-284).

A partir daí, Kelsen passa a descrever a competência para a análise de tal situação, bem como sobre a questão de a decisão judicial “ilegal” ser anulável, e não nula. Esse aspecto é irrelevante para o presente estudo.

Em seguida, entra no ponto nefrálgico para o que estamos investigando, o que parece ser um verdadeiro paradoxo. Senão vejamos:

[...] Mas se o processo em que uma decisão judicial pode ser atacada tem um termo, se há um tribunal de última instância cuja decisão já não pode ser atacada, se existe uma decisão com força de caso julgado, então a “juridicidade” (legalidade) desta decisão já não mais pode ser posta em questão. O que significa, porém, o fato de a ordem jurídica conferir força de caso julgado à decisão de última instância? Significa que, mesmo que esteja em vigor uma norma geral que deve ser aplicada pelo tribunal e que predetermina o conteúdo de norma individual a produzir pela decisão judicial, **pode entrar em vigor uma norma individual criada pelo tribunal de última instância cujo conteúdo não corresponda a esta norma geral. O fato de a ordem jurídica conferir força de caso julgado a uma decisão judicial de última instância significa que está em vigor não só uma norma geral que predetermina o conteúdo da decisão judicial, mas também uma norma geral segundo a qual o tribunal pode, ele próprio, determinar o conteúdo da norma individual que há de produzir. Estas duas normas formam uma unidade. Tanto assim que o tribunal de última instância tem poder para criar, quer uma norma jurídica individual cujo conteúdo se encontre predeterminado numa norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, quer uma norma jurídica individual cujo conteúdo não se ache deste jeito predeterminado mas que vai ser fixado pelo próprio tribunal de última instância.** [...] Mas tanto a validade provisória de uma como a validade definitiva da outra se **baseiam sobre a ordem jurídica, ou seja, sobre uma norma geral preexistente, anterior à sua criação, que, quando determina o conteúdo das normas jurídicas individuais, o faz no sentido da alternativa referida.** Uma decisão judicial não pode – enquanto for válida – ser contrária ao Direito (ilegal). **Não se pode, portanto, falar de um conflito entre a norma individual criada por decisão judicial e a norma geral a aplicar pelo tribunal, criada por via legislativa ou consuetudinária.** [...]

Por aí se mostra, em todo caso, que a possibilidade de predeterminar as normas individuais que não de ser produzidas pelos tribunais através de normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária é **consideravelmente limitada.** Porém, este fato não justifica a concepção acima referida segundo a qual, antes da decisão judicial, não haveria Direito algum, a ideia de que todo Direito é Direito dos tribunais, de que não haveria sequer normas jurídicas gerais mas apenas normas jurídicas individuais. (KELSEN, 1985, p. 285-287. Destacamos).

Então, uma decisão judicial nunca pode ser “ilegal”, nos termos de Kelsen. Uma decisão que não encontre seu fundamento de validade em uma norma geral e abstrata que lhe seja superior significa que havia uma exceção em tal norma, que não era clara e evidente anteriormente, devendo ser compatibilizada com o sistema. Assim, ou identificamos que a norma fundamental não é propriamente “cumpra-se a Constituição”, podendo ser ‘cumpra-se a Constituição, exceto se o tribunal de última instância decidir contrariamente’; ou cada norma constitucional traz ínsita em si um comando semelhante, do tipo ‘exceto se um tribunal de última instância decidir de maneira diversa’.

Nenhuma dessas duas opções nos é facilmente aceita, gerando o paradoxo: não é possível conciliar uma norma geral e abstrata, posta legislativamente (ou consuetudinariamente, facilmente localizável nos países que adotam o *Common Law* como sistema jurídico), com sua não aplicação judicialmente. A norma fundamental não possui uma regra geral que lhe excepciona o conteúdo, assim como não há uma exceção implícita em toda norma jurídica que autorize os tribunais a não as aplicar.

Nesse sentido, é preferível afirmar que existam decisões judiciais ilegais.

Porém, o problema em serem aceitas as decisões judiciais ilegais, é dizer, que contrariem as normas gerais e abstratas anteriormente postas; e, considerando que as próprias decisões judiciais são *normas jurídicas*, temos a um só tempo, dentro do sistema jurídico, normas que

cumprem as normas gerais e abstratas anteriores e superiores a elas e normas que não as cumprem, *todas elas convivendo harmoniosamente dentro do sistema*. Entretanto, como identificar o sistema de conhecimento que compreende e explica quando os julgadores não aplicam as normas gerais e abstratas claras o suficiente para não haver dúvida, sendo que essas normas judiciais conviverão lado a lado com aquelas que aplicam as normas gerais e abstratas? É evidente que poderíamos restaurar a distinção entre *ser* e *dever ser*, afirmando que o *dever ser* (os tribunais devem decidir conforme as normas gerais e abstratas previamente postas no sistema) não leva ao *ser* (os tribunais aplicam as normas gerais e abstratas postas no sistema). O problema ganha complexidade quando temos uma norma geral e abstrata posta legislativamente e outra norma geral e abstrata posta judicialmente, cujo comando não corresponde à primeira e temos que afirmar que o positivismo jurídico deve *conciliar* ambas as normas opostas.

Trazendo a análise para as mudanças na jurisprudência do STJ sobre prescrição tributária, teríamos que afiançar que a interrupção da prescrição se dá (a) pelo despacho do juiz determinando a citação, para a legislação; e, (b) pelo ajuizamento da execução fiscal, para a jurisprudência. O “sistema” jurídico teria que conviver com esses dois comandos desarmônicos, que regulam um marco simples de forma assistemática.

O problema, na verdade, é a insuficiência do positivismo jurídico kelseniano, a exigir sua ruptura, o que significa a abertura para o conhecimento multidisciplinar. Nesse contexto, a sociologia jurídica de Eugen Ehrlich pode ser útil para compreender o problema posto.

3 NECESSIDADE DE ABERTURA COGNITIVA

O problema descrito no item precedente pode ser apresentado como a insuficiência atual da *Teoria Pura do Direito* de H. Kelsen. Há várias possibilidades hermenêuticas, como aponta, com proficiência, Tercio Sampaio Ferraz Junior (2019, p. xii) e os “quatro fenômenos correntes em nossos dias” apontados por Teubner (“forte expansão atual do direito dos juízes”; “um novo retorno do direito natural”; “movimentos populares de protesto”; “a transformação no *status* dos diversos tipos de constituição”)

Quando o Poder Judiciário aplica a legislação, ainda que esta seja injusta, antiética ou imoral, ele transfere todos os ônus da decisão para o legislador. Essa prática encontra fundamento hermenêutico no *positivismo jurídico*, a teoria do direito que o separa radicalmente de realidades que devam ser procuradas e explicadas por outros profissionais, que não os cientistas do direito. Entretanto, quando os julgadores se afastam do direito posto, o cientista do direito não tem elementos para reconhecer o ocorrido. Surge a possibilidade, então, do levantamento de todo tipo de *preconceitos*, conforme exposto pelo jurista português José Hermano Saraiva (2009, p. 317):

A função dos conceitos e dos princípios gerais como elemento de integração e de referência do juízo é, aliás, tão indispensável que quando, por qualquer motivo (e esses motivos podem ser muitos), os conceitos deixem de estar presentes no espírito do julgador, o vácuo resultante é logo preenchido pelos preconceitos. E é uma sub-rogação perniciosa, porque, se aos conceitos podemos nós conhecer e deduzir, os preconceitos escapam a toda a possibilidade de determinação.

Há aquela “desorientação na teoria jurídica tradicional” indicada por Tercio Ferraz Junior (2019, p. xvi). Um dos caminhos para a reorientação pode ser a abertura para o conhecimento multidisciplinar, hipótese em que a sociologia jurídica de Eugen Ehrlich pode ser útil para compreender o problema posto. Isso porque, em nosso ponto de vista, a ciência do direito precisa ter elementos para explicar quando um tribunal, como o STJ, evita aplicar um conceito (como, no caso, o que fixa que *há uma condição para a antecipação da interrupção da prescrição para o ajuizamento da ação: que a citação ocorra dentro do prazo fixado pelo legislador*). Não basta, para um cientista, os preconceitos (os julgadores são *pró-fisco*; ou eles querem privilegiar as

administrações tributárias, retirando-lhes ônus, por exemplo). Há que se ajustar a ciência para que ela passe a responder os questionamentos atuais.

Um indício para encontrar um caminho para entender a não aplicação da lei pelo Poder Judiciário nos foi dado pelo juiz norte-americano Richard A. Posner (2010, p. 2):

Eu sinto certo constrangimento em falar a respeito de juízes, especialmente juízes de segundo grau (minha principal referência), porque eu sou um deles. Biógrafos são mais confiáveis do que autobiógrafos, e gatos não são consultados nos princípios da psicologia felina. Ao mesmo tempo, eu sou atingido por quão irrealistas são as concepções quanto aos juízes mantidas pela maioria das pessoas, incluindo advogados praticantes e eminentes professores universitários, que nunca foram juízes – e mesmo por alguns juízes. Esse irrealismo é devido a uma variedade de coisas, incluindo diferentes perspectivas de diferentes ramos das profissões jurídicas – incluindo também uma certa carga de imaginação. Isto é, também, devido ao fato de que a maioria dos juízes são cautelosos, ou mesmo tímidos, em discutir o que eles fazem. Eles tendem a repetir mecanicamente o discurso oficial a respeito do processo judicial (quão regrado ele é) e, costumeiramente, acreditam nisso, apesar de ele não descrever a prática verdadeira. Há, ainda, o senso de que julgar é realmente uma profissão diferente de praticar ou ensinar o direito e se você não é um deles você não consegue entender isso. Eu me lembro que, quando fui apontado para o tribunal, um juiz de outra corte, que era meu conhecido, me deu boas vindas “ao clube”. Este livro abre um pouco as cortinas.⁷

Se um tribunal pode ser comparado, por seus membros, a um clube, isto significa dizer que seus juízes podem criar as regras próprias que irão aplicar. Dito de outro modo: se nas democracias constitucionais, como a brasileira, a regra geral e abstrata é criada pelo legislador e aplicada, como regra individual e concreta, pelo administrador e pelo julgador, em um clube as regras são criadas e aplicadas pelos seus próprios membros. Para o direito norte-americano, cuja origem é o *common law* inglês, a assertiva pode chocar menos do que no direito brasileiro, todo ele de origem no *civil law*, o direito continental europeu.

É essa a hipótese que é apresentada neste estudo: os ministros do Superior Tribunal de Justiça estão agindo como membros de um clube. E, como tal, no tema escolhido para análise, significa dizer que os membros da Corte estão evitando aplicar, integralmente, a legislação. A regra atual do clube é *evite-se o reconhecimento da prescrição em matéria tributária*; ou, de forma menos genérica, *a regra de que a citação deva ocorrer no prazo fixado pelo legislador não se aplica às execuções fiscais*. A hipótese é uma dedução da jurisprudência citada, como dito.

O próximo passo precisa ser a identificação de alguma doutrina que dê suporte à hipótese aventada. E, para nós, ela foi encontrada na Sociologia Jurídica de Eugen Ehrlich, fortemente criticada por Hans Kelsen. Contrapor Kelsen a Ehrlich pode ser interessante porque eles foram contemporâneos, circunstância que reforça a comparação entre eles.

⁷Tradução livre, nossa. No original consta: “I feel a certain awkwardness in talking about judges, especially appellate judges (my main concern), because I am one. Biographies are more reliable than autobiographies, and cats are not consulted on the principles of feline psychology. At the same time, I am struck by how unrealistic are the conceptions of the judge held by most people, including *practicing lawyers and eminent* law professor, who have never been judges – and even by some judges. This unrealism is due to a variety of things, including the different perspectives of the different branches of the legal profession – including also a *certain want of imagination*. It is also due to the fact that most judges are cagey, even coy, in discussing what they do. They tend to parrot an official line about the judicial process (how rule-bound it is), and often to believe it, though it does not describe their actual practices. There is also the sense that judging really is a different profession from practicing or teaching law, and if you’re not in it you can’t understand it. I remember when I was appointed receiving a note from a court of appeals judge in another circuit with whom I was acquainted, welcoming me to ‘the club’. This book parts the curtains a bit”.

Se podemos considerar que Kelsen deu suporte às decisões do STJ em matéria de prescrição tributária de 1989 a 2009, sustenta-se que Ehrlich expôs um caminho que pode explicar o que está acontecendo desde 2010 naquela Corte. Senão vejamos.

4 INTRODUÇÃO À SOCIOLOGIA DO DIREITO DE EUGEN EHRLICH

O conhecimento jurídico científico foi significativamente fortalecido a partir do século XIX, com a crescente consolidação do direito positivo (declaradamente estatal) sobre o direito natural (que possuía forte componente social), notadamente pela obra de Friedrich von Savigny, que mencionava três fontes do direito: o direito popular, o direito científico e o direito legislado⁸. Conforme será exposto neste item, Eugen Ehrlich (2017) laborou sobre essa tríade que se encontrava na obra de Savigny, sendo que o primeiro deles, o direito popular, caiu em desuso posteriormente, mas pode ser identificado por registros aos *usos e costumes*.

Ao longo do século XX, o positivismo jurídico passou a considerar que a ciência do direito é feita sobre a norma jurídica, fruto do saber científico, baseado nas decisões dos legisladores, dos juízes e das autoridades administrativas competentes para tal. Cada uma dessas autoridades atua em centros de referências distintos, dados por cada competência conferida constitucionalmente, cuja validade funcionará dentro de referências espaciais e temporais (válido para um país e em um momento específico), nos termos como apresentado no item precedente.

Destacamos, como se verá adiante, que Ehrlich expos o caráter *prático* da ciência jurídica (dogmática), cuja função passa a ser a de “estabelecer os termos para a tomada de decisões futuras em casos concretos de aplicação do direito, prometendo segurança jurídica” (KONZEN; BORDINI, 2019, p. 308), ou seja, veiculando a possibilidade de certeza e previsibilidade no universo do direito. Essa visão da ciência do direito é claramente positivista e dominante, em Direito Tributário (como visto no item I.2, acima) nos dias que correm, mas insuficiente, como mencionado no item II, acima (já que as citadas decisões do STJ não são explicáveis pelo positivismo kelseniano).

Eugen Ehrlich, contudo, não aderiu ao modelo positivista. Em 1913, lançou seus *Fundamentos da sociologia do direito*⁹, em que criticou a ciência jurídica de seu tempo e explorou uma nova área do conhecimento, denominada *sociologia do direito*, que seria uma “parte integrante da sociologia”, resgatando o direito que não está nas fontes positivadas, mas na sociedade.¹⁰ O aparentemente singelo prefácio do livro já aponta seu potente objetivo:

Costuma ser dito que um livro precisa ser escrito de forma que seu conteúdo possa ser resumido em uma simples sentença. Se o presente volume precisasse ser submetido a esse teste, a sentença poderia ser a seguinte: Assim no presente como em qualquer outro tempo, o centro de gravidade do desenvolvimento do direito não está na legislação, nem na dogmática jurídica ou na decisão judicial, mas na própria sociedade. Esta sentença, talvez, contenha a substância de todo esforço

⁸ Veja-se a esclarecedora síntese feita por Norberto Bobbio: “Para Savigny, as fontes do direito são substancialmente três: o direito popular, o direito científico, o direito legislado. O primeiro é próprio das sociedades na sua formação; o segundo das sociedades mais maduras; o terceiro das sociedades em decadência. Ele sustentava, portanto, que o único modo de reverter o plano inclinado da decadência jurídica era promover um direito científico mais vigoroso, através do trabalho dos juristas, enquanto o mais certo efeito da codificação seria o de tornar ainda mais grave a crise da ciência jurídica na Alemanha.” (BOBBIO, 1995, p. 62).

⁹ Há uma recente publicação em inglês: *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, de 2017.

¹⁰ Miguel Reale apresentou diversos aspectos da sociologia do direito, inclusive com menções a Ehrlich, no contexto da *Livre Pesquisa do Direito*. Cf. REALE, 1996, p. 92, 429 e 432. Veja-se, também, MACHADO NETO, 1974, p. 122. Para aprofundamento no tema – o que vai além dos objetivos deste artigo, centrado na jurisprudência do STJ a respeito da prescrição do crédito tributário, indicamos KAUFMANN, 2002, p. 174-178, bem como BULLESBACH, 2002, p. 482-509. Este último não se refere a Ehrlich, mas explora de maneira interessante e profunda as investigações sociológicas do direito.

em formular os princípios fundamentais da sociologia do direito. (EHRlich, 2017, “Foreword”).¹¹

A assertiva de que o centro de gravidade do direito está na sociedade,¹² e não na legislação, doutrina ou jurisprudência pode ser útil para compreendermos o afastamento de relevantes decisões judiciais em matéria tributária do quanto estipulado, previamente, na Constituição, na legislação e na própria jurisprudência. A afirmação será por nós explicada, já que encerra uma circularidade (direito baseado na jurisprudência, sendo que a jurisprudência não aplica o *direito*). Mas deixemos muito claro um aspecto: nosso intuito não é aplicar as lições de Ehrlich. O que estamos fazendo é uma assertiva (o STJ não está aplicando a legislação, mas um *direito próprio*) que foi inspirada no sociólogo do direito.

Voltando ao trecho citado, se Ehrlich tratou do *centro de gravidade do desenvolvimento do direito*, é fato que esse centro gravitacional pode ter se deslocado ao longo do tempo. Afinal, o direito não é um dado natural, mas cultural, estando, por conseguinte, sujeito a mudanças de concepção. Contudo, se esse centro possa ter se deslocado, o contexto do conceito de *ciência jurídica* e em suas fontes terá que ser ajustado.

Explicando melhor, para que seja possível haver *ciência* no campo jurídico, para o positivismo, é imperioso que somente exista um paradigma científico, é dizer, que os profissionais dessa área concordem que o direito é posto por órgãos estatais (sendo irrelevante que eles possuam atribuições diferentes entre si) e que tenha apenas uma expressão (no caso, a norma jurídica). Em outras palavras, para haver ciência do direito é imprescindível haver monismo jurídico (KONZEN; BORDINI, 2019, p. 308).

Não era, entretanto, como pensava Eugen Ehrlich. Em seus *Fundamentos da sociologia do direito*, ele criticou a dogmática jurídica¹³, que reconstrói o direito estatal com sua própria linguagem, mas sem analisar suas verdadeiras origens, e possui, em sua visão, caráter prático, pois almeja basicamente indicar como os servidores administrativos e os juízes devem aplicar a legislação, a partir do método dedutivo. Assim, a dogmática jurídica reescreve o direito estatal e cria modelos gerais e abstratos para sua compreensão, enquanto os servidores da administração pública, bem como os juízes, irão preenchê-los com os dados concretos, aplicando a norma e

¹¹ Tradução livre, nossa. No original, consta: “It is often said that a book must be written in a manner that permits of summing up its content in a single sentence. If the present volume were to be subjected to this test, the sentence might be the following: At the present as well as at any other time, the center of gravity of legal development lies not in legislation, nor in juristic science, nor in judicial decision, but in society itself. This sentence, perhaps, contains the substance of every attempt to state the fundamental principles of the sociology of law”.

A parte central, na tradução de KONZEN e BORDINI (2019, p. 309), é a seguinte: “também em nossa época, como em todos os tempos, o fundamental no desenvolvimento do direito não está no ato de legislar nem na jurisprudência [ciência jurídica] ou na aplicação do direito, mas na própria sociedade”.

¹² François Rigaux, em linha com as aberturas propostas por Eugen Ehrlich, menciona outros atores da atualidade, como o direito canônico, as organizações desportivas, grandes instituições arbitrais comerciais, as sociedades transnacionais, dentre outras. Cf. RIGAU, 2003, p. 19. Entretanto, como referido autor explora o papel dos juízes na formação do direito, todo o livro é útil para uma abertura cognitiva pós-positivista (o que, mais uma vez registramos, não é o objeto deste artigo). Comprove-se com o subitem “A missão legislativa do juiz” (p. 322-327).

¹³ O livro de Eugen Ehrlich foi traduzido para o inglês por Walter L. Moll e publicado com o título *Fundamental Principles of the Sociology of Law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1936. Na primeira nota de rodapé, o tradutor indicou a dificuldade de traduzir duas palavras ou expressões usadas por Ehrlich: *Rechtswissenschaft* e *Rechtslehre*. A primeira foi considerada como designando a ciência teórica do direito, traduzida por *jurisprudence*; a segunda para designar a ciência prática do direito, cujo conteúdo ficaria mais claro no curso da obra. Para traduzir *Rechtswissenschaft* como *jurisprudence*, o tradutor se valeu de outra tradução de outra obra alemã, de Gareis (*Introduction to the Science of Law*, traduzida por Kocourek) que apresenta *jurisprudence* como, em português, *ciência do direito*, e não o sentido encontrável na doutrina francesa como *apresentação de casos*, ou seja, o sentido corriqueiro que se dá no Brasil para jurisprudência, é dizer, um conjunto de decisões judiciais.

KONZEN e BORDINI traduziram *Rechtswissenschaft* por *dogmática jurídica* e *Rechtslehre* como *ciência jurídica*. Seguiremos essa tradução. Entretanto, registramos não é incomum a ausência de distinção, também entre nós, dogmática e ciência jurídica, o que exige atenção do intérprete.

resolvendo o conflito posto à sua frente. Esses (servidores administrativos e magistrados) aplicarão a sanção e darão cumprimento ao previsto na norma jurídica, tudo a explicar e comprovar a visão prática apresentada pelos professores universitários.

Conforme exposto por Ehrlich, a dogmática jurídica é, por definição, redutora da realidade, pois existe um aspecto que ela não vislumbra (e, portanto, não estuda) que é o direito não estatal, o direito encontrável na sociedade, aquele em que pessoas partícipes de grupos sociais aderem não pelos ditames dos órgãos competentes do Estado, mas por fazerem parte do conjunto de regras do grupo à qual estão inseridas. Assim, tais pessoas agem de uma forma ou de outra não porque correm o risco de serem sancionadas por servidores públicos ou condenadas por juízes, mas porque estão interessadas em seguir as regras do grupo a que pertencem. Para Ehrlich, esse direito não estatal é objeto de uma busca por conhecimento mais genuíno, não reducionista, não prático (o que, no contexto da obra, significa ser mais elevado, superior ao conhecimento prático), alcançável por uma variedade de métodos e objeto de uma verdadeira ciência. Ela seria a ciência sociológica do direito ou Sociologia Jurídica.

A crítica à dogmática do direito positivo fica clara logo na primeira página de seu livro, quando Ehrlich aborda a duplicidade da ciência do direito (em teórica e prática). Confira-se:

Na dogmática do direito (*jurisprudence*), todavia, a distinção entre a ciência teórica do direito (*Rechtswissenschaft*) e a ciência prática do direito (*Rechtslehre*), por exemplo a ciência jurídica prática, é feita somente agora. Anteriormente, grande número daqueles que trabalham nessa área não estavam conscientes que isso era feito. Esta distinção, todavia, é a base de uma ciência do direito independente, cujo propósito não é subserviente a fins práticos, mas servir de conhecimento puro, que é concernente não às palavras, mas aos fatos. Essa mudança, então, que já ocorreu há muito nas ciências sociais, ocorre agora também na ciência à qual Anton Menger chamou de a mais atrasada de todas as ciências, “comparável a uma cidade remota das províncias, onde as modas descartadas da metrópole são apresentadas como novidades”. E isso não produzirá resultados estéreis. A nova ciência do direito trará muito esclarecimento sobre a natureza do direito e de instituições jurídicas que tem até agora sido negado a nós, e sem dúvida trará resultados que terão serventia prática. (EHRlich, 2017, p. 3-4).¹⁴

A dogmática jurídica é essa ciência prática, elaborada pelos professores universitários a partir das fontes estatais, que se contrapõe à *nova* ciência jurídica (estamos nos reportando a uma obra publicada no início do século XX), que é teórica e que se refere ao direito encontrável nos grupos sociais, não necessariamente coincidente com aquele que é posto pelos órgãos estatais competentes. Por isso a dogmática é concernente às palavras, por reescrever o que foi determinado pelos órgãos do Estado, enquanto a ciência jurídica teórica, que no final do livro é nomeada como sendo a *sociologia jurídica*, se refere aos fatos, é dizer, às ocorrências no mundo real, a grupos de pessoas (como família, partidos políticos, empresas etc.). Ehrlich sustentou, como citado, que a nova ciência teórica não daria resultados inúteis, estéreis, mas que também trarão resultados

¹⁴ Tradução livre, nossa. No original, conta: “In jurisprudence, however, the distinction between the theoretical science of law (*Rechtswissenschaft*) and the practical science of law (*Rechtslehre*), i.e. practical juristic science, is being made only just now, and, for the time being, the greater number of those that are working in this field are not aware that it is being made. This distinction, however, is the basis of an independent science of law, whose purpose is not to subserve practical ends but to serve pure knowledge, which is concerned not with words but with facts. This change, then, which has taken place long since in the natural sciences is taking place in jurisprudence also, in the science which Anton Menger has called the most backward of all sciences, “to be likened to an out-of-the-way town in the provinces, where the discarded fashions of the metropolis are being worn as novelties.” And it will not be barren of good results. The new science of law will bring about much enlightenment as to the nature of law and of legal institutions that has hitherto been withheld from us, and doubtless it will also yield results that are of practical usefulness.”

práticos. Se identificarmos, hoje, que os juízes formam *um grupo de pessoas*, que podem estar aplicando um *direito próprio*, a assertiva do sociólogo do direito será comprovada.

Ehrlich negava o caráter de *ciência* à dogmática jurídica. Explanando sobre a história do direito, cuja importância fora reduzida pelos dogmáticos, aduziu que o que estava apresentando “é ciência pura, talvez a única ciência do direito que existe” (EHRlich, p. 5)¹⁵ na sua época. Comparando a ciência do direito (dogmática) com outros saberes, como a medicina (logo nas primeiras linhas do seu trabalho), a física, a botânica etc., Ehrlich critica o caráter *prático* da dogmática:

É o trágico destino da dogmática jurídica que, apesar de no presente ser exclusivamente uma ciência prática do direito, é ao mesmo tempo a única ciência do direito existente. O resultado dessa situação é, como tendência, assunto e método, a única que a ciência jurídica pode oferecer. (EHRlich, 2017, p. 6.).¹⁶

Afirmando que os romanos dividiam a atividade do jurista em julgar, redigir documentos jurídicos e advogar, para Ehrlich existiria mais à disposição da atividade jurídica do que a dogmática poderia oferecer. Além da administração dos assuntos do Estado e da condução de assuntos privados, há uma frutífera área de atuação jurídica, por exemplo na agricultura, no comércio e na indústria, podendo-se adicionar a atuação nas casas legislativas, na política, no jornalismo. Em todas aquelas áreas (agricultura, comércio e indústria, por exemplo), relações jurídicas surgiram antes da existência do direito positivo, não captado pela dogmática da Europa Continental, mas que fazia parte do Direito Romano e do direito inglês, o que nos permite invocar, novamente, Richard Posner (2010, p. 2), citado no item anterior. O motivo, segundo Ehrlich, era que o estudo do direito passou a ser feito nas universidades, fundadas e mantidas pelo Estado, com o objetivo de formar juízes para quando eles fossem necessários (EHRlich, 2017, p. 8).¹⁷

Essa redução gerou um *desastre* metodológico na ciência jurídica, nas palavras de Ehrlich. A dogmática jurídica não conhece outro método científico do que criar modelos que serão aplicados pelos juízes. Esses irão buscar as proposições gerais, apresentadas pela ciência jurídica, e aplicá-las ao caso concreto em julgamento. O desastre apontado, assim, seria a redução da ciência do direito à exclusiva tarefa de formular regras em termos mais gerais possíveis, abstratamente, a serem aplicadas pelos juízes, pelo método dedutivo. Essa redução impede a ciência de buscar, na riqueza da realidade social apontada acima, novas dimensões para o direito, ainda não tratadas pelos legisladores (e, portanto, em impedimento à atuação dogmática e, ao final, do conhecimento dos próprios juízes, aduzimos). O uso exclusivo do método dedutivo impede a evolução do direito e faz com que a dogmática jurídica não seja uma verdadeira *ciência* (EHRlich, 2017, p. 9-10).¹⁸

¹⁵ Tradução livre, nossa. No original, conta: “The importance of legal history for legal science, however, rests not so much upon the fact that it is history as upon the fact that it is a pure science, perhaps the only science of law that is in existence today.”

¹⁶ Tradução livre, nossa. No original, conta: “It is the tragic fate of juristic science that, though at the present time it is an exclusively practical science of law, it is at the same time the only science of law in existence. The result of this situation is, as to tendency, subject matter, and method, only that which the practical science of law can give.”

¹⁷ “[...] The Romans divided the activity of the jurist into *respondere, agere, cavere*; which, being expressed in modern terminology, is: the activity of the judge, of the draftsman of legal documents, and of the attorney; and it seems that in the days of the Republic at least, research, literature and instruction were engaged in the service of each of these three activities. [...]. But the judge, the draftsman of legal documents, and the attorney are by no means the only representatives of professional juristic activity. In addition to the administration of the affairs of the state, the administration of private affairs is a fruitful sphere of juristic activity, e.g. agriculture, commerce, and industry. To these may be added participation in legislation, politics, journalism.

“The practical juristic science of the Continent is considerably poorer than that of the Romans and of the English. Since the reception of Roman law, it has made its abode exclusively at the universities, which, for the most part, were founded, and are being maintained, by the state, and to which, after the rise of a learned judiciary, the task of training the future judge for his calling has chiefly been assigned.”

¹⁸ “The most disastrous consequence of this state of affairs has been its effect on the method of juristic science. The first and foremost function of all research is to find a method adapted to its subject matter. The life of many a great

A sociologia jurídica que Ehrlich propôs ia no sentido inverso. Ela buscava o direito vivo, na sociedade, aplicando o método indutivo para seu conhecimento (KONZEN; BORDINI, 2019, p. 315)¹⁹. A exteriorização dessas duas áreas também se daria de forma distinta, para Ehrlich. O direito não estatal encontraria expressão através de *normas jurídicas de conduta*, enquanto o direito estatal seria expresso por *preceitos jurídicos*. Estes “consistem em instruções estruturadas em palavras escritas sobre como decidir casos concretos que são dirigidas aos tribunais ou às agências governamentais” (KONZEN; BORDINI, 2019, p. 317).

Apresentaremos uma síntese parcial, reduzindo a obra de Ehrlich ao quanto necessário para compreendermos como o conhecimento de seu trabalho pode ser útil para entendermos, em uma variação do ponto central (compreender se os ministros do STJ estão aplicando o direito legislado ou outro *direito*), que é o papel da doutrina atual. De fato, como exposto nos itens precedentes, fica claro que a dogmática jurídica dos dias que correm não é capaz de compreender as decisões em matéria tributária que não se coadunam com a legislação, como exposto. Para Eugen Ehrlich, o centro do direito não está na legislação, nem na ciência jurídica ou na decisão judicial, mas sim na sociedade, como dito. A dogmática jurídica reconstrói o direito estatal para sua aplicação por órgãos do Estado (servidores públicos e juízes), aplicando o método dedutivo. Ela não vê o direito que está na sociedade, cujos partícipes seguem regras não por serem estatais, mas por serem as regras do grupo social a que pertencem. A dogmática jurídica, que é prática, não é propriamente uma *ciência* porque é dedutiva.

A sociologia jurídica, por sua vez, está interessada no direito que é praticado na sociedade, utilizando vários métodos para conhecer seu objeto. Ela é teórica, científica e permitirá a outros operadores do direito que não apenas servidores públicos e juízes (advogados, por exemplo) conhecerem o direito não estatal, e explorá-lo como acontece no direito inglês. A dogmática jurídica, por sua vez, se exterioriza por preceitos jurídicos, enquanto a sociologia o faz por normas jurídicas de conduta.

Hans Kelsen apresentou forte crítica a Ehrlich, conforme exposto em seguida.

scholar has been spent in the endeavor to find a method. Once the method was found, the work could be carried on by inferior minds. Ultimately, even the analysis of the spectrum is nothing more than a method. With the sole exception of the general theory of the state (*Staatslehre*), which is already infused with a scientific spirit, the science of law knows no other method than that which has been developed by practical juristic science for the application of law by the judge. According to the prevailing conception of the judicial office, which arose in the sixteenth century, the judge must derive his decision of the individual case from the existing general propositions. Practical juristic science, which had been designed for the use of the judge, was to supply the judge with legal propositions, formulated in the most general terms possible, in order that the greatest possible number of decisions might be derived from them. It was to teach the judge how to apply the general propositions to the specific cases. The method therefore had to be a method of abstraction and deduction. With the exception of public law in the narrow sense, however, juristic science as a whole proceeds by abstraction and deduction just as if the human mind were incapable of any higher attainment than the creation of bloodless shapes that lose contact with the reality proportionately to the measure of abstractness that they attain. In this respect it is altogether different from true science, the prevailing method of which is inductive, and which seeks to increase the depth of our insight into the nature of things through observation and experience.

“Accordingly, juristic science has no scientific concept of law.”

¹⁹ “[...] Ele defendia uma ciência voltada ao propósito de compreender o funcionamento do direito na vida social, que desdenhasse de juízos sobre a utilidade prática imediata do conhecimento científico produzido (EHRlich, 1986, p. 9), a exemplo de seu eventual uso instrumental na resolução de conflitos por autoridades estatais.

“O objeto da sociologia do direito seria o que Ehrlich denominou de “direito vivo” (EHRlich, 1986, p. 384). Nessa concepção, o direito equivaleria às normas jurídicas de conduta, isto é, as regras que as pessoas efetivamente observam no cotidiano da convivência social. Para Ehrlich, muitas das relações humanas são determinadas por regras aceitas como vinculantes pelos integrantes das associações sociais e convertidas em ações efetivas no dia a dia. Para estudar o direito vivo, seria indispensável investigar a ordem interna dessas associações sociais. Caberia ao sociólogo do direito a tarefa de descobrir como funcionam as regras reconhecidas e seguidas como obrigatórias pelos membros de um determinado grupo social.”

5 O DEBATE EHRlich-KELSEN

Hans Kelsen foi de encontro à concepção de Eugen Ehrlich, já que seu intento, posteriormente bem definido na *Teoria Pura do Direito* (1985, p. 1) e por nós já mencionado (item II, *supra*), era retirar todas as interferências externas ao que, na sua visão, não seja próprio do fenômeno jurídico, o que exigiu a redução do direito ao que é posto pela autoridade competente e fundamenta o paradigma jurídico acima mencionado, que é o direito reduzido à norma jurídica.

Reduzindo a discussão à sua parte mais visível, Ehrlich e Kelsen posicionaram-se de maneira irremediavelmente diversa quanto às fontes do direito. Ambos queriam fazer *ciência*, mas um buscou resgatar o direito que via na sociedade, na relação entre os homens independentemente do quanto posto pelas autoridades estatais; o outro tomou uma postura radicalmente contrária, negando relevância científica ao que não fosse o direito nascido no Estado.

Conforme dito, os *Fundamentos da sociologia do direito* de Ehrlich foram lançados em 1913. Em 1915 foi publicada a crítica de Kelsen, intitulada *Uma fundamentação da sociologia do direito*, seguida de uma resposta (em 1916), uma réplica (1916), uma tréplica e um epílogo, ambos em 1917. Em sua contundente crítica, Kelsen (2019a, p. 779) chama de *desviante* a identificação de duas ciências jurídicas (uma prática e outra teórica), com objetos e métodos tão distintos. Do “ponto de vista geral do conhecimento científico, somente uma ou outra seja legítima e possível” (2019a, p. 777). A dogmática jurídica (indicada por Ehrlich como prática) trabalha sobre a redução do direito à norma jurídica posta pelo Estado, é a ciência do dever-ser, normativa e dedutiva do valor (como a ética e a lógica); enquanto a sociologia jurídica parte da realidade social, é baseada em regras do ser, compreendida indutivamente e explicada causalmente. Para Kelsen, como ciência da realidade, seria equiparável às ciências da natureza, apesar de ser social. Ela não é valorativa, pois atua em um universo em que não existe “o bom ou o mau, o certo ou o errado, a obrigação e a autorização, mas somente fatos indiferentes aos valores e ao seu nexos causal” (2019a, p. 778). A dogmática, como ciência valorativa, é “uma afirmação sobre um dever-ser, uma norma, uma obrigação ou autorização” (2019a, p. 779).

Kelsen admite a sociologia do direito (2019a, p. 779), podendo haver alguma “igualdade *terminológica*”, o que seria “outro problema”, mas nunca existirem duas ciências jurídicas, uma prática e outra teórica. Denuncia a ausência da distinção evidente entre valor e realidade na obra criticada; assim como a possibilidade de somente haver ciência com o método indutivo, que é a posição de Ehrlich.

O ponto mais importante, para o presente estudo, é a crítica à redução do universo dos aplicadores do direito aos juízes e às autoridades estatais: “[...] *É como se ele identificasse o contraste entre regra para a conduta dos órgãos estatais e regra para a conduta de todos os homens com o contraste entre o teórico (científico) e o prático, isto é, o contraste entre o causal e o normativo, entre ser e dever-ser!*” (KELSEN, 2019a, p. 781-782).²⁰ Apesar da assertiva

²⁰ “Ao se analisar mais de perto o contraste que Ehrlich procura estabelecer entre a sua nova sociologia “teórica” do direito e a jurisprudência “prática” como desenvolvida até agora, percebe-se que isso não tem um significado de princípio de qualquer espécie, e que, pelo contrário, não pode ser definido de modo algum como “contraste”. Até agora foram analisadas apenas as regras segundo as quais têm se conduzido uma determinada categoria de seres humanos: os juízes e as autoridades de outros órgãos estatais. A sociologia do direito, porém, investiga as regras segundo as quais têm agido *todos* os seres humanos. Assim, em ambos os casos, Ehrlich identifica, sem cerimônias, as regras da conduta efetiva com as regras da conduta devida. No fundo – se deveria pensar – a jurisprudência [ciência jurídica] até hoje seria também uma sociologia, não uma sociologia *geral*, mas uma sociologia *particular*, uma sociologia dos órgãos estatais e – se o Estado é identificado com seus órgãos – uma sociologia do *Estado*. O que é preciso, entretanto, é uma sociologia do *direito*, que possa enunciar as regras da conduta humana “universal”. [...]. A “conduta humana universal” deve evidentemente ser a expressão – muito inadequada – do fato de que o que deve ser estudado não é somente a conduta dos órgãos estatais. É simplesmente incompreensível, porém, se Ehrlich, com esta extensão de sua pesquisa para além dos órgãos estatais, pretende apresentar uma consideração *científica* (teórica) em oposição à consideração *prática* “orientada para os órgãos judiciais”. É como se ele identificasse o contraste entre regra para a conduta dos órgãos estatais e regra para a conduta de todos os homens com o contraste entre o teórico (científico) e o prático, isto

veemente, é ela que mais nos interessa, no presente momento, considerando que o oposto ao que era o corriqueiro – e poderia ser um ponto de afirmação entre os contedores – não se vê, sempre, no nosso ordenamento jurídico atual, como foi exposto acima. Dito de forma mais direta, Ehrlich e Kelsen estavam acordes no sentido de que os juízes aplicavam o direito estatal. Contudo, não souberam lidar quando isso não ocorresse.

A crítica de Kelsen nos parece procedente em vários aspectos. O primeiro deles diz respeito à distinção entre o que é teórico e o que é prático. Que a dogmática, para Ehrlich, é prática não resta dúvida. Contudo, se ela expõe o *dever-ser*, mas não o *ser*, aponta Kelsen, ela é ao mesmo tempo teórica. Assim também é *dever-ser* as regras dos grupos sociais (não estatais para Ehrlich), pois elas apresentam o que se espera que os membros de um determinado grupo façam.

O esquadrihar completo da crítica de Kelsen ao trabalho de Ehrlich vai além do necessário para os objetivos do presente estudo, cujo objetivo é apontar a existência de um direito atuante, em paralelo ao direito estatal, do qual se valem os julgadores quando não querem aplicar as regras jurídicas legisladas.

A discussão de ambos, farta no uso de palavras ofensivas a um e o outro, não nos interessa, nem mesmo aspectos outros da teoria do direito, da história do direito, do direito privado e outras pontuadas pelos contedores. Fixemo-nos nas considerações finais da *resposta* de Ehrlich (2019a, p. 824):

[...] O objeto da sociologia do direito não é a terminologia, mas antes a relação do direito com a sociedade. Em meu livro me ocupo de saber como o direito surge no ventre da sociedade; como na jurisprudência [ciência do direito, esclarecemos] e na legislação ele se condensa em preceitos jurídicos, e como isso repercute de volta na sociedade. Que Kelsen não tenha compreendido isso não me surpreende, pois interpretou de modo equivocado até mesmo o claríssimo Amira, que é claro como um cristal. Se, portanto, na crítica kelseniana não se fala praticamente em nada mais que de terminologia, isso já não concerne a mim, mas sim ao grande interesse que Kelsen demonstra pelas questões terminológicas, de todo situadas no marco de sua própria compreensão.

Para um tributarista brasileiro, não resta dúvida de que Kelsen foi o grande vencedor do embate, influenciando o direito continental europeu, a partir do qual irradiou sua visão para o Brasil²¹. Inclusive, de maneira inegavelmente contundente, o Direito Tributário é exemplo forte de positivismo jurídico. Entretanto, é notável que Kelsen não tenha visto a possibilidade de distinção entre o que o direito estatal determina, e vem a ser exposto pela dogmática, e o que os agentes do próprio Estado cumprem. Ehrlich, ao destacar tanto a aplicação do direito estatal e a dogmática que lhe *repete* o conteúdo, faz aflorar a questão que nos é essencial nesse momento: *o que acontece, e quem explica, quando os agentes do Estado (notadamente os magistrados) não aplicam o direito*

é, o contraste entre o causal e o normativo, entre ser e dever-ser! Se fosse correto que a jurisprudência dominante pesquisa as regras com base nas quais agem os órgãos estatais (e, portanto, devem agir no sentido de Ehrlich), então esta seria uma disciplina teórica e científica tanto quanto a sociologia do direito de Ehrlich, a qual pesquisa as regras segundo as quais agem não somente os tribunais, mas todos os homens, sobretudo considerando que estas “regras de conduta humana universal” não são de modo algum apenas regras do ser, mas também regras de dever-ser, isto é, *normas*. Tais “regras”, que ao mesmo tempo vêm definidas como uma “ordem” “que indica a cada membro pertencente a uma associação a sua posição, seus deveres e a sua supra ou subordinação na comunidade” (p. 18), portanto, são regras pensáveis em tudo e para tudo como prescrições de *dever-ser*; e isso quer dizer que nesta ordem são cumpridas “obrigações jurídicas”. Essas regras, cuja apresentação é uma tarefa da jurisprudência “científica” em oposição àquela “prática” e cuja determinação é a finalidade da sociologia “teórica” do direito, têm assim, ao mesmo tempo, um caráter *teórico e prático!*” (KELSEN, 2019a, p. 781-782).

²¹ A assertiva pode ser facilmente comprovada com o manuseio de alguns dos livros mais utilizados na área, em que Kelsen consta da bibliografia, mas não Ehrlich. Confira-se: DERZI, 2009; COELHO, 2012; CARRAZZA, 2005.

estatal? Nesse ponto, que é o centro do presente estudo, temos que reconhecer que Ehrlich pode ter apresentado mais elementos do que Kelsen.

Isso fica claro nos julgados citados, quando o STJ aplica um parágrafo de um artigo de lei, mas não sua condição, exposta em outro parágrafo do mesmo dispositivo legal. À vista do quanto foi exposto anteriormente, não é correto afirmar que o direito estatal, exposto pela doutrina, está norteando a conduta de juízes, o que infirma tanto a assertiva de Ehrlich quanto a de Kelsen de que a dogmática é uma ciência prática. É razoável pensarmos que a dogmática do início do século XX fosse prática, pois referidas autoridades acadêmicas (Ehrlich e Kelsen) não indicaram que os servidores públicos e os juízes deixavam de aplicar o direito estatal. Contudo, no Brasil do século XXI, tal assertiva é refutada pelos fatos. O exemplo exposto no item I deste trabalho, vindo do Direito Tributário deixa a hipótese muito concreta e evidente.

CONCLUSÃO

O direito tributário brasileiro passa por mudança significativa nos dias que correm, que levaram ao descolamento entre o que está legislado e é ensinado, e o que é aplicado por ministros do STJ. Para compreender essa alteração, a sociologia jurídica é um instrumento mais apropriado do que o positivismo jurídico.

Conforme exposto, registramos que a Constituição Federal determina que cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de prescrição do crédito tributário. O Código Tributário Nacional, que cumpre o desiderato constitucional, estipula, atualmente, que o despacho do juiz determinando a citação interrompe a prescrição. Doutrinadores de referência nacional repetem o que está no CTN como marco interruptivo da prescrição.

O Código de Processo Civil, tanto o de 1973, quanto o de 2015, normatiza a citação, estipulando que seus efeitos (como a interrupção da prescrição) retroagirão à data da propositura da ação, desde que a citação ocorra nos prazos ali fixados (cem dias pelo CPC/1973; dez dias pelo CPC/2015).

O STJ aplicou o CTN até 2010, quando passou a considerar somente o § 1º do art. 219 do CPC, omitindo a condição legal para sua aplicação, que está no § 4º do mesmo artigo 219 do CPC/1973, que é similar ao art. 240 do CPC/2015. Por isso, o STJ fixou o ajuizamento da execução fiscal como marco interruptivo da prescrição, quando, para ser coerente com o comando legal, deveria condicionar esse momento à ocorrência na citação nos cem dias (CPC/1973) ou dez dias (CPC/2015) após a ordem de citação.

É regra básica de hermenêutica a interpretação sistemática. O STJ, ao não considerar a condição para aplicar uma regra, se afastou do positivismo jurídico, fundamentando retoricamente. Cabe à comunidade jurídica, a partir dessa conclusão, identificar o que aconteceu.

Conforme exposto, a doutrina de Hans Kelsen, o maior expoente do positivismo jurídico, não oferece instrumental para compreender o que se passa no STJ. Isso porque a base da *teoria pura do direito* de Kelsen é o afastamento de todo conhecimento que não seja propriamente jurídico do direito, que é reduzido ao conjunto de normas jurídicas. Conforme expresso por ele, a norma deve ser purificada de aspectos psicológicos, sociológicos, éticos e políticos, para ser científica e espelhar apenas o conteúdo do direito.

O jus-filósofo explorou a formação escalonada das normas jurídicas, a partir da norma fundamental hipotética: *cumpra-se a Constituição*. A partir daí, os intérpretes e aplicadores do direito devem considerar apenas o que está na Constituição e nas leis do país, que dela decorrem. Na legislação são veiculadas as normas gerais e abstratas, cuja aplicação (por servidores públicos e juízes, por exemplo) cria normas individuais e concretas.

Todavia, quando Kelsen analisa as decisões judiciais individuais que contrariem as normas gerais e abstratas postas legislativamente ou pela via consuetudinária, esta representativa do sistema do *common law*, o mestre de Viena entendeu que ambas as normas, a que está de acordo

com o sistema e a que não está de acordo com o sistema, *convivem harmoniosamente* dentro do próprio ambiente jurídico. Ele aceitou tal situação ao fundamento de que as normas judiciais são individuais e concretas. Além dessa harmonização gerar uma antinomia, ela não explica a fundamentação da norma posta judicialmente que não possua fundamento legal em sistemas jurídicos de *civil law*, ainda mais quando as normas judiciais em referência passam a ser normas igualmente gerais e abstratas, e não apenas individuais e concretas, regendo a conduta e a decisão de servidores públicos e juízes.

No contexto de decisões judiciais que se desviam do positivismo jurídico, a obra de Eugen Ehrlich é de grande valia, principalmente quando ele destacava que os servidores públicos e os juízes aplicavam o direito estatal, o mesmo não acontecendo com toda a sociedade. O que motivava as condutas em diversos grupos não era o direito legislado, mas as regras do próprio grupo. O direito positivo não era, necessariamente, a medida para fazendeiros, empresários, jornalistas e diversas outras categorias, que formavam um *direito próprio*, o que nos foi inspirador. Ao apontar, insistentemente, que a dogmática jurídica repetia, com outras palavras, o direito estatal, único considerado por servidores públicos e juízes, Ehrlich criou o ambiente propício para que identifiquemos e provemos que há magistrados, na atualidade, em matéria tributária, que não aplicam, sempre, o direito conforme aprovado pelas Casas Legislativas, mas uma variação, um *direito* do próprio grupo. No STJ, esse *direito do grupo social* leva os julgadores a evitarem, desde 2010, o reconhecimento da prescrição em matéria tributária.

Não estamos sustentando, como se evidencia, que a sociologia jurídica de Ehrlich seja aplicada, posto que ele esperava que servidores públicos e juízes aplicassem o direito estatal, o que não ocorre no ambiente selecionado. O mérito de Ehrlich é inspirar a pesquisa em direitos de grupos sociais.

Como não se estuda a fundo a sociologia jurídica no Brasil, essa dimensão social do direito não é conhecível e nem é acessível aos demais operadores do direito, notadamente no Direito Tributário. Em outras palavras, como a dogmática jurídica tributária é fortemente positivista, ela não possui instrumentos que lhe permitam conhecer e descrever esse *direito do grupo social* mencionado, que é o aplicado nas decisões judiciais citadas ao longo deste estudo.

A partir da aceitação da realidade pelos doutrinadores, o reconhecimento do *ser* no direito, e não apenas do *dever ser*, a ampliação do foco de estudo do direito permitirá a compreensão dos mecanismos atuantes no referido *direito do grupo social* aqui exposto.

REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 12. ed. Rev., atual. e ampl. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BECHO, Renato Lopes. “A interrupção do prazo de prescrição pela citação na Lei Complementar nº 118/05”. In *Revista dialética de direito tributário*. São Paulo, n. 115 (abr. 2005), p. 108-115. BECHO, Renato Lopes. *Ativismo jurídico em processo tributário: crise, teoria dos precedentes e efeitos do afastamento da estrita legalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. 1. Seção. Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 34.851-SP, rel. Min. José de Jesus Filho. Por maioria. DJU 9/08/1996.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. 1. Seção. Recurso Especial n. 1.120.295-SP, Rel. Min. Luiz Fux. Un. J. 12/05/2010, *DJe* 21/05/2010.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. 1. T. Embargos de declaração nos embargos de declaração nos embargos de declaração no agravo regimental no recurso especial n. 971.630/RS, rel. Min. Luiz Fux. J. 20/04/2010, *DJe* 06/05/2010.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. 2. T. REsp. 1.282.955/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 19/02/2013.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. 2. T. Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial n. 648.485/SC, Rel. Ministra Assusete Magalhães. J. 20/08/2015, *DJe* 03/09/2015.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. 2. T. Recurso Especial n. 502.438/SP, rel. Min. Eliana Calmon. J. 06/11/2003, *DJU* 01/12/2003, p. 319.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Corte Especial. Agravo de Instrumento no Agravo no Recurso Especial n. 1.037.765/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki. J.02/03/2011, *DJe* 17/10/2011.

BULLESBACH, Alfred. “Ciência do direito e ciências sociais”. In *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. KAUFMANN, A., HASSEMER, W. (org.). Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 482-509.

BUNGE, Mario. *La ciencia. Su método y su filosofía*. 2. ed. Buenos Aires: Debolsillo, 2009.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 19. ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. 2. ed. rev. e atual. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2012.

DERZI, Misabel. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2009.

EHRlich, Eugen. *Fundamental Principles of the Sociology of Law*. Tradução de Walter L. Moll. Introdução de Roscoe Pound; nova introdução de Klaus A. Ziegert. New York: Routledge, 2017.

_____. “Resposta”. *Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, 2019a, p. 817-824.

_____. “Tréplica”. *Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, 2019b, p. 831-833.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 11. ed. rev. at. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6. ed. de *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2013. KAUFMANN, Arthur. “A problemática da filosofia do direito ao longo da história”. In *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*.

KAUFMANN, A., HASSEMER, W. (org.). Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 57- 208.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

_____. “Uma fundamentação para a sociologia do direito”. *Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, 2019a, p. 775-816.

_____. “Réplica”. *Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, 2019b, p. 825-830.

_____. “Epílogo”. *Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, 2019c, p. 834-835.

KONZEN, Lucas P.; BORDINI, Henrique S. “Sociologia do direito contra dogmática: revisitando o debate Ehrlich-Kelsen”. *Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, 2019, p. 303-334.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 32. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. v. 3. São Paulo: Atlas, 2005.

MACHADO NETO, A. L. *Sociologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1974.

MARQUES, Renata Elaine Silva Ricetti. *Curso de decadência e de prescrição no direito tributário: regras de direito e segurança jurídica*. 5. ed. rev. e at. São Paulo: Noeses, 2021.

POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge, Massachusetts (EUA) e London: Harvard University Press: 2010.

RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e prescrição no direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.

SARAIVA, José Hermano. *O que é o direito? A crise do direito e outros estudos jurídicos*. Lisboa: Gradiva, 2009.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011.