

Revista Jurídica

Volume 11 - 1995

FACULDADE DE DIREITO - PUCCAMP

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE CAMPINAS

GRÃO-CHANCELER

D. Gilberto Pereira Lopes

MAGNÍFICO REITOR

Prof. Gilberto Luiz Moraes Selber

VICE-REITOR PARA ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS

Prof. Alberto Martins

VICE-REITOR PARA ASSUNTOS ACADÊMICOS

Pe. José Benedito de Almeida David

DIRETOR DA FACULDADE DE DIREITO

Prof. Francisco Vicente Rossi

REVISTA JURÍDICA

CONSELHO EDITORIAL

Renan Severo Teixeira da Cunha
Heitor Regina
Jamil Miguel

Yara Maria Roque Balbo Pinto
Vera de Arruda Roza Cury
Jorge Luiz de Almeida
Agerson Tabosa Pinto

REVISTA JURÍDICA

Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas
Rua Marechal Deodoro, 1099 - Tel. 36-7001 - Caixa Postal 317
CEP 13020-904 - Campinas, SP

Revista Jurídica

ISSN 0103-5622

Revista Jurídica	Campinas	v. 11	p. 1-96	1995
------------------	----------	-------	---------	------

SUMÁRIO

Artigos

**O Princípio da Moralidade da Administração Fiscal
perante a nova Constituição e o Código Tributário
Nacional**

Agostinho Toffoli Tavoraro 5 - 20

O Princípio da Legalidade: alguns aspectos

Feliciano Silva 21 - 27

**Breve ensaio sobre o fenômeno volitivo nas pessoas
de Direito**

Alpheu Júlio 28 - 37

Aspectos da Linguagem Rural do Trabalho

Gerson Lacerda Pistori 38 - 41

Da Fraude Penal e da Fraude Civil

José Antônio Tibúrcio 42 - 54

Jurisprudência 55 - 73

Resenhas 74 - 95

I SEMINÁRIO NACIONAL DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS

O PRINCÍPIO DA MORALIDADE DA ADMINISTRAÇÃO FISCAL PERANTE A NOVA CONSTITUIÇÃO E O CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

Agostinho Toffoli TAVOLARO
PUCCAMP

1. INTRODUÇÃO

Quando mais outras virtudes possa não ter, a Constituição Federal de 1988 tem, ao menos, a de conduzir à reflexão o jurista que se volta ao reexame de colocações tidas como pacíficas, ou nele suscita a curiosidade por questões cuja resposta dava por assentes.

Tem o homem de leis, a observação quotidiana no-lo demonstra, o pendor de repudiar inovações, venerando o estável¹, comportamento este que lhe é ditado pelo comodismo de aceitar e acatar idéias de há muito postas e nele inculcadas desde os mais ternos e ternos dias até sua passagem pelos bancos universitários.

Na realidade, nada mais o preocupa e literalmente apavora que o surgimento de novas leis, mormente quando sejam estas de amplo espectro, quais os códigos ou de influência geral e indefinida, qual a Constituição.

Mesmo ao homem de leis no Brasil, que a isto deveria ter adquirido imunidade pela vacinação em doses maciças de novas leis que surgem diariamente, lançando-o em estado de confusão mental que somente a boa formação jurídica e a atenção aos princípios maiores ordenados na Lei Suprema conseguem reduzir, a repugnância a inovações legislativas é inerente, tanto mais que normalmente procedidas sem técnica nem precisão, com desprezo às boas regras de elaboração legislativa e, muitas vezes, com afronta direta aos ditames constitucionais.

Ao jurista, no entanto, cabe debruçar-se sobre os novos textos, buscando não sua aplicação imediata, mas os reflexos que trazem sobre a ordem jurídica estabelecida e que pretendem alterar e o que revelam de adequação e compatibilidade com os princípios gerais de direito que ditarão, em última análise, a ocorrência do fenômeno, não só brasileiro, mas universal, embora em nossas plagas tenha se alastrado como descontrolada epidemia, de leis que "pegam" e leis que "não pegam".

Nesse quadro, a questão que se nos apresenta à reflexão é suscitada pela necessidade de obediência ao princípio da moralidade pela Administração, princípio este que agora se alça à categoria de preceito constitucional.

2. A RELEVÂNCIA DA ANÁLISE

Suscitam a presente análise questões de direito interno e direito internacional.

De direito interno, quando se vê as pessoas jurídicas de direito público interno trocarem entre si, por convênio, ou mesmo sem ele, informações e dados sobre a atividade de contribuintes, com reflexos profundos na incidência e exigência de tributos; assim, ora é o Estado federado que passa à União as informações que colheu junto ao contribuinte, ora é a União que dá conhecimento a um Estado federado, de informações relativas ao contribuinte por ela junto a ele colhidas.

De se notar, ainda, a campanha publicitária que disfarçadamente se faz à época da entrega das declarações de rendimentos para fins de apuração do imposto de renda, quando coincidentemente são trazidos a público casos de imposição de pesadas multas e de outras penas a contribuintes.

Por derradeiro, no que respeita ao direito interno, não fiquem ainda sem registro, por pertinentes ao tema, as ameaças de devassa fiscal que se fazem quando de choques econômicos e planos de contenção de preços, visando coarctar aos contribuintes, o acesso ao judiciário, no seu foro mais íntimo, o da decisão mesma de aos tribunais recorrer.

De direito internacional porque, nos tratados para evitar dupla tributação internacional assinados pelo Brasil e já em vigor², são encontradas as cláusulas de assistência mútua, troca de informações e assistência administrativa³, constituindo-se a sua amplitude e interpretação, preocupação constante de contribuintes e administradores fiscais em todo mundo.

Assim é que no seio da IFA - International Fiscal Association⁴ foi a matéria tema central de vários Congressos⁵ devendo ainda ser examinada em seu aspecto de proteção da confidencialidade no Congresso que em 1991 se realizará em Barcelona⁶.

Trata-se, assim, de questões atuais e palpitantes, não se constituindo a matéria em estudo de "lana caprina", mas de consequências concretas na ordem jurídica.

3. A ATIVIDADE TRIBUTÁRIA E O DIREITO

Examinada em seu conteúdo, vemos que a atividade tributária, pelo setor próprio da Administração Estatal, quando a especialização e o volume assim o determinem, consiste, principalmente, de três momentos distintos:

a) O lançamento do tributo.

b) A arrecadação do tributo.

c) A fiscalização.

São todas, como se vê, atividades exercidas pela Administração e regidas pelo direito administrativo e tributário.

Não nos esqueçamos, que o direito tributário, filho do direito financeiro, é neto do direito administrativo⁷, certificado seu nascimento com a célebre polêmica entre GENY e TROTABAS, e que a autonomia de qualquer ramo do direito deve ser sempre entendida como

“sempre e unicamente didática para, investigando-se os efeitos jurídicos resultantes da incidência de determinado número de regras jurídicas, descobrir a concatenação lógica que as reúne num grupo orgânico e que une este grupo à totalidade do sistema jurídico”⁸.

Essa atividade tributária rege-se pelas regras do direito administrativo, enquanto atividade da administração, bem como por aquelas que presidem o direito tributário, enquanto aplicadora de tais normas.

Atividades da Administração Pública, o lançamento, a arrecadação e a fiscalização regem-se pelos seus princípios básicos: legalidade, moralidade, finalidade e publicidade, enunciados pela doutrina⁹ que a Constituição de 1988 veio expressamente agasalhar em seu artigo 37 “caput”,

“Art. 37 - A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade....”

Debruçando-nos, porém, sobre um desses princípios, a moralidade, vemos que não somente neste passo a Lei Magna expressamente se refere à moralidade administrativa, pois a declara bem a se proteger, pertencente aos direitos coletivos, que visa preservar¹⁰, inspirando-se na intenção de fazer de todo cidadão um fiscal do bem comum¹¹, através da ação popular prevista no art. 5º, LXXIII, para anulação de qualquer ato lesivo a ela.

4. O DIREITO E A MORAL

A preocupação com as relações entre direito e moral já na Grécia antiga foi objeto de reflexão, preocupando-se os filósofos em distinguir o "justo por natureza" do "justo por convenção"¹².

Chegando a questão a nossos dias, lapidada pelos romanos, onde no Digesto, I, 1, 10, encontramos como preceitos fundamentais do direito:

*"Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere"*¹³.

suscitou ela a atenção, na Idade Média, de **SANTO AGOSTINHO** e **SANTO TOMÁS DE AQUINO**, passando, na Idade Moderna, à preocupação de definições contratualistas de **HOBBS**, **J. J. ROUSSEAU** e **LOCKE**, ou do direito natural de **GROCIO**, para, na última fase da Escola de Direito Natural, propiciar a "primeira doutrina explícita e deliberada sobre os critérios distintivos entre o mundo jurídico e o mundo moral" de **THOMAS IUS**, chegando-se seguir a **KANT**, **HEGEL**, passando por **KELSEN**, que se situaria no contratualismo, **GIORGIO DEL VECCHIO** e **RADBRUCH** até a posição de bilateralidade atributiva de **MIGUEL REALE**¹⁴.

A realidade é, no entanto, que ao estudioso cabe, neste instante, alhear-se das posições filosóficas para, voltando ao plano jurídico, certificar-se do processo de juridicização a que foi submetida a moral.

Se, no passado, poder-se-ia talvez traçar lindes entre direito e moral, em outras terras e sob outros sistemas jurídicos, hoje vemos que no Brasil, face ao direito posto, o problema tem diminuídas suas proporções.

5. A JURISDICIZAÇÃO DA MORAL NO DIREITO POSTO BRASILEIRO

A preocupação de procurar conciliar moral e direito, evitando as armadilhas que eventuais separações poderiam oferecer,

fez com que, em nosso país, o legislador viesse se ocupando em tornar inverídico o fragmento de PAULO:

"Non omne quod licet honestum este" (D. 50, 17, 144), através da inserção no corpo de leis, de normas que permitissem aplicar a moral quando se verificasse a sua antinomia com o aparente resultado da aplicação de preceitos legais.

Com efeito, temos que o apêlo à equidade, que, segundo **ARISTÓTELES**

"... nasce quando a justiça diz respeito a um caso que foge do comum e da generalização da própria lei, de sorte que a equidade é como uma correção, de que a lei, pela sua abstratividade, necessita continuamente¹⁵".

fêz-se presente em nossa legislação, a fim de permitir ao Juiz decidir nos casos de lacunas da lei¹⁶.

Assinala **GEORGES RIPERT** que a moral é a inspiradora de toda a teoria do abuso do direito¹⁷, penetrando no mundo jurídico do direito administrativo, como enfatiza **ANTONIO JOSÉ BRANDÃO**, por uma perturbação da ordem jurídica semelhante à produzida pelo abuso do direito: o desvio de poder, tendo ambos a mesma causa: imoralidade da intenção do agente, levando à escolha de fim metajurídico irregular¹⁸.

No direito tributário, a norma autorizadora da utilização da equidade é expressa, estabelecendo o artigo 108 do Código Tributário Nacional:

"Art. 108 - Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

I - ...

II - ...

III - ...

IV - a equidade.

§ 1º - ...

§ 2º - O emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento do tributo devido.

E, mesmo no processo civil, vemos que o Código respectivo a admite, quando prevista em lei, como fundamento de decisão pelo Juiz (art. 126).

O ápice dessa jurisprudência da moral porém, é atingido pela Lei Magna de 1988, nos arts. 37 e 5º, LXXIII, que a erigem como princípio e crisol da atividade da administração pública.

6. MORALIDADE ADMINISTRATIVA

No que consiste a moralidade administrativa?

Examinemô-la, a fim de lhe traçar a linhagem, a classificação e o conteúdo.

Distingamos inicialmente, moral e moralidade: a primeira se situaria no plano ideal, enquanto que a moralidade se situa no plano real, consistindo no aspecto factual da primeira¹⁹.

Foi MAURICE HAURIOU quem pela primeira vez falou em moralidade administrativa, anotando acórdão do Conselho de Estado, embora somente na 10ª edição de seus "Précis" viesse indicar o seu conceito: "conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração", vindo posteriormente WELTER melhor extremar o conceito, afirmando:

"a moralidade administrativa, que nos propomos estudar, não se confunde com a moralidade comum: ela é composta por regras de boa administração, ou seja: pelo conjunto das regras finais e disciplinares suscitadas, não só pela distinção entre o Bem e o Mal, mas também pela idéia geral de administração e pela idéia de função administrativa²⁰".

Não se diga, adverte MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, que a expressão moralidade administrativa, no seu conceito, é uma expressão vazia de conteúdo jurídico,

pois está ela ligada à gestão administrativa, i.é., a forma da lei ou da norma jurídica,

“desde que não deva haver liberdade de atuação a não ser objetivando a “boa” administração ou o “bem comum”²¹”.

Vejam os casos concretos: a) o administrador público, em determinada circunstância, atua para atender a finalidades suas, próprias. b) o administrador público, visando com excesso de zelo propiciar vantagens ao patrimônio sob sua guarda ou ao aumento da arrecadação, lança mão de meios moralmente condenáveis para obter informações sobre o contribuinte. c) o administrador público cria situação de constrangimento ao contribuinte, com o objetivo de forçá-lo ao recolhimento de tributo.

Se a primeira hipótese (finalidades próprias do administrador) pode se apresentar com nítidos contornos de imoralidade, situada, mesmo, dentro do plano da ilegalidade pelo quanto estabelecido no direito positivo, ainda que meios legais tenham sido utilizados, as duas outras hipóteses apresentam contornos menos precisos, encobertos pelo nevoeiro de um pretense interesse público.

Na verdade, em todos os casos, os atos refogem à idéia do serviço público, pois este tem como finalidade maior o bem comum e o bem comum exige a moralidade dos meios, ou a adequação da finalidade particular à finalidade maior.

Lembre-mos que a tributação deve ser justa²² e que a injustiça da tributação, historicamente, apresenta-se como sintoma de tirania ou corrupção, levando inclusive à revolta, como atestam a Magna Charta, a luta dos holandeses contra o domínio espanhol, a independência americana e, em nosso país, a Inconfidência Mineira (que teve como estopim a derrama).

Ora, a moralidade administrativa é espécie do gênero moral. Ramo da árvore, segue os característicos que esta apresenta, impondo, à administração, na preceituação romana, os deveres de honestidade, de não lesividade de seus atos e de reconhecer a cada um o que lhe é devido.

Dentro desses deveres, a honestidade no trato da administração fiscal com o contribuinte se impõe, pois se de um lado se exige dele a prestação de informações relativas às suas atividades econômico-financeiras, de outro se impõe à administração fiscal o dever de somente utilizar a informação prestada para os fins de tributação.

7. A OBRIGAÇÃO DO SIGILO

Fruto da preocupação moral, inseriu-se, no Código Tributário Nacional, a obrigação do sigilo, tanto para a administração (Fazenda Pública), quanto para seus funcionários, dispondo o art. 198:

"Art. 198 - Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, para qualquer fim, por parte da Fazenda Pública ou de seus funcionários, de qualquer informação, obtida em razão do ofício, sobre a situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos ou de terceiros e sobre a natureza e o estado dos seus negócios ou atividades".

E o artigo 199, expressamente referido, prescreve:

"Art. 199 - A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio".

A essas disposições se sobrepõe, hoje, o preceito constitucional do art. 5º, XXXIII:

"XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo

sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

Feita, com J. CRETELLA JR. a distinção entre interesse particular, interesse coletivo e interesse geral²³ é de ressaltar que o sigilo se impõe tendo em vista a segurança da sociedade.

Assim, a liberdade de informação passou a ter, na Lei Magna, limite definido na segurança da sociedade, segurança essa que tem, como alicerce fundamental, os preceitos da moral.

Pergunta-se então: é moral passar a Administração Fiscal a outrem informações que obteve do contribuinte para fins de sua tributação, sob a cominação de penas pecuniárias ou de outra natureza?

A pergunta põe em cheque a prática internacional dos tratados para evitar a dupla tributação internacional, onde, como dito anteriormente, é encontrada cláusula de troca de informações e assistência administrativa, usualmente com a redação da OECD - 1977²⁴, servindo ainda para questionar a constitucionalidade do art. 199 do Código Tributário Nacional e dos convênios nele referidos.

A chave pois, da resposta, reside, a nosso ver, no entendimento do que seja segurança da sociedade.

Entendida a segurança da sociedade como o conjunto de regras mínimas que permitam a convivência de seus integrantes, à base de tais regras há de sempre se localizar a moral, como fundamento das relações entre os membros dessa sociedade.

Fundamento moral, a honestidade e lealdade recíprocas de administrador e administrado se impõe, assim, como limite à possibilidade de troca de informações.

Se, por força de lei, presta o administrador informações à administração fiscal, sob a perspectiva de lhe serem infligidas penas pelo descumprimento da obrigação legal, moral parece que lhe assista o direito de exigir, da administração, o guardar em sigilo as informações recebidas, não as passando a outras administrações, locais ou de outros países, que lhe exigirão tributos outros.

Destarte, entendemos que o pálio estendido pelo art. 5º, XXXIII da Constituição ao enumerar os direitos fundamentais do indivíduo veio dar nova dimensão à sua proteção, tornando inconstitucionais, em nosso direito, as cláusulas de troca de informações e assistência técnica contidas nos tratados internacionais, bem como tornando ineficaz, no direito interno, o artigo 199 do Código Tributário Nacional e infringentes da Constituição os convênios que envolvam troca de informações entre administrações fiscais.

Essa proteção que ao indivíduo se consagra, na Constituição, não é, contudo, direito absoluto.

Jungida à moral, que a requer, a própria moral se encarrega de lhe dar limites.

E, por paradoxal que possa parecer, o mesmo limite que veda a troca de informações e assistência técnica é o limite que permite essa mesma troca de informações e assistência técnica: a segurança da sociedade.

Se essa segurança se lastrea na moral, e se infringem a moralidade administrativa, a troca de informações e a assistência técnica sobre os contribuintes e as informações por eles prestadas, essas mesmas moral e moralidade exigem que, nos casos de delitos a um só tempo morais e ilícitos se abra exceção à regra geral.

Com efeito, moral não seria a Administração Fiscal reter informações sobre atividades do narco-tráfico, de vez que o "honestum" e "neminem laedere" inexistem nessa atividade condenável pelos padrões éticos.

8. A EXTRA FISCALIDADE E A TRIBUTAÇÃO DE ATOS ILÍCITOS

Ao versamos sobre moralidade, expressa esta como a atuação da moral "in concreto", cabe-nos o inarredável dever de focalizar a tributação dos atos ilícitos.

Na verdade, menos de ilícitos nos cabe falar, mas sim de atos imorais, de vez que à base da ilicitude sempre vemos a inadequação moral, sendo um e outro(moral e legal) apenas aspectos diversos de um mesmo fato que, conforme MIGUEL REALE, cabe saber distinguir e não separar²⁵.

Tenhamos em mente, outrossim, que o exercício jurídico do poder suscita o problema da justiça e da verdade²⁶, nada mais injusto parecendo ao homem comum que ser tributado por exercer atividades moralmente admissíveis, enquanto que aquele que pratica atos imorais se forra à tributação.

Reconhecendo-se ao tributo a utilização extrafiscal, nada impede, a nosso ver, que atividades moralmente condenáveis possam constituir-se em objeto de tributação que as desestimule.

IVES CANDRA DA SILVA MARTINS, analisando as atividades ilícitas sob seus aspectos moral, jurídico, econômico, financeiro e social, não hesita em aceitar.

"em termos de lei positiva e de lei natural toda aquela lei que visar a redução de comportamento pela moral condenados...".²⁷

desde que não desestabilizadoras das estruturas fundamentais da sociedade, que são o respeito à vida, à liberdade e ao patrimônio das pessoas.

No momento em que atual se põe a indagação sobre a legalização do jogo, oportuno é afirmar que sua tributação diferenciada em obediência mesmo ao princípio da isonomia se torna imperativo ético.

9. MORALIDADE ADMINISTRATIVA E CORRUPÇÃO

Infelizmente ressoam hoje com atualidade as palavras de BILAC PINTO:

"A corrupção em numerosos e importantes setores governamentais do nosso país assumiu tal intensidade e

extensão que, desgraçadamente, parece ter sido institucionalizada.

A pertinácia com que a improbidade administrativa se exerce e a apatia da opinião pública em face dela retiraram toda a acústica às vozes isoladas que a denunciavam e condenam. Por esse clima de relaxamento moral, em que a corrupção prospera, os principais responsáveis são os governantes sem austeridade²⁸.

Ao jurista, fazendo eco às palavras pronunciadas, incumbe lamentar-se da falta de efetividade das normas coibidoras dessa prática deletéria.

Aponta **BILAC PINTO**, com precisão, os responsáveis diretos.

Olvida-se, apenas, e aqui também lamentamo-nos, de apontar a co-responsabilidade de cada um de todos nós, cidadãos, que vemos o desfile da corrupção, a parada dos desmandos e arbitrariedades, sem nada fazermos, restringindo-nos a nos encolhermo-nos em nossas tocas, sem a coragem de arrostar a ira dos poderosos, a inimizade dos apaniguados, a vingança dos corruptos.

Há um clamor insopitável, um nó na garganta de quantos nos vemos pisados e espezinhados. Que o grito saia do peito, que o ar sufocado se liberte e poderemos então chegar mais próximos de nosso ideal de Justiça.

NOTAS

(1) **ANTONIO JOSÉ BRANDÃO** - Moralidade Administrativa "in" Revista de Direito Administrativo 25/454.

(2) Encontram-se em vigor no Brasil os seguintes Tratados para Evitar Dupla Tributação Internacional, na prática chamada "Tratados de Dupla Tributação (TDT)". 1) República federal da Alemanha (Dec. nº 76.988, de 06.01.1976); 2) Austria (Dec. nº 78.107, de 22.01.1976); 3) Bélgica (Dec. nº 72.542, de 30.07.1973); 4) Dinamarca (Dec. nº 75.106, de 20.12.1974); 5) Espanha (Dec. nº 76.975, de 21.01.1976); 6) Finlândia (Dec. nº 73.496, de 17.01.1974); 7) França (Dec. nº 70.506, de 12.05.1972); 8) Japão (Dec. nº 61.899, de 14.12.1976,

alterado pelo Dec. nº 81.194, de 09.01.1978); 9) Noruega (Dec. nº 66.110, de 23.01.1970); 10) Portugal (Dec. nº 69.393, de 21.10.1971); 11) Suécia (Dec. nº 77.053, de 19.01.1976); 12) Luxemburgo (Dec. nº 85.801, de 20.08.1980); 13) Itália (Dec. nº 85.985, de 08.05.1981); 14) Argentina (Dec. nº 87.976, de 22.12.1982); 15) Canadá (Dec. nº 92.318, de 17.01.1986); 16) Equador (D. Leg. 04 de 20.03.1986); 17) Tchecoslováquia (Dec. nº 43 - DOU 26.02.1991); 18) Hungria (Dec. nº 53 - DOU 11.03.1991).

(3) Adotado modelo de tratado pela OECD (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico) em 1963, foi ele revisado em 1977, sendo o mais difundido modelo de TDT, vieram a ser produzidos, após ele, outros modelos, tendo maior influência o da ONU (1980), onde se vêem redações que melhor se adaptam às necessidades dos países em vias de desenvolvimento (eufemismo que disfarça o cruel vocábulo - subdesenvolvidos), de vez que criticado o modelo OECD por favorecer os países industrializados e o dos Estados Unidos da América do Norte (este com o poder de pressão de maior parceiro comercial e potência econômica e política do mundo atual). O texto desses modelos encontra-se compilado por **KEES VAN RAAD** no *Model Income Tax Treaties* - Kluwer - Deventer - 1983. De se notar que os países membros do Pacto Andino editaram também modelos de tratado, aprovados pela decisão nº 40 do Acordo de Cartagena (Lima - Peru - 1971), que **RAMON VALDES COSTA** com sua profundidade e visão geral dos problemas do direito tributário internacional estuda e esclarece em suas obras, em especial nos seus "Estudios de Derecho Tributario Internacional" - Montevideo - 1978 e "Estudios de Derecho Tributario Latino-Americano" - Montevideo - 1982.

(4) A IFA tem sua sede em Haia, Holanda, e seu Secretariado Geral em Rotterdam. Criada em 1939, dela faz parte o Brasil, através da ABDF - Associação Brasileira de Direito Financeiro, desde 1949. Congrega 7607 membros, representando 82 países (números de fevereiro de 1990, havendo já realizado 44 Congressos anuais, somente interrompidos pela 2ª Grande Guerra).

(5) Na década de 80 foi o assunto objeto do Congresso de Berlim (1981) sob o título *Mutual Agreement - procedure and practice* (Cahiers de Droit Fiscal international - vol. 66º - 1981), e inaugurando a década de 90, do Congresso de Estocolmo - *International mutual assistance through exchange of information* (Cahiers - vol. 75b - 1990), sendo relatoras nacionais do Brasil **STELLA MARIS PIRES NELSON DE MELLO** e **REGINA MARA TOCANTINS HOFFMANN**.

(6) No Congresso de 1991 a se realizar em Barcelona - Espanha, o tema *Protection of Confidential Information in Tax Matters*, terá como Relator Geral **JACQUES MALHERBE** (Bélgica), sendo relator nacional do Brasil **ANTONIO CARLOS FLORENCIO DE ABREU E SILVA**.

(7) Conforme **RUBENS GOMES DE SOUZA** - *Compendio de Legislação Tributária* - Ed. Resenha Tributária - SP 1975 - Ed. Postuma - pág. 33, **RUY BARBOSA NOGUEIRA**, *Curso de Direito Tributário* - 5ª Ed. Saraiva - SP - 1980 - pág. 12 e **ALIOMAR BALEEIRO** - *Direito Tributário Brasileiro* - 10ª Ed. Forense - Rio - 1990 - pág. 2.

- (8) **ALFREDO AUGUSTO BECKER** - Teoria Geral do Direito Tributário - Ed. Saraiva - SP - 1963 - nº 9 - pág. 29.
- (9) **HELIO LOPES MEIRELLES** - Direito Administrativo Brasileiro - Ed. Revista dos Tribunais - SP - 10ª Ed. - 1984 - pág. 60.
- (10) **JOSÉ AFONSO DA SILVA** - Curso de Direito Constitucional Positivo - Ed. Revista dos Tribunais - 5ª Ed. - 1989 - pág. 394.
- (11) **MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO** - Comentários à Constituição Brasileira de 1988 - Ed. Saraiva - 1990 - pág. 82.
- (12) cf. **MIGUEL REALE** - Filosofia do Direito - Ed. Saraiva - SP - 11ª Ed. - 1986 - Título XI - pág. 621 onde se faz escorço histórico crítico de profundidade.
- (13) **MIGUEL REALE** - aponta que esses três princípios refletiam as três grandes correntes filosóficas da Grécia: epicurista - alterum non laedere; estoica - honeste vivere; aristotélica - suum cuique tribuere - op. cit. nº 223 - pág. 631.
- (14) cf. **MIGUEL REALE** - op. cit.
- (15) **ARISTÓTELES - A ÉTICA DE NICOMACO** - Atena - Editora - SP - 3ª Ed. s/data Trad. de Cassio M. Fonseca - Livro III, 8.22 - pág. 84.
- (16) Recorde-se que **KELSEN** nega peremptoriamente a existência de lacunas na ordem jurídica - Teoria Pura do Direito - Armênio Amado - Editor - Sucessor - Coimbra - 1979 - 5ª Ed. Trad. de **JOÃO BAPTISTA MACHADO** - pág. 338 s/o tema, consulte-se, com proveito **MARIA HELENA DINIZ** - As lacunas do direito - Ed. Revista dos Tribunais - SP - 1981 - pág. 34.
- (17) **GEORGE RIPERT** - A regra moral nas obrigações civis - Ed. Saraiva & Cia - SP - 1937 - nº 89 - pág. 163.
- (18) op. cit. pág. 464.
- (19) **SILVIO DE MACEDO** - verbete "Moralidade" - Enciclopédia Saraiva do Direito - vol. 53 - pág. 260.
- (20) cf. **ANTONIO JOSÉ BRANDÃO** - op. cit. pág. 457-459.
- (21) **MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO** - verbete "Moralidade Administrativa" - Enciclopédia Saraiva do Direito - vol. 53 - pág. 271.
- (22) Cai como luva a citação de **CHARLES M. ALLAN** feita por **IVES GANDRA DA SILVA MARTINS**: "It is clearly a desired characteristic of taxes that they be fair. Apart from the ethical desirability of equity, there is the practical need for taxes to be acceptable to the tax-paying public. If taxes are generally believed to be inequitable the consequences may range from widespread evasion to revolution". (Charles M. Allan, The theory, cit., p. 36) - Teoria da Imposição Tributária - Ed. Saraiva - SP - nº 6.5 - nota 48 - pág. 162.
- (23) **J. CRETILLA JR.** - Comentários à Constituição de 1988 - vol. I - Ed. Forense Universitária - RJ - 1ª Ed. - 1989 - nº 254/256 - pág. 418.
- (24) É a seguinte a redação: "Article 26 - EXCHANGE OF INFORMATION - 1. The competent authorities of the Contracting States shall exchange such information as is necessary for carrying out the provisions of this Convention or of the domestic

laws of the Contracting States concerning taxes covered by the Convention insofar as the taxation thereunder is not contrary to the Convention. The exchange of information is not restricted by Article 1. Any information received by a Contracting State shall be treated as secret in the same manner as information obtained under the domestic laws of that State and shall be disclosed only to persons or authorities (including courts and administrative bodies) involved in the assessment or collection of, the enforcement or prosecution in respect of, or the determination of appeals in relation to, the taxes covered by the Convention. Such persons or authorities shall use the information only for such purposes. They may disclose the information in public court proceedings or in judicial decisions. 2. In no case shall the provisions of paragraph 1 be construed so as to impose on a Contracting State the obligation: a) to carry out administrative measures at variance with the laws and administrative practice of that or of the other Contracting State; b) to supply information which is not obtainable under the laws or in the normal course of the administration of that or of the other Contracting State; c) to supply information which would disclose any trade, business, industrial, commercial or professional secret or trade process, or information, the disclosure of which would be contrary to public policy (ordre public).

(25) op. cit. nº 221 - pág. 622.

(26) **TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR.** - Introdução ao Estudo do Direito - Ed. Atlas - SP - 1988 - nº 7.1 - pág. 318.

(27) op. cit. capítulo 12 - pág. 305.

(28) "apud" **MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO** - O Controle da Moralidade Administrativa - Ed. Saraiva - SP - 1974 - nota nº 16 - pág. 235.

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: ALGUNS ASPECTOS

Feliciano SILVA
PUCCAMP

1 - INTRODUÇÃO

De todas as experiências humanas a do Direito é a que mais exige forma predeterminada e certa em suas regras. Exige predeterminação formal, sendo o modelo legal a expressão máxima dessa exigência. E essa predeterminação formal, essa certeza, exigiu a constituição de um poder, isto é, o Estado, que fixa, em concreto, as normas e as faz cumprir.

Dai, desde Roma do Império, com o pretor decidindo "ad exemplum legis", passando pela Magna Carta Libertarum concedida por João Sem Terra aos seus barões, na Inglaterra, em 1215, passando pelo período das chamadas Declarações de Direitos, a primeira votada em Filadélfia pelos representantes das colônias sublevadas, aos 14 de outubro de 1774, culminando com a conhecidíssima Declaração francesa de 1789, resulta que, salvo um ou outro tropeço ao longo da história (nazismo, fascismo etc.), em normal e previsível evolução, "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa sendo em virtude de lei", como manda o artigo 5º, II, da Constituição Brasileira de 1988.

Instituído o princípio da legalidade, como tese constitucional, há que se distinguir, desde logo, a legalidade específica da legalidade genérica.

Por certo que a expressão “fazer ou deixar de fazer alguma coisa **senão em virtude de lei**” se refere à lei no sentido amplo (legalidade genérica), abrangendo a lei formal (ato elaborado segundo as regras do processo legislativo, artigos 59 a 60 da Constituição Federal), as medidas provisórias, convertidas em lei, a lei delegada (artigos 62 e 68 da Constituição Federal), os decretos do Poder Executivo, e, até mesmo, as resoluções e portarias. Já o princípio da reserva legal (legalidade específica) significa que uma regra do Código Supremo atribuiu determinada matéria exclusivamente à lei formal.

2 - LEGALIDADE ADMINISTRATIVA

Em se cuidando da Administração Pública, o artigo 37 da Constituição Federal estabelece o princípio da legalidade genérica que rege todos os atos administrativos. Não da legalidade específica, que se traduz no princípio da reserva legal, aplicável à atividade tributária e ao direito repressivo (cf. José Afonso, in Curso de Dir. Const., RT, 5ª ed., págs. 369/70).

A lei, como fonte do Direito Administrativo, deve ser entendida em sentido amplo e compreende as constituições (federal e estadual), as leis complementares, delegadas, ordinárias, as medidas provisórias, os tratados, os decretos, os regulamentos e as instruções (cf. G. Gasparini in Dir. Administrativo, Saraiva, 3ª ed., pág. 17). É lei, no sentido amplo, uma Resolução de Ministro de Estado ou de Secretário de Município, desde que complementadas pelos princípios da razoabilidade, da logicidade e da congruência a que se submetem os atos administrativos (cf. José Afonso, ob. cit. pág. 369).

Só pode ser entendida nessa acepção, a expressão cunhada pelos tratadistas, segundo a qual “administrar é aplicar a lei de ofício”. Enquanto que, na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.

E o ato do administrador público será sempre vinculado à lei ou discricionário, isto é, regrado pelo sistema jurídico vigente. Vinculado, quando a lei não deixa opções ao administrador, estabelecendo que, diante de determinados requisitos, a Administração agirá dessa ou daquela forma. Discricionário, quando o ordenamento jurídico deixa alguma margem de liberdade de decisão ao agente público, diante do caso concreto, podendo a autoridade optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. A discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei, mas se a Administração ultrapassar esses limites a decisão passa a ser arbitrária e, em face do princípio da legalidade genérica, írrita e nula (cf. Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Dir. Adv.*, 4.^a ed., Atlas, pág. 176).

3 - LEGALIDADE TRIBUTÁRIA

Em tema de Direito Tributário a regra geral é a da legalidade específica, pois, foi reservado à lei formal a possibilidade de se exigir ou de se aumentar tributo.

Diz o artigo 150, I, da Constituição Federal: **Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.**

Transigiu, no entanto, a Constituição, com o princípio da reserva legal, contentando-se, em certos casos, com a legalidade genérica ao permitir, no artigo 153, parágrafo 1º, que o Poder Executivo, "atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei" altere as alíquotas dos impostos de importação de produtos estrangeiros, de exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados, de produtos industrializados e de operações de crédito, câmbio e seguro ou relativas a títulos ou valores mobiliários.

Entretanto, inobstante essa transigência, como anotava Amílcar Falcão, por força do princípio da legalidade específica, exige-se que em lei formal estejam determinados, pelo menos, o fato gerador do tributo, a sua alíquota, a respectiva base de cálculo

e os sujeitos passivos diretos e indiretos da obrigação tributária (cf. Fato Gerador da Obrigação Tributária, Forense, 5ª ed., pág. 8).

De outro lado, tratou a Constituição de reforçar a reserva legal que instituiu, complementando-a com outras garantias, quais sejam a da irretroatividade e a da anterioridade da lei tributária (artigo 153, III).

Pelo primeiro princípio, aliás já enunciado no artigo 5º, XXXVI, da mesma Constituição, fica vedada a possibilidade de tributar fatos pretéritos, garantida que está, duplamente, a intocabilidade do direito adquirido, do ato JURÍDICO perfeito e da coisa julgada.

Pelo segundo princípio, nenhum tributo poderá ser cobrado em cada exercício sem prévia autorização orçamentária, vale dizer, em cada exercício somente poderão ser arrecadados os tributos criados por lei anterior ao exercício correspondente. A lei instituidora do gravame só poderá entrar em vigor antes do início do exercício financeiro em que se pretenda efetuar a cobrança da exação.

4 - LEGALIDADE PENAL

No campo do Direito Penal, a legalidade específica não comporta concessões, pois a Constituição, de modo absoluto, no artigo 5º, XXXIX, reservou exclusivamente à lei formal a possibilidade da criação de crimes e de imposição de sanções: "Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal".

Esse princípio, *nullum crimen, nulla poena sine lege*, cuja regra latina foi fornecida por Feuerbach no século XIX, geralmente constante dos dispositivos de abertura dos Códigos penais modernos, foi formulado pela primeira vez, em termos mais precisos, no artigo 8º da Declaração dos Direitos do Homem, da Revolução Francesa, nos seguintes termos: "Ninguém pode ser punido sendo em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada".

Inscrito na Constituição, fazendo da lei penal a fonte exclusiva de declaração dos crimes e penas, a regra limita o poder estatal de interferir nas liberdades individuais, assegurando à pessoa a faculdade de fazer o que não estiver proibido (*permissit quod non prohibetur*). Consoante Frederico Marques, o princípio tem significado político e jurídico. Vale garantia constitucional dos direitos do homem e fixa o conteúdo das normas incriminadoras, não permitindo que o ilícito penal seja estabelecido genericamente, sem definição prévia da conduta punível e determinação da *sanctio juris* aplicável (cf. Tratado, 2ª ed., Saraiva, vol. I, pág. 143).

Desdobra-se em quatro outros princípios:

a) *Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*.

É impossível a edição de norma penal incriminadora retroativa, fundamentando um ilícito penal ou agravando a sanção penal. Somente a lei formal, como ato elaborado segundo as regras do processo legislativo, consoante os artigos 59 a 60 da Constituição Federal, é que pode criar crimes ou contravenções, penas ou medidas de segurança.

A medida de segurança também se submete ao princípio da legalidade específica, pois é uma forma de sanção penal e, ademais, o sistema da reforma de 1984 revogou a redação primitiva do artigo 75 do Cód. Pen (cf. Damásio, in Cód. Pen. Anot. ed. Saraiva, 1989, pág. 2; Paulo José da Costa, in Curso, ed. Saraiva, 1991, vol. I, pág. 214).

b) *Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*.

O Direito Penal nega ao costume a função criadora ou agravante de tipos ou sanções penais (cf. Anibal Bruno, Direito Penal 3ª ed, Forense, tomo I, pág. 194).

A incriminação de uma conduta só tem assento em lei formal, sendo impossível erigir-se a punibilidade de qualquer conduta com base nos costumes.

Na esfera do Direito Penal, o costume, como fonte secundária, encontra aplicação como causa supra legal de exclusão de ilicitude ou de culpabilidade ou de atenuação da pena. Presta-se a abrir a porta do cárcere, não a fechá-la, segundo Mezger, e,

consoante informava Frederico Marques, é preponderante nas regras sobre a aplicação da lei penal no espaço, dado que certas normas reconhecidas e proclamadas pelo Direito das Gentes se fundam no direito consuetudinário (cf. Frederico Marques, ob. cit., pág. 190).

c) Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta.

Proibido, nos domínios das normas incriminadoras, o emprego da analogia como forma de preenchimento de lacunas para a aplicação ou agravação da pena em hipóteses não previstas em lei (analogia in malam partem). Seja da analogia da lei, em que se parte de um preceito legal isolado, seja da analogia do direito em que, a partir de um conjunto de normas, extrai-se um princípio para aplicá-lo a um caso omissio (cf. Assis Toledo, Princípios, 2ª ed, Saraiva, pág. 25).

Admitida, porém, em quaisquer hipóteses, a analogia in bonam partem, que encontra justificativa em um princípio de equidade, para beneficiar o réu, inobstante a opinião em contrário de Fragoso, que aceita sua aplicação somente às normas de caráter geral. Assim, segundo o saudoso penalista, a norma do artigo 128, II, do Cód. Pen., que estabelece a impunidade do aborto, se resultante a gravidez de estupro, é norma excepcional e não se estende, analogicamente, aos casos em que a gravidez resulte de outro crime contra a liberdade sexual (cf. Lições, 11ª ed, Forense, Parte Geral, pág. 88)

d) Nullum crimen, nulla poena sine lege certa.

Inadmissíveis as preceituações genéricas e amplas acerca das condutas puníveis, as incriminações de alcance latíssimo, todas com o fim de cobrir, o mais possível, eventuais lacunas do sistema repressivo. Está vedado, como lembra Frederico Marques (cf. ob. cit. pág. 145), mencionando o direito italiano, descrever crimes "a forma libera", enunciando o legislador um comportamento genérico, suscetível de compreender uma variedade infinita de condutas, utilizando-se de fórmulas descritivas vagas, tais como "praticar violência popular" ou "cometer um ato perigoso à saúde

ou à moral pública" ou "praticar ato que possa impedir o funcionamento da justiça ou à execução regular da lei".

Interessante observar que, em relação aos crimes culposos, consoante anotou Welzel, citado por Fragoso, o tipo é aberto, pois, a lei não define o que sejam negligência, imprudência ou imperícia.

Enquanto que para outros fatos delituosos, suficientemente definidos ou fechados, basta ao juiz comprovar a realização do fato previsto em lei para concluir por sua ilegitimidade, em relação às definições abertas dos crimes culposos, o juiz assume parte do papel do legislador na determinação da própria ação delituosa (cf. Hungria-Fragoso in Comentários ao Cód. Pen., 6ª ed, Forense, vol. I., tomo II, pág. 447).

Embora tangenciando os limites do princípio da legalidade específica, sem a descrição completa da conduta típica, parece, contudo, que as normas penais incriminadoras dos fatos culposos não chegam a afrontar a Constituição, muito embora retirem do sistema a precisão, a segurança e a garantia, próprias da definição prévia e completa da conduta punível, instituída pela reserva legal.

BREVE ENSAIO SOBRE O FENÔMENO VOLITIVO NAS PESSOAS DE DIREITO

Prof. Alpheu JÚLIO

PRÓLOGO

A vontade, em seu estado natural, só pode ser encontrada no ser humano; contudo, é inegável sua relevância no mundo jurídico, sobretudo no que pertine à atribuição de responsabilidade às pessoas, sem embargo de constituir, nos contornos do Direito Privado, primado tutelar, na medida em que este consagra o princípio de autonomia da vontade das pessoas, segundo a parêmia de que "tudo que não é proibido é lícito".

É verdade que a vontade, sob o enfoque legal, sofre adaptações ditadas pelas exigências da ciência jurídica, o que não desnatura seu conteúdo e sua origem. O assunto ganha interesse especial, porém, quando examinado em função das pessoas jurídicas, obviamente despidas da chamada vontade natural. Produtos da evolução social, política e econômica, formam, por vezes, estruturas fantásticas, o que torna difícil, e, de outro, lado instigante, projetar a especulação até elas.

Neste artigo, atentos ao seu limite, examinamos perfunctoriamente o assunto, procedendo, aqui e ali, a incursões sobre aspectos básicos, premissas do raciocínio final.

Personalidade Natural e de Direito

O homem, como ser vivo, caracterizando uma unidade bio-psicológica, não careceria do direito para projetar sua existência

no orbe terrestre. Bastar-lhe-ia a vida natural, desde que vivesse só. Mas isto, "per se", vale apenas como argumento, bastando, para evidenciar seu sentido essencialmente teórico, examinar-se as condições necessárias ao surgimento da vida. Por conseguinte, o humano e o social se completam. Necessariamente.

Precisamente para aparar os conflitos que nascem da convivência é que surge o fenômeno jurídico, como criação humana.

Não nos preocupa, nos limites deste trabalho, dissecar o fenômeno jurídico, nem defini-lo ou conceituá-lo. Importa-nos sim, para o fim em vista, registrar sua inevitabilidade e constatar sua realidade como estrutura, que se superpõe à vida natural, confirmando o clássico aforismo latino "ubi societas ibi jus".

Para exercitar na esfera jurídica as faculdades e poderes de ação, inerentes ao Direito, este confere ao homem uma "personalidade". Diz-se, então, que o homem é sujeito de direito. Na forma adotada pelo nosso Código Civil:

"Art. 2º - Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil."

Não há, porém, uma vinculação entre o natural e o jurídico, a que o direito se subordine reconhecer. Basta examinarmos o passado recente e constataremos a existência da escravatura, onde o escravo era mera "res", a despeito de sua personalidade humana e natural incontestes.

O Direito, todavia, é um ramo da ciência social e não da ciência natural. Seu domínio não é do ser mas sim o do "dever ser".

Perspectiva Jurídica da Personalidade

"O Direito cria suas próprias realidades", é truísmo que afirma a diferença existente entre o Direito, obra do homem para o homem, emanção volitiva de consciência do corpo social, e as manifestações naturais, racionais ou instintivas dos indivíduos. A afirmativa, porém, deve ser recebida com temperamentos, pois não podemos prescindir da idéia fundamental de que o Direito serve à

sociedade e não se serve dela, devendo, dest'arte, ser preenchido por axiologia que atenda a essa vocação.

Com efeito, o caráter instrumental do direito, a serviço da sociedade, conduz-nos à impressão de que suas criações intelectuais devam, como critério, ser utilizadas quando indispensáveis. Quando os critérios naturais sejam inseguros ou impraticáveis. Exemplifiquemos: a capacidade civil poderia, por processo coerentemente natural, ser atribuída, dada a diversidade de criaturas e ambientes, à razão direta de um determinado padrão de desenvolvimento e amadurecimento psicológico. Todavia esse critério, além de subjetivo, seria de difícil senão que de impossível aferição. Para superar essas dificuldades, o direito lança mão de meio intelectual objetivo, qual seja o de reconhecer a capacidade jurídica através de critério temporal, com as exceções que a lei contempla mas que, em absoluto, embora em menor escala, dispensam o fator tempo. "A certeza e a praticabilidade são atributos essenciais da juridicidade, na lição de BETTI¹.

Insistimos que as observações ora feitas prendem-se às condições ideais em que se deva manifestar o fenômeno jurídico que, em absoluto, pode ser objeto de alteração com bases nesses fundamentos. É o direito positivo que se conta, definitivamente. Pode-se concluir, num plano teórico, que as realidades naturais e jurídicas não se confundem; antes, projetam-se em campos distintos da experiência humana.

Embriogenia da Vontade

A vontade pressupõe a consciência. Esta, a sua vez, é um atributo da pessoa humana. O direito pode negá-la a alguém ou a alguma casta, como historicamente se registra. Não obstante, não pode ampliá-la, ou seja, deferi-la a ente diferenciado da pessoa humana². Seria elevar às raias do absurdo a ficção jurídica, por exemplo, atribuir personalidade jurídica e capacidade plena a uma pedra.

Todavia, se a consciência é imanente ao indivíduo incindivelmente, a vontade, ou melhor, sua manifestação, pode ser

destacada do sujeito. Assim ocorre "*exempli gratia*" na revelação do testamento, no mandato, entre outros atos jurídicos. Não obstante, essa cisão só pode ser concebida mecanicamente, pois que a expressão da vontade (não a sua exteriorização) se efetiva em momento uno, em que se integram consciência e vontade.

A consciência é o apanágio da liberdade e sua antítese. É o fundamento do próprio Direito, por meio do qual o homem reduz sua liberdade natural em troca da liberdade civil, no dizer rousseauiano. Daí porque se torna tormentoso o problema de descortinar a natureza das pessoas jurídicas, abrindo oportunidade às mais sutis discussões e acendradas polêmicas. As pessoas jurídicas não são dotadas de consciência natural, ficando difícil, assim, falar-se em vontade própria. Isto reduz o problema à primitiva situação, pois só o homem é, em sentido próprio, capaz de ser sujeito de direitos.

Mas, à margem da necessidade prática que tornou imperativo uma regulação do direito, especialmente em razão do feixe de interesses que se expandiu extraordinariamente no mundo moderno, reclamando o concurso conjunto e continuado dos indivíduos, à busca de novos fins, importa-nos examinar qual a natureza desses entes coletivos.

É o que faremos logo mais, adiante.

Personalidade como atributo da Pessoa Natural

A personalidade civil é um atributo da pessoa. Entre nós ela começa com o nascimento com vida. O Código Civil dispõe:

"Art. 5º - A personalidade civil do homem começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro".

A capacidade, por seu turno, é elemento da personalidade. Somente aos 21 anos é que o homem adquire a capacidade plena, na forma do art. 9º do C. Civil, sem embargo das hipóteses de cessação da incapacidade para os menores, elencadas no § 1º do aludido artigo. A capacidade plena resulta da justaposição da

capacidade de direito, ou de gozo, à de fato, ou de exercício. Esta, porém, pressupõe necessariamente àquela; mas a capacidade de direito pode subsistir sem a capacidade de fato, suprida esta na forma prevista na legislação específica.

A capacidade plena prevista no art. 9º do Código Civil, encontra obstáculo nos casos de incapacidade absoluta e relativa, especificadas nos artigos 5º e 6º do Código. O louco, por exemplo, a despeito da sua maioridade cronológica será, enquanto perdurar sua enfermidade, incapaz, em sentido absoluto. Por outras palavras, a lei lhe reconhece a capacidade de direito mas não lhe defere a capacidade de fato, a qual, para evitar lesão a direito individual, terá que ser suprida na forma prevista no ordenamento legal.

O assunto, é claro, comportaria exame mais acurado; não neste trabalho, porém. É indispensável sumariar. Pensamos, entretanto, ter recolhido do direito positivo a noção de que a capacidade de fato - a aptidão para exercer direitos - pressupõe, de parte da pessoa, estado de consciência, vontade e capacidade para exprimir esta mesma vontade.

Da Pessoa Jurídica

O anteprojeto de ORLANDO GOMES (art. 65), expressava que as pessoas jurídicas podem adquirir direitos e assumir as obrigações que, por sua natureza, não sejam privativas da pessoa humana.

É do ensinamento de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO³:

"Em regra, a pessoa jurídica tem os mesmos direitos que a pessoa natural, pode contratar, adquirir por testamento, sujeita-se à prescrição (Código Civil, art. 163). Exerce, ainda alguns direitos personalíssimos, como a nacionalidade e o nome".

Geneticamente, no dizer de FRANZEN LIMA⁴:

"Resultam de um fenómeno natural que é a necessidade que os homens têm de se congregarem para conseguir

certos fins que lhes seria - difícil ou impossível alcançar individualmente”.

Importa-nos, pois, reconhecer que a pessoa jurídica é uma criação intelectual (ou artificial) do direito, que exerce direitos e assume obrigações, tal qual a pessoa natural dotada de personalidade. Não obstante, o artifício cede lugar à realidade: a pessoa jurídica não pode casar, não pode testar; não pode adotar e nem cometer crimes.

A Pessoa Jurídica no direito Positivo

Não obstante o vetusto Código Comercial de 1.850 já reconhecesse, implicitamente, personalidade jurídica às sociedades, foi o Código Civil (art. 16), nos quadrantes jurídicos pátrios, a primeira lei expressa a fazê-lo.

No âmbito tributário, a legislação ordinária voltada para o imposto de renda, utiliza-se largamente dessa categoria jurídica, sem, em qualquer passo, definí-la ou conceituá-la. Vale dizer, encampa o conceito civilista.

Não obstante, a lei 4.506/64 indica as unidades que se constituem “empresas individuais” e promove a equiparação das mesmas, para efeitos do tributo, às pessoas jurídicas.

Incidentalmente, o CTN dispõe que a capacidade tributária da pessoa jurídica independe de esta achar-se regularmente constituída, “bastando que se configure uma unidade econômica ou profissional” (Art. 126, inc. III).

Não se pode dizer, assim, que a pessoa jurídica do direito tributário seja algo diverso da pessoa jurídica do direito privado; mas é visível que o primeiro alberga um conceito mais amplo, precisamente pelo acento econômico unitário que sufraga.

Na Doutrina

Várias teorias foram edificadas, principalmente nos domínios civilistas.

A teoria da "ficção", tradicional, emergiu do direito canônico e prevaleceu até o século passado. A pessoa jurídica fora pensada como criação artificial da lei para exercer direitos patrimoniais, sendo, todavia, despida de realidade. Somente por abstrações se chegaria à sua personalidade. SAVIGNY a sustentou.

A crítica de GIORGIO DEL VECCHIO acabou por comprometer seus alicerces. Precisamente porque ela, na sua concepção, não explica a existência do Estado como pessoa jurídica. Admiti-la, argumenta DEL VECCHIO, equivaleria aceitar a ficção do Estado e, assim, do próprio Direito.

A teoria da "equiparação" teve o condão de admitir as pessoas jurídicas como meros patrimônios, destinados a um fim específico, ou como patrimônios personificados de direito.

Novamente a crítica de DEL VECCHIO pôs em relevo a inaceitabilidade da teoria, pois que esta eleva os bens ao plano dos sujeitos de direito e, em paralelo, rebaixa estes ao nível das coisas.

A teoria da "realidade objetiva" foi formulada em sentido exatamente oposto ao da "ficção". Para ela, ao lado da pessoa, em sentido restrito o homem, há seres de existência real que, no caso, seriam as pessoas jurídicas. O principal representante desta corrente de pensamento foi OTTO GIEKE. Todavia, há que se ressaltar que essa teoria também recai na ficção, ao referir-se à vontade própria, como imanente à pessoa jurídica, incidindo, assim, no anátema de DEL VECCHIO, acima referido.

Como é habitual no direito, procurando conciliar teses antagônicas, sempre surge uma corrente eclética. Entre as teorias da "ficção" e da "realidade objetiva", que se extremam, surge a teoria da "realidade técnica", também conhecida por "jurídica". Escoimada dos radicalismos, tende a se afeiçoar melhor ao jurídico, sem relegar a base empírica subjacente. Efetivamente, reconhece que a personalidade não é uma mera ficção, mas uma forma de investidura que o Estado defere a determinados entes, havidos como merecedores dessa situação. A pessoa jurídica, embora despida de uma co-natural realidade física, se reveste da realidade jurídica, para o que vale o pressuposto segundo o qual cada ciência

examina sua fenomenologia mediante critérios próprios; nesse passo, seria inexigível que a ciência jurídica apreciasse sua problemática à luz dos critérios que orientam as ciências naturais.

Vontade na Pessoa Jurídica

Admitindo, pois, que a pessoa jurídica emerge do tecnicismo jurídico, apreciaríamos fazer algumas considerações em torno do problema da volição, pelo que de importante ele representa no fenômeno jurídico.

Não causa estranheza, sobretudo porque comuníssima, a administração de pessoa natural ao seu patrimônio próprio. Ostentando capacidade plena, desde que os atos que pratique sejam lícitos e observem forma prescrita ou não defesa em lei, são válidos e, por via de consequência, reconhecidos pela ordem jurídica. Mesmo as liberalidades, respeitados os limites de lei, são plenamente admitidas.

O Direito, pois, respeita a pessoa em sua manifestação, na sua autodeterminação. No caso das liberalidades, zela para que o agente não venha a cair, em razão delas, em estado de insolvência ou de penúria. A ação protetora do direito, resguarda a pessoa de sua própria ingenuidade. Todavia, se o agente, na persecução de seu ideal, por exemplo, fez voto de pobreza por ter entrado em determinada ordem religiosa, o direito reconhece esse superior estado de consciência e não oferece obstáculo a que ele se desfaça de todos os seus haveres.

A noção que ora colhemos é a de que o direito zela para que a manifestação da vontade se faça segundo um juízo finalista, respeitando a individualidade e liberdade de cada qual, consoante sua concepção íntima, forjada no critério de valores escolhidos. O homem é livre para escolher os fins que pretende alcançar, elencados na sua pirâmide de valores. Desde que lícitos, em nada tolhe o direito ao atingimento desses fins; antes, acoroçoa-lhes, visto que se radicam na própria afirmação da personalidade humana do agente.

Transportemos estas considerações às pessoas jurídicas, como entes autônomos de direito. Elas, como realidades constituem-se em patrimônios, em sentido econômico, que se subordinam à propriedade de dois ou mais sujeitos de direitos. Contudo, tal como ocorre com a natureza humana, respeitados os riscos das comparações, esses patrimônios também são informados por finalidades. Há como que uma coesão harmoniosa entre seus elementos estáticos, que se movimentam no plano dinâmico, seguindo uma orientação preordenada, para alcançar fins colimados. Seja como pessoa jurídica de direito público, seja como pessoa jurídica de direito privado.

Na pessoa jurídica de direito privado, a composição equilibrada de seus elementos ativos, o contrato social ou equivalente, a finalidade precípua de alcançar lucros, são elementos que constroem sua individualidade e põem em relevo seus objetivos.

Importante será destacar, se reconhecemos o acervo de atributos descritos, que a vontade que atuará sobre esse patrimônio, imprimindo-lhe vida, é uma vontade distinta da dos sócios ou acionistas. A vontade destes, ao penetrar os umbrais da pessoa jurídica, sofre uma refração, fenômeno que consiste na sua conformação à vontade social, expressa no respectivo contrato ou estatuto.

Vimos, anteriormente, que a vontade pode ser destacada do sujeito. É fenômeno até corriqueiro que acontece no contrato social, inclusive. A vontade da pessoa jurídica, embora emprestada ao psiquismo humano, acaba por se tornar própria, porque original em relação aos seus sócios ou acionistas. Pode-se, assim, ainda que em sentido metafórico, falar-se numa vontade própria das pessoas jurídicas.

Desdobramentos de ordem prática trazem, não obstante, casos que aparentam comprometer a conclusão. Referimo-nos às sociedades em que um dos sócios detenha, por exemplo, 99% do capital social e, também, no caso das empresas individuais, estas equiparadas para fins de imposto de renda às pessoas jurídicas.

Os pressupostos, todavia, são os mesmos e se inserem no quadro geral que examinamos. Por isso, a autonomia e a

individualidade da pessoa jurídica, ainda assim, no que dependa da volição, pode ser admitida.

O direito ao reconhecer às sociedades personalidade, atribuindo-lhes direitos e obrigações, considera necessariamente sua vontade, que emerge não de uma consciência natural mas, se assim podemos falar, de uma consciência convencional, que pode ser lobrigada no contrato social, no estatuto ou em outro diploma equivalente.

NOTAS

- (1) Betti, E., *Teoria Generale della Interpretazione*, Milano, 1.950, p. 850.
- (2) Em Roma, no período imperial, Calígula (37-41 dC) para demonstrar seu menosprezo ao Senado, fez de seu cavalo, "incitatus", senador de Roma. (cfe. *Curso de Direito Constitucional*, Forense, 6ª edição, p. 24, de Paulino Jacques).
- (3) Monteiro, W. B., *Curso de Direito Civil*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1.968, Vol. I, p. 109.
- (4) Lima, João F., *Curso de Direito Civil*, Forense, Rio, 5ª edição, p. 176.

DOCTRINA

ASPECTOS DA LINGUAGEM RURAL DO TRABALHO

Gerson Lacerda PISTORI
Juiz Presidente da 6ª JCJ
de Campinas

O Direito, como ciência, se utiliza de outras ciências para seu desenvolvimento, entre as quais, e principalmente, a semântica, que é o estudo do sentido das palavras (Pierre Guirand, "A Semântica", Difusão Européia do Livro -1972, pág. 7).

Sem dúvida, "o estudo do sentido das palavras" faz parte integrante da estrutura de uma corrente de outra ciência recorrente do Direito, qual seja, a Hermenêutica Jurídica, mais precisamente a escola exegética, que tem como fundamental o uso do texto em si para a interpretação.

Cabe observar que o sentido das palavras se altera incontinenti à alteração ocorrida na sociedade, o que se estabelece "de baixo para cima" e em seguida "de cima para baixo", ou seja, à medida que a população vai modificando ou aperfeiçoando o sentido das palavras, a chamada "Norma Culta" (forma registrada nas gramáticas), vai integrando tais modificações a seu sistema através do tempo, autores consagrados e dicionários. Da mesma maneira, como relação, à medida em que a sociedade vai alterando as situações e relações jurídicas intrínsecas, a norma caminha para institucionalizar tais alterações.

Tais caminhos paralelos e interagentes entre estas ciências são por demais notados no âmbito do Direito do Trabalho, onde a terminologia de situações passa a ser denominada e aperfeiçoada pelos próprios sujeitos analisados pela ciência jurídica, quais sejam, os trabalhadores e os empregadores.

Um dos exemplos agudos dessa situação: a criação, alteração e aperfeiçoamento do sentido das palavras no âmbito do Direito do Trabalho, se faz manifestar no contexto do trabalho rural, onde costumes e situações diferem do contexto urbano, base inicial da ciência jurídica do trabalho.

Pudemos obter "In loco" e através da ajuda valiosa do departamento jurídico da Usina Zillo Lorenzetti, diversas denominações utilizadas na cultura do açúcar e algumas outras culturas, como laranja e café, na região central do Estado de São Paulo. Assim, se de surpresa ouvíssemos a seguinte frase: - "Aquele campeão deixou cair bituca", aquilo que poderia representar, na cidade, como o atleta que jogou fora a ponta do cigarro, no âmbito do trabalho rural significa que o caminhão carregado com um lote de cana-de-açúcar para pesagem, deixou cair alguns pedaços de cana. Da mesma forma, se ouvíssemos que "aquilo é cana de ano e meio", isso não representaria cana velha, mas sim, cana plantada entre dezembro e abril. Outro exemplo: "Romeu e Julieta não 'entra' na rua", significa que o caminhão composto de duas partes (romeu e julieta) não cabe na "rua", que é o espaço entre as linhas de plantação de cana. A rua entre as quadras ou talhões de plantação chama-se carreador.

Passamos, a seguir, a oferecer um esboço de um glossário de denominações do trabalho rural:

- 1) **Gato:** Empreiteiro utilizado para contratação de terceiros para a cultura de cana-de-açúcar.
- 2) **Carreadores:** Estradas ou caminhos utilizados para separar áreas cultivadas e dar escoamento à produção.
- 3) **Talhão ou Quadra:** Área cultivada com uma mesma variedade e idade; possui de 6,00 a 7,00 ha, divididas por carreadores de 4,00 m.

- 4) **Lote:** Agrupa um certo número de quadras ou talhões, com a mesma variedade e idade, divididas por carreadores de 6,00 m.
- 5) **Setor:** É um grupo de fazendas, por exemplo: subdivididas em cinco na área total da usina, em torno de 9.500 ha cada.
- 6) **Fazenda:** Agrupa um certo número de lotes, com diversas idades e variedades, em função do manejo agronômico.
- 7) **Frente de Trabalho:** Agrupamento de pessoas ou máquinas no plantio, na colheita ou no cultivo.
- 8) **Escalação de Eito:** Após a descida do caminhão, são escolhidos, de forma rotativa, os locais e grupos de trabalho.
- 9) **Eito:** É um grupo de ruas ou sulcos de canas, que cada trabalhador terá que cortar; o número de sulcos está em função do espaçamento entre eles, no caso de 1,10 m, por exemplo, corta-se com 7 ruas e 1,30 m corta-se com 5 ruas.
- 10) **Compasso:** Instrumento utilizado para medir a cana cortada pelo trabalhador; possui 2,00 m de abertura com ponta de ferro.
- 11) **Fiscal de Equipe:** Pessoa que orienta, corrige e recebe (mede) o serviço do trabalhador.
- 12) **Recebedor:** Idem ao Fiscal de Equipe.
- 13) **Campeão:** O veículo é carregado em três pontos da quadra, com o conferente medindo, utilizando-se do compasso, a quantidade de metros de eito ali carregado. O veículo dirige-se até a usina, onde é pesado e descarregado. De posse deste peso é possível fazer a conversão do peso em kg por metro, orientando, assim, o preço a ser pago ao cortador por metro de eito cortado.
- 14) **Arruadeira:** Folha de cana.
- 15) **Lençóis:** Plantação de pinus ou eucalipto, plantados a cada 15 m de café.
- 16) **Aparas do Campeão:** Depois de efetuada a carga do veículo que irá fazer o campeão, antes de sair da lavoura, o motorista efetua o corte de canas que possam estar para fora da carroceria do

veículo. Estas canas, depois de cortadas, são introduzidas na carga de madeira que também vão à usina, onde será efetuada a pesagem.

- 17) **Conversão de Quilos por Metro:** Plantado com espaçamento de 1,30m possui 7.692 m lineares de sulco. Como cada eito possui 5 sulcos, divide-se 7.692 por 5, o que dá 1.538,5m de eito. Imagine-se, então, que na viagem que foi feita, o campeão tenha pesado 13.500 kg e mede-se 290m de eito, é só dividir 13.500 kg por 290 m, encontra-se 46,55 kg/m. De posse deste número, é só multiplicar pelo preço de corte da tonelada que prevê o acordo coletivo e dividir por 1.000; encontramos, então, o preço por metro que o trabalhador receberá.
- 18) **Bituca:** Quando efetuado o carregamento, caem algumas canas da carregadeira. Estas canas são climadas de bitucas.
- 19) **Bituqueiro:** Pessoas que trabalham atrás da carregadeira, catando as canas que caíram da carregadeira, e colocando-as na leira do lado, que será carregada, posteriormente.
- 20) **Curva de Nível ou Terraço:** Durante o preparo do solo, ou seja, antes do plantio da cana, são feitas barreiras contínuas do próprio solo com o intuito de segurar as águas pluviais. Estas barreiras são construídas em nível, servindo inclusive para orientar a sulcação no plantio que também é em nível, o que proporciona também a colheita em nível.
- 21) **Cana Fraca:** Canas de baixa produção.
- 22) **Cana Soca:** A partir do 2º (segundo) corte.
- 23) **Cana Ano e Meio:** Canas plantadas entre dezembro e abril.
- 24) **Cana de Ano:** Canas plantadas entre setembro e novembro.
- 25) **Rua:** Espaço entre cada linha de plantação em metro linear ou linhas.
- 26) **Treminhão:** Caminhão com três partes.
- 27) **Romeu e Julieta:** Caminhão com duas partes.
- 28) **Penetrador:** Quem joga piche com mangueira.
- 29) **Coruja ou Farol:** Resto de cana não cortada.
- 30) **Telefone:** Resto de rua não cortada em atraso.

DA FRAUDE PENAL E DA FRAUDE CIVIL

José Antônio TIBÚRCIO

INTRODUÇÃO

A questão básica que propomos estudar no presente trabalho é constituída pelas distinções acaso existentes entre as chamadas **fraude civil e fraude penal**. Entretanto, para uma melhor análise do que seja o procedimento da **fraude**, para posteriormente vislumbrá-la à luz do Direito Civil e do Direito Penal e assim atingirmos nosso objetivo, abordaremos "ab initio" o seu conceito e caracteres históricos, a fim de que também possamos obter uma visão mais global acerca do tema. É o que veremos a seguir.

II. CONCEITO DE FRAUDE.

Várias são as fontes e autores que nos fornecem um conceito de **fraude**. Para VON LISZT, "fraude é essencialmente, a lesão patrimonial realizada por meio de malicioso engano."

O Código Prussiano de 1851 rezava em seu Parágrafo 241 que "culpado de fraude é aquele que, com o fim de obter uma vantagem, provoca um erro prejudicial aos bens alheios, seja alegando fatos falsos, seja alterando ou suprimindo fatos verdadeiros".

Já o Código Penal do Império Germânico de 1870 dispunha em seu § 263 que "é punido por fraude entre os alemães "betrug" - aquele que com a intenção de procurar para si ou para

terceiro, lucro ilícito, causa dano aos bens alheios, provocando ou mantendo alguém em erro, quer mediante simulação de fatos falsos, quer alterando ou dissimulando fatos verdadeiros”.

Entre nós, o Código Penal de 1890, em seu Artigo 338, Inc. 5º, a previa “in verbis”: “usar de artifícios para surpreender a boa fé de outrem, iludir a sua vigilância ou ganhar-lhe a confiança; e, induzindo-o a erro ou engano por esses e outros meios astuciosos, procurar para si lucro ou proveito.”

Podemos dizer, com JÚLIO FABBRINI MIRABETE, que a fraude é o expediente utilizado pelo agente para levar alguém a erro a fim de que este atue com uma falsa representação da realidade. O sujeito se serve de um meio enganoso que determina a vítima a praticar uma ação que, sem a fraude não praticaria.

III. ASPECTOS HISTÓRICOS DA FRAUDE.

III. A) IDADE ANTIGA

III. A-1) EGITO.

No Antigo Egito não havia um Código Penal, nem um sistema de Direito estruturado, porque a religião, a moral e o Direito se confundiam, embora os egípcios possuísem noções profundas de diversas ciências, como a Matemática e cerca de 21 operações médicas envolvendo desde o apêndice até o cérebro eram por eles conhecidas.

Ali eram punidas com grande rigor as ações contra o Faraó, contra a religião e a classe dominante. Assim, o roubo dos celeiros dos templos ou o roubo do trigo do Faraó eram punidos com bastonadas, com o corte da mão e a seguir era aplicada a pena de morte.

Uma das fraudes mais comuns no Antigo Egito e que mais preocupava os governantes era a praticada pelos funcionários,

"os homens da lei", contra os cidadãos egípcios, sobretudo na cobrança de impostos. A punição consistia na aplicação de no mínimo cem bastonadas, podendo ir até a ablação do nariz e das orelhas e deportação para uma espécie de campo de concentração em Silé, no Istmo de Suez.

Outro tipo de fraude também punida rigorosamente era a pilhagem de túmulos dos antigos faraós e nobres.

Observe-se, contudo, que o egípcio procurava agir corretamente, sem incidir na prática das fraudes previstas no Livro dos Mortos (por exemplo, brutalizar o pobre, causar a fome de alguém, diminuir o alqueire, diminuir o palmo - medidas egípcias - etc), por força das disposições sobrenaturais e religiosas ali contidas, mais do que pela força das leis humanas, ou dos decretos punitivos do Faraó.

III. A-2) BABILÔNIA

Os babilônios e os assírios receberam dos ancestrais sumerianos uma ampla herança cultural que incluía a religião, os costumes, a escrita cuneiforme, etc. O mais famoso Código babilônico e da Antigüidade é o de **HAMMURABI**, rei que consolidou num texto de pedra os usos e costumes do povo. Antes desta codificação, os babilônios, assim como os egípcios, guiavam-se pela religião e lei moral que lhes determinava o caminho reto. **HAMMURABI** procurou separar o religioso do jurídico, o pecado do crime, a conduta ética da conduta moral e social, transformando-se no primeiro grande legislador da História. Seu mérito foi fundir leis e preceitos locais num código ordenado, contendo cerca de trezentos parágrafos.

O professor **Edgard Magalhães Noronha** salienta que surpreendentemente este Código já previa a distinção entre o crime culposo e o doloso, neste último, punindo-se a fraude, como no Artigo 197, por exemplo: "Se alguém tirar um olho a outrem, perderá o próprio olho". A regra para a punição dos crimes dolosos (fraudes) era a retribuição taliônica, o que não deixava de ser um avanço para a época, pela individualização da pena.

III. A-3) HEBREUS.

O primeiro código ético e moral do povo hebreu foram os "Dez Mandamentos". Nessa época existiam as 12 tribos, sendo que o Direito Punitivo se ressentia da falta de base política, da ausência de estruturação estatal. As tribos se reuniam apenas em casos de invasão ou guerra, quando então elegiam um juiz para que as dirigisse durante aquelas emergências.

No "Decálogo" estão enumeradas diversas fraudes, às quais os judeus deviam abster-se de cometer. Por exemplo: "Não adulterarás, não furtarás, não dirás falso testemunho contra o teu próximo, etc. Continua ele a ser a base dos modernos códigos penais, tratando-se de uma síntese moral, uma condensação muito importante.

Com a separação do Direito e religião em época posterior, surgiu o Código Deuteronômico, como codificação jurídica, mas com forte influência religiosa. Ele visava infundir na sociedade hebraica um caráter mais democrático e igualitário, pois todos os códigos antigos regiam as relações sociais e jurídicas da classe dominante, sendo as classes dominadas e os escravos excluídos pelo Direito. O Código Deuteronômico era realmente bastante liberal para sua época e baseava-se nos ensinamentos de **MOISÉS**. Proibia as fraudes praticadas entre os irmãos mas era benigno para com aquelas perpetradas entre os hebreus e estrangeiros, como dispunham os demais códigos éticos, morais e jurídicos da Antigüidade.

III. A-4) GRÉCIA

Na Antigüidade grega, cada cidade-Estado tinha suas leis e Justiça próprias e a aplicação desta última é a princípio um privilégio dos reis portadores de cetro (temistes). Segundo **ROBERTO FLACELIÉRE**, entretanto, na Atenas democrática de **PÉRICLES**, este poder real é exercido pelo povo, como autoridade suprema, deixando à Assembléia do Areópago certas causas de assassinato.

Na sociedade ateniense, entretanto, não havia órgão acusador, ou seja, Ministério Público.

Ali, os crimes contra as organizações políticas das cidades e estados eram os mais graves e mais severamente punidos. Os delitos contra os indivíduos ficavam em 2º plano.

O Direito Grego (principalmente o de Atenas, que conhecemos de forma mais ampla) não se interessava em punir a fraude quando o agente visasse o patrimônio individual mas sim quando fosse seu intuito dar prejuízo à cidade (ao patrimônio comum), ao comércio, à alfândega, havendo aí penas severas, sendo dever de todo cidadão promover a acusação, em benefício do bem-estar comum. Até prêmios eram instituídos para que o cidadão promovesse tal persecução e se o acusado fosse condenado, parte da multa se destinava ao acusador.

III. A-5) ROMA

O Direito Romano teve o mérito de ir separando aos poucos a Religião do Direito, elaborando um direito dinâmico em permanente evolução. No seu bojo surgiu o delito de estelionato, com este "nomen juris". A palavra tem suas raízes etimológicas no latim "stellionatu", de "stellione", lagarto, que tem nas costas sinais com forma de estrela (stella): daí engano, falsidade, pois tal lagarto muda constantemente de cor conforme o ambiente em que se encontre. Na Antiga Roma, praticava estelionato quem: 1) sendo devedor, transferia como sendo sua a coisa dada, sem consentimento do credor; 2) penhorava coisas alheias ou dava em penhor coisas de outrem; 3) para lesar o credor, passava por outrem; 4) dava em penhor a um credor cobre por ouro; 5) vendia o estado livre como escravo, dissimulando a sua condição de liberto. Era necessário, entretanto, que o sujeito ativo tivesse agido com "dolus". O estelionato já era incriminado pela "Lei das XII Tábuas", ao prever a hipótese de fraude onde quem, por meio de falso título, conseguisse a posse provisória de uma coisa controversa.

Foi o Jurisconsulto **J. AQUILIO GALO** quem introduziu no Sistema Geral do Direito Romano a ação subsidiária do estelionato

que até então se denominava "fraus". A qualificação geral da figura do "stellionatus" surgiu pelo Segundo Século do Império, depois de **ADRIANO**. A tentativa não era punida e o delito se referia só às lesões patrimoniais, não previstas nas leis existentes.

III. B) IDADE MÉDIA

III. B-1) CONSIDERAÇÕES GERAIS.

No transcorrer da Idade Média o conceito do delito de estelionato já não é o mesmo dos antigos romanos, sofre reformulações, haja visto que muitos crimes tidos como furto em Roma, agora são considerados estelionato. As Escolas penais Clássica, Positiva e Técnico-Jurídica procuraram distinguir, separar e mesmo definir de forma mais autônoma a figura do estelionato e os outros crimes contra o patrimônio, segundo lição de **RAVIZZA**.

III. B-2) DIREITO CANÔNICO

A palavra estelionato não é utilizada no Código de Direito Canônico e igualmente não encontramos tal terminologia clássica e tradicional dentre os autores da Igreja, embora o Direito Eclesiástico derive do tronco comum aos outros ramos do Direito, ou seja, do Direito Romano. A expressão ali consagrada é "possessio malae fidei rei alienae", ou seja, "posse de um bem alheio mediante má fé".

Se traçarmos um paralelo, no que se refere ao conceito de estelionato, entre o Código Penal Brasileiro atual e o Código de Moral da Igreja, teremos que o Artigo 171, "Caput" do primeiro diploma reza: "obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento". Também o segundo diploma o define como a posse (obtenção) indevida de um bem alheio, mediante o uso de meios fraudulentos. Como se vê, o

Código Penal amplia o texto do Código Canônico, havendo quase que uma perfeita concordância entre os textos analisados.

No que diz respeito às sanções, a legislação eclesiástica não prevê penas de reclusão, mas de anulação ou de restituição de coisa "onerata consciência". As reprimendas são de caráter moral, mas não menos rigorosas e eficazes do que as previstas em códigos penais de diversos países, ao menos para quem deseja coordenar seus atos segundo a consciência crista. Elas podem ser divididas em três grupos a saber: a) **Censuras**; b) **Penas vindicativas**; c) **Remédios Penais**.

A) CENSURAS

(Cânon 2255)

Excomunhão

Interdição

Suspensão

B) PENAS VINDICATIVAS

(Cânon 2306-2291)

enumeram-se doze

C) REMÉDIOS PENAIS

(Cânon 2306)

Monição

Correção

Preceito

Vigilância

No tocante à **prescrição** em matéria de fraude (estelionato), o cânon 1512 reza que "não é válida a prescrição, a não ser que haja "boa fé", não só no início da posse, mas até depois de terminado o tempo exigido para a prescrição.

III. C) IDADE CONTEMPORÂNEA

III. C-1) FRANÇA

O Código Penal Francês, promulgado em 1949, prevê o delito de estelionato (D'Escroquerie) no Artigo 405, onde se

comina pena privativa de liberdade até 05 anos e pena pecuniária de sessenta mil francos.

III. C-2) POLÔNIA

Na Polônia o estelionato está previsto no Artigo 264, § 1º do Código Penal. A disposição que o tipifica acentua que o prejuízo pode se efetivar sobre o "bem de outro", isto é, a pessoa enganada pode ser simplesmente detentora de um bem alheio, caso em que o prejuízo será do proprietário do bem. O nosso Código Penal fala em prejuízo alheio e que poderá ser também da pessoa, a mesma que sofreu o ato físico, o engano, ou então de outrem.

III. C-3) ITÁLIA

As disposições do Código Penal Italiano de 1930 (Código Rocco) sobre o estelionato e outras fraudes são mais amplas e mais complexas do que as previstas no nosso Código. Tais infrações estão previstas no Capítulo II daquele diploma que prevê "Dei Delitti Contro il Patrimônio Mediante Frode", sendo que o estelionato (truffa) propriamente dito está disciplinado no Artigo 640. No Capítulo também se verifica a previsão dos delitos de Usura (Artigo 644), fraude na emigração (Artigo 645), apropriação indébita (Artigo 646), entre outros.

III. C-4) AMÉRICA DO SUL

Em nosso Continente, nos países vizinhos, o estelionato recebe o "nomen juris" de "estafa". Assim está ele previsto no Artigo 173, Inciso 9º do Código Penal Argentino e Artigos nºs 1178 e 1179 do Código Civil daquele País.

O Código Penal da Bolívia cuida da matéria no Artigo 637 e seguintes, no Livro II - "De los Delitos contra los particulares": "De las estafas e engaños". Esse Código segue outro sistema, pois cuida em primeiro lugar dos crimes contra o Estado e a Administração da Justiça e ao final dos crimes menos graves para a Coletividade, ou seja, "os delitos contra "os particulares".

Na Costa Rica, o Artigo 281 do Título V, Lib.II, cuida da "Estafa y otras defraudaciones".

Na Colômbia, o Artigo 408 do Código Penal dispõe de "La Estafa": Artigo 408 - "El que induciendo a una persona en error por medio de artificios e engaños, obtenga un provecho ilícito con perjuicio de otro, incurra en prisión de uno a siete años, y multa de diez a dos mil pesos".

Percebemos que existe perfeita identidade de pensamento entre o legislador colombiano e o brasileiro, no que tange à previsão do estelionato ou "estafa". De modo geral todos os demais códigos latino-americanos expressam neste campo o mesmo que o Código Penal Colombiano e o Brasileiro.

III. C-5) BRASIL

Em nosso País, o atual Código Penal em vigor (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), trata do estelionato e outras fraudes em seu artigo 171 e parágrafos, que faz parte do Capítulo VI, Título II - "Dos Crimes Contra o Patrimônio". O estelionato propriamente dito esta previsto no "Caput" do Artigo 171. Prevê-se ainda as seguintes modalidades de fraude, todas apenadas de acordo com a sanção do "Caput": a disposição de coisa alheia como própria (§2º, Inciso I); alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria (§2º Inciso II); defraudação de penhor (§2º, Inciso III); fraude na entrega da coisa (§2º, Inciso IV); fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro (§2º, Inciso V) e fraude no pagamento por meio de cheque (§2º, Inciso VI).

IV. DA FRAUDE CIVIL E DA FRAUDE PENAL NO BRASIL

IV - A) A FRAUDE NO DIREITO CIVIL

Em linhas gerais, a fraude está disciplinada em nosso Código Civil principalmente nos Artigos 106 a 113, sob a rubrica

de Fraude Contra Credores (Seção V). Nessas disposições procura o Código reprimir a fraude verificada em cinco tipos de negócios jurídicos: a) atos de transmissão gratuita de bens; b) atos de remissão de dívida; c) Contratos onerosos; d) pagamento antecipado de dívidas; e) outorga de direitos preferenciais. Entretanto, vamos verificar ainda que a fraude pode contaminar outros atos jurídicos.

Os atos eivados de fraude são anuláveis, de acordo com o Artigo 147, nº II, daquele diploma. A anulação é demandada pela ação revocatória ou pauliana, de origem romana, assim chamada por causa do pretor **PAULO**, seu introdutor nos editos. Essa ação só pode ser proposta por credor, que já o fosse quando se praticou o ato acoimado de fraudulento. O credor posterior encontra comprometido o patrimônio do devedor, não tendo, pois, direito de reclamar contra a suposta fraude. Isto também ocorre em relação ao credor com garantia real, por falta de interesse econômico ou moral.

Uma vez anulados os atos fraudulentos, a vantagem resultante reverterá em proveito do acervo sobre que se tenha de efetuar o Gonourso de credores (Artigo 113).

Cumprе não confundir os conceitos de fraude contra credores e fraude de execução, prevista na lei civil adjetiva (Artigo 593 do Código de Processo Civil). A fraude de execução é incidente do processo civil, regulado pelo direito público; fraude contra credores é defeito dos atos jurídicos, disciplinado pelo direito privado. Aquela torna nulo o ato, ao passo que esta, apenas anulável. A decretação da fraude de execução independe de ação revocatória. Os bens do executado continuam a responder pelas dívidas deste, como se nunca tivessem saído de seu patrimônio. No tocante ao reconhecimento da fraude contra credores, ele depende do ajuizamento da ação pauliana.

IV - B) A FRAUDE NO DIREITO PENAL

Em nosso Ordenamento Jurídico-Penal, a fraude é elemento constitutivo e característico do **estelionato**, mas eventualmente, é exigida em outros tipos penais, expressa ou

implicitamente, ora como integrante do tipo básico (Artigos 175, 215, 236 do C. P.), ora como qualificadora (Artigos 227, §2º, 228, §2º, do C. P., etc).

Discute-se na Doutrina se o uso de narcóticos, entorpecentes ou inebriantes constitui-se em violência ou fraude. Se houver submissão da vítima para que a substância seja ministrada, em virtude de agressão física, não há dúvida de que presente estará a "vis corporalis". Se não houver agressão física, nem coação pessoal externa, mas o emprego de meio astucioso, aí poder-se-á falar em fraude.

Esta, no âmbito de nosso Ordenamento, é produzida por artifício (meio predominante material), ardil (meio predominante moral) ou qualquer ato insidioso, clandestino, enganoso.

Note-se que a simples mentira pode constituir-se no embuste capaz de iludir, mesmo quando desacompanhada de qualquer "mise-en-scène", bem como o silêncio de quem tem o dever de dizer a verdade ou alertar terceiro para que não seja induzido ou mantido em erro, pode ser considerado meio fraudulento.

Tema interessante é o que se refere ao dolo bilateral, também denominado fraude recíproca. A doutrina e a jurisprudência são unânimes neste ponto. Para o legislador brasileiro, assim como para muitos estrangeiros, é indiferente "o motivo determinante" da ação da vítima e se ela foi lesada de boa ou má fé, desde que o ofendido sofreu o prejuízo advindo de ardil ou artifício que lhe preparou o acusado (cujo alcance não foi vislumbrado pelo primeiro) o crime estará consumado.

IV - C) A DIFERENÇA ENTRE A FRAUDE CIVIL E A FRAUDE PENAL

Atingimos agora o cerne e epílogo do presente trabalho com a análise da questão da existência ou não de eventuais diferenças entre a fraude penal e a fraude civil. Tal estudo é importante para que possamos distinguir o estelionato do mero ilícito civil imunível. Vários critérios foram sugeridos para tal

desiderato; assim, afirma-se que existe fraude penal apenas quando há o propósito "ab initio" do agente de não prestar o equivalente econômico; há um dano social e não puramente individual; há um perigo social, mediato e indireto; há uma violação da norma jurídica que, pela sua intensidade ou gravidade, tem como única sanção adequada a pena.

Somente a razão prática de assegurar a ordem jurídica, com sanções adequadas ou proporcionadas justificaria a separação entre fraude penal e fraude civil. Contudo, apenas critérios elucidativos podem ser preestabelecidos e que menor precário se nos apresenta é o que mencionamos inicialmente, ou seja, o que fixa que existe fraude penal, quando relativamente idôneo o meio iludente, se descobre, na investigação retrospectiva do fato, a idéia preconcebida, o propósito inicial da frustração do equivalente econômico.

A jurisprudência tem entendido que há fraude penal quando o escopo do agente é o lucro ilícito e não o do negócio (RT 423/344), já que a fraude penal pode manifestar-se na simples operação civil, não passando esta, na realidade, de engodo fraudulento que envolve e espolia a vítima (RT 329/121). Porém é comum nas transações civis ou comerciais certa malícia entre as partes, as quais procuram encobrir os defeitos ou inconveniências das coisas e aí teremos simplesmente o dolo civil, não o dolo configurador do estelionato.

Na verdade, pretendida distinção entre a fraude penal e a fraude civil é supérflua, arbitrária e fonte de danosíssimas confusões, conforme decisão do Tribunal da Alçada Criminal de São Paulo, uma vez que não há diferença de natureza, ontológica, entre fraude civil e fraude penal. Não há, a rigor, fraude civil e fraude penal: a fraude é uma só. O que realmente importa é verificar se, em determinado fato, se configuram todos os requisitos do estelionato, caso em que o fato é sempre punível, sejam quais forem as relações, a modalidade e a contingência do mesmo fato. Esta é a orientação da RT 543/347-348, com a qual concordamos.

V - BIBLIOGRAFIA

- V-A) **PEREIRA RIBEIRO**, José Antônio - "Fraude e Estelionato" - 2ª Edição, Sugestões Literárias S/A, São Paulo/SP, 1976, pág. 07 e segs.
- V-B) **MIRABETE**, Júlio Fabbrini - "Manual de Direito Penal" - 6ª Edição, Parte Geral, Editora Atlas S/A, São Paulo/SP, 1992 pág. 38 e 272.
- V-C) **MONTEIRO**, Washington de Barros - "Curso de Direito Civil" 26ª Edição, Editora Saraiva S/A, São Paulo/SP, 1986, pág. 215 a 223.
- V-D) **MARQUES**, José Frederico - "Manual de Direito Processual Civil" - Volume IV, 6ª Edição, Editora Saraiva S/A, São Paulo/SP, 1986, pág. 47 a 50.

JURISPRUDÊNCIA

Proc. n. ZERO(*)

*"Mas vós, por favor,
não deveis vos indignar.
Toda criatura precisa
da ajuda dos outros"*
BERTOLD BRECHT (do
poema "A infanticida
Maria Farrar")

VISTOS ETC

MARIA FARRAR*, qualificada na inicial, REQUEREU autorização judicial para a prática de ABORTAMENTO NECESSÁRIO ou TERAPÊUTICO, com fundamento no artigo 128, inciso I, do Código Penal, alegando, em apertada síntese, o seguinte: a interessada é casada; ela tem dois filhos: um deles conta nove e o outro conta cinco anos de idade; ela está grávida; foi diagnosticada a "anencefalia fetal": a extremidade cefálica do feto apresenta ausência dos ossos do crânio e das estruturas cerebrais; a gravidez pode ser complicada por aumento do volume líquido amniótico, hipertensão arterial materna e alterações de mecânica do trabalho

(*) OBSERVAÇÃO: A decisão foi proferida pelo juízo da Vara do Juri e das Execuções Criminais da Comarca de Campinas. A sentença é real. Entretanto, para preservar o sigilo do procedimento jurisdicional, o nome da interessada foi substituído por **MARIA FARRAR**, em lembrança ao poema "A infanticida Maria Farrar", escrito por BERTOLD BRECHT. O número do processo foi substituído por ZERO.

de parto; a gestação de fetos malformados, particularmente mais severas, resulta em prognóstico ominoso para a saúde materna, caracterizando GRAVIDEZ de ALTO RISCO; várias complicações podem surgir durante o parto; a interessada está deprimida e apresenta perturbação psicológica; a sobrevida extra uterina do feto é inviável (fls. 02 a 07).

O Ministério Público requereu a apresentação de laudo comprovando que "não há outro meio para salvar a vida da gestante" (fls. 28).

Eis o relatório.

DECIDO.

1 - INTRODUÇÃO. O ABORTAMENTO POR INDICAÇÃO EUGÊNICA.

NELSON HUNGRIA, comentando as hipóteses legais de excludentes de antijuridicidade específicas para o abortamento, assevera que "andou acertadamente o nosso legislador em repelir a legitimidade do aborto eugenésico, que não passa de uma das muitas *trouvailles* dessa pretensiosa charlatanice que dá pelo nome de *eugenia*. Consiste esta num amontoado de hipóteses e conjeturas, sem nenhuma sólida base científica. Nenhuma prova irrefutável pode ela fornecer no sentido da previsão de que um feto será, fatalmente, um produto degenerado. Eis a lição de Von Franquè: "Não há doença alguma da mãe ou do pai, em virtude da qual a ciência, de modo geral ou nalgum caso particular, possa, com segurança, prever o nascimento de um produto degenerado, que mereça, sem maior indagação, ser sacrificado ... Os enfermos mentais, posto que capazes de reprodução, podem ter descendentes interinamente sãos e de alta espiritualidade ... A grande maioria dos tuberculosos gera filhos perfeitamente sãos e até mesmo robustos" (...) " (Comentários ao Código Penal, v. I, p. 314, FORENSE, RJ, 1.958).

Contudo, tal posicionamento do ilustre penalista não há de prevalecer e é descabido para o caso em exame.

Em primeiro lugar, devo lembrar que, por óbvias e conhecidas razões históricas, quando NELSON HUNGRIA fez tais afirmações, a palavra "eugenia" carregava, em sua singela expressão descritiva, uma pesada carga de rejeição emocional e social, a qual, obviamente, refletia-se no pensamento dos penalistas da época.

Aliás, ALBERTO SILVA FRANCO, que fez precisa análise a respeito da rejeição emocional à expressão "eugenia", afirma o seguinte: "Não se desconhece que inúmeras palavras, além de seu sentido puramente descritivo, têm o condão de provocar nas pessoas, que as ouvem, ou que as lêem, reações emocionais. Fala-se, então, do "significado emotivo" dessas palavras que se adiciona ao seu "significado descritivo". "Eugenia" é um dos vocábulos capazes de gerar, além de restrições a respeito de seu significado descritivo, um nível extremamente alto de rejeição emocional e, tal reação está vinculada ao uso que dele foi feito, na Alemanha, durante o período nacional-socialista. A "Lei para a purificação da raça" (*erbgesundheitsgesetz*) introduziu, por motivos da chamada "saúde do povo" (*volksgesundheit*) a justificação dos casos de indicação eugênica (esterilização, interrupção da gravidez, extirpação de glândulas sexuais). "Eugenia" tornou-se palavra tabu" (Revista de julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo. Aborto por indicação eugênica, v. 132, p. 9).

Assim, a expressão "indicação eugênica" deve ser analisada, cientificamente, especialmente no caso em exame, sem tal carga da indesejável e prejudicial rejeição emocional.

A indicação eugênica, *in casu*, e hodiernamente, não está vinculada ao conceito abrangente que lhe emprestou o nacional-socialismo alemão: não há mais falar em abortamento eugênico para se obter uma raça de "super-homens" nem para a conservação da "pureza" de uma determinada raça.

A hipótese em exame é singela, direta e objetiva: o feto não tem cérebro e a sua vida extra uterina é inviável; e a gestante está vivenciando uma gravidez de alto risco.

Mas não é só.

Não se pode olvidar, também, de que o referido posicionamento do insígne penalista nomeado exsurgiu como crítica ao projeto do Código Penal Dinamarquês, que previa a possibilidade da prática do abortamento eugenésico "quando existe perigo certo de que o filho, em razão de predisposição hereditária, padecerá de enfermidade mental, imbecilidade ou outra grave perturbação psíquica, epilepsia ou perigosa e incurável enfermidade corporal" (op. cit. p. 313).

Entanto, *in casu*, a situação é totalmente diferente.

É que não há falar em mera "predisposição hereditária" nem se trata de "enfermidade mental, imbecilidade ou outra grave perturbação psíquica, epilepsia ou perigosa e incurável enfermidade corporal".

Na realidade, a interessada foi submetida a um exame ultrassonográfico pelo Serviço Médico Fetal do Serviço de Medicina Fetal da UNICAMP e, com base em tal exame científico, ficou constatado o seguinte: "OBSERVADO APENAS BASE DO CRÂNIO. AUSÊNCIA DE PARÊNQUIMA CEREBRAL E ABÓBODA CRANIANA" (fls. 12).

Eis a conclusão científica: "A extremidade cefálica demonstra ausência dos ossos do crânio e das estruturas cerebrais normais. O tórax, o abdômen e os membros fetais são aparentemente normais e a biometria confirma a idade gestacional. O DIAGNÓSTICO ECOGRÁFICO É DE ANENCEFALIA FETAL" (fls. 14).

Portanto, não há falar em diagnóstico embasado em mera predisposição hereditária nem há falar em um "amontoado de hipóteses e conjeturas, sem nenhuma sólida base científica", como afirma NELSON HUNGRIA.

Há, na realidade, na espécie, um diagnóstico, exarado com exação científica, embasado em exame direto, moderno e preciso, que revelou, com a necessária e exigida certeza científica, a **ANENCEFALIA FETAL**.

Induvidosamente, há neste caso a reclamada "sólida base científica" para o diagnóstico obtido.

E ainda não é só.

Não se pode olvidar, também, de que NELSON HUNGRIA fez a referida crítica há mais de TRINTA E CINCO ANOS.

Inegavelmente, houve um brutal desenvolvimento científico daquela época a esta parte.

Atualmente, como é cediço, existem exames, que são realizados com eficácia absoluta e com precisão tecnológica, hábeis para a afirmação de diagnósticos exatos, com sólida base científica, os quais não existiam no primeiro quartel do século ou mesmo há alguns anos.

Os diagnósticos de "malformação fetal" e, em especial, aqueles que revelam a "anencefalia", não são tirados hodiernamente com embasamento em conjecturas nem em hipóteses empíricas nem em mera "predisposição hereditária".

Como aconteceu no caso em exame, o atual estágio do desenvolvimento científico e tecnológico da medicina permite um diagnóstico conclusivo, exato e preciso.

E, à evidência, o Direito Penal não pode ficar alheio ao desenvolvimento da ciência nem às conseqüentes evoluções históricas do pensamento, da cultura e da ética em uma sociedade em constante transformação.

Como lembra FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, o Direito Penal é um fenômeno histórico e deve estar submetido, sempre e sempre, a um interminável processo de ajustamento às exigências de uma sociedade em constante mutação.

Aliás, afirma JUAN DEL ROSAL que "o penalista vive o centro da significação histórica do acontecimento da vida".

Assim, em situações como a que neste caso é trazida a juízo, as quais reclamam aplicação das normas penais, não se pode olvidar do atual avanço científico e tecnológico da medicina, o qual, inexoravelmente, acarreta profundas transformações éticas e culturais na sociedade.

2 - A ANENCEFALIA FETAL E A SITUAÇÃO DA GESTANTE

O caso, comprovadamente, é de anacrania ou de anencefalia fetal e "não há na literatura médica relato de sobrevivência neonatal (pós-parto) destes produtos gestacionais, exceto por horas ou excepcionalmente dias, pela ausência dos tecidos cerebrais (Referências: "Obstetrícia Rezende", Jorge de Rezende, Ed. Guanabara Koogan, 1.987, Capítulo 42, páginas 748-40: 2.- "Willianms Obstetrics", 19th Edition, Cunningham, MacDonald, Gat, Leveno & Gilstrap, 1.993, Ed. Appleton & Lange, Capítulo 40, páginas 928-9)" (fls. 14).

As condições decorrentes de tal malformação acarretam complicações sérias para a gestante.

Com efeito, segundo declaração do dr. JOÃO LUIZ PINTO DA SILVA, Diretor da Divisão de Obstetrícia da UNICAMP, "para Edwards & Filly, (1.983) o polihidrâmnio, patologia gestacional de mau prognóstico, complica 50% dos casos de anencefalia (213 das malformações). De outro lado e bem conhecido que as condições associadas a hiperplacentose e freqüentemente polihidrâmnio predispõem a maior incidência de pré-eclâmpsia, patologia de prognóstico grave para o interesse materno. Segundo estes estudos, em 70 casos de polihidrâmnio, 17.7% evoluíram para pré-eclampsia severa e 45% para forma moderada da doença. Segundo Willians (1.982), os prejuízos impostos ao organismo materno são significativos: deslocamento prematuro da placenta, hemorragias pós-parto, disfunções uterinas. Ha relatos de choque pós-rotura de bolsa amniótica e outros fenômenos associados à compressão causada pelo abdômen crescido para os aparelhos respiratório e cardio-circulatório da mãe. Rezende, em seu Tratado de Obstetrícia (1.982), afirmava que o reconhecimento de malformação, quase sempre a anencefalia, torna inútil o procedimento da prenhez e autoriza a interrupção. A indução do parto e, nestas condições, a conduta habitual e recomendável" (fls. 15 e 16).

Mas não é só.

Cabe lembrar, também, a respeito do caso, a declaração do dr. BUSSAMARA NEME, Professor Titular de Clínica Obstetrícia da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professor Emérito da Faculdade de Medicina de São Paulo e Professor Emérito da Faculdade de Ciências Médicas (UNICAMP), que assevera o seguinte: "1. Conceptos anencéfalos, seguramente não têm condições de sobrevida extra-uterina, sucumbindo logo após sua expulsão. 2. Ao tomarem conhecimento da referida situação, com frequência, as gestantes apresentam evidentes perturbações da espera psicogena, seguidas de atitudes inconsequentes, como desorganização familiar e, por vezes, com risco de vida (suicídios). 3. De outro lado, a evolução do ciclo grávido-puerperal de pacientes com fetos anencefalos, com frequência se associa com complicações da gestação (vômitos graves e incoercíveis, prenhez prolongada, polidrâmnio) e, também do parto (distócia do despreendimento do ombro fetal com risco de rotura uterina e choque hemorrágico)" (fls. 17).

E, sob o aspecto psiquiátrico, há de ser lembrado que, segundo Prof. Dr. MAURÍCIO KNOBEL, médico psiquiatra, professor "Emérito" da Universidade Estadual Paulista, a interessada, gestante, *in casu*, está atingida emocionalmente pela situação vivenciada, e está "deprimida, preocupada e ciente de que para ela a melhor solução é não ter esta criança, poupando, assim, ela e sua pequena família de passar pelo constrangimento de ter essa criança e logo após submeter a todos aos rituais de enterro de um filho e um pequeno irmão" e "caso não se interromper a gravidez existe evidente risco de problemas psíquicos posteriores que podem afetar gravemente a vida futura desta mulher" (fls. 18 e 19).

Como se vê, a situação é grave e urge uma solução: a vida extra-uterina do feto é inviável, em face da anacrania; e a interessada está vivenciando gestação de alto risco.

Urge, sim, seja interrompido o processo de gestação, pois, comprovadamente, não há outra atitude a ser tomada diante de tão grave situação.

Não se pode exigir da interessada que leve a termo tal gravidez.

3 - DA EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE EM FACE INEXISTÊNCIA DE REPROVABILIDADE OU CENSURABILIDADE DA CONDUTA. DA INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA.

ANIBAL BRUNO, ensinando que a culpabilidade não tem por base puramente o vínculo psíquico que prende o agente ao seu ato, mas que resulta, sim, de um conjunto de condições que justificam a reprovabilidade, assevera o seguinte: "a culpabilidade é a reprovabilidade que pesa sobre o autor de um fato punível, praticado em condições de imputabilidade, dolosa ou culposamente, tendo ou podendo ter o agente a consciência de que viola um dever e em circunstâncias que não excluem a exigência de que se abstenha dessa violação" (Direito Penal, Tomo II, p. 31).

Para ANIBAL BRUNO, portanto, a culpabilidade depende, também, da reprovabilidade que recai sobre o agente e, em consequência, "exclui-se a reprovação e, portanto, a culpabilidade, se ocorrem circunstâncias em face das quais não se pode exigir de quem atua um comportamento ajustado ao dever. A não exigibilidade de conduta diversa, em princípio, exclui do agente o juízo de culpável" (op. cit. p. 30).

Como se vê, na estrutura da culpabilidade está a exigibilidade de um comportamento adequado ao dever, isto é, que a conduta típica seja praticada em situação em que seja lícito exigir do agente comportamento diferente.

MAGALHÃES NORONHA, por sua vez, conciliando as teorias psicológica e normativa, que disputam o conceito da culpabilidade, e ensinando que, na realidade, a culpabilidade é psicológica-normativa e exige a caracterização do dolo ou da culpa, mas, também, a reprovabilidade da conduta do agente, assevera o seguinte: "Se a culpabilidade e juízo de reprovação social, e

censurabilidade: compõe-se de outro elemento: a **exigibilidade de outra conduta**", pois "culpável é a pessoa que praticou o fato, quando outra conduta lhe era exigida, e, ao revés, exclui-se a culpa pela inexigibilidade de comportamento diverso do que o indivíduo teve" (Direito Penal, v. 1, p. 100)

A inexigibilidade de conduta diversa, portanto, exclui a culpabilidade.

Ensina DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, por sua vez, que "só há culpabilidade quando, devendo e podendo o sujeito agir de maneira conforme o ordenamento JURÍDICO, realiza conduta diferente, que constitui o delito. Então, faz-se objeto do juízo de culpabilidade. Ao contrário, quando não lhe era exigível comportamento diverso, não incide o juízo de reprovação, excluindo-se a culpabilidade" (Direito penal, v. 1, p. 417, SARAIVA, 1985).

Como se vê, não basta o cometimento de um fato típico e antijurídico para que surja a reprovação social e penal da conduta.

É imprescindível que o agente, nas circunstâncias do fato, tenha a possibilidade de realizar outra conduta, de acordo com o ordenamento JURÍDICO.

Assim, a conduta somente será reprovável "quando, podendo o sujeito realizar comportamento diverso, de acordo com a ordem jurídica, realiza outro, proibido" (Damásio Evangelista de Jesus, opôs-se. cit. p. 417).

Aliás, o Egrégio Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo já decidiu que "não há falar em crime, quando a conduta do agente, em desarmonia com o direito, embora ilícita, não é reprovável, pois em face da situação anormal em que agiu, outro comportamento se lhe não podia exigir" (JULGADOS, ed. Lex, v. 13, p. 39).

A inexigibilidade de conduta diversa, portanto, há de ser aceita como causa excludente da culpabilidade.

Lembro, a respeito, inclusive, precioso ensinamento de ANIBAL BRUNO que, exigir um "seguro critério seletivo" para o reconhecimento de tal excludente de culpabilidade, assevera o

seguinte: "Cabe admitir a não exigibilidade de conduta diversa com caráter de causa geral de exclusão da culpabilidade em qualquer das suas formas, dolo ou culpa. Tal princípio está realmente implícito no Código e pode aplicar-se, por analogia, a casos semelhantes aos expressamente previstos no sistema. Na realidade, são casos de verdadeira lacuna na lei, que a analogia vem cobrir pela aplicação de um princípio latente no sistema legal. É a analogia *in bonam partem*, que reconhecemos como tendo aplicação no Direito Penal" (Direito penal, Parte Geral, v. II, p. 102).

Decididamente, as circunstâncias do fato, as quais FRANK, em sua obra *Estrutura do conceito de culpabilidade*, chamava de "concomitantes", não podem ser desprezadas na análise da conduta e, especialmente, de sua reprovabilidade.

Como lembra HEITOR COSTA JÚNIOR, "não se duvida hoje que a autodeterminação humana está limitada pelas circunstâncias. Na célebre lição de Ortega y Gasset "eu sou eu e as minhas circunstâncias" (O direito penal e o novo código penal brasileiro, *A reforma da Parte geral do código penal brasileiro*, p. 51, Porto Alegre, 1.985).

Assim, as circunstâncias especiais e complexas que envolvem o fato em exame não podem ser olvidadas.

Aliás, não se olvide de que a nova parte geral do Código Penal direciona-se para a punibilidade da conduta humana e não uma ficção, como adverte JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI: "Ao estabelecer de maneira nítida a culpabilidade como critério individualizador da pena, estabelece que uma conduta só é punível quando o agente pode, pelo menos, prever a possibilidade de ofensa a um bem juridicamente tutelado, e, ainda, quando for possível fazer-se recair um juízo de reprovabilidade em face de suas características pessoais e das circunstâncias em que o agente atuou" (op. cit., *Das Penas e sua execução no novo código penal*, p. 68).

E, *in casu*, as circunstâncias do fato desvelam a inexistência de reprovabilidade para o abortamento que se pretende realizar, pois, à evidência, outra conduta não se pode exigir da interessada.

Urge a prática do abortamento, na espécie, em face das circunstâncias peculiares e excepcionais que caracterizam a gravidez da interessada.

Não se pode exigir, social ou juridicamente, que a interessada leve a termo a sua gravidez.

Lembre-se, sempre e sempre, que a vida extra-uterina do feto é absolutamente inviável e que a interessada está sendo submetida a uma GRAVIDEZ DE ALTO RISCO, com sérios, comprometedores e óbvios prejuízos à sua saúde física, mental e emocional.

No âmago da culpabilidade, inegavelmente, tanto para a doutrina tradicional, mecanicista, como para a doutrina finalista, está um conteúdo normativo, valorativo, axiológico, que é a reprovação, em concreto, de um conduta típica.

Como lembra WALTER MARCILIGIL COELHO, “a culpabilidade é sinônimo de reprovabilidade. O comportamento é culpável porque censurável. Assim, a essência da culpa é a reprovação, a afirmação da culpabilidade não pode prescindir de um juízo valorativo de conduta humana, e esse elemento normativo é fundamental à configuração da culpa penal, deixando em segundo plano o simples nexos psicológico da antiga concepção clássica. E em que termos se fará esta avaliação? Quando se poderá afirmar que a ação criminosa é culpável, isto é, reprovável? Quando as circunstâncias do fato não impediam o agente de motivar-se de acordo com o dever, segundo Goldschmidt; ou, em outras palavras, indagando-se sempre da exigibilidade ou não exigibilidade de outra conduta, nas circunstâncias em que atuou o agente do crime, segundo Feudenthal” (op. cit, Erro de tipo e erro de proibição no novo código penal, p. 88).

E, à evidência, não se pode falar em reprovabilidade social nem em censurabilidade da conduta de quem interrompe uma gravidez nas circunstâncias em comento, ou seja, em face da inviabilidade de um feto anencéfalo e da exposição da gestante a uma gravidez de alto risco.

Como ensina DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, a culpabilidade não está na cabeça do agente, mas, sim, "na cabeça do juiz", pois reflete, na realidade, juízo de reprovabilidade social da conduta.

E, segundo NELSON HUNGRIA, "o juiz deve ter alguma coisa de pelicano. A vida é variedade infinita e nunca lhe assentam com irrepreensível justeza as "roupas feitas" da lei e os figurinos da doutrina. Se o juiz não dá de si, para dizer o direito em face da diversidade de cada caso, a sua justiça será a do leito de Procusto: ao invés de medir-se com os fatos, estes é que terão de medir-se com ela" (op. cit. p. 68).

Decididamente, não há falar em reprovabilidade nem em censurabilidade de abortamento praticado em face das condições expostas na inicial, pois é inadmissível exigir da interessada que suporte a gravidez até o seu termo, com todas as conseqüências e riscos que até mesmo uma gravidez normal acarreta, para que, depois do nascimento, ocorra inevitavelmente a ocisão fetal.

É verdade que NELSON HUNGRIA, prosélito do tecnicismo-jurídico, sustentou, com veemência, a impossibilidade do reconhecimento da licitude do abortamento por indicação eugênica, afirmando ser inadmissível o reconhecimento de causas extra-legais de exclusão de ilicitude ou de culpabilidade.

Entanto, com a sabedoria que lhe era peculiar, compreendendo, com sensibilidade e inteligência, que a sociedade altera historicamente o seu modo de ser e de encarar os acontecimentos, especialmente impulsionada por transformações científicas e tecnológicas, recomendou também ao juiz que, ao aplicar as leis, não se olvide dessa constante mutação da vida.

Aliás, em face da importância do tema desta decisão, vale lembrar o que NELSON HUNGRIA asseverou em uma conferência que proferiu, em 1.942, no Teatro Municipal de São Paulo, sob o título "Introdução à ciência penal", fazendo uma verdadeira crítica ao tecnicismo jurídico:

"A ciência penal não se esvai numa pura esquematização rígida de princípios, pois que é uma ciência modelada

sobre a vida e para a vida. Não se pode isolar-se da cambiante e multifária realidade social e humana. O tecnicismo jurídico, que reserva o Direito Penal para os juristas, não quer dizer que estes devam colocar entre eles e o mar picado da vida, como parede cega, a inteiriça contextura da lei. Como diz MAGGIORE, o Direito, para garantir-se a própria estabilidade e certeza, constrói os seus dogmas, que são retábulos em que se enquadra a experiência jurídica no seu desdobramento histórico; mas o predomínio desses dogmas não deve degenerar em tirania e protrair-se até o ponto de alheiar-se ao "elan" da vida, ao invés de limitar-se a construir os anteparos e sulcos em que ele deve acomodar-se à ordem jurídica. A dogmática, quando entregue a exasperação de abstrair, esquematizar e classificar, arrisca-se a romper os pontos de contato com a vida ou a por-se em dissídio com esta. É certo, e chega a ser lapalissiano afirmá-lo como ainda observa o professor da Universidade de Palermo, que a ciência do Direito é construída juridicamente, isto é, com o método originário e sempre mais aperfeiçoado da jurisprudência romana; mas não é jurista digno desse nome aquele que desconhece a advertência de VON HERING: o irrestrito culto da lógica, que cuida de transformar a jurisprudência numa espécie de matemática do direito, é um erro, e assenta no desconhecimento da natureza do Direito. A vida não é para os teoremas, mas estes para aquela. Não o que a lógica exige, mas o que a vida, o convívio dos homens e o sentimento jurídico reclamam é que deve acontecer, seja ou não possível dentro da lógica" (Novas questões jurídico-penais, RJ, Ed. Nacional de Direito Ltda. 1.945, p. 5).

Com efeito, o direito não pode isolar-se da "cambiante e multifaria realidade social e humana".

Como ensina o mestre argentino LUIZ GIMENEZ DE ASÚA, "o juiz não pode mostrar-se alheio às transformações

sociais, jurídicas e científicas. Por isso a vontade da lei não deve ser investigada somente em relação à época em que nasceu o preceito, mas sim tendo em conta o momento de sua aplicação. O magistrado adapta o texto da lei às evoluções sofridas pela vida, da qual, em última consideração, o Direito é forma. Daí o poder ele ajustá-la a situações que não foram imaginadas na hora remota de seu nascimento. Assim têm podido viver velhos textos como o Código Penal francês, que tem mais de século e meio de existência" (Elásticas criminalista, t. II/103).

Aliás, cabe lembrar, neste momento, recente posicionamento esposado pelo Meritíssimo Juiz Corregedor da Polícia Judiciária da Capital Paulista, GERALDO FRANCISCO PINHEIRO FRANCO, que, em recente estudo, afirmou o seguinte:

" (...) permite-se o aborto para evitar o perecimento da mãe, independentemente da situação da saúde e da condições do feto. O Código Penal é de 1.940. Passaram-se 51 anos desde sua entrada em vigor. A ciência médica evoluiu. Situações antes imprevisíveis, hoje podem ser antevistas. E refletem necessariamente a aplicação do direito. Assim é a hipótese do aborto em que haja constatação da impossibilidade de vida extra-uterina por malformação física, como ocorre no caso de acrania (ausência de crânio). A preocupação do legislador pátrio ao vedar o aborto de forma generalizada é a de assegurar a todo custo o direito à vida. E sua preocupação é legítima. Mas existem casos, definidos por ele próprio, em que o rigor da lei deve ser afastado, a fim de preservar bem entendido maior. Admitiu a lei, há meio século, que o perigo de vida para a mulher autorizava a interrupção da gravidez, independentemente das condições do feto. Ora, se esse posicionamento, de inegável alcance, sempre foi aceito na sociedade em geral, porque razão não se admitir o aborto no caso em que, por anomalia séria, devidamente evidenciada e constatada por profissionais habilitados, mediante a utilização das técnicas mais modernas da medicina, haja certeza da

impossibilidade de vida fora do útero materno. Além disso, insistir no prosseguimento de uma gravidez sem possibilidades de êxito, como no caso da acrania, quando há vontade contrária da mulher, representa capricho irresponsável, que, a par do sofrimento natural, poderá ensejar risco potencial à saúde e grave comprometimento psicológico. Não se pretende defender a interrupção da gravidez decorrente da só vontade da mãe, independentemente das condições do feto. O que se procura evidenciar é que a lei penal, em seu artigo 128, inciso I, interpretado de forma mais abrangente e atual, respeitado sempre o objetivo primeiro do legislador, permite o aborto necessário no caso em que não haja condições de vida extra-uterina do feto, em razão de anomalias serias, devidamente diagnosticadas. Não se pretende, insisto, que quaisquer anomalias ou deformidades dêem ensejo à interrupção da gravidez, liberalidade perigosa. Em suma: se o legislador ordinário admitiu o aborto necessário, independentemente das condições de saúde do feto, tenho que, o espírito de seu posicionamento, admitiu igualmente a interrupção da gravidez no caso de impossibilidade de vida do feto após o nascimento, cujo diagnóstico prévio hoje é possível. Por outro lado, se permitiu, há mais de cinquenta anos, com reconhecida e necessária coragem, o aborto sentimental, independentemente dos riscos à mãe e das condições do feto, admitiu como possível, havendo risco à saúde física ou psíquica da mulher (e não só à vida), bens individuais que necessitam igual tutela, o aborto de feto sem possibilidade de vida autônoma”.

Como se vê, há quem sustente, inclusive, que o abortamento por indicação eugênica estaria coberto pelo manto das excludentes supraleais de antijuridicidade.

ALBERTO SILVA FRANCO critica aqueles que entendem ser a hipótese em exame caracterizadora de excludente de culpabilidade, afirmando o seguinte: tal “posição jurídica não deve

ter acolhida porque a exculpação tem um caráter pessoal e somente poderia redundar em proveito da grávida, que é quem se encontra na situação excepcional mas não a do médico" (**Aborto por indicação eugênica**, in Revista de Julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo, v. 132, p. 9).

Tenho para mim, contudo, que não tem razão o ilustre penalista.

É que, se há reconhecimento da inexigibilidade de outra conduta em favor da gestante, se não é exigível que a gestante leve a termo a gravidez, torna-se absolutamente impossível, ilógica e absurda uma exigência no sentido de que o abortamento seja praticado por ela própria, sem a intervenção médica.

É evidente, portanto, que, em casos que tais, em face do reconhecimento da ausência de culpabilidade, em face da inexigibilidade do prosseguimento da gravidez, exsurge para o médico o dever jurídico e ético de provocar o abortamento, evitando, assim, que a gestante tenha que praticá-lo sozinha, enfrentando os evidentes e inegáveis riscos decorrentes de tal conduta.

Há inexigibilidade de conduta diversa no que diz respeito ao comportamento da gestante e, obviamente, também no que concerne à intervenção do médico e de todos os profissionais que participarem do abortamento.

Não há falar em censurabilidade da conduta da gestante, que não pode ser obrigada a suportar a gravidez nas condições em referência.

E também não há falar em reprovabilidade da conduta dos médicos e demais profissionais que praticarem o abortamento em tais circunstâncias, pois não se pode exigir que eles omitam auxílio e socorro à gestante.

Aliás, de acordo com o disposto no artigo 50 da Constituição Federal, **NINGUÉM SERÁ SUBMETIDO A TRATAMENTO DESUMANO.**

E, obviamente, exigir que a interessada leve a termo a sua gravidez, nas condições acima mencionadas, constitui, certamente, uma forma inquestionável de submetê-la a um inaceitável "tratamento desumano", em flagrante violação aos direitos humanos e a dogma constitucional.

Definitivamente, a interrupção da gravidez da interessada é de rigor e está a exigir urgência.

4 - DO CABIMENTO DO PROCEDIMENTO. DA APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO PROCESSO CIVIL. DA JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA.

Como ensina JOSÉ FREDERICO MARQUES, "as regras ou normas do processo civil aplicam-se subsidiariamente ao processo penal" (Tratado de direito processual penal, v. 1. p. 66, SARAIVA, 1.980).

O artigo 3º do Código de Processo Penal admite suplementos dos princípios gerais de direito.

E "é claro que dentre esses princípios, devem ocupar o primeiro lugar os de Direito Processual, que, por ser unitário, está formado por normas e regras contidas em ambos os seus ramos; e, como o processo civil é a parte tecnicamente mais aperfeiçoada do Direito Processual, dele é que são extraídos, em sua maioria, esses princípios" (JOSÉ FREDERICO MARQUES, op. cit, p. 67).

Assim, em face da omissão do Código de Processo Penal, devem ser aplicados, neste caso, os princípios e dispositivos relativos a "jurisdição voluntária" do Código de Processo Civil, especialmente aqueles que exsurgem dos seus artigos 1.104 e seguintes, adaptados, obviamente, aos princípios que norteiam o processo penal.

Considerada, modernamente, por vários autores processualistas como verdadeira espécie de jurisdição, em razão da influência da definição de CARNELUTI a respeito da "lide virtual", a JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA tem a função precípua de fiscalizar

a indisponibilidade de direitos, o interesse público e a manutenção dos bens especialmente protegidos pela ordem jurídica (VICENTE GRECCO FILHO, Direito processual civil brasileiro, v. 1, p. 40).

Aliás, como afirma FREDERICO MARQUES, a jurisdição voluntária há de ser provocada sempre que houver um "dissenso de opiniões" (Ensaio sobre jurisdição voluntária, p. 221).

Assim, a intervenção do Estado há de ser provocada, até mesmo na órbita penal, através da JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA, de modo preventivo, para prevenir possíveis litígios entre os "interessados" e evitar a geração de futuros conflitos de interesse (ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, Dicionário do Código de Processo Civil, p. 353).

E não se olvide de que, no regime democrático, que vive sob a égide da legalidade, é missão do Estado manter o prestígio e a autoridade da lei.

É por isso que ao juiz cabe o dever de "dizer o direito" e, através da jurisdição voluntária, mesmo no âmbito penal, em face de um "dissenso de opiniões", **intervir**, preventivamente, regulando e autorizando a prática de condutas lícitas ou não culpáveis, em casos excepcionais, desde que provocado, com a finalidade de fiscalizar a indisponibilidade de direitos, o interesse público e a manutenção dos bens especialmente protegidos pela ordem jurídica e pela legislação penal.

Por derradeiro, lembro que NELSON HUNGRIA, comentando a possibilidade legal da realização do abortamento "sentimental", ensina ser admissível e até mesmo conveniente a consulta prévia ao judiciário e assevera que o juiz, ao ser consultado, não deve negar a aprovação do ato, ou seja, deve autorizá-lo (op. cit. v. V, pag. 313, n. 73, *in fine*).

Como se vê, é perfeitamente admissível e juridicamente cabível o procedimento judicial para a autorização da prática do abortamento nas hipóteses de caracterização de quaisquer excludentes de antijuridicidade ou culpabilidade.

ISTO POSTO, forte no artigo 5º, inciso III, da Constituição Federal, no artigo 3º do Código de Processo Penal, nos princípios

gerais de direito, nos princípios da jurisdição voluntária e nos artigos 1.104 e seguintes do Código de Processo Civil, os quais aplico subsidiariamente, **AUTORIZO** a **INTERRUPÇÃO** da gravidez da interessada **MARIA FARRAR**, mediante intervenção médica.

P. R. I. C.

Campinas, 07 de julho de 1.994.

JOSÉ HENRIQUE RODRIGUES TORRES
JUIZ DE DIREITO

RESENHAS

PINHO, Olavo, **Concurso Público Delegado de Polícia**. SP., Projuris Edições Ltda., 1991.

O autor bacharelou-se pela Faculdade de Direito de Itapetininga (Fundação Karnig Bazarian). Participou da Semana de Estudos Jurídicos na cidade de Itapetininga em 1989. Frequentou as palestras sobre "Ilegalidade do Ajuste da Correção Monetária nos Créditos Rurais", Proferida pelo Dr. Antonio Ferreira Alvarez da Silva. Frequentou o curso "A família em Face da Nova Constituição" proferida pelo Desembargador Ney de Mello Almada. É autor da obra "Manual Básico" (Concurso Delegado de Polícia), editado pela "LEC" (Livraria e Editora dos Concursos Ltda.).

Nele o autor fala da importância do estudo em forma de perguntas e respostas, no intuito de se preparar para um concurso público, onde a primeira fase é em forma de testes de múltipla escolha.

O autor nos apresenta agora Concurso Público Delegado de Polícia. Esta nova obra contém perguntas e respostas sobre todas as matérias exigidas àqueles que pretendam ingressar na carreira.

Em linguagem prática, precisa e explícita o autor responde mais de 600 perguntas sobre Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Administrativo, Direito Constitucional e Medicina Legal, matéria até então pouco abordada por outros autores.

Ao final de cada matéria são acrescentadas provas já realizadas, com devido gabarito de respostas, e na parte final da obra, prova escrita de dissertação, dando uma noção exata e a oportunidade ao pretendente de realizar uma prova simulada.

Sua obra se destina a alunos, bacharéis, professores, advogados e a todos que têm interesse em se preparar para um concurso público de Delegado de Polícia.

Trata-se de uma obra altamente recomendada, pois é fruto de longas pesquisas do autor sobre provas de concursos anteriores.

O autor, em sua obra, lembra a todos os pretendentes que o concurso para ingresso na carreira de Delegado de Polícia não é tarefa fácil, mas não é impossível e deseja a todos, boa sorte e sucesso.

Celso Luis Barreto Pagani
Especialização em Direito da
PUCAMP

FARIA, José Eduardo, Direito e Economia na Democratização Brasileira, Malheiros Editores, 1993.

José Eduardo Faria, é professor associado do departamento de Filosofia e Teoria do Direito da USP, consultor da área de Direito da Fapesp, da Capes e do CNPq.

Autor de treze livros, entre os quais destaca pela atualidade do tema **Direito e Economia na Democratização Brasileira**, obra que surgiu a partir de um trabalho no Seminário Internacional Institute For Sociology Of Law, em Onati, trabalho este relacionado com a transição democrática latino americana.

A obra destaca as relações entre os economistas que têm exercido importantes papéis na formulação, implementação e execução de nossas políticas econômicas e os juristas que se especializaram em avaliá-las a partir dos interesses particulares dos contribuintes, onde no Brasil contemporâneo não tem sido dos mais tranquilos.

Deve se destacar as respostas relativas ao impacto das transformações sócio-econômicas sobre a instituição jurídico-política. Em períodos de hiperinflação, como conciliar direitos adquiridos com as "razões de Estado"? Até que ponto o desafio da governabilidade pode comprometer a consolidação da democracia?

Quais os limites da eficácia do Direito Positivo numa Sociedade caracterizada por uma crônica instabilidade econômica e por uma profunda injustiça social?

Partindo de um enfoque interdisciplinar que conjuga Sociologia Jurídica com Direito Econômico, Teoria do Estado com Filosofia do Direito e Ciência Política com Direito Constitucional, o Autor desenvolve essas questões discutindo as tensas e difíceis relações entre a Economia e o Direito na democratização brasileira.

O fio condutor de sua análise é a crescente oposição entre interesses privados e interesse público, entre governabilidade e legitimidade, entre segurança do Direito e efetividade na gestão

de políticas públicas no âmbito de uma sociedade cujas instituições político jurídicas vivem profunda crise de identidade.

Com este trabalho, o Autor aponta algumas das principais características do tipo de Direito que vem sendo forjado na dinâmica contraditória da crise brasileira - um direito mais flexível e descentralizado, que faz do pragmatismo procedimental e decisório o fator constitutivo de sua racionalidade.

José Pedro Lopes

Curso de Especialização em Direito

PUCAMP

LIMA, Rusinete Dantas de, **O Trabalho Rural no Brasil**, São Paulo, LTr, 1.992.

Rusinete Dantas de Lima atuou como Juíza do Trabalho em Juntas do Conciliação o Julgamento da 6ª Região, onde as Reclamações Trabalhistas eram predominantemente de trabalhadores rurais.

Aproveitando o conhecimento adquirido na área, a autora discorre sobre o tema focalizando o Trabalho Rural e sua Proteção, no Capítulo I, onde inicia com um esboço histórico, prossegue apresentando a evolução do Trabalho Escravo para o Contrato de Trabalho Rural, passando pelo Estatuto do Trabalhador Rural, legislações subseqüentes, e culminando com a equiparação dos direitos do Trabalhador Rural com os direitos do Trabalhador Urbano assegurados pela Constituição Federal de 1.988.

No Capítulo II, trata da Teoria de Trabalho Rural e Contrato de Trabalho Rural, no qual se destaca a apreciação da diferença entre Empregado Rural e Trabalhador Rural. Segue abordando o Regime jurídico do Trabalho, dando ênfase ao Poder Normativo da Justiça do Trabalho.

Já no Capítulo IV, o assunto é a Insalubridade e a Periculosidade, enfatizando-se que, no meio rural, mais que em qualquer outro, não são observadas as normas mínimas de Higiene, Saúde e Segurança do Trabalho.

O paralelo entre a legislação trabalhista de diversos países da América Latina é traçado no Capítulo V. No Capítulo VI são tratados os poucos instrumentos normativos da OIT, específicos de Proteção do Trabalhador Rural.

Termina a autora, essa obra jurídico-social, evidenciando a falta de atenção do legislador pátrio para com o trabalhador rural que não conta com instrumentos de efetiva fiscalização de sua atividade, como os bóias-frias relegados aos mandos e desmandos do "gato", embora reconheça o avanço trazido pela Carta Magna.

O tema apresentado, pouco explorado pela doutrina, traz efetiva contribuição a todos os que desejam conhecer o Direito do Trabalho, com enfoque específico para aquele trabalhador que, enfrentando condições adversas, labuta diariamente para colocar o alimento na mesa de todos nós.

Vanderli Tiziani Silva
Curso de Especialização em Direito
PUCAMP

BIAL, Pedro e BRANCO, Renée Castelo, **Leste Europeu - A Revolução ao Vivo**, Rio de Janeiro, Editora Objetiva, 1990.

Pedro Bial e Renée Castelo Branco são dois dos mais talentosos e dedicados repórteres e jornalistas brasileiros da atualidade.

Com larga experiência internacional assumem posição de destaque no telejornalismo nacional, abordando o fato histórico narrado com a perspicácia e a veracidade indispensáveis àqueles que escrevem acerca do fato vivenciado.

A obra pretende apresentar ao leitor as principais sensações e experiências vividas pelos autores entre os anos de 1989 e 1990 nos países do leste europeu. Países que assistiram ao recrudescimento de movimentos populares pelo fim do regime socialista, culminando na queda do Muro de Berlim e no afastamento e morte dos ditadores que o sustentavam.

Tem, portanto, como pano de fundo, o esforço incontestado de ser humano unido em torno do ideal de liberdade.

Nesta perspectiva, é o que procuram abordar ao comentar detalhes sobre a fuga dos cidadãos da Romênia nos tempos de Ceaucescu - ditador romeno fuzilado juntamente com sua esposa, Elena, por um comitê de revolucionários na véspera de Natal.

"Muitos tomavam um trem e saltavam para a busca da liberdade quando o trem se aproximava do Rio Danúbio. Se sobrevivessem à queda, ainda teriam que atravessar o rio a nado, cheio de estacas de madeira que, segundo dizem os romenos, foram colocadas pelos Securitates para apanhar fujões." (pág. 39-40)

Numa abordagem histórica e sutilmente comparativa, terminam por demonstrar de que forma se deu a derrocada dos regimes socialistas e ditatoriais do leste europeu. Idéia que fica explícita quando narram a frieza das últimas palavras pronunciadas pelos ditadores da Romênia perseguidos e levados à morte por um comitê revolucionário que na esteira da conquista libertária, levaram igualmente à morte parcela numerosa da população civil romena.

Transição esta diretamente oposta à procedida na Alemanha Oriental onde os cidadãos foram às urnas votar a favor da reunificação.

O que se evidencia nesta obra, portanto, é a acurada narrativa dos fatos históricos enriquecidos pela riqueza das informações e dados colhidos "in loco" pelos autores.

Por ser obra atual, dotada de uma abordagem verídica e extremamente crítica, oferece aos leitores interessados no aprofundamento dos temas atuais, ampla possibilidade de reflexão sobre a condição humana; a força do Estado sobre o cidadão e a luta incessante do grupo pela libertação do jugo social e político imposto pelo regime socialista no leste europeu.

Poliana Stahnke N. Pinto

Curso de Especialização em Direito

PUCCAMP

ATALIBA, Geraldo, **Hipótese de Incidência Tributária**, São Paulo, Malheiros Editores Ltda, 1992.

Geraldo Ataliba é Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Professor Titular de Direito Tributário da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, nos cursos de graduação e pós-graduação.

É membro do Conselho de Redação da Revista de Derecho Financeiro, de Madri (Espanha) e Diretor do Idepe Instituto Internacional de Direito Público e Empresarial e do IBET Intituto Brasileiro de Estudos Tributários.

Autor de apreciáveis trabalhos de natureza jurídica especificamente na área tributária, das quais salientamos: Natureza Jurídica da Contribuição de Melhoria, Sistema Constitucional Tributário Brasileiro, Apontamentos de Ciência das Finanças, Direito Financeiro e Tributário, Estudos e Pareceres de Direito Tributário entre outros.

A presente obra tem significativa importância no Estudo do Direito Tributário. Traz ao leitor uma visão global da formação da obrigação tributária.

No primeiro capítulo à guisa de oferecer as noções introdutórias, transita com liberdade sobre o assunto tributo como objeto da obrigação tributária do direito e o caráter instrumental do mesmo.

Porém, é na segunda parte da obra que se concentra a essência que o autor pretende transmitir ao leitor sobre o direito tributário.

Condensaram-se neste capítulo pontos importantes para a compreensão da verdadeira legalidade da obrigação tributária. Para isso contribuíram os itens 21 Unidade e Lógica da Hipótese de incidência, 22 Fato Imponível e item 23 Fato Imponível e sua subsunção à hipótese de Incidência.

Como itens importantes, citamos ainda aqueles que tratam dos aspectos da hipótese de Incidência quais sejam: o pessoal, material, temporal e aspecto espacial.

O autor oferece ainda como precioso complemento, um completo critério de classificação de tributos vinculados ou não vinculados. Cabe aqui ressaltar a diligência do autor e o caráter detalhista e cuidadoso da obra que dando a impressão, para não dizer a certeza, que nenhum aspecto do tema deixou de ser abordado.

A obra é dirigida tanto ao acadêmico do curso de direito como também ao advogado que milita na área de tributos.

Eduardo Luis Marcolino
Curso de Especialização em Direito
PUCAMP

DIMENSTEIN, Gilberto, **As Armadilhas do Poder. Bastidores da Imprensa**, SP, Summus Editorial Ltda., 1990.

O autor de *Armadilhas do Poder* é um jovem jornalista, Diretor da Sucursal de Brasília do jornal *Folha de São Paulo*. Tem 36 anos de idade e um curriculum invejável, enriquecido por importantes premiações.

Possui outras obras, fruto de trabalho jornalístico chamado de jornalismo investigativo. O repórter parte de indícios a respeito de um determinado fato e passa a pesquisá-lo. Corre atrás dos fatos verídicos, executando a dura missão de distingui-los dos fantasiosos. O resultado deste tipo de trabalho já proporcionou ao autor a publicação de diversas obras, como por exemplo *A república dos Padrinhos*, *A Guerra dos Meninos*, entre outras.

A mensagem que se tenta passar é escrita de forma simples e gostosa, surpreendentes, justificadores de atitudes que fogem da compreensão humana.

A obra é subdividida em diversos títulos que trazem à narração de fatos pouco conhecidos, com destaque para os capítulos: boatos, fontismo, versões, habilidade e manipulação, primeiras-damas, "off" dentre outros.

Um capítulo interessante é o denominado Boatos, mostra o humor negro do deputado Amaral Neto que, em dias de tédio, diverte-se em boatar logo pela manhã para ver o resultado no fim da tarde, demonstrando a eficiência do meio.

Interessante é saber, o que há muito já se suspeita, que grande parte das notícias é divulgada de forma distorcida. Repórteres mal intencionados publicam notícias como convêm a determinadas pessoas em troca de "favores". Esse tipo de trabalho é chamado fontismo, tema do título que o esmiuça.

Versões mostra o aspecto árduo, no cotidiano, da vida de jornalista. Esse deve ponderar muito antes de publicar uma notícia. É o grande dilema entre os fatos como realmente são e como são contados.

A notoriedade alcançada por certos políticos é tema do título *Habilidade e Manipulação*. Com o poder de sentir aquilo que o povo gosta, nomes notáveis como Getúlio, Jânio, são contados em situações que chegam a ser engraçadas.

Outro título que vale a pena ser lido é o que fala sobre as primeiras-damas, contando o que há por trás dos relacionamentos conjugais dos homens do poder.

Por último, as chamadas notícias em "off", tema de mais um título, mostrando um sistema de transmissão de informações onde o informante não quer aparecer; então a notícia vem à tona sem que se saiba de onde veio.

O livro tem como meta um esclarecimento maior do leitor, tentando mostrar que os fatos nem sempre são como noticiado e que, diante da existência de meios de comunicação nas mãos de pessoas tendenciosas, o leitor deve estar atento para não ser ludibriado.

Marcelo Franco Lamounier
Especialização em Direito e Processo do Trabalho
PUCCAMP

MARQUES, José Frederico, **Manual de Direito Processual Civil**, Editora Saraiva, 1989.

Marques foi Catedrático de Direito Processual Civil da Faculdade Paulista de Direito da Pontifícia Universidade Católica e livre-docente de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Além disso, representou nosso país no Seminário Interamericano da ONU, realizado em Santiago do Chile, em maio de 1958, entre outras atividades.

Autor fecundo, de vasta elaboração intelectual, sua tese sobre a Jurisdição Voluntária foi considerada pelo jurista Niceto Alcalá-Zamora como "o mais notável trabalho aparecido na América Latina sobre tão difícil matéria". Elaborou, ainda, várias obras, sempre relacionadas à área jurídica.

A presente obra procura demonstrar qual a importância do processo de conhecimento para a solução dos litígios existentes na sociedade.

O Professor José Frederico Marques dividiu sua obra em diversos capítulos que traduzem a forma de aplicação do "ius puniendi" Estatal, com destaque para os capítulos: princípios gerais do processo civil, tipos e formas do processo e do procedimento, tipos e formas da petição inicial, da resposta do réu, encerramento da fase postulatória, do julgamento conforme o estado do processo, da fase instrutória, audiências de instrução e julgamento e da sentença, dentre outros.

Insta salientar que a vida em sociedade não é fácil. É, pois, essencial saber como defender nossos direitos e a forma de atuação do Estado, sendo de grande relevância para nossas vidas a presente obra, cujos mecanismos demonstram bem os problemas intersubjetivos e a aplicação da norma objetiva para minorá-los dentro do atual contexto social.

Cabe dizer que a linguagem da obra não é complexa, sendo de fácil assimilação.

Dentre as unidades que compõem o trabalho focado, deve ser lida a referente ao Processo de Conhecimento,

principalmente o tópico referente à propositura da ação. Devido à ausência entre nós do grande Mestre Marques, parte de sua obra se encontra desatualizada.

A presente obra tem como objetivo colaborar com o nosso ordenamento jurídico, tentando mostrar aos estudiosos e apaixonados pelo Direito em geral, como utilizar o seu direito subjetivo, através da aplicação da norma objetiva.

Benedito Pereira Neto
Especialização em Direito
PUCCAMP

APPY, Robert, **Capital Estrangeiro & Brasil - Um Dossiê**, Rio de Janeiro, José Olympio Editora, 1988

Nesta fase histórica por que passa nosso país, quando se encontra em curso a revisão de nossa Carta Magna, a obra do dr. Robert Appy serve como base para uma análise mais crítica e realista do papel do investimento estrangeiro em nosso país.

O autor, nascido na França, formou-se em economia pelo tradicional Institut d'Études Politiques, de Paris, após ter se diplomado em Letras e Filosofia, e começou sua carreira profissional no jornal *Combat*, daquela mesma cidade. Contratado pelo jornal *O Estado de São Paulo* em 1953, fez parte da redação do mesmo, onde escrevia diariamente o editorial econômico. Por dois anos foi professor da cadeira de Finanças Internacionais no curso de pós-graduação da Faculdade de Economia e Administração da Universidade de São Paulo, e também é conselheiro em diversas empresas implantadas no Brasil.

O livro, basicamente, surgiu em face de uma reação ao movimento xenofóbico existente no Brasil, principalmente à época em que foi escrito, em 1988. Não se trata de um estudo sobre o papel do capital estrangeiro na economia, mas sim de um exame da contribuição trazida pelas multinacionais, bem como a sua evolução ao longo do processo econômico brasileiro.

Em seus dez capítulos, o autor faz uma análise, baseada em dados oficiais, do volume e do papel do investimento estrangeiro no Brasil, onde é ele aplicado, e qual a forma de entrada deste capital, se em forma de empréstimos ou de capital de risco.

Mas a principal contribuição da obra, que deve ser motivo de estudo por aqueles que pretendem ter uma visão isenta de tendências políticas sobre o assunto, está na análise da tecnologia nova que entra no país, da criação de empregos e bem-estar social, dos impostos arrecadados e do papel de incentivo e de demanda por empresas fornecedoras nacionais com maior tecnologia e qualidade. Principalmente no que toca à questão da criação de empregos, o autor demonstra que a utilização de uma tecnologia mais avançada pelas multinacionais cria uma demanda interna por

profissionais mais habilitados, bem como desenvolve, em seus quadros de funcionários, um nível superior de qualificação dos mesmos. E, com relação à demanda por empresas nacionais mais avançadas tecnologicamente, por exemplo, expõe o autor o que já se verifica em nossos dias, que é o trabalho de parceria desenvolvido entre estas e aquelas, visando aperfeiçoar cada vez mais seus produtos, para concorrerem globalmente.

Abordando todas estas questões dentro do pano de fundo da crise do capital estrangeiro, que se verifica atualmente nos países em desenvolvimento, principalmente em função do aumento da demanda, causada pelo ingresso dos denominados Tigres Asiáticos na economia mundial, temos que a obra de Robert Appy pode trazer um grande auxílio à discussão que se trava hoje a questões como a quebra do monopólio estatal em algumas atividades, e a abertura do mercado nacional à concorrência estrangeira.

Henrique Macedo Hinz
Especialização em Direito
PUCAMP

MUKAI, Toshio, O Novo Estatuto jurídico das Licitações e Contratos Públicos, São Paulo, Editora Revistas do Tribunais, 1993.

Toshio Mukai, Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo, ex-professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de Mackenzie, e hoje jurista consagrado na área do Direito Administrativo Brasileiro.

Autor de importantes obras na área do direito público e de inúmeros artigos, ensaios e pareceres em periódicos e revistas especializadas.

Através da presente obra, inicialmente o autor comenta os vários conceitos existentes na doutrina a respeito de licitação, definindo-a como um convite do poder público aos administrados, para que, com suas propostas, tenham a chance de ser por ele contratados, para lhe executarem uma prestação determinada.

Finaliza assim o autor, o seu entendimento de que não há como deixar de se considerar que a regra é o dever de licitar, sendo a exceção a livre eleição do co-contratante pela Administração.

Continua o autor, dissertando sobre a natureza jurídica das licitações e contratos administrativos, comentando as opiniões de diversos doutrinadores a respeito da questão. Conclui o autor, que a natureza jurídica das licitações e contratos administrativos só pode estar subsumida ao direito administrativo, sob o ponto de vista formal, já sob o aspecto material ou substancial, tanto um como outro consubstanciam aspectos financeiros e de gestão patrimonial.

Ressalta ainda o autor, a irrelevância sobre a questão da natureza jurídica acima citada, considerando que a Constituição de 1988 veio determinar que a União é competente para legislar diretamente sobre normas gerais de licitação, e também, sobre normas gerais de contratação para a Administração direta e a indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob o seu controle.

Segue o autor, comentando sobre a aplicabilidade das normas gerais a Estados e Municípios, comentando se os efeitos das normas gerais seriam imediatos e diretos em relação a Estados e Municípios, ou se, ao contrário, seria necessário que as legislações estaduais e municipais encampassem essas normas, para, somente após, terem elas aplicabilidade no âmbito territorial de cada qual. Segue o autor, concluindo que as normas gerais valem não só no âmbito da administração federal como no das estaduais e municipais, porque não teria sentido a União dispor sobre normas gerais somente para ela própria.

Esclarece ainda o citado autor, que as normas da nova lei, que não puderem ser consideradas como normas gerais deverão ser afastadas em sua aplicação por Estados, Municípios e entidades da Administração indireta, federal, estadual e municipal se colidentes com suas normas específicas, ou, mesmo que não colidentes, pois tais entidades estariam obrigadas apenas a observar as normas gerais da legislação federal.

Passa assim o autor, a identificar as normas gerais da Lei nº 8.666/93 a serem observadas pelos Estados, Município, Distrito Federal, Território e entidades paraestatais e autárquicas dos três níveis do Governo.

Posteriormente, o autor passa a comentar todos os artigos da Lei nº 8666/93, separadamente, interpretando-os de modo a melhor identificar o campo de sua aplicabilidade, contando para isso com toda a sua experiência sobre a matéria. Propicia assim o autor, a oportunidade de se obter uma análise segura sobre o Novo Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Públicos.

A citada obra é importantíssima, principalmente por comentar separadamente cada artigo da recente Lei nº 8.666/93, que veio disciplinar inteiramente a matéria sobre licitação e contratos administrativos, substituindo integralmente o Decreto-lei nº 2.300/86, bem como por destacar as principais inovações sobre a matéria, principalmente o capítulo IV que veio tratar dos crimes em matéria de licitações e contratos administrativos.

Em suma, a citada obra é útil para todos aqueles que participam de licitações públicas, bem como para todos que trabalham em órgãos federais, estaduais e municipais, etc., e também para profissionais do direito que se especializam no estudo do direito administrativo, direito financeiro, em especial na análise de contratos públicos.

Miriam Cássia Hamra Rached
Curso de especialização em Direito
PUCCAMP

MARTINS, Ives Gandra da Silva, *Da Sanção Tributária*, São Paulo, Editora Saraiva, 1.980

Ives Gandra da Silva Martins, nome de repercussão no cenário do direito tributário, professor universitário, membro da Academia Brasileira de Direito Tributário, autor de diversas obras, vem nos brindar com mais uma de suas monografias, esta voltada a um tema extremamente polêmico e de bastante interesse nos dias atuais.

Com efeito, sua obra relata de maneira clara e precisa os momentos e as formas pelas quais os contribuintes estão, através de suas ações ou omissões, inseridos dentro das legislações que determinam a penalidade fiscal, face ao descumprimento de uma obrigação tributária.

No início do livro temos o tema sobre a distinção entre delitos e infrações tributárias, onde podemos observar a enorme diferença existente entre estes dois atos passíveis de sanções, em razão de haver descumprimento da Lei Tributária. Num momento, ou seja no delito, ocorre tanto o efeito negativo à sociedade, por não haver o recebimento de tributos devidos, como também há uma violação de caráter mais abrangente, sendo este caso regulado inclusive no direito penal, onde as sanções não restringem-se somente à aplicação de multas pecuniárias, mas também o agente causador do delito é penalizado, normalmente via processos penais instaurados, buscando sempre a condenação de forma pessoal.

Já a infração tributária, é capítulo reservado a questões consideradas de natureza estritamente financeira, ligadas tão somente ao fato de não haver o contribuinte recolhido o tributo devido, tomando para tanto, ações que burlaram a legislação tributária. São estes casos normalmente enquadrados dentro daquilo que chamamos de pena pecuniária, onde o contribuinte é obrigado a recolher o tributo devido, acrescido de uma multa, esta variável de acordo com o fato por ele praticado.

As penalidade tributárias, outro capítulo de grande importância na obra, destaca as violações mais comuns, classificando-as quanto às intenções do agente, o que resulta em

duas classes distintas, uma de natureza objetiva, e outra de natureza subjetiva; ainda dentro deste mesmo contexto, podemos afirmar que as infrações podem ser Culposas, ou seja, o agente cometeu-as por atos de negligência, imprudência ou imperícia, ou então teve o interesse em agir, estando assim dentro daquele conceito denominado de doloso, ou seja, agiu por sonegação, fraude ou conluio.

Evidentemente que, em razão das penalidades cometidas, corresponderão em grau diametralmente oposto, as sanções, e neste ponto a obra nos traz um capítulo de grande relevância, qual seja, sobre a responsabilidade por infrações, onde o autor interpreta os artigos do C.T.N. principalmente o de número 136, que determina a responsabilidade do agente, perante uma infração de natureza tributária, estendendo-se nos demais artigos, onde se determina a responsabilidade pessoal do agente, como é o caso do artigo 137 do C.T.N.

Como não poderia deixar de ser, há também um capítulo reservado a questão da apropriação indébita, fato este considerado como de grande infringência à norma tributária e penal, pois nestes casos, geralmente o contribuinte, que está sob a condição de substituto tributário, arrecada, de demais pessoas, valores que, por força da lei está obrigado a recolher aos cofres públicos.

A obra faz comentários aos textos legais, iniciando-se pela lei 3.807/60, que foi a propulsora da figura da apropriação indébita.

O livro, que tem como tema fato de grande importância, dentro do nosso cenário econômico, em razão das enormes dificuldade por que passamos, principalmente àqueles que tem à frente a responsabilidade de gerenciar uma empresa, ou um comércio, deve despertar sem dúvida alguma grande interesse para aqueles que militam na área do direito, sobretudo aos profissionais ligados ao direito tributário, isto porque, pelas razões já explicadas, estes profissionais conviverão sem dúvida alguma com os problemas desta natureza, na defesa dos interesses de seus clientes.

O autor, ao escrever uma obra, sobre um capítulo específico do Direito Tributário, mais precisamente sobre o Direito Penal Tributário, nos dá a chance de entendermos quanto importante é este estudo, seus efeitos e quais os caminhos que devemos percorrer na busca das soluções, quando nos depararmos com problemas desta área.

Pela enorme vivência do autor em matéria de direito tributário, sua enorme capacidade em demonstrar situações, suas complicações e suas saídas, nos brinda com uma obra de grande importância, atraindo-nos para um estudo mais aprofundado da matéria, pois mostra com maestria o grande campo de sua atuação.

Francisco Tadeu Murbach
Curso de Pós-Graduação em Direito
PUCAMP

O autor do presente livro não só sobre um assunto importante no Brasil, como também sobre o Brasil. O livro é uma obra de grande importância para o Brasil e para o mundo. O autor é um homem de grande conhecimento e de grande experiência. O livro é uma obra de grande importância para o Brasil e para o mundo. O autor é um homem de grande conhecimento e de grande experiência.

Este livro é uma obra de grande importância para o Brasil e para o mundo. O autor é um homem de grande conhecimento e de grande experiência. O livro é uma obra de grande importância para o Brasil e para o mundo. O autor é um homem de grande conhecimento e de grande experiência.

Francisco de Assis Brasil
Diretor do Pólo Brasileiro em Brasília
BRASIL

