

## O DIREITO PENAL E O LIBERALISMO: CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO PAPEL DO DIREITO PENAL EM UM ESTADO LIBERAL

VIVIAN BRENNER DE OLIVEIRA

MESTRANDA EM DIREITO PENAL PELA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (PUC-SP) E GRADUADA EM DIREITO PELA PUC/SP. JUÍZA DE DIREITO NO ESTADO DE SÃO PAULO

**RESUMO:** O presente artigo trata da função que o Direito Penal deve ter em um estado liberal e tem o objetivo de defender que a função primordial do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, individuais ou coletivos, considerados essenciais em um ordenamento jurídico. Ao longo do texto, será feita uma análise a respeito da evolução do conceito de bem jurídico ao longo do desenvolvimento da teoria do crime. Serão fixados, ainda, alguns critérios para que o legislador escolha os bens jurídicos que devem ser protegidos pelo Direito Penal, já que, por ser *ultima ratio*, este deve eleger apenas alguns bens jurídicos como objeto de proteção.

**PALAVRAS-CHAVE:** LIBERALISMO. DIREITO PENAL. BEM JURÍDICO. PAPEL DO DIREITO PENAL. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA.

**ABSTRACT:** This essay addresses the role of the Criminal Law in a liberal state. The objective of this essay is to defend that the main role of the Criminal Law is to protect legal assets, whether individual or collective ones, considered essential in a given legal order. Throughout the essay, it will be analyzed the development of the concept of legal asset during the development of the theory of crime. It will be fixed some criteria for the legislator to choose the legal assets that must be protected by the Criminal Law considering that, as the Criminal Law is the *ultima ratio*, it must elect only some legal assets as object of protection.

**KEYWORDS:** LIBERALISM. CRIMINAL LAW. LEGAL ASSET. ROLE OF THE CRIMINAL LAW. PRINCIPLE OF THE MINIMUM CRIMINAL INTERVENTION.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo abordar o papel que o Direito Penal deve exercer em um Estado marcado pelo liberalismo.

Nos dias atuais, temos visto uma crescente onda de manifestações que defendem a existência de um Estado liberal ao mesmo tempo que apoiam um endurecimento do Direito Penal. Entretanto, como veremos, tal entendimento é uma contradição em termos.

O liberalismo é uma doutrina filosófica que remonta a John Locke, pensador inglês do século XVII cujas ideias originaram a Revolução Industrial, para quem todo governo surge de um contrato revogável entre os cidadãos, que abrem mão de parcela de sua liberdade em prol do bem comum.

Em troca de tal confiança, espera-se que o governante garanta a liberdade e os

direitos individuais dos cidadãos, com especial ênfase à propriedade privada. Caso a confiança depositada seja quebrada, aos cidadãos cabe o direito de revogar os poderes do governante, escolhendo outro que melhor os represente.

A grande característica do liberalismo consiste na limitação dos poderes do Estado e seu antagonista é o absolutismo, que defende a total intervenção do Estado na vida dos cidadãos.

O liberalismo irradia seus efeitos nos campos político e econômico e pode ser resumido na expressão francesa “*laissez faire, laissez passer*”<sup>1</sup> que significa que o Estado não deve intervir nas relações individuais e deve acima de tudo respeitar a liberdade dessas relações.

Tendo em vista que o Direito Penal é uma das formas de intervenção do Estado nas liberdades individuais, em um Estado liberal, este também deve ser limitado.

Esta afirmação se torna ainda mais verdadeira quando verificamos que o Direito Penal é o braço do Estado que intervém de maneira mais contundente na liberdade dos cidadãos. De fato, para que haja correspondência com as ideias liberais, o Direito Penal deve ser limitado de modo a incidir apenas onde há necessidade de preservação da sociedade<sup>2</sup>.

O Direito Penal deve ser utilizado como último recurso, *ultima ratio* do sistema, sendo aplicável apenas quando os demais ramos do direito se mostrarem insuficientes. Além disso, o legislador deve se atentar para o fato de que o Direito Penal tem como função primordial a proteção a bens jurídicos, individuais ou coletivos, considerados essenciais em um ordenamento jurídico.

Hoje, tal obrigatoriedade é amplamente reconhecida por toda a doutrina como o Princípio da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos, o qual serve de garantia aos cidadãos contra a sanha punitiva do Estado, que deve atentar para tal limitação quando for prever alguma conduta como criminosa. Assim, o Estado deve presumir como ilegais apenas atitudes que efetivamente lesionem ou coloquem em risco algum

---

<sup>1</sup>A expressão completa “*laissez faire, laissez aller, laissez passer*” significa deixe fazer, deixe ir, deixe passar

<sup>2</sup> De acordo com Paulo César Busato e Sandro Montes Huapaya, “no que respeita ao Direito Penal como um meio a mais de controle social, corresponde ao Estado analisar e selecionar as condutas proibidas e suas respostas. De qualquer modo, é certo que dentro de um Estado social e Democrático de Direito o exercício do poder punitivo não é absoluto, do contrário se questionaria a sua própria legitimação. (BUSATO, Paulo Cesar; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 66-67).

bem jurídico considerado essencial à sociedade<sup>3</sup>.

Entretanto nem sempre foi assim. Na história recente, vimos exemplos de sociedades nas quais o Direito Penal era aplicado como punição às pessoas consideradas inimigos do Estado, sem qualquer preocupação em eleger bens jurídicos como objeto de proteção do Direito Penal<sup>4</sup>.

Fixadas tais premissas, devemos investigar o que pode ser considerado bem jurídico para fins de uma correta fundamentação do Direito Penal do Estado liberal.

## 1. CONCEITO DE BEM JURÍDICO PARA O DIREITO PENAL

Embora o conceito de Direito Penal tenha estado presente nas diversas civilizações, data de pouco mais de 200 anos a doutrina que o estruturou com fundamentos próprios.

O Direito Penal moderno foi desenvolvido juntamente com a teoria do delito, que, além de ter estudado de maneira independente os critérios formadores do crime, também contribuiu para a definição de princípios próprios limitadores do *jus puniendi* do Estado – dentre os quais podemos mencionar o princípio da legalidade, da culpabilidade e da intervenção mínima e o da exclusiva proteção a bens jurídicos.

No que se refere a este último, a teoria do delito contribuiu sobremaneira com a definição de bem jurídico. A esse respeito, é possível identificar ao menos quatro fases, as quais trataremos brevemente: positivismo, neokantismo, ontologismo e funcionalismo.

### 1.1. Positivismo

A teoria do delito, como é atualmente estudada, iniciou-se na época em que

---

<sup>3</sup> Paulo Cesar Busato e Sandro Montes Huapaya definem tal princípio dizendo que “o princípio do bem jurídico estabelece um limite material ao poder punitivo estatal, pois impede que se estabeleçam delitos e penas que não tenham em sua estrutura de base a proteção a um bem jurídico”. (BUSATO; HUAPAYA, op. cit., p. 39).

<sup>4</sup> A esse respeito, Cezar Roberto Bittencourt, baseando-se nos ensinamentos de Manuel Cobo del Rosal e Tomás Salvador Vives Antón ensina que “se uma concepção predominantemente liberal concede ao Direito Penal uma função protetora de bens e interesses, uma concepção social, em sentido amplo, pode, por sua vez, adotar uma concepção predominantemente imperialista e, portanto, reguladora de vontades e atitudes internas, como ocorreu, por exemplo, com o nacional-socialismo alemão. A primeira concepção destaca a importância do bem jurídico; a segunda apoia-se na infração do dever, na desobediência, na rebeldia da vontade individual contra a vontade coletiva” (BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito: uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 156)

predominava no campo da filosofia o positivismo, corrente que pretendia aproximar o direito das ciências naturais, entendendo que o mesmo método descritivo e classificatório destas deveria ser aplicado pelo direito, de maneira que caberia às ciências naturais reorganizar a vida na sociedade.

Acreditava-se que, ao excluir os juízos de valor e as contribuições filosóficas, seria possível criar um direito impregnado da mesma certeza que domina as ciências físico-experimentais.

O conceito clássico de delito foi criado nesse contexto por Von Liszt e Beling, fundamentando-se no conceito natural de ação. Desse modo, crime seria uma ação humana que produz um resultado naturalístico e que é definida como delituosa pela lei penal em sentido formal.

Nessa época, com base nos fundamentos do Direito Civil e na teoria privatista de Feuerbach, predominava a ideia de que todo ilícito seria uma lesão a um direito subjetivo, podendo este ser do Estado ou do particular.<sup>5</sup>

Trazendo essa ideia para o Direito Penal, Binding entendia que o bem jurídico seria o estado valorado pelo legislador, sendo, necessariamente, um direito subjetivo.

Já Von Liszt, partindo do conceito criado por Binding, transformou-o em interesse juridicamente protegido, transformando-o em estrutura fundamental do delito e passando a entendê-lo de maneira mais abrangente que o mero conceito de direito subjetivo.

## 1.2. Neokantismo

O neokantismo surgiu no início do século XX, pretendendo aprimorar o método essencialmente formal do positivismo. Depois, com o fim da Segunda Guerra e a descoberta das atrocidades cometidas pelo regime nacional-socialista na Alemanha sob a égide de um sistema essencialmente positivista e racionalista, a necessidade de introduzir elementos valorativos, dando ênfase ao dever-ser em detrimento de ser,

---

<sup>5</sup> A esse respeito, Luis Regis Prado dispõe que “A concepção material de delito como lesão de direito subjetivo decorre da teoria contratualista aplicada no âmbito penal. Esse posicionamento – resultado da ideologia liberal-individualista dominante – apresenta-se como um conteúdo sistemático funcional – conduta punível é aquela lesiva a um direito subjetivo e liberal concreto-imanente – proteção também do direito individual na esfera objetiva da liberdade pessoal. O direito subjetivo emerge, desse modo, como o instrumento mais eficaz para garantir tal liberdade” (PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e constituição. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 9).

tornou-se ainda mais necessária.

Sob a influência do neokantismo, o objeto de estudo da ciência penal continuou a ser o direito positivo, com a ressalva de que este deveria ser interpretado por meio de conceitos relativos ao campo do dever-ser<sup>6</sup>. Houve uma reinterpretação do objeto adotado pelos positivistas, razão pela qual Welzel chegou a chamar o movimento neokantista de “teoria complementar do positivismo jurídico”<sup>7</sup>.

O conceito clássico de delito, embora não tenha sofrido profunda alteração, foi revalorado pelos neokantistas, que incluíram elementos normativos na tipicidade, na antijuridicidade e, também, na culpabilidade. Com isso, a grande contribuição do neokantismo foi justamente o reconhecimento de que toda realidade traz um valor previamente concebido, jamais sendo possível a adoção de uma interpretação completamente neutra e isenta desses valores.

Com relação ao conceito de bem jurídico, Edmund Mezger é expresso ao dizer que este é uma figura ideológica que traz em si os valores relevantes para a sociedade<sup>8</sup>.

Para o neokantismo, o bem jurídico é um valor ético social que faz parte da ordem jurídica que a lei penal pretende proteger. A grande diferença, entretanto, é que, nesse pensamento, o bem jurídico não existe como uma realidade, pois decorre de um processo de conhecimento levado a efeito pelo próprio intérprete do direito e cujo resultado é absolutamente subjetivo.

A crítica que se faz ao conceito de bem jurídico no neokantismo é que, sendo ele produto de um processo de conhecimento do próprio intérprete do direito, não há

---

<sup>6</sup> A esse respeito, Cesar Roberto Bittencourt ensina que “o neokantismo substitui o método puramente jurídico-formal do positivismo, passando a ter, como objetivo, a compreensão do conteúdo dos fenômenos e categorias jurídicas, muito além de sua simples definição formal ou explicação causal. O neokantismo leva em consideração, para atingir esse desiderato, a dimensão valorativa do jurídico; não faz, contudo, dessa dimensão valorativa um objeto de estudo em si mesmo” (BITTENCOURT, op cit., p. 29).

<sup>7</sup> SANCHEZ, Jesus Maria Silva. *Aproximacion al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1992, p. 55

<sup>8</sup> Edmund Mezger defende que o bem jurídico “es una figura ideológica, la valoración objetiva en su forma más sencilla, que el bien protegido lleva en sí o la síntesis realizada en ideas de lo que el tipo abarca en conjunto de acuerdo con su sentido. El “bien jurídico” evidencia, con ello, el valor que posee para ele individuo, como su portador directo, y para la sociedad como tal. Por consiguiente, no hay que quedar atados a ideas materialistas o negar una “espiritualización” de este concepto de bien jurídico” (MEZGER, Edmund. *Derecho penal*: parte general. Traducción: Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1957, p. 155).

como ter controle de seu resultado.

Desse modo, o único controle possível é com relação ao método em si, mas não em relação ao resultado alcançado, pois é o intérprete que lhe atribui sentido e, dessa forma, o bem jurídico não funciona como controle e limite à função de legislar.

Não obstante, a grande contribuição trazida pelo neokantismo foi justamente excluir o dogma do direito positivo e incluir o conceito de valor no direito. Com isso, introduziu o entendimento de que, para o direito, não basta a lei formal para conferir validade, sendo necessário que o este esteja de acordo com os valores éticos e morais que prevalecem em uma sociedade para ser válido<sup>9</sup>.

### *1.3. Ontologismo*

O ontologismo representou uma mudança drástica em relação ao pensamento formalista até então predominante e foi a corrente filosófica que inspirou o finalismo.

A teoria desenvolvida por Hans Welzel no pós Segunda Guerra Mundial teve como traço característico o reconhecimento de que é o homem quem dá valor e sentido às coisas, e não o contrário. Dessa forma, não haveria razão em analisar a ação apenas por seus aspectos exteriores, pois, para que seja possível atribuir-lhe um sentido à e valorá-la penalmente, faz-se necessário analisar seu significado.

Dessa forma, Welzel criou o conceito de “ação finalística”, que consiste no reconhecimento de que o homem, graças a seu saber, pode prever as consequências de sua conduta.

Ainda, o finalismo retirou todos os elementos subjetivos da culpabilidade, deslocando o dolo e a culpa para a tipicidade e criando um conceito puramente normativo da culpabilidade.

Com relação aos bens que poderiam ser eleitos como objeto de proteção da norma penal, Welzel não modificou o conceito anteriormente adotado pelo neokantismo. Houve, entretanto, uma mudança na valoração do papel exercido pelo

---

<sup>9</sup> A esse respeito, Jesus Maria Sanchez ensina que “Sin embargo, con estas y otras consideraciones, el neokantismo marcó la pauta que, de Nuevo hoy, tras el paréntesis metodológico del finalismo, sigue la dogmática jurídico-penal. Su mérito: mostrar las ineludibles referencias valorativas de la construcción conceptual en Derecho penal, y la caracterización de estos valores como factores no inherentes al objeto, no absolutos, universales e inmutables, sino condicionados subjetivamente, culturalmente” (SANCHEZ, op. cit., p. 57)

Direito Penal.

Para Welzel, as normas jurídico-penais não são apenas objetos de valoração, mas possuem como objetivo principal influenciar a própria constituição e funcionamento da sociedade<sup>10</sup>. Ou seja, nessa concepção, embora o Direito Penal tenha como objetivo a proteção de bens jurídicos, ele também contribui para a formação da moral e dos deveres éticos que vigem em uma sociedade<sup>11</sup>.

#### 1.4 Funcionalismo

Embora o funcionalismo não tenha promovido alterações no conceito de bem jurídico, houve uma reformulação do papel do Direito Penal.

De fato, a teoria funcionalista passou a ver o Direito Penal como um sistema fundamentado em decisões político-criminais que, dentre outras opções, poderia proteger bens jurídicos, mas que não necessariamente deveria ter essa função. Para o funcionalismo, o papel do Direito Penal seria primordialmente assegurar a existência do sistema jurídico, garantindo a validade e a vigência das normas jurídicas.

É possível identificar nesse pensamento duas teorias: o funcionalismo-dualista de Claus Roxin e o funcionalismo-monista defendido por Günther Jakobs<sup>12</sup>. O primeiro entende que o Direito Penal seria um sistema limitado por valores materiais de fora do sistema penal. Já o último não admite qualquer limite externo ao próprio Direito Penal. De qualquer forma, para ambos, o Direito Penal seria fundamentado e guiado por critérios de política criminal.

A grande crítica que se faz à teoria funcionalista é que, ao entender o papel do

---

<sup>10</sup> Ou, nas palavras do eminente professor Jesus Maria Silva Sanchez “(...) si puede afirmarse, en todo caso, que en la base de argumentación welzeliana se halla la idea de que el Derecho no estas constituido por meras normas de valoración, sino que tiene la misión de influir sobre el comportamiento humano (de constituir una fuerza configuradora de la vida social) y, por tanto, dirige a sus destinatarios mandatos y prohibiciones de conducta; al ser la conducta humana el objeto de sus normas, el Derecho queda vinculado a las estructuras del ser de aquélla.”(SANCHEZ, op. cit., p. 62)

<sup>11</sup> “Limitándose el derecho penal a la protección de bienes jurídicos, mediante el cumplimiento de los deberes elementales, cumple una importante función, que significa un aporte a la moral. Ciertamente, ele derecho penal es solo un factor de entre el sinnúmero de fuerzas que constituyen el concepto moral de una época, pero entre ellas puede ser señalado como de importancia fundamental. Por el echo de que pone en evidencia la vigencia inquebrantable de los deberes ético-sociales elementales, sancionando a quienes los lesionan, modela y consolida eficazmente el juicio moral y el sentido jurídico de los hombres sometidos s una comunidad de derecho” (WELZEL, Hans. *Derecho penal*: parte geral. Traducción: Carlos Fontán Balestra y Eduardo Friker. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 7).

<sup>12</sup> JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*. Tradução: André Luis Callegari. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000

Direito Penal como o de garantidor do sistema, ela o reduziria a uma importância secundária dentro do Direito, tendo como objetivo apenas coagir os indivíduos a obedecer as normas existentes. Ainda, na visão funcionalista-monista, que não admite a existência de limites externos ao sistema, não haveria como controlar a legitimidade do Direito Penal, restando aberta a possibilidade de institucionalização de um Direito Penal autoritário.

## 2. CRITÉRIOS PARA A ELEIÇÃO DE BENS JURÍDICOS PELO DIREITO PENAL

Como mencionado anteriormente, a diferença entre as concepções liberal e imperialista do Direito Penal reside justamente na necessidade de eleição dos bens jurídicos que devem ser protegidos por este. Fixada tal premissa, devemos estabelecer quais bens jurídicos podem ser eleitos como objeto de proteção.

O Direito Penal, assim como os demais ramos do direito, retira seu fundamento de validade diretamente da Constituição, mas com ênfase ainda maior, por se tratar de um ramo que lida diretamente com a liberdade das pessoas. Além disso, sendo o Estado liberal marcado pela não intervenção estatal, o Direito Penal deve também apresentar tal característica, ou seja, em um Estado liberal ele deve também ser um Direito Penal de mínima intervenção na liberdade dos cidadãos.

Para tanto, o legislador deve atentar para o princípio da intervenção mínima do Direito Penal e os seus princípios correlatos, quais sejam: subsidiariedade e ofensividade.

Com a clareza de sempre, Guilherme de Souza Nucci explica que o princípio da intervenção mínima é o preceito implícito mais importante de contenção da atuação do Estado, sendo justamente o que limita a atuação do Estado ao mínimo necessário, assim como deve ser a atuação de um Estado marcado pelo liberalismo<sup>13</sup>.

Ainda, sendo o Direito Penal é subsidiário, ele deve ser utilizado apenas quando outras formas de intervenção estatal não se mostrarem suficientes. Caso outras formas

---

<sup>13</sup> Para Guilherme de Souza Nucci “o direito penal não deve interferir em demasia na vida do indivíduo, retirando-lhe autonomia e liberdade. Afinal, a lei penal não deve ser vista como primeira opção (*prima ratio*) do legislador para compor conflitos existentes em sociedade, os quais, pelo atual estágio de desenvolvimento moral e ético da sociedade, sempre estarão presentes” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 27).

de intervenção do Estado, como o direito administrativo ou as normas relativas ao direito privado forem suficientes, estes devem prevalecer, deixando o Direito Penal apenas para os casos em que seja estritamente necessário.

Não obstante, para que se esteja diante de um Direito Penal do estado liberal, não basta que o legislador eleja qualquer bem jurídico para ser protegido. É necessário que o bem jurídico eleito esteja previsto constitucionalmente e de acordo com os princípios constitucionais penais.

E, ao tratar dos bens jurídicos que podem ser escolhidos pelo legislador para serem protegidos pelo Direito Penal, há incidência dos princípios da fragmentariedade e da ofensividade.

A fragmentariedade determina, em linhas gerais, que o Direito Penal é apenas um fragmento do ordenamento jurídico como um todo. Dessa forma, ele deve se ocupar apenas de uma parte das lesões aos bens jurídicos, não sendo possível a existência de um Direito Penal que pretenda punir a maioria das condutas lesivas à vida em sociedade. Ainda, sendo o Direito Penal um ramo marcado pela gravidade de suas punições, ele deve se preocupar apenas com as condutas mais graves.

Finalmente, o princípio da ofensividade determina que o Direito Penal deve se preocupar com condutas que de fato sejam ofensivas ao bem jurídico protegido.

### 3. CASOS DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI PENAL

Sem adentrar em questões cuja inconstitucionalidade é evidente<sup>14</sup>, há situações que se situam em zona cinzenta cuja análise demanda maior profundidade. Para exemplificá-las, podemos mencionar a utilização do direito penal como instrumento sancionador nos chamados crimes de trânsito e crimes tributários.

Com relação aos crimes de trânsito, o art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB) prevê a conduta de crime de embriaguez ao volante, segundo a qual

---

<sup>14</sup> José Francisco de Faria Costa exemplifica essa questão dizendo: “Para ilustrar de forma particularmente impressiva o que dizemos imagine-se que o legislador se permita criar uma norma deste tipo: aquele que andar com chapéu na cabeça será punido com prisão de... Não temos a mínima dúvida em dizer que se definiu com exatidão o comportamento proibido e que, por conseguinte, não é ofendido de modo algum, o princípio da tipicidade, mesmo na sua acepção mais restrita ou mais densa. Acontece, porém, e aqui de forma cortante, que a conduta penalmente proibida em nada se liga à proteção de um qualquer bem jurídico; não se liga à proteção de um bem jurídico com dignidade penal. Donde uma norma incriminadora deste gênero seria claramente inconstitucional por ofensa ao princípio da ofensividade” (COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 646.)

haverá crime quando for constatada a concentração igual ou superior a seis decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou ainda a existência de sinais que indiquem alteração da capacidade psicomotora. Trata-se de crime de perigo abstrato que não exige a demonstração de colocação da segurança viária em perigo para a sua tipificação.

Sem adentrar na discussão a respeito da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, que não é objeto deste artigo, será que nesse caso tal previsão criminal não seria um excesso de punição do legislador?

No caso de um condutor que, mesmo com a concentração alcoólica indicada na lei, não tivesse colocado minimamente em risco a segurança viária, ainda assim seria constitucional a existência de tal figura típica?

Muito se fala que a criminalização da conduta de conduzir veículo automotor embriagado teria impactado positivamente a sociedade, com a redução do número de acidentes e da mortalidade no trânsito<sup>15</sup>, mas será que tal resultado não teria sido alcançado apenas com a previsão de uma infração administrativa – apenada com multa e eventual perda do direito de conduzir, sem a necessidade de se recorrer ao Direito Penal? Fica aqui o questionamento, ao qual a autora entende que a resposta é afirmativa.

Ainda, outra previsão de discutível constitucionalidade são os chamados crimes tributários. A Lei nº 8.137/1990 trata dos crimes tributários e crimes contra a ordem econômica, contudo o entendimento quase unânime é que ela não visa punir o mero inadimplemento do tributo, mas a fraude relacionada ao seu não pagamento. Desse modo, é necessário que haja a sonegação tributária para que a responsabilidade criminal seja caracterizada<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Conforme levantamento feito pelo Sistema de Informações de Mortalidade (SIM) do Ministério da Saúde, de 2008, a 2016, houve uma redução de 2,4% do número de mortes por acidentes de trânsito no país. Quando fazemos a comparação com o ano de 2012, quando a lei se tornou mais rígida, a redução é de 16,7% (CASTILHO, Ingrid. Óbitos por acidentes de trânsito diminuem após 10 anos de Lei Seca. *Agência Saúde*, Brasília, DF, 19 jun. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2XHK6Rz>. Acesso em: 15 jul. 2019).

<sup>16</sup> Nas palavras da eminente Ministra Maria Thereza de Assis Moura, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, “de fato, não se confundem inadimplência fiscal e sonegação fiscal. A sonegação fiscal evidencia o fim deliberado de suprimir ou reduzir tributo ou contribuição social, mediante artifício fraudulento, e constitui ilícito penal tipificado no artigo 1º da Lei nº. 8.137/90. A inadimplência fiscal, por sua vez, substancia mero atraso ou descumprimento da obrigação de recolher tributo que já foi regularmente declarado pelo contribuinte e configura apenas ilícito administrativo passível de execução fiscal e inscrição na dívida ativa” (REsp no. 1.543.485 – GO).

Com a edição da Lei nº 9.249/1995, passou-se a admitir a extinção da punibilidade no caso de crimes tributários desde que o agente fizesse o pagamento integral dos tributos antes do recebimento da denúncia. Tal previsão, embora de abrangência muito maior, foi inspirada no instituto do arrependimento posterior, que prevê que o agente dos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça que repara o dano ou restitui a coisa tem direito à redução da pena aplicada.

Até esse momento, a previsão era interessante e até mesmo salutar a fim de diminuir a incidência da força punitiva do Estado quando esta não se mostra necessária.

Entretanto, com o passar dos anos, por meio de diversas alterações legislativas e interpretações jurisprudenciais, o entendimento que prevaleceu é o de que o pagamento integral extingue a punibilidade dos crimes tributários a qualquer tempo<sup>17</sup>.

Dessa forma, fica a questão: o Direito Penal não estaria sendo utilizado como instrumento de cobrança do Estado? E, da maneira como o cenário se encontra delineado, a autora entende que a resposta para essa pergunta também é afirmativa.

Ao que tudo indica, com relação aos crimes tributários, o *jus puniendi* do Estado está servindo como instrumento de coação para que o devedor pague integralmente seus créditos tributários, e o resultado disso é que apenas os indivíduos que não tenham recursos suficientes para pagá-los acabam por ser responsabilizados criminalmente.

---

<sup>17</sup> Nesse sentido, já decidiu o Egrégio Supremo Tribunal Federal: “Habeas corpus. Crime contra a ordem tributária. Aplicação do princípio da insignificância. Tese não analisada pelo Superior Tribunal de Justiça. Impossibilidade de conhecimento pela Suprema Corte. Inadmissível supressão de instância. Precedentes. Não conhecimento do writ. Requerimento incidental de extinção da punibilidade do paciente pelo pagamento integral do débito tributário constituído. Possibilidade. Precedente. Ordem concedida de ofício. 1. Não tendo sido analisada pelo Superior Tribunal de Justiça defesa fundada no princípio da insignificância, é inviável a análise originária desse pedido pela Suprema Corte, sob pena de supressão de instância, em afronta às normas constitucionais de competência. 2. Não se conhece do habeas corpus. 3. O pagamento integral de débito – devidamente comprovado nos autos – empreendido pelo paciente em momento anterior ao trânsito em julgado da condenação que lhe foi imposta é causa de extinção de sua punibilidade, conforme opção político-criminal do legislador pátrio. Precedente. 4. Entendimento pessoal externado por ocasião do julgamento, em 9/5/13, da AP nº 516/DF-ED pelo Tribunal Pleno, no sentido de que a Lei nº 12.382/11, que regrou a extinção da punibilidade dos crimes tributários nas situações de parcelamento do débito tributário, não afetou o disposto no § 2º do art. 9º da Lei 10.684/03, o qual prevê a extinção da punibilidade em razão do pagamento do débito, a qualquer tempo. 5. Ordem concedida de ofício para declarar extinta a punibilidade do paciente.” (HC 116828, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 13/08/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-206 DIVULG 16-10-2013 PUBLIC 17-10-2013).

Essas duas situações – crime de embriaguez ao volante e crimes tributários – são dois exemplos de um Direito Penal característico de um Estado absolutista e não de um Estado liberal. Ambos são casos de legislações que tratam o Direito Penal como *prima* e não *ultima ratio*, utilizando-o em situações em que a solução poderia ser alcançada por outros ramos do Direito. Desse modo, configuram uma verdadeira invasão na esfera da liberdade dos indivíduos, o que deve ser evitado caso se pretenda efetivamente constituir uma sociedade liberal.

## CONCLUSÃO

Em vista de todo o exposto, podemos concluir que, sendo o Estado liberal marcado pela não intervenção estatal, o Direito Penal deve também apresentar tal característica, ou seja, em um Estado liberal ele deve também ser um Direito Penal de mínima intervenção na liberdade dos cidadãos.

Nesse sentido, em um estado liberal, o Direito Penal deve ter como função a exclusiva proteção a bens jurídicos e sua utilização com qualquer outra função caracteriza um desvio, devendo ser amplamente combatida pelos operadores do Direito.

Quando da utilização do Direito Penal, o legislador deve se atentar para o princípio da intervenção mínima do Direito Penal e os seus princípios correlatos, quais sejam: subsidiariedade, fragmentariedade e ofensividade, no momento da eleição dos bens jurídicos objeto de proteção.

Atualmente, da maneira como estão previstos na legislação brasileira, o crime de embriaguez ao volante e os crimes tributários são dois exemplos de um Direito Penal característico de um Estado absolutista e não de um Estado liberal. Ambos são casos de legislações que tratam o Direito Penal como *prima* e não *ultima ratio*.

Em tais situações, há um verdadeiro desvio da função do Direito Penal, o que deve ser evitado caso se pretenda efetivamente constituir uma sociedade liberal.

## BIBLIOGRAFIA

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do delito: uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira*. Coimbra: Almedina, 2007.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. 5. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BUSATO, Paulo Cesar; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CALLEGARI, Andre Luis. *Teoria geral do delito e da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CASTILHO, Ingrid. Óbitos por acidentes de trânsito diminuem após 10 anos de Lei Seca. *Agência Saúde*, Brasília, DF, 19 jun. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2XHK6Rz>. Acesso em: 15 jul. 2019.

COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*. Coimbra: Coimbra, 2000.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1. t. 1-2.

JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*. Tradução: André Luis Callegari. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LIZST, Frank von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tradução: José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 1899.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

MEZGER, Edmund. *Derecho penal: parte general*. Traducción: Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1957.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

\_\_\_\_\_. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SANCHEZ, Jesus Maria Silva. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. 1. ed. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1992.

\_\_\_\_\_. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução: Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. 1a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

\_\_\_\_\_. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Traducción: Carlos Fontán Balestra y Eduardo Friker. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.