

MISABEL ABREU MACHADO DERZI

DIREITO TRIBUTÁRIO, DIREITO PENAL E TIPO

Geraldo Ataliba

Prefácio

3ª edição revista, atualizada e ampliada



Desde a publicação da 1ª edição desta obra, em 1988, até hoje, passaram-se 30 anos e, no decorrer desse tempo, houve muitas modificações no ordenamento jurídico nacional, a começar pela Constituição Federal promulgada naquele mesmo ano.

Independentemente dos fatos e do transcurso do tempo, a obra continua atual, e isso se deve ao valor e à completeza do texto brilhantemente elaborado, condições que lhe deram capacidade de ultrapassar o tempo e, feitas as devidas atualizações, continuar com todo seu vigor.

Nela a autora aborda questões relevantes que envolvem o instituto jurídico do tipo e a questão da tipificação em uma construção teórica clara, ampla e correta, útil tanto ao estudante como ao profissional do direito.

Esta 3ª edição supre uma inconcebível lacuna no mercado editorial brasileiro, pois poucos autores dedicaram-se com afinco a estes temas que tanto influenciam a formação do entendimento da doutrina e da jurisprudência, e cuja análise equivocada pode causar inúmeros desvios de interpretação, principalmente nos âmbitos do direito tributário e direito penal.

Em função de tais atributos, em boa hora este livro retorna ao mercado nacional como expressivo instrumento de pesquisa e profícuo material de apoio técnico-jurídico.

Área específica

Direito Financeiro

Áreas afins

Direito Penal, Direito Público, Direito Tributário, Metodologia, Teoria Geral do Direito.

Público-alvo/consumidores

Os operadores do Direito em geral, estudantes, mestrandos, doutorandos.

FORMATO: 17,0 X 24,0 cm

CÓDIGO: 10001479

D439d	Derzi, Misabel Abreu Machado Direito Tributário, Direito Penal e tipo / Misabel Abreu Machado Derzi. – 3. ed. rev., ampl. e atual. - Belo Horizonte : Fórum, 2018. 366p. ; 14,5cm x 21,5cm. ISBN: 978-85-450-0551-3
	1. Teoria Geral do Direito. 2. Direito Tributário. 3. Direito Financeiro. 4. Direito Penal. 5. Direito Público. 6. Metodologia. I. Título.
2018-818	CDD 340 CDU 340

Elaborado por Odilio Hilario Moreira Junior - CRB-8/9949

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Direito Tributário, Direito Penal e tipo*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2018. 366p. ISBN 978-85-450-0551-3.

Misabel Abreu Machado Derzi

Professora Titular de Direito Tributário da UFMG e das Faculdades Milton Campos. Doutora em Direito Público pela UFMG. Presidente honorária da ABRADT. Membro da Fondation des Finances Publiques Fondafip/Paris. Relatora Presidente da Comissão de Revisão e Simplificação da Legislação Tributária do Município de Belo Horizonte. Presidente da Comissão de Revisão e Simplificação da Legislação Tributária do Estado de Minas Gerais. Advogada, conferencista, parecerista e consultora de empresas.

Obras da autora

Direito tributário brasileiro. Comentários ao CTN. 14. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2018 (em coautoria com Aliomar Baleeiro).

Limitações constitucionais ao poder de tributar. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (em coautoria com Aliomar Baleeiro).

Modificações da jurisprudência no direito tributário. A irretroatividade, a proteção da confiança legítima e a boa-fé objetiva como limitações judiciais ao poder de tributar. São Paulo: Noeses, 2008.

Construindo o direito tributário na Constituição: uma análise da obra do Ministro Carlos Mário Velloso. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

Direito tributário contemporâneo. 2. ed. São Paulo: RT, 2004 (em coautoria com Humberto Theodoro Jr.).

Pareceres: direito tributário da energia. Rio de Janeiro: Forense, 2004 (em coautoria com Sacha Calmon N. Coelho).

Direito tributário atual: pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Direito tributário interdisciplinar. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

Os conceitos de renda e patrimônio. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

Do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana. São Paulo: Saraiva, 1982 (em coautoria com Sacha Calmon N. Coelho).

Mais de 400 artigos publicados em revistas especializadas.

SUMÁRIO

PREFÁCIO À 1ª EDIÇÃO	
Geraldo Ataliba	17
APRESENTAÇÃO À 2ª EDIÇÃO	27
INTRODUÇÃO	29
CAPÍTULO 1	
DOS DIVERSOS SIGNIFICADOS DA PALAVRA TIPO	33
1.1 Origem dos significados da palavra <i>tipo</i>	33
1.2 Alguns significados fundamentais de tipo nas ciências sociais	36
1.2.1 Planos e funções distintas	42
1.2.2 Os pontos comuns	43
CAPÍTULO 2	
DOS VÁRIOS SIGNIFICADOS DE TIPO NO DIREITO	45
2.1 Antecedentes	45
2.2 O tipo como nova metodologia jurídica	47
2.2.1 Os conceitos classificatórios	47
2.2.2 O tipo como conceito de ordem	52
2.2.3 Tipo na investigação jurídica – Interpretação e aplicação do direito	54
2.3 Tipo na criação legislativa. <i>Tatbestand</i> . Fato gerador	59
2.4 Tipo na execução da norma. O modo de pensar tipificante no direito tributário	61
2.5 O núcleo de sentido comum aos diversos usos de tipo no direito	63
2.6 Uma questão terminológica	64
CAPÍTULO 3	
O PENSAMENTO JURÍDICO TIPOLÓGICO	67
3.1 Tipo no direito, na ciência e na lógica	67
3.2 Características do tipo propriamente dito e metodologia	69
3.3 A indiferença na lógica deôntica	71
3.4 Fontes de criação do tipo jurídico	74
3.5 Limites entre o conceito classificatório e o tipo na ciência jurídica	77
3.5.1 A aceitabilidade ampla do tipo como pensamento de ordem. A posição de Hassemer e de Kaufmann	77
3.5.2 Aceitação parcial do pensamento de ordem	79
3.5.2.1 Críticas à distinção entre tipo e conceito	79
3.5.2.2 Tipo como oposição a conceito. A posição de Leenen	81
3.5.3 A negação ampla da aplicabilidade do tipo como pensamento de ordem	82
3.6 Nossa posição	83
3.6.1 O caminho metodológico distintivo	85
3.6.2 O tipo normativo e o tipo real médio, frequente ou representativo	87
3.6.3 O tipo como antecedente do conceito	88
3.6.4 Do típico ao atípico	88
3.6.5 Tipo, pressuposto, requisito, condição e relação jurídica	91
3.6.6 Tipologia e classificação	95
3.6.7 Tipos e conceitos obscuros ou indeterminados	96
3.6.7.1 Os princípios jurídicos gerais	97
3.6.7.2 Os conceitos indeterminados	99
3.6.7.3 A figura, como tipo jurídico total	100
3.6.7.4 As formas mistas	101
3.6.7.5 Tipo como mecanismo utilizável na eliminação da imprecisão ou indeterminação	101
CAPÍTULO 4	
DO TIPO E DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS	105
4.1 Tipo e conceito como movimentos em conflito	105
4.2 A separação dos poderes ou das funções estatais	107

4.3	República e federalismo.....	108
4.4	A supremacia teórica do Poder Legislativo sobre o Executivo. O constitucionalismo. A segurança jurídica	108
4.4.1	Legalidade no sentido formal	110
4.4.1.1	Antecedentes	110
4.4.1.2	Sentido e limites	112
4.4.2	Legalidade, no sentido material	115
4.5	Direitos e garantias individuais. Legalidade e tipicidade	118
4.6	Tipo e igualdade.....	119
4.6.1	A igualdade e a república	119
4.6.2	A igualdade perante a lei.....	121
4.6.3	A igualdade na lei. Generalidade, abstrações e uniformidade	122
4.6.3.1	Igualdade formal, como uma proibição de distinguir.....	123
4.6.3.2	Igualdade material. O dever de distinguir genérica e individualmente	124
4.7	O princípio federal, a rigidez da discriminação constitucional de competência tributária e o tipo.....	126
4.8	Tipo e adaptabilidade às necessidades e mutações sociais.....	127
4.9	Tipo e praticabilidade.....	128
4.9.1	A praticabilidade e a lei. Presunções e ficções.....	128
4.9.2	Praticabilidade e Poder Executivo.....	130
4.10	Breve incursão no direito público e no direito privado.....	131
4.11	Movimento de tipificação e conceituação	136

CAPÍTULO 5

O TIPO, NO SENTIDO IMPRÓPRIO DE <i>TATBESTAND</i> E DE CONCEITO CLASSIFICATÓRIO. EVOLUÇÃO TEÓRICA NO DIREITO PENAL E NO DIREITO TRIBUTÁRIO			139
5.1	Objetivos.....	139	
5.2	Questões terminológicas.....	140	
5.3	Evolução teórica no direito penal.....	143	
5.3.1	O equivocado conceito de tipo em sentido amplo e <i>corpus delicti</i>	143	
5.3.2	O equivocado conceito de tipo, em sentido restrito, na visão tricotômica do delito	146	
5.3.3	Reformulações à teoria do <i>Tatbestand</i> independente e neutro.....	150	
5.3.4	Fusão do <i>Tatbestand</i> e da antijuridicidade	152	
5.3.4.1	A estrutura do <i>Tatbestand</i>	155	
5.3.5	A dissociação entre <i>Tatbestand</i> e figura do delito	156	
5.3.6	O dolo como elemento integrante do <i>Tatbestand</i>	159	
5.3.6.1	A culpabilidade.....	162	
5.3.6.2	Erro de <i>Tatbestand</i> e de proibição.....	163	
5.3.6.3	<i>Tatbestand</i> e ilicitude – Visão axiológica.....	165	
5.3.6.4	Os <i>Tatbestände</i> abertos.....	166	
5.3.7	Os <i>Tatbestände</i> totais.....	169	
5.3.8	Outros sistemas conceituais	171	
5.3.9	A espécie delituosa e a especificidade	174	
5.3.10	Críticas.....	174	
5.3.10.1	Ângulos sob os quais se oferece a crítica.....	177	
5.3.10.2	Do ontológico-axiológico.....	178	
5.3.10.2.1	Do conceito ontológico-axiológico de tipo, no sentido impróprio	185	
5.3.10.2.1.1	Cisão entre objeto de valoração e valoração do objeto	189	
5.3.10.2.1.2	O juízo de desvalor provisório e os <i>Tatbestände</i> abertos.....	192	
5.3.10.2.1.3	A questão da relevância	194	
5.3.10.2.1.4	A unidade do injusto	195	
5.3.10.3	Do epistemológico	196	
5.3.10.3.1	A ontologização dos valores.....	197	
5.3.10.3.2	A confusão entre lei e norma e entre nível estático e dinâmico de conhecimento do direito	198	
5.3.10.3.3	A analiticidade não superada em Beling e a antinomia lógica do finalismo de Welzel	201	
5.3.10.4	Da eficácia normativa material e processual.....	203	
5.3.10.5	Do metodológico e do ordenatório	209	
5.3.11	Conclusões	211	
5.3.12	Da possibilidade dos tipos no direito penal	215	
5.4	Tipo em sentido impróprio. Evolução teórica no direito tributário	220	
5.4.1	Antecedentes	220	
5.4.2	Questões terminológicas.....	223	
5.4.3	A espécie tributária. Conceito e estrutura.....	224	
5.4.3.1	A espécie tributária (tipo, em sentido impróprio) como pressuposto ou fato gerador	226	
5.4.3.1.1	A especificidade	228	
5.4.3.2	Fase de transição	230	
5.4.3.2.1	A especificidade	232	
5.4.3.3	A espécie tributária. Sua dissociação da noção de hipótese (pressuposto ou fato gerador)	233	
5.4.3.3.1	A especificidade	235	
5.4.4	A espécie tributária (tipo em sentido impróprio) frente ao conceito de tributo.....	236	

5.4.4.1	O enfoque dualista do tributo.....	237
5.4.4.1.1	Inexistência de tributabilidade em decorrência de norma de eficácia impeditiva.....	238
5.4.4.1.2	Inexistência de tributabilidade em decorrência de norma de eficácia extintiva.....	240
5.4.4.2	A espécie tributária na visão unitária do tributo.....	242
5.4.4.2.1	Espécie isencional e espécie tributária.....	244
5.4.4.2.2	As espécies tributárias e seus elementos negativos.....	246
5.4.4.3	Espécie tributária e espécie isencional impeditiva.....	248
5.4.4.4	Alíquota zero.....	249
5.4.5	Críticas.....	250
5.4.5.1	Do ontológico-axiológico.....	255
5.4.5.1.1	Cisão entre objeto de valoração e valoração do objeto. Ontologização do objeto.....	257
5.4.5.1.2	Hipótese (ou fato gerador) como juízo de valor provisório frente ao conceito de tributo.....	260
5.4.5.2	Do lógico-eficaz.....	262
5.4.5.2.1	A analiticidade não superada.....	263
5.4.5.2.2	Relação entre os modais deonticos.....	264
5.4.5.2.3	A relação de implicação entre hipótese e consequência da norma.....	265
5.4.5.2.4	A eficácia – Os efeitos da permissão.....	268
5.4.5.3	Do epistemológico – Tanto no nível estático como dinâmico.....	273
5.4.5.4	Do metodológico e ordenatório.....	276
5.4.6	Conclusões.....	279
5.4.6.1	Plano ontológico-axiológico, assim como lógico eficaz.....	283
5.4.6.2	Plano metodológico-ordenatório.....	286
5.4.6.3	Tendência prevalente.....	286
5.4.7	Da possibilidade dos tipos no direito tributário.....	286
5.4.7.1	Resíduos tipológicos.....	288

CAPÍTULO 6

A EXECUÇÃO SIMPLIFICADORA DA LEI: PRATICIDADE OU O MODO DE PENSAR IMPROPRIAMENTE CHAMADO “TIPIFICANTE” NO DIREITO TRIBUTÁRIO..... 291

6.1	Introdução.....	291
6.2	Tipificação imprópria ou criação de padrões rígidos.....	294
6.2.1	Casos no direito alemão.....	294
6.2.2	Exemplificação no direito tributário brasileiro.....	297
6.2.2.1	Presunções e padronizações legais.....	299
6.2.2.2	A execução simplificadora nos regulamentos, orientações e práticas administrativas.....	301
6.3	Interpretação e aplicação individual do direito.....	303
6.3.1	A interpretação denominada “econômica” da lei fiscal.....	306
6.4	O que é o chamado modo de pensar “tipificante”.....	306
6.5	Justificações.....	307
6.5.1	A defesa da esfera privada.....	308
6.5.2	Uniformidade da tributação.....	308
6.5.3	O estado de necessidade administrativo e a praticidade.....	309
6.5.4	Limites e restrições ao modo de pensar padronizante.....	311
6.6	Críticas e principais objeções.....	312
6.6.1	Ofensa à adequação à lei.....	313
6.6.2	Ofensa ao princípio da divisão de poderes.....	313
6.6.3	Ofensa à indelegabilidade de funções.....	313
6.6.4	Ofensa à uniformidade de encargos fiscais e à igualdade.....	313
6.7	O tratamento do tema no Brasil.....	314
6.7.1	Argumentos levantados a propósito do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana.....	315
6.7.2	O modo de raciocinar padronizante. O estado de necessidade.....	318
6.7.2.1	A realidade e o cadastro imobiliário fiscal.....	319
6.7.2.2	O núcleo do problema: praticidade e legalidade.....	321
6.7.3	A solução da jurisprudência no imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana.....	322
6.8	Críticas e sugestões.....	323
6.8.1	Os prejuízos e as vantagens dos contribuintes.....	323
6.8.2	As plantas de valores genéricos.....	325
6.8.3	As alternativas e seus limites.....	326

CAPÍTULO 7

SISTEMA, CLÁUSULA GERAL, PRINCÍPIO, TIPO E CONCEITO..... 335

7.1	As cláusulas gerais não são tipos. E os princípios abstratos? E os conceitos indeterminados?.....	343
7.2	Diferenciação entre as funções legislativas e judiciais. As súmulas e a aplicação individual do direito.....	349

REFERÊNCIAS.....	353
------------------	-----