

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DOUTORADO

RAUL MARQUES LINHARES

O FUNDAMENTO MATERIAL DO CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL A PARTIR
DA MATRIZ ONTO-ANTROPOLÓGICA DO DIREITO PENAL

SÃO LEOPOLDO

2024

Raul Marques Linhares

**O FUNDAMENTO MATERIAL DO CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL A PARTIR
DA MATRIZ ONTO-ANTROPOLÓGICA DO DIREITO PENAL**

Tese apresentada como requisito parcial para a
obtenção do título de Doutor em Direito, pelo
Programa de Pós-Graduação em Direito da
Universidade do Vale do Rio dos Sinos -
UNISINOS

Orientador: Profº Prof. Dr. Miguel Tedesco Wedy

São Leopoldo

2024

L755f

Linhares, Raul Marques

O fundamento material do crime de sonegação fiscal a partir da matriz onto-antropológica do direito penal. / Raul Marques Linhares -- 2024.
252 f. ; 30cm.

Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2024.

Orientador: Prof. Dr. Miguel Tedesco Wedy.

1. Direito penal tributário. 2. Sonegação fiscal. 3. Estado social fiscal. 4. Dever fundamental - Pagar impostos. I. Título. II. Wedy, Miguel Tedesco,

CDU 343:336.2

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada: “**O FUNDAMENTO MATERIAL DO CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL A PARTIR DA MATRIZ ONTO-ANTROPOLÓGICA DO DIREITO PENAL**” elaborada pelo doutorando **Raul Marques Linhares**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.

São Leopoldo, 16 de setembro de 2024.



Prof. Dr. **Anderson Vichinkeski Teixeira**,
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Miguel Tedesco Wedy _____ *Participação por Webconferência*

Membro externo: Dr. Andre Luís Callegari _____ *Participação por Webconferência*

Membro externo: Dr. Angelo Ilha da Silva _____ *Participação por Webconferência*

Membro: Dr. Gerson Neves Pinto _____ *Participação por Webconferência*

Membro: Dr. Marciano Buffon _____ *Participação por Webconferência*

AGRADECIMENTOS À CAPES

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

À minha esposa, Ana Paula, pelo apoio e
compreensão.

Aos meus filhos, Maria Luísa e Rafael.

AGRADECIMENTOS

De modo especial, agradeço ao meu orientador, professor Miguel Tedesco Wedy, que me guiou já nos primeiros passos de pesquisa acadêmica, quando da realização de meu trabalho de conclusão de curso de graduação, e que renova, na presente oportunidade e para a minha alegria, a sua importante influência na minha formação.

Aos professores Marciano Buffon e Gerson Neves Pinto, pelas relevantes contribuições ao desenvolvimento desta tese.

Ao professor André Callegari, pela parceria profissional e acadêmica e pela amizade desde minha participação na iniciação científica.

Ao meu sócio Ruiz Ritter, pelas discussões e aprendizado diário.

A todos os professores e funcionários do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS, pela dedicação e pelo comprometimento indispensáveis à excelência do Programa.

RESUMO

Esta pesquisa constitui uma análise de temas pertinentes à fundamentação da criminalização da sonegação fiscal, a fim de conformar as bases teóricas do crime fiscal, adotando-se como pressuposto do Direito Penal a matriz onto-antropológica defendida por José de Faria Costa. Com esse enfoque, em síntese, nesta pesquisa é desenvolvido um exame pontual a respeito da relação entre os direitos e os deveres na sociedade, contrapondo-se os pensamentos individualista, coletivista e comunitarista em momentos históricos ilustrativos; o estudo de categorias próprias do Direito Tributário, com especial enfoque à fundamentalidade do dever de pagar tributos não vinculados; e a avaliação das categorias do Direito Penal Tributário relacionadas a essa matéria, com a sua conjugação com o conteúdo anteriormente desenvolvido, composição teórica que conforma a fundamentação da criminalização da sonegação fiscal. Para tanto, adotando-se uma abordagem fenomenológica, com a revisão crítica de conceitos historicamente estabelecidos, é realizada uma pesquisa eminentemente bibliográfica, associada ao exame de instrumentos normativos. Conclusivamente, propõe-se a construção da *ratio legis* da criminalização da sonegação fiscal por meio da relação entre categorias como o paradigma comunitarista, a solidariedade, o Estado Social Fiscal, e o dever fundamental de pagar tributos não vinculados.

Palavras-chave: Direito Penal Tributário; sonegação fiscal; Estado Social Fiscal; dever fundamental de pagar impostos.

ABSTRACT

This research constitutes an analysis of themes pertinent to the justification for the criminalization of tax evasion, in order to conform the theoretical bases of tax crime, adopting the onto-anthropological matrix defended by José de Faria Costa as a presupposition of Criminal Law. With this focus, in summary, this research develops a specific examination of the relationship between rights and duties in society, opposing individualist, collectivist and communitarian thoughts in illustrative historical moments; the study of categories inherent to Tax Law, with a special focus on the fundamentality of the duty to pay unrelated taxes; and the evaluation of the Criminal Tax Law categories related to this matter, in conjunction with the content previously developed, a theoretical composition that forms the basis for the criminalization of tax evasion. Therefore, adopting a phenomenological method, with a critical review of historically established concepts, an eminently bibliographical research is carried out, associated with the examination of normative instruments. Conclusively, it is proposed to construct the ratio legis for the criminalization of tax evasion through the relationship between categories such as the communitarian paradigm, solidarity, the Social Fiscal State, and the fundamental duty to pay unrelated taxes.

Key-words: Criminal Tax Law; tax evasion; Social Fiscal State; fundamental duty to pay taxes.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 OS DIREITOS E OS DEVERES NA SOCIEDADE: BREVES APONTAMENTOS ..	15
2.1 Direitos e deveres na Antiguidade.....	18
2.2 Direitos e deveres no período iluminista.....	22
2.2.1 A teoria do contrato social.....	23
2.2.2 O protagonismo dos direitos na Revolução Francesa.....	29
2.3 O regime fascista da Segunda Guerra Mundial e a ideia de compromisso coletivo...	39
2.4 Pós-guerra e a hipertrofia dos direitos individuais	46
2.5 Em síntese: o pensamento liberal-individualista e o pensamento comunitarista	50
3 O DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR IMPOSTOS NO ESTADO SOCIAL	66
3.1 Solidariedade enquanto valor constitutivo do Estado Social.....	67
3.2 Os deveres fundamentais no Estado Social	82
3.3 O dever fundamental de pagar tributos como condição de possibilidade dos direitos fundamentais.....	95
3.3.1 Custo do Estado	96
3.3.2 Breves delimitações conceituais sobre as espécies de tributos.....	103
3.3.2.1 <i>Imposto</i>	103
3.3.2.2 <i>Taxa</i>	105
3.3.2.3 <i>Contribuição de melhoria</i>	107
3.3.2.4 <i>Empréstimo compulsório</i>	107
3.3.2.5 <i>Contribuições sociais</i>	108
3.3.3 O dever fundamental de pagar tributos não vinculados	109
3.3.3.1 Limitação solidária ao dever de pagar: o princípio da capacidade contributiva	117
4 EPISTEMOLOGIA PENAL-TRIBUTÁRIA: FUNDAMENTO MATERIAL DA CRIMINALIZAÇÃO DA SONEGAÇÃO FISCAL	122
4.1 O fundamento do Direito Penal.....	123
4.1.1 Síntese das propostas funcionalistas de Claus Roxin e Günther Jakobs	125
4.1.2 Um Direito Penal de fundamento onto-antropológico	130

4.1.2.1 Aspectos básicos da obra <i>Ser e Tempo</i> , de Martin Heidegger.....	134
4.1.2.2 O Direito Penal de fundamento onto-antropológico em José de Faria Costa.....	138
4.2 A legitimidade constitucional do Direito Penal Tributário	144
4.2.1 A relação entre o Direito Penal e o Direito Tributário	149
4.2.2 Garantismo (positivo) no Direito Penal Tributário.....	155
4.2.3 Aproximação à legitimidade do Direito Penal Tributário	166
4.2.3.1 A solidariedade como elemento fundamental da criminalização da sonegação.....	169
4.2.3.2 Dever fundamental de pagar e delito de dever.....	186
4.3 O bem jurídico tutelado pela criminalização da sonegação fiscal.....	196
4.3.1 Bens jurídicos coletivos.....	203
4.3.2 Teorias do bem jurídico tutelado na sonegação fiscal	207
4.3.2.1 Teoria patrimonialista.....	210
4.3.2.2 Teoria funcionalista.....	215
4.3.2.3 Teoria eclética	218
4.4 Síntese sobre o conteúdo da legitimação do crime de sonegação fiscal	222
5 CONCLUSÃO.....	225
REFERÊNCIAS.....	231

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa parte de uma realidade difundida a respeito do Direito Penal, mesmo que algumas sinalizações em sentido diverso tenham ocorrido nos últimos anos (especialmente por meio de operações como o *Caso Mensalão* e a *Operação Lava-Jato*), as quais não se prestam a alterar essa difundida realidade: que o Direito Penal possui como uma de suas características o que historicamente se conhece como *seletividade penal*, agindo com maior rigor contra classes sociais mais vulneráveis.

Essa circunstância é perceptível quando se compara a legislação penal relativa à criminalidade clássica (homicídio, roubo, estelionato, tráfico de drogas) com o Direito Penal Tributário, este último impregnado por uma racionalidade utilitarista (*utilitarismo fiscal*), basicamente utilizado como mero reforço de coação na cobrança de tributos, por meio da cominação de penas que podem ser consideradas brandas quando comparadas com crimes considerados menos graves¹ (pelo menos a partir do referencial teórico adotado nesta pesquisa), com instituto de exclusão do crime não adotado para outros delitos (o pagamento do débito a qualquer tempo enquanto causa extintiva da punibilidade).

Diante dessa realidade, a presente pesquisa é realizada com o objetivo de desenvolver bases teóricas capazes de justificar uma reformulação do tratamento atribuído ao crime de sonegação fiscal, por meio da compreensão de seu fundamento material (poder-se-ia dizer, de sua dignidade constitucional).

Para a construção dessa teoria de base do ilícito penal-tributário, foi tomado como ponto de partida a problemática da relação entre os direitos e os deveres, a partir do exame de períodos históricos pontuais e representativos do tensionamento entre ambas as categorias, estudo destinado a identificar o quão problemático pode ser um sistema fundado em um dos extremos, um caracterizado pelo individualismo (hegemonia dos direitos individuais), outro pelo coletivismo (império dos deveres); e a indicar um sistema intermediário, que constitua a relação entre direitos e deveres de uma forma na medida do possível harmônica.

¹ Exemplificativamente: nos crimes tributários da Lei 8.137/1990, são cominadas as penas de reclusão de 2 a 5 anos (artigo 1º) e de detenção 6 meses a 2 anos (artigo 2º); já o crime de furto simples possui a pena de reclusão de 1 a 4 anos; o crime de receptação praticada na atividade comercial, a pena de reclusão de 3 a 8 anos; o crime de receptação de animal que se deveria saber ser produto de crime, a pena de reclusão de 2 a 5 anos.

A categoria dos deveres é considerada, aqui, como uma condição de possibilidade para a implementação dos direitos fundamentais, assim como um elemento constitutivo do Estado Social, especialmente a partir de um *princípio de solidariedade*. Da imprescindibilidade dos deveres, aliada à assunção do custo (financeiro) inerente à implementação dos direitos por parte do Estado Social, da noção de compromisso (*cooperação*) do cidadão com a participação nesse custeio (a *solidariedade* como um dos elementos fundantes do *Welfare State*, voltado à promoção de uma sociedade mais igualitária), o segundo capítulo é destinado à compreensão de uma das categorias centrais para a construção da teoria de base do Direito Penal Tributário: o *dever fundamental de pagar tributos*.

Com esse referencial, aliado aos impactos sociais (nas atividades prestacionais do Estado) produzidos pelo ato de sonegação fiscal, propõe-se uma retomada da teoria da *dignidade constitucional do Direito Penal Tributário*, a partir de um Direito Penal de fundamento onto-antropológico, nos termos propostos por José de Faria Costa. Especificamente, trata-se de conformar uma teoria da legitimação da criminalização da sonegação fiscal que, compatível com um Direito Penal de fundamento onto-antropológico e com a normatividade constitucional brasileira, sirva de barreira a uma degradante instrumentalização do Direito Penal Tributário (atualmente tornado mero mecanismo de coação ao pagamento de débitos tributários) e ainda reconheça a relevância desse objeto de criminalização para a vida comunitária.

Em síntese, a presente pesquisa pode ser resumida no seguinte questionamento, representativo do problema de pesquisa que se objetiva responder: de acordo com um Direito Penal de matriz onto-antropológica (e não funcionalista), a partir de quais bases teóricas a criminalização da sonegação fiscal deve ser legitimada?

Diante desse questionamento, o principal objetivo pretendido com a presente pesquisa é o de propor uma teoria de base do crime de sonegação fiscal, compatível com o mencionado paradigma onto-antropológico do Direito Penal, em prol de uma maior efetividade da tutela penal das condições financeiras estatais para a implementação dos direitos fundamentais.

Entre os objetivos específicos ou secundários da presente pesquisa, podem ser destacados: a) avaliar a categoria dos “deveres fundamentais”, a partir da construção da relação entre “direitos” e “deveres”; b) compreender a categoria do “dever fundamental de pagar imposto” como condição de possibilidade para a implementação dos direitos fundamentais; c) estabelecer a relação entre Estado e cidadão, especificamente em relação à corresponsabilidade por criar as condições para a implementação dos direitos fundamentais (relação de cooperação); d) desenvolver as bases teóricas para a compreensão da

solidariedade como um dos elementos basilares do Estado Social e Democrático de Direito; e) afirmar a dignidade constitucional do Direito Penal Tributário a partir do referencial teórico anteriormente desenvolvido; f) compreender o fundamento onto-antropológico do Direito Penal como matriz teórica para um Direito Penal Tributário constitucionalmente adequado e não funcionalista.

A hipótese, ao final confirmada, é de que o crime de sonegação fiscal representa não uma simples violação de natureza patrimonial, mas a transgressão de laços basilares e constitutivos do sistema comunitário, na medida em que o homem é um ser político, frágil, dependente do auxílio dos demais, e constituído pelo *cuidado*, sendo o dever *fundamental* de pagar tributos uma condição indispensável para a manutenção do modo de vida social como atualmente concebida, em um Estado Social Fiscal responsável pela construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

Em relação às justificativas da presente pesquisa, pode-se resumir a duas: (a) a notável escassez de pesquisas profundas no país a respeito do Direito Penal Tributário², o que fica ainda mais evidente quando se compara essa realidade com a quantidade de pesquisas sobre *crimes comuns* ou *clássicos*. Em relação ao objeto da presente pesquisa, especificamente, encontra-se uma única tese doutoral com o mesmo objeto geral³, mas que se fundamenta quase que exclusivamente em conteúdos do Direito Penal (diferentemente da parte inicial da presente pesquisa), além de algumas referências apenas pontuais a conteúdos do Direito Tributário. Ou seja, não possui o mesmo desenvolvimento filosófico, histórico, e tributário aqui realizado. Além disso, a mencionada pesquisa chega a conclusão diversa da presente (conclusão abordada no capítulo terceiro); e (b) o disseminado tratamento utilitarista e condescendente à criminalidade econômico-tributária, que transforma o Direito Penal em um instrumento de coação a serviço da arrecadação fiscal e que potencializa a seletividade penal (a manutenção de uma resposta penal severa preponderantemente à *criminalidade de rua*), mantendo-se um Estado punitivista voltado às classes mais vulneráveis.

² Em pesquisa no banco de dados da Capes, especificamente em relação às pesquisas de teses desenvolvidas no país, pelas expressões “Direito Penal Tributário” e “sonegação”, são encontrados apenas quatro resultados, com os títulos: “Ensaio sobre Direito Penal Tributário”, “A inexigibilidade de conduta diversa e sua aplicação nos crimes contra a ordem tributária”, “O Controle Penal da Ordem Tributária no Brasil: o uso do Direito Penal para a impunidade da sonegação fiscal “ e “Crime de Sonegação Fiscal. A tutela penal do dever fundamental e solidário de pagar tributos não vinculados”.

³ BORBA, Bruna Estima. **Crime de Sonegação Fiscal**. A tutela penal do dever fundamental e solidário de pagar tributos não vinculados' 01/02/2011 477 f. Doutorado em DIREITO Instituição de Ensino: UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO, RECIFE Biblioteca Depositária: centra/ufpe.

Essa condição atual do Direito Penal Tributário produz efeitos práticos severos na sociedade, fenômeno que não é recente, mas que tem se perpetuado sem indicativos concretos de mudança significativa (veja-se o exemplo da extinção da punibilidade quando do pagamento a qualquer tempo do valor sonegado).

Reforça essa manutenção do *status quo* o fato de que, na oportunidade de sua alteração, quando da apresentação de projeto de “novo Código Penal” (Projeto de Lei do Senado nº 236/2012) por comissão de juristas, propôs-se a preservação da atual conformação do Direito Penal Tributário, com o mesmo tratamento hoje dispensado ao sonegador.

Desse modo, a presente pesquisa, na medida em que se propõe a desenvolver uma construção teórica capaz de alterar as bases desse tratamento penal desigual, justifica-se na disposição para contribuir com a solução de um problema amplo impregnado na sociedade brasileira - em especial, no Direito Penal brasileiro.

Nesse contexto, também se evidencia a adequação da pesquisa com a linha de pesquisa “Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos”, considerando-se a proposta de se (re)pensar criticamente categorias históricas, conjugando-as com a atual teoria do Direito Penal Tributário, e, como resultado, apontando-se para um novo horizonte de tratamento do ilícito tributário. Portanto, a presente pesquisa se relaciona com a postura crítica valorizada pela linha de pesquisa, procurando-se o afastamento da mera repetição de conceitos e a verificação das bases das teorias relacionadas com a pesquisa, a fim de se contribuir para a superação de problemas práticos do Direito Penal Tributário, e para a proposição de uma teoria compatível com os postulados do Estado Social e Democrático de Direito.

Quanto ao método de abordagem, utilizar-se-á da fenomenologia, que consiste na revisão crítica dos temas centrais transmitidos pela tradição filosófica através da linguagem, com os aportes da hermenêutica heideggeriana, compreensiva em relação aos diversos problemas do *ser* em sua vivência mundana. Essa abordagem se mostra adequada, inclusive, com o estudo do fundamento do Direito Penal a partir do aporte onto-antropológico defendido por José de Faria Costa, que se utiliza especialmente do elemento *cuidado* (*sorge*) presente na teoria heideggeriana sobre o ser.

Como método de procedimento, utilizar-se-á de pesquisa eminentemente bibliográfica, com revisão de conceitos e conjugação de teorias de áreas distintas do Direito, juntamente com estudo de normas pertinentes.

Para tanto, será tomado como marco teórico doutrinas do Direito Constitucional e da Teoria do Estado, do Direito Tributário, bem como do Direito Penal (quanto a este último,

especialmente a doutrina portuguesa no que se refere ao fundamento onto-antropológico do Direito Penal, fundamentada na hermenêutica filosófica de Martin Heidegger).

Por fim, registra-se que as citações indiretas estrangeiras serão traduzidas livremente, mas sem a referência expressa a *tradução nossa*, a fim de não tornar o texto poluído. Ainda, as citações diretas estrangeiras serão traduzidas no corpo do texto, para tornar a leitura mais fluída, registrando-se também a citação na língua original em nota de rodapé para consulta, de acordo com a preferência do leitor; mas que as citações diretas exclusivamente em notas de rodapé serão mantidas apenas na língua original, já que apenas complementares ao texto, e a fim de não tornar as notas de rodapé demasiado extensas.

2 OS DIREITOS E OS DEVERES NA SOCIEDADE: BREVES APONTAMENTOS

Ao propor a predominância da *contingência* em detrimento de conceitos determinados como *essência*, *natureza* e *fundamento*, Richard Rorty faz referência à importância da história na interpretação dos conceitos e dos fatos sociais, sobretudo em relação à determinação do que é considerado bom ou ruim, justo ou injusto: “[...] o que importa a respeito de ser um ser humano decente é relativo a circunstâncias históricas, uma questão de consenso transitório sobre quais atitudes são normais e quais práticas são justas ou injustas.”⁴ Nesse mesmo sentido, Manuel García-Pelayo faz referência a um natural e constante processo de crise e de transformação de toda estrutura histórica.⁵

Em outras palavras, é possível afirmar que não existe pensamento a-histórico, que a compreensão humana é condicionada pelos ângulos de interpretação que podem ser adotados,⁶ e que nada está eternamente legitimado,⁷ pois o próprio conhecimento é sujeito a um interminável processo histórico de revisão. Nesse sentido é que se compreende que os conceitos nascem da história e devem ser historicamente interpretados, como extraído de Nicola Matteucci: “[...] todos os conceitos – e, portanto, também aqueles jurídicos – de fato nascem na história e da história, e, portanto, devem ser interpretados historicamente, sem deixar-se enganar por teorias gerais (a *Allgemeine Staatslehre* alemã), que universalizam conceitos históricos.”⁸

Tal sujeição à história, não poderia ser diferente, igualmente condiciona a relação que é estabelecida e desenvolvida entre o ser humano individualmente considerado e a coletividade – especificamente, no que importa para o propósito deste trabalho, o sentimento

⁴ RORTY, Richard. **Contingency, irony, and solidarity**. Cambridge: Cambridge University Press, 1989. p. 189, tradução nossa. No original: “[...] what counts as being a decent human being is relative to historical circumstance, a matter of transient consensus about what attitudes are normal and what practices are just or unjust.”

⁵ Em suas palavras: “Toda estructura histórica, por el solo hecho de serlo, está destinada a transformarse y a perecer, y, por consiguiente, a pasar por períodos de crisis, jalones de esa transformación.” GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. Madrid: Alianza Editorial, 1993. p. 198.

⁶ FARIA COSTA, José de. **O perigo em direito penal**: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 28.

⁷ FARIA COSTA, José de. **O perigo em direito penal**: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 230.

⁸ MATTEUCCI, Nicola. **Lo Stato moderno**. Lessico e percorsi. Bolonha: Società editrice il Mulino, 1993. p. 128, tradução nossa. No original: “[...] tutti i concetti - e, quindi, anche quelli giuridici - nascono infatti nella storia e dalla storia, e pertanto devono essere interpretati storicamente, senza lasciarsi fuorviare dalle teorie generali (l'*allgemeine Staatslehre* tedesca), che universalizzano concetti storici.”

desenvolvido em cada indivíduo de vinculação com a sociedade e de compromisso com os interesses coletivos.

A respeito dessa relação entre o indivíduo e a coletividade (e, conseqüentemente, entre os interesses individuais e os interesses coletivos), sob um aspecto histórico, afirma-se que, em um período embrionário da sociedade, predominaram como fatores para a união dos indivíduos o sentimento de pertencimento a um grupo (inicialmente bastante vinculado à relação de parentesco) e os riscos que cercavam o homem no mundo (circunstância propulsora do instinto de autoconservação dos indivíduos, que optam pela união como estratégia para potencializar as suas chances de sobrevivência).⁹ O sentimento de pertencimento a um grupo, de identificação, portanto, surge no âmbito social de uma forma bastante natural, sobretudo com as relações de parentesco entre pessoas.¹⁰

Não só essa forma de associação em família é conceituada como uma união natural; a própria instituição social é igualmente assim compreendida, primeiro enquanto espécies de sociedades primitivas, posteriormente em uma conformação mais estruturada, mas todas elas presentes na natureza, de modo indicar que o homem é, por natureza, um animal político.¹¹ Nesse contexto, para Aristóteles, o homem possuiria um impulso de socialidade;¹² o indivíduo não se bastaria em si mesmo, tanto pelo fato de não conseguir prover suas necessidades senão em grupo quanto porque não conseguiria alcançar a virtude fora da disciplina das leis e da educação.¹³

A vida em comunidade é, dessa forma, um algo que se impõe ao homem. Aliás, a grandiosidade do feito social é o que justifica que Gregorio Robles afirme que, ao lado da

⁹ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. La solidaridad como fuente de deberes. Elementos para su incardinación en el sistema jurídico-penal. **Política Criminal**: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, Chile, n. 27, p. 248, 2019. Disponível em: <https://politcrim.com/wp-content/uploads/2019/06/Vol14N27A8.pdf>. Acesso em: 29 out. 2023.

¹⁰ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. La solidaridad como fuente de deberes. Elementos para su incardinación en el sistema jurídico-penal. **Política Criminal**: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, Chile, n. 27, p. 246, 2019. Disponível em: <https://politcrim.com/wp-content/uploads/2019/06/Vol14N27A8.pdf>. Acesso em: 29 out. 2023.

¹¹ Em Aristóteles: “La comunidad perfecta de varias aldeas es la *polis*, que tiene, por así decirlo, el más alto grado de autarquía: se forma para vivir y existe para vivir bien. Luego toda *polis* es [una asociación] natural, ya que también [lo son] las sociedades primitivas [que les dieron origen]. Aquella es la coronación de éstas, y su naturaleza es [ella misma un] fin. [...] De lo dicho se deduce con evidencia que la *polis* existe en la naturaleza, y que el hombre es por naturaleza un animal político.” ARISTÓTELES. **Politeia**: La política. Trad. de Manuel Briceño Jáuregui. Bogotá: Instituto Caro y Cuervo, 1989. p. 135.

¹² ARISTÓTELES. **Politeia**: La política. Trad. de Manuel Briceño Jáuregui. Bogotá: Instituto Caro y Cuervo, 1989. p. 137.

¹³ ABBAGNANO, Nicola. **História de la filosofía**. Trad. de Juan Estelrich e J. Pérez Ballestar. Barcelona: Hora S.A., 1994. v. 1, p. 151-152.

existência biológica, o feito primário do ser humano seja a sua existência social; que “Não existe homem e *depois* a sociedade. [...] sua origem é social, ou seja, que sua existência biológica depende de outros.”¹⁴

Essa concepção do homem enquanto ser social é igualmente encontrada em Ferdinand Tönnies, para quem haveria no ser humano um impulso à ajuda mútua, embrionariamente apoiado nas relações biológicas, mas alimentado também por razões diversas,¹⁵ inclusive por um sentimento de necessidade moral e de dever.¹⁶

Nessa dinâmica das relações sociais, impregnada pela criação de vínculos, pelo sentimento de dever, pela necessidade de compromisso para com o coletivo, não pode ser ignorado que sempre haverá uma decisão individual mais ou menos livre a respeito da adoção de determinadas doutrinas morais, filosóficas, religiosas, entre outras. Isto é, cada indivíduo desenvolve ou adere uma concepção de certo e de errado em relação a situações diversas, como o exercício de determinado culto, o assassinato, a mentira e os fins a se alcançar em vida.¹⁷ Essa constatação (de que há certa individualidade e, conseqüentemente, uma maior ou menor divergência na delimitação de alguns assuntos) é nada mais do que uma decorrência necessária das limitações e dos condicionamentos do conhecimento humano,¹⁸ e o que pode justificar o fato de a discussão a respeito da obrigação política (por exemplo, a obediência às determinações superiores, seja do soberano, seja do Direito) ser um dos problemas tradicionais da filosofia política.¹⁹

Fato é que parece ser indispensável à preservação e ao desenvolvimento vida humana um certo nível de estabilidade social e de comprometimento de cada sujeito individualmente considerado para com a coletividade. Nesse aspecto, entra em jogo o embate entre os interesses coletivos e as liberdades individuais, o que demanda um entendimento a respeito de o quanto um deve ceder em benefício do outro.

¹⁴ ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. São Paulo: Manole, 2005. p. 32-33. No mesmo sentido, para o mesmo autor: “O homem carrega a sociedade dentro de si mesmo; o homem é sociedade. Mesmo quando acredita estar contra ela, não deixa de ser sociedade.” ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. São Paulo: Manole, 2005. p. 34.

¹⁵ “[...] unas veces por simple agrado recíproco (impulso y amor sexual, instintos de maternidad y paternidad, gusto por el juego común o simple goce de la convivencia), otras por hábito [...]”. TÖNNIES, Ferdinand. **Principios de Sociología**. Trad. de Vicente Lloréns. México: Fondo de Cultura Económica, 1987. p. 37.

¹⁶ TÖNNIES, Ferdinand. **Principios de Sociología**. Trad. de Vicente Lloréns. México: Fondo de Cultura Económica, 1987. p. 37.

¹⁷ RIVERA LÓPEZ, Eduardo. **Ensayos sobre liberalismo y comunitarismo**. México: Fontamara, 1999. p. 18.

¹⁸ RIVERA LÓPEZ, Eduardo. **Ensayos sobre liberalismo y comunitarismo**. México: Fontamara, 1999. p. 20.

¹⁹ ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. São Paulo: Manole, 2005. p. 31.

O objetivo do presente capítulo é justamente identificar essa tensão entre indivíduo e coletividade, e possibilitar uma tomada de posicionamento a respeito desse embate na dinâmica social entre os interesses coletivos e as liberdades individuais, o que será realizado a partir do estudo de períodos históricos nos quais um ou outro de ambos os polos tenha sido proeminente.

Ressalta-se que não será realizado um estudo detalhado da história social, com uma cronologia minuciosa de períodos relevantes, mas sim um estudo seletivo em relação aos temas necessários para o alcance do objetivo final da presente pesquisa, qual seja o de compreender em linhas gerais a dinâmica dos direitos e dos deveres em determinados momentos históricos e na atualidade. Com tal objetivo, serão brevemente analisados alguns pontuais e exemplificativos períodos da história que evidenciam o tensionamento da relação entre os interesses individuais (ou direitos) e os interesses coletivos (ou deveres) e a sua influência na conformação social (e de tudo o que dela é fruto, como o Direito). Para tanto, serão brevemente abordados parte da filosofia clássica, o período da Revolução Francesa, a Segunda Guerra Mundial e o pós-Guerra.

2.1 Direitos e deveres na Antiguidade

A elaboração e o desenvolvimento de sistemas morais, sobretudo pautados em uma autoridade fundada na razão ou na natureza, é algo muito presente nos filósofos gregos da Antiguidade.²⁰ É por isso natural que os pensadores desse período tenham destinado de forma significativa os seus esforços a problematizações a respeito de assuntos como, por exemplo, os deveres.

A respeito dessa temática, uma importante herança desse período é a obra *Dos Deveres*, de Marco Túlio Cícero, obra que exerceu influência inclusive para a recepção do conceito de dever pelo sistema do Direito.²¹⁻²² Em sua obra, o autor desenvolve princípios

²⁰ LIPOVETSKY, Gilles. **El crepúsculo del deber**: la ética indolora de los nuevos tiempos democráticos. Trad. de Juana Bignozzi. Barcelona: Editorial Anagrama, 2000. p. 22.

²¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Los deberes fundamentales. **Doxa**, Alicante, n. 4, p. 329, 1987. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10915/1/Doxa4_19.pdf. Acesso em: 1 jul. 2023.

²² Nas palavras de José Casalta Nabais: “[...] só com a chegada da Idade Moderna o conceito de dever vai transitar para o campo do direito, para o que, podemos dizer, foi decisivo o contributo prestado ao humanismo jurídico, primeiro, e ao jusnaturalismo racionalista, depois, pelo pensamento estóico (clássico) e, nomeadamente, pelo tratado sobre os deveres (*De Officiis*) de Cícero. [...] o pensamento estóico constituiu uma das chaves da recepção do conceito de dever no direito moderno.” NABAIS, José Casalta. **O dever**

morais fundados não só em um postulado de abstenção (não causar danos aos demais),²³ mas também em um ativo compromisso individual para com o grupo social, de ajuda mútua, de um sentimento de união. Desse modo, entende que o ser humano não vive apenas para si, até porque lhe é exigido parte de seu tempo pela pátria.²⁴ A obra de Marco Túlio Cícero, portanto, ultrapassa um ideal de liberdade individual limitada exclusivamente pelo postulado *neminem laedere* (não lesar outrem);²⁵ para além desse postulado, que também fundamenta uma ideia de justiça, o autor defende a necessidade de que o indivíduo possua alguma serventia à utilidade pública, destinando parte de seu tempo de vida à coletividade. Nas suas palavras: “Convém recorrer aos fundamentos da justiça que propus no começo: primeiro, a ninguém prejudicar, depois, servir à utilidade comum.”²⁶ Sob esse referencial, não é injusto somente o agir que prejudica terceiros, mas também o é a omissão em repelir uma injustiça, quando for possível ao indivíduo fazê-lo.²⁷ Em resumo, Marco Túlio Cícero entende haver um mandamento de auxílio a terceiros, do que necessariamente decorre alguma restrição aos direitos individuais.

Mesmo que Cícero recomende um exame de merecimento do indivíduo a receber a beneficência (que se avalie seus costumes e sua conduta prévia),²⁸ também advoga a necessidade de um maior auxílio a quem mais necessite (isso como um critério de preferência posterior ao exame de merecimento).²⁹

fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2009. p. 41.

²³ “O primeiro ditame da justiça é ninguém prejudicar a outro, a não ser quando provocado por um ato injusto; depois, utilizar as coisas comuns em prol das coisas comuns e as coisas privadas em benefício próprio.” CÍCERO, Marco Túlio. **Dos deveres**. Trad. de Angélica Chiapeta. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 13.

²⁴ CÍCERO, Marco Túlio. **Dos deveres**. Trad. de Angélica Chiapeta. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 14.

²⁵ GÓMEZ-TRELLES, Javier Sánchez-Vera. Delito de infracción de deber. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. (coord.). **El funcionalismo en el derecho penal**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. t. 1, p. 273.

²⁶ CÍCERO, Marco Túlio. **Dos deveres**. Trad. de Angélica Chiapeta. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 18.

²⁷ “Há dois gêneros de injustiça: o daqueles que a produzem e o daqueles que, podendo, não repelem a injustiça praticada por outrem.” CÍCERO, Marco Túlio. **Dos deveres**. Trad. de Angélica Chiapeta. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 14.

²⁸ “A terceira precaução consiste em fazer, na beneficência, uma seleção de merecimento, examinando-se os costumes daquele a quem se deseja beneficiar, sua disposição para conosco, o que com ele temos em comum nas relações e na vida, os serviços que antes nos prestou. [...] Como, porém, vive-se não com seres perfeitos e plenamente sábios, mas com aqueles entre os quais já seria muito bom se existissem simulacros de virtudes, penso que não se deve negligenciar homem algum em que surjam indícios de retidão.” CÍCERO, Marco Túlio. **Dos deveres**. Trad. de Angélica Chiapeta. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 26.

²⁹ “Entretanto, ao praticar um benefício ou retribuir um favor, sendo todas as outras coisas iguais, convém principalmente ao dever que se socorra quem mais necessita.” CÍCERO, Marco Túlio. **Dos deveres**. Trad. de Angélica Chiapeta. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 27.

Posteriormente, já no período da Idade Média, no pensamento escolástico, a categoria dos deveres (enquanto contraface ou limite da liberdade individual) foi conduzida a uma posição de ideia ética básica, fortemente sobreposta à ideia de direitos. Justamente pela proeminência da teologia na fundação do pensamento sob esse paradigma, o ser humano foi concebido enquanto mera criatura diante de Deus, obrigado a obedecer aos mandamentos. Conquanto fosse admitida a existência de direitos, tais direitos eram apenas secundários e subordinados aos deveres.³⁰ Nas palavras de Gregorio Robles, “Diante de Deus, o crente não tem direitos, apenas deveres. Que direitos haveria de ter se não é mais que uma simples criatura em tudo submetida à vontade de Deus?”³¹ O significativo domínio da figura de Deus na ordenação das coisas da vida do ser humano é demonstrado pelas palavras de Tomás de Aquino, extraídas do artigo 5º da questão 103 da Suma Teológica: “[...] assim como nada pode ocorrer que não tenha sido criado por Deus, da mesma forma nada pode existir que não esteja submetido ao governo de Deus.”³²

Igualmente ilustra de forma bastante clara essa concepção da relação entre deveres e direitos guiada pela teologia, com uma intensa proeminência dos deveres (e, como temática intimamente relacionada a essa, a superioridade hierárquica de um ideal coletivista, em detrimento do pensamento individualista), a obra de Antonin-Gilbert Sertillanges, filósofo e teólogo francês, um dos maiores expoentes do movimento neotomista (movimento de defesa da retomada da doutrina de Tomás de Aquino³³), para quem o ser humano não deve se ocupar de questões individuais tanto quanto da prática da caridade (ou seja, do doar-se a terceiros). A própria ideia de virtude é extraída da prática da caridade, em contraposição à dedicação a projetos solitários ou individuais.³⁴

Tamanha é a importância do compromisso individual para com o coletivo (ou, em outras palavras, tal é a importância dos deveres) que a virtude (vinculada à ideia de caridade) é considerada, a partir desse referencial teórico, um elemento fundamental para a viabilização

³⁰ ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. São Paulo: Manole, 2005. p. 19.

³¹ ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. São Paulo: Manole, 2005. p. 68.

³² AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005. v. 2, p. 1, p. 713.

³³ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 711.

³⁴ Em suas palavras: “Para o cristão, que só concebe a vida interior sob a ordem da graça, a virtude não pode consistir, principalmente, em cultivar-se - isto é, a si mesmo - mas em deixar-se invadir pela corrente espiritual que Jesus despertou no mundo. [...] para nós, cristãos, ser virtuoso consiste, principalmente, não em trabalharmos com um esforço solitário, mas em abrir-nos para o céu.” SERTILLANGES, Antonin-Gilbert. **Deveres**. São Paulo: Cultor de Livros, 2020. p. 49.

da vida em sociedade, dependente que é de determinado nível de sentimento de união. Nas palavras do mesmo autor:

Nas virtudes sociais se contêm o fervor patriótico, o respeito das autoridades, a mútua afabilidade que exclui o espírito de litígio, a veracidade que estabelece a confiança nas relações, a liberalidade que as favorece, e, acima de tudo e antes de tudo, a justiça. Sem um mínimo de caridade, o conjunto de tais exigências não passaria de uma fantasia. O triunfo da caridade está em fazer-nos amar os nossos inimigos, pois que uma força se pode avaliar pelos obstáculos que vence, e a inimizade é o maior dos que ameaçam a vida social. [...] como encontraríamos, fora da caridade, uma força unitiva capaz de sobrepor-se ao ódio?³⁵

O pensamento deísta dessa época encontra no cumprimento da vontade de Deus a realização da virtude e da justiça;³⁶ Deus é a própria origem da moral, e a virtude apenas é possível por meio da fé, pensamento esse que foi amplamente difundido ao menos até o surgimento do Iluminismo.³⁷

Considerando tais construções teóricas, é possível compreender a razão para a afirmação de Norberto Bobbio de que, no princípio da história da moral, os deveres eram sobrepostos aos direitos – o autor fornece o exemplo dos Dez Mandamentos, enquanto código moral vigente por longo período histórico, bem como os exemplos do Código de Hamurabi e das Leis das XII Tábuas.³⁸ Portanto, no curso da história do pensamento moral e jurídico (especialmente no período antigo), os deveres ocuparam uma posição de destaque em comparação com os direitos, já que

[...] os códigos morais e jurídicos foram estabelecidos originariamente para salvaguardar o grupo social em seu conjunto, e não cada um de seus membros. A função originária do preceito de não matar não é tanto proteger o indivíduo, mas impedir a desagregação do grupo. Prova disso é que esse preceito, ao qual se atribui um valor universal, costuma valer apenas para o interior do grupo, não vale em relação aos membros de outros grupos.³⁹

³⁵ SERTILLANGES, Antonin-Gilbert. **Deveres**. São Paulo: Cultor de Livros, 2020. p. 59.

³⁶ LIPOVETSKY, Gilles. **El crepúsculo del deber**: la ética indolora de los nuevos tiempos democráticos. Trad. de Juana Bignozzi. Barcelona: Editorial Anagrama, 2000. p. 33.

³⁷ LIPOVETSKY, Gilles. **El crepúsculo del deber**: la ética indolora de los nuevos tiempos democráticos. Trad. de Juana Bignozzi. Barcelona: Editorial Anagrama, 2000. p. 21.

³⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**: a filosofia e as lições dos clássicos. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 476.

³⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**: a filosofia e as lições dos clássicos. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 477.

Até esse momento, não se concebia ainda a ideia de direitos humanos inerentes a todo indivíduo. Diferentemente disso, o indivíduo era considerado um objeto de poder, ou então um sujeito passivo, predominantemente sujeito a deveres, como, por exemplo, o dever de obediência a leis,⁴⁰ ou à vontade de Deus.⁴¹

2.2 Direitos e deveres no período iluminista

Como anteriormente referido, em um período antigo (a mencionada Antiguidade Clássica, assim como parte da Idade Média), os deveres ocupavam uma posição de destacada superioridade em relação aos direitos, e o indivíduo era considerado mero sujeito passivo submetido a um dever de obediência (seja a um soberano, seja à vontade de Deus, ou ainda outra autoridade qualquer). Foi com um movimento revolucionário que essa forma de pensamento sofreu uma reformulação, sendo a partir de então reconhecido um lugar de destaque também ao indivíduo e aos seus direitos, e não apenas ao governante, à coletividade, ou a Deus.⁴² Em sentido diverso, ao longo do século XVIII é inaugurada a doutrina que reconheceu ao indivíduo, enquanto tal, direitos naturais frente ao Estado.⁴³

Foi no período da Guerra de Independência dos Estados Unidos e da Revolução Francesa, no final do século XVIII, que se desenvolveu um processo de reinterpretação da relação entre o indivíduo e a coletividade, por meio do reconhecimento de um maior valor à pessoa. As declarações produzidas em tais marcos revolucionários (a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão) são consideradas os primeiros documentos escritos, com valor político e jurídico, responsáveis pela constituição dos direitos humanos, ao atribuir direitos subjetivos ao homem enquanto generalidade, sem especificações.⁴⁴

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**: a filosofia e as lições dos clássicos. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 479.

⁴¹ ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. São Paulo: Manole, 2005. p. 68.

⁴² GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel. La constitucionalización de deberes. **Revista de Derecho Uned**, Espanha, n. 9, p. 114, 2011. Disponível em: <https://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/11071/10599>. Acesso em: 1 jul. 2023.

⁴³ RUFFÌA, Paolo Biscaretti di. **Direito constitucional**: Instituições de direito público. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984. p. 517.

⁴⁴ FACCHI, Alessandra. **Breve storia dei diritti umani**. Bologna: Il Mulino, 2007. p. 48.

A conjuntura social da época serviu de solo fértil à tomada de consciência da importância dos direitos individuais, inerentes ao homem por natureza. Nesse sentido, afirma-se que a filosofia do Iluminismo remete aos “[...] direitos que temos de nascença.”⁴⁵ Ou seja, os direitos naturais do homem decorrem da própria natureza do homem e antecedem qualquer lei.⁴⁶

Esse destaque atribuído ao homem e aos seus direitos naturais não significa que a ideia de dever tenha sido ignorada nesse período. Para além dos direitos naturais do indivíduo, especialmente o direito à liberdade e o direito de decidir sobre a sua própria vida, havia o entendimento de que era igualmente legítimo e necessário que a coletividade pudesse decidir sobre os seus interesses, instituindo leis gerais decorrentes da livre vontade do grupo. A legitimidade da imposição dessa vontade do grupo, com a sujeição dos indivíduos às leis gerais, era extraída de um teorizado pacto firmado entre o conjunto de particulares, pacto que foi designado de *contrato social*. Trata-se de um compromisso assumido por cada indivíduo de aceitar a própria submissão à vontade geral quando diante de assuntos da coletividade, inclusive como estratégia de proteção de cada indivíduo e de seus bens contra o ataque de terceiros.⁴⁷

É preciso compreender, portanto, que o período iluminista possui um papel fundamental no desenvolvimento da concepção de indivíduo e de seus direitos naturais, mas também que esse período não ignorou a importância dos deveres e dos interesses coletivos para o adequado funcionamento da sociedade. A teoria do contrato social é uma importante representação do reconhecimento pelo pensamento iluminista da importância do interesse coletivo.

2.2.1 A teoria do contrato social

Para o historiador francês Gabriel Bonnot de Mably, falecido poucos anos antes da Revolução Francesa, houve um período que antecedeu a constituição da vida em sociedade, caracterizado pela convivência livre e igualitária entre as pessoas. Em suas palavras:

⁴⁵ CASSIRER, Ernst. **A filosofia do iluminismo**. Tradução de Álvaro Cabral. Campinas, SP: Editora da UNICAMP, 1992. p. 316.

⁴⁶ GROETHUYSEN, Bernard. **Filosofía de la Revolución Francesa**. Trad. de Carlota Vallée. México: Fondo de Cultura Económica, 1989. p. 238.

⁴⁷ GROETHUYSEN, Bernard. **Filosofía de la Revolución Francesa**. Trad. de Carlota Vallée. México: Fondo de Cultura Económica, 1989. p. 239-244.

Acredito que os homens saíram das mãos da natureza perfeitamente iguais e, portanto, sem direitos uns sobre os outros, e perfeitamente livres. A natureza não criou reis, magistrados, vassalos nem escravos. Isto é evidente: ela não nos ditou mais que uma só lei: a de trabalhar constantemente em sermos felizes.⁴⁸

Essa mesma concepção de um estado de natureza antecessor à reunião das pessoas em sociedade é desenvolvida por John Locke, que conceitua tal período como um estado de absoluta liberdade de ação, mas sob o império de uma lei da natureza: que nenhum ser humano produza danos à vida, à saúde, à liberdade, e às posses de outro – ou seja, apesar de referir uma liberdade *absoluta*, igualmente faz referência a um critério restritivo dessa liberdade. O autor adota um pressuposto de base religiosa para fundamentar sua conceituação: sendo todos obra de um ser superior, são, portanto, todos iguais, servos e propriedades desse senhor soberano.⁴⁹

Essa mesma teoria é ainda desenvolvida por Thomas Hobbes, conquanto assuma contornos diversos na obra do autor, já que compreendia o estado de natureza como um estado de guerra de todos contra todos,⁵⁰ em que as pessoas teriam por natureza a vontade de ferir (seja por intensão de violência, seja por necessidade de defesa),⁵¹ situação que apenas podia ser contornada (para viabilizar, então, a preservação da vida das pessoas) com a instituição de um poder soberano que detivesse autoridade suficiente para regular o comportamento dos indivíduos.⁵²

⁴⁸ MABLY, Gabriel Bonnot de. **Derechos y deberes del ciudadano**. Tradutor desconhecido. Espanha: Cádiz, 1812. p. 9-10, tradução nossa. No original: “Creo que los Hombres han salido de las manos de la naturaleza perfectamente iguales, y por consiguiente sin derecho unos sobre otros, y perfectamente libres. La naturaleza no ha creado Reyes, Magistrados, Vasallos ni Esclavos. Esto es evidente: ella no nos ha dictado mas que una sola ley: la de trabajar constantemente en ser felices.”

⁴⁹ LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil**. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil. Tradução de Carlos Mellizo. Espanha: Tecnos, 2006. p. 10-12.

⁵⁰ HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. Trad. de Renato Janine Ribeiro. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 92.

⁵¹ HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. Trad. de Renato Janine Ribeiro. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 29.

⁵² Nas palavras do autor: “El único camino para erigir semejante poder común, capaz de defenderlos contra la invasión de los extranjeros y contra las injurias ajenas, asegurándoles de tal suerte que por su propia actividad y por los frutos de la tierra puedan nutrirse a sí mismos y vivir satisfechos, es conferir todo su poder y fortaleza a un hombre o a una asamblea de hombres, todos los cuales, por pluralidad de votos, puedan reducir sus voluntades a una voluntad. [...] Esto es algo más que consentimiento o concordia; es una unidad real de todo ello en una y la misma persona, instituida por pacto de cada hombre con los demás, en forma tal como si cada uno dijera a todos: *autorizo y transfiero a este hombre o asamblea de hombres mi derecho de gobernarme a mí mismo, con la condición de que vosotros transferireis a él vuestro derecho, y autorizareis todos sus actos de la*

Fato é que, sob essa perspectiva, encontra-se uma razão para a pactuação de um contrato social, qual seja a suposição de que a vida no estado de natureza tivesse chegado a um estágio em que os obstáculos à sua conservação se tornaram maiores do que as forças dos indivíduos para tanto. Teria sido necessário, por esse motivo, fazer uso da força proveniente da associação, da agregação, da união das forças individuais.⁵³

A celebração de um pacto social aparece, dessa forma, como uma opção do grupo de indivíduos em prol da constituição de uma comunidade, o que seria realizado por meio de um acordo coletivo, no qual cada indivíduo renunciaria a parcela de sua liberdade natural e se colocaria em posição de submissão à vontade da sociedade civil (em outras palavras, à vontade da maioria), tudo a fim de alcançar uma maior proteção contra atos de violência.⁵⁴⁻⁵⁵ Nesse sentido, Thomas Hobbes considerou o desejo pela autoconservação e o medo recíproco como as razões para a união dos homens, com a celebração do contrato,⁵⁶ em direção à submissão de suas vontades a um só homem ou conselho.⁵⁷

Em síntese, novamente com Gabriel Bonnot de Mably, “A origem da Sociedade produziu uma revolução singular: o homem feito Cidadão concordou com os seus iguais em não buscar a sua felicidade senão segundo certas regras e certas modificações. Por uma e outra parte se fizeram mil sacrifícios.”⁵⁸

Esse estado de natureza e a transição para um “estado em sociedade” por meio da celebração de um contrato social são comumente considerados um artifício teórico, e não uma

misma manera. Hecho esto, la multitud así unida en una persona se denomina Estado, en latín, Civitas.” HOBBS, Thomas. **Leviatán**: o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil. Tradução de Manuel Sánchez Sarto. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2017. p. 151-152.

⁵³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. de Antonio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 20.

⁵⁴ LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil**. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil. Tradução de Carlos Mellizo. Espanha: Tecnos, 2006. p. 97-100.

⁵⁵ No mesmo sentido, Cesare Beccaria: “Cansados de viver em um contínuo estado de guerra e de gozar uma liberdade que se tornou de pouco valor, a causa das incertezas quanto à sua duração, eles sacrificam uma parte dela para viver o restante em paz e segurança.” (BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books, 2012. p. 12).

⁵⁶ HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. Trad. de Renato Janine Ribeiro. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 98.

⁵⁷ HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. Trad. de Renato Janine Ribeiro. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 96.

⁵⁸ MABLY, Gabriel Bonnot de. **Derechos y deberes del ciudadano**. Tradutor desconhecido. Espanha: Cádiz, 1812. p. 10, tradução nossa. No original: “El origen de la Sociedad produjo una revolución singular: el hombre hecho Ciudadano convino con sus iguales en no buscar ya su felicidad sino según ciertas reglas, y ciertas modificaciones. Por una y otra parte se hicieron mil sacrificios.”

fase histórica que realmente tenha existido.⁵⁹ Tratar-se-ia, portanto, de uma “[...] *hipótese lógica negativa* [...]”,⁶⁰ sem ocorrência real, mas dotada de utilidade teórica. É essa utilidade teórica que justifica que John Rawls faça uso dessa situação puramente hipotética para desenvolver a sua teoria da justiça como equidade. O autor se apropria da criação teórica do estado de natureza para representar a ocasião ideal na qual os indivíduos escolhem os princípios que deverão guiar as decisões em sociedade (princípios da justiça); ocasião considerada ideal porque, no teorizado estado de natureza, na compreensão do autor, haveria uma posição original de igualdade, situação em que as pessoas não conheceriam classes sociais, não saberiam sua fortuna na distribuição de habilidades naturais (como inteligência e força), criando uma condição que o autor designa como *véu da ignorância*.⁶¹ Ou seja, os indivíduos seriam aptos para decidirem sobre os princípios de justiça quando destituídos de seus atributos.⁶²

De acordo com Georg Jellinek, a teoria do contrato social é fundada no postulado básico de que o indivíduo não preserva qualquer direito a partir da instituição do Estado, que todo e qualquer direito é uma conceção da vontade geral: “O *contrato social* se resume em uma só cláusula, a saber: a alienação de todos os direitos do indivíduo à sociedade.”⁶³⁻⁶⁴ Essa conclusão o autor fundamenta no fato de que Jean-Jacques Rousseau, teórico contratualista, não procurou garantir um âmbito de liberdade infranqueável aos indivíduos; prova disso é a sua defesa de uma *religião civil* (cujos artigos seriam estabelecidos pelo detentor do poder, admitindo inclusive o banimento de quem não seguisse tais prescrições), ou a defesa da

⁵⁹ FACCHI, Alessandra. **Breve storia dei diritti umani**. Bologna: Il Mulino, 2007. p. 44. No mesmo sentido: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Los deberes fundamentales. **Doxa**, Alicante, n. 4, p. 337, 1987. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10915/1/Doxa4_19.pdf. Acesso em: 1 jul. 2023.

⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. **Ciência política e teoria do estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 30.

⁶¹ RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 11.

⁶² AMARAL, Carlos. Comunitarismo. In: ROSAS, João Carsoso (org.). **Manual de Filosofia Política**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 91.

⁶³ JELLINEK, Georg. **La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano**. Trad. de Adolfo Posada. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000. p. 85, tradução nossa. No original: “El *contrato social* se resume en una sola cláusula, a saber: la enajenación de todos los derechos del individuo a la sociedad.”

⁶⁴ Do mesmo modo, nas palavras de Jean-Jacques Rousseau: “Bem compreendidas, essas cláusulas se reduzem todas a uma só, a saber, a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, a toda a comunidade. [...] Além disso, como a alienação se faz sem reservas, a união é tão perfeita quanto possível, e nenhum associado tem algo a reclamar [...]” ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. de Antonio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 21.

restrição ao direito de associação.⁶⁵ Nesse contexto é que Jean-Jacques Rousseau defende uma profissão de fé civil, com diretrizes fixadas pelo soberano, detentor do poder de banimento daqueles que não creiam nas suas diretrizes.⁶⁶

Para Jean-Jacques Rousseau, a essência do contrato social era essa sujeição dos interesses individuais aos interesses coletivos: “Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral; e recebemos, coletivamente, cada membro como parte indivisível do todo.”⁶⁷ Há, nessa defesa, uma verdadeira submissão do indivíduo à sociedade, o que consequentemente representa uma superioridade hierárquica da ideia de dever em relação à ideia de direito.

Assim, a teoria do contrato social pode ser considerada um marco teórico para a fundação da concepção de dever (em elevada potência), na medida em que preconiza a necessidade de imposição de limites às liberdades individuais em prol do funcionamento da vida coletiva – ou, aplicada contemporaneamente, em prol do desenvolvimento do Estado de bem-estar.⁶⁸ Essa construção teórica pode servir de fundamento, inclusive, à categoria dos deveres fundamentais.⁶⁹

A partir dessas considerações, com Georg Jellinek, não se concorda com a difundida opinião de que a teoria do contrato social seria o fundamento da Declaração Francesa e da Declaração de Independência dos Estados Unidos.⁷⁰ A teoria do contrato social concentra sua preocupação em fundamentar a onipotência da vontade geral, enquanto a Declaração Francesa

⁶⁵ JELLINEK, Georg. **La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano**. Trad. de Adolfo Posada. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000. p. 86-87.

⁶⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. de Antonio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 165.

⁶⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. de Antonio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 22.

⁶⁸ GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel. La constitucionalización de deberes. **Revista de Derecho Uned**, Espanha, n. 9, p. 114, 2011. Disponível em: <https://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/11071/10599>. Acesso em: 1 jul. 2023.

⁶⁹ Na referência de Gregorio Peces-Barba Martínez: “En el propio origen del sistema político moderno podemos encontrar la raíz de algunos de los deberes fundamentales actuales. La justificación contractualista clásica construida sobre una ficción racional (Pufendorf, Hobbes, Locke, Rousseau, Kant), pese a las diferencias entre esos autores, permite la elaboración de una teoría de los deberes fundamentales que ha sobrevivido hasta nuestros días. [...] Una construcción racional desde estas corrientes contractualistas permite justificar la existencia de un modelo de deberes recíprocos en el propio origen de la sociedad política y del Estado, en una situación comunicativa ideal. Los deberes serán de los ciudadanos y de los gobernantes y se explican entrelazando el origen del poder y su función y el papel que los ciudadanos desempeñan.” PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Los deberes fundamentales. **Doxa**, Alicante, n. 4, p. 337, 1987. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10915/1/Doxa4_19.pdf. Acesso em: 1 jul. 2023.

⁷⁰ JELLINEK, Georg. **La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano**. Trad. de Adolfo Posada. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000. p. 84.

é caracterizada pelo objetivo de preservação irrestrita de direitos individuais considerados naturais, inalienáveis e sagrados. Ou seja, contrato social e Declaração Francesa, na verdade, são contrapostos.⁷¹

Apesar dessa contraposição, é fato que o séc. XVII, período de difusão da teoria do contrato social, foi também o momento de certo esvaziamento da concepção de compromisso coletivo (ou de dever), bem como de valorização dos direitos individuais, manifestações que são consideradas decorrências das teorias do estado de natureza e do contrato social. A esse respeito, também admitindo a inexistência histórica de um estado de natureza e do contrato social,⁷² Gregório Robles afirma que as teorias do estado de natureza e do contrato social teriam servido aos contratualistas sobretudo para uma “[...] desteologização do pensamento, ruptura com a história e com a tradição, absolutização do indivíduo e de seus direitos, depreciação dos deveres, coisificação do indivíduo, mercantilização das relações pessoais e sociais etc.”⁷³

A partir dessa ideia de depreciação dos deveres, e de supervalorização do indivíduo e de seus direitos, Gregório Robles refere ter sido promovida pelos contratualistas ingleses do séc. XVII uma ruptura com o pensamento escolástico; enquanto este concebia o ser humano em comunidade diante da autoridade de Deus (nesse caso, os deveres eram sobrepostos aos direitos), a nova concepção (em suas palavras, individualista) adotava como ponto de partida o homem enquanto abstração, desvinculado da sociedade e de deveres.⁷⁴

⁷¹ JELLINEK, Georg. **La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano**. Trad. de Adolfo Posada. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000. p. 87.

⁷² Em suas palavras: “Nunca existiu algo semelhante a um estado pré-social, a humanidade jamais conheceu o chamado estado de natureza. Ainda que a idéia nos fascine como construção mental (tenho que reconhecer que me fascina sobremaneira), não pode ser aceita como rigorosa base do pensamento científico e filosófico. O estado de natureza não existiu. Portanto, não podemos construir a teoria sobre uma especulação meramente ilusória. O mesmo acontece com o contrato ou pacto social.” ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. São Paulo: Manole, 2005. p. 27.

No mesmo autor: “O estado de natureza e o contrato social não são ficções, mas mentiras, falsidades. Sabemos que nunca existiu o estado de natureza. Sabemos também que jamais se produziu o contrato social. Portanto, ninguém pode estar autorizado a construir teorias cujo ponto de partida seja a existência de tal estado e a realização de tal contrato.” ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. São Paulo: Manole, 2005. p. 28.

⁷³ ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. São Paulo: Manole, 2005. p. 29.

⁷⁴ Nas suas palavras: “O pensamento secularizado dos contratualistas ingleses do século XVII rompe taxativamente com a tradição escolástica, embora, no caso de Locke, às vezes se mantenham as formas. Se o pensamento escolástico parte, em sua reflexão, do homem em comunidade submetido a um poder que vem de Deus, a filosofia política individualista adota como ponto de partida o homem abstrato, desligado de todo vínculo social e, portanto, desvinculado de todo dever.” ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. São Paulo: Manole, 2005. p. 19-20.

Ao rechaçar a ideia de sujeição moral do indivíduo à religião, e proclamar uma concepção de moral fundada na racionalidade humana, independente da autoridade da Igreja, o pensamento da época foi conduzido a um processo de secularização,⁷⁵ admitindo como direitos a felicidade e os prazeres, antes concebidos como sinais da miséria humana.⁷⁶ Ou seja, se a teoria do contrato social desenhava uma estrutura social fundada na superioridade do interesse coletivo, a sujeitar os direitos individuais, os movimentos revolucionários do mesmo período (no conhecido exemplo da Revolução Francesa) indicavam um caminho inverso.

2.2.2 O protagonismo dos direitos na Revolução Francesa

Além de sua tese a respeito da incompatibilidade entre a teoria do contrato social em Rousseau e as Declarações de direitos do séc. XVII, Georg Jellinek também defende ter sido exercida influência pelas Constituições das treze colônias norte-americanas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, assim como defende ter havido influência da concepção de liberdade religiosa presente nas colônias dos Estados Unidos na instituição dos direitos universais do homem.⁷⁷

A Declarada de Independência dos Estados Unidos da Americanos data de 1776, e exerce alguma influência na posterior Declaração Francesa (fruto especialmente do jusnaturalismo europeu).⁷⁸ As constituições dos estados particulares dos Estados Unidos da América, a partir da independência, eram precedidas de declarações de direitos. Essas declarações de direitos, com destaque para a Declaração de Virgínia, serviram de fonte para o

⁷⁵ Conforme Gilles Lipovetsky: “Los modernos han rechazado esta sujeción de la moral a la religión. El advenimiento de la modernidad no coincide sólo con la edificación de una ciencia liberada de la enseñanza bíblica y un mundo político-jurídico autosuficiente, basado sólo en las voluntades humanas, sino también con la afirmación de una moral desembarazada de la autoridad de la Iglesia y de las creencias religiosas, establecida sobre una base humano-racional, sin recurrir a las verdades reveladas. Este proceso de secularización puesto en marcha en el siglo XVII que consiste en separar la moral de las concepciones religiosas, pensarla como un orden independiente y universal que sólo remite a la condición humana y que tiene prioridad sobre las otras esferas, en especial religiosas es, sin duda alguna, una de las figuras más significativas de la cultura democrática moderna.” LIPOVETSKY, Gilles. **El crepúsculo del deber: la ética indolora de los nuevos tiempos democráticos**. Trad. de Juana Bignozzi. Barcelona: Editorial Anagrama, 2000. p. 22.

⁷⁶ LIPOVETSKY, Gilles. **El crepúsculo del deber: la ética indolora de los nuevos tiempos democráticos**. Trad. de Juana Bignozzi. Barcelona: Editorial Anagrama, 2000. p. 23.

⁷⁷ CARBONELL, Miguel. Estudio introductorio: Jellinek y la Declaración Francesa de 1789. In: JELLINEK, Georg. **La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano**. Trad. de Adolfo Posada. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000. p. 14.

⁷⁸ RUFFÌA, Paolo Biscaretti di. **Direito constitucional: Instituições de direito público**. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984. p. 518.

projeto de Declaração dos Direitos do Homem apresentado pelo Marquês de La Fayette à comissão constituinte francesa.⁷⁹

No exemplo da Declaração de Direitos de Virgínia, é expressa já em seu primeiro dispositivo a referência aos direitos considerados naturais ao ser humano, inalienáveis por qualquer modo. Em seus termos:

Seção 1. Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes e têm certos direitos inerentes, dos quais, quando entram num estado de sociedade, não podem, por qualquer pacto, privar ou despojar a sua posteridade; a saber, o gozo da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir propriedades, e de buscar e obter felicidade e segurança.⁸⁰

A perceptível inspiração individualista da Declaração de Direitos de Virgínia foi apropriada pela Declaração Francesa de 1789,⁸¹ para que então fosse promovida a disseminação de uma concepção de direitos básicos individuais constitutivos da natureza humana.

No período prévio à Declaração dos Direitos do Homem, a literatura jurídico-política da época somente conhecia os direitos dos chefes de Estado, os privilégios de classe, sem reconhecer direitos aos súditos.⁸² A filosofia iluminista surge com o propósito de promover um rompimento com a estrutura de poder do Antigo Regime, fundada em privilégios.⁸³ Uma das intenções desse movimento, portanto, era abolir os privilégios e instaurar novas instituições fundadas em regras igualitárias.⁸⁴

Esse período incentivou de tal maneira a discussão a respeito dos direitos individuais/naturais, que Gabriel Bonnot de Mably, historiador francês que viveu naquele período (falecido em 1785), em livro escrito em forma de diálogo entre dois pensadores,

⁷⁹ JELLINEK, Georg. **La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano**. Trad. de Adolfo Posada. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000. p. 90-91.

⁸⁰ The Virginia Declaration of Rights. **National Archives**, 2016. Disponível em: <https://www.archives.gov/founding-docs/virginia-declaration-of-rights>. Acesso em: 8 jul. 2023, tradução nossa. No original: “Section 1. That all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity; namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety.”

⁸¹ REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia: de Spinoza a Kant**. Tradução de Ivo Storniolo. São Paulo: Paulos, 2005. v. 4, p. 226.

⁸² JELLINEK, Georg. **La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano**. Trad. de Adolfo Posada. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000. p. 82.

⁸³ FACCHI, Alessandra. **Breve storia dei diritti umani**. Bologna: Il Mulino, 2007. p. 43.

⁸⁴ FACCHI, Alessandra. **Breve storia dei diritti umani**. Bologna: Il Mulino, 2007. p. 46.

questiona se os cidadãos possuiriam inclusive um direito à revolução, assim como problematiza quais meios seriam aceitáveis para a revolução, e como conservar a liberdade pós-revolução:

[...] se cada Cidadão deve desobedecer a uma lei injusta, cada Cidadão tem direito de examinar as leis. Veja aqui, portanto, todos os falsos espíritos autorizados a desobedecê-las, e os maus Cidadãos com um pretexto para amotinarem-se; não estou tranquilo; e o que desejais que me suceda no meio da anarquia que prevejo?⁸⁵

Por fim, o autor sugere ser equivocado defender uma obediência cega à legislação: “[...] a obediência cega é uma prova de que o Cidadão embrutecido é indiferente tanto ao bem quanto ao mal, e, desde então, o que quereis esperar? O homem que pensa, trabalha em fortalecer o império da razão; o que obedece sem pensar, se precipita diante da escravidão, porque favorece o poder das paixões.”⁸⁶⁻⁸⁷

Não deixa de ter sido esse o caminho adotado até a efetiva revolução, resultado que foi do exercício da desobediência ou resistência a uma monarquia absolutista em crise,⁸⁸ passando-se a defender fundamentalmente uma ideia de Estado inspirada em John Locke, uma ideia de soberania popular de Jean-Jacques Rousseau, e a ideia de divisão de poderes de Montesquieu, pautas que serviram de fundamento à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão,⁸⁹ Declaração que assume, posteriormente, um destacado predomínio sobre o pensamento do séc. XIX.⁹⁰

⁸⁵ MABLY, Gabriel Bonnot de. **Derechos y deberes del ciudadano**. Tradutor desconhecido. Espanha: Cádiz, 1812. p. 127, tradução nossa. No original: “[...] si cada Ciudadano debe no obedecer á una ley injusta, cada Ciudadano tiene derecho de exâminar las leyes. Ved aquí pues todos los espíritus falsos autorizados para desobedecerlas, y á los malos Ciudadanos con un pretexto para amotinarse; no estoy tranquilo; ¿y qué quereis que me suceda enmedio de la anarquia que preveo?”

⁸⁶ MABLY, Gabriel Bonnot de. **Derechos y deberes del ciudadano**. Tradutor desconhecido. Espanha: Cádiz, 1812. p. 136, tradução nossa. No original: “[...] la obediencia ciega es una prueba de que el Ciudadano embrutecido es indiferente tanto al bien como al mal, y desde entonces ¿qué quereis esperar? El hombre, que piensa, trabaja en afianzar el imperio de la razon; el que obedece sin pensar, se precipita delante de la esclavitud, porque favorece el poder de las pasiones.”

⁸⁷ No mesmo sentido, segue em defesa da desobediência: “Por lo demás, añadió Milord, esta cuestión de las leyes injustas, y absurdas es la misma absolutamente que la de la reforma del Gobierno, y obedecer servilmente, y sin examen las leyes que este promulga, sería lo mismo que conservarse en la esclavitud.” MABLY, Gabriel Bonnot de. **Derechos y deberes del ciudadano**. Tradutor desconhecido. Espanha: Cádiz, 1812. p. 139.

⁸⁸ FACCHI, Alessandra. **Breve storia dei diritti umani**. Bologna: Il Mulino, 2007. p. 52.

⁸⁹ FACCHI, Alessandra. **Breve storia dei diritti umani**. Bologna: Il Mulino, 2007. p. 44.

⁹⁰ ÁLVAREZ CONDE, Enrique. **Curso de Derecho Constitucional**. 3. ed. Espanha: Editorial Tecnos, 1999. v. 1, p. 277.

Nos séculos XVII e XVIII, portanto, floresce uma moderna doutrina do direito natural,⁹¹ que pressupõe uma concepção individualista da sociedade e do Estado,⁹² diferente de uma concepção orgânica de sociedade.⁹³ Essa concepção orgânica interpreta a coletividade enquanto *corpo artificial*, em posição superior ao indivíduo, postura teórica presente de forma predominante na teoria do contrato social de Thomas Hobbes.⁹⁴

O estado de natureza concebido por Thomas Hobbes aparece como um marco do individualismo, momento em que não há ligação alguma entre os indivíduos, cada um ocupado com seus interesses particulares, geralmente em oposição aos interesses de todos os demais. Por outro lado, após o pacto representado pelo contrato social e a instituição do Estado, a coletividade passa a ser caracterizada como um grande *homem artificial*, “[...] do qual o soberano é a alma, os magistrados são as juntas, penas e prêmios são os nervos etc.”⁹⁵ Em síntese, após uma forma de vida fundada no individualismo e com irrestrita liberdade de ação (o teorizado estado de natureza), instaura-se uma ordem social que enfraquece esse individualismo frente ao predomínio do interesse coletivo.

Com a inversão de polos promovida pelo individualismo difundido na Revolução Francesa, é disseminada uma nova forma de interpretação da relação entre indivíduo e Estado. O indivíduo e seus direitos são os objetos principais de tutela, incumbência primordial do Estado, e os deveres são enfraquecidos:

No que concerne aos indivíduos, vêm de agora em diante antes os direitos e depois os deveres; no que concerne ao Estado, antes os deveres e depois os direitos. A mesma inversão ocorre em relação ao fim do Estado, que é, para o organicismo, a concórdia ciceroniana (*omónoia* dos gregos), vale dizer, a

⁹¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**: a filosofia e as lições dos clássicos. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 478.

⁹² Louis Dumond se refere a duas teorias do direito natural, uma teoria antiga ou clássica, e outra moderna. A primeira, compreende o homem como ser essencialmente social, e que concebe como base natural do Direito uma concepção de “[...] ordem social em conformidade com a ordem da natureza (e, por conseguinte, com as qualidades inerentes ao homem).” Já a teoria moderna, influenciada pela teoria individualista, o direito natural se refere não a seres sociais, mas a indivíduos, a homens que se bastam, seres originariamente autônomos e independentes de qualquer vínculo social. DUMONT, Louis. **O individualismo**: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna. Trad. de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1985. p. 86-87.

⁹³ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**: a filosofia e as lições dos clássicos. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 479.

⁹⁴ “[...] quando de todos os homens há uma só vontade, esta deve ser considerada como uma pessoa [...]” HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. Trad. de Renato Janine Ribeiro. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 97.

⁹⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**: a filosofia e as lições dos clássicos. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 479.

luta contra as facções que, lacerando o corpo político, matam-no, e, para o individualismo, o crescimento do indivíduo o quanto mais possível livre de condicionamentos externos. O mesmo ocorre em relação ao tema da justiça: em uma concepção orgânica, a definição mais apropriada do justo é a concepção platônica, na qual cada uma das partes das quais é composto o corpo social deve desempenhar a função que lhe é própria, enquanto na concepção individualista é justo que cada um seja tratado de modo a poder satisfazer suas próprias necessidades e alcançar seus próprios fins, o primeiro entre todos aquele da felicidade, que é um fim individual por excelência.⁹⁶

Entre os temas que ocuparam amplo espaço nos debates do período revolucionário, estão a crítica ao fanatismo religioso e à ingerência da Igreja nos assuntos de Estado e na liberdade individual, a defesa da certeza e da clareza do Direito, a uniformidade da lei em todo o território nacional (contra, portanto, a fragmentação e o particularismo jurídico), a igualdade de todo cidadão diante da lei.⁹⁷ Como não podia deixar de ser, também o Direito Penal foi fortemente marcado por esse período.⁹⁸⁻⁹⁹

Foi necessária, assim, uma revolução no modo de pensamento de uma época para que o indivíduo (não só a sociedade, enquanto coletividade) passasse também a ocupar uma posição de destaque, movimento que permitiu um maior reconhecimento dos direitos,¹⁰⁰ inclusive dos conhecidos direitos humanos, fundados na concepção de natureza humana.¹⁰¹

Essa ideia de *direito natural* remonta à época clássica, marcando presença também na Idade Média. Contudo, geralmente, quando se refere à doutrina do direito natural, ou

⁹⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**: a filosofia e as lições dos clássicos. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 480.

⁹⁷ FACCHI, Alessandra. **Breve storia dei diritti umani**. Bologna: Il Mulino, 2007. p. 45-46.

⁹⁸ Nas palavras de Alessandra Facchi: “L’ambito in cui l’illuminismo giuridico più ha inciso è quello del diritto e della procedura penale. Ispirandosi ad una visione utilitaristica e umanizzata della pena vengono proposte riforme fondamentali come la sostituzione della funzione retributiva con la funzione di difesa sociale e di prevenzione di crimini futuri; il principio di proporzionalità della pena al reato; l’abolizione dei supplizi e, più in generale, delle sofferenze fisiche imposte ai corpi degli inquisiti e dei condannati; la mitezza delle pene; l’instaurazione di regole di garanzia dell’imputato durante il processo.” FACCHI, Alessandra. **Breve storia dei diritti umani**. Bologna: Il Mulino, 2007. p. 47.

⁹⁹ Nas palavras de Cesare Beccaria, jurista da época: “Perché ogni pena non sia una violenza di uno o di molti contro un privato Cittadino, dev’essere essenzialmente pubblica, pronta, necessaria, la minima delle possibili nelle date circostanze, proporzionata a’ delitti, dettata dalle leggi.” BECCARIA, Cesare. **Dei delitti e delle pene**. Veneza: Appresso Rinaldo Benvenuti, 1781. t. 1, p. 143.

¹⁰⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**: a filosofia e as lições dos clássicos. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 477-478.

¹⁰¹ BEUCHOT, Mauricio. **Derechos Humanos**: historia y filosofía. México: Fontamara, 2008. p. 45.

jusnaturalismo, quer-se referir à presença dessa antiga concepção durante período da Idade Moderna (início do séc. XVII e final do séc. XVIII).¹⁰²

Assim, a *carreira triunfal* dos direitos humanos¹⁰³ teve grande influência das declarações francesas de 1789 e 1795.¹⁰⁴ Com a difusão da noção de direito natural, disseminou-se na Europa do séc. XVIII a ideia de direito individual inerente a cada sujeito.¹⁰⁵ Nesse contexto é que a dignidade de cada ser humano passa a ser um postulado absoluto. Na referência de Bernard Bourgeois, “Todo homem é plenamente homem, qualquer que sejam suas condições de existência. Disso a absoluta condenação da escravidão por Kant, Fichte e Hegel.”¹⁰⁶

Fruto dessa revolução, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão é considerada um dos principais fundamentos para todas as posteriores construções jurídicas, justamente por ser entendido que, previamente à instituição de uma nova forma de organização social, era necessário estabelecer de modo claro quais eram os direitos dos indivíduos.¹⁰⁷ Esse protagonismo e influência na normatividade da época permite concluir que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão é um documento que bem representa o pensamento hegemônico do período iluminista, razão pela qual o seu exame é de grande valia para visualizar a presença destacada dos direitos individuais naquele período, o que conduz também à identificação da posição conferida ao indivíduo em relação ao seu entorno social.

¹⁰² BOBBIO, Norberto. O modelo jusnaturalista. In: _____; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna**. 4. ed. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Editora Brasiliense, 1996. p. 13.

¹⁰³ Categoria alvo de um juízo crítico de Gregorio Robles, que não os considera verdadeiros direitos, mas meros critérios morais: “[...] a linguagem é herança cultural à qual ninguém pode renunciar. Não propomos, portanto, que deixemos de usar a expressão *direitos humanos* ou *direitos do homem*, mas somente que atribuamos a essa expressão seu verdadeiro significado. Os *direitos humanos* ou *direitos do homem*, classicamente chamados *direitos naturais* e atualmente *direitos morais*, não são, em verdade, autênticos direitos - protegidos pela possibilidade de ação processual perante um juiz -, mas critérios morais de especial relevância para a convivência humana.” ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. São Paulo: Manole, 2005. p. 7.

¹⁰⁴ HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA, Ernst *et al.* (org.). **Manual de Derecho Constitucional**. Trad. de Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 85.

¹⁰⁵ FACCHI, Alessandra. **Breve storia dei diritti umani**. Bologna: Il Mulino, 2007. p. 43.

¹⁰⁶ “Todo hombre es plenamente hombre, cualquiera que sean sus condiciones de existencia. De ahí la absoluta condena de la esclavitud por Kant, Fichte y Hegel.” BOURGEOIS, Bernard. **Filosofia y derecho del hombre**. Trad. de Jorge Aurelio Díaz. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2003. p. 20.

¹⁰⁷ GROETHUYSEN, Bernard. **Filosofía de la Revolución Francesa**. Trad. de Carlota Vallée. México: Fondo de Cultura Económica, 1989. p. 209.

A Declaração, documento programático da Revolução Francesa, destina uma pujante valorização aos direitos que considera naturais e invioláveis do homem.¹⁰⁸ Dessa forma, estão expressamente assegurados na Declaração, por exemplo, os direitos à liberdade e à igualdade,¹⁰⁹ à propriedade privada,¹¹⁰ à segurança, à resistência à opressão,¹¹¹ à liberdade de crença,¹¹² à liberdade de manifestação do pensamento,¹¹³ bem como os princípios da legalidade,¹¹⁴ da necessidade do Direito Penal e da legalidade,¹¹⁵ da presunção de inocência e da excepcionalidade da prisão.¹¹⁶

Já nessa época, não foi ignorada a indispensabilidade da arrecadação de valores para o sustento do poder público, sendo instituída a imprescindibilidade da cobrança de imposto para tal finalidade, com uma indicação ao que hoje é conhecido por princípio da capacidade contributiva: “13. Para a manutenção da força pública e para as despesas da administração é

¹⁰⁸ REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia: de Spinoza a Kant**. Tradução de Ivo Storniolo. São Paulo: Paulos, 2005. v. 4, p. 226.

¹⁰⁹ “1. Men are born and remain free and equal in rights. Social distinctions can be based only upon public utility.” ANDERSON, Frank Maloy. **The constitutions and other select documents illustrative of the history of France 1789-1901**. Minneapolis: H. W. Wilson company, 1904. p. 58.

¹¹⁰ “17. Property being a sacred and inviolable right, no one can be deprived of it unless a legally established public necessity evidently demands it, under the condition of a just and prior indemnity.” ANDERSON, Frank Maloy. **The constitutions and other select documents illustrative of the history of France 1789-1901**. Minneapolis: H. W. Wilson company, 1904. p. 60.

¹¹¹ “2. The aim of every political association is the preservation of the natural and imprescriptible rights of man. These rights are liberty, property, security, and resistance of oppression.” ANDERSON, Frank Maloy. **The constitutions and other select documents illustrative of the history of France 1789-1901**. Minneapolis: H. W. Wilson company, 1904. p. 59.

¹¹² “10. No one ought to be disturbed on account of his opinions, even religious, provide their manifestation does not derange the public order established by law.” ANDERSON, Frank Maloy. **The constitutions and other select documents illustrative of the history of France 1789-1901**. Minneapolis: H. W. Wilson company, 1904. p. 59-60.

¹¹³ “11. The free communication of ideas and opinions is one of the most precious of the rights of man; every citizen then can freely speak, write, and print, subject to responsibility for the abuse of this freedom in the cases determined by law.” ANDERSON, Frank Maloy. **The constitutions and other select documents illustrative of the history of France 1789-1901**. Minneapolis: H. W. Wilson company, 1904. p. 60.

¹¹⁴ “7. No man can be accused, arrested, or detained except in the cases determined by the law and according to the forms that it has prescribed. Those who procure, expedite, execute, or cause to be executed arbitrary orders ought to be punished; but every citizen summoned or seized in virtue of the law ought to render instant obedience; he makes himself guilty by resistance.” ANDERSON, Frank Maloy. **The constitutions and other select documents illustrative of the history of France 1789-1901**. Minneapolis: H. W. Wilson company, 1904. p. 59.

¹¹⁵ “8. The law ought to establish only penalties that are strictly and obviously necessary and no one can be punished except in virtue of a law established and promulgated prior to the offence and legally applied.” ANDERSON, Frank Maloy. **The constitutions and other select documents illustrative of the history of France 1789-1901**. Minneapolis: H. W. Wilson company, 1904. p. 59.

¹¹⁶ “9. Every man being presumed innocent until he has been pronounced guilty, if it is thought indispensable to arrest him, all severity that may not be necessary to secure his person ought to be strictly suppressed by law.” ANDERSON, Frank Maloy. **The constitutions and other select documents illustrative of the history of France 1789-1901**. Minneapolis: H. W. Wilson company, 1904. p. 59.

indispensável um imposto geral; ele deveria ser igualmente repartido entre todos os cidadãos de acordo com seus recursos.”¹¹⁷

Com esse exemplo da indispensabilidade do pagamento de impostos, percebe-se que na Declaração dos Direitos foram introduzidos também normas imponíveis de deveres, conquanto os deveres não tenham recebido a devida atenção na Declaração. Essa crítica foi formulada à época da Declaração por Thomas Paine, político inglês que participou da Revolução Francesa como deputado,¹¹⁸ cujo pensamento influenciou diretamente o desenvolvimento das revoluções da época, a exemplo da independência dos Estados Unidos da América (sendo considerado um dos *Pais Fundadores dos Estados Unidos*). Entretanto, o movimento revolucionário que ajudou a desenvolver tomou um rumo com o qual não concordava (por exemplo, Paine foi contrário à execução do rei francês Luís XVI), com algumas práticas semelhantes àsquelas que antes buscava combater, motivo pelo qual sofreu certo isolamento.¹¹⁹ Nas palavras de Bernardo Altamirano Rodríguez a respeito daquele período vivenciado por Thomas Paine:

Tampouco vislumbrou que uma revolução poderia resultar em terror e exacerbar o despotismo que originalmente combateu, razão pela qual inclusive alguém como ele foi defenestrado por não abraçar o radicalismo. Sem dúvida, enfrentou as consequências de um livre pensador em uma era de insurreições; lutou pelas causas mais nobres, porém, acabou preso em um labirinto no momento em que estas começaram a edificar-se mediante a concretização de instituições construídas com base em acordos políticos.¹²⁰

Em relação à Declaração de Direitos, Paine defendia que ela fosse lida também enquanto uma declaração de deveres, justamente por entender que, sem o reconhecimento de

¹¹⁷ ANDERSON, Frank Maloy. **The constitutions and other select documents illustrative of the history of France 1789-1901**. Minneapolis: H. W. Wilson company, 1904. p. 60, tradução nossa. No original: “13. For the maintenance of the public force and for the expenses of administration a general tax is indispensable; it ought to be equality apportioned among all the citizens according to their means.”

¹¹⁸ DUMONT, Louis. **O individualismo**: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna. Trad. de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1985. p. 111.

¹¹⁹ ALTAMIRANO RODRÍGUEZ, Bernardo. Prólogo. In: PAINE, Thomas. **Los derechos del hombre**. Trad. de José Antonio F. de C. e Tomás Muñoz Molina. México: Fondo de Cultura Económica, 2017. p. 10-14.

¹²⁰ ALTAMIRANO RODRÍGUEZ, Bernardo. Prólogo. In: PAINE, Thomas. **Los derechos del hombre**. Trad. de José Antonio F. de C. e Tomás Muñoz Molina. México: Fondo de Cultura Económica, 2017. p. 10, tradução nossa. No original: “Tampoco vislumbró que una revolución podría derivar en terror y exacerbar el despotismo que originalmente combatió, por lo que incluso alguien como él fue defenestrado por no abrazar el radicalismo. Sin duda enfrentó las consecuencias de un libre pensador en una era de insurrecciones; luchó por las causas más nobles, pero quedó atrapado en un laberinto en el instante en que éstas comenzaron a edificarse mediante la concreción de instituciones construidas con base en acuerdos políticos.”

deveres, os direitos são impraticáveis, afirmando que ambos seriam as faces de uma mesma moeda. Em suas palavras:

Ao tempo que se considerava pela assembleia a Declaração dos Direitos, alguns de seus membros fizeram notar que, se iria ser proclamada uma Declaração de Direitos, esta deveria ser acompanhada por outra de deveres. Esta observação descobre mentes que refletiam, e que somente erraram ao não refletir o suficiente. Uma Declaração de Direitos constitui, por reciprocidade, uma Declaração de Deveres. Tudo o que é meu direito como homem, é também o direito de outro homem e se converte em meu dever garanti-lo tanto quanto puder.¹²¹

Essa vinculação entre os direitos e os deveres, contudo, não floresceu como deveria, e a teoria dos direitos humanos foi concebida, nas palavras de Gregorio Robles, como “[...] *somente* uma teoria dos direitos.”¹²² Ou seja, foi instituída uma teoria dos direitos humanos desprovida da ideia de dever, que ocupou um plano absolutamente secundário.¹²³

Tamanha foi a prioridade destinada aos direitos quando da construção da Declaração e quando de sua interpretação, que Georg Jellinek refere ser um entendimento de parte da doutrina crítica da época o de que a Declaração dos Direitos do Homem realmente enfraqueceu o sentimento coletivo de dever.¹²⁴ No mesmo sentido, quando José Casalta Nabais inicia, em sua obra, o estudo do *esquecimento* histórico dos deveres, ofuscados que foram por toda a atenção endereçada aos direitos fundamentais, toma o exemplo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão como aquela que, além de ser a mais célebre declaração de direitos, é a que teria rejeitado incorporar uma declaração de deveres.¹²⁵

¹²¹ PAINE, Thomas. **Los derechos del hombre**. Trad. de José Antonio F. de C. e Tomás Muñoz Molina. México: Fondo de Cultura Económica, 2017. p. 97, tradução nossa. No original: “Al tiempo que se consideraba por la asamblea la Declaración de los Derechos, algunos de sus miembros hicieron notar que si iba a proclamarse una Declaración de Derechos, ésta debía ir acompañada por otra de deberes. Esta observación descubre mentes que reflexionaban, y que sólo erraron al no reflexionar lo suficiente. Una Declaración de Derechos constituye, por reciprocidad, una Declaración de Deberes. Todo lo que es mi derecho como hombre, es también el derecho de otro hombre y se convierte en mi deber garantizarlo tanto como poseerlo.”

¹²² ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. São Paulo: Manole, 2005. p. 18.

¹²³ ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. São Paulo: Manole, 2005. p. 18.

¹²⁴ JELLINEK, Georg. **La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano**. Trad. de Adolfo Posada. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000. p. 81.

¹²⁵ NABAIS, José Casalta. **Estudos de direito fiscal**: por um Estado fiscal suportável. Coimbra: Almedina, 2005. p. 11.

Com isso, a Declaração dos Direitos do Homem, ao afirmar direitos civis e políticos, promove uma reformulação na relação existente entre o Estado e as pessoas. Em síntese, a figura do súdito (sujeito de deveres) cede espaço à figura do cidadão (titular de direitos); sob outra perspectiva, há um enfraquecimento da figura do povo enquanto sujeito/submisso a um governo legitimado por um fator externo (a exemplo de Deus, da força e da hereditariedade), e um fortalecimento da concepção de povo como sendo o próprio fundamento da existência do governo.¹²⁶

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão passa a ser considerada o evangelho de toda a humanidade, na medida em que aplicável a toda pessoa e em qualquer lugar da Terra,¹²⁷ e se torna, então, um marco no triunfo do individualismo na teoria política.¹²⁸ Isso é devido à refundação da natureza humana promovida pelo pensamento da época, com a legitimação da busca pela felicidade terrena ou material, um rebaixamento das obrigações morais na sociedade, e a ampliação de um pensamento econômico liberal que validou paixões egoístas.¹²⁹ Por tais razões, João Pedro Schmidt afirma que “O Iluminismo votou uma oposição irrestrita a todas as formas de associação tradicional e comunitária.”¹³⁰

Apesar de o período da Revolução Francesa ser comumente associado aos direitos individuais difundidos e privilegiados por sua normatividade, é importante destacar que os deveres também tiveram uma acolhida normativa. Enquanto a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e a Constituição Francesa de 1793 prestaram homenagens substancialmente aos direitos humanos, no sentido acima descrito, a Constituição Francesa do ano III (1795) adotou o caminho oposto, com a supressão de dispositivos que previam direitos, e a inclusão de deveres fundamentais.¹³¹ Por exemplo, foi suprimida do capítulo dos direitos a previsão de seu artigo 3º, de que “Todos os homens são iguais por natureza e diante

¹²⁶ FACCHI, Alessandra. **Breve storia dei diritti umani**. Bologna: Il Mulino, 2007. p. 53.

¹²⁷ GROETHUYSEN, Bernard. **Filosofia de la Revolución Francesa**. Trad. de Carlota Vallée. México: Fondo de Cultura Económica, 1989. p. 209.

¹²⁸ DUMONT, Louis. **O individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna**. Trad. de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1985. p. 109 e 115.

¹²⁹ LIPOVETSKY, Gilles. **El crepúsculo del deber: la ética indolosa de los nuevos tiempos democráticos**. Trad. de Juana Bignozzi. Barcelona: Editorial Anagrama, 2000. p. 23-24.

¹³⁰ SCHMIDT, João Pedro. Comunidade e comunitarismo: considerações sobre a inovação da ordem sociopolítica. **Ciências Sociais Unisinos**, São Leopoldo, v. 47, n. 3, p. 303, 2011. Disponível em: http://revistas.unisinos.br/index.php/ciencias_sociais/article/view/csu.2011.47.3.13. Acesso em: 29 jun. 2023.

¹³¹ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. Madrid: Alianza Editorial, 1993. p. 468.

da lei”,¹³² seguido de um capítulo de deveres, com nove dispositivos, que instituiu obrigações aos cidadãos, e não aos governantes,¹³³ resumidos no seguinte dever fundamental previsto em seu artigo 2º: “2. Todos os deveres do homem e do cidadão decorrem destes dois princípios gravados pela natureza em cada coração: Não fazer aos outros o que não queres que façam a ti. Faça continuamente pelos outros o bem que gostarias de receber deles.”¹³⁴

Desse modo, a Declaração de Direitos recebe duas interpretações distintas durante o período da Revolução Francesa: a mais liberal, materializada na Declaração de Direitos Jacobina (Constituição de 1793), garantindo, por exemplo, o direito de resistência a um governo opressor; e a mais conservadora, a partir da Constituição de 1795, que pela primeira vez acolhe uma declaração de deveres.¹³⁵ A Constituição de 1795 pode ser considerada, portanto, a origem normativa dos deveres constitucionais.¹³⁶

Esse ressurgimento do protagonismo dos deveres ocorreu a serviço de uma sociedade dominada por um sentimento generalizado de desconfiança em relação à liberdade e à soberania popular, e que ansiava por proteção.¹³⁷

2.3 O regime fascista da Segunda Guerra Mundial e a ideia de compromisso coletivo

Outro momento privilegiado para o exame da tensão entre interesses coletivos e interesses individuais (em outros termos, entre deveres e direitos), e das consequências de uma sobreposição demasiada de um desses polos, é o período da Segunda Guerra Mundial. A afirmação de que uma das tarefas mais inquietantes da teoria moral e política (bem como da

¹³² ANDERSON, Frank Maloy. **The constitutions and other select documents illustrative of the history of France 1789-1901**. Minneapolis: H. W. Wilson company, 1904. p. 214, tradução nossa. No original: “3. All men are equal by nature and before the law.”

¹³³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Los deberes fundamentales. **Doxa**, Alicante, n. 4, p. 331, 1987. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10915/1/Doxa4_19.pdf. Acesso em: 1 jul. 2023.

¹³⁴ ANDERSON, Frank Maloy. **The constitutions and other select documents illustrative of the history of France 1789-1901**. Minneapolis: H. W. Wilson company, 1904. p. 214, tradução nossa. No original: “2. All the duties of man and citizen spring from these two principles graven by nature in every heart: Not to do to others that which you would not that they should do to you. Do continually for others the good that you would wish to receive from them.”

¹³⁵ ÁLVAREZ CONDE, Enrique. **Curso de Derecho Constitucional**. 3. ed. Espanha: Editorial Tecnos, 1999. v. 1, p. 277.

¹³⁶ ÁLVAREZ CONDE, Enrique. **Curso de Derecho Constitucional**. 3. ed. Espanha: Editorial Tecnos, 1999. v. 1, p. 486.

¹³⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Los deberes fundamentales. **Doxa**, Alicante, n. 4, p. 331, 1987. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10915/1/Doxa4_19.pdf. Acesso em: 1 jul. 2023.

filosofia jurídica) é explicar como foi possível Auschwitz¹³⁸ serve para representar a dimensão de quão paradigmática foi a Segunda Guerra para a história da humanidade. Para além disso, a Segunda Guerra é um dos acontecimentos históricos recentes mais importantes (se não o mais importante) para a compreensão da conformação de boa parte das constituições modernas, bem como ao estudo da posição dos direitos e dos deveres na sociedade contemporânea, sobretudo em razão da superioridade atribuída aos deveres nos regimes fascistas da época, e por vezes o completo desprezo pelos direitos individuais.

Assim é que, depois de abordar a importância dos deveres para o Direito romano, Marciano Buffon faz referência à recondução dos deveres a essa elevada posição no curso da Segunda Guerra: “A importância dos deveres fundamentais reaparece fortemente nos regimes nacional-socialista e comunista.”¹³⁹ O indivíduo, que por muito tempo foi o centro gravitacional do sistema social, titular de direitos fundamentais merecedores de irrestrita tutela, foi despido de seus direitos e transformado em sujeito de deveres. Nas palavras de Norberto Bobbio: “No Estado despótico, os indivíduos singulares só têm deveres e não direitos.”¹⁴⁰

Apesar da polissemia do termo comunitarismo,¹⁴¹ o pensamento autoritário é classificado como uma das diversas matrizes comunitárias, alcançando um ápice de extremismo com o movimento nazista e o trabalho que esse movimento desenvolveu a partir da concepção de *comunidade do povo* – na referência de João Pedro Schmidt, *Volksgemeinschaft*.¹⁴²

Sob o domínio dessa ideologia nacional-socialista, a moral, a política e o Direito são todos constituídos a partir da ideia de comunidade;¹⁴³ não qualquer espécie de comunidade,

¹³⁸ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho. **Anuario de filosofía del derecho**, Madrid, nº 8, p. 341, 1991. Disponível em: <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/AFD/article/view/1447>. Acesso em: 3 fev. 2023.

¹³⁹ BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana**: entre os direitos e deveres fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 83.

¹⁴⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 78.

¹⁴¹ Sobre esse assunto, vide tópico 2.6.

¹⁴² SCHMIDT, João Pedro. Comunidade e comunitarismo: considerações sobre a inovação da ordem sociopolítica. **Ciências Sociais Unisinos**, São Leopoldo, v. 47, n. 3, p. 305, 2011. Disponível em: http://revistas.unisinos.br/index.php/ciencias_sociais/article/view/csu.2011.47.3.13. Acesso em: 29 jun. 2023.

¹⁴³ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Autonomía, solidaridad y deber de socorro: un apunte histórico. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, n. 53, p. 382-383, 2000. Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2000-10036100412. Acesso em: 20 jun. 2023.

mas o específico modelo de comunidade idealizada por esse movimento, uma verdadeira *comunidade racial*, constituída a partir da idealização de uma Alemanha forte e organizada meritocraticamente, ideal de sociedade que atraiu a simpatia de grande parte da sociedade alemã.¹⁴⁴

A simbiose entre o signo *comunidade racial* e o amplo engajamento ou aceitação social do ideal nazista é justamente o caminho adotado por Louis Dumont para conceituar o nacional-socialismo: o termo *socialismo* significa a manipulação das massas, que nesse contexto está à serviço do nacionalismo essencialmente racista (em especial, antisemita).¹⁴⁵

O enfraquecimento da figura do indivíduo enquanto titular de direitos fundamentais – a ele é atribuído um mero *status passivus* ou *status subjectionis*,¹⁴⁶ transformado preponderantemente em sujeito submetido ao poder do Estado – que caracteriza o nacional-socialismo é presente de forma marcante na obra de Benito Mussolini, ao discorrer sobre o fascismo italiano do qual foi parte importante: “A ideia central do nosso movimento é o Estado; [...] Tudo no Estado, nada fora do Estado, nada contra o Estado.”¹⁴⁷ Nesse caso, os interesses individuais são suplantados pelos interesses estatais (que não são necessariamente os mesmos interesses da sociedade).

Também a ilustrar essa ideologia dominante, com uma defesa expressa da necessidade de sacrifício dos interesses individuais, e uma nota racial que lhe é fundamental¹⁴⁸ (a vocação coletivista/comunitária, em Adolf Hitler, era um monopólio da raça ariana¹⁴⁹), inclusive

¹⁴⁴ SCHMIDT, João Pedro. Comunidade e comunitarismo: considerações sobre a inovação da ordem sociopolítica. **Ciências Sociais Unisinos**, São Leopoldo, v. 47, n. 3, p. 306, 2011. Disponível em: http://revistas.unisinos.br/index.php/ciencias_sociais/article/view/csu.2011.47.3.13. Acesso em: 29 jun. 2023.

¹⁴⁵ DUMONT, Louis. **O individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna**. Trad. de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1985. p. 154-155.

¹⁴⁶ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 16-17.

¹⁴⁷ MUSSOLINI, Benito. **Opera Omnia**. Firenze: La Fenice, 1956. v. 21, p. 425, tradução nossa. No original: “L’idea centrale del nostro movimento è lo Stato; [...] Tutto nello Stato, niente al di fuori dello Stato, nulla contro lo Stato.”

¹⁴⁸ Especificamente a esse respeito, na obra de Adolf Hitler: “O grande princípio que nunca devemos perder de vista é que o Estado é um meio e não um fim. É a base sobre a qual deve repousar uma mais elevada cultura humana, mas não é a causa da mesma. Essa cultura depende da existência de uma raça superior, de capacidade civilizadora.” HITLER, Adolf. **Minha luta**. São Paulo: Editora Geek, 2018. p. 280.

No mesmo sentido: “O Estado em si não cria um determinado standard de cultura, pode apenas conservar a raça de que depende essa civilização. Em outra hipótese, o Estado poderá durar centenas de anos, mas se não tiver evitado a mistura de raças, a capacidade cultural e todas as manifestações da vida a ela condicionadas sofrerão profundas modificações. [...] Assim, a condição essencial para a formação de uma humanidade superior não é o Estado, mas a raça.” HITLER, Adolf. **Minha luta**. São Paulo: Editora Geek, 2018. p. 281.

¹⁴⁹ DUMONT, Louis. **O individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna**. Trad. de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1985. p. 158.

utilizando o bem da comunidade como justificativa para a aceitação de uma vida miserável, as seguintes palavras de Adolf Hitler:

Quanto mais aumenta a disposição a sacrificar interesses puramente pessoais, tanto mais se desenvolve a capacidade para erigir comunidades mais importantes. É o ariano que apresenta, do modo mais expressivo, essa disposição para o sacrifício do trabalho pessoal, e, sendo necessário, até da sua própria vida, que arrisca em favor dos outros. Por si mesmo, o ariano não se caracteriza por ser um homem mais bem-dotado intelectualmente, mas pela sua disposição em pôr todas as suas faculdades ao serviço da comunidade. Nele, o instinto de conservação alcançou a forma mais nobre, submetendo o próprio 'eu', espontaneamente, à vida da coletividade, sacrificando-o até inteiramente, se o momento exigir. [...] Não trabalha mais, diretamente para si, mas incorpora-se com o seu trabalho no quadro geral da coletividade, visando não o seu proveito, mas o bem de todos. [...] Só esse sentimento é que explica como é que tantos indivíduos podem suportar honestamente uma existência miserável, que só lhes impõe pobreza e humildade, mas firma para a coletividade as bases da existência.¹⁵⁰

Como era de se esperar, o Direito Penal, instrumento jurídico de ordenação social geralmente com papel fundamental em cada momento histórico, sofreu significativas alterações. O Direito Penal do nacional-socialismo adotou uma estrutura oposta à liberalista, adequando-se à tendência de priorização da comunidade em detrimento do indivíduo, com a sobreposição do bem comum (ao menos o ideal de bem comum predominante naquele regime) em relação aos direitos individuais.¹⁵¹

Para compreender esse movimento, basta examinar a significativa supressão das garantias processuais dos investigados ou acusados em um processo, inclusive com a supressão do contraditório, tornando algo comum a realização de acusações coordenadas entre o órgão de acusação e a *defesa*, já que era atribuído também aos advogados o dever fundamental de lealdade ao Führer e ao partido nazista.¹⁵²

Além disso, enquanto o liberalismo defendia a separação entre Direito e Moral, o Direito Penal nacional-socialista foi profundamente caracterizado pela fusão de ambos os

¹⁵⁰ HITLER, Adolf. **Minha luta**. São Paulo: Editora Geek, 2018. p. 217.

¹⁵¹ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Autonomía, solidaridad y deber de socorro: un apunte histórico. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, n. 53, p. 373, 2000. Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2000-10036100412. Acesso em: 20 jun. 2023.

¹⁵² GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho. **Anuario de filosofía del derecho**, Madrid, nº 8, p. 355, 1991. Disponível em: <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/AFD/article/view/1447>. Acesso em: 3 fev. 2023.

sistemas normativos – o que permitiu uma facilitada fundamentação e acolhimento de deveres de solidariedade.¹⁵³ Nesse momento, foi realizada uma ressignificação da solidariedade pelo movimento autoritário, sendo possível referir uma *solidariedade fascista*, utilizada para os objetivos desse movimento.¹⁵⁴

É justamente essa incorporação da solidariedade ao Direito Penal nazista que justifica que, mesmo agora, sob a vigência do Estado de Direito, seja recomendado adotar cautela com o acolhimento de tais deveres de solidariedade pelo Direito Penal. Por exemplo, Alex Van Weezel se refere à solidariedade como um valor indispensável para a viabilização da vida em sociedade, motivo pelo qual entende ser legítimo ao Estado exigí-la sob a ameaça de aplicação de pena (ou seja, com a incidência do Direito Penal). Por outro lado, o mesmo autor adverte que deve haver cuidado no manejo de deveres de solidariedade, diante do perigo de que a expansão desmedida desses deveres conduza à implementação de um coletivismo que suplante as possibilidades de realização pessoal.¹⁵⁵

Inclusive, após a Segunda Guerra, parte da doutrina considerou até mesmo o genérico dever de socorro um forte sinal do pensamento nacional-socialista, sendo desenvolvida uma profunda discussão a respeito de sua manutenção ou não no ordenamento jurídico-penal alemão – não que tal dever não existisse em período anterior, inclusive em outros países, mas foi considerado que esse dever teria maior compatibilidade com um Direito tipicamente *comunitarista* (o que, em um grau extremo, seria um signo do nacional-socialismo).¹⁵⁶ As ressalvas ao dever de socorro, nos anos cinquenta, surgem como tentativa de ruptura com as bases ideológicas que fundavam o Direito Penal nazista.¹⁵⁷ Tamanha era a presença do ideal

¹⁵³ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Autonomía, solidaridad y deber de socorro: un apunte histórico. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, n. 53, p. 373, 2000. Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2000-10036100412. Acesso em: 20 jun. 2023.

¹⁵⁴ CASTILLO MORALES, Juan Pablo. ¿Es compatible la noción de solidaridad vertical con un Derecho penal humano? El personalismo y la idea de fraternidad. **Doxa**, Alicante, n. 45, p. 134, 2022. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/123566/1/Doxa_45_05.pdf. Acesso em: 19 set. 2023.

¹⁵⁵ VAN WEEZEL, Alex. Optimización de la autonomía y deberes penales de solidaridad. **Política Criminal**, Chile, v. 13, n. 26, p. 1076, 2018. Disponível em: <https://politicrim.com/wp-content/uploads/2019/04/Vol13N26A12.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2023.

¹⁵⁶ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Autonomía, solidaridad y deber de socorro: un apunte histórico. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, n. 53, p. 374-375, 2000. Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2000-10036100412. Acesso em: 20 jun. 2023.

¹⁵⁷ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Autonomía, solidaridad y deber de socorro: un apunte histórico. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, n. 53, p. 376, 2000. Disponível em:

coletivista na previsão legal do crime de omissão de socorro, que era um elemento do tipo penal que o dever de auxílio fosse compatível com o bom sentimento do povo.¹⁵⁸

A adoção do regime nacional-socialista de Adolf Hitler, com a submissão dos direitos individuais aos interesses do Estado nazista (o que pode ser considerado um dos maiores exemplos de comunitarismo extremado), conduziu a um dos fatos mais ignóbeis da história da humanidade: o Holocausto. Sob a justificativa de preservação de uma raça superior, finalidade primordial do modelo de Estado imperante,¹⁵⁹ em um primeiro momento, foi realizada a completa exploração instrumentalizada de judeus, que foram conduzidos a campos de concentração, e submetidos a trabalhos forçados e a formas de tratamento degradantes, seja como estratégia de intimidação a eventuais opositores ao sistema de governo, seja para geração de mão de obra barata à indústria nacional;¹⁶⁰ em um segundo momento, foi implementado o extermínio em massa de judeus e outros grupos sociais. O desprezo pela vida humana, e a progressiva despersonalização daqueles enviados aos campos de concentração/extermínio,¹⁶¹ são notas marcantes das obras de Primo Levi e de Viktor Frankl, sobreviventes do regime nazista, relatos originados da rotina em campos de concentração que merecem ficar eternamente gravados na memória de cada indivíduo, para que se tenha ao menos uma pequena percepção do que o ser humano é capaz, e se combata qualquer iniciativa permissiva à repetição de fato semelhante:

https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2000-10036100412.

Acesso em: 20 jun. 2023.

¹⁵⁸ “Quien, ante accidentes o situaciones de peligro general o necesidad, no presta ayuda, aunque ello sea su deber según el sano sentimiento del pueblo [...]” ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Autonomía, solidaridad y deber de socorro: un apunte histórico. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, n. 53, p. 402, 2000. Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2000-10036100412. Acesso em: 20 jun. 2023.

¹⁵⁹ A esse respeito, nas palavras de Adolf Hitler: “Assim, a finalidade principal de um Estado Nacionalista é a conservação dos primitivos elementos raciais que, por seu poder de disseminar a cultura, criam a beleza e a dignidade de uma humanidade mais elevada.” (HITLER, Adolf. **Minha luta**. São Paulo: Editora Geek, 2018. p. 282).

¹⁶⁰ BETTELHEIM, Bruno. **Sobrevivir**: El holocausto una generación después. Tradução de Jordi Beltrán. 2. ed. Barcelona: Editorial Critica, 1983. p. 57-58.

¹⁶¹ A esse respeito, em Bruno Battelheim: “[...] los judíos, reunidos allí para su envío a los campos, seguían sintiéndose seres humanos, relacionados profundamente con sus familiares y amigos. Eran estos los lugares donde terminaba su autonomía humana y es aquí donde se la conmemora, porque su despersonalización sólo acababa de empezar. Aunque ya no tenían libertad para actuar según sus deseos, los judíos traídos a tales lugares al menos seguían disponiendo de sí mismos aunque no de su destino. Durante el transporte a los campos de exterminio aquellas personas se convertían en sombras de lo que eran antes, sombras que pronto se convertirían en números en un infierno que jamás las reconocía como personas, sino únicamente como cuerpos sin nombre que había que destruir indiscriminadamente.” BETTELHEIM, Bruno. **Sobrevivir**: El holocausto una generación después. Tradução de Jordi Beltrán. 2. ed. Barcelona: Editorial Critica, 1983. p. 128.

Quinze dias depois da chegada, já tenho a fome regulamentar, essa fome crônica que os homens livres desconhecem; que faz sonhar, à noite; que fica dentro de cada fragmento de nossos corpos. Aprendi a não deixar que me roubem; aliás, se vejo por aí uma colher, um barbante, um botão dos quais consiga tomar posse sem risco de punição, embolso-os, considero-os meus, de pleno direito. Já apareceram, no peito de meus pés, as torpes chagas que nunca irão sarar. Empurro vagões, trabalho com a pá, desfaleço na chuva, tremo no vento; mesmo meu corpo já não é meu; meu ventre está inchado, meus membros ressequidos, meu rosto túmido de manhã e chupado à noite; alguns de nós têm a pele amarelada, outros cinzenta; quando não nos vemos durante três ou quatro dias, custamos a reconhecer-nos.¹⁶²

Outra: quando ele mesmo, à noite, fica se espremendo no ambulatório na esperança de receber dois dias de "repouso", por causa de suas lesões ou de seu edema em decorrência da fome, ou por causa de sua febre, de sorte que não necessita sair para o trabalho durante esses dois dias, não se deixa perturbar ao ver um menino de uns doze anos, para o qual não mais havia calçados no campo e que por isso fora obrigado a ficar por horas a fio de pés descalços na neve, prestando serviços externos durante o dia. Os dedos dos pés do menino estão crestados de frio, e o médico do ambulatório arranca com a pinça os tocos necróticos e enegrecidos de suas articulações. O nojo, o horror, o compadecimento, a revolta, tudo isso nosso observador já não pode sentir nesse momento. Padecentes, moribundos e mortos constituem uma cena tão corriqueira, depois de algumas semanas num campo de concentração, que não conseguem sensibilizá-lo mais.¹⁶³

Diante de tamanha violação aos direitos mais básicos do ser humano, é plenamente compreensível (além de esperado e necessário) que medidas tenham sido adotadas para assegurar que fatos dessa natureza não voltem a ocorrer (do que é exemplo a criação da Declaração Universal de Direitos Humanos). Essa postura é justificada, sobretudo, porque acontecimentos semelhantes ao Holocausto (mesmo que em menor gravidade) não são obras de uma absoluta excepcionalidade na história da humanidade, ou fatos estranhos a uma espécie de natureza humana bondosa. Fosse assim, a exploração e o extermínio em massa de pessoas, sobretudo de judeus, não contariam com o apoio (ou ao menos com a aceitação ou a indiferença) de populações inteiras. Esse período de normalização da barbárie no cotidiano social é o que conduz Hannah Arendt a trabalhar com a concepção de *banalidade do mal*,¹⁶⁴

¹⁶² LEVI, Primo. **É isto um homem?** Tradução de Luigi del Re. Rio de Janeiro: Rocco, 1988. p. 48.

¹⁶³ FRANKL, Viktor E. **Em busca de sentido**: um psicólogo no campo de concentração. Traduzido por Walter O. Sschlupp e Carlos C. Aveline. 55 ed. São Leopoldo: Sinodal, Petrópolis: Vozes, 2022. p. 36-37.

¹⁶⁴ ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 274.

utilizando o exemplo privilegiado de Adolf Eichmann, figura central na organização do Holocausto, e nada mais do que a representação de uma *pessoa comum*,¹⁶⁵ e não um *monstro* como fora adjetivado pela acusação em seu julgamento em Jerusalém.¹⁶⁶

2.4 Pós-guerra e a hipertrofia dos direitos individuais

Por um longo tempo da história da sociedade, os deveres constituíram a base da ordem social, sem que a eles fosse atribuída uma conotação de categoria opressora do indivíduo. Apenas a partir de determinada época foi operada uma alteração de paradigma, quando foi atribuída aos deveres uma feição de opressão e de abuso (proveniente de monarcas, ou da Igreja, ou de outra fonte de poder), inclusive potencializando as lutas históricas pelo reconhecimento de direitos fundamentais,¹⁶⁷ como forma de contenção a essa opressão. O predomínio dos direitos nas legislações é devido não só ao fato de os direitos possuírem um discurso mais atraente, mas também porque, em momentos históricos de opressão ao indivíduo, os direitos foram o instrumento utilizado para contrapor o arbítrio.¹⁶⁸ Em contrapartida, os deveres passaram a ser alvo frequente de uma crítica que os identifica como uma categoria contrária aos direitos fundamentais e própria de regimes totalitários.¹⁶⁹

É natural, portanto, que, após um período de extremada sobreposição de interesses da coletividade (ou da autoridade dominante, do que é exemplo o Estado) em relação aos interesses individuais (em outras palavras, o predomínio dos deveres em detrimento dos direitos), sobrevenha um período de intenso anseio social pela afirmação de direitos individuais e pela proteção a tais direitos, o que pode provocar o enfraquecimento do sentimento de compromisso individual para com a coletividade (pode-se falar também em

¹⁶⁵ Nas palavras de Hannah Arendt: “O problema com Eichmann era exatamente que muitos eram como ele, e muitos não eram nem pervertidos, nem sádicos, mas eram e ainda são terrível e assustadoramente normais.” ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 299.

¹⁶⁶ ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 19.

¹⁶⁷ DE LEÓN SOLÍS, Viviana Ponce. La función de los deberes constitucionales. **Revista Chilena de Derecho**, Chile, v. 44, n. 1, p. 135, 2017. Disponível em: <https://revistachilenadederecho.uc.cl/index.php/Rchd/article/view/3974/3734>. Acesso em: 2 jul. 2023.

¹⁶⁸ ROVAN, Joseph. **Como tornar-se cidadão da Europa**: primeiro os deveres, depois os direitos. Trad. de J. Freitas e Silva. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1993. p. 26.

¹⁶⁹ DE LEÓN SOLÍS, Viviana Ponce. La función de los deberes constitucionales. **Revista Chilena de Derecho**, Chile, v. 44, n. 1, p. 133, 2017. Disponível em: <http://revistachilenadederecho.uc.cl/index.php/Rchd/article/view/3974/3734>. Acesso em: 2 jul. 2023.

enfraquecimento da solidariedade¹⁷⁰), e consequentemente o fortalecimento do individualismo. Assim ocorreu com as constituições da Itália, da Alemanha, de Portugal, da Espanha, e do Brasil, concebidas após períodos de autoritarismo.¹⁷¹

Especificamente em relação ao período imediatamente posterior à Segunda Guerra, o que ocorreu foi exatamente essa inversão de polos entre os deveres e os direitos. São precisas as palavras de José Casalta Nabais, a sintetizar o pensamento dominante na construção de instrumentos normativos da época: “Era, pois, necessário exorcizar um passado dominado por deveres, ou melhor, por deveres sem direitos.”¹⁷²

No pós-guerra, portanto, ocorreu um movimento conhecido como *hipertrofia de direitos fundamentais*; ou seja, uma crescente constitucionalização de direitos, especialmente aqueles de natureza prestacional do Estado (direitos sociais, econômicos e culturais). Em contrapartida, foi desprestigiada a categoria dos deveres fundamentais,¹⁷³ fenômeno fortemente relacionado com o individualismo contemporâneo.¹⁷⁴⁻¹⁷⁵

Nesse contexto, os princípios fixados na doutrina dos direitos do homem e do cidadão serviram de fundamento para a (re)estruturação constitucional de Estados democráticos ocidentais.¹⁷⁶ Logo após a queda dos regimes totalitários da Segunda Guerra, uma boa parte das constituições dos Estados da Europa ocidental então adotadas foram inspiradas pela forte preocupação em não permitir que aqueles regimes fossem novamente implantados, razão pela qual se procurou privar o texto constitucional de qualquer margem interpretativa permissiva ao totalitarismo. Justamente por essa razão, foram privilegiados de forma acentuada os direitos fundamentais e as normas disciplinadoras dos limites ao poder do Estado, em

¹⁷⁰ Sobre esse assunto, vide tópico 3.1.

¹⁷¹ BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana**: entre os direitos e deveres fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 83.

¹⁷² NABAIS, José Casalta. **Estudos de direito fiscal**: por um Estado fiscal suportável. Coimbra: Almedina, 2005. p. 12.

¹⁷³ Sobre esse assunto, vide tópico 3.2.

¹⁷⁴ BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana**: entre os direitos e deveres fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 80-82.

¹⁷⁵ Nesse sentido: “Os direitos fundamentais, após o fim da fase totalitária, passam a ser alargados e priorizados [...]. Logo, o papel dos deveres padeceu de uma redução na intensidade de influência quando em comparação com os demais valores emitidos pelas constituições que sucederam tal período.” MENDONÇA, Suzana Ma. Fernandes. Deveres fundamentais de solidariedade. **Revista de Derecho**, Uruguai, ano 14, n. 18, p. 95, 2018. Disponível em: <http://www.scielo.edu.uy/pdf/rd/n18/2393-6193-rd-18-91.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2023.

¹⁷⁶ REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia**: de Spinoza a Kant. Tradução de Ivo Storniolo. São Paulo: Paulos, 2005. v. 4, p. 227.

sacrifício a qualquer posição de destaque que igualmente pudesse ter sido reconhecida aos deveres fundamentais.¹⁷⁷

Para além das normas internas dos Estados, o contexto do pós-guerra produziu também a Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas no ano de 1948. Enquanto os direitos naturais (como igualdade e liberdade) se apresentavam como teoria filosófica (uma aspiração, um ideal) na fala dos jusnaturalistas, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem tornaram-se pretensões juridicamente reconhecidas, no que Norberto Bobbio entende como o terceiro momento de evolução desses direitos: “[...] os direitos naturais, reconhecidos enfim pela Assembleia Geral das Nações Unidas, [...] tendem a ser protegidos não mais apenas no âmbito do Estado, mas também *contra o próprio Estado* [...]”.¹⁷⁸

No mesmo sentido, resumindo os três momentos dessa evolução:

Em outras palavras: enquanto a afirmação dos direitos naturais foi uma teoria filosófica, essa afirmação teve valor universal, mas não teve uma eficácia prática; quando esses direitos foram acolhidos pelas constituições modernas, a sua proteção se tornou eficaz, mas apenas nos limites em que era reconhecida por aquele particular Estado. Depois da Declaração Universal, a proteção dos direitos naturais passou a ter ao mesmo tempo eficácia jurídica e valor universal. E o indivíduo, de sujeito de uma comunidade estatal, passou a ser também sujeito da comunidade internacional, potencialmente universal.¹⁷⁹

Nessa declaração, é destinado um protagonismo perceptível (quase que exclusivo) à afirmação dos direitos individuais, inclusive com o registro do viés individualista que lhe serve de inspiração já em seu preâmbulo.¹⁸⁰ Apesar disso, entre os trinta artigos que compõem

¹⁷⁷ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos:** contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2009. p. 16-17.

¹⁷⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política:** a filosofia e as lições dos clássicos. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 485.

¹⁷⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política:** a filosofia e as lições dos clássicos. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 486.

¹⁸⁰ “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da humanidade e que o advento de um mundo em que mulheres e homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do ser humano comum, Considerando ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão, [...]” NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Adotada e

a Declaração, em um deles foi observado um pequeno e genérico espaço para a afirmação da importância dos deveres e do compromisso para com a coletividade, quando é afirmado que “Todo ser humano tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.”¹⁸¹

Anteriormente à aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, mas no mesmo ano de 1948, foi criada, na IX Conferência Internacional Americana, realizada em Bogotá, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Mesmo que essa Declaração igualmente priorize os direitos individuais (reservando-lhes 28 de seus 38 artigos), é notável que possua um capítulo específico destinado aos deveres, entre os quais deve ser destacado, por interesse ao presente trabalho, o dever de pagar impostos.¹⁸²

O período imediatamente posterior à Segunda Guerra, portanto, é plenamente compatível com a histórica relação de alternância entre direitos e deveres, ora sendo atribuído protagonismo a um, ora a outro. Esse fenômeno pode ser considerado uma natural reação a contextos sociais específicos, sobretudo a *hipertrofia* dos direitos individuais como resultado de períodos marcados por severas violações a direitos individuais.

Portanto, em algumas ocasiões, a sociedade foi dominada por pautas individualistas, tomada pela pretensão de afirmação e preservação dos direitos individuais; e, em ocasiões outras, preponderou o interesse na preservação do corpo coletivo (ou de determinada forma de organização social, de uma crença). Nesse sentido, na síntese desenvolvida por João Pedro Schmidt, a comunidade teria sido um elemento central para a cristandade medieval. Posteriormente, foi recusada pelo pensamento iluminista moderno, recuperando a sua

proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 2 abr. 2024.

¹⁸¹ Na integralidade do respectivo dispositivo: “Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), Artigo 29, 1. Todo ser humano tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível. 2. No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. 3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos objetivos e princípios das Nações Unidas.” NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 2 abr. 2024.

¹⁸² “Artigo XXXVI. Toda pessoa tem o dever de pagar os impostos estabelecidos pela Lei para a manutenção dos serviços públicos.” OEA. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Aprovada na Nona Conferência Internacional Americana, Bogotá, 1948. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>. Acesso em: 2 abr. 2024.

importância na Europa ao longo do século XIX em diante, para novamente perder relevância após a Segunda Guerra, em razão do significado autoritário atribuído ao comunitarismo pelos pensadores nazistas e nacionalistas. Em um novo capítulo dessa dinâmica, para o mesmo autor, o valor da comunidade estaria renascendo nas últimas décadas, tanto no ambiente acadêmico, quanto nos ambientes social e político.¹⁸³

Como pano de fundo dessa problemática histórica, está o questionamento a respeito de quanto comprometimento pode ser exigido de cada indivíduo em benefício da coletividade, e, em contrapartida, quanto deve ser preservado o âmbito de direitos individuais. Essa problemática pode ser resumida com a questão da definição da preponderância (ou dos limites) entre os direitos e os deveres, assim como com a relação entre o pensamento liberal-individualista e o pensamento comunitarista.

2.5 Em síntese: o pensamento liberal-individualista e o pensamento comunitarista

Há uma significativa complexidade semântica que envolve o termo individualismo, podendo lhe ser atribuído um conteúdo positivo ou pejorativo, a depender da época e do contexto cultural.¹⁸⁴ Essa ambivalência do conteúdo do individualismo justifica que, na tese defendida por Louis Dumont, sejam diferenciados ao menos dois tipos, afirmando o autor que o individualismo se fez presente na época dos primeiros cristãos, mas sob um aspecto diverso do individualismo que hoje nos é familiar.¹⁸⁵

Nota-se que a posição ocupada pela Igreja parece refletir de forma relevante na evolução histórica do individualismo na sociedade. Na referência de Gregorio Robles, ao ser promovida a independência do indivíduo em relação à autoridade da Igreja, foi desenvolvida uma independência do indivíduo em relação a todo tipo de autoridade, inclusive do Estado e

¹⁸³ SCHMIDT, João Pedro. Comunidade e comunitarismo: considerações sobre a inovação da ordem sociopolítica. **Ciências Sociais Unisinos**, São Leopoldo, v. 47, n. 3, p. 301, 2011. Disponível em: http://revistas.unisinos.br/index.php/ciencias_sociais/article/view/csu.2011.47.3.13. Acesso em: 29 jun. 2023.

¹⁸⁴ ANDOLFI, Ferruccio. Reflexiones sobre el individualismo. **Taula: Quaderns de pensament**, Maiorca, n. 17-18, p. 122, 1992. Disponível em: https://ibdigital.uib.es/greenstone/collect/taula/index/assoc/Taula_19/92v017_0/18p121.dir/Taula_1992v017_0_18p121.pdf. Acesso em: 3 fev. 2023.

¹⁸⁵ DUMONT, Louis. **O individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna**. Trad. de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1985. p. 36.

da sociedade, a partir do que o pensamento individualista foi difundido.¹⁸⁶ O período iluminista poderia, então, ser considerado o berço histórico do individualismo como o conhecemos atualmente. Ao promover, nessa época, uma refundação da natureza humana, com a afirmação de direitos naturais aos indivíduos, reivindicados mesmo diante de Deus (do que é exemplo a legitimação da busca pela felicidade terrena), promoveu também um rebaixamento das obrigações morais, com uma maior tolerância ao egoísmo.¹⁸⁷

Aafke Komter, por sua vez, extrai os fatores propulsores do individualismo de uma época posterior (mas que não deixa de ser uma continuidade de um movimento iniciado anteriormente). A autora refere as mudanças ocorridas ao longo da história que conduziram a sociedade a uma reformulação das relações e dos vínculos de solidariedade. Em um tempo passado, a solidariedade era desenvolvida em uma sociedade com círculos de identificação mais delimitados (era o caso da família, da igreja, da vizinhança) e com maior quantidade de crenças e tradições compartilhadas.¹⁸⁸ Em um período posterior, sobretudo a partir do séc. XIX, ocorre um processo de individualização (com o aumento dos círculos sociais, a possibilidade de escolha desses círculos e, então, o enfraquecimento de antigos vínculos familiares, de vizinhança, de igrejas, entre outros), assim como a diversificação de identidades e compromissos (tornando menos evidente o compartilhamento de crenças e de tradições), o declínio da religiosidade em sociedades ocidentais, o desenvolvimento da tecnologia da informação e da comunicação, os processos de migração, além de outros fatos sociais.¹⁸⁹

Nessa mesma direção, Carlos Amaral menciona um movimento emancipatório da modernidade: “Ao libertar os homens da trama identitária que, no antigo regime, os fixava a uma família, a um núcleo territorial, a uma religião, a uma profissão, etc., e que acabava por determinar o seu próprio ser, o projecto da modernidade assumiu uma dimensão emancipadora fundamental.”¹⁹⁰ Ao afirmar o valor da igualdade fundamental entre todos, esse projeto faz com que sejam ignorados elementos identitários dos indivíduos (independentemente do contexto e circunstâncias de nascimento e vivência, todos são

¹⁸⁶ ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. São Paulo: Manole, 2005. p. 90.

¹⁸⁷ LIPOVETSKY, Gilles. **El crepúsculo del deber**: la ética indolosa de los nuevos tiempos democráticos. Trad. de Juana Bignozzi. Barcelona: Editorial Anagrama, 2000. p. 23-24.

¹⁸⁸ KOMTER, Aafke E. **Social Solidarity and the Gift**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 170.

¹⁸⁹ KOMTER, Aafke E. **Social Solidarity and the Gift**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 169-171.

¹⁹⁰ AMARAL, Carlos. Comunitarismo. In: ROSAS, João Carsoso (org.). **Manual de Filosofia Política**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 89.

indistintamente iguais), alimentando uma concepção de sociedade enquanto universo constituído por indivíduos autônomos e carentes de identidade.¹⁹¹

Ao pensar o indivíduo inserido nesse contexto emancipatório e caracterizado pelo pensamento individualista, Louis Dumont realiza uma analogia com a figura do renunciante da sociedade indiana de mais de dois mil anos atrás, aquele sujeito que renuncia ao mundo comunitário marcado pela relação de intensa interdependência entre as pessoas, para trilhar um caminho próprio, em busca do progresso de si mesmo, preocupando-se apenas consigo.¹⁹² Em sua conclusão: “O pensamento dele é semelhante ao do indivíduo moderno, mas com uma diferença essencial: nós vivemos no mundo social, ele vive fora deste.”¹⁹³

É compatível com essa analogia a afirmação de que os individualistas defendem a autonomia individual como uma virtude sobreposta a qualquer outra, ideal que pode ser resumido da seguinte maneira: “[...] os indivíduos deveriam ser livres para realizar suas escolhas (a menos que isso produza dano a outros indivíduos).”¹⁹⁴

A fórmula do individualismo seria, portanto, o incremento dos direitos individuais, e o desaparecimento (ou o enfraquecimento) dos deveres para com os demais.¹⁹⁵⁻¹⁹⁶ Ou seja, no embate entre indivíduo e sociedade, a prioridade é atribuída ao primeiro;¹⁹⁷ e, em relação a ele, primeiro são considerados os seus direitos, para apenas depois serem considerados os seus deveres.¹⁹⁸ Diferentemente de uma concepção que outorgue à sociedade (enquanto

¹⁹¹ AMARAL, Carlos. Comunitarismo. In: ROSAS, João Carsoso (org.). **Manual de Filosofia Política**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 89.

¹⁹² DUMONT, Louis. **O individualismo**: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna. Trad. de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1985. p. 37-38.

¹⁹³ DUMONT, Louis. **O individualismo**: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna. Trad. de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1985. p. 38.

¹⁹⁴ ETZIONI, Amitai. **La Nueva Regla de Oro**: comunidad y moralidad en una sociedad democrática. Trad. de Marco Aurelio Galmarini Rodríguez. Barcelona: Paidós, 1999. p. 38, tradução nossa. No original: “[...] los individuos deberían ser libres para realizar sus elecciones (a menos que dañen a otros individuos).”

¹⁹⁵ LIPOVETSKY, Gilles. **El crepúsculo del deber**: la ética indolora de los nuevos tiempos democráticos. Trad. de Juana Bignozzi. Barcelona: Editorial Anagrama, 2000. p. 132.

¹⁹⁶ Também se referindo ao enfraquecimento dos deveres, em contraposição à ampliação dos direitos: “Em minha opinião, a causa ideológica da crise de valores está na extensão do relativismo moral e da concepção utilitária da felicidade. A causa psicológica, paralela à anterior, é a perda do sentido do dever e o consequente fortalecimento do sentido dos direitos.” ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. São Paulo: Manole, 2005. p. 58.

¹⁹⁷ Ao se referir a uma nova direita política, David Held afirma: “Os pensadores da Nova Direita têm, em geral, ligado as metas de liberdade e igualdade a doutrinas políticas, econômicas e éticas que são individualistas. O indivíduo é, em essência, sacrossanto e só é livre e igual na medida em que pode se dedicar a, ou tentar concretizar, fins auto-escolhidos e interesses pessoais.” HELD, David. **Modelos de democracia**. Tradução de Alexandre Sobreira Martins. Belo Horizonte: Editora Paidéia, 1987. p. 242.

¹⁹⁸ Nas palavras de Norberto Bobbio: “Concepção individualista significa que primeiro vem o indivíduo (o indivíduo singular, deve-se observar), que tem valor em si mesmo, e depois vem o Estado, e não vice-versa, já

coletividade) uma posição de destaque, o individualismo concebe o indivíduo como valor supremo.¹⁹⁹

Até mesmo as descobertas das ciências naturais da segunda metade do séc. XIX são consideradas, nesse contexto, argumentos favoráveis à doutrina individualista. Tais descobertas seriam relacionadas com a natural luta fisiológica pela sobrevivência, pela supressão dos mais fracos, em detrimento da sobrevivência e reprodução dos mais fortes, em um processo de seleção e *evolução* da espécie. Desse modo, os individualistas defendiam que, da mesma forma que a lei do progresso natural seria fundamentada na competição livre e no esforço, o progresso da sociedade deveria advir também da livre competição e do esforço individual.²⁰⁰ Com essas considerações, é reforçada a opinião de que o Estado deve apenas assegurar uma convivência pacífica entre os cidadãos, deixando que, para além disso, cada indivíduo faça as suas escolhas do modo como desejar (especialmente quando tais escolhas forem referidas a seus bens).²⁰¹

Além da íntima relação do individualismo com o jusnaturalismo e com o contratualismo (como afirmado acima, foi impulsionado pelo pensamento iluminista), o individualismo é também o fundamento teórico adotado pelo liberalismo econômico como surgido no mundo moderno – porque também o liberalismo possui uma amplitude de significações, existindo concepções liberais distanciadas do individualismo, conscientes da importância da vida em comunidade.²⁰² O individualismo seria “[...] o pressuposto comum do jusnaturalismo, do contratualismo, do liberalismo econômico e da luta contra o Estado,²⁰³ que

que o Estado é feito pelo indivíduo e este não é feito pelo Estado [...]. Em relação aos indivíduos, doravante, primeiro vêm os direitos, depois os deveres; em relação ao Estado, primeiro os deveres, depois os direitos.” BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 76.

¹⁹⁹ DUMONT, Louis. **O individualismo**: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna. Trad. de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1985. p. 37.

²⁰⁰ BOURGEOIS, Leon. **Solidarité**. Paris: Armand Colin, 1896. p. 40-41.

²⁰¹ BOURGEOIS, Leon. **Solidarité**. Paris: Armand Colin, 1896. p. 42.

²⁰² Nas palavras de João Pedro Schmidt: “O liberalismo inicial foi fortemente individualista [...], tendência retomada em grande medida pela vertente neoliberal. Todavia, há autores liberais plenamente cômicos da inserção social dos indivíduos e do insubstituível papel da vida em comunidade, como Charles de Montesquieu, Alexis de Tocqueville, Wilhelm von Humboldt e John Dewey.” SCHMIDT, João Pedro. Comunidade e comunitarismo: considerações sobre a inovação da ordem sociopolítica. **Ciências Sociais Unisinos**, São Leopoldo, v. 47, n. 3, p. 303, 2011. Disponível em: http://revistas.unisinos.br/index.php/ciencias_sociais/article/view/csu.2011.47.3.13. Acesso em: 29 jun. 2023.

²⁰³ No sarcástico conceito de Estado fornecido por Frédéric Bastiat, economista e jornalista francês nascido em 1801, de pensamento liberal: “[...] the great fiction by which everyone endeavors to live at the expense of everyone else.” BASTIAT, Frédéric. **The Man and the Statesman**: the correspondence and articles on politics. Tradução de Jane Willems e Michel Willems. Indianapolis: Liberty Fund, 2011. p. 520.

constituem os aspectos fundamentais da primeira fase do liberalismo.”²⁰⁴ Sob esse paradigma, haveria uma verdadeira superioridade dos valores individuais em relação aos coletivos, importando mais o indivíduo do que o grupo.²⁰⁵ O liberalismo como concebido, ao longo do século XVII e XVIII, pode ser compreendido como uma corrente de pensamento anticomunitária, que considera as relações sociais um elemento secundário para a explicação do mundo humano, e o indivíduo um elemento primário.²⁰⁶

Em relação ao papel do Estado e ao âmbito aceitável de sua interferência na esfera de liberdade do indivíduo, o liberalismo condena qualquer interferência estatal na liberdade de escolha individual sobre a condução da própria vida, independentemente de tal escolha ser considerada (ou mesmo ser comprovadamente) boa ou ruim, interferência essa que seria considerada uma inadmissível imposição de uma específica concepção de vida, por ser considerada boa.²⁰⁷ Afinal, cada pessoa possuindo uma individualidade que lhe é própria e uma concepção própria do que para si é bom ou ruim (claro que de modo mais ou menos influenciado por seu entorno), é de se concluir que ela própria possua melhores condições de escolher aquilo que para si é bom, a partir de seus interesses particulares.²⁰⁸ Na referência de Leon Bourgeois, para os economistas da época, o homem seria livre, e o dever do Estado seria apenas o de garantir o exercício pleno dessa liberdade.²⁰⁹

A liberdade de escolha não surge, nesse caso, como um valor supremo por si própria. No entendimento de Will Kymlicka, os liberais não defendem a liberdade individual de escolha dos próprios projetos porque a liberdade seria o bem mais valioso; defendem que os projetos individuais são os bens mais valiosos, razão pela qual se deve garantir que os indivíduos sejam livres para os escolher.²¹⁰

²⁰⁴ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo: Martin Fontes, 2007. p. 554-555.

²⁰⁵ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. Madrid: Alianza Editorial, 1993. p. 143.

²⁰⁶ SCHMIDT, João Pedro. Comunidade e comunitarismo: considerações sobre a inovação da ordem sociopolítica. **Ciências Sociais Unisinos**, São Leopoldo, v. 47, n. 3, p. 303, 2011. Disponível em: http://revistas.unisinos.br/index.php/ciencias_sociais/article/view/csu.2011.47.3.13. Acesso em: 29 jun. 2023.

²⁰⁷ KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea: uma introdução**. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 256-257.

²⁰⁸ KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea: uma introdução**. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 259-261.

²⁰⁹ BOURGEOIS, Leon. **Solidarité**. Paris: Armand Colin, 1896. p. 19.

²¹⁰ KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea: uma introdução**. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 268.

Entretanto, não é correto concluir que o pensamento liberal em geral defenda uma liberdade absoluta e desapegada de qualquer senso de responsabilidade. Nicholas Capaldi, por exemplo, individualiza os três componentes principais da cultura liberal, com expressa menção à responsabilidade: a reivindicação de universalidade (ou seja, a existência de uma lei natural aplicável a todos os seres humanos, em todas as culturas), o valor moral fundamental do indivíduo livre e *responsável*, e a afirmação do papel da família enquanto instituição de destaque na criação de um indivíduo livre e *responsável*.²¹¹

Um importante exemplo de teoria liberal constituída também por restrições à liberdade individual é encontrado na obra de John Stuart Mill, autor que, alinhado às postulações gerais do liberalismo, defende expressamente que o Estado se abstenha de intervir nas decisões individuais que não produzam danos (ou seja, que o Estado seja preocupado em garantir que o indivíduo adote seus comportamentos de modo a lhe trazer bens maiores, e a evitar danos a si mesmo)²¹² – princípio de vedação da proibição de autolesões²¹³ –, assim como defende uma pluralidade de liberdades individuais de presença esperada em um discurso liberal.²¹⁴ Em contrapartida, o autor também defende, por exemplo, a existência de mecanismos de tutela de grupos minoritários, com a consequente adoção de restrições à vontade da maioria,²¹⁵ a

²¹¹ CAPALDI, Nicholas. What's Wrong with Solidarity? In: BAYERTZ, Kurt. (coord.) **Solidarity**. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1999. p. 40.

²¹² Em suas palavras: “Que o único propósito para o qual o poder pode ser corretamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, é evitar dano aos outros. O seu próprio bem, seja físico ou moral, não é uma garantia suficiente. Ele não pode ser corretamente instigado a fazer ou deixar de fazer algo porque será melhor para ele fazer assim, porque isso a tornará mais feliz, ou porque, nas opiniões dos outros, fazer isso seria sábio, ou mesmo certo.” MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Trad. de Maria Aparecida Sargiolato. Campinas, SP: Vide Editorial, 2018. p. 23.

²¹³ Nas palavras do autor: “A única parte da conduta de qualquer um, pela qual ele é responsável perante a sociedade, é aquela que afeta outros.” MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Trad. de Maria Aparecida Sargiolato. Campinas, SP: Vide Editorial, 2018. p. 23. Ainda: “[...] que o indivíduo não deve ser responsabilizado pela sociedade por seus atos, enquanto estes não disserem respeito aos interesses de outrem que não ele mesmo.” MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Trad. de Maria Aparecida Sargiolato. Campinas, SP: Vide Editorial, 2018. p. 165.

²¹⁴ Nas palavras do autor: “A liberdade de expressar e publicar opiniões [...], sendo tão importante quanto a própria liberdade de pensamento, e apoiando-se em grande parte nas mesmas razões, é praticamente inseparável dela. [...] liberdade de gostos e atividades; de estruturação do plano de nossa vida para adequá-lo ao nosso próprio caráter [...], liberdade de união, para qualquer propósito não envolvendo prejuízo a outros [...]”. MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Trad. de Maria Aparecida Sargiolato. Campinas, SP: Vide Editorial, 2018. p. 27-28.

²¹⁵ Nas palavras do autor: “A vontade do povo, além disso, significa praticamente o desejo da *parte* mais numerosa, ou da mais ativa, do povo; a maioria, ou aqueles que conseguem se fazer aceitar como tal: o povo, consequentemente, *pode* desejar oprimir uma parte de seus integrantes e precauções são tão necessárias contra isso como contra qualquer outro abuso de poder.” MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Trad. de Maria Aparecida Sargiolato. Campinas, SP: Vide Editorial, 2018. p. 14.

imposição de limites ao direito manifestação da opinião;²¹⁶ e a imposição do dever de agir em socorro a outrem (para além, portanto, da existência de meras normas de abstenção).²¹⁷

Sob uma vertente menos flexível, os pensadores liberais tendem a interpretar grande parte das exigências impostas aos indivíduos com desconfiança, por vezes com hostilidade.²¹⁸ Desse modo e como acima desenvolvido, a obra de John Stuart Mill, apesar de constituída a partir de bases liberais, não reflete o *liberalismo conservador* e individualista que justificou a analogia realizada por Louis Dumont com a figura do retirante,²¹⁹ anteriormente mencionada. Na obra de John Stuart Mill, o valor da coletividade aparece como fator importante a ser considerado no debate em relação à liberdade.²²⁰

Conduzindo essa acentuação do valor da coletividade a um ponto em que seja operada uma alteração dos polos (ou seja, que os interesses coletivos ocupem uma posição de significativa superioridade em relação aos interesses individuais), o resultado é uma conformação social de caráter radicalmente comunitarista.

A adjetivação como *radical* é justificada, pois também o comunitarismo possui diversas variações.²²¹⁻²²² Uma espécie de relação comunitária é aquela de tipo autoritário,

²¹⁶ Nas palavras do autor: “[...] até as opiniões perdem sua imunidade quando as circunstâncias em que elas são expressas são tais que a convertem numa instigação positiva a algum ato nocivo. Uma opinião como a de que comerciantes de milho são responsáveis pelo problema da fome dos pobres, ou de que a propriedade privada é um roubo deve passar incólume quando simplesmente divulgada pela imprensa, mas pode justamente incorrer numa punição quando dita em voz alta para uma multidão exaltada, reunida perante o estabelecimento de um comerciante de milho ou quando, entre a mesma multidão, alguém exibisse a opinião num cartaz.” MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Trad. de Maria Aparecida Sargiolato. Campinas, SP: Vide Editorial, 2018. p. 99-100.

²¹⁷ Nas palavras do autor: “Há também muitos atos positivos para o benefício de outros, que ele pode legalmente ser forçado a executar, tais como: dar testemunho numa corte judicial; desempenhar sua parte na defesa comum, ou em qualquer outro trabalho conjunto necessário ao interesse da sociedade da qual ele goze de proteção; e executar certos atos de benefício individual, tais como salvar a vida de alguém, ou interferir para proteger um indefeso contra o tratamento abusivo, coisas que são obviamente sempre o dever de um homem fazer e pelas quais ele pode ser legalmente tornado responsável perante a sociedade por não fazer. Uma pessoa pode causar mal a outras não apenas por suas ações mas também por omissões, e em ambos os casos ela é justificadamente responsável pelo dano.” MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Trad. de Maria Aparecida Sargiolato. Campinas, SP: Vide Editorial, 2018. p. 25.

²¹⁸ ETZIONI, Amitai. **La Nueva Regla de Oro**: comunidad y moralidad en una sociedad democrática. Trad. de Marco Aurelio Galmarini Rodríguez. Barcelona: Paidós, 1999. p. 38.

²¹⁹ DUMONT, Louis. **O individualismo**: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna. Trad. de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1985. p. 37-38.

²²⁰ GUISÁN SEIJAS, Esperanza. Liberalismo y socialismo en John Stuart Mill. **Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares**, Espanha, n. 1, p. 60, 1992. Disponível em: <https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24631>. Acesso em: 7 abr. 2024.

²²¹ AMARAL, Carlos. Comunitarismo. In: ROSAS, João Carsoso (org.). **Manual de Filosofia Política**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 98.

²²² A ilustrar essa multiplicidade de variantes: “No Ocidente, podem ser identificadas ao menos nove matrizes teóricas do pensamento comunitarista ocidental: a tradição aristotélica, a tradição judaico-cristã, a tradição

representada pela presença de um elemento de autoridade/dominação, do que é exemplo embrionário o patriarcalismo (a autoridade exercida pelo pai),²²³ ou, ainda, o pensamento nazista fundado no conceito de *comunidade do povo*.²²⁴

Ao mesmo tempo em que pode ser encontrada afirmação no sentido de que, em grande medida, os desenvolvimentos teóricos do comunitarismo se dirigem à crítica ao liberalismo,²²⁵ enquanto concepção filosófico-política a ele contraposta,²²⁶ igualmente é afirmado que as discussões comunitaristas acontecem majoritariamente no seio do próprio liberalismo. Ou seja, sob uma vertente moderada, o pensamento comunitarista nada mais é do que uma tentativa de correção do liberalismo, não de sua substituição:²²⁷ “[...] a crítica comunitarista parte da tradição liberal procurando o seu aperfeiçoamento, e não o seu derrube.”²²⁸

Seja como for (enquanto contradição, ou enquanto busca por aperfeiçoamento), a principal crítica do comunitarismo ao liberalismo é relacionada com o diminuto espaço reservado à condição social do homem.²²⁹ É comum a afirmação de que o liberalismo habitualmente concebe o indivíduo como um sujeito constituído previamente ao social – conquanto Michael Walzer afirme que, na verdade, ao invés de um *eu* pré-social, o liberalismo verdadeiramente concebe um *eu* pós-social, livre para se desassociar, para se

utópica, o liberalismo, o ideário socialista e anarquista, os estudos sociológicos sobre comunidade, o pensamento autoritário, o republicanismo, as teorias do capital social, e o comunitarismo responsivo. À exceção da matriz autoritária, em todas essas diferentes tradições do pensamento ocidental há elementos valiosos para a formulação de um novo ideal democrático e de vida em sociedade.” SCHMIDT, João Pedro. Comunidade e comunitarismo: considerações sobre a inovação da ordem sociopolítica. **Ciências Sociais Unisinos**, São Leopoldo, v. 47, n. 3, p. 312, 2011. Disponível em: http://revistas.unisinos.br/index.php/ciencias_sociais/article/view/csu.2011.47.3.13. Acesso em: 29 jun. 2023.

²²³ TÖNNIES, Ferdinand. **Principios de Sociología**. Trad. de Vicente Lloréns. México: Fondo de Cultura Económica, 1987. p. 51.

²²⁴ SCHMIDT, João Pedro. Comunidade e comunitarismo: considerações sobre a inovação da ordem sociopolítica. **Ciências Sociais Unisinos**, São Leopoldo, v. 47, n. 3, p. 305, 2011. Disponível em: http://revistas.unisinos.br/index.php/ciencias_sociais/article/view/csu.2011.47.3.13. Acesso em: 29 jun. 2023.

²²⁵ RIVERA LÓPEZ, Eduardo. **Ensayos sobre liberalismo y comunitarismo**. México: Fontamara, 1999. p. 136-137.

²²⁶ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Autonomía, solidaridad y deber de socorro: un apunte histórico. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, n. 53, p. 366, 2000. Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2000-10036100412. Acesso em: 20 jun. 2023.

²²⁷ AMARAL, Carlos. Comunitarismo. In: ROSAS, João Carsoso (org.). **Manual de Filosofia Política**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 88.

²²⁸ AMARAL, Carlos. Comunitarismo. In: ROSAS, João Carsoso (org.). **Manual de Filosofia Política**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 104.

²²⁹ AMARAL, Carlos. Comunitarismo. In: ROSAS, João Carsoso (org.). **Manual de Filosofia Política**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 89.

desfazer de alianças (em sua analogia, o que torna o casamento voluntário é a possibilidade de divórcio)²³⁰ –, que apenas após a sua constituição é confrontado com a sociedade. Na referência de Will Kymlicka, o indivíduo sob a visão liberal possui liberdade para questionar a própria participação em práticas sociais, podendo decidir delas se desvincular.²³¹ Sob outro aspecto, o liberalismo defende uma concepção do que é *bom* fundada no valor da autonomia.²³² Em um primeiro nível, portanto, essa teoria defende a autonomia e os seus fundamentos; em um segundo nível, aplica a autonomia aos diversos âmbitos da vida (político, econômico e outros).²³³

Diferentemente dessa concepção liberal do homem enquanto ser em forte medida desassociado da coletividade (ou com ampla liberdade para se desassociar), o comunitarismo reivindica a importância do fator social na constituição do indivíduo. Esse entendimento pode ser ilustrado com a referência realizada por León Olivé ao paradoxo do navio de Teseu, embarcação construída com um propósito específico de navegar de Pireu a Delos (destinação que o constituiria justamente como *navio de Teseu*). Essa embarcação (original) poderia ter todas as suas peças substituídas em sucessivas reformas; todas as peças retiradas da embarcação original poderiam ser utilizadas para construir uma *nova* embarcação idêntica à original; e a essas três embarcações (a original, a original totalmente reformada, e a construída a partir das peças da original) poderia ser atribuída a destinação de navegar de Pireu a Delos, ou outra destinação qualquer. A depender do intérprete, cada um dos três navios pode ser considerado o *verdadeiro* navio de Teseu, fato que conduziria à conclusão de que não existe um navio *essencialmente verdadeiro*.²³⁴ Diante dessa constatação, León Olivé conclui:

[...] um artefato tal – o navio de Teseu – não existe independentemente do marco conceitual daqueles que o conceberam, o construíram, o transformaram e o transformam, e o utilizam. [...] não há uma resposta absoluta à pergunta de qual é realmente o barco de Teseu, ou, em geral, em relação à identificação e à enumeração das condições de identidade dos artefatos. Se este ponto de vista estiver correto, a constituição de um artefato, assim como a sua identificação, depende por completo do marco conceitual que inclui as crenças, valores, normas, fins e intenções das pessoas que

²³⁰ WALZER, Michael. The Communitarian Critique of Liberalism. **Political Theory**, Los Angeles, v. 18, n. 1, p. 20-21, 1990. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/191477>. Acesso em: 25 jan. 2024.

²³¹ KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea: uma introdução**. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 265.

²³² FARRELL MARTÍN, Diego. **Utilitarismo, Liberalismo y Democracia**. México: Fontamara, 2007. p. 43.

²³³ FARRELL MARTÍN, Diego. **Utilitarismo, Liberalismo y Democracia**. México: Fontamara, 2007. p. 44.

²³⁴ OLIVÉ, León. **Razón y sociedad**. México: Fontamara, 1996. p. 128-134.

realizam as identificações. Sugerir que as pessoas e as entidades coletivas – sociedades de pessoas – são construções sociais, tanto quanto os artefatos.²³⁵

Ou seja, as pessoas são seres sociais, moldadas (em seus desejos, suas crenças, suas necessidades) a partir das interações que experimentam com outras pessoas no decorrer de suas existências.²³⁶

Sendo o homem um ser social e enquanto inserido na sociedade, sob hipótese alguma pode ser considerado isoladamente, assim como jamais pode lhe ser atribuída uma liberdade absoluta. Mesmo as liberdades de desenvolvimento físico, de desenvolvimento intelectual, ou de desenvolvimento moral, são limitadas pela faculdade de desenvolvimento dos demais indivíduos que compõem o corpo social. Não sendo os homens seres isolados, portanto, essas liberdades se limitam mutuamente.²³⁷

Esse pensamento comunitarista é encontrado, em uma fase embrionária, na filosofia grega, podendo ser considerada a tradição aristotélica (concepção do homem enquanto animal político, apenas concebido no seio social) como uma forma inicial de comunitarismo.²³⁸ Nas palavras de Aristóteles: “Ademais, a *polis* tem por natureza prioridade sobre a família e sobre qualquer particular entre nós, já que o todo é necessariamente primeiro em relação às partes: e se todo o corpo se destrói, não haverá nem pé, nem mão [...]”.²³⁹

O sinal distintivo do comunitarismo seria a centralidade atribuída à comunidade, que concentra em si um valor maior do que aquele destinado ao Estado, ou ao mercado, ou ao

²³⁵ OLIVÉ, León. **Razón y sociedad**. México: Fontamara, 1996. p. 134-135, tradução nossa. No original: “[...] un artefacto tal - el barco de Teseo - no existe independientemente del marco conceptual de quienes lo concibieron, lo construyeron, lo transformaron y lo transforman, y lo usan. [...] no hay una respuesta absoluta a la pregunta de cuál es *realmente* el barco de Teseo, o en general, en relación con la identificación y la enumeración de condiciones de identidad de los artefactos. Si este punto de vista es correcto, la constitución de un artefacto, así como su identificación, depende por completo del marco conceptual que incluye las creencias, valores, normas, fines e intenciones de las personas que hacen las identificaciones. He sugerido que las personas y las entidades colectivas – sociedades de personas – son construcciones sociales, tanto como los artefactos.”

²³⁶ OLIVÉ, León. **Razón y sociedad**. México: Fontamara, 1996. p. 136.

²³⁷ BOURGEOIS, Leon. **Solidarité**. Paris: Armand Colin, 1896. p. 99-100.

²³⁸ SCHMIDT, João Pedro. Comunidade e comunitarismo: considerações sobre a inovação da ordem sociopolítica. **Ciências Sociais Unisinos**, São Leopoldo, v. 47, n. 3, p. 302, 2011. Disponível em: http://revistas.unisinos.br/index.php/ciencias_sociais/article/view/csu.2011.47.3.13. Acesso em: 29 jun. 2023.

²³⁹ ARISTÓTELES. **Politeia**: La política. Trad. de Manuel Briceño Jáuregui. Bogotá: Instituto Caro y Cuervo, 1989. p. 136, tradução nossa. No original: “Además la *polis* tiene por naturaleza prioridad sobre la familia y sobre cualquier particular entre nosotros, ya que el todo es necesariamente primero que las partes: y si todo el cuerpo se destruye no habrá ni pie ni mano [...]”.

indivíduo, ou a qualquer outro ente.²⁴⁰ Na dinâmica social regida por esse paradigma, também em Aristóteles, a ação política possuiria como finalidade a justiça, o que significaria aquilo que mais contribuiria ao interesse comum.²⁴¹

O comunitarismo retoma, portanto, a concepção aristotélica do ser humano enquanto ser cívico, integrado e constituído pelo âmbito social, flexibilizando uma proposta moderna de separação radical entre as esferas pública e privada.²⁴² Defende que o ser humano, em boa medida, é constituído no âmbito social, na relação com outros seres, no convívio, constatação que impede a absoluta separação entre a identidade pública do indivíduo (cidadão) e a sua identidade privada (casado, solteiro, desportista, professor, católico). Em razão da influência que as relações sociais que cada indivíduo experimenta exerce em sua própria constituição enquanto pessoa, e, igualmente, da repercussão que a constituição do indivíduo exerce em suas decisões políticas, presencia-se um alargamento da complexidade do âmbito do político.²⁴³

É perceptível uma forte oposição do comunitarismo em relação ao individualismo, sobretudo ao defender que existem direitos da coletividade independentemente (e até mesmo contrariamente) ao que os liberais identificam como direitos individuais.²⁴⁴ O comunitarismo, desse modo, se opõe à concepção liberal de Estado neutro, defendendo a instituição de uma política do bem comum – essa também presente sob a ótica liberal, mas com um conteúdo diverso, na medida em que a defesa liberal de um Estado neutro objetiva justamente promover os interesses dos cidadãos (o alcance do bem comum demandaria a instituição de um Estado neutro).²⁴⁵

²⁴⁰ SCHMIDT, João Pedro. Amitai Etzioni e o paradigma comunitarista: da sociologia das organizações ao comunitarismo responsivo. **Lua Nova**, São Paulo, n. 93, p. 93-94, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ln/n93/05.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2023.

²⁴¹ Em suas palavras: “En todas las ciencias y artes el fin es un bien. Pero especialmente en la suprema de todas, que es la acción política, el [máximo] bien [es] la justicia, [es decir], aquello que [contribuye] al interés común.” ARISTÓTELES. **Politeia**: La política. Trad. de Manuel Briceño Jáuregui. Bogotá: Instituto Caro y Cuervo, 1989. p. 311.

²⁴² AMARAL, Carlos. Comunitarismo. In: ROSAS, João Carsoso (org.). **Manual de Filosofia Política**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 101.

²⁴³ AMARAL, Carlos. Comunitarismo. In: ROSAS, João Carsoso (org.). **Manual de Filosofia Política**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 103-104.

²⁴⁴ STERBAM James P. Filosofia Política. In: AUDI, Robert (ed.). **Diccionario Akal de Filosofía**. Tradução de Humberto Marraud e Enrique Alonso. Madrid: Akal Ediciones, 2004. p. 420-421.

²⁴⁵ KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**: uma introdução. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 263-264.

Assim, o Estado comunitário direciona seus esforços para que as pessoas adotem, em certos aspectos da vida, uma determinada concepção de *bem*, assim como para que não adotem concepções que conflitem com aquela.²⁴⁶ Nesse modelo de Estado, há uma compreensão de que existem necessidades comuns aos indivíduos que compõem o grupo social, e uma ordem de importância desses interesses comuns.²⁴⁷ Nesse jogo de interesses comuns, em uma ordem que sob certo aspecto prioriza a coletividade, é importante que seja criado um entendimento coletivo convergente em relação ao bem. A construção de uma boa sociedade depende de forma muito significativa do papel exercido pela comunidade.²⁴⁸

Adverte-se que também o termo comunidade é caracterizado pela polissemia, e que pode designar, entre outros, agrupamentos de tradição socialista, anarquista, nazista.²⁴⁹ Fornecendo um conceito ao termo, e diferenciando-o do termo sociedade, Ferdinand Tönnies afirma que a comunidade seria um modelo de associação fundado em uma *vontade orgânica*, na identidade de convicções morais e de tradições, formando um todo homogêneo. Sociedade, por sua vez, derivaria do que o autor chama de *vontade reflexa*, conformando-se a partir de critérios externos de racionalidade instrumental, a partir de acordos fundados na vontade de cada membro, para alcance, por exemplo, da proteção dos bens de cada indivíduo frente aos demais.²⁵⁰ Nas palavras de João Pedro Schmidt, referindo essa distinção em Ferdinand Tönnies:

Na tentativa de explicar o processo histórico que leva de um modo de vida ao outro, o autor considera que as relações sociais são estabelecidas com base em dois tipos de vontade. Na comunidade, os indivíduos agem sob a vontade integral ou natural (*Wesenwille*); as ações são fruto da tradição e dos costumes, sem necessidade de justificação racional; o motivo implícito da conduta social é a sobrevivência da comunidade; as relações são íntimas, duradouras e integradas. Na associação ou sociedade, prevalece a vontade

²⁴⁶ KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**: uma introdução. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 265.

²⁴⁷ BIELSA, Rafael. **Derecho Constitucional**. 3. ed. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1959. p. 143.

²⁴⁸ SCHMIDT, João Pedro. Amitai Etzioni e o paradigma comunitarista: da sociologia das organizações ao comunitarismo responsivo. **Lua Nova**, São Paulo, n. 93, p. 94, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ln/n93/05.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2023.

²⁴⁹ SCHMIDT, João Pedro. Comunidade e comunitarismo: considerações sobre a inovação da ordem sociopolítica. **Ciências Sociais Unisinos**, São Leopoldo, v. 47, n. 3, p. 301, 2011. Disponível em: http://revistas.unisinos.br/index.php/ciencias_sociais/article/view/csu.2011.47.3.13. Acesso em: 29 jun. 2023.

²⁵⁰ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Autonomía, solidaridad y deber de socorro: un apunte histórico. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, n. 53, p. 370, 2000. Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2000-10036100412. Acesso em: 20 jun. 2023.

racional (*Kürwille*); as ações são racionais, realizadas em termos de adequação de meios e fins; o objetivo maior das ações é o lucro; as relações são anônimas, impessoais, contratuais.²⁵¹

Essa distinção entre comunidade e sociedade, e a passagem da primeira à segunda, seria indicativo de um enfraquecimento nos vínculos coletivos (poder-se-ia falar em sentimento de pertencimento, em compromisso para com os demais, bem como em disposição para realização de algum sacrifício individual em prol do bem comum), já que a sociedade seria caracterizada não por um sentimento natural de pertencimento, mas pela comunhão de interesses em busca de finalidades em comum.²⁵²

Para além da variação de concepções do signo comunitarismo, portanto, pode ser identificado o seu núcleo identitário na concepção de ser humano enquanto ser social, na defesa da fraternidade, e na oposição ao individualismo e ao coletivismo.²⁵³⁻²⁵⁴ Ambos os extremos (individualismo e coletivismo) devem ser evitados, pois desvirtuam a própria busca pela compreensão do ser humano enquanto ente. Nesse sentido, a crítica de Martin Buber:

Porém, se o individualismo não abarca mais que uma parte do homem, assim ocorre também com o coletivismo: nenhum dos dois se encaminha à integridade do homem, ao homem como um todo. O individualismo não vê o homem para além da relação consigo mesmo, mas o coletivismo não vê o *homem*, apenas vê a ‘sociedade’. Em um caso, o rosto humano se apresenta desfigurado, em outro, oculto.²⁵⁵

²⁵¹ SCHMIDT, João Pedro. Comunidade e comunitarismo: considerações sobre a inovação da ordem sociopolítica. **Ciências Sociais Unisinos**, São Leopoldo, v. 47, n. 3, p. 305, 2011. Disponível em: http://revistas.unisinos.br/index.php/ciencias_sociais/article/view/csu.2011.47.3.13. Acesso em: 29 jun. 2023.

²⁵² PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. La solidaridad como fuente de deberes. Elementos para su incardinación en el sistema jurídico-penal. **Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales**, Chile, n. 27, p. 249, 2019. Disponível em: <https://politcrim.com/wp-content/uploads/2019/06/Vol14N27A8.pdf>. Acesso em: 29 out. 2023.

²⁵³ SCHMIDT, João Pedro. Amitai Etzioni e o paradigma comunitarista: da sociologia das organizações ao comunitarismo responsivo. **Lua Nova**, São Paulo, n. 93, p. 94, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ln/n93/05.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2023.

²⁵⁴ Sobre esse último aspecto: “b) *Oposição ao individualismo e ao coletivismo*. São constantes na literatura comunitarista as críticas ao modo de vida individualista, ao isolamento dos indivíduos em relação à comunidade, ao descompromisso com o bem comum e com os bens públicos, bem como as concepções filosóficas atomistas, solipsistas, que legitimam esse comportamento. A valorização da comunidade, nessa perspectiva, requer o enfrentamento sem tréguas ao individualismo, representado por pensadores como John Locke, John Stuart Mill, Adam Smith, Karl Popper, John Rawls, Milton Friedman, Robert Nozick, entre outros.” SCHMIDT, João Pedro. Comunidade e comunitarismo: considerações sobre a inovação da ordem sociopolítica. **Ciências Sociais Unisinos**, São Leopoldo, v. 47, n. 3, p. 308, 2011. Disponível em: http://revistas.unisinos.br/index.php/ciencias_sociais/article/view/csu.2011.47.3.13. Acesso em: 29 jun. 2023.

²⁵⁵ BUBER, Martin. **¿Qué es el hombre?** Tradução de Eugenio Imaz. México: Fondo de Cultura Económica, 1995. p. 142, tradução nossa. No original: “Pero si el individualismo no abarca más que una parte del hombre,

Assim, o comunitarismo (moderado ou não radical) direciona grande parte de sua atenção à comunidade e à construção de uma boa sociedade, fundada em ideais humanistas,²⁵⁶ e no reconhecimento da importância da responsabilidade individual, ao lado da afirmação dos direitos.²⁵⁷

A partir da obra de Amitai Etzioni, conhecido autor comunitarista, a tarefa comunitária consistiria em buscar o ponto de equilíbrio entre a tradição de uma ordem fundada nas virtudes, e a concepção moderna preocupada em tutelar a autonomia individual. Ou seja, em suas palavras: “Isto, por sua vez, implica encontrar um equilíbrio entre os direitos individuais universais e o bem comum (que, muitas vezes, são vistos como conceitos incompatíveis), entre o eu e a comunidade, e, sobretudo, a maneira de conseguir e manter esse equilíbrio.”²⁵⁸

Em uma época de hipertrofia dos direitos, é preciso reconhecer que os deveres são por excelência o elemento constitutivo e condicionante da sociedade; não é possível o desenvolvimento da vida em comunidade sem o sentimento de dever. Nessa relação por vezes conflituosa entre os direitos e os deveres, o que deve haver, na verdade, é uma complementariedade entre ambos, com a preservação do sentimento de dever enquanto requisito de uma sociedade ordenada, bem como do reconhecimento dos direitos, necessários para a realização individual e a busca pela felicidade.²⁵⁹

São pertinentes, nesse sentido, as palavras de José Casalta Nabais, ao afirmar que “[...] ao princípio da liberdade (ou da autonomia do indivíduo) não corresponde uma emancipação absoluta ou anárquica, mas uma liberdade acompanhada da correspondente responsabilidade

así le ocurre también al colectivismo: ninguno de los dos se encamina a la integridad del hombre, al hombre como un todo. El individualismo no ve al hombre más que en relación consigo mismo, pero el colectivismo no ve al *hombre*, no ve más que la ‘sociedad’. En un caso el rostro humano se halla desfigurado, en el otro oculto.”

²⁵⁶ SCHMIDT, João Pedro. Comunidade e comunitarismo: considerações sobre a inovação da ordem sociopolítica. **Ciências Sociais Unisinos**, São Leopoldo, v. 47, n. 3, p. 311, 2011. Disponível em: http://revistas.unisinos.br/index.php/ciencias_sociais/article/view/csu.2011.47.3.13. Acesso em: 29 jun. 2023.

²⁵⁷ SCHMIDT, João Pedro. Amitai Etzioni e o paradigma comunitarista: da sociologia das organizações ao comunitarismo responsivo. **Lua Nova**, São Paulo, n. 93, p. 123, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ln/n93/05.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2023.

²⁵⁸ ETZIONI, Amitai. **La Nueva Regla de Oro**: comunidad y moralidad en una sociedad democrática. Trad. de Marco Aurelio Galmarini Rodríguez. Barcelona: Paidós, 1999. p. 17-18, tradução nossa. No original: “Esto, a su vez, implica hallar un equilibrio entre los derechos individuales universales y el bien común (que demasiado a menudo se ven como conceptos incompatibles), entre el yo y la comunidad, y, sobre todo, la manera de lograr y sostener ese equilibrio.”

²⁵⁹ ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. São Paulo: Manole, 2005. p. 50.

social ou comunitária [...].”²⁶⁰ Do mesmo modo, Joseph Rován, ao justificar o destaque que atribui aos deveres dos cidadãos, deixando os direitos em um segundo plano: “É uma escolha política, numa sociedade eivada pelo excesso de hedonismo e de reivindicação, numa sociedade que tem que reaprender a necessidade da partilha e do sacrifício.”²⁶¹⁻²⁶² Em outras palavras, é necessário à sociedade que seja substituído um predominante *princípio do prazer* por um *princípio da responsabilidade*.²⁶³

Em uma sociedade pautada pelo equilíbrio defendido pelo comunitarismo moderado, portanto, deve ser considerado intolerável, primeiro, aquilo que contrarie o bem comum; e, segundo, aquilo que vá de encontro com a liberdade dos demais indivíduos.²⁶⁴

Consequentemente, há de se compreender que reconhecer a existência de deveres (especialmente de deveres de solidariedade) não significa necessariamente adotar um coletivismo acentuado promotor do sacrifício dos direitos individuais. Essa compreensão deve ser buscada por meio da integração dos interesses coletivos com os interesses individuais, ambos atuando em complementariedade, como defendido por Mercedes Alonso Álamo: “Longe de ser manifestação de um coletivismo rígido, trata-se do reconhecimento de interesses coletivos a serviço da pessoa no marco de um individualismo solidário ou de um coletivismo aberto à autonomia pessoal.”²⁶⁵

A partir do paradigma comunitário, portanto, a *regra de ouro* da boa sociedade consistiria em fomentar tanto as virtudes sociais (indispensáveis à ordenação da vida em

²⁶⁰ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2009. p. 62.

²⁶¹ ROVAN, Joseph. **Como tornar-se cidadão da Europa**: primeiro os deveres, depois os direitos. Trad. de J. Freitas e Silva. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1993. p. 17.

²⁶² José Casalta Nabais refere que, não obstante a proposta do autor francês de predomínio dos deveres, esse pensamento não foi o adotado na Europa da época, referindo a predominância (ou presença única) dos direitos no Tratado da União Europeia, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, e no Tratado de Maastricht. NABAIS, José Casalta. **Estudos de direito fiscal**: por um Estado fiscal suportável. Coimbra: Almedina, 2005. p. 13.

²⁶³ ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. São Paulo: Manole, 2005. p. 123.

²⁶⁴ BEUCHOT, Mauricio. **Derechos Humanos**: historia y filosofía. México: Fontamara, 2008. p. 83.

²⁶⁵ ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Delito y solidaridad (estado de necesidad, omisión del deber de socorro y bienes jurídicos colectivos de solidaridad). **Revista Penal**, México, n. 41, p. 43, 2019-2020. Disponível em: <https://revistaciencias.inacipe.gob.mx/index.php/01/article/view/334/265>. Acesso em: 19 set. 2023, tradução nossa. No original: “Lejos de ser manifestación de un colectivismo rígido, se trata del reconocimiento de intereses colectivos al servicio de la persona en el marco de un individualismo solidario o de un colectivismo abierto a la autonomía personal.”

comunidade), quanto as liberdades individuais; a busca pelo equilíbrio entre ordem e autonomia, e não a sobreposição de uma em relação à outra.²⁶⁶

²⁶⁶ ETZIONI, Amitai. **La Nueva Regla de Oro**: comunidad y moralidad en una sociedad democrática. Trad. de Marco Aurelio Galmarini Rodríguez. Barcelona: Paidós, 1999. p. 24.

3 O DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR IMPOSTOS NO ESTADO SOCIAL

O histórico de violações a direitos individuais praticadas pelos mais diversos regimes absolutistas e totalitários é uma das justificativas para que, no curso da história, os direitos tenham ocupado um papel de destaque e que apenas fossem admitidas restrições à liberdade individual quando presentes fundadas razões para tanto (ou seja, em situações excepcionais).²⁶⁷ Essa constatação da existência de uma preferência histórica pelos direitos em detrimento dos deveres aparece também registrada na obra de Hans Kelsen, quando afirma que “Fala-se, no domínio do Direito, de direito e dever, não de dever e direito (no sentido subjetivo) como no domínio da Moral onde se acentua mais aquele do que este. Na descrição do Direito, o direito (subjetivo) avulta tanto no primeiro plano, que o dever quase desaparece por detrás dele [...]”.²⁶⁸ Há, portanto, uma resistência natural à imposição de deveres aos indivíduos, especialmente deveres que importem uma espécie de sacrifício em benefício do interesse comum. Em regra, não se admite que o Estado imponha, por exemplo, o dever de ajudar terceiros sem que tal imposição decorra de justificativas imperiosas.²⁶⁹

O reparo a esse *esquecimento* dos deveres, e à *hipertrofia* dos direitos, não deve ser realizado propriamente com a revisão dessa última conclusão (de que as restrições às liberdades individuais apenas devam ser realizadas quando existentes fundadas justificativas), mas em relação à própria posição ocupada pelos deveres em comparação à ocupada pelas liberdades ou pelos direitos, em busca de uma relação na medida do possível equânime entre ambas as categorias.

Essa problemática pode ser resumida na complexa tarefa de delimitar o quanto é legítima a sobreposição do interesse coletivo em relação ao interesse individual, matéria que John Stuart Mill antecipou ser uma questão essencial à vida humana,²⁷⁰ questionando-se:

²⁶⁷ GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel. La constitucionalización de deberes. **Revista de Derecho Uned**, Espanha, n. 9, p. 116, 2011. Disponível em: <https://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/11071/10599>. Acesso em: 1 jul. 2023.

²⁶⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 140.

²⁶⁹ ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Delito y solidaridad (estado de necesidad, omisión del deber de socorro y bienes jurídicos colectivos de solidaridad). **Revista Penal**, México, n. 16-17, p. 35, 2019-2020. Disponível em: <https://revistaciencias.inacipe.gob.mx/index.php/01/article/view/334/265>. Acesso em: 19 set. 2023.

²⁷⁰ Em suas palavras: “[...] liberdade civil ou social: a natureza e os limites do poder que pode ser legitimamente exercido pela sociedade sobre o indivíduo [...] provavelmente será logo reconhecida como a questão vital do futuro.” MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Trad. de Maria Aparecida Sargiolato. Campinas, SP: Vide Editorial, 2018. p. 9.

“Qual será, pois, o limite justo da soberania do indivíduo sobre si mesmo? Onde começa a autoridade da sociedade? Quanto da vida humana deveria ser destinado à individualidade e quanto à sociedade?”²⁷¹

Gregorio Robles afirma que, em um período recente, pouco era exigido do indivíduo em benefício da sociedade. Tal conclusão é justamente relacionada com a reduzida importância atribuída pela sociedade ao sentimento de dever, bem como com a disseminação de um sentimento reivindicativo, cenário descrito no capítulo anterior, quando abordado o período pós-Guerra.²⁷² O autor sintetiza esse contexto contrapondo, por um lado, a marcante presença do hedonismo na sociedade, e, por outro, um descrédito na solidariedade²⁷³ - fenômeno que identifica como *religião da vida privada*.²⁷⁴

Acredita-se, portanto, que, para a construção de um modelo de sociedade diverso do descrito, é preciso promover um equilíbrio entre os direitos e os deveres, objetivo que pressupõe o reconhecimento de uma maior importância a valores representativos e incentivadores do compromisso individual para com a coletividade, do que é exemplo privilegiado o valor da solidariedade.

3.1 Solidariedade enquanto valor constitutivo do Estado Social

Assim como os deveres, nas últimas décadas, a solidariedade igualmente ocupou uma posição marginalizada na teoria política, em comparação com a elevada quantidade de estudos desenvolvidos a respeito da primazia da liberdade ou da igualdade.²⁷⁵

Além disso, a solidariedade sofreu um processo de contínuas reconfigurações ao longo da história. Nesse aspecto, a autora Aafke E. Komter menciona alguns fatores históricos que fizeram com que a concepção de solidariedade contemporânea seja diferente da concepção antiga:

²⁷¹ MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Trad. de Maria Aparecida Sargiolato. Campinas, SP: Vide Editorial, 2018. p. 133.

²⁷² Sobre esse assunto, vide tópico 2.4.

²⁷³ ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. São Paulo: Manole, 2005. p. 18.

²⁷⁴ ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. São Paulo: Manole, 2005. p. 24.

²⁷⁵ PENSKEY, Max. **The end of solidarity**: discourse theory in ethics and politics. Albany: State University of New York Press, 2008. p. 1.

[...] o processo de individualização, o declínio da religiosidade nas sociedades ocidentais, as reformas econômicas que tiveram lugar em muitos Estados de Bem-estar, a mudança dos padrões de vida familiar, a mudança dos papéis de gênero, o desenvolvimento da tecnologia da informação e da comunicação e, por último, mas não menos importante, os processos de migração que ocorrem em todo o mundo.²⁷⁶

Tais mudanças não necessariamente provocaram uma diminuição da solidariedade; em alguns setores, aliás, pode ter conduzido a um aumento.²⁷⁷ A autora conclui que não é possível falar de um aumento ou de uma diminuição da solidariedade de forma genérica, pois ao longo da história, algumas formas de solidariedade teriam aumentado, outras teriam diminuído, outras teriam permanecido iguais, outras teriam se reconfigurado.²⁷⁸

Em um sentido semelhante, Gilles Lipovetsky afirma que o indivíduo contemporâneo não é necessariamente mais egoísta do que o indivíduo de outros tempos. O que de fato ocorre é que há uma alteração da maneira como socialmente tal egoísmo é interpretado, por já não ser mais considerado imoral pensar somente em si mesmo (ou seja, preocupar-se apenas consigo passa a ser um fato socialmente aceitável). Nas suas palavras: “[...] a nova era individualista conseguiu a proeza de atrofiar nas próprias consciências a autoridade do ideal altruísta, desculpabilizou o egocentrismo e legitimou o direito de viver para si mesmo.”²⁷⁹ Poder-se-ia falar, ainda, de uma perda do potencial crítico sobre a indiferença para com a coletividade, do autofechamento do indivíduo, que no entendimento de Elena Pulcini é a verdadeira razão de uma contemporânea crise do vínculo social.²⁸⁰

Em alguns casos, portanto, pode ser problemático afirmar que a solidariedade esteja em declínio na sociedade atual, seja porque geralmente não há pontos satisfatórios de comparação com períodos anteriores, seja porque tal afirmação muitas vezes decorre de generalizações a partir de conhecimentos particulares, além da própria dificuldade de

²⁷⁶ KOMTER, Aafke E. **Social Solidarity and the Gift**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 169, tradução nossa. No original: “[...] the individualization process, the decline of religiosity in Western societies, the economic reforms that have taken place in many welfare states, changing patterns in family life, changing gender roles, the development of the information and communication technology, and, last but not least, the migration processes occurring throughout the world.”

²⁷⁷ KOMTER, Aafke E. **Social Solidarity and the Gift**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 169.

²⁷⁸ KOMTER, Aafke E. **Social Solidarity and the Gift**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 188.

²⁷⁹ LIPOVETSKY, Gilles. **El crepúsculo del deber**: la ética indolosa de los nuevos tiempos democráticos. Trad. de Juana Bignozzi. Barcelona: Editorial Anagrama, 2000. p. 131, tradução nossa. No original: “[...] la nueva era individualista ha logrado la hazaña de atrofiar en las propias conciencias la autoridad del ideal altruista, ha desculpabilizado el egocentrismo y ha legitimado el derecho a vivir para uno mismo.”

²⁸⁰ PULCINI, Elena. **L'individuo senza passioni**: individualismo moderno e perdita del legame sociale. Turim: Bollati Boringhieri, 2001. p. 127.

estabelecer o que seria um “declínio social”. Em razão disso, a solidariedade pode estar se reconfigurando em qualidade e/ou natureza, ao invés de estar necessariamente experimentando um declínio.²⁸¹

Em uma crítica à comparação com o passado remoto, e delimitando uma época recente a partir da qual seria possível falar em algum declínio de solidariedade, Aafke E. Komter afirma: “O suposto declínio da solidariedade civil refere-se apenas ao período desde a década de 1950. Nós não deveríamos ter quaisquer ilusões sobre a solidariedade civil em épocas passadas, quando bandos de ladrões aterrorizavam o campo e as grandes cidades estavam longe de serem seguras e limpas.”²⁸² Outro exemplo a ilustrar como é problemático falar genericamente em uma queda da solidariedade é encontrado no voluntariado, mencionado por Gilles Lipovetsky, para quem, apesar da erosão do ideal altruísta, a doação do próprio tempo a terceiros teria experimentado uma ampliação em períodos recentes.²⁸³

Já em razão da oscilação de forma da solidariedade no curso da história, é possível concluir que a solidariedade possui mais de um significado possível. Para Max Pensky, o conceito de solidariedade é um dos mais desafiadores entre os conceitos do pensamento político moderno, justamente pela dificuldade em precisar o seu conteúdo.²⁸⁴ Essa dificuldade conceitual é igualmente referenciada, por exemplo, por Alex Van Weezel,²⁸⁵ Francisco Fernández Segado,²⁸⁶ e José Luis de Juan y Peñalosa.²⁸⁷ Reforçando essa tese, Nicholas Capaldi compreende a solidariedade como um conceito negativo, melhor explicado a partir da

²⁸¹ KOMTER, Aafke E. **Social Solidarity and the Gift**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 179.

²⁸² KOMTER, Aafke E. **Social Solidarity and the Gift**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 187, tradução nossa. No original: “The supposed decline of civil solidarity only pertains to the period since the 1950s. We should have no illusions whatsoever about civil solidarity in former ages when robber bands were terrorizing the countryside and the big cities were far from safe and clean.”

²⁸³ Em um dos exemplos fornecido pelo autor: “En 1975, el Socorro Católico tenía 25.000 voluntarios, en 1984, 52.000, en 1989, 66.000.” LIPOVETSKY, Gilles. **El crepúsculo del deber**: la ética indolora de los nuevos tiempos democráticos. Trad. de Juana Bignozzi. Barcelona: Editorial Anagrama, 2000. p. 141.

²⁸⁴ PENSKEY, Max. **The end of solidarity**: discourse theory in ethics and politics. Albany: State University of New York Press, 2008. p. 1.

²⁸⁵ VAN WEEZEL, Alex. Optimización de la autonomía y deberes penales de solidaridad. **Política Criminal**, Chile, v. 13, n. 26, p. 1075, 2018. Disponível em: <https://politicrim.com/wp-content/uploads/2019/04/Vol13N26A12.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2023.

²⁸⁶ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La solidaridad como principio constitucional. **Teoría y realidad constitucional**, Madrid, n. 30, p. 139, 2012. Disponível em: <https://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/7004>. Acesso em: 20 mai. 2023.

²⁸⁷ DE JUAN Y PEÑALOSA, José Luis. El principio de solidaridad interregional: el principio de solidaridad y la regionalización de los impuestos. **Documentación Administrativa**, Espanha, n. 181, p. 191, 1979. Disponível em: <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/4339>. Acesso em: 4 jun. 2023.

delimitação de seu conceito oposto (conceito do qual a solidariedade derivaria), qual seja o conceito de individualidade.²⁸⁸

Etimologicamente, o termo “solidariedade” origina de *solidarium*, que por sua vez provém de *solidum*, ou *soldum*, que significa “a inteiro”, razão pela qual a expressão “obrigação solidária” representa aquela em que todos os devedores são sujeitos à obrigação em sua integralidade. Solidariedade, portanto, conduz a uma ideia de pertencimento, de corresponsabilidade pelo todo (e/ou por todos).²⁸⁹ Nesse sentido, Max Pensky relaciona o termo solidariedade com a expressão “*obligatio in solidum*” do Direito Romano, que define a mencionada condição de responsabilidade solidária por uma dívida financeira. Com o passar do tempo, essa expressão jurídico-financeira acaba por receber uma conotação de virtude moral.²⁹⁰ Sob um aspecto ético (face marcante da solidariedade²⁹¹), a solidariedade traduz um antigo ideal de fraternidade,²⁹² uma virtude moral resumida na ideia de fraternidade.²⁹³⁻²⁹⁴

Essa concepção romana de solidariedade, no sentido de laços frateros, não é necessariamente relacionada com vínculos sanguíneos, ou afetivos; ela se refere à responsabilidade decorrente da relação de interdependência que existe entre os membros do grupo.²⁹⁵ Por outro lado, é igualmente possível (e existente) uma concepção de solidariedade centrada no afeto, no princípio da semelhança, em uma *identidade compartilhada*, dependente

²⁸⁸ CAPALDI, Nicholas. What’s Wrong with Solidarity? In: BAYERTZ, Kurt. (coord.) **Solidarity**. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1999. p. 39.

²⁸⁹ NABAIS, José Casalta. **Estudos de direito fiscal**: por um Estado fiscal suportável. Coimbra: Almedina, 2005. p. 84.

²⁹⁰ PENSKY, Max. **The end of solidarity**: discourse theory in ethics and politics. Albany: State University of New York Press, 2008. p. 6.

²⁹¹ WELLENS, Karel. Revisiting Solidarity as a (Re-)Emerging Constitutional Principle: Some Further Reflections. In: WOLFRUM, Rüdiger; KOJIMA, Chie (org.). **Solidarity**: A Structural Principle of International Law. Heidelberg: Springer, 2010. p. 5.

²⁹² PENSKY, Max. **The end of solidarity**: discourse theory in ethics and politics. Albany: State University of New York Press, 2008. p. 2.

²⁹³ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La solidaridad como principio constitucional. **Teoría y realidad constitucional**, Madrid, n. 30, p. 139, 2012. Disponível em: <https://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/7004>. Acesso em: 20 mai. 2023.

²⁹⁴ Jonatan Valenzuela relaciona o ideal representado pela solidariedade e a parábola do bom samaritano: “La clave para entender el fundamento de la conducta que sigue a la ética del samaritano es la noción de ‘*agape*’. Esta expresión puede ser reconducida, en castellano, a la idea de ‘fraternidad’, o de ‘solidaridad’.” VALENZUELA, Jonatan. La narrativa del deber de ayudar a otro: Samaritanos, héroes, y superhéroes. **Ius et Praxis**, Chile, v. 20, n. 2, p. 558, 2014. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19736234017>. Acesso em: 20 mai. 2023.

²⁹⁵ PENSKY, Max. **The end of solidarity**: discourse theory in ethics and politics. Albany: State University of New York Press, 2008. p. 6.

de sentimentos de empatia, de companheirismo.²⁹⁶ A partir de tal conteúdo, Richard Rorty relaciona a intensidade do sentimento de solidariedade à maior ou menor amplitude da identificação entre as pessoas; ou seja, o sentimento social de solidariedade seria mais forte quando se tratar de um compatriota do que de um ser-humano qualquer.²⁹⁷

Justamente a partir desse conceito fundado no princípio da semelhança é que se pode afirmar, inclusive, que a solidariedade produz não só inclusão, como também exclusão – o que ocorre, por exemplo, com os grupos radicais religiosos ou políticos,²⁹⁸ que, sob um discurso integrativo fundado em uma ideia de solidariedade para com seus semelhantes, consequentemente promovem a exclusão daqueles que não pertencem ao grupo. Esse elemento foi intensamente presente no nacional-socialismo alemão,²⁹⁹ movimento sustentado pelo fortalecimento do sentimento coletivo de identificação, especificamente a partir de um critério racial.³⁰⁰

Apesar do possível reflexo desintegrativo, Richard Rorty compreende a solidariedade enquanto necessariamente dependente dessas semelhanças e diferenças, o que não impede a defesa da ampliação do elemento identitário – ou seja, o alargamento do sentido de “nós”³⁰¹ –, possível caminho para o progresso moral da humanidade. O autor defende a necessidade de que seja constantemente ampliado o senso de solidariedade enquanto sentimento de integração coletiva.³⁰²⁻³⁰³ Disso é extraído um elemento conceitual da solidariedade no âmbito

²⁹⁶ PENSKEY, Max. **The end of solidarity**: discourse theory in ethics and politics. Albany: State University of New York Press, 2008. p. 9.

²⁹⁷ Nas suas palavras: “Do we say that these people must be helped because they are our fellow human beings? We may, but it is much more persuasive, morally as well as politically, to describe them as our fellow *Americans* - to insist that it is outrageous that an *American* should live without hope. The point of these examples is that our sense of solidarity is strongest when those with whom solidarity is expressed are thought of as ‘one of us,’ where ‘us’ means something smaller and more local than the human race. That is why ‘because she is a human being’ is a weak, unconvincing explanation of a generous action.” RORTY, Richard. **Contingency, irony, and solidarity**. Cambridge: Cambridge University Press, 1989. p. 191.

²⁹⁸ ARRUDA, Gerardo Clésio. Princípios da Doutrina do Solidarismo e a Conceção do Estado-providência. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 131, 2018. Disponível em: <https://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/242>. Acesso em: 16 jul. 2023.

²⁹⁹ Sobre esse assunto, vide tópico 2.3.

³⁰⁰ DUMONT, Louis. **O individualismo**: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna. Trad. de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1985. p. 158.

³⁰¹ Nas palavras do autor, a representar esse caminho de ampliação da solidariedade: “[...] the inclusion among ‘us’ of the family in the next cave, then of the tribe across the river, then of the tribal confederation beyond the mountains, then of the unbelievers beyond the seas (and, perhaps last of all, of the menials who, all this time, have been doing our dirty work). This is a process which we should try to keep going. We should stay on the lookout for marginalized people – people whom we still instinctively think of as ‘they’ rather than ‘us.’” RORTY, Richard. **Contingency, irony, and solidarity**. Cambridge: Cambridge University Press, 1989. p. 196.

³⁰² RORTY, Richard. **Contingency, irony, and solidarity**. Cambridge: Cambridge University Press, 1989. p. 192 e 196.

da teoria política contemporânea, a identificar a solidariedade como “[...] sinônimo de comunidade, como o valor político contra o qual a liberdade dos indivíduos deve ser equilibrada e sem o qual a liberdade se torna vazia.”³⁰⁴

A presença marcante do sentimento de união, de coletividade, a indicar um ideal de colaboração/ajuda mútua entre os integrantes do grupo, aparece também no conceito de solidariedade de José Luis de Juan y Peñalosa, ao elencar três dos elementos que considera fundamentais: “[...] a necessidade de um projeto compartilhado,³⁰⁵ que a solidariedade não seja uma noção inerte, senão que tenha virtualidade na vida social, e que tenha o respaldo jurídico de toda norma.”³⁰⁶

É perceptível que a solidariedade política e moral moderna é representada de forma significativa pela ideia de laços mútuos.³⁰⁷ Independentemente de qual seja a concepção específica de solidariedade adotada (se mais ou menos comunitária ou individualista), o que pode ser constatado é que sempre haverá um núcleo fundado na comunidade, no sentimento de grupo, na ideia de pertencimento e de colaboração.³⁰⁸

³⁰³ Para esse autor, a ampliação da solidariedade não ocorreria com a descoberta de um “eu central”, de uma essência presente em todos os seres humanos (ou seja, de uma característica comum a todas as pessoas, que pudesse ser considerada o elemento de identidade universal), mas na percepção de que as diferenças existentes (nacionalidade, costumes, raça etc.) não são importantes quando se está a tratar de dor e de humilhação. RORTY, Richard. **Contingency, irony, and solidarity**. Cambridge: Cambridge University Press, 1989. p. 192.

³⁰⁴ PENSKY, Max. **The end of solidarity**: discourse theory in ethics and politics. Albany: State University of New York Press, 2008. p. 1, tradução nossa. No original: “In contemporary political theory solidarity can be invoked as a synonym for community, as the political value against which the freedom of individuals must be balanced and without which freedom becomes hollow.”

³⁰⁵ Especificamente em relação a esse critério, no mesmo autor: “La solidaridad como principio y norma, comporta la existencia de un proyecto común y compartido, una actitud dinámica y su configuración como un derecho y una obligación exigibles.” DE JUAN Y PEÑALOSA, José Luis. El principio de solidaridad interregional: el principio de solidaridad y la regionalización de los impuestos. **Documentación Administrativa**, Espanha, n. 181, p. 202, 1979. Disponível em: <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/4339>. Acesso em: 4 jun. 2023.

³⁰⁶ DE JUAN Y PEÑALOSA, José Luis. El principio de solidaridad interregional: el principio de solidaridad y la regionalización de los impuestos. **Documentación Administrativa**, Espanha, n. 181, p. 192, 1979. Disponível em: <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/4339>. Acesso em: 4 jun. 2023, tradução nossa. No original: “[...] la necesidad de un proyecto compartido, que la solidaridad no sea una noción inerte sino que tenga virtualidad en la vida social y que tenga el respaldo jurídico de toda norma.”

³⁰⁷ PENSKY, Max. **The end of solidarity**: discourse theory in ethics and politics. Albany: State University of New York Press, 2008. p. 2.

³⁰⁸ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Autonomía, solidaridad y deber de socorro: un apunte histórico. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, n. 53, p. 410, 2000. Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2000-10036100412. Acesso em: 20 jun. 2023.

Pensada desse modo (enquanto elemento caracterizado pela ideia de convivência, e como verdadeira condição de existência da vida em sociedade como a conhecemos³⁰⁹), a solidariedade acaba por ser considerada constitutiva do homem enquanto animal político. Afinal, nem as necessidades básicas do indivíduo (como alimento, moradia e vestimenta), nem as da coletividade (como a continuidade da espécie) podem ser satisfeitas senão dentro da sociedade.³¹⁰ Esse entendimento está presente no pensamento comunitarista, segundo o qual o indivíduo não existe fora do contexto social, assim como não é possível descrever o indivíduo simplesmente como um agente absolutamente livre. Nas palavras de Amitai Etzioni: “Somos animais sociais e nos pertencemos reciprocamente.”³¹¹ Para o pensamento comunitarista, portanto, a comunidade é uma verdadeira condição ontológica do ser humano, que apenas se realiza em sociedade, no âmbito da relação com os demais; a concepção de um indivíduo isolado seria nada mais do que mera ficção.³¹²

É preciso ressaltar, como realizado anteriormente,³¹³ que o pensamento comunitarista não ignora a individualidade, mesmo quando exalta a importância da coletividade. A individualidade e a socialidade do ser humano são duas características indissociáveis, simultaneamente presentes. Essa inafastável condição humana é descrita por José Ortega y Gasset, que, ao mesmo tempo em que assume a natureza única de cada *eu* que vive,³¹⁴ concebe a vida enquanto um *ser fora de si*, condicionada ao relacionamento com tudo e todos que circundam o ser humano.³¹⁵⁻³¹⁶

³⁰⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La solidaridad como principio constitucional. **Teoría y realidad constitucional**, Madrid, n. 30, p. 140, 2012. Disponível em: <https://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/7004>. Acesso em: 20 mai. 2023.

³¹⁰ ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. São Paulo: Manole, 2005. p. 35.

³¹¹ ETZIONI, Amitai. **La Nueva Regla de Oro**: comunidad y moralidad en una sociedad democrática. Trad. de Marco Aurelio Galmarini Rodríguez. Barcelona: Paidós, 1999. p. 25, tradução nossa. No original: “Somos animales sociales y nos pertenecemos recíprocamente.”

³¹² SCHMIDT, João Pedro. Comunidade e comunitarismo: considerações sobre a inovação da ordem sociopolítica. **Ciências Sociais Unisinos**, São Leopoldo, v. 47, n. 3, p. 308, 2011. Disponível em: http://revistas.unisinos.br/index.php/ciencias_sociais/article/view/csu.2011.47.3.13. Acesso em: 29 jun. 2023.

³¹³ Sobre esse assunto, vide tópico 2.5.

³¹⁴ Nas suas palavras: “[...] el hombre, que es siempre *yo* —el yo que es cada cual—, es lo único que no existe, sino que *vive* o es viviendo. Son precisamente todas las demás cosas que no son el hombre, yo, las que *existen*, porque aparecen, surgen, saltan, me resisten, se afirman dentro del ámbito que es mi vida.” ORTEGA Y GASSET, José. El hombre y la gente. In: _____. **Obras Completas**. 2. ed. Madrid: Revista de Occidente, 1964. t. 7. p. 101.

³¹⁵ Nas suas palavras: “No, la vida no es existir solo mi mente, mis ideas: es todo lo contrario. Desde Descartes el hombre occidental se había quedado sin mundo. Pero *vivir* significa tener que ser fuera de mí, en el absoluto fuera que es la circunstancia o mundo: es tener, quiera o no, que enfrentarme y chocar constante, incesantemente con cuanto integra ese mundo: minerales, plantas, animales, los otros hombres. No hay

Há, desse modo, uma perceptível intersecção entre a comunidade e a solidariedade. Acima de tudo, a solidariedade se refere a um status de intersubjetividade, em que as pessoas se encontram unidas em uma relação de interdependência.³¹⁷ Outra característica dessa solidariedade é a norma de pertencimento, representativa do comprometimento do indivíduo para com o seu entorno, para com o coletivo, assumindo parte dos benefícios e dos custos da relação em grupo.³¹⁸ Nesse sentido, “Pertencer é compartilhar problemas”.³¹⁹

Se o ser humano é ontologicamente um animal político, se as suas necessidades básicas e as necessidades do grupo apenas são satisfeitas em sociedade, e sendo a solidariedade um elemento necessário para o desenvolvimento e a manutenção de uma vida em grupo ordenada, é possível concluir que a vida em sociedade ocorre demarcada pela interdependência entre os indivíduos³²⁰ (já em Marco Túlio Cícero é encontrada tanto a afirmação da condição social do ser humano, quanto a necessidade de doação de si próprio em prol da coletividade, em um ideal de auxílio aos demais³²¹). Na referência de Alasdair MacIntyre, os seres humanos são vulneráveis a uma diversidade de aflições, a maioria deles padecendo de enfermidades graves em algum momento da vida, com uma natural e acentuada dificuldade de autossobrevivência na infância e na velhice. Por isso, conclui que “O mais

remedio.” ORTEGA Y GASSET, José. El hombre y la gente. In: _____. **Obras Completas**. 2. ed. Madrid: Revista de Occidente, 1964. t. 7. p. 106.

³¹⁶ A esse respeito, é igualmente relevante a referência às palavras de Papa Francisco, ao ressaltar a importância da convivência: “O ser humano está feito de tal maneira que não se realiza, não se desenvolve, nem pode encontrar a sua plenitude ‘a não ser no sincero dom de si mesmo’ aos outros. E não chega a reconhecer completamente a sua própria verdade, senão no encontro com os outros: ‘Só comunico realmente comigo mesmo, na medida em que me comunico com o outro’. Isso explica por que ninguém pode experimentar o valor de viver, sem rostos concretos a quem amar.” FRANCISCO, Papa. Carta Encíclica “Fratelli Tutti”. **La Santa Sede**, Assis, 2020. Disponível em: http://www.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20201003_enciclica-fratelli-tutti.html. Acesso em: 1 jul. 2023.

³¹⁷ PENSKEY, Max. **The end of solidarity**: discourse theory in ethics and politics. Albany: State University of New York Press, 2008. p. 9.

³¹⁸ PENSKEY, Max. **The end of solidarity**: discourse theory in ethics and politics. Albany: State University of New York Press, 2008. p. 10.

³¹⁹ PENSKEY, Max. **The end of solidarity**: discourse theory in ethics and politics. Albany: State University of New York Press, 2008. p. 10, tradução nossa. No original: “To belong is to share troubles;”

³²⁰ Nas palavras de Gregorio Robles: “Nós, homens, somos, queiramos ou não, interdependentes, dependentes dos demais; um grupo social não é mais que uma rede de interdependências.” ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. São Paulo: Manole, 2005. p. 35.

³²¹ “Mas porque, como escreveu admiravelmente Platão, não nascemos apenas para nós, e a pátria reivindica parte de nosso nascimento e os amigos outra; e, como querem os estoicos, todas as coisas geradas na terra o foram para uso dos homens, a fim de que entre si se ajudassem, nisso devemos tomar a natureza por guia: dividimos ao meio as utilidades comuns pela troca de favores, dando e recebendo; e, ora pelas artes, ora pelo trabalho, ora pela competência, unamos a sociedade dos homens entre os homens.” CÍCERO, Marco Túlio. **Dos deveres**. Trad. de Angélica Chiapeta. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 14.

frequente é que todo indivíduo dependa dos demais para sua sobrevivência [...].”³²² Desse modo, a vulnerabilidade do ser humano e a sua irremediável dependência dos demais, são características fundamentais da condição humana.³²³

Também sob esse aspecto da dependência recíproca a sociedade se mostra demarcada pela necessidade de cooperação, enquanto comunidade de bens e de males, de sofrimentos compartilhados.³²⁴ A própria concepção organicista de sociedade, presente em Thomas Hobbes,³²⁵ que equipara a sociedade a um grande corpo humano (formado por órgãos individuais, mas ao fim constitutivo de uma grande unidade³²⁶), pode ser utilizada como uma representação da relação de interdependência entre as partes singulares do corpo social.

A interdependência, a necessidade de compromisso coletivo, é justamente o que torna indispensável a solidariedade.³²⁷ Quando se fala em solidariedade, é tomado como pressuposto um ambiente demarcado pela existência de um projeto comum, um plano compartilhado por aqueles que serão vinculados pelo laço de solidariedade. A solidariedade, dessa forma, implica uma atitude direcionada à constituição de um projeto comunitário,³²⁸ à “[...] criação de um mundo em comum.”³²⁹ Aqui, a solidariedade pode ser conceituada a partir

³²² MACINTYRE, Alasdair. **Animales racionales y dependientes**: Por qué los seres humanos necesitamos las virtudes. Trad. de Beatriz Martínez de Mugia. Barcelona: 2001. p. 15, tradução nossa. No original: “Lo más frecuente es que todo individuo dependa de los demás para su supervivencia [...]”

³²³ MACINTYRE, Alasdair. **Animales racionales y dependientes**: Por qué los seres humanos necesitamos las virtudes. Trad. de Beatriz Martínez de Mugia. Barcelona: 2001. p. 18.

³²⁴ Nas palavras de Ferdinand Tönnies: “Estas relaciones sociales tienen, pues, su origen normal en el sentimiento y conciencia de esa dependencia mutua que determinan las condiciones de vida comunes, el espacio común y el parentesco; comunidad de bienes y males, de esperanzas y temores. *Comunidad de sangre (Zusammenwesen)* es la expresión que designa el ser común. *Vencidad (Zusammenwohnen)*, manifiesta la esencia de los fenómenos derivados de la proximidad espacial; y *cooperación (Zusammenwirken)* concentra los caracteres de una vida apoyada en condiciones comunes.” TÖNNIES, Ferdinand. **Principios de Sociología**. Trad. de Vicente Lloréns. México: Fondo de Cultura Económica, 1987. p. 38.

³²⁵ HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. Trad. de Renato Janine Ribeiro. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 97

³²⁶ Em Ferdinand Tönnies: “Los conceptos de las entidades sociales están representados en su forma más plena por los cuerpos sociales (*Körperschaften*), es decir, por agrupaciones (*Verbände*) que ante sus propios miembros aparecen como una unidad de voluntad y acción, o sea, como una persona equiparada a la individual.” TÖNNIES, Ferdinand. **Principios de Sociología**. Trad. de Vicente Lloréns. México: Fondo de Cultura Económica, 1987. p. 35.

³²⁷ BOURGEOIS, Leon. **Solidarité**. Paris: Armand Colin, 1896. p. 51.

³²⁸ DE JUAN Y PEÑALOSA, José Luis. El principio de solidaridad interregional: el principio de solidaridad y la regionalización de los impuestos. **Documentación Administrativa**, Espanha, n. 181, p. 192, 1979. Disponível em: <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/4339>. Acesso em: 4 jun. 2023.

³²⁹ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Autonomía, solidaridad y deber de socorro: un apunte histórico. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, n. 53, p. 367, 2000. Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2000-10036100412. Acesso em: 20 jun. 2023, tradução nossa. No original: “El término ‘solidaridad’ remite a [...] la creación de un mundo en común.”

de um outro aspecto (não independente, mas complementar ao conteúdo até o momento mencionado), qual seja a postura de assumir como próprio o projeto de terceiros, no sentido de identificação e de compartilhamento de interesses, de inquietações,³³⁰ associação entre indivíduos que é condição para o progresso social.³³¹

Por meio da solidariedade, esse progresso social é dotado de uma feição fortemente identificada com a promoção da igualdade, da equiparação, do equilíbrio, objetivos sociais a serem alcançados pela e por meio da solidariedade.³³² Trata-se de “[...] alcançar uma equiparação entre grupos e regiões, evitando desníveis econômicos —renda, serviços públicos básicos— entre aqueles.”³³³

Há, inclusive, uma incidência circular da solidariedade na dinâmica da vida em sociedade. Ou seja, a solidariedade é um instrumento de promoção igualitária das finalidades básicas da associação entre as pessoas (como a preservação da vida, a garantia de segurança e a facilitação na obtenção de alimentos); e, ao mesmo tempo, a fruição dos benefícios da vida em sociedade faz do indivíduo devedor do grupo, demandando dele uma atitude solidária para com os demais como forma de retribuição.

Esse último aspecto (indivíduo que deve retribuir ao grupo os benefícios que usufrui³³⁴) merece especial destaque, não só por sua importância ao estudo da solidariedade, mas também por sua centralidade no estudo da legitimidade da imposição de deveres aos indivíduos.

Essa espécie de “dívida de gratidão” ou “estado de débito” do indivíduo para com a coletividade é abordada de forma consistente e didática na obra de Leon Bourgeois, político

³³⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La solidaridad como principio constitucional. **Teoría y realidad constitucional**, Madrid, n. 30, p. 139, 2012. Disponível em: <https://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/7004>. Acesso em: 20 mai. 2023.

³³¹ BOURGEOIS, Leon. **Solidarité**. Paris: Armand Colin, 1896. p. 59.

³³² DE JUAN Y PEÑALOSA, José Luis. El principio de solidaridad interregional: el principio de solidaridad y la regionalización de los impuestos. **Documentación Administrativa**, Espanha, n. 181, p. 196, 1979. Disponível em: <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/4339>. Acesso em: 4 jun. 2023.

³³³ DE JUAN Y PEÑALOSA, José Luis. El principio de solidaridad interregional: el principio de solidaridad y la regionalización de los impuestos. **Documentación Administrativa**, Espanha, n. 181, p. 196, 1979. Disponível em: <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/4339>. Acesso em: 4 jun. 2023, tradução nossa. No original: “[...] lograr una equiparación entre grupos y regiones, evitando desniveles económicos —renta, servicios públicos básicos— entre aquellos.”

³³⁴ Nas palavras de John Stuart Mill: “Embora a sociedade não esteja estabelecida na base dum contrato, e mesmo se alguém quisesse inventá-lo, em um ato despropositado, com a finalidade de deduzir dele obrigações sociais, nada mudaria o fato de que todos aqueles que recebem proteção da sociedade devem algo por esse benefício, e de que a vida em sociedade obriga as pessoas a respeitar certo tipo de conduta para com o próximo.” MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Trad. de Maria Aparecida Sargiolato. Campinas, SP: Vide Editorial, 2018. p. 133.

francês ganhador do Nobel da Paz em 1920 e expoente do movimento solidarista desenvolvido na França da época.³³⁵ Para uma adequada compreensão dessa relação de dívida para com a coletividade, é preciso perceber que há uma profunda relação do ser humano situado em uma determinada época com as pessoas de épocas passadas. Nas palavras de Leon Bourgeois, em representação à importância das gerações passadas: “A humanidade, foi dito com exatidão, é composta por mais pessoas mortas do que vivas; [...]”³³⁶

Para o autor, o homem ocupa um lugar de dependência em relação a tudo o que o cerca (ambiente, animais, planetas), especialmente a seus semelhantes. Isto é, o homem de hoje é impactado pelas descobertas daqueles que o precederam, ameaçado por suas doenças, beneficiado pelos produtos de seus trabalhos, e do mesmo modo influencia as gerações futuras.³³⁷

Esse entendimento da dinâmica social é compartilhado por Alasdair MacIntyre, que trata da rede de relações de reciprocidade à qual o ser humano é condicionado: primeiro, o indivíduo se relaciona com as pessoas que podem lhe fornecer o que precisa; ao adquirir independência, torna-se capaz de dar aos demais aquilo que eles precisam, mas somente a partir do que esse indivíduo recebeu ao longo da vida.³³⁸ No seu exemplo:

Um ser humano recebe coisas de seus pais e outros adultos da família, de professores e de quem são seus ensinantes em geral, e de quem dele cuida quando está doente, lesionado, debilitado pela velhice ou incapacitado de qualquer outra forma; posteriormente, outros, os filhos, estudantes, aqueles que padecem de alguma incapacidade e aqueles que estão em uma situação de necessidade urgente, têm de contar com que esse indivíduo lhes dará, por sua vez, o que necessitam.³³⁹

³³⁵ OCHOA, Edison Paul Tabra. **Ética y solidaridad**: Perspectivas históricas y normativas. Geneva: Globethics, 2017. p. 77.

³³⁶ BOURGEOIS, Leon. **Solidarité**. Paris: Armand Colin, 1896. p. 49, tradução nossa. No original: “L’humanité, a-t-on dit justement, est composée de plus de morts que de vivants; [...]”

³³⁷ BOURGEOIS, Leon. **Solidarité**. Paris: Armand Colin, 1896. p. 46-48.

³³⁸ MACINTYRE, Alasdair. **Animales racionales y dependientes**: Por qué los seres humanos necesitamos las virtudes. Trad. de Beatriz Martínez de Mugía. Barcelona: 2001. p. 119.

³³⁹ MACINTYRE, Alasdair. **Animales racionales y dependientes**: Por qué los seres humanos necesitamos las virtudes. Trad. de Beatriz Martínez de Mugía. Barcelona: 2001. p. 119, tradução nossa. No original: “Un ser humano recibe muchas cosas de sus padres y otros adultos de la familia, de profesores y de quienes son sus maestros en general, y de quienes le cuidan cuando está enfermo, lesionado, debilitado por la vejez o incapacitado de cualquier otra forma; posteriormente, otros, los hijos, estudiantes, quienes padecen alguna discapacidad y quienes están en una situación de necesidad imperiosa y apremiante tienen que contar con que ese individuo les dará, a su vez, lo que necesitan.”

O ser humano, sendo necessariamente um animal político, condicionado à associação, pode igualmente ser considerado um ser constantemente devedor da sociedade. Em razão dessa realidade na qual o indivíduo é inserido – indivíduo que inevitavelmente usufrui não só de benefícios produzidos pela sociedade durante a sua existência, mas também de benefícios produzidos pelas gerações que lhe antecedem –, pode ser ele considerado um devedor desde o seu nascimento. Nesse sentido, “Ao ingressar na associação, ele fica com sua parcela de um patrimônio acumulado pelos antepassados de si e de todos; ao nascer, passa a usufruir de um imenso capital economizado por outras gerações anteriores.”³⁴⁰ Por essa razão Alasdair MacIntyre conclui que o homem está em dívida desde o princípio.³⁴¹

Essa dívida (que pode também ser interpretada como um dever) é o preço a ser pago por cada indivíduo como contrapartida pelos benefícios que usufrui da vida em sociedade. Dessa dinâmica da sucessão da vida em sociedade e da condição de dívida de cada indivíduo, pode ser extraído um fundamento dos deveres individuais para com a coletividade, por um lado, e a limitação da liberdade individual, por outro.³⁴²

A sociedade humana, portanto, é interpretada enquanto associação solidária de indivíduos, que devem reconhecer a dívida que possuem perante os demais, que é decorrência dos benefícios que a vida em sociedade lhes disponibiliza (troca de bens e serviços, segurança, aumento de lucros pessoais, descobertas científicas, entre tantos outros). Para além da medida desse encargo (ou seja, dos limites da dívida), o homem preserva a sua liberdade e os seus direitos individuais.³⁴³

Alex van Weezel compara essa lógica a um contrato de seguro fruto de um amplo consenso social, no qual cada indivíduo compromete uma pequena parcela de sua liberdade para usufruir de certa proteção, bem como de outros benefícios decorrentes da vida em grupo.

³⁴⁰ BOURGEOIS, Leon. **Solidarité**. Paris: Armand Colin, 1896. p. 116, tradução nossa. No original: “En entrant dans l'association, il y prend sa part d'un héritage accumulé par les ancêtres de lui-même et de tous ; en naissant, il commence à jouir d'un capital immense qu'ont épargné d'autres générations antérieures.”

³⁴¹ MACINTYRE, Alasdair. **Animales racionales y dependientes**: Por qué los seres humanos necesitamos las virtudes. Trad. de Beatriz Martínez de Mugía. Barcelona: 2001. p. 120.

³⁴² Nas palavras de Leon Bourgeois: “L'obligation de chacun envers tous ne résulte pas d'une décision arbitraire, extérieure aux choses ; elle est simplement la contrepartie des avantages que chacun retire de l'état de société, le prix des services que l'association rend à chacun. L'obéissance au devoir social n'est que l'acceptation d'une charge en échange d'un profit. C'est la reconnaissance d'une dette. C'est cette idée de la dette de l'homme envers les autres hommes qui, donnant en réalité et en morale le fondement du devoir social, donne en même temps à la liberté, au droit individuel, son véritable caractère, et par là même ses limites et ses garanties.” BOURGEOIS, Leon. **Solidarité**. Paris: Armand Colin, 1896. p. 101-102.

³⁴³ BOURGEOIS, Leon. **Solidarité**. Paris: Armand Colin, 1896. p. 102-103.

Para o autor, o pagamento de impostos é o exemplo da principal forma de cumprimento desse contrato.³⁴⁴ Outro exemplo de incidência implícita do princípio da solidariedade e de compromisso para com a coletividade é o direito a um meio ambiente equilibrado (e, conseqüentemente, o dever de preservação do meio ambiente), inclusive garantido às futuras gerações, e constituindo um dever de solidariedade intergeracional.³⁴⁵

O caso da preservação do meio ambiente enquanto compromisso sobretudo em relação às gerações futuras é um exemplo privilegiado que bem ilustra a teoria desenvolvida por Leon Bourgeois. Isso porque o autor afirma que a dívida que possui cada pessoa em razão da fruição dos benefícios legados principalmente pelas gerações passadas deve ser adimplida justamente às futuras gerações. Em suas palavras: “É, portanto, a todos os que virão depois de nós que recebemos de nossos antepassados o encargo de pagar a dívida; é um legado de todo o passado para todo o futuro.”³⁴⁶ Trata-se de uma espécie de *lei do aumento contínuo do bem comum*, que atribui a cada geração o compromisso de retribuir o legado das gerações passadas ampliando-o às gerações futuras.³⁴⁷

A assunção dessa lógica de dívida individual para com a coletividade desnuda o problema da adoção de um discurso meritocrático na sociedade. Pensar as conquistas do ser humano como fruto exclusivamente do esforço individual ofusca o sentimento de dívida, de gratidão à coletividade, fato que tende a reduzir o comprometimento para com o bem comum. Dessa forma, “A arrogância meritocrática reflete a tendência de vencedores a respirar fundo o sucesso, a esquecer a sorte e a sina que os ajudaram ao longo do caminho.”³⁴⁸

Mesmo em um sistema de meritocracia justa, no qual inexistam vantagens moralmente reprováveis, não há como negar o antes mencionado endividamento do indivíduo perante o corpo social.³⁴⁹ Isso porque as conquistas (e os fracassos) individuais sempre serão

³⁴⁴ VAN WEEZEL, Alex. Optimización de la autonomía y deberes penales de solidaridad. **Política Criminal**, Chile, v. 13, n. 26, p. 1090, 2018. Disponível em: <https://politicrim.com/wp-content/uploads/2019/04/Vol13N26A12.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2023.

³⁴⁵ FERNANDEZ SEGADO, Francisco. La solidaridad como principio constitucional. **Teoría y realidad constitucional**, Madrid, n. 30, p. 157, 2012. Disponível em: <https://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/7004>. Acesso em: 20 mai. 2023.

³⁴⁶ BOURGEOIS, Leon. **Solidarité**. Paris: Armand Colin, 1896. p. 124-125, tradução nossa. No original: “C'est donc envers tous ceux qui viendront après nous, que nous avons reçu des ancêtres charge d'acquitter la dette ; c'est un legs de tout le passé à tout l'avenir.”

³⁴⁷ BOURGEOIS, Leon. **Solidarité**. Paris: Armand Colin, 1896. p. 125.

³⁴⁸ SANDEL, Michael J. **A tirania do mérito: o que aconteceu com o bem comum?** Trad. de Bhuvli Libanio. 4. ed. Rio de Janeiro, 2021. p. 38.

³⁴⁹ Nas palavras de Michael Sandel, nesse exato sentido: “As pessoas que, por meio de um pouco de esforço e talento, prevalecem em uma meritocracia ficam endividadas de uma forma que a competição ofusca. À medida

influenciados, em maior ou menor medida, pela contingência, pelo acaso, pela sorte – por exemplo, o nível de desenvolvimento social do local em que nasceu o indivíduo, as oportunidades que se lhe apresentaram no decorrer de sua vida, até mesmo a sua genética. Essa inafastável presença da sorte é o que leva John Rawls a se referir a *acidentes da doação natural* e às *contingências das circunstâncias sociais*.³⁵⁰

A partir de John Rawls, conclui-se que os indivíduos são, inevitavelmente e em maior ou menor medida, beneficiados ou prejudicados pelas contingências das circunstâncias sociais. Isto é, as capacidades de um indivíduo são moralmente arbitrárias.³⁵¹ Em relação a esse aspecto, caminha no mesmo sentido a crítica comunitarista de Michael Walzer à ideia liberal de associação voluntária, que afirma que as pessoas nascem e se desenvolvem inseridas em determinados grupos e com determinada identidade (católico, judeu, homem, mulher, democrata,), e muito do que ocorre na vida das pessoas é decorrência dessas circunstâncias que são, de certo modo, a elas atribuídas, e não voluntariamente escolhidas.³⁵² Por essas razões John Rawls defende que o estado de natureza seria o momento ideal para a escolha dos princípios da justiça, porque em tal teorizada situação inexistiria qualquer forma de favorecimento, mas uma situação de ampla equidade.³⁵³

O pensamento meritocrático ainda produz um impacto direto na solidariedade. Considerar que o sucesso individual é decorrência de nada mais do que do esforço e da competência próprios, e, por consequência, que o fracasso alheio é resultado exclusivamente de falta de dedicação suficiente, tende a enfraquecer o sentimento de empatia, dificultando a implementação da solidariedade enquanto projeto social.³⁵⁴ Nas palavras de Michael Sandel: “Uma sensação viva do contingente de nosso destino pode inspirar certa humildade. [...] Essa

que a meritocracia se intensifica, o esforço nos absorve tanto que o fato de estarmos endividados sai de vista. Dessa maneira, até mesmo uma meritocracia justa, uma em que não haja trapaça, ou suborno, ou privilégios especiais para os ricos, induz a uma impressão equivocada: de que chegamos lá por conta própria. [...] quanto mais pensarmos em nós como pessoas que vencem pelo próprio esforço e são autossuficientes, mais difícil será aprender a ter gratidão e humildade. E sem esses sentimentos é difícil se importar com o bem comum.” SANDEL, Michael J. **A tirania do mérito: o que aconteceu com o bem comum?** Trad. de Bhuvli Libanio. 4. ed. Rio de Janeiro, 2021. p. 23.

³⁵⁰ RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 14.

³⁵¹ PAWLIK, Michael. Solidaridad como categoría de legitimación jurídicopenal: el ejemplo del estado de necesidad agresivo justificante. **Revista de Estudios de la Justicia**, Chile, n. 26, p. 238, 2017. Disponível em: <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/46485/48508>. Acesso em: 19 set. 2023.

³⁵² WALZER, Michael. The Communitarian Critique of Liberalism. **Political Theory**, Los Angeles, v. 18, n. 1, p. 15, 1990. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/191477>. Acesso em: 25 jan. 2024.

³⁵³ RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 11.

³⁵⁴ SANDEL, Michael J. **A tirania do mérito: o que aconteceu com o bem comum?** Trad. de Bhuvli Libanio. 4. ed. Rio de Janeiro, 2021. p. 89 e 325.

humildade é o começo do caminho de volta da dura ética do sucesso que nos divide. Aponta para além da tirania do mérito na direção de uma vida pública menos rancorosa e mais generosa.”³⁵⁵ Portanto, é correto extrair dessa contingência da vida – justamente em oposição à lógica da pura meritocracia – (mais) uma justificação para a necessidade de solidariedade no âmbito social.³⁵⁶

Toda essa concepção relacionada com a solidariedade e com a necessidade de auxílio a quem necessite é incorporada pelo Estado Social, que é de tal maneira caracterizado pela adoção de deveres de solidariedade que Mercedes Alonso Álamo o classifica como um *constitucionalismo estruturalmente solidário*.³⁵⁷

Nesse modelo de Estado, o constitucionalismo, caracterizado como comunitário, interpreta a constituição como uma estrutura normativa relacionada a um conjunto de valores compartilhados socialmente e necessários para a existência da comunidade.³⁵⁸ Entre esses valores, a solidariedade aparece como uma face da dignidade humana, ao lado da personalidade, enquanto confiança de que os demais indivíduos ou a sociedade não tolerarão agressões contra alguém, na medida em que tal agressão atinge também expectativas gerais (da coletividade) sobre aquilo que é admissível em sociedade.³⁵⁹

A passagem do Estado Liberal para o Estado Social, portanto, faz florescer os deveres de solidariedade (política, econômica e social), que vinculam tanto os indivíduos, quanto o

³⁵⁵ SANDEL, Michael J. **A tirania do mérito**: o que aconteceu com o bem comum? Trad. de Bhuvli Libanio. 4. ed. Rio de Janeiro, 2021. p. 325-326.

³⁵⁶ Na referência de Ricardo Robles Planas: “Cuando el ‘individuo’ se convierte en ‘ciudadano’ ingresa en una condición normativa basada en las reglas de la autonomía y la autorresponsabilidad, pero no olvida el carácter contingente de su existencia y, especialmente, la siempre presente accidentalidad o carácter fortuito de lo que pueda suceder con su interés vital más elemental, de modo que carece de sentido que renuncie a protegerse de los acontecimientos puramente casuales, no reconducibles a la esfera de responsabilidad de otro. Es en este sentido en el que puede afirmarse que tiene derecho a que el Estado le proteja también frente a la adversidad y que si no puede hacerlo obligue a quien esté en mejor situación para hacerlo, pues en realidad ese otro también habría cedido – y disfrutado – de su libertad bajo esa misma condición.” ROBLES PLANAS, Ricardo. Deberes de solidaridad. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 1, p. 3, 2012. Disponível em: https://indret.com/wp-content/uploads/2020/01/editorial.3_1-RR.pdf. Acesso em: 30 set. 2023.

³⁵⁷ ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Delito y solidaridad (estado de necesidad, omisión del deber de socorro y bienes jurídicos colectivos de solidaridad). **Revista Penal**, México, n. 16-17, p. 35, 2019-2020. Disponível em: <https://revistaciencias.inacipe.gob.mx/index.php/01/article/view/334/265>. Acesso em: 19 set. 2023.

³⁵⁸ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. Elementos de filosofia constitucional contemporânea. 5. ed. Andradina: Meraki, 2020. p. 33-34.

³⁵⁹ MAIHOFFER, Werner. **Estado de Derecho y dignidad humana**. Trad. de José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2008. p. 16.

poder público.³⁶⁰ A solidariedade, nesse contexto, é considerada (não só, mas também) um princípio constitucional que pode ter um papel normativo, assim como um papel inspirador (de guia à interpretação da normatividade).³⁶¹

3.2 Os deveres fundamentais no Estado Social

Ao longo da história do pensamento político, diversas significações foram atribuídas ao signo “Estado de Direito”,³⁶² variação que ocorre tanto em um plano temporal, quanto espacial.³⁶³ Originariamente, a ideia de Estado de Direito aparece relacionada com um ideal de priorização do interesse comum dos indivíduos, por meio da tutela das liberdades individuais, tudo sob o império da legislação, e não de um indivíduo soberano.³⁶⁴⁻³⁶⁵ Ou seja, o lugar da caprichosa vontade do soberano é ocupado pela primazia da lei.³⁶⁶ O Estado de Direito é, em um primeiro momento, identificado com o Estado Liberal,³⁶⁷ privilegiando, por exemplo, a garantia da autorrealização individual, as liberdades e a proteção da

³⁶⁰ GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel. La constitucionalización de deberes. **Revista de Derecho Uned**, Espanha, n. 9, p. 122-123, 2011. Disponível em: <https://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/11071/10599>. Acesso em: 1 jul. 2023.

³⁶¹ WELLENS, Karel. Revisiting Solidarity as a (Re-)Emerging Constitutional Principle: Some Further Reflections. In: WOLFRUM, Rüdiger; KOJIMA, Chie (org.). **Solidarity: A Structural Principle of International Law**. Heidelberg: Springer, 2010. p. 30.

³⁶² GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. Madrid: Alianza Editorial, 1993. p. 157; ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs). **O Estado de Direito**. História, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 8; FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 789.

³⁶³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 93.

³⁶⁴ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Tradução de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2000. p. 19-20; CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 436.

³⁶⁵ É essa uma possível resposta ao questionamento histórico a respeito da relação entre o exercício do poder e a limitação por meio do Direito, nas palavras de Norberto Bobbio: “É melhor o governo das leis ou o governo dos homens?” BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**. Para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 95-96.

³⁶⁶ BIANCHI, Alberto B. **Dinámica del Estado de Derecho**. La seguridad jurídica ante las emergencias. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1996. p. 81.

³⁶⁷ ÁLVAREZ CONDE, Enrique. **Curso de Derecho Constitucional**. 3. ed. Espanha: Editorial Tecnos, 1999. v. 1, p. 93.

propriedade,³⁶⁸ e instituindo uma série de obrigações negativas direcionadas ao Estado, a fim de limitar o exercício do poder.³⁶⁹

Entre os elementos essenciais ao Estado de Direito, Ernesto Benda refere a supremacia da Constituição,³⁷⁰ a segurança jurídica, a vinculação dos poderes públicos ao Direito, a divisão dos poderes, a tutela dos direitos fundamentais, e a proteção da confiança jurídica.³⁷¹ Entre esses elementos, a dignidade humana é objeto de certo destaque. Diferentemente do Estado de tipo autoritário, no qual o poder do Estado a tudo se sobrepõe, no Estado de Direito, o indivíduo, em sua dignidade e direitos, ocupa a posição de superioridade. O Estado existe em razão do indivíduo, e deve obrigatório respeito e proteção à sua dignidade.³⁷²

Werner Maihofer refere a proibição da tortura como exemplo daquilo que deve constituir um conteúdo inviolável em uma sociedade que respeite a dignidade humana, não apenas em razão da violência física em si que ela institui, mas por tal violência representar uma *autodestruição* e uma *perda do mundo*. A tortura institui uma relação de vassalagem entre torturador e torturado, degrada a concepção do *eu* enquanto sujeito e, em seu lugar, faz germinar uma objetificação do indivíduo (transformado em mero objeto do outro), indivíduo que sente o abandono dos demais, e que perde a confiança na solidariedade que é fundamental na vida em sociedade.³⁷³ Nesse aspecto, a dignidade se relaciona com a certeza da existência do *eu* (em sua personalidade³⁷⁴) e da solidariedade (expectativa de socorro ou amparo pelo grupo social).³⁷⁵

³⁶⁸ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Tradução de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2000. p. 22.

³⁶⁹ CADEMARTORI, Sergio. **Estado de Direito e Legitimidade**. Uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas, SP: Millennium Editora, 2006. p. 209-210.

³⁷⁰ Na mesma linha defendida por Paolo Biscaretti di Ruffia, para quem o Estado de Direito é caracterizado pela limitação eficaz da atividade governamental por meio de constituições escritas, normalmente classificadas como rígidas, em razão da criação de procedimentos mais complexos para sua alteração. RUFFIA, Paolo Biscaretti di. **Introducción al derecho constitucional comparado**. Las “formas de Estado” y las “formas de gobierno”. Las Constituciones modernas. Tradução de Héctor Fix-Zamudio. México: Fondo de Cultura Económica, 1996. p. 114-115.

³⁷¹ BENDA, Ernesto. El Estado social de Derecho. In: _____; et al. (org.). **Manual de Derecho Constitucional**. Tradução de Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 493-509.

³⁷² MAIHOFFER, Werner. **Estado de Derecho y dignidad humana**. Trad. de José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2008. p. 4.

³⁷³ MAIHOFFER, Werner. **Estado de Derecho y dignidad humana**. Trad. de José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2008. p. 9-10.

³⁷⁴ Entendida como a fundamental indisponibilidade do ser para os demais, e a sua fundamental disponibilidade para si próprio. (MAIHOFFER, Werner. **Estado de Derecho y dignidad humana**. Trad. de José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2008. p. 13).

³⁷⁵ MAIHOFFER, Werner. **Estado de Derecho y dignidad humana**. Trad. de José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2008. p. 11.

Com o surgimento de novas demandas coletivas,³⁷⁶ e com o entendimento de que o Estado Liberal burguês até então adotado era incapaz de solucionar o problema das desigualdades sociais,³⁷⁷ é difundido o modelo de Estado Social, caracterizado por uma aproximação entre o Estado e a sociedade, até então considerados sistemas autônomos. Sob a forma de Estado de Direito Social, o Estado não abandona a tutela das liberdades individuais que já eram objeto de proteção pelo Estado Liberal, mas incorpora aos seus objetivos uma série de obrigações positivas para promoção de direitos sociais.³⁷⁸

À perspectiva formal do Estado de Direito, consubstanciada na limitação do exercício do poder pelo Direito (que estabelece e impõe respeito a um procedimento para o exercício do poder), é incorporado um conteúdo material, identificado com valores fundamentais da vida em sociedade,³⁷⁹ como a instituição da obrigação estatal de garantia de direitos sociais fundamentais.³⁸⁰ Com tal percepção, o Direito passa a ser considerado um verdadeiro instrumento de transformação social.³⁸¹

Portanto, o signo *Estado Social* significa que, além de proteger as liberdades individuais, o Estado é igualmente responsável pela entrega de prestações positivas aos cidadãos.³⁸² Por exemplo, nas palavras de Ricardo Lobo Torres, voltado a um aspecto financeiro, “É a simbiose entre o Estado tutor das liberdades individuais e o Estado redistribuidor de rendas.”³⁸³

Como anteriormente desenvolvido, a posição social ocupada pelos deveres na história recente pode ser em grande medida explicada pela ocorrência dos regimes totalitários do séc. XX, responsáveis por amplas violações a direitos individuais e causa de um movimento designado de *hipertrofia dos direitos*, movimento demarcado por uma intensa preocupação

³⁷⁶ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Estado de Direito. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de filosofia do Direito**. São Leopoldo, RS: Editora UNISINOS, 2006. p. 291.

³⁷⁷ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Tradução de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2000. p. 35-40.

³⁷⁸ CADEMARTORI, Sergio. **Estado de Direito e Legitimidade**. Uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas, SP: Millennium Editora, 2006. p. 210.

³⁷⁹ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Tradução de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2000. p. 40.

³⁸⁰ BENDA, Ernesto. El Estado social de Derecho. In: _____; et al. (org.). **Manual de Derecho Constitucional**. Tradução de Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 490-491.

³⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 43.

³⁸² TORRES, Ricardo Lobo. **Sistemas constitucionais tributários**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1986. p. 74.

³⁸³ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Constituição Financeira, Sistema Tributário e Estado Fiscal. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. v. 1, p. 532-533.

em não permitir que tais regimes sejam novamente vivenciados.³⁸⁴ Apesar disso, e a partir do referencial teórico comunitarista mencionado na parte final do capítulo primeiro,³⁸⁵ é preciso compreender que defender o reconhecimento de uma maior importância aos deveres no Estado Social de Direito não significa uma defesa do retorno de regimes violadores dos direitos individuais.³⁸⁶ No Estado Social de Direito, a pauta dos deveres não significa concordar com uma pura sujeição do indivíduo a uma autoridade superior, seja a vontade divina, seja a vontade do soberano, seja a vontade do Estado;³⁸⁷ a defesa dos deveres é acompanhada da pressuposição da existência de limites a tais deveres (algo que é intrínseco ao Estado Social de Direito), limites esses que podem ser encontrados sobretudo na instituição dos direitos.³⁸⁸

A concepção de deveres extraída dos regimes totalitários (enquanto compromissos para com a coletividade ou o Estado, em completa subjugação ou supressão de direitos individuais) deve ser, portanto, superada por uma concepção de deveres compatível com o Estado Social de Direito, que identifique os deveres como imposições de comportamentos voltados à contribuição para com a coletividade, fundadas na Constituição ou na legislação em geral, a fim de possibilitar o alcance das finalidades essenciais do Estado prestacional.³⁸⁹ Nesse sentido, em defesa de uma visão ponderada dos deveres, que não descambe nem a um exacerbado liberalismo, nem a um comunitarismo extremo, a afirmação de José Casalta Nabais de que “O entendimento adequado dos deveres fundamentais rejeita simultaneamente os extremismos de um liberalismo que só reconhece direitos e esquece a responsabilidade

³⁸⁴ Sobre esse assunto, vide tópico 2.4.

³⁸⁵ Especificamente, o tópico 1.5.

³⁸⁶ Nas palavras de Juan Manuel Goig Martínez: “Abordar el tema de los deberes en el Estado Social de Derecho no significa volver a invertir el sentido de la moneda para revivir fantasmas del pasado [...]”. GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel. La constitucionalización de deberes. **Revista de Derecho Uned**, Espanha, n. 9, p. 114, 2011. Disponível em: <https://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/11071/10599>. Acesso em: 1 jul. 2023.

³⁸⁷ Nas palavras de Marciano Bufon: “No entanto, as circunstâncias contemporâneas são outras, e a categoria dos deveres fundamentais deve ser pensada como parte integrante do Estado Democrático de Direito. Se assim não for, o debate rumará para o ingênuo, descompromissado e irreal cenário do ‘paraíso dos direitos’, no qual se reclamam e, cada vez mais, se reconhecem formalmente novos direitos, sem que se tenha a devida preocupação com o seu custo social, e, portanto, sem que tais direitos tenham a perspectiva de divorciarem-se da condição de meras promessas.” BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana**: entre os direitos e deveres fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 83.

³⁸⁸ GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel. La constitucionalización de deberes. **Revista de Derecho Uned**, Espanha, n. 9, p. 114, 2011. Disponível em: <https://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/11071/10599>. Acesso em: 1 jul. 2023.

³⁸⁹ GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel. La constitucionalización de deberes. **Revista de Derecho Uned**, Espanha, n. 9, p. 115, 2011. Disponível em: <https://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/11071/10599>. Acesso em: 1 jul. 2023.

comunitária dos indivíduos e de um comunitarismo que dissolve a liberdade individual numa teia de deveres.”³⁹⁰

O acolhimento (de forma mais proeminente do que praticado na história recente) da ideia dos deveres para com a coletividade conduz também à abertura constitucional à solidariedade. Nesse aspecto, o Estado de Bem-estar Social (*Welfare State*) promove uma verdadeira institucionalização da noção de solidariedade.³⁹¹ Do movimento histórico de incorporação da noção de solidariedade pelo Direito, com o Estado Social, passa-se à apropriação da solidariedade pelo Direito Constitucional.³⁹² O Estado Social institui um constitucionalismo estruturalmente solidário,³⁹³ de modo que a solidariedade passa a ser considerada o núcleo duro do Estado Social,³⁹⁴ um valor central na constituição da ideia de Estado Social.³⁹⁵

Rompendo com a tradição individualista do Estado Liberal, o Estado Social conduz o ordenamento constitucional a uma posição de articulador e de construtor social.³⁹⁶ Esse aspecto do Estado Social repercute no Direito, que aponta para a reconstrução da sociedade (como, por exemplo, com a erradicação da pobreza):

Há que se ter presente que o direito do Estado Democrático de Direito supera a noção de “fontes sociais”, em face daquilo que podemos chamar de prospectividade, isto é, o direito não vem a reboque dos ‘fatos sociais’ e, sim, aponta para a reconstrução da sociedade. Isso é facilmente detectável nos textos constitucionais, como em *terrae brasilis*, onde a Constituição estabelece que o Brasil é uma República que visa a erradicar a pobreza, etc,

³⁹⁰ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2009. p. 673.

³⁹¹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La solidaridad como principio constitucional. **Teoría y realidad constitucional**, Madrid, n. 30, p. 145, 2012. Disponível em: <https://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/7004>. Acesso em: 20 mai. 2023.

³⁹² FRISCH, Wolfgang. Derecho penal y solidaridad: a la vez, sobre el estado de necesidad y la omisión del deber de socorro. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 4, p. 3, 2016. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1255.pdf>. Acesso em: 19 set. 2023.

³⁹³ ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Delito y solidaridad (estado de necesidad, omisión del deber de socorro y bienes jurídicos colectivos de solidaridad). **Revista Penal**, México, n. 41, p. 43, 2019-2020. Disponível em: <https://revistaciencias.inacipe.gob.mx/index.php/01/article/view/334/265>. Acesso em: 19 set. 2023.

³⁹⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La solidaridad como principio constitucional. **Teoría y realidad constitucional**, Madrid, n. 30, p. 153, 2012. Disponível em: <https://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/7004>. Acesso em: 20 mai. 2023.

³⁹⁵ CASTILLO MORALES, Juan Pablo. ¿Es compatible la noción de solidaridad vertical con un Derecho penal humano? El personalismo y la idea de fraternidad. **Doxa**, Alicante, n. 45, p. 133, 2022. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/123566/1/Doxa_45_05.pdf. Acesso em: 19 set. 2023.

³⁹⁶ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La solidaridad como principio constitucional. **Teoría y realidad constitucional**, Madrid, n. 30, p. 154, 2012. Disponível em: <https://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/7004>. Acesso em: 20 mai. 2023.

além de uma gama de preceitos que estabelecem as possibilidades (e determinações) do resgate das promessas incumpridas da modernidade.³⁹⁷

O Estado Social, assim, busca a construção de uma realidade condizente com os valores que lhe servem de fundamento, e a solidariedade possui um papel consideravelmente relevante nesse propósito. A concretização do Estado Social ocorre pela conexão de elementos com o bem-estar, os direitos sociais, a solidariedade, e isso complementado pela demanda por uma cidadania ativa, participativa e responsável – esse o contexto justificador da existência de “deveres de solidariedade”.³⁹⁸

Percebe-se que uma das decorrências da adoção do Estado Social é a transformação da concepção de cidadania. A relação entre Estado Social e cidadão ultrapassa aquela relação caracterizada pela passividade e pela sujeição do segundo (*status passivus subjectionis*), para se caracterizar como uma relação de cooperação entre ambos, dependentes um do outro.³⁹⁹ Ou seja, é instituída uma relação de dependência mútua entre o indivíduo e o Estado (que pode ser lido também como coletividade). Para que a sociedade funcione, tanto as instituições quanto os cidadãos devem estar compromissados com os objetivos do Estado Social de Direito – e o Direito Penal, salienta-se, pode ser inserido aqui como instrumento de tutela desse compromisso.⁴⁰⁰ Em relação ao indivíduo, essa exigência de que assuma responsabilidade pelos objetivos do Estado Social resulta, por consequência (e necessidade), na imposição de deveres. A própria condição de cidadão, interpretada como sujeito

³⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. A interpretação do Direito e o dilema acerca de como evitar juristocracias: a importância de Peter Häberle para a superação dos atributos (*Eigenschaften*) solipsistas do Direito. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, ano 4, p. 27, 2010/2011. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/561/373>. Acesso em: 8 jul. 2023.

³⁹⁸ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La solidaridad como principio constitucional. **Teoría y realidad constitucional**, Madrid, n. 30, p. 145, 2012. Disponível em: <https://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/7004>. Acesso em: 20 mai. 2023.

³⁹⁹ HÄBERLE, Peter. **Los derechos fundamentales en el estado prestacional**. Tradução de Jorge Luis León Vásquez. Lima: Palestra Editores, 2019. p. 38.

⁴⁰⁰ Nas palavras de Juan Manuel Goig Martínez: “La democracia precisa de individuos comprometidos con los principios que esa misma democracia está defendiendo. No son suficientes el Parlamento, ni la Constitución, ni las leyes, para que las democracias funcionen: tiene que haber, al mismo tiempo, ciudadanos dispuestos a hacer suya la cultura democrática. De no ser así, tendremos, por un lado, un ordenamiento jurídico y unas instituciones dirigidas a unos fines, mientras, por el otro, discurren formas de vida con objetivos y fines que nada tienen que ver con los anteriores.” GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel. La constitucionalización de deberes. **Revista de Derecho Uned**, Espanha, n. 9, p. 116, 2011. Disponível em: <https://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/11071/10599>. Acesso em: 1 jul. 2023.

ativamente participativo de um governo político, passa a ser reconhecida não só como representativa de um sujeito titular de direitos fundamentais, mas também de deveres.⁴⁰¹

Esse movimento de ampliação dos deveres produz efeitos, ainda, no constitucionalismo moderno, com a crescente incorporação dos deveres (chamados *fundamentais*) nos textos constitucionais, do que são exemplos comuns o dever de contribuir para o sustento dos gastos públicos e o dever de defesa da nação.⁴⁰² A importância atribuída aos deveres faz, inclusive, com que sejam considerados a contraface dos direitos, enquanto polo inverso de uma relação jurídica; em outras palavras, afirmar que alguém possui um direito significa, por consequência lógica e necessariamente, afirmar a existência de um dever da parte contrária de respeitar tal direito,⁴⁰³ em uma relação de dependência entre os direitos e os deveres.⁴⁰⁴ Nesse sentido, em crítica à desconexão entre direitos e deveres, e em defesa da relação de dependência dos direitos em relação aos deveres, Gregorio Robles afirma:

Não faz sentido pretender, como é comum, fundamentar os direitos humanos sem fazê-los corresponder aos deveres e valores morais. O exame autônomo dos direitos, sem conectá-los aos deveres em um sistema axiológico coerente, é típico da moderna mentalidade contratualista. É no âmbito do jusnaturalismo racionalista, de inclinação utilitarista e individualista, que se desenvolve a teoria dos direitos humanos que defende a primazia destes e sua desconexão a respeito dos deveres.⁴⁰⁵

Desse modo, os direitos e os deveres não são independentes entre si. Direitos e deveres são dois fatores interdependentes na construção da boa sociedade.⁴⁰⁶ No exemplo ilustrativo

⁴⁰¹ BILBENY, Norbert. **Filosofia Política**. Barcelona: Editorial UOC, 2008. p. 179-180.

⁴⁰² GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel. La constitucionalización de deberes. **Revista de Derecho Uned**, Espanha, n. 9, p. 113, 2011. Disponível em: <https://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/11071/10599>. Acesso em: 1 jul. 2023.

⁴⁰³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002, p. 276.

⁴⁰⁴ Nesse sentido, a afirmação de Joseph Rován: “O que os cidadãos da Europa devem aprender, do que devem compenetrar-se é que os direitos só podem obter-se e só podem exercer-se se os cidadãos cumprirem os seus deveres.” ROVÁN, Joseph. **Como tornar-se cidadão da Europa**: primeiro os deveres, depois os direitos. Trad. de J. Freitas e Silva. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1993. p. 27.

⁴⁰⁵ ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. São Paulo: Manole, 2005. p. 17.

⁴⁰⁶ Nesse mesmo sentido, a defesa de Günther Jakobs, em diálogo com Esteban Mizrahi: “M: Si lo he entendido bien, para el concepto de persona usted parte de las obligaciones y solo en segunda instancia aparecen los derechos. En *Norma, persona, sociedad*, dice, lo cito: ‘La constitución de la persona implica derechos solo en forma secundaria, a saber, en la medida en que la persona los necesita para cumplir sus obligaciones’. J: Eso lo escribí de manera muy polémica. Es más bien recíproco: con los derechos vienen las obligaciones, y con las obligaciones vienen los derechos. Yo lo escribí así porque en la filosofía del derecho alemana se habla solamente de los derechos. Entonces me dije: ‘yo lo voy a definir a partir de las obligaciones’. Pero

de Joseph Rován, “[...] o nosso *dever de compreender o momento da história* se liga necessariamente ao *direito ao saber* [...]”.⁴⁰⁷

Essa concepção da relação entre os direitos e os deveres aparece, ainda, no segundo postulado do modelo garantista do Estado Constitucional de Direito em Luigi Ferrajoli, designado pelo autor de *princípio da completude deôntica*, a significar a exigência de que sejam estabelecidos, como contraface da existência de direitos, deveres correspondentes a lhes garantirem efetividade. Para o autor, os direitos “[...] consistem em expectativas positivas ou negativas que implicam as correspondentes obrigações e proibições e, portanto, requerem, se levados a sério, leis de atuação, na ausência das quais se verificam lacunas responsáveis pela sua inefetividade estrutural.”⁴⁰⁸

Ainda a ilustrar essa temática da relação entre direitos e deveres, mas afirmando uma posição de sobressalência de um deles, Norberto Bobbio compara tal relação com aquela estabelecida entre pai e filho: um não pode existir sem o outro, conquanto um deles preceda o outro;⁴⁰⁹ ou, ainda, sua comparação com as duas faces de uma moeda, afirmando ter variado no curso da história a posição a partir do qual foi enxergada (ou seja, qual seria o verso, lado com destaque, e qual o reverso).⁴¹⁰ Essa íntima relação entre os deveres e os direitos, contudo, não é algo que necessariamente deve ocorrer para que um dos dois exista juridicamente. É possível pensar em deveres que dificilmente serão reconduzíveis a um direito, como o caso do dever de defesa da pátria (conteúdo retomado abaixo).⁴¹¹

A referência aos deveres como contraface dos direitos (isto é, que da existência de um direito resulta um dever de respeitá-lo) pode conduzir à conclusão errônea de que o dever possui necessariamente um caráter de abstenção (de respeito a um direito correspondente).

naturalmente la definición correcta siempre incluye derechos y deberes.” MIZRAHI, Esteban. **Los presupuestos filosóficos del Derecho penal contemporáneo**. Conversaciones con Günther Jakobs. Buenos Aires: Universidad Nacional de la Matanza, 2012. p. 57.

⁴⁰⁷ ROVÁN, Joseph. **Como tornar-se cidadão da Europa**: primeiro os deveres, depois os direitos. Trad. de J. Freitas e Silva. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1993. p. 17.

⁴⁰⁸ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução de Alexander Araujo de Souza *et al.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 64.

⁴⁰⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**: a filosofia e as lições dos clássicos. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 476.

⁴¹⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**: a filosofia e as lições dos clássicos. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 477.

⁴¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 548. Nos exemplos fornecidos pelo autor, de deveres correspondentes a direitos: o dever cívico de voto e o direito de voto; o dever de defesa do meio ambiente e o direito ao ambiente.

Diferentemente disso, no âmbito do Estado Social de Direito, o papel do cidadão é envolvido por deveres positivos, que extrapolam o conteúdo do *neminem laedere*, sendo cada indivíduo portador de parcela da responsabilidade pela construção de um mundo em comum.⁴¹² Nesse aspecto, a solidariedade se manifesta diretamente nos deveres positivos, aqueles que extrapolam os limites do mero mandamento de não lesar a outrem, para exigir do indivíduo uma conduta ativa voltada a ampliar a esfera de autonomia alheia.⁴¹³ John Rawls menciona um dever (positivo) natural de ajudar o outro, quando este se encontrar em uma situação de risco ou de necessidade, e quando o ato de ajuda não representar um risco ou uma perda excessivos para o indivíduo sujeito ao dever.⁴¹⁴

Esse dever positivo possui limitações. Em alguns casos, a imposição de um dever positivo encontra limitação na trivialidade do sacrifício exigido daquele sujeito ao dever.⁴¹⁵ Na prática, é perceptível a aplicação do critério da trivialidade nos deveres de solidariedade para com indivíduos determinados, a exemplo do dever de socorro, exigível apenas quando o agir em socorro não represente risco ao agente. Entretanto, em relação aos deveres de solidariedade para com a coletividade, o critério da trivialidade parece não ser aplicável; por exemplo, o caso do serviço militar obrigatório, a provocar uma significativa alteração no plano de vida do indivíduo (ou seja, um sacrifício não trivial).⁴¹⁶

De modo geral, entre os deveres positivos, podem ser identificados aqueles que decorrem um de ato de vontade (da autonomia) do sujeito obrigado (por exemplo, deveres funcionais, deveres da relação paternal/maternal e deveres do matrimônio), e aqueles que independem da autonomia individual do obrigado (por exemplo, dever de alistamento ao

⁴¹² VAN WEEZEL, Alex. **Delitos tributarios**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010. p. 16.

⁴¹³ CASTILLO MORALES, Juan Pablo. ¿Es compatible la noción de solidaridad vertical con un Derecho penal humano? El personalismo y la idea de fraternidad. **Doxa**, Alicante, n. 45, p. 135, 2022. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/123566/1/Doxa_45_05.pdf. Acesso em: 19 set. 2023.

⁴¹⁴ RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 98.

⁴¹⁵ Nas palavras de Juan Ignacio Piña Rochefort: “[...] uno de los mecanismos de limitación de los deberes positivos generales fundados en solidaridad, además de la selección de las situaciones de peligro que los detonan, es la envergadura del sacrificio exigido. De hecho, suele mencionarse como una señal distintiva de la solidaridad la trivialidad de dichos sacrificios. Precisamente por esto, suele hablarse correlativamente de un sistema de ‘altruismo mínimo’.” PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. La solidaridad como fuente de deberes. Elementos para su incardinación en el sistema jurídico-penal. **Política Criminal**: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, Chile, n. 27, p. 267, 2019. Disponível em: <https://politerim.com/wp-content/uploads/2019/06/Vol14N27A8.pdf>. Acesso em: 29 out. 2023.

⁴¹⁶ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. La solidaridad como fuente de deberes. Elementos para su incardinación en el sistema jurídico-penal. **Política Criminal**: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, Chile, n. 27, p. 268, 2019. Disponível em: <https://politerim.com/wp-content/uploads/2019/06/Vol14N27A8.pdf>. Acesso em: 29 out. 2023.

serviço militar e dever de testemunhar em juízo).⁴¹⁷ Como já mencionado, é preciso cautela na imposição de deveres positivos, em razão da interferência que produzem nos direitos individuais, isso sobretudo em relação à segunda classe de deveres, que independem de qualquer ato de vontade do sujeito em se colocar na posição de obrigado.

No âmbito do Direito Penal, essa cautela deve ser ainda maior; afinal, o Direito Penal é a *ultima ratio* da intervenção jurídica, instrumento de tutela que produz as restrições mais severas às liberdades individuais. Deve vigorar, nessa administração dos deveres positivos no Direito Penal, uma concepção maximizadora das liberdades, e minimizadora das restrições às liberdades por meio dos deveres.⁴¹⁸ Ou seja, o acolhimento dos deveres positivos gerais no Direito Penal deve ser algo excepcional, a partir de uma criteriosa justificação, quando diante de uma intensa necessidade social (temática melhor desenvolvida adiante⁴¹⁹).

Dentro da ampla categoria dos deveres jurídicos, alguns deles recebem a classificação de fundamentais. O conceito de dever fundamental não é algo unívoco na doutrina, existindo concepções diversas.⁴²⁰ Em busca de um conceito dessa categoria, um elemento comumente mencionado é o seu fundamento, que deve ser extraído da Constituição Federal.⁴²¹ Nesse sentido, os deveres fundamentais são conceituados, de forma ampla, como as condutas que a Constituição formalmente impõe aos indivíduos. Isto é, são deveres direcionados aos indivíduos e que possuem como fonte formal a Constituição.⁴²²

A fundamentalidade de um dever não deriva, contudo, simplesmente de um critério formal, de sua fonte (a Constituição), mas também de um conteúdo material; deriva de sua referência a dimensões básicas da vida em sociedade, a bens de importância primordial para o funcionamento da sociedade e das instituições públicas, para a preservação dos direitos

⁴¹⁷ VAN WEEZEL, Alex. Optimización de la autonomía y deberes penales de solidaridad. **Política Criminal**, Chile, v. 13, n. 26, p. 1106, 2018. Disponível em: <https://politerim.com/wp-content/uploads/2019/04/Vol13N26A12.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2023.

⁴¹⁸ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Autonomía, solidaridad y deber de socorro: un apunte histórico. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, n. 53, p. 411, 2000. Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2000-10036100412. Acesso em: 20 jun. 2023.

⁴¹⁹ Sobre esse assunto, vide tópico 4.2.3.1.

⁴²⁰ DE LEÓN SOLÍS, Viviana Ponce. La función de los deberes constitucionales. **Revista Chilena de Derecho**, Chile, v. 44, n. 1, p. 154, 2017. Disponível em: <http://revistachilenadederecho.uc.cl/index.php/Rchd/article/view/3974/3734>. Acesso em: 2 jul. 2023.

⁴²¹ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2009. p. 61.

⁴²² DE LEÓN SOLÍS, Viviana Ponce. La función de los deberes constitucionales. **Revista Chilena de Derecho**, Chile, v. 44, n. 1, p. 136, 2017. Disponível em: <http://revistachilenadederecho.uc.cl/index.php/Rchd/article/view/3974/3734>. Acesso em: 2 jul. 2023.

fundamentais, conteúdo que normalmente é encontrado em um âmbito constitucional.⁴²³ Seria correto afirmar, portanto, que os deveres fundamentais servem de garantia ao exercício das próprias liberdades individuais⁴²⁴ – mas em um sentido amplo; afinal, nem sempre será possível reconduzir de modo direto um dever fundamental a um direito fundamental que lhe seja correspondente (por exemplo, o dever de defesa da pátria).⁴²⁵

Nesse caminho, Norbert Bilbeny entende que os deveres fundamentais ou constitucionais são aqueles que o ordenamento político define como essenciais para os indivíduos.⁴²⁶ Ou, ainda, a referência de Gregorio Peces-Barba Martínez de que os deveres fundamentais se relacionam com a justificação e o funcionamento de uma sociedade política.⁴²⁷ Esse elemento da essencialidade para a vida em sociedade é encontrado também na obra de José Casalta Nabais.⁴²⁸

O Estado não possui uma liberdade irrestrita de criação desses deveres fundamentais. Ricardo Lobo Torres utiliza a teoria contratualista para afirmar a existência dessa limitação, defendendo que o Estado apenas possa estabelecer deveres fundamentais dentro do âmbito de liberdade que não tenha sido reservada pelos indivíduos quando da celebração do pacto social⁴²⁹ – trata-se de uma leitura contratualista diversa da tradicional,⁴³⁰ já que a teoria do

⁴²³ DE LEÓN SOLÍS, Viviana Ponce. La función de los deberes constitucionales. **Revista Chilena de Derecho**, Chile, v. 44, n. 1, p. 138, 2017. Disponível em: <http://revistachilenadederecho.uc.cl/index.php/Rchd/article/view/3974/3734>. Acesso em: 2 jul. 2023.

⁴²⁴ TORRES, Ricardo Lobo. **Sistemas constitucionais tributários**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1986. p. 689.

⁴²⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 548.

⁴²⁶ BILBENY, Norbert. **Filosofia Política**. Barcelona: Editorial UOC, 2008. p. 216.

⁴²⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Los deberes fundamentales. **Doxa**, Alicante, n. 4, p. 338, 1987. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10915/1/Doxa4_19.pdf. Acesso em: 1 jul. 2023.

⁴²⁸ “Finalmente, os deveres caracterizam-se por se configurarem como posições essenciais. A semelhança do que acontece com o conceito material de direitos fundamentais, constituem a nota conceitual mais difícil de delimitar. Todavia, para o que aqui nos interessa, podemos dizer que tais posições não-de ser do mais elevado significado para a comunidade ou, o que é a mesma coisa, não-de revelar-se importantíssimas para a existência, subsistência e funcionamento da comunidade organizada num determinado tipo constitucional de estado ou para a realização de outros valores comunitários com forte sedimentação na consciência jurídica geral da comunidade, sedimentação esta a que, por certo, não será de todo alheia a própria graduação ou categorização tradicional (histórica) de que têm sido alvo certos deveres. Em suma, posições que traduzam a quota parte constitucionalmente exigida a cada um e, consequentemente, ao conjunto dos cidadãos para o bem comum.” NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2009. p. 72-73.

⁴²⁹ TORRES, Ricardo Lobo. **Sistemas constitucionais tributários**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1986. p. 689.

⁴³⁰ Sobre esse assunto, vide tópico 2.2.1.

contrato social surge mais como artifício teórico voltado à legitimação da imposição da vontade geral, do que à tutela das liberdades individuais.⁴³¹⁻⁴³²

A imposição de limites à presença de deveres fundamentais na constituição é algo que deve ocorrer sobretudo em um Estado de Direito. A atividade criativa de deveres é sujeita a princípios de direito internacional, à própria função dogmática dos deveres fundamentais estabelecida em um Estado de Direito, e ao respeito à dignidade da pessoa humana⁴³³ – afinal, a dignidade é referida como um elementar princípio constitucional, norma fundamental de todo o ordenamento jurídico, princípio vinculante para a promulgação e interpretação de toda norma jurídica.⁴³⁴

Além disso, a Constituição é um documento jurídico, e não um discurso moral destinado a tornar as pessoas boas ou felizes, inclusive pela previsão mais descompromissada de deveres. Nas palavras de Gregorio Robles,

Sua principal missão é encarnar o consenso político alcançado e, por isso, constituir uma garantia de paz e de liberdade. [...] A Constituição não é uma encíclica pastoral. [...] Seu papel consiste em *integrar* todos em convivência, permitindo a estabilidade do sistema político e, conseqüentemente, também do sistema global da sociedade.⁴³⁵

No caso da Constituição brasileira, o ideal libertário da Revolução Francesa exerceu uma significativa influência, sobretudo na construção de seu capítulo referente aos direitos e garantias individuais,⁴³⁶ algo que não surpreende, já que a Declaração dos Direitos do

⁴³¹ JELLINEK, Georg. **La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano**. Trad. de Adolfo Posada. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000. p. 85.

⁴³² Nas palavras já referidas de Jean-Jacques Rousseau: “Bem compreendidas, essas cláusulas se reduzem todas a uma só, a saber, a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, a toda a comunidade. [...] Além disso, como a alienação se faz sem reservas, a união é tão perfeita quanto possível, e nenhum associado tem algo a reclamar [...]” ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. de Antonio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 21.

⁴³³ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2009. p. 56-59.

⁴³⁴ MAIHOFFER, Werner. **Estado de Derecho y dignidad humana**. Trad. de José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2008. p. 3.

⁴³⁵ ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. São Paulo: Manole, 2005. p. 121.

⁴³⁶ PEREIRA, Áurea Pimentel. **Estudos Constitucionais**: Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 31.

Homem, fruto da época revolucionária, é considerado um documento essencial para a história do constitucionalismo moderno.⁴³⁷

Para além dessa influência, após referir um contexto social de reivindicação por respeito aos direitos humanos, sobretudo entre os anos 70 e 90, período marcado pela transição de regimes autoritários a regimes democráticos, Gisele Cittadino menciona algumas passagens da Constituição Federal Brasileira que evidenciam a presença privilegiada dos direitos fundamentais (por exemplo: o preâmbulo; o artigo 1º, incisos II, III e V; e o artigo 3º). Em seguida, conclui: “Parece não haver qualquer dúvida de que o sistema de direitos fundamentais se converteu no núcleo básico do ordenamento constitucional brasileiro.”⁴³⁸ No mesmo sentido, agora em referência específica à dignidade humana: “Em outras palavras, a dignidade humana, traduzida no sistema de direitos constitucionais, é vista como valor essencial que dá unidade de sentido à Constituição Federal.”⁴³⁹

Dessa forma, a Constituição brasileira possui, em seu conteúdo, uma proposta de desenvolvimento social e de promoção da solidariedade,⁴⁴⁰ que é instituída já em seu artigo 3º, dispositivo constitucional que determina os objetivos da República,⁴⁴¹ com expressa referência à solidariedade, justificando o seu reconhecimento como verdadeiro princípio constitucional.⁴⁴² Em contrapartida, a Constituição Federal destina pouca atenção aos deveres,⁴⁴³ privilegiando os direitos e liberdades individuais, do que são exemplos aqueles disciplinados nos artigos 5º,⁴⁴⁴ 6º⁴⁴⁵ e 7º.⁴⁴⁶

⁴³⁷ CARBONELL, Miguel. Estudio introductorio: Jellinek y la Declaración Francesa de 1789. In: JELLINEK, Georg. **La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano**. Trad. de Adolfo Posada. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000. p. 9.

⁴³⁸ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. Elementos de filosofia constitucional contemporânea. 5. ed. Andradina: Meraki, 2020. p. 30.

⁴³⁹ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. Elementos de filosofia constitucional contemporânea. 5. ed. Andradina: Meraki, 2020. p. 31.

⁴⁴⁰ ARAÚJO, Jailton Macena de. Ensaio sobre o valor solidariedade: proposta teórico-hermenêutica para superação do paradigma econômico neoliberal. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 25, n. 2, p. 440, 2020. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/16914>. Acesso em: 20 nov. 2023.

⁴⁴¹ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 24 abr. 2024.

⁴⁴² MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 45.

⁴⁴³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002, p. 275.

⁴⁴⁴ “Constituição Federal, Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e

3.3 O dever fundamental de pagar tributos como condição de possibilidade dos direitos fundamentais

A importância atribuída pela Constituição Federal aos direitos individuais não é injustificada, especialmente se considerados os períodos recentes de adoção de regimes totalitários, marcados por uma subvalorização do indivíduo.⁴⁴⁷

Entretanto, a importância atribuída aos direitos individuais possui pouquíssimo valor se desassociada da instituição de deveres. A implementação e a preservação dos direitos individuais (mesmo os direitos de liberdade, como a propriedade privada) pressupõem um compromisso coletivo, sem o qual a própria ideia de Estado é algo inviável. Um desses compromissos, considerado fundamental, é o de fazer frente aos custos inerentes à vida em comunidade e à existência de um Estado Social, que encontra sua razão de ser justamente nos custos que são inerentes ao Estado Social.

obrigações, nos termos desta Constituição; II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; [...]”. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 24 abr. 2024.

⁴⁴⁵ “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Parágrafo único. Todo brasileiro em situação de vulnerabilidade social terá direito a uma renda básica familiar, garantida pelo poder público em programa permanente de transferência de renda, cujas normas e requisitos de acesso serão determinados em lei, observada a legislação fiscal e orçamentária.” BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 24 abr. 2024.

⁴⁴⁶ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; III - fundo de garantia do tempo de serviço; IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho; [...]” BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 24 abr. 2024.

⁴⁴⁷ Sobre esse assunto, vide tópico 2.3.

3.3.1 Custo do Estado

Do postulado da solidariedade decorrem, também, outros princípios constitucionais, como, por exemplo o princípio da igualdade material, relacionado com um ideal de justiça redistributiva.⁴⁴⁸ A solidariedade, portanto, serve também como fundamento a sustentar uma política fiscal redistributiva,⁴⁴⁹ sendo um dos objetivos primordiais do Estado Social a promoção de igualdade de oportunidades entre os indivíduos – a Constituição Federal Brasileira, alinhada a esse ideal, em seu artigo 3º, expressamente institui como um dos objetivos fundamentais da República “[...] erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais [...]”.⁴⁵⁰ Nas palavras de John Rawls:

Eu assumo, também, que exista uma justa (em oposição à formal) igualdade de oportunidades. Isso significa que, além de manter os tipos usuais de capital social geral, o governo tenta garantir chances iguais de educação e cultura para pessoas similarmente capacitadas e motivadas, ou subsidiando escolas particulares ou estabelecendo um sistema escolar público.⁴⁵¹

É uma atribuição do Estado Social, portanto, a garantia de condições materiais para o exercício das liberdades individuais.⁴⁵² Nesse sentido, a criação do Estado surge como uma necessidade para viabilizar o funcionamento do sistema social, especialmente para solucionar conflitos entre os indivíduos, para promover a defesa do grupo e de seu território, e, também e especialmente no Estado de Bem-estar Social, para a distribuição comunitária de bens. Sobretudo em relação a esse último aspecto, com a necessária criação do Estado, os cidadãos

⁴⁴⁸ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La solidaridad como principio constitucional. **Teoría y realidad constitucional**, Madrid, n. 30, p. 159, 2012. Disponível em: <https://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/7004>. Acesso em: 20 mai. 2023.

⁴⁴⁹ ARRUDA, Gerardo Clésio. Princípios da Doutrina do Solidarismo e a Concepção do Estado-providência. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 144, 2018. Disponível em: <https://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/242>. Acesso em: 16 jul. 2023.

⁴⁵⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 24 abr. 2024.

⁴⁵¹ RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 243, tradução nossa. No original: “I assume also that there is fair (as opposed to formal) equality of opportunity. This means that in addition to maintaining the usual kinds of social overhead capital, the government tries to insure equal chances of education and culture for persons similarly endowed and motivated either by subsidizing private schools or by establishing a public school system.”

⁴⁵² Nas palavras de Anabela Miranda Rodrigues: “[...] ao Estado hoje cabe assegurar ao cidadão não só a liberdade de ser como a liberdade para o ser.” RODRIGUES, Anabela Miranda. Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal. PODVAL, Roberto (org.). **Temas de Direito Penal Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 181.

não só renunciam a parcela de sua liberdade (substituída pelo agir estatal), como também assumem o compromisso de prover os recursos necessários à manutenção e ao funcionamento do Estado,⁴⁵³ o que é realizado sobretudo por meio da cobrança de tributos.

Desse modo, duas razões são apontadas para justificar a existência dos impostos: (i) uma razão de justiça distributiva, fundada na repartição de bens e/ou benefícios em determinada sociedade, servindo os impostos de ferramenta a promover um padrão igualitário de distribuição – por exemplo, que aquele que possua mais pague mais; (ii) e uma razão de custos das prestações públicas, a demandar que exista ingressos de receitas para que tais custos possam ser satisfeitos e os serviços públicos adequadamente prestados.⁴⁵⁴

Aqui é inserida uma circunstância central para o objeto da presente pesquisa: para o funcionamento do sistema social, sob a tutela de um Estado (mais ainda de um Estado Social de Direito), algumas necessidades se impõem, entre as quais se destaca a necessidade de recursos financeiros.⁴⁵⁵ Isso porque as prestações estatais mais elementares, defendidas inclusive por ultraliberais (como segurança pública e manutenção de um sistema penal), inevitavelmente representam um custo econômico a demandar uma política fiscal.⁴⁵⁶

Essa temática foi objeto de análise por Stephen Holmes e Cass Sunstein, autores que expõem que até mesmo os direitos representativos de liberdades individuais produzem um custo ao Estado. Nas suas palavras:

[...] liberdades privadas têm custos públicos. Isso vale não apenas para os direitos à seguridade social, assistência médica e vale-refeição, mas também aos direitos à propriedade privada, liberdade de expressão, imunidade a abusos policiais, liberdade contratual, livre exercício da religião e, de fato, a toda a panóplia de direitos característicos da tradição americana.⁴⁵⁷

⁴⁵³ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. La solidaridad como fuente de deberes. Elementos para su incardinación en el sistema jurídico-penal. **Política Criminal**: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, Chile, n. 27, p. 265-266, 2019. Disponível em: <https://politicrim.com/wp-content/uploads/2019/06/Vol14N27A8.pdf>. Acesso em: 29 out. 2023.

⁴⁵⁴ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Impuestos, igualdad y estado social. In: USCANGA BARRADAS, Abril; FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús Aquilino (dir.). **Derechos y obligaciones en el estado de derecho**: actas del III Coloquio Binacional México-España. Oviedo: Universidad Nacional Autónoma de México, 2017. p. 679.

⁴⁵⁵ ETZIONI, Amitai. **La Nueva Regla de Oro**: comunidad y moralidad en una sociedad democrática. Trad. de Marco Aurelio Galmarini Rodríguez. Barcelona: Paidós, 1999. p. 26.

⁴⁵⁶ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Impuestos, igualdad y estado social. In: USCANGA BARRADAS, Abril; FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús Aquilino (dir.). **Derechos y obligaciones en el estado de derecho**: actas del III Coloquio Binacional México-España. Oviedo: Universidad Nacional Autónoma de México, 2017. p. 679.

⁴⁵⁷ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights**: why liberty depends on taxes. New York: Norton & Co., 1999. p. 236, tradução nossa. No original: “[...] private liberties have public costs. This is true not only of rights to Social Security, Medicare, and food stamps, but also of rights to private property, freedom

Claro que, por mais que seja reconhecido o custo dos direitos civis e políticos, são os direitos sociais que demandam o maior investimento e dedicação por parte do Estado.⁴⁵⁸ Os direitos sociais fundamentais, diferentemente do tradicional direito de liberdade, não são concretizados por meio do simples respeito e amparo; demandam uma prévia atuação do Estado para a realização do programa que instituem.⁴⁵⁹

De todo modo, essa percepção dos custos do Estado exerceu influência direta na concepção dos tributos, de forma especial na tentativa antiga de constituição de um fundamento ético-político dos impostos.⁴⁶⁰ Nesse sentido, o imposto é concebido, por exemplo, como *imposto-preço* – ou seja, preço da segurança, da saúde, dos serviços prestados pelo Estado. Desse modo, todos aqueles que são beneficiados por essas prestações deveriam *pagar o preço* a elas correspondente.⁴⁶¹ Sob perspectiva diversa, a *teoria da distribuição da carga pública* atribui aos impostos um conteúdo de solidariedade social,⁴⁶² exigida de todos os cidadãos, aos quais é atribuído o dever de suportar parte dos custos de manutenção da vida social, dentro dos limites de sua capacidade contributiva⁴⁶³ - ou seja, deve ser avaliada a capacidade contributiva, com a instituição de um mínimo não impositivo.⁴⁶⁴

Sob outro sentido, ainda, o tributo é uma garantia de liberdade individual, na medida em que restringe o poder de interferência do Estado na esfera patrimonial do cidadão.⁴⁶⁵ Pode-se afirmar, portanto, que o tributo enquanto instituto é a garantia do âmbito de liberdade (patrimonial) não renunciada pelos cidadãos, ao mesmo tempo que é instrumento

of speech, immunity from police abuse, contractual liberty, free exercise of religion, and indeed of the full panoply of rights characteristic of the American tradition.”

⁴⁵⁸ ARAÚJO, Jailton Macena de. Ensaio sobre o valor solidariedade: proposta teórico-hermenêutica para superação do paradigma econômico neoliberal. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 25, n. 2, p. 440, 2020. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/16914>. Acesso em: 20 nov. 2023.

⁴⁵⁹ HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA, Ernst *et al.* (org.). **Manual de Derecho Constitucional**. Trad. de Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 98.

⁴⁶⁰ VILLEGAS, Héctor B. **Curso de finanzas, derecho financiero y tributario**. 7. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2001. p. 73.

⁴⁶¹ SACCONI, Mario Augusto. **Manual de derecho tributario**. Buenos Aires: La Ley, 2002. p. 237.

⁴⁶² VILLEGAS, Héctor B. **Curso de finanzas, derecho financiero y tributario**. 7. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2001. p. 73.

⁴⁶³ GARCÍA VIZCAÍNO, Catalina. **Derecho tributario: consideraciones económicas y jurídicas**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1996. t. 1, p. 70.

⁴⁶⁴ SACCONI, Mario Augusto. **Manual de derecho tributario**. Buenos Aires: La Ley, 2002. p. 237.

⁴⁶⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **A ideia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 138-139.

indispensável para possibilitar ao Estado a tutela dos direitos individuais e sociais, inclusive os direitos de liberdade.

Conclui-se que, para tornar possível a promoção de políticas sociais (e todas as demais prestações estatais), o Estado (sobretudo o Estado prestacional, Estado que gasta mais do que seus comparativos⁴⁶⁶) deve estruturar ações para arrecadar fundos suficientes ao custeio dessas políticas sociais, bem como estruturar estratégias que bem conduzam o gasto dos recursos arrecadados. Em boa medida, essa matéria é objeto de regulação por uma espécie de *Constituição Tributária*⁴⁶⁷ ou *Constituição Financeira*,⁴⁶⁸ elemento indispensável ao Estado Social,⁴⁶⁹ no conceito fornecido por Ricardo Lobo Torres:

Constituição Financeira é o subsistema constitucional que dispõe sobre os princípios e regras constitucionais da atividade financeira do Estado. A Constituição Financeira constitui o conjunto de ações do Estado para a obtenção da receita e a realização dos gastos para o atendimento das necessidades públicas, ou seja, constitucionaliza as finanças públicas.⁴⁷⁰

Esse modelo de Estado, na lição de Lenio Streck, vivenciaria uma crise de dupla natureza. Primeiramente, uma crise filosófica, de perda do valor de seu fundamento solidarista;⁴⁷¹ além disso, uma crise financeira ou de financiamento.⁴⁷²

Sob esse último aspecto, para que sejam cumpridas as finalidades do Estado Social, com o exercício das prestações que lhe incumbem, é necessário que o Estado promova uma

⁴⁶⁶ HÄBERLE, Peter. **Los derechos fundamentales en el estado prestacional**. Tradução de Jorge Luis León Vásquez. Lima: Palestra Editores, 2019. p. 38-39.

⁴⁶⁷ TORRES, Ricardo Lobo. **Sistemas constitucionais tributários**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1986. p. 62.

⁴⁶⁸ Que decorre do poder ou soberania financeira do Estado, ao lado do poder de polícia, entre outros, e engloba o poder tributário (ou seja, não se restringe a ele). TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Constituição Financeira, Sistema Tributário e Estado Fiscal. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. v. 1, p. 4.

⁴⁶⁹ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Constituição Financeira, Sistema Tributário e Estado Fiscal. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. v. 1, p. 519-520.

⁴⁷⁰ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Constituição Financeira, Sistema Tributário e Estado Fiscal. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. v. 1, p. 3.

⁴⁷¹ Em suas palavras: “A *crise filosófica* atinge exatamente os fundamentos sobre os quais se assenta o modelo do bem-estar. Esta crise aponta para a degradação da base do Estado do Bem-Estar, calcada na *solidariedade*, impondo um enfraquecimento ainda maior no conteúdo tradicional dos direitos sociais, característicos deste Estado.” STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 66.

⁴⁷² Ainda em suas palavras: “A *crise financeira* – ou de financiamento – do Estado parece estar por trás de todas, ou da maioria, das críticas que se fazem a ele e das propostas de sua revisão tendentes a um retorno atrás. [...] Para superá-la, duas perspectivas são apontadas: aumento na carga fiscal ou redução de custos via diminuição da ação estatal.” STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 65.

intervenção no âmbito econômico da sociedade. Ou seja, o fenômeno tributário surge como instrumento para a realização da igualdade.⁴⁷³ Sem a satisfação das expectativas financeiras do Estado (o que se materializa especialmente por meio da arrecadação de tributos), o Estado não possui meios para cumprir com seus fins.⁴⁷⁴

O poder de tributar, desse modo, é verdadeira condição irrenunciável para o cumprimento pelo Estado das promessas de um Estado Social.⁴⁷⁵ Justamente porque os direitos não são autorrealizáveis, não são dados pela natureza ou por divindade, é que não podem ser efetivamente tutelados em um Estado falido.⁴⁷⁶ Nesse sentido é que Anabela Miranda Rodrigues afirma que grande parte dos objetivos de justiça social do Estado, imposição da sua dimensão democrática, somente pode ser realizada por meio da cobrança de impostos.⁴⁷⁷

As prestações estatais, dessa forma, pressupõem uma capacidade econômica, o que por sua vez pressupõe uma arrecadação.⁴⁷⁸ Essa lógica demanda que o Estado primeiro garanta a arrecadação de impostos, para apenas posteriormente promover as prestações aos cidadãos.⁴⁷⁹ Nesse sentido, Alex van Weezel refere que o Estado impositivo exige de seus cidadãos uma prestação positiva, qual seja o pagamento de impostos, condição de possibilidade para assegurar o cumprimento dos fins estatais.⁴⁸⁰

⁴⁷³ GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel. La constitucionalización de deberes. **Revista de Derecho Uned**, Espanha, n. 9, p. 140, 2011. Disponível em: <https://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/11071/10599>. Acesso em: 1 jul. 2023.

⁴⁷⁴ CALVACHI CRUZ, Reinaldo. Los delitos tributarios: la defraudación fiscal. **Iuris Dictio**, Equador, v. 3, n. 5, p. 66, 2002. Disponível em: <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/article/view/568>. Acesso em: 19 out. 2023.

⁴⁷⁵ PAPIER, Hans-Jürgen. Ley Fundamental y orden económico. In: BENDA, Ernst *et al.* (org.). **Manual de Derecho Constitucional**. Trad. de Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 605.

⁴⁷⁶ NABAIS, José Casalta. **Estudos de direito fiscal: por um Estado fiscal suportável**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 21.

⁴⁷⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda. Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal. PODVAL, Roberto (org.). **Temas de Direito Penal Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 181.

⁴⁷⁸ Nas palabras de Peter Häberle: “[...] estas tareas estatales de prestación presuponen una sociedad y economía con capacidad prestacional, y los correspondientes ingresos fiscales, eficiencia en la libertad y por medio de ella [...]”. HÄBERLE, Peter. **Los derechos fundamentales en el estado prestacional**. Tradução de Jorge Luis León Vásquez. Lima: Palestra Editores, 2019. p. 47.

⁴⁷⁹ HÄBERLE, Peter. **Los derechos fundamentales en el estado prestacional**. Tradução de Jorge Luis León Vásquez. Lima: Palestra Editores, 2019. p. 40.

⁴⁸⁰ VAN WEEZEL, Alex. **Delitos tributarios**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010. p. 13.

Esse sistema, em que a constituição da receita pública é realizada sobretudo por meio da cobrança e da arrecadação de impostos, é marca do Estado Fiscal,⁴⁸¹ modelo de Estado disseminado no âmbito dos estados modernos,⁴⁸² cuja existência está relacionada à exigência de impostos.⁴⁸³ No conceito de José Casalta Nabais:

Concretizando-se o estado fiscal no dever de pagar impostos (e não outros tributos), há que surpreender o conceito de imposto relevante para a configuração constitucional de um tal dever. Ora, tendo em conta a nossa doutrina e jurisprudência, podemos definir o imposto como a prestação pecuniária, unilateral, definitiva e coactiva, exigida de detentores de capacidade contributiva a favor de entidades que exerçam funções públicas com vista à realização de fins públicos não sancionatórios.⁴⁸⁴

Hans-Jürgen Papier afirma que o Estado Social e de Direito constitui *necessariamente* um Estado Fiscal, na medida em que o poder de tributar possui uma relação de complementariedade com as garantias de liberdade próprias do Estado de Direito.⁴⁸⁵ Desse modo, poder-se-ia afirmar que o imposto é um elemento do qual nenhum Estado pode prescindir,⁴⁸⁶ sobretudo o Estado Social, apoiado que é nessa tributação.⁴⁸⁷

A preponderância da organização estatal como Estado Fiscal (centrado no seu próprio custeio a partir do recolhimento principalmente de impostos, e menos de tributos bilaterais) decorre do fato de que diversas prestações estatais, as mais elementares e indispensáveis à manutenção da vida em comunidade, são insuscetíveis à individualização, à divisão de custeio, à exclusão de consumo a qualquer cidadão. É o caso, por exemplo, da tarefa de polícia, dos atos de política externa, entre outros. Por outro lado, conquanto outra parte das prestações estatais possam ser individualizadas em relação aos beneficiários (fato que permitiria a divisão de custeio por um critério de fruição), tais tarefas costumam ser também financiadas por impostos em razão de mandamento constitucional. A partir da Constituição

⁴⁸¹ TORRES, Ricardo Lobo. **A ideia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 97.

⁴⁸² NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2009. p. 192.

⁴⁸³ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 129.

⁴⁸⁴ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2009. p. 681.

⁴⁸⁵ PAPIER, Hans-Jürgen. Ley Fundamental y orden económico. In: BENDA, Ernst *et al.* (org.). **Manual de Derecho Constitucional**. Trad. de Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 604.

⁴⁸⁶ BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 11.

⁴⁸⁷ TORRES, Ricardo Lobo. **Sistemas constitucionais tributários**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1986. p. 79.

Portuguesa, José Casalta Nabais fornece como exemplos a gratuidade do ensino básico, a gratuidade dos serviços de saúde e a gratuidade do acesso à Justiça.⁴⁸⁸

De todo modo, seja o Estado Fiscal de viés liberal, seja de viés social, pelo simples fato de ser ele sustentado pelos cidadãos por meio do pagamento de impostos, decorre dele um mínimo de solidariedade social.⁴⁸⁹ No Estado Fiscal Social, além de mera decorrência da fiscalidade, a solidariedade passa a ser um verdadeiro objetivo do Estado, a ser concretizado inclusive por meio da fiscalidade. Prova disso é, por exemplo, a progressividade de alíquotas.⁴⁹⁰

Como não poderia ser diferente, sendo o Estado Fiscal uma qualidade específica do Estado de Direito (caracterizado pela ideia de limite ao exercício do poder), é natural que também ele seja constituído por limites no exercício do poder fiscal. Nesse caso, não se tratará apenas de limite máximo (até onde o Estado Fiscal pode interferir na propriedade privada, no desempenho de sua função arrecadatória), mas também de um limite mínimo, a garantir um mínimo de arrecadação para que o próprio Estado seja viável – trata-se do que pode ser designado de *mínimo de subsistência estatal*.⁴⁹¹

Essa configuração do Estado caracterizado pela fiscalidade demanda que se pense, também, em uma cidadania fiscal, algo que pode ser extraído do papel ativo/colaborativo exigido dos cidadãos no Estado Social, para além de uma mera posição de *status passivus subjectionis*.⁴⁹²

Na evolução da própria ideia de cidadania, com uma primeira etapa compreendida como cidadania passiva (orientada à proteção de direitos individuais, e sem necessidade de participação considerável na vida política, que ficava a cargo de profissionais), e uma segunda etapa relacionada a uma *cidadania ativa* (caracterizada por uma maior participação do indivíduo nos assuntos da vida política), pode ser mencionada uma terceira etapa, constitutiva de uma *cidadania solidária*, na qual é desenvolvida uma consciência de que cada cidadão está

⁴⁸⁸ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos:** contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2009. p. 200.

⁴⁸⁹ NABAIS, José Casalta. **Estudos de direito fiscal:** por um Estado fiscal suportável. Coimbra: Almedina, 2005. p. 103.

⁴⁹⁰ NABAIS, José Casalta. **Estudos de direito fiscal:** por um Estado fiscal suportável. Coimbra: Almedina, 2005. p. 105 e 107.

⁴⁹¹ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos:** contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2009. p. 216.

⁴⁹² HÄBERLE, Peter. **Los derechos fundamentales en el estado prestacional.** Tradução de Jorge Luis León Vásquez. Lima: Palestra Editores, 2019. p. 38.

sujeito, na vida social, a encargos que não podem ser atribuídos exclusivamente ao Estado.⁴⁹³ O Estado Fiscal possibilita, desse modo, falar de uma cidadania fiscal (solidária), decorrência da necessidade de que cada indivíduo membro da comunidade assuma parcela da responsabilidade em relação aos custos do Estado; isto é, que seja destinatário de um dever (fundamental) de pagar tributos.⁴⁹⁴

3.3.2 Breves delimitações conceituais sobre as espécies de tributos

Ao tratar de Estado Fiscal, de limitações ao poder de tributar, de dever fundamental de pagar impostos (e não tributos), é necessário um detalhamento a respeito das espécies de tributos, mesmo que de forma pontual, inclusive porque imprescindível à adequada compreensão da matéria objeto da presente pesquisa, especificamente do conteúdo do dever fundamental de pagar tributos.

3.3.2.1 *Imposto*

A mais difundida entre as espécies de tributos, o imposto pode ser conceituado, do ponto de vista objetivo, como a prestação (objeto de uma obrigação) pecuniária, unilateral (sem contraprestação específica em benefício do contribuinte), definitiva (sem direito a reembolso), e coativa (estabelecida *ex lege*). Do ponto de vista subjetivo, é possível conceituar o imposto como a prestação exigida de detentores de capacidade contributiva, em benefício de entidades que desempenham funções públicas. E, do ponto de vista teleológico, o imposto pode ser concebido a partir de sua finalidade fiscal (obtenção de receita para custeio de atividades públicas), ou de finalidades extrafiscais (excluída a finalidade sancionatória).⁴⁹⁵

A justificativa do imposto por excelência é a necessidade financeira do Estado.⁴⁹⁶ É necessária a ressalva de que há impostos que são pensados a partir de finalidades que ultrapassam tal objetivo estritamente financeiro. Em relação a esse último grupo, costuma-se

⁴⁹³ NABAIS, José Casalta. **Estudos de direito fiscal**: por um Estado fiscal suportável. Coimbra: Almedina, 2005. p. 99.

⁴⁹⁴ NABAIS, José Casalta. **Estudos de direito fiscal**: por um Estado fiscal suportável. Coimbra: Almedina, 2005. p. 33.

⁴⁹⁵ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2009. p. 224-226.

⁴⁹⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 207.

distinguir os impostos em fiscais, voltados à obtenção de receitas pelo Estado, e extrafiscais, destinados ao alcance de finalidades diversas da anterior.⁴⁹⁷

Invariavelmente, todo tributo exerce alguma repercussão para além de sua destinação fiscal, mesmo quando não classificado como extrafiscal. Por essa razão, a partir da doutrina de Geraldo Ataliba, é correto afirmar que inexistente tributo neutro.⁴⁹⁸ A extrafiscalidade, entretanto, não significa toda e qualquer produção de efeitos extrafiscais pela instituição e cobrança do imposto, mas a deliberada instrumentalização do imposto para a produção desses efeitos.⁴⁹⁹ Por outro lado, mesmo que atribuídas funções econômicas extrafiscais ao imposto, em última instância, também esse imposto extrafiscal estaria à serviço da função fiscal; ou seja, o seu resultado prático acaba por ser igualmente fiscal, na medida em que o imposto sempre produzirá algum reflexo na arrecadação de receitas públicas.⁵⁰⁰

Uma importante característica do imposto, especialmente para a delimitação do dever fundamental de pagar tributos, é a sua não vinculação. Ricardo Lobo Torres, ao propor um conceito relativamente completo de imposto, destaca desde seu caráter de dever fundamental, até a limitação do poder de tributar, o princípio da capacidade contributiva, o princípio da legalidade, e essa não vinculação. Em suas palavras:

[...] o imposto é o dever fundamental consistente em prestação pecuniária, que, limitado pelas liberdades fundamentais, sob a diretiva do princípio constitucional da capacidade contributiva e com a finalidade principal ou acessória de obtenção de receita para as necessidades públicas gerais, é exigido de quem tenha realizado, independentemente de qualquer atividade

⁴⁹⁷ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos:** contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2009. p. 681.

⁴⁹⁸ ATALIBA, Geraldo. **Sistema constitucional tributário brasileiro.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968. p. 150.

⁴⁹⁹ Nas palavras de Geraldo Ataliba: “Ainda que inconscientemente, o legislador, ao manejar o instrumento fiscal, age sobre (*sic*) a economia, nela provocando reflexos positivos ou negativos. Tal caráter é inerente ao tributo, não sendo mesmo possível imaginá-lo sem ele (*sic*). Não é, entretanto, a isto que se pretende aludir, quando se fala em extrafiscalidade. O que se intenta designar, sob tal nome – como dito – é o emprêgo (*sic*) deliberado do instrumento tributário para finalidades não financeiras, mas regulatórias de comportamentos sociais, em matéria econômica, social e política.” ATALIBA, Geraldo. **Sistema constitucional tributário brasileiro.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968. p. 150-151.

⁵⁰⁰ Nas palavras de José Casalta Nabais: “[...] a função económica e a função fiscal dos impostos em rigor não se apresentam contrapostas nem separadas, mas sim imbricadas numa relação de recíproca dependência. É que, só o florescimento da economia, no seu todo e nas suas componentes, preenche o pressuposto para o estado obter as receitas fiscais necessárias ao financiamento das suas tarefas. Daí que esta ‘economização’ da tributação esteja, ao fim e ao cabo, ao serviço da própria obtenção de receitas, e a função económica da tributação *prima facie* extrafiscal tenha assim carácter fiscal.” NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos:** contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2009. p. 234.

estatal em seu benefício, o fato descrito em lei elaborada de acordo com a competência especificamente outorgada pela Constituição.⁵⁰¹

A caracterização do imposto como tributo não vinculado, importante elemento distintivo, decorre do fato de o imposto possuir como hipótese de incidência um fato (comportamento do contribuinte, ou situação jurídica) desvinculado de qualquer atuação específica do Estado.⁵⁰² Nas palavras de Geraldo Ataliba, “[...] a hipótese de incidência [...] do impôsto (*sic*) será sempre um fato qualquer, expressivo de capacidade econômica – significativo do que tècnicamente (*sic*) se denomina capacidade contributiva – relacionado com o obrigado.”⁵⁰³ Inclusive, essa é uma característica expressamente presente em dispositivo legal do Código Tributário Nacional.⁵⁰⁴

Nesses termos, a inexistência de atuação específica do Estado faz parte da índole do imposto.⁵⁰⁵ O imposto não é cobrado em razão de uma prestação determinada do Estado ao sujeito obrigado ao pagamento, não há essa vinculação prévia entre a obrigação de pagar e a destinação conferida pelo Estado ao valor a ser pago.⁵⁰⁶ Mesmo que o contribuinte possa usufruir de algum benefício em razão do pagamento, tal benefício decorrerá de sua condição genérica de cidadão, assim como qualquer outro integrante do grupo social, e não de sua condição de contribuinte.⁵⁰⁷

3.3.2.2 Taxa

Diferentemente do imposto, a taxa constitui uma prestação pecuniária exigida por autoridade competente em razão de atividade específica realizada por essa mesma autoridade,

⁵⁰¹ TORRES, Ricardo Lobo. **Sistemas constitucionais tributários**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1986. p. 232.

⁵⁰² BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11. ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 198; CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 602-603.

⁵⁰³ ATALIBA, Geraldo. **Sistema constitucional tributário brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968. p. 138.

⁵⁰⁴ “Art. 16. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.” BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: https://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 3 jun. 2024.

⁵⁰⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 36.

⁵⁰⁶ SPISSO, Rodolfo R. **Derecho constitucional tributário**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1991. p. 44.

⁵⁰⁷ AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 52.

e que aproveita (ou pode aproveitar) o particular sujeito à cobrança.⁵⁰⁸ Incide, nesse aspecto, um princípio de equivalência, a significar que, se a razão de ser da taxa é uma despesa gerada por indivíduos determinados (sua instituição é motivada por um serviço colocado à disposição dessas pessoas), deve ser a taxa cobrada desses mesmos indivíduos.⁵⁰⁹ A cobrança da taxa decorre, portanto, da utilização ou da disponibilização de um serviço público divisível a cada particular que aproveita ou pode aproveitar.⁵¹⁰ As grandes motivações da existência da taxa são o interesse público da atividade exercida pelo Estado e o interesse ou benefício (efetivo ou potencial⁵¹¹) particular do sujeito obrigado ao pagamento;⁵¹² ela nasce de uma atividade estatal relacionada com o sujeito obrigado,⁵¹³ razão pela qual são consideradas “[...] contraprestações devidas por prestações públicas [...]”.⁵¹⁴⁻⁵¹⁵

Ao elencar as diferenças entre o imposto e a taxa, José Casalta Nabais indica ambos, imposto e taxa, como as duas únicas categorias de tributos:⁵¹⁶ os impostos, caracterizados pela unilateralidade, condicionados a um rigoroso princípio da legalidade, bem como ao princípio da capacidade contributiva; e as taxas, bilaterais/sinalagmáticas, sujeitas a um princípio da

⁵⁰⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito tributário constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. p. 30.

⁵⁰⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 1842.

⁵¹⁰ BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11. ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 540.

⁵¹¹ SPISSO, Rodolfo R. **Derecho constitucional tributário**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1991. p. 44.

⁵¹² CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito tributário constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. p. 31.

⁵¹³ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 39; CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 608.

⁵¹⁴ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 260.

⁵¹⁵ Nos termos da Constituição Federal: “Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: [...] II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;” BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 24 abr. 2024.

⁵¹⁶ Esse autor entende não ser apropriada a diferenciação entre outras formas de tributos defendendo uma classificação bipartida: “[...] não valendo para estes a ‘constituição fiscal’, nomeadamente os princípios da legalidade fiscal e da capacidade contributiva, não se vislumbra a menor utilidade da distinção, dentro desses tributos, das taxas, das contribuições, dos tributos especiais, ou de outras figuras que, com estes ou outros nomes, encontramos em sede da ciência das finanças ou do direito financeiro.” NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 682.

legalidade mais flexível, e materialmente limitadas por um critério de proporcionalidade entre a prestação estatal e a contraprestação que lhes servem de objeto.⁵¹⁷

As taxas podem ser classificadas em taxa de serviço, caracterizada pela relação com a prestação de serviço público específico e divisível (serviços de fornecimento residencial de água, de gás, de energia elétrica);⁵¹⁸ e taxa de polícia, relacionada ao exercício efetivo do poder de polícia⁵¹⁹ (exames, vistorias, licenciamentos).⁵²⁰

3.3.2.3 Contribuição de melhoria

Outra espécie de tributo é a contribuição de melhoria, tributo indiretamente relacionado com o sujeito obrigado ao pagamento, em razão de valorização imobiliária.⁵²¹ É cobrada de proprietários de imóveis que tenham sido objeto de valorização em razão de obra pública, justamente pelo entendimento de que, em razão do benefício direto que experimentam (e não um benefício indireto experimentado por toda a coletividade), devem suportar o custo da obra.⁵²² Pode ser considerada uma espécie de taxa, na medida em que é cobrada especificamente daquele que obtiver determinado benefício; contudo, é cobrada posteriormente à realização da obra, verificada a efetiva valorização do imóvel.⁵²³

Tanto a taxa, quanto a contribuição de melhoria, são considerados tributos vinculados, diferentemente do imposto.⁵²⁴

3.3.2.4 Empréstimo compulsório

⁵¹⁷ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2009. p. 260.

⁵¹⁸ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 610-611.

⁵¹⁹ Nas palavras de Luciano Amaro: “Há certos direitos cujo exercício deve ser conciliado com o interesse público, cabendo ao Estado policiar a atuação do indivíduo. A construção de um prédio ou a instalação de uma empresa devem obedecer às leis de zoneamento, de segurança etc.” AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 55.

⁵²⁰ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 612-614.

⁵²¹ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 635.

⁵²² SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 200.

⁵²³ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito tributário constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. p. 45.

⁵²⁴ MACHADO, Hugo de Brito. **Os princípios jurídicos da tributação na constituição de 1988**. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 67.

Existe, ainda, o empréstimo compulsório, que não constitui propriamente receita do Estado, já que caracterizado pela restituibilidade,⁵²⁵ regulado pelo artigo 148 da Constituição Federal.⁵²⁶ O mencionado dispositivo constitucional dispõe quais são as possíveis motivações (hipóteses constitucionais) para a instituição do empréstimo compulsório, mas não estabelece quais as suas possíveis hipóteses de incidência. No entendimento de Luís Eduardo Schoueri, o empréstimo compulsório possuirá hipótese de incidência situação compatível com o regramento de outras espécies tributárias (por exemplo, atividade estatal não vinculada, típica dos impostos), sujeitando-se ao respectivo regramento (no mesmo exemplo, com a aplicação do princípio da capacidade contributiva).⁵²⁷

3.3.2.5 Contribuições sociais

Por fim, a categoria das contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico, e de interesse de categoria profissional ou econômica,⁵²⁸ tributos instituídos com finalidade determinada e exercitável por entidade estatal ou paraestatal, ou entidade não estatal considerada necessária para função de interesse público.⁵²⁹

No sistema tributário brasileiro, como advertido por Marciano Buffon, há uma falta de clareza relacionada à determinação da natureza de cada tributo. No caso das contribuições sociais, por exemplo, em alguns casos poderiam ser consideradas tributo vinculado (por exemplo, em casos de contribuições de interesse de categoria profissional e de contribuições previdenciárias), e, em outros casos, tributo não vinculado, mesmo que possuam uma

⁵²⁵ AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 109.

⁵²⁶ “Art. 148. A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios: I - para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência; II - no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, "b". Parágrafo único. A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição.” BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 24 abr. 2024.

⁵²⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 219.

⁵²⁸ Conforme a Constituição Federal: “Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.” BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 24 abr. 2024.

⁵²⁹ AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 106.

destinação específica que é própria das contribuições (por exemplo, contribuição para o PIS e a COFINS). Ou seja, não seria possível, em nosso país, afirmar que apenas os impostos são tributos não vinculados, razão pela qual o dever fundamental de pagar acaba por ser aplicável também a outras espécies de tributos.⁵³⁰

Nesse mesmo sentido, a afirmação de Paulo de Barros Carvalho, após tratar das contribuições de melhoria, no sentido de que “As outras contribuições, por revestirem ora o caráter de tributos vinculados, ora o de impostos, não constituem categoria à parte, pelo que não de subsumir-se numa das espécies enumeradas.”⁵³¹ Ainda, Hugo de Brito Machado ao afirmar que as contribuições sociais possuem “[...] características ora de imposto, ora de taxa [...]”.⁵³² Por essa razão, no ordenamento jurídico pátrio, é adequado falar em dever fundamental de pagar tributos não vinculados, e não apenas impostos.⁵³³

3.3.3 O dever fundamental de pagar tributos não vinculados

Como visto anteriormente, para que seja viável a vida em comunidade, especialmente como concebida atualmente (fundada em valores como a igualdade, a justiça social, a erradicação da pobreza, entre outros), não basta a instituição de deveres negativos. Em John Stuart Mill, são mencionados dois importantes princípios gerais de limitação da conduta individual, indicando a indispensabilidade também de deveres positivos: que não sejam lesados certos interesses alheios, e que cada pessoa assuma a responsabilidade por parte dos sacrifícios e trabalhos em defesa da sociedade e de seus integrantes.⁵³⁴

O primeiro princípio mencionado é representado pelo brocardo *neminem laedere*,⁵³⁵ imperativo de abstenção direcionado a cada indivíduo em sociedade.⁵³⁶ O segundo princípio,

⁵³⁰ BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana**: entre os direitos e deveres fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 89-90.

⁵³¹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 35-36.

⁵³² MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 422.

⁵³³ Nas palavras do autor: “[...] embora Casalta Nabais desenvolva sua teoria acerca dos ‘impostos’ e diga que tal dever fundamental a eles se refere, no Brasil parece ser mais adequado falar-se em ‘dever fundamental de pagar tributos não-vinculados ou desprovidos de bilateralidade’.” BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana**: entre os direitos e deveres fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 90.

⁵³⁴ MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Trad. de Maria Aparecida Sargiolato. Campinas, SP: Vide Editorial, 2018. p. 133-134.

⁵³⁵ Categoria retomada no tópico 3.2.3.1.

por sua vez, introduz um dever positivo de caráter essencial para viabilização da vida social, do que é exemplo privilegiado o dever de pagar tributos, pressuposto de existência do Estado – e decorrência lógica da criação do Estado.⁵³⁷ Já em Aristóteles, por exemplo, foi afirmada a fundamental importância do pagamento de impostos, enquanto condição para a existência da *polis*.⁵³⁸ Sem contribuintes que paguem seus impostos, não há Estado.⁵³⁹ Nesse contexto, o dever de contribuir com os gastos públicos constitui um dever clássico de caráter patrimonial (diferente, por exemplo, do dever de defesa da pátria, de caráter pessoal).⁵⁴⁰

Esse dever de contribuir chega a ser tratado por Juan Manuel Goig Martínez como um dever *óbvio e evidente*, justamente porque inexisteriam quaisquer tipos de políticas públicas se inexistente tal dever.⁵⁴¹ A preservação da propriedade privada, da liberdade profissional, e de tantos outros direitos liberdades (para ficar apenas nesses exemplos) é algo possível apenas em razão da legitimação constitucional da intervenção fiscal do Estado.⁵⁴²⁻⁵⁴³

Por tais razões, pode ser afirmado que um dos principais deveres de cidadania é o pagamento de tributos não vinculados, sem o que seria impossível a concretização de direitos fundamentais.⁵⁴⁴ Como já referido anteriormente,⁵⁴⁵ a referência a tributos não vinculados (característica constitutiva dos impostos, mas que, no sistema tributário brasileiro, também pode ser reconhecida em contribuições sociais, razão pela qual o dever fundamental de pagar

⁵³⁶ GÓMEZ-TRELLES, Javier Sánchez-Vera. Delito de infracción de deber. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. (coord.). **El funcionalismo en el derecho penal**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. t. 1, p. 273.

⁵³⁷ VILLEGAS, Héctor B. **Curso de finanzas, derecho financiero y tributario**. 7. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2001. p. 74.

⁵³⁸ “Ha de haber hombres libres, que paguen impuestos (una *polis* no podrá ser sólo de pobres, como tampoco de esclavos); y si éstos hacen falta, también la justicia y la virtud [guerrera]. Sin ellas no puede administrarse una *polis*: sólo que sin los primeros es imposible que haya polis, y sin las últimas, que funcione bien.” ARISTÓTELES. **Politeia**: La política. Trad. de Manuel Briceño Jáuregui. Bogotá: Instituto Caro y Cuervo, 1989. p. 313.

⁵³⁹ ROVAN, Joseph. **Como tornar-se cidadão da Europa**: primeiro os deveres, depois os direitos. Trad. de J. Freitas e Silva. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1993. p. 27.

⁵⁴⁰ ÁLVAREZ CONDE, Enrique. **Curso de Derecho Constitucional**. 3. ed. Espanha: Editorial Tecnos, 1999. v. 1, p. 492.

⁵⁴¹ GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel. La constitucionalización de deberes. **Revista de Derecho Uned**, Espanha, n. 9, p. 140, 2011. Disponível em: <https://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/11071/10599>. Acesso em: 1 jul. 2023.

⁵⁴² PAPIER, Hans-Jürgen. Ley Fundamental y orden económico. In: BENDA, Ernst *et al.* (org.). **Manual de Derecho Constitucional**. Trad. de Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 604.

⁵⁴³ Sobre esse assunto, vide tópico 3.3.1.

⁵⁴⁴ BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana**: entre os direitos e deveres fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 79.

⁵⁴⁵ Vide tópico 3.3.1.

possui por objeto não só os impostos, mas igualmente outros tributos não vinculados⁵⁴⁶) como conteúdo do dever fundamental, excluindo dessa categoria o dever de pagar tributos vinculados (como as taxas), decorre do fato de que grande parte das prestações estatais consideradas o cerne da razão de ser do Estado são incompatíveis com a divisão dos benefícios e dos custos, sendo em regra admitido o seu custeio por meio de impostos (por exemplo, as tarefas relacionadas à polícia e à política econômica). Para além disso, outras atividades também básicas prestadas pelo Estado, que permitem a identificação dos beneficiários e a divisão dos custos, são comumente sustentadas pelo pagamento de impostos (por exemplo, os serviços de saúde pública, a assistência jurídica gratuita a necessitados e a gratuidade de ensino em instituições públicas).⁵⁴⁷

Se o recolhimento de tributos, sobretudo de impostos, é condição imprescindível para o custeio dos gastos do Estado, é correto afirmar inclusive que o pagamento desses tributos é o mecanismo encontrado para garantir em maior amplitude possível as liberdades individuais, desonerando os indivíduos das prestações delegadas ao Estado. Nas palavras de Ricardo Lobo Torres: “[...] o Estado Fiscal oferece justamente a vantagem de garantir a liberdade do cidadão em seu grau máximo, através da substituição dos serviços obrigatórios pelo tributo, que permite a contratação dos profissionais encarregados da defesa militar e da aplicação da justiça.”⁵⁴⁸

Para garantir as condições mínimas de dignidade e existência humana (no sentido acima mencionado, por meio da garantia dos direitos fundamentais), é indispensável o cumprimento desse dever de contribuir com os gastos do Estado, dever que é extraído, por tudo o que mencionado anteriormente, de um postulado de solidariedade.⁵⁴⁹

Há deveres que impõem uma contribuição diretamente a sujeitos indeterminados afetados por situações excepcionais, como o caso regulado penalmente pela criminalização da omissão de socorro; e há deveres de conteúdo solidário que impõem uma contribuição com o

⁵⁴⁶ BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana**: entre os direitos e deveres fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 89-90.

⁵⁴⁷ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2009. p. 200.

⁵⁴⁸ TORRES, Ricardo Lobo. **Sistemas constitucionais tributários**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1986. p. 690.

⁵⁴⁹ SÁNCHEZ HUETE, Miguel Ángel. El carácter fundamental del deber de contribuir: el derecho y la ética de las relaciones tributarias. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 50, p. 189, 2017. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/934>. Acesso em: 20 nov. 2023.

Estado, para possibilitar que ele consiga desempenhar suas funções – esse o caso do dever de pagamento de impostos.⁵⁵⁰

Tamanha é a importância desse dever, que é afirmado que constitui menos um dever de contribuir a nível individual, e mais um dever de solidariedade política, econômica e social; um princípio básico de solidariedade coletiva diante da necessidade de suportar os custos das prestações públicas.⁵⁵¹ Trata-se de uma perspectiva reconhecida ao dever de pagar sobretudo a partir da instituição do Estado Social e Democrático de Direito, já que na época absolutista, o fundamento do dever de pagar impostos era encontrado na autoridade do soberano.⁵⁵²

A solidariedade é, portanto, uma fonte de deveres jurídicos diversos, dentre os quais o dever de socorro em uma situação de naufrágio, deveres de cuidado do meio ambiente (solidariedade transgeracional), e obrigações tributárias.⁵⁵³ Aliás, em matéria tributária, a solidariedade é considerada não só fundamento do dever de pagar, mas também um critério balizador dos gastos, pela Administração Pública, dos valores pagos.⁵⁵⁴ Isso porque é por meio da destinação dos valores arrecadados que as políticas de redistribuição de renda podem ser implementadas.⁵⁵⁵ Desse modo, Hans-Jürgen Papier afirma existir um direito fundamental do cidadão a que o gasto público seja balizado por um mandado de economicidade.⁵⁵⁶

Além disso, a falta de controle em relação aos gastos públicos conduz a uma generalizada perda da confiança nos governantes e, conseqüentemente, a um enfraquecimento

⁵⁵⁰ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. La solidaridad como fuente de deberes. Elementos para su incardinación en el sistema jurídico-penal. **Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales**, Chile, n. 27, p. 259, 2019. Disponível em: <https://politerim.com/wp-content/uploads/2019/06/Vol14N27A8.pdf>. Acesso em: 29 out. 2023.

⁵⁵¹ GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel. La constitucionalización de deberes. **Revista de Derecho Uned**, Espanha, n. 9, p. 141, 2011. Disponível em: <https://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/11071/10599>. Acesso em: 1 jul. 2023.

⁵⁵² PAUNER CHULVI, Cristina. **El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos**. 2000. 714 f. Tese (Doutorado em Direito) - Departament de Dret Públic, Universitat Jaume I, Espanha. 2000. p. 81.

⁵⁵³ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. La solidaridad como fuente de deberes. Elementos para su incardinación en el sistema jurídico-penal. **Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales**, Chile, n. 27, p. 255, 2019. Disponível em: <https://politerim.com/wp-content/uploads/2019/06/Vol14N27A8.pdf>. Acesso em: 29 out. 2023.

⁵⁵⁴ DE JUAN Y PEÑALOSA, José Luis. El principio de solidaridad interregional: el principio de solidaridad y la regionalización de los impuestos. **Documentación Administrativa**, Espanha, n. 181, p. 202, 1979. Disponível em: <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/4339>. Acesso em: 4 jun. 2023.

⁵⁵⁵ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 46-48.

⁵⁵⁶ PAPIER, Hans-Jürgen. Ley Fundamental y orden económico. In: BENDA, Ernst *et al.* (org.). **Manual de Derecho Constitucional**. Trad. de Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 609.

da concepção social do tributo como um valor fundamental.⁵⁵⁷ Por outro lado, o adequado gasto dos valores arrecadados pelo Estado, de acordo com as maiores necessidades da coletividade e com uma maior transparência na gestão desses gastos, tende a promover uma menor resistência ao pagamento de tributos.⁵⁵⁸

A esse respeito, Marcelo Lettieri Siqueira e Francisco S. Ramos fazem referência a pesquisas voltadas a apurar as razões que influenciam na tendência de prática do ato de sonegação. Por exemplo, os contribuintes se sentiriam mais dispostos a cumprir suas obrigações tributárias em um Estado que se mostre mais efetivo no desempenho de suas contraprestações; ou, ainda, quando instituídos incentivos fornecidos pelo Estado a contribuintes auditados e que tenham cumprido suas obrigações tributárias, em recompensa à honestidade.⁵⁵⁹ Em outro momento, referem como fatores que influenciam na sonegação a probabilidade de sua detecção, a severidade das penalidades e a opinião moral do contribuinte sobre a obrigação tributária.⁵⁶⁰

Seguindo esse mesmo raciocínio, Marcos Pascual González defende que, para que o dever de pagar tributos seja de pleno cumprimento, também o gasto público deve ocorrer com respeito às exigências constitucionais. Afinal, se é possível afirmar que os cidadãos, ao comporem um corpo social, aceitaram a sujeição a um tal dever de pagar, deve-se também admitir que essa aceitação se deu vinculada aos postulados balizadores dos gastos públicos. Em síntese, para uma plenitude do dever de pagar, o gasto público deveria ocorrer de acordo com princípios de economia, eficácia e eficiência.⁵⁶¹⁻⁵⁶² Esse autor chega a afirmar que o

⁵⁵⁷ FERNANDEZ ALBOR, Agustín. Política criminal del delito fiscal. *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, Espanha, v. 5, p. 48, 1982. Disponível em: <https://minerva.usc.es/xmlui/handle/10347/4283>. Acesso em: 25 jul. 2023.

⁵⁵⁸ FERNANDEZ ALBOR, Agustín. Política criminal del delito fiscal. *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, Espanha, v. 5, p. 77, 1982. Disponível em: <https://minerva.usc.es/xmlui/handle/10347/4283>. Acesso em: 25 jul. 2023.

⁵⁵⁹ SIQUEIRA, Marcelo Lettieri; RAMOS, Francisco S. A Economia da Sonegação: Teorias e Evidências Empíricas. *Revista de Economia Contemporânea*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 562, 2005. Disponível em: <http://old.scielo.br/pdf/rec/v9n3/v9n3a04.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2023.

⁵⁶⁰ SIQUEIRA, Marcelo Lettieri; RAMOS, Francisco S. A Economia da Sonegação: Teorias e Evidências Empíricas. *Revista de Economia Contemporânea*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 571, 2005. Disponível em: <http://old.scielo.br/pdf/rec/v9n3/v9n3a04.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2023.

⁵⁶¹ PASCUAL GONZÁLEZ, Marcos M. El deber de contribuir en un sistema de ingresos públicos constitucionalmente válido. In: USCANGA BARRADAS, Abril; FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús Aquilino (dir.). *Derechos y obligaciones en el estado de derecho: actas del III Coloquio Binacional México-España*. Oviedo: Universidad Nacional Autónoma de México, 2017. p. 379-380.

⁵⁶² Nas palavras do mesmo autor: “Existe un deber de contribuir que se justifica en un eficaz y eficiente gasto público. La Constitución es el fundamento del poder tributario, pero no para cualquier imposición, sino solo para la que lleve aparejada un gasto constitucionalmente admisible de acuerdo con los principios de justicia

dever de contribuir será justo quando os gastos também o forem⁵⁶³ - raciocínio com o qual não se concorda, porque cria uma condição externa e posterior ao dever de pagar, dever que, nessas condições, apenas seria exigível se houvesse o cumprimento de outro dever por parte de terceiro (o Estado, na destinação dos valores arrecadados).⁵⁶⁴ O dever (fundamental) de pagar tributos, acredita-se, deve bastar por si próprio (respeitadas as limitações que lhe são constitutivas, como o princípio da capacidade contributiva⁵⁶⁵), em razão de sua própria fundamentalidade social, e não deve sofrer impacto em razão de eventuais transgressões a ele posteriores e realizadas por terceiros.

Para além dessa problemática, percebe-se que o dever fundamental de contribuir com os gastos públicos é constituído como um dever de solidariedade.⁵⁶⁶ Do mesmo modo, o entendimento de Michael Pawlik, para quem, por meio do pagamento de tributos, os cidadãos indiretamente cumprem um dever de solidariedade.⁵⁶⁷ Sob uma perspectiva inversa (ou seja,

que lo han de informar.” PASCUAL GONZÁLEZ, Marcos M. El deber de contribuir en un sistema de ingresos públicos constitucionalmente válido. *In*: USCANGA BARRADAS, Abril; FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús Aquilino (dir.). **Derechos y obligaciones en el estado de derecho**: actas del III Coloquio Binacional México-España. Oviedo: Universidad Nacional Autónoma de México, 2017. p. 380.

⁵⁶³ Nas suas palavras: “Este será justo cuando el gasto lo sea [...]. Por tanto, como antes apuntamos, que el gasto sea justo da justificación a que antes se haya procedido a la obtención del ingreso.” PASCUAL GONZÁLEZ, Marcos M. El deber de contribuir en un sistema de ingresos públicos constitucionalmente válido. *In*: USCANGA BARRADAS, Abril; FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús Aquilino (dir.). **Derechos y obligaciones en el estado de derecho**: actas del III Coloquio Binacional México-España. Oviedo: Universidad Nacional Autónoma de México, 2017. p. 380.

⁵⁶⁴ Reconhece-se a complexidade dessa temática, inclusive porque é na transgressão a um ordenamento posto que se identifica um elemento presente em movimentos revolucionários e reivindicatórios, assim como compreendemos existir uma relação direta entre o reconhecimento coletivo do dever de pagar tributos e a (in)adequada destinação dada aos valores recolhidos pelo Estado. Entretanto, não se entende adequado justificar o descumprimento do dever de pagar tributo em um raciocínio *a priori* fundado na posterior e possível ou provável (já que fundada em um raciocínio prospectivo, a partir de dados prévios ao descumprimento do dever) má aplicação dos recursos. Um aspecto a ser considerado aqui, por exemplo, é a maleabilidade dos conceitos de bem e mal; ilustrativamente, o indivíduo defensor de um Estado mínimo provavelmente se oponha a grande parcela da destinação conferida a valores recolhidos por meio da cobrança de tributos, de modo que justificar o não pagamento de tributo na compreensão individual ou de um grupo de que a destinação provável dos valores não é correta conduz a um severo enfraquecimento do dever e a uma insegurança jurídica em relação aos critérios de deslegitimação do dever. Salienta-se que isso não significa que a má-aplicação de valores arrecadados não deva ser fortemente combatida (por meio das estratégias disponíveis em um Estado Democrático de Direito), e a aplicação ilícita sancionada. Aliás, a fundamentação material da criminalização da sonegação fiscal desenvolvida nesta pesquisa pode servir de fundamento também à reprovação (criminal ou não) da má-aplicação dos valores arrecadados.

⁵⁶⁵ Sobre esse assunto, vide tópico 3.3.2.1.

⁵⁶⁶ ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Delito y solidaridad (estado de necesidad, omisión del deber de socorro y bienes jurídicos colectivos de solidaridad). **Revista Penal**, México, n. 41, p. 44, 2019-2020. Disponível em: <https://revistaciencias.inacipe.gob.mx/index.php/01/article/view/334/265>. Acesso em: 19 set. 2023.

⁵⁶⁷ PAWLIK, Michael. Solidaridad como categoría de legitimación jurídica penal: el ejemplo del estado de necesidad agresivo justificante. **Revista de Estudios de la Justicia**, Chile, n. 26, p. 240-241, 2017. Disponível em: <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/46485/48508>. Acesso em: 19 set. 2023.

sob a ótica do descumprimento do dever), Gonzalo Mourullo Rodríguez, ao fundamentar a gravidade do crime tributário, refere-se à fraude fiscal como um grave ato de “insolidariedade”.⁵⁶⁸

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 acolhe essa perspectiva da solidariedade enquanto importante fator de preservação da vida em comunidade. Nas palavras de Jailton Macena de Araújo, a Constituição pátria institui uma “[...] matriz ideológico-política, normativa e econômica do Estado Brasileiro [...]” composta pela solidariedade⁵⁶⁹ – solidariedade institucionalizada, na medida em que é apropriada pelo Direito.⁵⁷⁰ Desse modo, o dever de pagar tributos é um dever institucionalizado fundado na solidariedade.⁵⁷¹

Esse dever fundamental e solidário de pagar tributos não é sinônimo de obrigação tributária em sentido genérico. Uma das diferenças referidas por Cristina Pauner Chulvi é o reflexo produzido por ambos em relação à executividade:⁵⁷² “Enquanto na obrigação tributária o direito de crédito pode ser exercido por parte do credor – isto é, pelo Estado –, o dever de contribuir com o sustento dos gastos públicos não atribui a tutela executiva à parte contrária ou, ao menos, ao sujeito interessado no seu cumprimento.”⁵⁷³

⁵⁶⁸ RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. **Derecho penal**. Parte general. Madrid: Editorial Civitas, 1973. p. 185.

⁵⁶⁹ ARAÚJO, Jailton Macena de. Ensaio sobre o valor solidariedade: proposta teórico-hermenêutica para superação do paradigma econômico neoliberal. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 25, n. 2, p. 444, 2020. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/16914>. Acesso em: 20 nov. 2023.

⁵⁷⁰ Nas palavras de Juan Ignacio Piña Rochefort: “Desde esta perspectiva puede ser deseable acotar el concepto de solidaridad precisamente hasta el momento en que ella no se cristaliza en la institución de un deber especial asociado a una posición. *Rasgo distintivo de la solidaridad es la indiferenciación*. Una vez que se diferencia la posición y se adscribe un deber especial ya no puede hablarse de solidaridad sino de una forma de deber positivo institucional que puede dar lugar tanto a omisiones puras de garante (si son calificados) u comisión por omisión. Estos son ya deberes institucionales, si bien pueden tener un fundamento originariamente solidario.” PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. La solidaridad como fuente de deberes. Elementos para su incardinación en el sistema jurídico-penal. **Política Criminal**: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, Chile, n. 27, p. 258-259, 2019. Disponível em: <https://politerim.com/wp-content/uploads/2019/06/Vol14N27A8.pdf>. Acesso em: 29 out. 2023.

⁵⁷¹ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. La solidaridad como fuente de deberes. Elementos para su incardinación en el sistema jurídico-penal. **Política Criminal**: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, Chile, n. 27, p. 259, 2019. Disponível em: <https://politerim.com/wp-content/uploads/2019/06/Vol14N27A8.pdf>. Acesso em: 29 out. 2023.

⁵⁷² Sobre esse aspecto, Sonia Venegas Álvarez afirma que, analisada sob o viés prático-tributário, a relação jurídico-tributária da qual decorre a obrigação de pagar é estritamente jurídica; ou seja, o contribuinte possui o dever legal de pagar tributos (e o fisco o direito de o exigir) não propriamente em razão de um dever de solidariedade, mas em razão de um dever jurídico (obrigação tributária). Isso não significa, contudo, que a solidariedade não exerça influência nessa relação. VENEGAS ÁLVAREZ, Sonia. **Derecho fiscal**. México: Oxford University Press, 2012. p. XV.

⁵⁷³ PAUNER CHULVI, Cristina. **El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos**. 2000. 714 f. Tese (Doutorado em Direito) - Departament de Dret Públic, Universitat Jaume I, Espanha. 2000. p. 71, tradução nossa. No original: “Mientras que en la obligación tributaria el derecho de

Há, ainda, uma diferença em relação ao fundamento: enquanto o dever de contribuir com os gastos públicos se fundamenta no próprio sustento econômico do Estado, a obrigação tributária específica é fundamentada na capacidade econômica do sujeito que realiza determinada hipótese de incidência.⁵⁷⁴

Apesar das diferenças, a mesma autora afirma que a contribuição para com o sustento do Estado é realizada quase que exclusivamente por meio do pagamento de tributos, o que significa que, apesar de realidades distintas, o dever fundamental de pagar e a obrigação tributária possuem praticamente o mesmo conteúdo.⁵⁷⁵

Inserido esse dever fundamental, materializado em um dever tributário específico, no âmbito do Estado de Direito, como anteriormente referido,⁵⁷⁶ é preciso compreender que algumas limitações lhe são impostas. Se é verdade que todos os cidadãos estão sujeitos ao dever fundamental de contribuir com o sustento dos gastos públicos, por outro lado, também é verdade que todos possuem o direito a que tal dever apenas seja instituído respeitando as limitações próprias.⁵⁷⁷ O sistema tributário deve ser constituído, portanto, em conformidade com postulados de justiça e de equidade, bem como em respeito a direitos individuais.⁵⁷⁸

As restrições constitutivas do sistema tributário são extraídas especialmente da Constituição Federal, que institui princípios direcionados ao legislador, para o estabelecimento dos tributos e das matérias relacionadas, como os princípios da capacidade

crédito puede hacerse valer por parte del acreedor – esto es, por el Estado –, el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos no atribuye la tutela ejecutiva a la contraparte o, al menos al sujeto interesado en su cumplimiento.”

⁵⁷⁴ PAUNER CHULVI, Cristina. **El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos**. 2000. 714 f. Tese (Doutorado em Direito) - Departament de Dret Públic, Universitat Jaume I, Espanha. 2000. p. 72.

⁵⁷⁵ PAUNER CHULVI, Cristina. **El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos**. 2000. 714 f. Tese (Doutorado em Direito) - Departament de Dret Públic, Universitat Jaume I, Espanha. 2000. p. 73-74.

⁵⁷⁶ Sobre esse assunto, vide tópico 3.2.

⁵⁷⁷ PASCUAL GONZÁLEZ, Marcos M. El deber de contribuir en un sistema de ingresos públicos constitucionalmente válido. *In*: USCANGA BARRADAS, Abril; FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús Aquilino (dir.). **Derechos y obligaciones en el estado de derecho**: actas del III Coloquio Binacional México-España. Oviedo: Universidad Nacional Autónoma de México, 2017. p. 378.

⁵⁷⁸ Tal necessidade, inclusive, é uma demanda para que se possa alcançar os objetivos político-criminais de promoção, por meio do Direito Penal, de uma consciência fiscal. Nas palavras de Anabela Miranda Rodrigues: “É que a realização do objectivo político-criminal fundamental de promoção e consolidação de uma consciência fiscal através da lei penal fiscal coloca ao sistema fiscal particulares exigências de justiça e equidade ao nível material e de respeito pelos direitos individuais, ao nível das relações com a administração fiscal.” RODRIGUES, Anabela Miranda. Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal. PODVAL, Roberto (org.). **Temas de Direito Penal Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 184.

contributiva, da progressividade, da vedação ao confisco e da legalidade; bem como princípios direcionados à Administração Pública, para implementação do sistema tributário legalmente estabelecido, como os princípios da proporcionalidade e da eficácia.⁵⁷⁹

3.3.3.1 Limitação solidária ao dever de pagar: o princípio da capacidade contributiva

Dada a sua relevância para a constituição de uma tributação justa e compatível com os objetivos constitucionais da República, e por sua íntima relação com o postulado de solidariedade,⁵⁸⁰ é importante a compreensão da posição ocupada pelo princípio da capacidade contributiva no sistema tributário.

A capacidade contributiva representa um relevante critério limitativo do dever de contribuir com os gastos públicos.⁵⁸¹ Paolo Biscaretti di Ruffia conceitua o próprio dever de pagar tributos como um “[...] dever de contribuir para as despesas públicas em razão da própria capacidade contributiva [...]”.⁵⁸² Essa capacidade contributiva é a aptidão do sujeito passivo da relação tributária de transferir recursos ao Estado, por meio do pagamento de tributos, sem sacrifício de sua própria capacidade de gerar recursos.⁵⁸³ A tributação que atinja o mínimo vital (ou mínimo existencial⁵⁸⁴) do sujeito obrigado afronta diretamente essa capacidade contributiva, além de, nas palavras de Rodolfo R. Spisso, carecer de fundamento ético.⁵⁸⁵

⁵⁷⁹ SÁNCHEZ HUETE, Miguel Ángel. El carácter fundamental del deber de contribuir: el derecho y la ética de las relaciones tributarias. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 50, p. 192, 2017. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/934>. Acesso em: 20 nov. 2023.

⁵⁸⁰ MOSCHETTI, Francesco. El principio de la capacidad contributiva. In: AMATUCCI, Andrea (org.). **Tratado de derecho tributario**: El derecho tributario y sus fuentes. Bogotá: Temis, 2001. t. 1, p. 243.

⁵⁸¹ MOSCHETTI, Francesco. El principio de la capacidad contributiva. In: AMATUCCI, Andrea (org.). **Tratado de derecho tributario**: El derecho tributario y sus fuentes. Bogotá: Temis, 2001. t. 1, p. 244.

⁵⁸² RUFFIA, Paolo Biscaretti di. **Direito constitucional**: Instituições de direito público. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984. p. 562-563.

⁵⁸³ CERVINI, Raúl. Principios del derecho penal tributario en el Estado democrático social de derecho. **Revista de Derecho**, Montevideo, n. 2, p. 39, 2007. Disponível em: <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/846>. Acesso em: 28 out. 2023.

⁵⁸⁴ BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana**: entre os direitos e deveres fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 181.

⁵⁸⁵ Nas palavras do autor, ao referir caso exemplificativo de indivíduo que, em razão de enfermidade, tenha assumido gastos excepcionais que alcançaram toda a sua renda, além de parte de seu patrimônio: “Resulta no sólo irrazonable sino carente de sustento ético un régimen impositivo deshumanizado que afirmara la existencia de capacidad económica allí donde no la hay, y ganancias donde sólo hubo pérdidas, dolor y sufrimiento.” SPISSO, Rodolfo R. **Derecho constitucional tributario**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1991. p. 243.

A capacidade econômica individual (capacidade contributiva) é, portanto, um dos princípios balizadores do dever de pagar,⁵⁸⁶ que exerce limitação inclusive sobre o trabalho do legislador em matéria tributária.⁵⁸⁷ Pode-se afirmar que, ao lado do dever de pagar de acordo com a capacidade contributiva, há igualmente um direito do contribuinte a não ser obrigado a pagar para além de suas condições econômicas.⁵⁸⁸

Esse princípio, com previsão constitucional,⁵⁸⁹ mas fundado no próprio modelo de Estado de Direito (fundado que é na dignidade humana, igualdade e solidariedade),⁵⁹⁰ reflete o entendimento de que os indivíduos devem assumir uma carga tributária compatível com sua capacidade de pagamento; ou seja, “Quem tem maior riqueza deve, em termos proporcionais, pagar mais imposto do que quem tem menor riqueza.”⁵⁹¹ Afinal, se entre os objetivos da República estão a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza, e a redução das desigualdades sociais,⁵⁹² a repartição das despesas públicas não pode constituir fator contrário a tais objetivos.⁵⁹³

⁵⁸⁶ GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel. La constitucionalización de deberes. **Revista de Derecho Uned**, Espanha, n. 9, p. 141, 2011. Disponível em: <https://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/11071/10599>. Acesso em: 1 jul. 2023.

⁵⁸⁷ MOSCHETTI, Francesco. El principio de la capacidad contributiva. In: AMATUCCI, Andrea (org.). **Tratado de derecho tributario**: El derecho tributario y sus fuentes. Bogotá: Temos, 2001. t. 1, p. 246.

⁵⁸⁸ BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana**: entre os direitos e deveres fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 150.

⁵⁸⁹ Nos termos do art. 145, parágrafo 1º, da Constituição Federal: “§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.” BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 24 abr. 2024.

⁵⁹⁰ BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana**: entre os direitos e deveres fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 175.

⁵⁹¹ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 97.

⁵⁹² “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 24 abr. 2024.

⁵⁹³ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 214.

Assim, o princípio da capacidade contributiva é intimamente relacionado com o princípio da igualdade, e um instrumento necessário para a promoção de uma justiça fiscal⁵⁹⁴ - ou seja, um justo critério para a repartição do ônus pelo custeio do Estado.⁵⁹⁵

A estruturação do sistema tributário a partir desse princípio é, inclusive, uma necessidade decorrente da própria solidariedade fiscal.⁵⁹⁶ Nas palavras de Francesco Moschetti, “Solidariedade e capacidade contributiva são dois aspectos da mesma realidade.”⁵⁹⁷ Isso porque a solidariedade impõe uma repartição das cargas públicas de acordo com a capacidade de cada contribuinte (que a prestação individual à coletividade seja maior àquele que puder se submeter à maior prestação sem sacrificar sua subsistência), assim como a recepção do princípio da capacidade contributiva indica a adoção de um modelo de sociedade afeito à teoria solidarista. Novamente com Francesco Moschetti:

De um lado, portanto, a solidariedade requer – no plano tributário – o critério de repartição ‘em razão da capacidade contributiva’; de outro, a assunção de dito critério como princípio-base da repartição dos tributos indica uma visão da relação entre cidadãos e sociedade que não se fundamenta no individualismo [...], mas em uma síntese daqueles ideais de liberdade e socialidade que é própria do solidarismo (o Estado é para o indivíduo, porém, a potencialidade do indivíduo é o pressuposto de uma obrigação de cooperar com o interesse comum).⁵⁹⁸

O princípio da capacidade contributiva aparece, dessa forma, como uma condição para a realização do princípio da solidariedade na esfera tributária, na medida em que define o dever de pagar não a partir da fruição do agente em relação a serviço prestado pelo Estado (ou

⁵⁹⁴ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 98.

⁵⁹⁵ AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 166.

⁵⁹⁶ DE JUAN Y PEÑALOSA, José Luis. El principio de solidaridad interregional: el principio de solidaridad y la regionalización de los impuestos. **Documentación Administrativa**, Espanha, n. 181, p. 196, 1979. Disponível em: <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/4339>. Acesso em: 4 jun. 2023.

⁵⁹⁷ MOSCHETTI, Francesco. El principio de la capacidad contributiva. In: AMATUCCI, Andrea (org.). **Tratado de derecho tributario**: El derecho tributario y sus fuentes. Bogotá: Temós, 2001. t. 1, p. 243. No original: “Solidaridad y capacidad contributiva son dos aspectos de la misma realidad.”

⁵⁹⁸ MOSCHETTI, Francesco. El principio de la capacidad contributiva. In: AMATUCCI, Andrea (org.). **Tratado de derecho tributario**: El derecho tributario y sus fuentes. Bogotá: Temós, 2001. t. 1, p. 243, tradução nossa. No original: “De un lado, en consecuencia, la solidaridad requiere – en el plano tributario – el criterio de reparto ‘en razón de la capacidad contributiva’; de otro, la asunción de dicho criterio como principio-base en el reparto de los tributos, indica una visión de la relación entre ciudadanos y sociedad que no se basa ya en el individualismo [...], sino en una síntesis de aquellos ideales de libertad e socialidad que es propia del solidarismo (el Estado es para el individuo, pero la potencialidad del individuo es el presupuesto de una obligación de cooperar al interés común).”

seja, de um benefício recebido pelo agente – lógica presente, por exemplo, nas taxas, vinculadas que são), mas de sua capacidade de contribuição, podendo ser até mesmo exigido do indivíduo o pagamento por serviços com os quais não concorda, mas que foram objeto de decisão comunitariamente.⁵⁹⁹

Essa capacidade contributiva deve ser medida por meio de diversos fatores, como o exame da renda, do patrimônio, e do consumo do contribuinte.⁶⁰⁰ Nesse sentido, a afirmação de Luciano Amaro de que “[...] as atividades econômicas do contribuinte e, mais ainda, seu patrimônio e rendimento são aspectos essenciais para a mensuração de sua capacidade econômica.”⁶⁰¹

É possível, entretanto, que o princípio da capacidade contributiva assuma um papel apenas subsidiário na determinação da tributação (inclusive porque nem todos os impostos possuem caráter fiscal/econômico), quando o fator protagonista da razão de ser do imposto for um critério de justiça social, de bem comum, de conveniência. Nessa situação, mais do que a capacidade econômica do sujeito passivo, serão considerados elementos como as características de um bem e a forma de sua exploração.⁶⁰²

É inegável, portanto, que o monopólio estatal do poder fiscal é exercido sob limitações impostas pela liberdade.⁶⁰³ No exemplo acima desenvolvido, por regra geral, o poder de tributar deve respeito ao princípio da capacidade contributiva, para além da mera necessidade de recursos do Estado, preservando o mínimo existencial⁶⁰⁴ – inclusive por decorrência dos objetivos da República, como a erradicação da pobreza.⁶⁰⁵

⁵⁹⁹ DE JUAN Y PEÑALOSA, José Luis. El principio de solidaridad interregional: el principio de solidaridad y la regionalización de los impuestos. **Documentación Administrativa**, Espanha, n. 181, p. 198, 1979. Disponível em: <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/4339>. Acesso em: 4 jun. 2023.

⁶⁰⁰ MACHADO, Hugo de Brito. **Os princípios jurídicos da tributação na constituição de 1988**. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 74-75.

⁶⁰¹ AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 165.

⁶⁰² SPISSO, Rodolfo R. **Derecho constitucional tributario**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1991. p. 244-245

⁶⁰³ TORRES, Ricardo Lobo. **A ideia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 127.

⁶⁰⁴ TORRES, Ricardo Lobo. **A ideia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 134.

⁶⁰⁵ Nesse sentido, é pertinente a referência de Raúl Cervini: “[...] la gran mayoría de las Constituciones modernas basan la tributación sobre los *principios de solidaridad equitativa, capacidad de contribución y redistribución racional y progresiva de las riquezas*. Es decir: todos deben contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, de acuerdo con su capacidad económica, mediante un sistema tributario justo, sustentable y no confiscatorio.” CERVINI, Raúl. Principios del derecho penal tributario en el Estado democrático social de derecho. **Revista de Derecho**, Montevideo, n. 2, p. 37-38, 2007. Disponível em: <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/846>. Acesso em: 28 out. 2023.

Seja como for, a tal dever de pagar deve ser reconhecida a relevância que possui. A partir dos postulados desenvolvidos acima, o imposto (no caso brasileiro, do tributo não vinculado, seja ele qual for) não constitui mero poder do Estado, ou mero sacrifício por parte dos cidadãos. Mais do que isso, é um pressuposto à própria vida em comunidade, organizada em um Estado fiscal.⁶⁰⁶

Sendo o dever de pagar tributos um elemento indispensável para a vida em comunidade, sobretudo para a subsistência de um Estado Social e para a implementação e a preservação de direitos fundamentais, é nada mais do que lógico que sejam direcionados esforços contundentes para a tutela do cumprimento desse dever, inclusive por meio do Direito Penal.

⁶⁰⁶ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos:** contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2009. p. 679.

4 EPISTEMOLOGIA PENAL-TRIBUTÁRIA: FUNDAMENTO MATERIAL DA CRIMINALIZAÇÃO DA SONEGAÇÃO FISCAL

Os preceitos legais são compostos sobretudo de imperativos (determinação de adoção de determinados tipos de comportamentos). Desse modo, a finalidade imediata dos preceitos legais é produzir reflexos na conduta humana, comissiva ou omissiva.⁶⁰⁷ No caso do Direito Penal, essa conduta humana é (ao menos deve ser) relacionada a valores essenciais à vida em sociedade, e a violação do imperativo legal nesse sentido é qualificado como crime, a justificar a aplicação de uma sanção penal, esses os dois elementos centrais do Direito Penal. Nesses termos, “O direito penal estrutura-se e vive, juridicamente, através de duas realidades nucleares, elementares e indissociáveis, quais sejam: o crime e a pena.”⁶⁰⁸

Assim como a categoria do dever sofreu os influxos individualistas e coletivistas no decorrer da história,⁶⁰⁹ igualmente a ciência penal foi impactada por tais tendências. Exemplo disso é, primeiro, a disseminação da escola clássica, representada por Francesco Carrara, fundada em princípios iluministas liberais, que defendia o valor supremo do individualismo, contra qualquer intervenção arbitrária do Estado na esfera individual, defendendo postulados como o império da função de garantia do princípio da legalidade, bem como o Direito Penal do fato (impossibilidade de castigar penalmente o pensamento, a personalidade, o modo de vida)⁶¹⁰ – postulados ainda hoje e em boa medida considerados indispensáveis a um Direito Penal liberal.

Por outro lado, a escola positiva (representada por Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo) nasce a partir da disseminação do pensamento crítico à estrutura individualista do Estado liberal, atribuindo uma maior valorização à tutela da coletividade, o que justifica a atuação preventiva do Direito Penal por meio da punição da personalidade

⁶⁰⁷ RUDOLPHI, Hans-Joachim. El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal. In: SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales**. Madrid: Editorial Tecnos, 1991. p. 81.

⁶⁰⁸ FARIA COSTA, José de. **Noções fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 5.

⁶⁰⁹ Sobre esse assunto, vide capítulo 2.

⁶¹⁰ RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. **Derecho penal**. Parte general. Madrid: Editorial Civitas, 1973. p. 21.

perigosa, inclusive com o sacrifício do princípio da legalidade, concepção mais afeita a estados totalitários.⁶¹¹

Ao fundo, essas correntes de pensamento questionam o fundamento do Direito Penal, a sua função, e então a sua conformação ideal. No presente capítulo, essas questões serão retomadas, mas especialmente direcionada à criminalização do ato de sonegação fiscal e a partir do referencial teórico desenvolvido nos capítulos precedentes.

Sabe-se que a prevenção à sonegação fiscal não deve depender de uma simples política de aumento do rigor da resposta penal a esse tipo de conduta (se é que há, de fato, uma necessidade de maior rigor). Mas, por outro lado, compreende-se que o Direito Penal é um dos tantos mecanismos essenciais para o tratamento jurídico desse fato socialmente danoso.⁶¹²

Em razão dessa essencialidade, aliada à importância que possui o estudo sobre a legitimação de cada área do Direito,⁶¹³ nos tópicos a seguir procurar-se-á desenvolver em linhas gerais uma teoria de base a fundamentar a legitimidade da criminalização da sonegação fiscal.

4.1 O fundamento do Direito Penal

Conforme José de Faria Costa, o crime é um elemento natural à sociedade,⁶¹⁴ mesmo que sujeito ao processo de conformação histórica.⁶¹⁵ A intervenção do Direito Penal, nesse

⁶¹¹ RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. **Derecho penal**. Parte general. Madrid: Editorial Civitas, 1973. p. 21-22.

⁶¹² Nas palavras de Ignacio Berdugo Gómez de la Torre: “En primer lugar, que siendo loable la finalidad preventivo-general, no debe creerse que ésta se sostiene sólo sobre el aumento de las penas. La conciencia fiscal, que traería consigo la disminución del número de infracciones tributarias, es fruto de la actuación de muchos instrumentos de control social, donde el Derecho Penal es uno más y probablemente no el más importante.” GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. Consideraciones sobre el delito fiscal en el Código Español. **THEMIS: Revista de Derecho**, Lima, n. 32, p. 72, 1995. Disponível em: https://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/themis/themis_032.html. Acesso em: 22 out. 2023.

⁶¹³ FARIA COSTA, José de. **O perigo em direito penal**: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 25.

⁶¹⁴ Em suas palavras: “Se a comunidade de homens e mulheres só atingiu esse estatuto - isto é, só ascendeu à qualificação sociológica de comunidade humana - através de uma norma de proibição - a proibição do incesto, observação antropológica veiculada de vários quadrantes mas sobretudo sustentada por Lévi-Strauss - quer isso significar que o direito penal, enquanto conjunto de normas de proibição das mais desvaliosas de todas as condutas, é conatural ao nosso mais profundo modo-de-ser. [...] *ubi societas, ibi jus*. Sendo certo que neste *ius* está, por direito próprio e em lugar fundamental, o próprio direito penal. O que nos permite poder dizer em sentido translato mas absolutamente legítimo: *ubi societas, ibi crimen*.” FARIA COSTA, José de. **Noções fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 5.

contexto, com o manejo de técnicas de sancionamento, é uma importante estratégia de combate ao crime, mas que curiosamente também se manifesta como uma espécie de violência (à violência do crime, a violência da pena).⁶¹⁶

O Direito Penal é considerado, portanto, um instrumento de ordenação social, voltado à obtenção de determinados comportamentos das pessoas por meio do reconhecimento de que alguns comportamentos são indesejáveis e da declaração de que sua prática será reprimida com a aplicação de uma sanção, tudo a fim de preservar um determinado equilíbrio do sistema social, por meio de ameaça e de castigo.⁶¹⁷ Ou seja, sob um aspecto genérico, a função do Direito Penal é a regulação da convivência humana,⁶¹⁸ a proteção da convivência das pessoas em comunidade diante de violações de elevada gravidade.⁶¹⁹

Na moderna teoria do delito, tem sido comum extrair o fundamento do Direito Penal de concepções relacionadas às suas funções. Trata-se de propostas de caráter funcionalista, que promovem a orientação do Direito Penal de acordo com as suas finalidades sociais, em oposição a propostas ontologicistas.⁶²⁰ O funcionalismo é configurado como um método consequencialista⁶²¹ de justificação das normas, que considera nesse processo de justificação justamente os objetivos perseguidos pelo Direito Penal.⁶²² Essa conformação teórica, entretanto, pode assumir diversas facetas, a depender de suas especificidades. No Direito

⁶¹⁵ Ainda em suas palavras: “Ter a consciência da limitação da esfera de actuação do humano é a pedra de toque para se poder, justamente, actuar com eficácia no domínio das relações sociais. Para além disso, a aceitação de um tal dado é, por sobre tudo, a confirmação de que a dimensão humana só tem o limite da historicidade. O crime e a pena são *essentialia* do nosso viver comunitário, mas não são absolutos a-históricos. São, como aliás todo o humano, realidades que vivem em mutação constante dentro da própria história e que são por ela moldadas ou conformadas.” FÁRIA COSTA, José de. **Noções fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 5.

⁶¹⁶ HASSEMER, Winfried. **Por qué no debe suprimirse el Derecho penal**. México: INACIPE, 2003. p. 7.

⁶¹⁷ BACIGALUPO, Enrique. **Manual de Derecho penal**. Parte general. Colômbia: Editorial Temos S.A., 1996. p. 1-2.

⁶¹⁸ BAUMANN, Jürgen. **Derecho penal: conceptos fundamentales y sistema**. Tradução de Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1973. p. 7.

⁶¹⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho penal**. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 212.

⁶²⁰ PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 23, p. 289, 2000. Disponível em: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/142029.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2023.

⁶²¹ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Curso de direito penal: parte geral**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 29.

⁶²² SCHÜNEMANN, Bernd. Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales. **Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho**, Lima, n. 81, p. 99, 2018. Disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/20431>. Acesso em: 26 nov. 2023.

Penal, duas dessas facetas ganharam maior notoriedade, a partir das obras de Claus Roxin e de Günther Jakobs.

4.1.1 Síntese das propostas funcionalistas de Claus Roxin e Günther Jakobs

Uma conhecida proposta teórica com essa mencionada conformação funcionalista é a desenvolvida por Claus Roxin, que promove uma orientação do sistema da dogmática penal de acordo com as finalidades do Direito Penal.⁶²³ Para esse autor, a destinação por excelência do Direito Penal seria a tutela de bens jurídicos.⁶²⁴ Em suas palavras, “[...] a função do Direito Penal reside em assegurar aos cidadãos uma vida em comum pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos reconhecidos internacionalmente.”⁶²⁵

Essa finalidade do Direito Penal é extraída da Constituição do país e dos próprios fundamentos da democracia, concluindo ser imprescindível a tutela de bens indispensáveis à viabilização da vida em sociedade (a exemplo da vida, da integridade corporal e da autodeterminação sexual).⁶²⁶ Desse referencial teórico, é constituída a doutrina da proteção subsidiária de bens jurídicos – em respeito à subsidiariedade do Direito Penal, imperativo que decorre da severidade das sanções penais, que devem ser aplicadas apenas quando outros instrumentos de tutela menos gravosos não sejam suficientes.⁶²⁷

⁶²³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al Derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992. p. 70.

⁶²⁴ Para Miguel Tedesco Wedy, é nessa sustentação do Direito Penal na proteção de bens jurídicos mais relevantes que se encontra uma premência humanista da proposta de Roxin. WEDY, Miguel Tedesco. **A eficiência e sua repercussão no direito penal e no processo penal**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2016. p. 134.

⁶²⁵ ROXIN, Claus. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, Espanha, n. 4, p. 4-5, 2012. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/955.2.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2023, tradução nossa. No original: “[...] la función del Derecho penal reside en asegurar a los ciudadanos una vida en común pacífica y libre, bajo la salvaguarda de todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente.”

⁶²⁶ Esse mesmo entendimento é encontrado em Laura Zúñiga Rodríguez, que defende que a função social da responsabilidade penal se encontra na atribuição de pena de acordo com os parâmetros constitucionais de proteção preventiva de bens jurídicos. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. **Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas**. 3. ed. Espanha: Editorial Aranzadi, 2009. p. 291.

⁶²⁷ ROXIN, Claus. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, Espanha, n. 4, p. 5, 2012. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/955.2.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2023.

Na teoria funcionalista de Claus Roxin, justamente em razão de sua estruturação a partir das finalidades do Direito Penal, a teoria da pena adquire uma importância central.⁶²⁸ Não podendo o sistema da teoria do delito ser construído de forma arbitrária, seus elementos são fundamentados em referências externas ou objetivas, decorrentes da teoria da pena adotada.⁶²⁹

Desse modo, as teorias da pena indicam o caminho por meio do qual o objetivo do Direito Penal (garantia de uma convivência social pacífica) pode ser alcançado, ou por meio de prevenção especial (influência sobre o agente), ou por meio de prevenção geral (influência sobre a coletividade), ou ainda por meio da conjugação de ambas as finalidades.⁶³⁰

O pensamento funcionalista de Claus Roxin encontra justamente na conjugação das finalidades preventivas a teoria do fim da pena, tanto com a prevenção geral, quanto com a prevenção especial,⁶³¹ ambas as finalidades atribuídas à pena.⁶³² Sendo o Direito Penal um instrumento de controle e ordenação social, deve por isso mesmo se voltar a perseguir as necessidades sociais de prevenção do delito, objetivo não encontrado na teoria retributiva.⁶³³

Em síntese, o funcionalismo de Claus Roxin “[...] recorre a uma função para fundamentar o Direito Penal. [...] Mais especificadamente, a sistematização da teoria do delito deveria partir das bases político-criminais da moderna teoria dos fins da pena, ou seja, prevenção geral e especial.”⁶³⁴

Günther Jakobs segue o mesmo caminho metodológico de Claus Roxin, mas com divergências em relação a pontos específicos, como a função atribuída ao Direito Penal. Jakobs, assim como Roxin, também faz referência à categoria “bem jurídico”, mas em um

⁶²⁸ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 32, ano 8, out./dez., p. 132, 2000.

⁶²⁹ BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal**. Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999. p. 205.

⁶³⁰ ROXIN, Claus. **La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal**. Tradução de Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano. Espanha: Tirant lo Blach, 2000. p. 59.

⁶³¹ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 32, ano 8, out./dez., p. 132, 2000.

⁶³² JAÉN VALLEJO, Manuel. **Cuestiones básicas del derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998. p. 114.

⁶³³ ROXIN, Claus. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. **Indret: Revista para el Análisis del Derecho**, Espanha, n. 4, p. 9, 2012. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/955.2.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2023.

⁶³⁴ SCALCON, Raquel Lima. **Ilícito e pena**. Modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo. Rio de Janeiro: LMJ Mundo jurídico, 2013. p. 74.

sentido diverso.⁶³⁵ Ao retirar a legitimação material do Direito Penal da indispensabilidade de suas normas para a preservação das formas de sociedade e de Estado adotadas, Günther Jakobs qualifica como bem jurídico-penal tutelado pelo Direito Penal as expectativas normativas⁶³⁶ essenciais à manutenção do sistema, quando diante de violações às normas.⁶³⁷ A tutela de bens jurídicos específicos (vida, patrimônio e tantos outros) seria um resultado mediato, uma consequência da função de asseguramento da vigência das normas.⁶³⁸ Para chegar a essa conclusão, Günther Jakobs realiza uma distinção entre “bem jurídico”, objeto de tutela por algumas normas, e “bem jurídico-penal”, consistente na preservação das expectativas essenciais à sociedade.⁶³⁹

Essa concepção decorre de uma forma de interpretação da vida social enquanto rede de expectativas recíprocas de condutas.⁶⁴⁰ Afinal, as pessoas possuem expectativas de que os demais adotarão determinadas formas de condutas (ações ou omissões), e, a partir desse conhecimento, conformam as suas próprias condutas fundadas nesse juízo hipotético.

O Direito (nesse caso, o Direito Penal) procura servir de instrumento de regulação das expectativas e como mecanismo destinado a garantir que tais expectativas sejam respeitadas. Pode-se fazer uso, para compreensão dessa lógica, da teoria do contrato social, como expressado nas palavras de Ferdinand Tönnies:

O contrato [...] Encerra sempre uma promessa recíproca, que reduzida ao seu núcleo racional não é senão a declaração de que uma coisa será feita ou não

⁶³⁵ MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Introdução à obra de Günther Jakobs. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (org.). **Direito Penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 16.

⁶³⁶ Em suas palavras, a respeito da concepção de expectativa normativa, “En lugar de la expectativa cognitiva (¿qué hará x? probablemente no delinquirá) aparece la expectativa normativa institucionalizada (¡x no debe delinquir!), y cuando esta expectativa es defraudada, no debe seguir un proceso de aprendizaje, a diferencia de lo que sucede en el caso de defraudación de una expectativa cognitiva, sino se trata de mantener la expectativa e imputar el curso perturbador al responsable.” JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2003. p. 20.

⁶³⁷ JAKOBS, Günther. **Derecho penal**. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 44-45.

⁶³⁸ JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2003. p. 59.

⁶³⁹ PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Um novo sistema do Direito Penal**: considerações sobre a teoria da imputação objetiva de Günther Jakobs. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 21.

⁶⁴⁰ ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. São Paulo: Manole, 2005. p. 41.

será feita no futuro; ação ou omissão alcançam, em virtude de tal declaração, um grau de probabilidade que de outro modo não teria. [...] cada parte contratante, que recebe uma promessa, interpreta a declaração como sinal de uma vontade mais ou menos firme, ou seja, que considera o seu autor como vinculado à sua declaração de vontade. A crença, então, é esta: o declarante se encontra inclinado a se comportar de acordo com a promessa.⁶⁴¹

Nesses termos, Georg Wilhelm Friedrich Hegel afirma que o injusto (ilícito) aparece como a antítese entre o Direito e a vontade individual, a constituir um Direito particular (uma espécie de Direito do indivíduo que transgride, em confronto com o Direito da sociedade). Esse Direito particular, entretanto, é rechaçado pelo Direito (da sociedade), que reafirma a si mesmo diante de sua inicial negação.⁶⁴² Georg Wilhelm Friedrich Hegel é apontado como o responsável pelo início do processo de abstração da concepção de objeto da tutela penal, justamente por referir que a incidência do Direito Penal serve para a “eliminação do delito”, em um processo de restituição à lei de seu valor; isto é, uma “[...] reconciliação do Direito consigo[...]”.⁶⁴³⁻⁶⁴⁴ Em razão dessa lógica é que Günther Jakobs considera a norma como uma expectativa de conduta contrafática estabilizada.⁶⁴⁵

Essa forma de pensar o sistema jurídico é presente, com as mesmas premissas, na teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann, autor que interpreta o Direito como instrumento destinado à preservação da segurança de expectativas (normativas) diante das

⁶⁴¹ TÖNNIES, Ferdinand. **Principios de Sociología**. Trad. de Vicente Lloréns. México: Fondo de Cultura Económica, 1987. p. 36, tradução nossa. No origina: “El contrato [...] Encierra siempre una promesa recíproca, que reducida a su núcleo racional no es sino la declaración de que una cosa se hará o dejará de hacerse en el futuro; acción u omisión alcanzan en virtud de tal declaración un grado de probabilidad que de otra suerte no tendrían. [...] cada parte contratante, que recibe una promesa, interpreta la declaración como signo de una voluntad más o menos firme, o sea que considera a su autor como ligado por su declaración de voluntad. La creencia, pues, es ésta: el declarante se encuentra inclinado a comportarse de acuerdo con la promesa.”

⁶⁴² HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Filosofía del Derecho**. Buenos Aires: Editorial Claridad, 1968. p. 101.

⁶⁴³ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Teoría del garantismo penal. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, *et al.* Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 468.

⁶⁴⁴ Ao tratar da validade das normas, Winfried Hassemer afirma: “Esto último nos ahorra el laborioso proceso de justificarlas y además nos proporciona la expectativa de que regirán tanto al prójimo como a nosotros mismos. Esta expectativa es recíproca y en los casos más comunes se puede confiar en ella. [...] Sin la seguridad de una expectativa no podríamos existir, pues de lo contrario tendríamos que concebir nuestro mundo todos los días y tendríamos que fundamentar nuevamente aquello que consideramos correcto.” HASSEMER, Winfried. **Por qué no debe suprimirse el Derecho penal**. México: INACIPE, 2003. p. 12.

⁶⁴⁵ PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 23, p. 305, 2000. Disponível em: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/142029.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2023.

decepções que inevitavelmente ocorrem,⁶⁴⁶ e a normatividade como estabilidade contrafática.⁶⁴⁷

A legitimidade da sanção é extraída, portanto, da própria norma violada, a fim de evitar a disseminação social da crença de que a violação da norma é algo socialmente aceito.⁶⁴⁸ Com sua conduta, o delinquente de certa forma afirma que a expectativa normativa violada não é determinante para a sociedade. Com a administração da pena, ocorre a declaração de que, na realidade, é a conduta transgressora que não integra a configuração social. Isto é, a sociedade recusa a proposta do delinquente de abandonar a expectativa normativa por meio da ratificação da sua identidade. É missão do Direito Penal, nesse contexto, garantir a identidade da sociedade,⁶⁴⁹ e a missão da pena é assegurar a vigência da norma fruto dessa identidade.⁶⁵⁰ Nesse sentido, “[...] no marco de uma perspectiva funcional-social, o Direito Penal somente garante uma coisa: que se vai contradizer toda expressão de sentido (comprovada em um procedimento próprio de um Estado de Direito) que manifeste que a norma carece de validade.”⁶⁵¹

Percebe-se, desse modo, que a mensagem transmitida pela aplicação da pena, por esse referencial teórico, não é dirigida apenas a potenciais delinquentes, mas a todas as pessoas,

⁶⁴⁶ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 204.

⁶⁴⁷ LUHMANN, Niklas. El Derecho como sistema social. In.: DíEZ, Carlos Gómez-Jara. **Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación**. Granada: Comares, 2005. p. 73.

⁶⁴⁸ Nesse sentido: “Dicho de otro modo: es la propia norma la que justifica la sanción de su lesión. Expresado de manera más sencilla: si la infracción de una norma queda sin una respuesta que le corrija y sancione, entonces persiste la infracción a la norma, y si persiste la infracción a la norma entonces de una u otra forma ésta tiene la última palabra y esto, sin duda, tiene consecuencias para la vigencia de la norma. Luego para los ojos de la comunidad se ha mostrado cómo la lesión de esa norma para cualquiera de los que se encuentran en su entorno, es decir para todos nosotros, es prácticamente aceptada.” HASSEMER, Winfried. **Por qué no debe suprimirse el Derecho penal**. México: INACIPE, 2003. p. 26.

⁶⁴⁹ JAKOBS, Günther. Imputación juridicopenal. In: _____; STRUENSEE, Eberhard. **Problemas capitales del derecho penal moderno**. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1998. p. 33; GARCÍA AMADO, Juan Antonio. ¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal. **Revista Doxa**. Alicante, n. 23, p. 235, 2000. Disponível em: <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10249>. Acesso em: 8 jul 2023.

⁶⁵⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales. **Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho**, Lima, n. 81, p. 99, 2018. Disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/20431>. Acesso em: 26 nov. 2023.

⁶⁵¹ JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Cuadernos Civitas: Madrid, 2000. p. 63, tradução nossa. No original: “[...] en el marco de una perspectiva funcional-social, el Derecho penal sólo garantiza una cosa: que se va a contradecir toda expresión de sentido (probada en un procedimiento propio de un Estado de Derecho) que manifieste que la norma carece de validez.”

pois o convívio social demanda uma confiança generalizada na vigência das normas.⁶⁵² Seja como for, é inegável que, como consequência final da teoria de Günther Jakobs, para além da preservação da sociedade em seu funcionamento, encontra-se a tutela das próprias pessoas individuais.⁶⁵³

Diferentemente da proposta de Günther Jakobs, enxergar a justificação da tutela penal na concepção de bem-jurídico, a partir de uma doutrina liberal democrática, significa conceber um elemento balizador do Direito Penal que é externo ao próprio Direito; por essa razão, é considerada uma concepção heteropoiética. Günther Jakobs, diferentemente, defende uma concepção autopoiética, por entender que a justificação da tutela penal seria a proteção do próprio sistema, da estrutura normativa da sociedade, concepção que, no entendimento de Luigi Ferrajoli, tornaria possível toda sorte de expansão do Direito Penal.⁶⁵⁴⁻⁶⁵⁵

4.1.2 Um Direito Penal de fundamento onto-antropológico

O pensamento funcionalista (que demarca as propostas dogmáticas acima mencionadas), em uma vertente extremada (conhecida sobretudo pela doutrina de Günther Jakobs), é perceptivelmente estruturado nas lições de Talcott Parsons e de Niklas Luhmann, constituindo um pensamento que funcionaliza o Direito, transformando-o em um instrumento a serviço de determinada ordem de autoridade, e retirando desse próprio Direito a sua autonomia material.⁶⁵⁶

⁶⁵² JAKOBS, Günther. **Derecho penal**. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 18.

⁶⁵³ ARIAS EIBE, Manuel José. Funcionalismo penal moderado o teleológico-valorativo *versus* funcionalismo normativo o radical. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 29, p. 446, 2006. Disponível em: <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/9977>. Acesso em: 28 dez. 2023.

⁶⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. El principio de lesividad como garantía penal. **Nuevo Foro Penal**, Colômbia, n. 79, p. 107, 2012. Disponível em: <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/1911>. Acesso em: 30 out. 2023.

⁶⁵⁵ Nas palavras do autor: “Si el bien tutelado por la norma penal y su misma ‘vigencia’, si el daño generado por el delito no consiste en la lesión de un bien externo a éste, sino en la lesión de la misma norma jurídica, si, en últimas, el fin del Derecho penal es la protección de sí mismo, entonces está claro que una concepción así del bien jurídico, de la ofensa producida por el delito y del fin de la pena no es capaz de sugerir ningún límite al Derecho penal. Con base en esta concepción autopoiética, todos los delitos son delitos de mera desobediencia.” FERRAJOLI, Luigi. El principio de lesividad como garantía penal. **Nuevo Foro Penal**, Colômbia, n. 79, p. 111, 2012. Disponível em: <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/1911>. Acesso em: 30 out. 2023.

⁶⁵⁶ CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdiccional do Direito. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 74, p. 17, 1998.

O *bom Direito*, ou o *Direito adequado*, nesses termos, seria o Direito que serve ao alcance da finalidade que lhe é atribuída. Essa problemática pode ser situada no antagonismo entre uma ética teleológica (que compreende o bom independentemente do que é correto; e para a qual, conseqüentemente, o correto é aquilo que maximiza o bom; em síntese, que privilegia as conseqüências) e uma ética deontológica (que não prescinde da retidão para definição do que é bom).⁶⁵⁷ No sentido da ética teleológica, é compatível o conceito de utilitarismo referido por John Rawls, no sentido de que “[...] o bem é definido independentemente do que é correto, e então o correto é definido como aquilo que maximiza o bem.”⁶⁵⁸ Em termos semelhantes, após fazer referência à sujeição do homem, em suas escolhas, aos sentimentos de dor e de prazer (“Eles nos governam em tudo que fazemos, em tudo que dizemos, em tudo que pensamos [...]”⁶⁵⁹), e ao reconhecimento dessa sujeição pelo “princípio da utilidade”, Jeremy Bentham conceitua esse princípio nos seguintes termos:

Por princípio de utilidade entende-se aquele princípio que aprova ou desaprova cada ação, de acordo com a tendência que parece ter para aumentar ou diminuir a felicidade da parte cujo interesse está em questão; ou, o que é a mesma coisa em outras palavras, para promover ou para se opor a essa felicidade. Eu digo toda e qualquer ação, e, portanto, não apenas todas as ações de um indivíduo, mas todas as medidas do governo.⁶⁶⁰

⁶⁵⁷ Nas palavras de Alfonso Gómez-Lobo, a esse respeito: “[...] una ética es teleológica (de acuerdo con esta terminología) si define lo bueno en forma independiente de lo recto y luego define lo recto como lo que maximiza lo bueno. A este tipo de éticas se las suele llamar también ‘consecuencialistas’, en el entendido de que para ellas lo moralmente decisivo no son ciertas propiedades de los actos mismos sino únicamente sus consecuencias. Si se quiere que la clasificación sea exhaustiva, la posición deontológica tendrá que consistir en la negación de la teleológica. Según esto, una ética es deontológica si no define lo bueno independientemente de lo recto o si no define lo recto como lo que maximiza lo bueno.” GÓMEZ-LOBO, Alfonso. *El bien y lo recto en Aristóteles*. In: GARCÍA GUAL, Carlos (org.). *Historia de la filosofía antigua*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004. p. 250.

⁶⁵⁸ RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 21-22, tradução nossa. No original: “[...] the good is defined independently from the right, and then the right is defined as that which maximizes the good.”

⁶⁵⁹ BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*. Kitchener: Batoche Books, 2000. p. 14, tradução nossa. No original: “They govern us in all we do, in all we say, in all we think [...]”

⁶⁶⁰ BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*. Kitchener: Batoche Books, 2000. p. 14, tradução nossa. No original: “By the principle of utility is meant that principle which approves or disapproves of every action whatsoever according to the tendency it appears to have to augment or diminish the happiness of the party whose interest is in question; or, what is the same thing in other words, to promote or to oppose that happiness. I say of every action whatsoever, and therefore not only of every action of a private individual, but of every measure of government.”

No entendimento de António Castanheira Neves, esse pensar teleológico é constituído pela razão instrumental dotada de protagonismo, prevalecendo as categorias da utilidade, da funcionalidade, da eficiência, em detrimento das categorias do bem, do justo, e da validade.⁶⁶¹ Não é objeto de preocupação desse pensamento funcionalista saber o que é o Direito, qual o seu fundamento, o seu princípio, mas determinar para que serve o Direito.⁶⁶² Trata-se de uma racionalidade estratégica, na qual a escolha de uma ação ou decisão é pautada pelos efeitos que melhor realizem determinado fim ou objetivo.⁶⁶³

Esse embate entre uma racionalidade teleológica, e outra deontológica, é exposta por António Castanheira Neves como um problema a ser resolvido pelo ser humano, resolução que deve produzir consequências diretas na construção do Direito:

Com efeito, o homem dos nossos dias terá de perguntar-se que sentido se propõe conferir à sua prática e, através desse sentido, que compreensão assimilará de si próprio na sua existência histórico-comunitária. Uma prática referida a uma validade, seja porventura problemática mas não prescindindo nunca de interrogar por ela, a implicar um fundamento axiologicamente crítico e o homem transcendendo-se assim a um sentido materialmente vinculante em que assuma o projecto responsabilizante da sua própria humanidade, ou uma prática determinada tão-só por um juízo de oportunidade, a não exigir mais do que programações finalísticas actuadas por esquemas de uma operatória eficiente, e o homem reduzindo-se à imanente titularidade de estratégias de interesses que lhe permitirão uma existência formalmente calculada, e nada mais.⁶⁶⁴

⁶⁶¹ Em suas palavras: “As categorias da acção e do comportamento em geral (pessoal ou institucional) deixaram de ser as do bem, do justo, da validade (axiológica material), para serem as do útil, da funcionalidade, da eficiência, da *performance*.”⁶⁶¹ “[...] é dizer que a *fundamentação* cede à *instrumentalização* ou a razão objetivo-material à formal ‘razão instrumental’ e a *ordem* (de validade ou institucional) à *planificação* (programático-regulamentar), a *validade* à *eficácia* ou à *eficiência*. [...] Daí, como natural consequência, que a substância tivesse de enfrentar e de ceder à função no pensamento em geral e também no pensamento jurídico [...]” CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 74, p. 25, 1998.

⁶⁶² CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 74, p. 25, 1998.

⁶⁶³ CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 74, p. 28, 1998.

⁶⁶⁴ CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 74, p. 31-32, 1998.

Em uma tentativa de resposta a esse questionamento, é possível partir do referencial teórico-penal de José de Faria Costa, que toma os pressupostos de sua proposta de Martin Heidegger (especialmente da categoria *sorge*), para então promover uma crítica ao que pode ser designado de Direito Penal utilitarista (em relação ao presente estudo, um *Direito Penal Tributário utilitarista*), compatível a um funcionalismo extremado, bem como a defesa de um Direito Penal Tributário eficiente aos moldes do que referido por Miguel Tedesco Wedy; isto é, que não se admita “[...] uma eficiência utilitarista e economicista, própria da razão calculadora [...]”,⁶⁶⁵ mas sim uma “[...] finalidade eficiente que busca a justiça e a paz, por intermédio da conservação e do refazimento daquela relação fundamental onto-antropológica de cuidado de perigo.”⁶⁶⁶

Essa postura retira o protagonismo das teorias funcionalistas, fundadas em uma racionalidade instrumental e na eficiência, centradas na definição da serventia do Direito; para que, em seu lugar, assumam um papel central a axiologia, a pergunta a respeito da legitimidade, a preocupação por o que é o direito (e não para que serve). Esse é o caminho defendido por Fabio Roberto D’Avila, ressaltando o autor que não recusa toda e qualquer importância à efetividade, assim como não ignora a importância da política criminal – que, na sua concepção, não deve competir com a dogmática, já que possuem âmbitos de aplicação diversos e são autônomos entre si, inclusive admitindo eventual ocorrência de conflitos entre ambos.⁶⁶⁷ Em síntese, o autor defende que a discussão sobre a legitimidade/validade do Direito Penal (a partir a principiologia constitutiva do próprio Direito Penal) preceda a reflexão a respeito da utilidade e da conveniência político-criminais.⁶⁶⁸

A base para a proposta aqui defendida, intimamente relacionada com a defesa de postulados comunitaristas desenvolvidos no capítulo primeiro,⁶⁶⁹ é encontrada em António Castanheira Neves, quando refere os modelos de judicatura, entre os quais o funcionalista, um dos alvos de sua crítica, ao lado do modelo estritamente legalista. Para além da crítica, propõe

⁶⁶⁵ WEDY, Miguel Tedesco. **A eficiência e sua repercussão no direito penal e no processo penal**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2016. p. 392.

⁶⁶⁶ WEDY, Miguel Tedesco. **A eficiência e sua repercussão no direito penal e no processo penal**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2016. p. 392.

⁶⁶⁷ D’AVILA, Fabio Roberto. Liberdade e segurança em Direito Penal. O problema da expansão da intervenção penal. **Revista Eletrônica de Direito Penal**, Rio de Janeiro, ano 1, v. 1, n. 1, p. 69, 2013. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/7142/5118>. Acesso em: 28 dez. 2023.

⁶⁶⁸ D’AVILA, Fabio Roberto. Liberdade e segurança em Direito Penal. O problema da expansão da intervenção penal. **Revista Eletrônica de Direito Penal**, Rio de Janeiro, ano 1, v. 1, n. 1, p. 70, 2013. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/7142/5118>. Acesso em: 28 dez. 2023.

⁶⁶⁹ Sobre esse assunto, vide tópico 2.5.

a adoção de um modelo designado de jurisprudencialista, um meio termo entre a pretendida autonomia formal do legalismo e o instrumentalismo funcionalista. Tal modelo seria constituído a partir de uma validade normativa material, que é realizada de maneira orientada por uma perspectiva centrada na figura do homem. Para tanto, o autor propõe uma recompreensão do homem, tomando consciência dos compromissos comunitários; ao afirmar o valor da dignidade da pessoa, mas rejeitar qualquer traço de individualismo, afirma uma responsabilidade ética não só perante a pessoa, mas *da* pessoa para com a coletividade.⁶⁷⁰ Em suas palavras, “[...] a pessoa não é só *sujeito de direitos*, sejam eles fundamentais ou outros, mas simultaneamente *sujeito de deveres* [...]”.⁶⁷¹

Essa centralidade do papel e da compreensão do homem é um elemento que compõe a proposta de um Direito Penal de fundamento onto-antropológico, proposta defendida por José de Faria Costa e que é sustentada na construção teórica que Martin Heidegger desenvolve na obra *Ser e Tempo*.

4.1.2.1 Aspectos básicos da obra *Ser e Tempo*, de Martin Heidegger

A proposta de José de Faria Costa, para um Direito Penal de fundamento onto-antropológico, adota como ponto de partida a construção teórica desenvolvida por Martin Heidegger, justamente pela importância que o primeiro atribui ao ser humano na construção do Direito (no seu caso, do Direito Penal), assim como defendido por António Castanheira Neves nas referências anteriores. Na conhecida obra “*Ser e tempo*”, Heidegger propõe a investigação da questão do sentido do ser;⁶⁷² ou seja, ocupa-se da análise de nós mesmos enquanto entes que são.⁶⁷³ Em sua obra, a questão ontológica fundamental é a pergunta pelo

⁶⁷⁰ CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 74, p. 32-33, 1998.

⁶⁷¹ CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 74, p. 33, 1998.

⁶⁷² HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. de Marcia Sá Cavalcante. 10. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015. p. 40.

⁶⁷³ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. de Marcia Sá Cavalcante. 10. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015. p. 85.

sentido do ser em geral.⁶⁷⁴ Nesse sentido é que Martin Heidegger realiza uma fenomenologia do ser-no-mundo (*Dasein*).⁶⁷⁵

A partir dessa obra, é estabelecido que a essência do ser é ter de ser, ou seja, é sua existência.⁶⁷⁶ O *Dasein* não pode ser caracterizado a partir de propriedades dadas, mas a partir de modos possíveis de ser. Esse é o primado da existência.⁶⁷⁷

Dasein é entendido como o ser do homem, definido como existência, enquanto poder-ser ou possibilidade de ser, situada em um mundo concreto de coisas e de pessoas.⁶⁷⁸ Por sua vez, os modos de ser do *Dasein* são possibilidades existenciais constantemente presentes e articuladas.⁶⁷⁹ Existindo, o ser está a todo momento obrigado a decidir sobre suas possibilidades; ou seja, o ser do homem está sempre em jogo.⁶⁸⁰

Nesse sentido, no ser do ente, está em jogo o seu próprio ser; o *Dasein* se relaciona com o seu próprio ser enquanto ser de possibilidades; “A presença é sempre sua possibilidade.”⁶⁸¹ Pode-se afirmar, em outros termos, que o *Dasein* é a sua própria possibilidade, chamado a se apropriar de si.⁶⁸² Por tal constituição, o *Dasein* não pode ser concebido como “simples-presença”, ele é sempre poder-ser, é um projeto, uma possibilidade aberta.⁶⁸³

Dentre as possibilidades de existência do *Dasein*, a morte é mencionada por Martin Heidegger como aquela insuperável⁶⁸⁴ e com significativa importância para compreensão do *Dasein*. Da categoria morte, é extraída outra característica do *Dasein*, qual seja a angústia: “A partir desse encontro com a própria morte enquanto o limite absoluto emerge a significância

⁶⁷⁴ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. de Marcia Sá Cavalcante. 10. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015. p. 249.

⁶⁷⁵ STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “Ser e tempo”**. 5. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014. p. 13.

⁶⁷⁶ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. de Marcia Sá Cavalcante. 10. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015. p. 85.

⁶⁷⁷ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. de Marcia Sá Cavalcante. 10. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015. p. 85-86.

⁶⁷⁸ VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. Trad. de João Gama. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 26.

⁶⁷⁹ SÁ, Roberto Novaes de. A noção heideggeriana de cuidado (Sorge) e a clínica psicoterápica. **Veritas**, Porto Alegre, v. 45, n. 2, p. 260, 2000. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/view/35062>. Acesso em: 10 jan. 2024.

⁶⁸⁰ WAELEHNS, Alphonse de. **La filosofía de Martin Heidegger**. Trad. de Ramón Ceñal. México: Universidad Autónoma de Puebla, 1986. p. 116.

⁶⁸¹ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. de Marcia Sá Cavalcante. 10. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015. p. 86.

⁶⁸² HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. de Marcia Sá Cavalcante. 10. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015. p. 86.

⁶⁸³ VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. Trad. de João Gama. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 51-52.

⁶⁸⁴ VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. Trad. de João Gama. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 52.

propriamente dita e a urgência do ser-aí humano. Se dispuséssemos de um tempo infinitamente longo, então nada seria urgente, nada seria importante, nada seria ‘efetivamente real’.”⁶⁸⁵ É possível viver ignorante à morte, ou tomar consciência desse dado e, nesse sentido, a morte conclama o ser à vida (à existência própria).⁶⁸⁶ A partir dessa relação do ser-aí com a morte, com a sua condição de finitude, Heidegger concebe a temporalidade como acontecimento fundamental do ser-aí.⁶⁸⁷

Outra característica constitutiva do *Dasein* é o viver para/com o outro. Ou seja, “O *Dasein* é ser-no-mundo, o que determina a forma cotidiana de coestar e ser si próprio no mundo, lugar de compreensão do ser, entendido como habitar em um entramado de relações”.⁶⁸⁸ Por essa razão é possível identificar o *Dasein* como ser-junto e ser-com, por sua característica relacional.⁶⁸⁹

O ser-no-mundo é uma condição existencial do homem.⁶⁹⁰ Apesar de o *Dasein* ser constituído como ser-no-mundo, não significa que exista apenas uma mera relação espacial (como um objeto que está em algum lugar em relação a outro objeto); ser-no-mundo indica familiaridade, um coabitar, um “estar junto”.⁶⁹¹

Ao lado de outros elementos constitutivos do *Dasein*, Martin Heidegger refere também a situação afetiva do *Dasein*. Significa que, além de sempre se apresentar com certa pré-compreensão de uma totalidade de significados, o *Dasein* também sempre possui uma tonalidade afetiva, a qual possibilita a abertura do *Dasein* para o mundo. O *Dasein* somente pode estar no mundo sob a condição dessa tonalidade afetiva (alegria, tristeza, medo, tédio,

⁶⁸⁵ STÖRIG, Hans Joachim. **História geral da filosofia**. Trad. de Volnei J. Berkenbrock *et al.* 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016. p. 525.

⁶⁸⁶ STÖRIG, Hans Joachim. **História geral da filosofia**. Trad. de Volnei J. Berkenbrock *et al.* 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016. p. 525.

⁶⁸⁷ STÖRIG, Hans Joachim. **História geral da filosofia**. Trad. de Volnei J. Berkenbrock *et al.* 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016. p. 525.

⁶⁸⁸ NIETO FRANCO, Florentino; SANTAMARÍA GARCÍA, José María. El *Sorge* como propuesta de humanización en el cuidado. **ENE: Revista de Enfermería**, Espanha, v. 10, n. 3, 2016. Disponível em: <http://www.ene-enfermeria.org/ojs/index.php/ENE/article/view/661>. Acesso em: 28 set. 2023, tradução nossa. No original: “El *Dasein* es ser-en-el-mundo, lo que determina la forma cotidiana de coestar y ser sí mismo en el mundo, lugar de comprensión del ser, entendido como habitar en un entramado de relaciones.”

⁶⁸⁹ WEYH, Katyana Martins. **Do cuidado como essência da existência do ser-aí em Heidegger**. Porto Alegre: Editora Fi, 2019. p. 67.

⁶⁹⁰ STÖRIG, Hans Joachim. **História geral da filosofia**. Trad. de Volnei J. Berkenbrock *et al.* 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016. p. 524.

⁶⁹¹ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. de Marcia Sá Cavalcante. 10. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015. p. 98-100.

desinteresse).⁶⁹² Dessa forma, “[...] a afetividade é precisamente o que cada um de nós tem de mais profundo, de mais individual e de mais cambiante.”⁶⁹³

Diante da afetividade, da liberdade e da responsabilidade por suas escolhas relacionadas com suas possibilidades de ser, o *Dasein* é concebido, então, com um ser de angústia.⁶⁹⁴ Está-se diante de um conceito de *Dasein* como ser dotado de angústia, e a angústia como o algo que conduz o *Dasein* em direção ao ser livre para escolher e para tomar a si mesmo, à sua condição de poder-ser.⁶⁹⁵

A disposição afetiva do *Dasein* indica como ele está; na angústia, o *Dasein* se sente “estranho”, como que um sentimento de indeterminação, de não pertencimento, um “[...] não se sentir em casa [...]”.⁶⁹⁶ O angustiar-se é uma maneira de ser-no-mundo, sendo um sentimento decorrente do ser-no-mundo lançado, do poder-ser.⁶⁹⁷

A existência do *Dasein* é, portanto, tensa diante das possibilidades de ser, razão pela qual o *Dasein* se antecipa a si mesmo, projetando-se ao futuro.⁶⁹⁸ Por consequência, o ser do *Dasein* é *cuidado* porque é ser que, jogado ao mundo e nele perdido, se antecipa⁶⁹⁹ – e é justamente esse *cuidado* o elemento fundamental para a proposta de José de Faria Costa.

O *cuidado*, no alemão *Sorge*, é “[...] um traço fundamental que caracteriza o humano enquanto presença, a saber, a compreensão do ser.”⁷⁰⁰ Martin Heidegger promove uma verdadeira conceituação do estar-aí como *cuidado*,⁷⁰¹ podendo ser afirmado que o *cuidado* é a

⁶⁹² VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. Trad. de João Gama. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 37 e 40.

⁶⁹³ VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. Trad. de João Gama. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 41.

⁶⁹⁴ SÁ, Roberto Novaes de. A noção heideggeriana de cuidado (*Sorge*) e a clínica psicoterápica. **Veritas**, Porto Alegre, v. 45, n. 2, p. 259, 2000. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/view/35062>. Acesso em: 10 jan. 2024.

⁶⁹⁵ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. de Marcia Sá Cavalcante. 10. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015. p. 254.

⁶⁹⁶ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. de Marcia Sá Cavalcante. 10. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015. p. 255.

⁶⁹⁷ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. de Marcia Sá Cavalcante. 10. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015. p. 258.

⁶⁹⁸ WAELEHNS, Alphonse de. **La filosofía de Martin Heidegger**. Trad. de Ramón Ceñal. México: Universidad Autónoma de Puebla, 1986. p. 116.

⁶⁹⁹ WAELEHNS, Alphonse de. **La filosofía de Martin Heidegger**. Trad. de Ramón Ceñal. México: Universidad Autónoma de Puebla, 1986. p. 117.

⁷⁰⁰ FERNANDES, Marcos Aurélio. O cuidado como amor em Heidegger. **Revista da Abordagem Gestáltica**, Goiânia, v. 17, n. 2, p. 159, 2011. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rag/v17n2/v17n2a07.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2024.

⁷⁰¹ STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “Ser e tempo”**. 5. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014. p. 98.

natureza última do *Dasein*.⁷⁰² Definir o *Dasein* a partir do *cuidado* não significa lhe atribuir uma qualidade ou um defeito, mas estabelecer a estrutura de seu ser, como o *Dasein* é.⁷⁰³

Martin Heidegger entende o *cuidado* como uma condição do ser do *Dasein*, que apenas se realiza em suas diversas possibilidades de modo afetado e relacional com o seu entorno e o ser dos entes que o rodeiam.⁷⁰⁴ Por esse motivo, “[...] qualquer transformação do *Dasein* é imediatamente uma transformação do mundo, pois traz à luz outros aspectos do ser dos entes que através dele se mostram.”⁷⁰⁵

O *cuidado* é conceituado, por vezes, de forma relacionada à categoria preocupação,⁷⁰⁶ afirmando-se que é porque o *Dasein* é *cuidado* que é capaz de se preocupar com outro *Dasein* e com o mundo,⁷⁰⁷ bem como consigo.⁷⁰⁸ Tamanho é o condicionamento do *Dasein* pelo *cuidado*, que se entende que todas as realizações da vida são caracterizadas pela relação de *cuidado* consigo e com o mundo.⁷⁰⁹

4.1.2.2 O Direito Penal de fundamento onto-antropológico em José de Faria Costa

Ao desenvolver uma crítica à pretensão do pensamento normativista de instituição de um Direito enquanto sistema racional de critérios normativos formais e universais, António Castanheira Neves propõe o acolhimento de uma racionalidade jurídica extraída de uma fundamentação normativa material.⁷¹⁰ Ao invés da centralidade da função, o autor defende o

⁷⁰² WAELEHNS, Alphonse de. **La filosofía de Martin Heidegger**. Trad. de Ramón Ceñal. México: Universidad Autónoma de Puebla, 1986. p. 115.

⁷⁰³ WAELEHNS, Alphonse de. **La filosofía de Martin Heidegger**. Trad. de Ramón Ceñal. México: Universidad Autónoma de Puebla, 1986. p. 117.

⁷⁰⁴ SÁ, Roberto Novaes de. A noção heideggeriana de cuidado (Sorge) e a clínica psicoterápica. **Veritas**, Porto Alegre, v. 45, n. 2, p. 260, 2000. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/view/35062>. Acesso em: 10 jan. 2024.

⁷⁰⁵ SÁ, Roberto Novaes de. A noção heideggeriana de cuidado (Sorge) e a clínica psicoterápica. **Veritas**, Porto Alegre, v. 45, n. 2, p. 260, 2000. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/view/35062>. Acesso em: 10 jan. 2024.

⁷⁰⁶ STÖRIG, Hans Joachim. **História geral da filosofia**. Trad. de Volnei J. Berkenbrock *et al.* 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016. p. 525.

⁷⁰⁷ WAELEHNS, Alphonse de. **La filosofía de Martin Heidegger**. Trad. de Ramón Ceñal. México: Universidad Autónoma de Puebla, 1986. p. 117.

⁷⁰⁸ ADRIÁN ESCUDERO, Jesús. “Ser y tempo”: ¿una ética del cuidado?. **Aurora: papeles del Seminario María Zambrano**, Espanha, n. 13, p. 76, 2012. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6195244.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2023.

⁷⁰⁹ STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “Ser e tempo”**. 5. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014. p. 14.

⁷¹⁰ CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 74, p. 34, 1998.

protagonismo da validade enquanto ponto de partida para pensar o Direito: “[...] o direito só o temos verdadeiramente, ou autenticamente como tal, com a *instituição de uma validade* e não como mero instrumento social de racionalização e satisfação de interesses ou de objectivos político-sociais.”⁷¹¹

José de Faria Costa estrutura a sua proposta de dogmática penal de acordo com esse entendimento. Entendendo que o perigo constante é uma realidade da sociedade atual,⁷¹² o autor realiza uma investigação a respeito do fundamento de validade dos crimes de perigo.⁷¹³ Mas, ao realizar tal tarefa e oferecer uma resposta a essa problemática, José de Faria Costa não está a tratar exclusivamente dos crimes de perigo, mas à legitimidade de todo o Direito Penal. Nesse sentido, em suas palavras:

De certa maneira, ao perguntar-se pela legitimidade da criminalização e condutas desencadeadoras de situações de pôr-em-perigo, estamos simultaneamente a questionar a legitimidade do núcleo essencial do direito penal. [...] Em outras palavras: urge perceber o conteúdo intencional e a estrutura significativa – jurídico-penalmente significativa – do ordenamento penal.⁷¹⁴

A busca pelo fundamento de legitimidade do Direito Penal passa pela identificação da posição social do crime e da criminalização. Esse autor não compreende o Direito Penal como abstração de juristas, mas como a manifestação de um “[...] modo-de-ser com os outros, simultaneamente limite e fundamento do ‘eu’ com o ‘outro’ [...]”.⁷¹⁵⁻⁷¹⁶ A própria existência e

⁷¹¹ CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 74, p. 33, 1998.

⁷¹² FARIA COSTA, José de. **O perigo em direito penal**: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 318.

⁷¹³ Que, no entendimento de Fabio Roberto D’Avila, não criminaliza um dano futuro e incerto, mas o próprio pôr em perigo, já que o perigo é em si desvalioso. D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios**: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 101.

⁷¹⁴ FARIA COSTA, José de. **O perigo em direito penal**: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 13.

⁷¹⁵ FARIA COSTA, José de. **Linhas de Direito Penal e de Filosofia**: alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 75-76.

⁷¹⁶ Nesse sentido, em suas palavras: “Essa primeira proibição - que a antropologia nos diz ter sido o incesto - é que tem o valor simbólico e matricial capaz de sustentar e de dar sentido à relação de cuidado-de-perigo. Isto é: se não houvesse uma primeira proibição (que é um *interdito*) o ‘eu’ não seria capaz de se encontrar identitariamente na diferença do ‘outro’. O que faz com que a proibição (penal) não seja um qualquer *quid*. É um elemento tão essencial que é impossível conceber uma sociedade humana sem a sua presença.” FARIA

constituição do dever decorre, no entendimento do autor, da relação entre indivíduos – o dever (eu que deve) só existe na medida em que existe o dever do outro (outro que deve).⁷¹⁷

Essa concepção é compatível com a base da teoria comunitarista, que compreende o indivíduo como ser constituído pela relação com os demais. Há, portanto, uma condição humana que é social; o homem é ontologicamente um ser de relação. Esse entendimento fundado na teoria comunitarista conduz a uma superação das concepções individualista e coletivista, ambas incapazes de conceber o homem de maneira adequadamente ponderada e compatível com a vida comunitária.⁷¹⁸ Somente é possível compreender o indivíduo enquanto relacionado com outros indivíduos, ao mesmo tempo em que somente é possível falar de coletividade como um dado composto por unidades em relação; ou seja, indivíduo e sociedade são realidades complementares e dependentes, e a interpretação do ser humano deve partir da concepção do “homem com o homem”.⁷¹⁹ Esse entendimento é encontrado em José Ortega y Gasset, para quem a reciprocidade é um atributo originário – a realidade do homem somente é possível na medida em que há outro como ele, e que como ele pense, sinta e possua seus fins.⁷²⁰⁻⁷²¹

COSTA, José de. **Noções fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 6.

⁷¹⁷ Em suas palavras: “Não é que não consideremos o ‘dever’ como um radical essencial para a compreensão do direito. Contudo, o ‘eu’ que ‘deve’, na compreensão que analisamos de modo crítico, só existe porque se confronta com um outro ‘eu’, tão descamado e invivido como aquele que lhe está em frente. ‘Du sollst weil ich soll’ é a expressão mais carregada de um ‘eu’ que para existir se tem de duplicar em outro ‘eu’. De sorte que o ‘eu’ aqui pressuposto mais não seja do que um ‘eu’ duplicado em imagem simétrica levada a cabo por um mero jogo de espelhos. Esse ‘eu’ não existe para o ‘outro’, não existe no ‘outro’. ‘Outro’ que não é - no nosso modo de ver as coisas - a simples cópia daquele primeiro ‘eu’. ‘Outro’ que é diferente, autónomo, irrepitível. Daí que a relação dialógica seja de contraste, de espessura, de vivência primeira, de um dado, de diferença no igual entre o ‘eu’ e o ‘outro’. Por tudo isso, se quiséssemos chegar a uma formulação, com tudo o que ela encerra de redutor, poderíamos ousar dizer: <<Tu ‘deves’ não só porque ‘eu devo’ mas ‘tu deves’, sobretudo, porque ‘eu’, enquanto outro, também ‘devo’>>. E ‘devo’ perante ‘ti’ que és, sem remédio, sem redenção, ‘outro’. E mais. ‘Devemos’ porque em todos há a firme convicção de que os actos de quem quer que seja - ‘meus’ ou do ‘outro’, praticados por ‘mim’ contra ‘ele’ ou por ‘ele’ contra ‘mim’ - serão sempre valorados pelas mesmas regras e pelos mesmos princípios.” FARIA COSTA, José de. **Linhas de Direito Penal e de Filosofia**: alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 76-77.

⁷¹⁸ Sobre esse assunto, vide tópico 2.5.

⁷¹⁹ BUBER, Martin. **¿Qué es el hombre?** Tradução de Eugenio Imaz. México: Fondo de Cultura Económica, 1995. p. 146.

⁷²⁰ ORTEGA Y GASSET, José. El hombre y la gente. In: _____. **Obras Completas**. 2. ed. Madrid: Revista de Occidente, 1964. t. 7. p. 148.

⁷²¹ Seguindo o mesmo caminho: “La vida psíquica de un grupo, en tanto que la de un individuo condiciona la vida pura y simplemente, puede ser considerada como vida psíquica común; primero, en cuanto que muchos individuos sienten, experimentan, imaginan y piensan de un modo homogéneo y coetáneo, luego, en cuanto que piensan, sienten, etc., en relación de reciprocidad, en un estar referidos unos a otros, en la acción recíproca que propulsa la vida de cada uno. De ahí deriva el querer para otros y el querer con otros.” TÖNNIES,

A condição social do homem, portanto, é um dado relacionado com o cuidado que constitui o homem. A comunidade se realiza por meio de uma teia de cuidados (cuidado para consigo e cuidado para com os outros), única forma de alcançar a segurança, a carência de perigo.⁷²²

No entendimento de José de Faria Costa, a incompletude do ser humano, a sua fragilidade, faz dele um ser de cuidado-de-perigo, cada qual a exigir o cuidado do outro que com ele se relaciona,⁷²³ e aquele que cuida surge nessa relação como responsável pelo cuidar de si e dos outros.⁷²⁴ É estabelecida, dessa maneira, uma relação onto-antropológica (porque constitutiva do homem) de cuidado-de-perigo, relação que é inerente tanto ao ser individualmente considerado, quanto à vida comunitária.⁷²⁵

Considerando esse ponto de partida, pode-se perceber que o Direito Penal exige que o agente (nesse contexto, a pessoa que pratica uma conduta qualquer) adote um determinado cuidado necessário nas condutas que realiza, isso de acordo com a intensidade do risco que cada conduta representa.⁷²⁶

Ainda, o cuidado demanda que seja definido aquilo que deve ser cuidado. É nesse sentido que a norma penal proibitiva surge enquanto referencial de um cuidado, como instituição ético-jurídica do comportamento relevante.⁷²⁷

A matricial relação de cuidado-de-perigo se desdobra, individualizando-se, em diversas outras relações de cuidado (como a amizade e o ato médico), relações que se identificam quanto ao fundamento, mas se diferenciam em um segundo plano.⁷²⁸ É essa relação de cuidado-de-perigo de segundo plano (individualizada, especificada), cotejada com

Ferdinand. **Principios de Sociología**. Trad. de Vicente Lloréns. México: Fondo de Cultura Económica, 1987. p. 21.

⁷²² FARIA COSTA, José de. **O perigo em direito penal**: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 319.

⁷²³ FARIA COSTA, José de. **Linhas de Direito Penal e de Filosofia**: alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 224.

⁷²⁴ FARIA COSTA, José de. **O perigo em direito penal**: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 251.

⁷²⁵ FARIA COSTA, José de. **O perigo em direito penal**: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 400.

⁷²⁶ WELZEL, Hans. **Derecho penal**. Parte general. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 139.

⁷²⁷ FARIA COSTA, José de. **O perigo em direito penal**: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 251.

⁷²⁸ FARIA COSTA, José de. **O perigo em direito penal**: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 400.

a que lhe serve de matriz (a matricial relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo), que “[...] constitui a teia matricial do direito que pode ser rompida.”⁷²⁹

Nessa dinâmica, a relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo é o que dá sentido à pena, na medida em que o desvirtuamento da relação do “eu” para com os outros (e a violação dos valores comunitários essenciais) demanda o sancionamento ao “eu” como medida de refazimento da relação primitiva desvirtuada.⁷³⁰

Em síntese, “O *fundamento* do direito penal encontra-se na primeva relação comunicacional de raiz onto-antropológica, na relação de cuidado-de-perigo.”⁷³¹ Diante desse fundamento onto-antropológico do Direito Penal, José de Faria Costa conclui que a ilicitude penal material decorre justamente da perversão da relação de cuidado-de-perigo.⁷³²

O que está em jogo, sob essa perspectiva teórica, para a qual o crime é a vulneração da relação de cuidado de perigo, é o *valor de cuidado* (a evitação de resultados penalmente desvaliosos) e o *desvalor de cuidado* (a não evitação ou a causação de resultados penalmente desvaliosos). Esse *desvalor de cuidado* é o horizonte integrativo do conteúdo material da ilicitude.⁷³³ Esse seria o conteúdo da ilicitude, categoria material que reflete justamente uma noção de desvalor, de desaprovação, de negação de determinados valores. Ela é intimamente associada ao princípio da ofensividade, na medida em que se revela na ofensa a bens jurídicos.⁷³⁴⁻⁷³⁵

⁷²⁹ FARIA COSTA, José de. **O perigo em direito penal**: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 401.

⁷³⁰ FARIA COSTA, José de. **O perigo em direito penal**: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 384.

⁷³¹ FARIA COSTA, José de. **Noções fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 10.

⁷³² FARIA COSTA, José de. **Noções fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 179.

⁷³³ FARIA COSTA, José de. **Noções fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 181-182.

⁷³⁴ FARIA COSTA, José de. **Noções fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 253-254.

⁷³⁵ Nas palavras do autor: “O que nos permite que se caracterize, em termos materiais, o crime como, justamente, uma perversão daquela precisa relação de cuidado-de-perigo do ‘eu’ para com o ‘eu’ e do ‘eu’ para com o ‘outro’. Deste modo, quer o fundamento do direito penal, quer o fundamento de uma das suas categorias essenciais, o crime - a outra é a pena - encontram o seu étimo mais profundo em um critério, não idealista ou formal, mas antes naquele que se reflecte em determinações materiais que a linha de compreensão onto-antropológica tão bem expressa.” FARIA COSTA, José de. **Noções fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 10-11.

Se a essência do homem é ser com os outros, em uma relação comunicacional, também a conduta criminosa deve ser considerada comunicacional/relacional.⁷³⁶⁻⁷³⁷ Desse modo, “[...] quando A mata B estabelece-se, fenomenicamente, uma relação comunicacional que, em vez de ser de cuidado para com o outro, se transforma na sua pura negatividade, no aniquilamento do outro.”⁷³⁸

A incidência do Direito Penal somente deve se justificar, nesse contexto, quando houver dignidade penal, a partir de uma valoração ético-jurídica.⁷³⁹ Sob esse referencial, entende-se que a justificação do ilícito penal não é fundamentada na necessidade da pena (ou da função do Direito Penal); seu fundamento é encontrado na “dignidade da proibição penal”, pressuposto para um posterior juízo de necessidade da pena.⁷⁴⁰ Essa dignidade da proibição penal deve ser extraída da dimensão material do ilícito, “[...] fragmento de realidade que lhe confere concretude.”⁷⁴¹

Portanto, José de Faria Costa reconhece que a validade da criminalização decorre de um conteúdo material pré-jurídico, um intenso desvalor social. Esse desvalor que serve de fundamento onto-antropológico ao Direito Penal é um dado constituído pela sociedade, influenciando e limitando a normativização.⁷⁴² Afinal, em um Estado Democrático de Direito, a intervenção penal pressupõe a existência de uma razão legitimadora capaz de impedir iniciativas totalitárias, bem como que possibilite demonstrar a afetação a direitos fundamentais e a liberdades constitucionalmente reconhecidos.⁷⁴³

⁷³⁶ FARIA COSTA, José de. **Noções fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 180.

⁷³⁷ Em Gunther Teubner, endossando esse discurso: “El Derecho es comunicación y nada más que comunicación.” TEUBNER, Gunther. **El Derecho como sistema autopoiético de la sociedad global**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Carlos Gómez-Jara Díez. Peru: ARA Ediciones, 2005. p. 41.

⁷³⁸ FARIA COSTA, José de. **Noções fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 180.

⁷³⁹ FARIA COSTA, José de. **O perigo em direito penal**: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 465.

⁷⁴⁰ D’AVILA, Fabio Roberto. Liberdade e segurança em Direito Penal. O problema da expansão da intervenção penal. **Revista Eletrônica de Direito Penal**, Rio de Janeiro, ano 1, v. 1, n. 1, p. 70, 2013. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/7142/5118>. Acesso em: 28 dez. 2023.

⁷⁴¹ D’AVILA, Fabio Roberto. Liberdade e segurança em Direito Penal. O problema da expansão da intervenção penal. **Revista Eletrônica de Direito Penal**, Rio de Janeiro, ano 1, v. 1, n. 1, p. 70, 2013. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/7142/5118>. Acesso em: 28 dez. 2023.

⁷⁴² SCALCON, Raquel Lima. **Ilícito e pena**. Modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo. Rio de Janeiro: LMJ Mundo jurídico, 2013. p. 50-51.

⁷⁴³ CUESTA AGUADO, Paz Mercedes de la. Redistribución de la riqueza y delito tributario. **Estudios penales y criminológicos**, Santiago de Compostela, v. 42, p. 9, 2022. Disponível em: <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/8626/12522>. Acesso em: 19 out. 2023.

Aliás, José de Faria Costa defende a primazia da ilicitude em relação à tipicidade, porque a primeira expressa a qualidade ofensiva de determinado comportamento, enquanto a segunda formaliza a proibição desse comportamento⁷⁴⁴ – ou seja, a ilicitude precede e determina a tipicidade. Em José de Faria Costa, o fundamento do Direito Penal parte do ilícito material.⁷⁴⁵⁻⁷⁴⁶

Em resumo, numa síntese do cerne da proposta do autor:

[...] (i) o Cuidado é marca ontológica e, logo, indelével do ser social ou do Homem em comunidade; (ii) o cuidar-de-si e o cuidar-do-outro reclamam a definição do que deve ser objeto de cuidados, a fim de que possa ficar livre de perigos; (iii) o Cuidado procura e localiza no Direito Penal o seu referencial ético-jurídico; (iv) este, a seu turno, tem como referencial extrajurídico o ‘mínimo ético’, tendendo o seu âmbito mínimo de tutela a coincidir com o espectro de manifestação daquele, embora não se trate de realidades indistintas.⁷⁴⁷

Muito mais do que questionar a respeito da função, em um pensamento teleológico, portanto, é preciso buscar o fundamento material de legitimidade do Direito Penal, o que José de Faria Costa extrai da relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo (resultante da própria constituição do homem enquanto ser de cuidado). Consequentemente, em um juízo de especificação desse conhecimento geral, tal configuração teórica deve ser aplicada às especialidades do Direito Penal, do que é exemplo o Direito Penal Tributário.

4.2 A legitimidade constitucional do Direito Penal Tributário

No período de transição do séc. XIX para o séc. XX, as influências liberais e conservadoras provocaram uma demanda ao legislador por criminalização de ilícitos patrimoniais clássicos, sem que tivesse havido uma mesma produção legislativa em relação a

⁷⁴⁴ FARIA COSTA, José de. **Noções fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 253-254.

⁷⁴⁵ SCALCON, Raquel Lima. **Ilícito e pena**. Modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo. Rio de Janeiro: LMJ Mundo jurídico, 2013. p. 105.

⁷⁴⁶ Em suas palavras: “[...] o tipo não é só tipo-de-garantia mas também expressão jurídica, historicamente situada, de comunidades democráticas e plurais em que o ilícito é e tem de ser, em qualquer circunstância, ilícito-típico.” FARIA COSTA, José de. **Noções fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 181.

⁷⁴⁷ SCALCON, Raquel Lima. **Ilícito e pena**. Modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo. Rio de Janeiro: LMJ Mundo jurídico, 2013. p. 114.

ilícitos econômicos – apesar de esses últimos, na referência de Mario Caterini, serem produtores de efeitos sociais muito mais sérios do que os primeiros.⁷⁴⁸ Essa demanda seletiva por repressão penal é o que produz um sistema normativo-penal desprovido de proporcionalidade na administração da punição.

Para construção de um sistema normativo coerente, é inegável a essencialidade de que, nas palavras de Montesquieu, “[...] as sanções sejam harmoniosas entre si, porque é essencial que o crime mais grave seja mais evitado do que o menos grave, aquele que ataca a sociedade mais do que aquele que atenta menos contra ela.”⁷⁴⁹ Após essa passagem, Montesquieu fornece exemplos de crimes relativos a bens jurídicos individuais (roubo, homicídio e outros), representando justamente uma tendência histórica de direcionamento da tutela penal a condutas ofensivas a essa classe de bens jurídicos. Uma perspectiva diversa dessa (de que os delitos mais graves seriam aqueles violadores de bens jurídicos individuais, conhecidos como “delitos clássicos”) é desenvolvida com a paradigmática obra de Edwin H. Sutherland, autor que defende que os efeitos sociais (e financeiros) dos delitos de *colarinho branco* são significativamente superiores aos efeitos produzidos pelos delitos que ofendem bens jurídicos individuais.⁷⁵⁰

A ilustrar a amplitude e severidade dos efeitos sociais provocados por ilícitos de natureza econômica/empresarial, Laura Zuñiga Rodríguez exemplifica algumas consequências sociais conhecidas de crises econômicas, tomando como exemplo concreto a crise financeira de 2008: “Todos conhecemos as consequências desse colapso econômico: desemprego, pobreza, insegurança, delinquência, suicídios etc.”⁷⁵¹

⁷⁴⁸ CATERINI, Mario. La ética económica y la responsabilidad penal. **IUS: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla**, México, v. 9, n. 35, p. 132, 2015. Disponível em: <http://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/114>. Acesso em: 29 dez. 2023.

⁷⁴⁹ MONTESQUIEU. **The spirit of the laws**. Cambridge: Cambridge University Press, 1989. p. 91, tradução nossa. No original: “It is essential for penalties to be harmonious among themselves, because it is essential that the greater crime be avoided rather than the lesser one, the one that attacks society rather than the one that runs less counter to it.”

⁷⁵⁰ Nas suas palavras: “The financial cost of white collar crime is probably several times as great as the financial cost of all the crimes which are customarily regarded as the ‘crime problem.’ [...] This financial loss from white collar crime, great as it is, is less important than the damage to social relations. White collar crimes violate trust and therefore create distrust, and this lowers social morale and produces social disorganization on a large scale. Ordinary crimes, on the other hand, produce little effect on social institutions or social organization.” SUTHERLAND, Edwin H. **White collar crime**. Connecticut: Yale University Press, 1983. p. 9-10.

⁷⁵¹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Culpables, millonarios e impunes: el difícil tratamiento del derecho penal del delito de cuello blanco. **IUS: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla**, México, ano IX, n. 35, p. 39, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v9n35/1870-2147-rius-9-35-00037.pdf>. Acesso

Desse modo, Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade fazem referência à significativa relevância do problema social da criminalidade econômica, por sua capacidade de adaptação a novas conformações sociais, por sua capacidade de criar barreiras a novos mecanismos de investigação e por seus danos materiais (provavelmente superior às demais formas de criminalidade).⁷⁵²

Por tais razões, entende-se não ser adequada, por exemplo, a crítica formulada por Rodolfo R. Spisso à pena máxima de seis anos de prisão cominada pelo tipo penal de sonegação fiscal da legislação argentina⁷⁵³ (posteriormente substituído por lei nova, que manteve o mesmo patamar máximo da pena privativa de liberdade e aumentou o patamar mínimo⁷⁵⁴), crítica fundamentada na comparação com a pena cominada a crimes como o estelionato (também com pena máxima cominada de 6 anos⁷⁵⁵). Mesmo que seja apropriado o questionamento do patamar máximo em si cominado pelo tipo penal do crime de sonegação fiscal, realizar tal questionamento comparando-o com um crime praticado sem violência e de conteúdo eminentemente individual e patrimonial (ou seja, ofensivo a bem jurídico individual), parece reforçar o histórico discurso seletivo no Direito Penal, que não reconhece a devida relevância à tutela penal dos bens jurídicos transindividuais.

Claro que há uma grande dificuldade em identificar uma relação de causalidade entre condutas lesivas a interesses coletivos e os seus resultados, sobretudo em razão da incidência

em: 25 jul. 2023, tradução nossa. No original: “Las consecuencias de este colapso económico todos las sabemos: paro, pobreza, miseria, inseguridad, delincuencia, suicidios, etcétera.”

⁷⁵² ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge de Figueiredo. Problemática geral das infrações contra a economia nacional. In: PODVAL, Roberto (org.). **Temas de Direito Penal Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 65.

⁷⁵³ “ARTICULO 2º - Será reprimido con prisión de seis meses a seis años, el que mediante cualquiera de las maniobras mencionadas en el artículo anterior evadiere total o parcialmente el pago de tributo o aprovechar indebidamente de beneficios fiscales y siempre que durante un ejercicio o período fiscal hubiere evadido: [...]” ARGENTINA. **Ley nº 23.771, de 27 de fevereiro de 1990**. Ley Penal Tributaria y Previsional. Argentina: Honorable Congreso de la Nación Argentina, 1990. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-23771-172/texto>. Acesso em: 30 mai. 2024.

⁷⁵⁴ ARGENTINA. **Ley nº 24.769, de 19 de dezembro de 1996**. Régimen Penal Tributario. Argentina: Honorable Congreso de la Nación Argentina, 1999. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-24769-41379/actualizacion>. Acesso em: 30 mai. 2024.

⁷⁵⁵ “Art. 172. - Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño.” ARGENTINA. **Ley nº 11.179, de 29 de outubro de 1921**. Código Penal de la Nación. Argentina: Honorable Congreso de la Nación Argentina, 1921. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-11179-16546/texto>. Acesso em: 30 mai. 2024.

relacional de diversos fatores.⁷⁵⁶ Além disso, parece haver uma menor identificação da prática e dos efeitos dos delitos econômicos, o que produz elevadas “cifras negras”.⁷⁵⁷

Esses fatores (aliados a outros) ajudam a compreender a *seletividade primária*⁷⁵⁸ que historicamente caracteriza o sistema penal, com um tratamento que se considera desproporcionalmente brando ao delito tributário, quando comparado com outros crimes – exemplo conhecido dessa diferença é a admissibilidade de extinção da punibilidade do agente a qualquer tempo em razão do pagamento do débito tributário,⁷⁵⁹ possibilidade não admitida em outros crimes patrimoniais,⁷⁶⁰ e que evidencia a instrumentalização do Direito Penal, utilizado como instrumento arrecadatório.

José Ángel Brandariz García entende ser justificada essa extinção da punibilidade pela regularização do débito, por exigir do agente a reparação do dano provocado ao bem jurídico, o que resultaria em uma drástica redução das necessidades preventivas gerais e especiais da pena – porque a regularização promoveria um “retorno à legalidade”, tornando desnecessária

⁷⁵⁶ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Culpables, millonarios e impunes: el difícil tratamiento del derecho penal del delito de cuello blanco. **IUS: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla**, Mexico, ano IX, n. 35, p. 39, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v9n35/1870-2147-rius-9-35-00037.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2023.

⁷⁵⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal econômico. In: PODVAL, Roberto (org.). **Temas de Direito Penal Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 126.

⁷⁵⁸ Expressão utilizada para referir a tendência histórica no Direito Penal de direcionar o trabalho de criminalização à tutela dos bens jurídicos de classes hegemônicas (sobretudo do patrimônio), com o direcionamento da administração da punição a grupos marginalizados. Em Alessandro Baratta, os conteúdos do Direito Penal refletiriam sobretudo “[...] o universo moral próprio de uma cultura burguesa-individualista, dando a máxima ênfase à proteção do patrimônio privado e orientando-se, predominantemente, para atingir as formas de desvio típicas dos grupos socialmente mais débeis e marginalizados. [...] As malhas dos tipos são, em geral, mais sutis no caso dos delitos próprios das classes sociais mais baixas do que no caso dos delitos de ‘colarinho branco’. Estes delitos, também do ponto de vista da previsão abstrata, têm uma maior possibilidade de permanecerem imunes.” BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002. p. 176.

⁷⁵⁹ Nesse sentido, Lenio Luiz Streck e André Copetti: “De uma maneira mais simples e direta: enquanto que, para delitos como furto, apropriação indébita, estelionato, o (longo) braço do direito penal é ágil e eficiente, para os crimes de índole transindividual são oferecidas benesses das mais variadas, como a isenção de crime nos delitos tributários nos casos de pagamento dos tributos antes do recebimento da denúncia, até a possibilidade de longos ‘financiamentos’ do montante sonegado, graças a fórmula do REFIS.” STRECK, Lenio Luiz; COPETTI, André. O direito penal e os influxos legislativos pós-Constituição de 1988: um modelo normativo e eclético consolidado ou em fase de transição? In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (org.). **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003. p. 272.

⁷⁶⁰ Defendendo esse instituto, Maximiliano Roberto Ernesto Führer propõe a expansão desse benefício a todos os crimes exclusivamente patrimoniais. FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Curso de Direito Penal Tributário brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 46.

qualquer intimidação ou ressocialização.⁷⁶¹ É importante destacar, entretanto, que o autor faz referência à regularização voluntária do débito, de acordo com os critérios legais, do que é exemplo a necessidade de que a comunicação à Fazenda e o pagamento do débito ocorra antes da notificação ao agente do início de apurações comprobatórias do ilícito⁷⁶² – situação que mais se assemelha ao instituto do arrependimento posterior previsto no Código Penal brasileiro,⁷⁶³ e que destoa do regramento pátrio a respeito dos efeitos penais do pagamento do débito tributário, que acarreta a extinção da punibilidade do agente independentemente do momento do adimplemento.

No caso brasileiro, a extinção da punibilidade do agente em razão do pagamento do débito tributário a qualquer tempo evidencia uma utilização do Direito Penal como instrumento de reforço para cobrança de impostos,⁷⁶⁴ manifestação de que a preocupação do Estado é muito mais com a arrecadação de tributos do que com eventual finalidade preventiva.⁷⁶⁵

Nesse aspecto, concorda-se em certa medida com Fernando Sainz de Bujanda, para quem a norma tributária deve prever uma sanção (que, em sua exemplificação, pode ser privativa de liberdade; ou seja, refere-se também à norma de natureza penal) destinada não (exclusivamente) a preservar o direito patrimonial do Fisco em sua concreta relação com o

⁷⁶¹ BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. La regularización postdelictiva en los delitos contra la hacienda Pública y la Seguridad Social. **Estudios penales y criminológicos**, Santiago de Compostela, n. 24, p. 73-74, 2002. Disponível em: <https://minerva.usc.es/xmlui/handle/10347/4082>. Acesso em: 19 out. 2023.

⁷⁶² Nos termos do Código Penal Espanhol, por exemplo, em seu artigo 305.4: “Se considerará regularizada la situación tributaria cuando se haya procedido por el obligado tributario al completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria, antes de que por la Administración Tributaria se le haya notificado el inicio de actuaciones de comprobación o investigación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de la regularización o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida, o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.” ESPANHA. **Ley Orgánica nº 10, de 23 de novembro de 1995**. Código Penal. Madrid: Jefatura del Estado, 1995. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444&p=20230428&tn=1>. Acesso em: 27 mai. 2024.

⁷⁶³ “Art. 16 - Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.” BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 26 mai. 2024.

⁷⁶⁴ STOCO, Rui; OLIVEIRA STOCO, Tatiana de. **Crimes contra a ordem tributária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 173.

⁷⁶⁵ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Exclusão da Punibilidade em Crimes de Sonegação Fiscal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 181.

contribuinte devedor, mas a intimidar esse contribuinte e os demais.⁷⁶⁶ Ou seja, “A sanção é, então, claramente repressiva ou punitiva. Trata-se, em suma, de uma pena.”⁷⁶⁷

Essa problemática específica é um dos tantos exemplos possíveis de que há, em geral, uma histórica dificuldade na tutela penal de bens jurídicos supraindividuais. Como visto, o Direito Penal preserva certo apego a um paradigma liberal-individualista, direcionando seu foco de atuação a delitos produtores de resultados de índole individual, e atribuindo menor valor a delitos que violem interesses coletivos (ou seja, bens jurídicos transindividuais), como é o caso do crime de sonegação fiscal.⁷⁶⁸

Em relação ao delito tributário, a solução para esse problema que historicamente acompanha o Direito Penal passa pela compreensão de sua relevância social e de sua dignidade constitucional, para que, a partir de seus fundamentos, possa lhe ser atribuído um tratamento penal condizente com o seu valor sistêmico.

4.2.1 A relação entre o Direito Penal e o Direito Tributário

Os delitos tributários são destinados a reprimir o descumprimento das obrigações tributárias, sejam elas principais, sejam elas acessórias.⁷⁶⁹ O próprio núcleo do delito tributário é a infração de deveres originados da relação de natureza tributária.⁷⁷⁰ Significa dizer que a tipicidade do crime tributário, e a constatação da violação da norma penal-tributária,

⁷⁶⁶ SÁINZ DE BUJANDA, Fernando. En torno al concepto y el contenido del Derecho penal tributario. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Espanha, tomo 21, p. 103, 1968. Disponível em: https://boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1968-10007700116. Acesso em: 29 out. 2023.

⁷⁶⁷ SÁINZ DE BUJANDA, Fernando. En torno al concepto y el contenido del Derecho penal tributario. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Espanha, tomo 21, p. 103, 1968. Disponível em: https://boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1968-10007700116. Acesso em: 29 out. 2023, tradução nossa. No original: “La sanción es, entonces, netamente represiva o punitiva. Se trata, en suma, de una pena.”

⁷⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (Übermaßverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermaßverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 80, p. 307-309, 2004.

⁷⁶⁹ HADWA ISSA, Marcelo. El sujeto activo en los delitos tributarios, y los problemas relativos a la participación criminal. **Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales**, Chile, n. 3, p. 7, 2007. Disponível em: https://politerim.com/wp-content/uploads/2019/04/a_5_3.pdf. Acesso em: 29 out. 2023.

⁷⁷⁰ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. El bien jurídico protegido en los delitos tributarios. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 6, n. 11, p. 20, 2014. Disponível em: <https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/28/26>. Acesso em: 24 jul. 2023.

dependem da verificação do fato imponible que é previamente disciplinado pela legislação tributária.⁷⁷¹

Dessa íntima relação entre o crime tributário e a obrigação tributária, decorre o entendimento de que se está diante de um delito especial, que apenas pode ser praticado pelo indivíduo que previamente ocupe a condição de sujeito passivo de uma relação tributária.⁷⁷² A própria constituição do Direito Penal Tributário está condicionada à prévia existência do Direito Tributário, de onde retira o seu objeto de proteção.⁷⁷³ Consequentemente, para que se possa afirmar a ocorrência de um crime tributário, necessariamente deve existir uma obrigação tributária antecedente, assim como uma prévia infração a essa obrigação tributária.⁷⁷⁴ Para a configuração de um ilícito penal tributário, deve ainda ser exigida uma gravidade superior àquela suficiente para constituir um ilícito tributário.⁷⁷⁵

Além disso, a legitimidade e a eficácia do Direito Penal Tributário estão diretamente relacionadas à existência de um sistema tributário minimamente claro, justo e equilibrado.⁷⁷⁶ A esse respeito, Enrique Álvarez Conde tratava como temas necessários na Espanha, à época de sua fala, a realização de uma reforma tributária (para fazer cumprir os postulados constitucionais de um sistema tributário justo, em adequação, por exemplo, ao princípio da

⁷⁷¹ BACIGALUPO, Silvina. Límites entre el ahorro fiscal y la defraudación punible: las actuaciones en fraude a la ley tributaria. **Revista de Derecho**, Montevideo, n. 4, p. 18, 2009. Disponível em: <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/822>. Acesso em: 28 out. 2023.

⁷⁷² GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. Estimación indirecta y delito fiscal. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, t. 43, n. 3, p. 794, 1990. Disponível em: <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/article/view/234/234>. Acesso em: 22 out. 2023.

⁷⁷³ “[...] la protección penal está condicionada por la previa existencia del Derecho tributario, del cual el Derecho penal recoge los ‘objetos’ susceptibles de protección.” ECHAVARRÍA RAMÍREZ, Ricardo. Consideraciones sobre el bien jurídico penalmente protegido por el delito de defraudación tributaria del art. 305 CP español. **Revista electrónica de ciencia penal y criminología**, Espanha, n. 16, p. 28, 2014. Disponível em: <http://criminnet.ugr.es/recpc/16/recpc16-04.pdf>. Acesso em: 19 out. 2023.

⁷⁷⁴ FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel. Algunas cuestiones no desdeñables sobre los elementos que configuran el tipo en el delito fiscal: especial referencia la puesta en escena y la fase de consumación delictiva. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, t. 70, n. 1, p. 259, 2017. Disponível em: <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/article/view/1225>. Acesso em: 22 out. 2023.

⁷⁷⁵ Nesse sentido: “El Derecho penal no puede exigir menores condiciones objetivas de punibilidad y presupuestos objetivos merecedores de reproche sancionador que los exigibles en el Derecho administrativo sancionador, para el caso de la infracción más gravemente considerada en esta vía. Y es que en puridad, el delito fiscal es una suerte de infracción administrativa cualificada, que lleva pareja un plus adicional de injusto que la infracción administrativa.” FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel. Algunas cuestiones no desdeñables sobre los elementos que configuran el tipo en el delito fiscal: especial referencia la puesta en escena y la fase de consumación delictiva. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, t. 70, n. 1, p. 258, 2017. Disponível em: <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/article/view/1225>. Acesso em: 22 out. 2023.

⁷⁷⁶ MOCCIA, Sergio. **El Derecho penal entre ser y valor**. Función de la pena y sistemática teleológica. Trad. de Antonio Bonanno. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2003. p. 306.

capacidade contributiva), bem como o combate à fraude fiscal, o que deveria ser realizado também por meio da atuação do Direito Penal.⁷⁷⁷

Tamanha é a proximidade do Direito Penal Tributário com o Direito Tributário em si, além das repercussões do segundo no primeiro, que é questionado pela doutrina qual seria a posição topológica do Direito Penal Tributário, e se essa matéria constituiria uma área ou uma subárea dotada de certa autonomia.

No entendimento de José de Faria Costa, para que seja possível falar em uma nova disciplina/área, é necessário existir uma metodologia própria, um objeto autônomo, além de regras e princípios particulares. Ou seja, uma disciplina autônoma demanda especificidade em metodologia, em objeto e em princípio.⁷⁷⁸ Além disso, a produção teórica específica sobre o campo do saber é também um indicativo de sua autonomia.⁷⁷⁹

Em relação ao Direito Penal Tributário, ao repercutir na arrecadação de recursos pelo Estado, ou no adequado gasto de recursos públicos, o delito fiscal influi negativamente nas prestações sociais que cada cidadão espera do Estado, motivo pelo qual o delito fiscal pode ser classificado como um delito socioeconômico.⁷⁸⁰ Nesse sentido, Klaus Tiedemann compreende o Direito Penal Tributário enquanto parte integrante do Direito Penal Econômico.⁷⁸¹

Boa parte do Direito Penal Econômico possui um caráter acessório, sendo os seus mandados proibitivos derivados de normas extrapenais.⁷⁸² Por tal razão é realizada a afirmação de que o Direito Penal Econômico (do qual faz parte o Direito Penal Tributário) costuma ser estruturado a partir de decisões econômicas prévias, provenientes de áreas externas ao Direito Penal. No caso do Direito Penal Tributário, por exemplo, a punibilidade

⁷⁷⁷ ÁLVAREZ CONDE, Enrique. **Curso de Derecho Constitucional**. 3. ed. Espanha: Editorial Tecnos, 1999. v. 1, p. 492.

⁷⁷⁸ FARIA COSTA, José de. **Direito penal económico**. Coimbra: Quarteto, 2003. p. 19.

⁷⁷⁹ FARIA COSTA, José de. **Direito penal económico**. Coimbra: Quarteto, 2003. p. 29.

⁷⁸⁰ GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. Consideraciones sobre el delito fiscal en el Código Español. **THEMIS: Revista de Derecho**, Lima, n. 32, p. 73, 1995. Disponível em: https://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/themis/themis_032.html. Acesso em: 22 out. 2023; GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. Estimación indirecta y delito fiscal. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, t. 43, n. 3, p. 793, 1990. Disponível em: <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/article/view/234/234>. Acesso em: 22 out. 2023.

⁷⁸¹ TIEDEMANN, Klaus. Empresas multinacionales y delincuencia fiscal. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, t. 29, n. 3, p. 488, 1976. Disponível em: <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/article/view/1024>. Acesso em: 22 out. 2023.

⁷⁸² TIEDEMANN, Klaus. **Manual de derecho penal económico**. Parte general y especial. Tradução de Manuel Avanto Vásquez *et al.* Valencia: Tirant Lo Blanch: 2010. p. 35.

do agente depende da infração a alguma obrigação tributária; se essa obrigação (e o seu descumprimento) não estiver prévia e suficientemente fixada, inexistirá punibilidade.⁷⁸³ Dessa relação, conclui-se que o conteúdo de ilicitude do delito tributário é constituído pelo dever tributário de contribuir com o custeio dos gastos públicos por meio do pagamento de tributos.⁷⁸⁴

Por sua vez, o Direito Penal Econômico é compreendido não como mera nomenclatura a designar parte dos ilícitos penais, mas como disciplina específica. São indicativos dessa especialização a sua importância sistêmica, bem como o fato de ter decorrido dessa disciplina uma das mais significativas problemáticas do Direito Penal moderno, qual seja a responsabilidade penal das pessoas jurídicas.⁷⁸⁵ Outras características, segundo José de Faria Costa, seriam a comum indeterminação das vítimas dos delitos dessa natureza, dada a expansão imensurável do resultado desvalioso, a impactar na determinação do bem jurídico tutelado;⁷⁸⁶ bem como a tendência expansionista, fazendo com que essa disciplina incorpore cada vez mais áreas, como o próprio Direito Penal Tributário (incorporação que o autor considera equivocada).⁷⁸⁷

A criação de disciplinas independentes é acompanhada de problematizações, sobretudo em relação ao perigo de se permitir e adotar uma completa ruptura com os postulados historicamente construídos na disciplina originária. No caso do Direito Penal, essa ruptura diz respeito aos postulados dogmáticos que constituem a parte geral da teoria do delito e a legislação penal.⁷⁸⁸

⁷⁸³ TIEDEMANN, Klaus. Empresas multinacionales y delincuencia fiscal. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, t. 29, n. 3, p. 488, 1976. Disponível em: <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/article/view/1024>. Acesso em: 22 out. 2023.

⁷⁸⁴ BACIGALUPO, Silvina. Límites entre el ahorro fiscal y la defraudación punible: las actuaciones en fraude a la ley tributaria. **Revista de Derecho**, Montevideo, n. 4, p. 17, 2009. Disponível em: <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/822>. Acesso em: 28 out. 2023.

⁷⁸⁵ FARIA COSTA, José de. **Direito penal económico**. Coimbra: Quarteto, 2003. p. 28.

⁷⁸⁶ FARIA COSTA, José de. **Direito penal económico**. Coimbra: Quarteto, 2003. p. 55.

⁷⁸⁷ FARIA COSTA, José de. **Direito penal económico**. Coimbra: Quarteto, 2003. p. 35.

⁷⁸⁸ Nas palavras de Héctor B. Villegas: “Hemos llegado a la conclusión de que el problema se crea en todos los casos de creación de derechos jóvenes, que se van desprendiendo de sus derechos troncales; cuando surgen nuevas ramas del derecho, se presentan, principalmente, dos problemas. El primer problema es: ¿se puede alterar legislativamente las fórmulas clásicas, de la legislación troncal?; las clásicas fórmulas elaboradas a través de los siglos, ¿puede modificarlas la rama nueva?; en el caso nuestro, el derecho penal tributario, ¿puede modificar las reglas del Código Penal? Y la segunda cuestión: cuando el legislador de la rama nueva toma una fórmula de la rama troncal, y no le introduce ningún significado distinto, ¿rige obligatoriamente el significado que le asigna la rama troncal? Ésos son, a nuestro modo de ver, los dos grandes problemas que trae esta situación, muchas veces confusa, con respecto a las relaciones entre sí de las distintas ramas del derecho (situación ésta que se da respecto del propio derecho tributario en sus relaciones con el derecho común).”

A fim de impedir essa ruptura entre a área especializada e os postulados da área geral, José de Faria Costa afirma que a nova disciplina em matéria criminal (por exemplo, o Direito Penal Econômico), específica em metodologia, objeto, e princípios, deve necessariamente respeitar, em sua constituição, os postulados da parte geral do Código Penal, isso justamente porque a nova matéria é um produto teórico direto da doutrina geral do Direito Penal⁷⁸⁹ – por ser dela decorrente, é a ela subordinada.

Em um sentido diverso, Klaus Tiedemann defende uma espécie de inversão de polos, com a parte especial ocupando em certa medida uma posição central, e a parte geral uma posição acessória. Esse autor entende ser um engano compreender a parte geral como uma unidade aplicável a todo o Direito Penal; defende, portanto, a existência de *partes gerais*, ou seja, que a parte geral possua diferenças a depender da área específica da parte especial ao qual é aplicada. A justificar historicamente o seu posicionamento, afirma que a aplicação generalizada das causas de justificação e de exculpação é uma prática recente, pois antigamente eram concebidas de modo vinculado a determinados delitos. Exemplificativamente, a legítima defesa era vinculada ao delito de homicídio, e o estado de necessidade ao caso de furto famélico.⁷⁹⁰

Sob essa perspectiva, não existiria uma primazia da parte geral em relação à parte especial do Direito Penal. Haveria, na realidade, certa autonomia na criação de tipos penais (ou seja, das normas incriminadoras que formam a parte especial) pelo legislador, e a parte geral deveria se conformar às peculiaridades da parte especial.⁷⁹¹

Mesmo que se admita haver diferenças entre as diversas formas de incriminações, sobretudo entre os delitos clássicos e os modernos crimes econômicos, e existir certa necessidade de conformação de postulados da parte geral do Direito Penal em relação à parte especial, é preciso ter consciência do risco decorrente da atribuição de uma completa autonomia para a parte especial do Direito Penal, como advertido por Héctor B. Villegas,⁷⁹² o

VILLEGAS, Héctor B. **Curso de finanzas, derecho financiero y tributario**. 7. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2001. p. 375.

⁷⁸⁹ FARIA COSTA, José de. **Direito penal económico**. Coimbra: Quarteto, 2003. p. 24.

⁷⁹⁰ TIEDEMANN, Klaus. **Manual de derecho penal económico**. Parte general y especial. Tradução de Manuel Avanto Vásquez *et al.* Valencia: Tirant Lo Blanch: 2010. p. 99.

⁷⁹¹ TIEDEMANN, Klaus. **Manual de derecho penal económico**. Parte general y especial. Tradução de Manuel Avanto Vásquez *et al.* Valencia: Tirant Lo Blanch: 2010. p. 101.

⁷⁹² VILLEGAS, Héctor B. **Curso de finanzas, derecho financiero y tributario**. 7. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2001. p. 375.

que inclusive representaria uma ruptura com as históricas conquistas civilizatórias no âmbito do Direito Penal.

Por essa razão, a criação de novas formas de criminalização é uma tarefa que deve em alguma medida respeitar os postulados básicos de uma teoria geral, que pode se conformar naquilo que for necessário e natural diante de uma evolução das formas de violações a direitos e a bens jurídicos, e das necessidades sociais por tutela (exemplo disso é a conformação da teoria do Direito Penal à responsabilização penal de pessoas jurídicas). Trata-se de uma necessidade designada por Luis Arroyo Zapatero de “problemas de adaptação”, ao referir especificamente ao Direito Penal Econômico, que deve ser constituído de modo adequado a postulados gerais básicos da teoria geral do Direito Penal; mas que exige também a adequação dessa parte geral em alguns aspectos, pois a parte geral foi historicamente pensada para uma criminalidade de natureza absolutamente diversa (como os delitos contra a vida, a saúde, a liberdade e o patrimônio). Em síntese, será necessário adaptar ao Direito Penal Econômico as regras gerais de imputação objetiva e subjetiva, mas respeitando um núcleo duro de garantias essenciais, extraídas sobretudo da Constituição, como os princípios da legalidade, da culpabilidade, da presunção de inocência e da pessoalidade da pena. Esse núcleo irrenunciável da parte geral do Direito Penal, que deve vincular toda e qualquer disciplina em matéria criminal, é designado pelo autor de “Programa penal constitucional”.⁷⁹³

Desse modo, apesar de possuir particularidades, o Direito Penal Tributário deve ser reconduzido ao Direito Penal comum e seus princípios.⁷⁹⁴ Nesse sentido, Francisco Javier Boix Reig, ao defender que o delito fiscal seja tratado como qualquer outro delito, no sentido de demandar respeito a todos os princípios gerais do Direito Penal, e às garantias do Direito Processual Penal.⁷⁹⁵⁻⁷⁹⁶ Ainda a esse respeito, a crítica de Silvina Bacigalupo à decisão do

⁷⁹³ ARROYO ZAPATERO, Luis. Derecho penal económico y constitución. **Revista Penal**, Barcelona, v. 1, p. 1, 1998. Disponível em: http://www.derechopenalened.com/libros/zapatero_derecho_penal_economico_y_constitucion.pdf. Acesso em: 8 jul. 2023.

⁷⁹⁴ IGLESIAS SEVILLANO, Héctor. Cuestiones sobre principio de legalidad, ley penal en blanco y presunciones en el delito fiscal. **Revista de derecho UNED**, Madrid, n. 19, p. 754, 2016. Disponível em: <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/18483/15522>. Acesso em: 24 jul. 2023; CERVINI, Raúl. Principios del derecho penal tributario en el Estado democrático social de derecho. **Revista de Derecho**, Montevideu, n. 2, p. 46, 2007. Disponível em: <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/846>. Acesso em: 28 out. 2023.

⁷⁹⁵ BOIX REIG, Francisco Javier. Reflexiones sobre la reforma del delito fiscal. **Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears**, Espanha, n. 14, p. 365, 2013. Disponível em: <http://www.ajlib.org/wp-content/uploads/2014/10/Bolentin-Academia-Tomo-XIV.pdf>. Acesso em: 22 out. 2023.

Tribunal Supremo espanhol que, em sua interpretação, ao entender uma espécie de fraude à lei fiscal (caso de estruturação societária voltada à redução de impostos) como sendo um crime fiscal, utilizando tal referência de exemplo de utilização do Direito Penal como instrumento de defesa de interesses financeiros do Fisco, afirma ser uma postura incompatível com um Direito Penal liberal moderno, justamente por debilitar os princípios gerais da legalidade, da intervenção mínima, entre outros (ou seja, defendendo a aplicação de garantias básicas da teoria geral do Direito Penal).⁷⁹⁷ Portanto, o Direito Penal Tributário deve possuir um caráter bipolar, associando de maneira harmônica um estatuto de solidariedade (próprio do Direito Tributário⁷⁹⁸) e as garantias típicas do Direito Penal. Ou seja, por um lado, devem ser considerados os postulados de Direito Tributário; por outro, é preciso respeito às garantias típicas do Direito Penal.⁷⁹⁹

4.2.2 Garantismo (positivo) no Direito Penal Tributário

Essas garantias, decorrentes da teoria geral do Direito Penal, vinculam não apenas a interpretação e a aplicação dos tipos penais, mas também o momento de criação da criminalização. Nesse sentido, os fundamentos materiais de legitimidade da criminalização são condicionados por tais garantias.

Um exemplo de garantia historicamente consolidada, fruto da teoria geral do Direito Penal, e necessariamente vinculante às suas disciplinas, por mais autônomas que sejam, é o princípio da legalidade, voltado a, entre outras finalidades, obstar a punição penal de ações apenas imorais ou eticamente reprováveis, por restringir a atuação do Direito Penal àquelas

⁷⁹⁶ Como exemplo, defende que não se considere como prova de crime tributário a documentação entregue pelo agente em procedimento fiscalizatório fiscal, enquanto sujeito obrigado a tal entrega (ou seja, legalmente coagido), por violação ao direito à não autoincriminação. BOIX REIG, Francisco Javier. Reflexiones sobre la reforma del delito fiscal. **Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears**, Espanha, n. 14, p. 366, 2013. Disponível em: <http://www.ajlib.org/wp-content/uploads/2014/10/Bolentin-Academia-Tomo-XIV.pdf>. Acesso em: 22 out. 2023.

⁷⁹⁷ BACIGALUPO, Silvina. Límites entre el ahorro fiscal y la defraudación punible: las actuaciones en fraude a la ley tributaria. **Revista de Derecho**, Montevideo, n. 4, p. 13-14, 2009. Disponível em: <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/822>. Acesso em: 28 out. 2023.

⁷⁹⁸ Sobre esse assunto, vide tópico 3.1.

⁷⁹⁹ CERVINI, Raúl. Principios del derecho penal tributario en el Estado democrático social de derecho. **Revista de Derecho**, Montevideo, n. 2, p. 38-39, 2007. Disponível em: <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/846>. Acesso em: 28 out. 2023.

condutas taxativamente descritas em lei como criminalizadas.⁸⁰⁰ Tal importância do princípio da legalidade, entretanto, enquanto instrumento de garantia contra a administração arbitrária do *ius puniendi*, refere-se a um momento posterior à constituição de um tipo penal, quando da aplicação do Direito Penal. Antes disso, é necessário que se realize a tarefa de criminalização.

Uma das regras incidentes nesse caso, tanto para legitimação, quanto para deslegitimação da criminalização, é sintetizada por Luigi Ferrajoli nos seguintes termos: “[...] além do máximo bem-estar possível dos não desviados, também o mínimo desconforto necessário dos desviados.”⁸⁰¹ É preciso adotar regra, portanto, que sirva de justificativa para a imposição penal, mas que igualmente sirva de garantia contra excessos.

Esse questionamento a respeito da (des)necessidade de criminalização está relacionado com o saber oriundo da política criminal,⁸⁰² área à qual compete indicar quais fatos devem ser classificados como delito.⁸⁰³ Franz von Liszt refere que à política criminal compete a problematização a respeito do fundamento jurídico do poder de punir do Estado, voltando-se ao estudo dos fins do Direito Penal.⁸⁰⁴ Interessante notar que, em livro de sua autoria, Liszt discorre sobre os fins da pena em capítulo intitulado “Lineamentos de Política criminal”.⁸⁰⁵

A política criminal, nas palavras de Mirelle Delmas-Marty “[...] compreende o conjunto dos procedimentos pelos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal, aparecendo, portanto, como ‘teoria e prática das diferentes formas de controle social’.”⁸⁰⁶ Essa estratégia relacionada à administração da criminalização é diretamente influenciada pela concepção de Direito Penal adotada, sobretudo dos fins do Direito Penal,

⁸⁰⁰ CATERINI, Mario. La ética económica y la responsabilidad penal. **IUS: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla**, México, v. 9, n. 35, p. 124, 2015. Disponível em: <http://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/114>. Acesso em: 29 dez. 2023.

⁸⁰¹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Teoría del garantismo penal. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, *et al.* Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 332, tradução nossa. No original: “[...] además del máximo bienestar posible de los no desviados, también el mínimo malestar necesario de los desviados.”

⁸⁰² Apesar de ser classicamente considerada um saber orientado à produção e reforma do Direito Penal, a política criminal passou recentemente a ser considerada também como capaz de influenciar a aplicação do Direito Penal (característica das propostas funcionalistas). BACIGALUPO, Enrique. **Manual de Derecho penal**. Parte general. Colômbia: Editorial Temos S.A., 1996. p. 23-24.

⁸⁰³ RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. **Derecho penal**. Parte general. Madrid: Editorial Civitas, 1973. p. 21.

⁸⁰⁴ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguier e C., 1899. t. 1, p. 2.

⁸⁰⁵ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguier e C., 1899. t. 1, p. 93-103.

⁸⁰⁶ DELMAS-MARTY, Mirelle. **Os grandes sistemas de política criminal**. Tradução de Denise Radanovic Vieira. São Paulo: Manole, 2004. p. 3-4.

bem como pela ideologia política predominante.⁸⁰⁷ Pensar as justificações externas da criminalização sequer seria uma atividade jurídica, mas política. Nas palavras de Luigi Ferrajoli: “Uma doutrina sobre a justificação externa das proibições penais é, pois, uma doutrina não jurídica, senão política, modelada em torno de critérios de *política criminal*.”⁸⁰⁸ Uma doutrina da justificação externa das proibições penais, portanto, é uma doutrina não jurídica, mas política (política-criminal). A partir dessa doutrina, por exemplo, entende-se justificada uma proibição penal quando tal proibição se destinar a evitar ataques (dano ou perigo) concretos a bens fundamentais individuais ou coletivos/sociais, bens externos ao Direito. A lesão a bem jurídico fundamental é indispensável (mas não suficiente) para uma legitimação da proibição penal.⁸⁰⁹

Ferrajoli faz referência a quatro critérios para uma política criminal voltada à tutela de bens jurídicos e compatível com o postulado de Direito Penal mínimo: (a) apenas justificar as proibições voltadas a evitar ataques (dano ou perigo de dano, empiricamente verificáveis; ou seja, não considerados em abstrato) a bens jurídicos fundamentais ao indivíduo ou à coletividade e externos ao Direito (a exemplo da vida, da saúde e do meio ambiente); (b) em delimitação ao critério anterior, o valor do bem jurídico tutelado deve ser maior do que os bens privados por meio da aplicação da pena. Essa recomendação serve também para um juízo de proporcionalidade das penas; (c) as proibições devem ser idôneas à tutela dos bens jurídicos, inclusive em sua eficácia intimidatória, critério orientado pela conjugação do princípio da utilidade e da separação entre Direito e Moral. Nesse sentido, Ferrajoli refere ser inútil a criminalização do aborto, do adultério, da mendicância; (d) uma política penal apenas se justifica quando subsidiária a uma política extrapenal de tutela de bens jurídicos, ou seja, complementar e posterior a estratégias de natureza não penal para tutela dos bens jurídicos.⁸¹⁰

O questionamento a respeito da legitimidade material de uma incriminação (por exemplo, do crime de sonegação fiscal), com a necessidade de sua adequação às garantias constitutivas do Direito Penal, serve também para impedir que se incorra no erro do

⁸⁰⁷ RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. **Derecho penal**. Parte general. Madrid: Editorial Civitas, 1973. p. 21.

⁸⁰⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Teoría del garantismo penal. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, *et al.* Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 472, tradução nossa. No original: “Una doctrina sobre la justificación externa de las prohibiciones penales es, pues, una doctrina no jurídica, sino política, modelada en torno a criterios de *política criminal*.”

⁸⁰⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Teoría del garantismo penal. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, *et al.* Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 472.

⁸¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Teoría del garantismo penal. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, *et al.* Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 472-473.

conhecido e disseminado movimento de expansão do Direito Penal. Essa expansão (no sentido negativo do termo) é caracterizada por um Direito Penal que objetiva alcançar todo e qualquer comportamento antissocial, em uma desmedida (ou deslegitimada) ampliação do âmbito de atuação do Direito Penal.⁸¹¹

Esse é um diagnóstico realizado por Jesús-María Silva Sánchez, em obra paradigmática sobre a matéria, ao fazer referência a uma sociedade que enxerga no recurso à legislação penal uma aparente solução fácil para os mais diversos problemas sociais. A resposta penal, nesse contexto, não é materializada em um plano de proteção efetiva de bens jurídicos, mas em um plano simbólico, enquanto instrumento de controle da opinião pública.⁸¹²

É justamente essa moderna tendência de ampliação de criminalizações (bem como ao aumento do rigor do tratamento penal dos crimes já existentes) que conduz a legislação penal a uma função simbólica, ou retórica, descuidando de uma utilidade prática que deveria ser o seu objetivo.⁸¹³ O simbolismo da legislação penal decorre, portanto, da alteração de finalidade da legislação, não mais direcionada ao controle da delinquência, mas à função de administração dos anseios sociais (seus sentimentos) relacionados com a criminalidade.⁸¹⁴⁻⁸¹⁵

Desse modo, pode ser chamado de simbólico o Direito Penal expansivo politicamente instrumentalizado; ou seja, construído não propriamente para a prevenção de delitos e a tutela de bens jurídicos, mas para apaziguar os anseios sociais e obter algum proveito político.⁸¹⁶

A proximidade dessa temática com a classe dos delitos socioeconômicos (especificamente, com os delitos tributários) decorre de uma característica desses delitos: a tendência a reformulações de institutos da teoria geral do delito, como anteriormente

⁸¹¹ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho Penal Económico**. 2. ed. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2010. p. 30.

⁸¹² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 23.

⁸¹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992. p. 16.

⁸¹⁴ Díez Ripollés, José Luis. **La política criminal en la encrucijada**. Buenos Aires: B de F, 2007. p. 76.

⁸¹⁵ Nas palavras de Ana Isabel Pérez Cepeda: “La aparición de nuevos riesgos y la creciente demanda de prevención penal ante ellos constituyen, sin duda, un terreno abonado para la proliferación de tipos penales de improbable aplicación, *cuya única finalidad consiste en satisfacer las demandas sociales*.” PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. **La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho penal postmoderno**. Madrid: Editora Iustel, 2007. p. 333.

⁸¹⁶ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho Penal Económico**. 2. ed. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2010. p. 30.

referido⁸¹⁷ – por exemplo, do conceito de bem jurídico, admitindo cada vez mais bens jurídicos coletivos de viés abstrato e cuja ofensa efetiva é de difícil ou impossível constatação (pode-se referir, também, a concepção de delitos por acumulação). Em razão disso, por ser a expansão do Direito Penal demarcada fortemente pela flexibilização de garantias (no contexto de aumento da intensidade repressiva do Direito Penal, e da redução das garantias de investigados/acusados), Jesús-María Silva Sánchez formula crítica à ampliação do Direito Penal a novos delitos, delitos próprios da sociedade atual, caracterizados por essa flexibilização de garantias clássicas, caso que entende ser o dos delitos socioeconômicos.⁸¹⁸ Também nesse caminho, a advertência de Miguel Bajo Fernández e Silvina Bacigalupo: “O Direito Penal Econômico, em suma, sofre de uma perigosa tendência a um Direito Penal expansivo criticável, seja porque é puramente simbólico no sentido mais negativo da expressão, seja porque inunda áreas próprias do Direito Administrativo sancionador.”⁸¹⁹

Apesar das críticas à criação de novos delitos, para que seja qualificada uma determinada ampliação do âmbito de aplicação do Direito Penal como expansiva (no sentido desenvolvido por Jesús-María Silva Sánchez), é preciso que seja avaliado se tal ampliação não é, na realidade, socialmente indispensável, enquanto parte do interminável movimento de adequação do Direito Penal às novas conformações e necessidades sociais (para além da investigação a respeito do fundamento de validade da criminalização).

Isso porque a ciência Penal (dogmática jurídica) e a política criminal não são compatíveis com uma pretensão de verdade, mas a uma pretensão de justiça, razão pela qual não deve ser admitido que uma nova conformação desses sistemas, a fim de dar conta de novos problemas (de novos ilícitos socioeconômicos, por exemplo), seja prontamente rechaçada em razão de um argumento puramente histórico (ou seja, por incompatibilidade da nova conformação com a conformação historicamente originária do sistema, com seus

⁸¹⁷ Vide tópico 4.2.1.

⁸¹⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. La expansión, la reducción y la legitimidad del Derecho penal económico. **Revista Penal México**, Ciudad de México, v. 3, n. 5, p. 65, 2013. Disponível em: <https://revistaciencias.inacipe.gob.mx/index.php/01/article/view/160>. Acesso em: 29 dez. 2023.

⁸¹⁹ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho Penal Económico**. 2. ed. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2010. p. 36, tradução nossa. No original: “El Derecho penal económico, en suma, sufre de una peligrosa tendencia a un Derecho penal expansivo criticable, bien porque es puramente simbólico en el sentido más negativo de la expresión, bien porque inunda áreas propias del Derecho administrativo sancionador.”

postulados clássicos).⁸²⁰ Luis Gracia Martín refere que jamais se deve considerar a construção teórica (no seu exemplo, a teoria do bem jurídico) da época histórica pretérita como uma construção acabada e necessariamente válida da forma como originariamente posta, mas como algo aberto a ser repensado quando necessárias, a partir da realidade social e do programa ético-político de cada época.⁸²¹

A criação de novos tipos penais, portanto, bem como uma certa reconfiguração de categorias dogmáticas a fim de torná-las compatíveis com as novas realidades, é algo que deve ser admitido, mas desde que alguns filtros irrenunciáveis, próprios de um Estado de Direito, sejam respeitados. Afinal, as ingerências decorrentes da atividade de controle social (do que é exemplo o Direito Penal) devem necessariamente, no marco do Estado de Direito, possuir limitações.⁸²²

Sob esse manto do Estado de Direito, é inegável que também o legislador, na tarefa de criação e adequação da legislação penal, está sujeito a esses limites. Por exemplo, sua atividade deve ser balizada pelo princípio da proporcionalidade, respeitando limites de idoneidade, de necessidade, e de moderação quando da criação de tipos penais e de penas, bem como deve respeitar o princípio da proteção de bens jurídicos, o princípio da *ultima ratio*, entre outros.⁸²³

Aliás, em relação ao Direito Penal Tributário, o princípio da *ultima ratio* possui uma elevada importância, especialmente em razão da existência de esfera especializada e prévia ao Direito Penal destinada ao tratamento do inadimplemento tributário, seja qual for a sua modalidade, a saber o Direito Tributário e o Direito Processual Tributário.

O princípio da *ultima ratio* significa que o Direito Penal deve ser a última instância a agir em caso de conduta ilícita.⁸²⁴ No cumprimento de seu dever de tutela dos direitos fundamentais, o Estado pode lançar mão do Direito Penal, mas, para tanto, não basta que haja apenas um interesse a ser tutelado; é preciso também uma especial legitimação para a

⁸²⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. La expansión, la reducción y la legitimidad del Derecho penal económico. **Revista Penal México**, Ciudad de México, v. 3, n. 5, p. 69, 2013. Disponível em: <https://revistaciencias.inacipe.gob.mx/index.php/01/article/view/160>. Acesso em: 29 dez. 2023.

⁸²¹ GRACIA MARTÍN, Luis. La modernización del Derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de Derecho (social y democrático). **Revista de Derecho Penal y Criminología**, Madrid, n. 3, p. 58, 2010. Disponível em: <https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24631>. Acesso em: 12 fev. 2024.

⁸²² HASSEMER, Winfried. **Por qué no debe suprimirse el Derecho penal**. México: INACIPE, 2003. p. 30.

⁸²³ HASSEMER, Winfried. **Por qué no debe suprimirse el Derecho penal**. México: INACIPE, 2003. p. 35.

⁸²⁴ FARIA COSTA, José de. **Linhas de Direito Penal e de Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 84.

intervenção penal, o que é extraído especialmente desse postulado de *ultima ratio*,⁸²⁵ constituído por um exame de legitimidade do objeto a tutelar, da idoneidade do Direito Penal para tal tutela, da inexistência de meios de tutela menos severos e igualmente idôneos, e de proporcionalidade entre o interesse tutelado e os direitos que serão atingidos pela intervenção do Direito Penal.⁸²⁶

Havendo um mecanismo para além do Direito Penal, cuja incidência seja menos gravosa ao indivíduo e à sociedade, e que seja suficientemente eficaz no tratamento ao ilícito, deve ele possuir preferência, inclusive obrigando o legislador a deixar de recorrer à legislação penal.⁸²⁷ No Sistema Garantista de Luigi Ferrajoli, esse postulado é materializado no princípio da necessidade das proibições penais, localizado no axioma A3 (*nulla lex poenalis sine necessitate*).⁸²⁸

O imperativo de *ultima ratio* possui também uma função pedagógica: um Direito Penal aplicado com parcimônia, mas com firmeza, possui mais força de convicção social; o uso exagerado do Direito Penal, em contrapartida, produz um efeito inverso.⁸²⁹

Não basta, portanto, para legitimar o ilícito penal-tributário, existir dignidade constitucional; é preciso respeito a mandamentos de subsidiariedade (*ultima ratio*) e de eficácia.⁸³⁰ Desse postulado, pode-se extrair uma limitação à criminalização do ilícito tributário no caso de não pagamento de tributo declarado, mas apenas não pago – mesmo no caso dos designados “tributos indiretos”.⁸³¹ Isso porque a declaração do tributo (e a inexistência, portanto, de fraude em relação ao fato gerador) dá ciência ao Fisco da existência da obrigação tributária, possibilitando que tenha igualmente ciência do inadimplemento, e que utilize dos instrumentos tributários de cobrança e de sancionamento, tornando desnecessário o

⁸²⁵ VIGANÒ, Francesco. La arbitrariedad del no punir. Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales. **Revista Política Criminal**, Chile, v. 9, n. 18, p. 458, 2014. Disponível em: <http://policrim.com/wp-content/uploads/2019/04/Vol9N18A5.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2023.

⁸²⁶ VIGANÒ, Francesco. La arbitrariedad del no punir. Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales. **Revista Política Criminal**, Chile, v. 9, n. 18, p. 459, 2014. Disponível em: <http://policrim.com/wp-content/uploads/2019/04/Vol9N18A5.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2023.

⁸²⁷ HASSEMER, Winfried. **Por qué no debe suprimirse el Derecho penal**. México: INACIPE, 2003. p. 35.

⁸²⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Teoría del garantismo penal. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, et al. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 465.

⁸²⁹ MOCCIA, Sergio. **El Derecho penal entre ser y valor**. Función de la pena y sistemática teleológica. Trad. de Antonio Bonanno. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2003. p. 300.

⁸³⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda. Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal. PODVAL, Roberto (org.). **Temas de Direito Penal Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 182.

⁸³¹ A esse respeito: LINHARES, Raul Marques. Sobre a criminalização da dívida de ICMS: o acerto e o erro das Cortes Superiores. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 178, p. 249-286, 2021.

recurso ao Direito Penal, que deve ser reservado a situações diversas. Nesse sentido, Héctor Iglesias Sevillano se refere ao sistema de persecução ao ilícito tributário (em sentido amplo) como um conjunto de estratégias, sendo o Direito Penal uma delas, destinado apenas a castigar as infrações mais graves, razão pela qual as infrações menos graves (como o inadimplemento de débito declarado) devem ser deixadas a cargo do Direito Tributário sancionador.⁸³²

A tutela penal do inadimplemento tributário, portanto, deveria ser restrita aos casos de fraude, justamente por dificultar à Administração Pública a tomada de conhecimento do inadimplemento. A esse respeito, Marcelo Lettieri Siqueira e Francisco S. Ramos apontam como fator originário da sonegação a deficiência de informação dos entes arrecadadores em relação às variáveis definidoras da base tributária – ou seja, rendas, vendas, rendimentos.⁸³³ Em outras palavras, um dos grandes problemas em relação ao ato de evasão fiscal é a falta de conhecimento facilitado por parte do Estado sobre a ocorrência dos fatos geradores da obrigação tributária, muitas vezes dependendo da declaração espontânea do contribuinte.

Os autores referem três estágios da obediência à lei tributária (declaração, cálculo e pagamento⁸³⁴), afirmando que a maior parte dos atos de sonegação situam-se na primeira etapa; ou seja, o contribuinte não declara o fato gerador da obrigação tributária, ou o declara a menor.⁸³⁵ Essa situação, de ocultação no todo ou em parte do fato gerador (em outras palavras, de utilização de meio fraudulento), é o que dificulta a ciência do Fisco em relação ao débito e a sua capacidade de cobrança, razão a justificar o recurso ao Direito Penal enquanto estratégia de combate à fraude.

Por outro lado, para além das garantias voltadas a deslegitimar a ampliação do campo de atuação da tutela penal (v.g., criação de novas hipóteses de crimes), ou o aumento de seu

⁸³² IGLESIAS SEVILLANO, Héctor. Cuestiones sobre principio de legalidad, ley penal en blanco y presunciones en el delito fiscal. **Revista de derecho UNED**, Madrid, n. 19, p. 753, 2016. Disponível em: <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/18483/15522>. Acesso em: 24 jul. 2023.

⁸³³ SIQUEIRA, Marcelo Lettieri; RAMOS, Francisco S. A Economia da Sonegação: Teorias e Evidências Empíricas. **Revista de Economia Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 558, 2005. Disponível em: <http://old.scielo.br/pdf/rec/v9n3/v9n3a04.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2023.

⁸³⁴ “A obediência à lei tributária está basicamente relacionada: (i) à declaração da verdadeira base tributária; (ii) ao cálculo correto da obrigação tributária; e (iii) ao pagamento das quantias devidas.” SIQUEIRA, Marcelo Lettieri; RAMOS, Francisco S. A Economia da Sonegação: Teorias e Evidências Empíricas. **Revista de Economia Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 560, 2005. Disponível em: <http://old.scielo.br/pdf/rec/v9n3/v9n3a04.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2023.

⁸³⁵ SIQUEIRA, Marcelo Lettieri; RAMOS, Francisco S. A Economia da Sonegação: Teorias e Evidências Empíricas. **Revista de Economia Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 560, 2005. Disponível em: <http://old.scielo.br/pdf/rec/v9n3/v9n3a04.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2023.

rigor (v.g., aumento de pena), pode-se identificar também um princípio constitucional impositivo da tutela penal; ou seja, um princípio que faz da tutela penal não só uma possibilidade, mas algo necessário em determinadas ocasiões.

No âmbito de um Direito Penal legitimado à promoção da tutela de bens jurídicos essenciais, e sendo uma decisão do Estado o reconhecimento da indispensabilidade da tutela penal, é inegável a necessidade de afirmação de um princípio constitucional afirmador dessa tutela.⁸³⁶ Em linhas gerais, trata-se de um *princípio geral fundamental de tutela de bens jurídicos*, constituído por um *princípio constitucional de garantia* (que institui a necessidade de ofensa a bem jurídico para a intervenção penal), e por um *princípio constitucional impositivo* (impositivo da necessidade de tutela penal de bens jurídicos pelo Estado).⁸³⁷

Sob outro viés, esse princípio impositivo é extraído do princípio da proporcionalidade, que indica não só a necessidade de uma redução da intensidade da intervenção penal em alguns casos, como, também, a necessidade de um incremento dessa intervenção,⁸³⁸ numa espécie de *Garantismo positivo*. Significa dizer que deve haver uma preocupação com uma proteção penal suficiente dos direitos fundamentais, o que se convencionou chamar de *proibição de proteção deficiente* de bens jurídicos.⁸³⁹

Sobre isso, é pertinente a referência de Francesco Viganò, no sentido de que “O poder punitivo estatal pode ser usado de modo *arbitrario* não só quando se lhe exerce, senão também quando *se omite de exercê-lo*, deixando, assim, sem tutela as vítimas débeis.”⁸⁴⁰

⁸³⁶ Nas palavras de Fabio Roberto D’Avila: “[...] emerge o direito penal contemporâneo como instrumento historicamente legitimado de persecução do fim de tutela de bens materialmente resguardados pelo Estado e, indissociavelmente, conformadores de sua própria feição e, por decorrência, impele-nos a reconhecer, na proteção de bens jurídicos, um princípio constitucional impositivo como princípio geral fundamental, densificador do princípio estruturante do Estado de direito e, ainda, por consequência, estruturante de todo o ordenamento jurídico-penal”. D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios**: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 65.

⁸³⁷ D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios**: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 66.

⁸³⁸ Ou mesmo um limite para a redução, como na referência de Luigi Ferrajoli a que há, invariavelmente, um limite mínimo de redução de penas, a fim de preservar sua eficácia dissuasória. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Teoría del garantismo penal. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, *et al.* Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 473.

⁸³⁹ STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (Übermaßverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermäßverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 80, p. 314, 2004.

⁸⁴⁰ VIGANÒ, Francesco. La arbitrariedad del no punir. Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales. **Revista Política Criminal**, Chile, v. 9, n. 18, p. 472, 2014. Disponível em: <http://politerim.com/wp-content/uploads/2019/04/Vol9N18A5.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2023, tradução nossa. No original: “El poder punitivo estatal puede ser usado en modo *arbitrario* no sólo cuando se le ejerce, sino también cuando *se omite ejercerlo*, dejando así sin tutela a víctimas débiles.”

A partir desses e de outros postulados (por exemplo, a exclusiva proteção de bens jurídicos fundamentais, o princípio da ofensividade e o princípio da proporcionalidade da resposta penal), é possível alcançar um diagnóstico em relação a determinado material de incriminação, seja para afirmar a sua conformidade constitucional, seja para afirmar a sua desconformidade, por adequação ou por violação aos tantos postulados limitadores da incidência do Direito Penal. Nesse último caso, é muito comum que se esteja diante do fenômeno da expansão do Direito Penal, como anteriormente delimitado (uma ampliação desarrazoada do Direito Penal, contrariando os seus postulados de delimitação).

A respeito desse juízo, mesmo que parte da doutrina classifique como *expansão* (injustificada) a ampliação do âmbito de atuação do Direito Penal a ilícitos próprios da sociedade contemporânea (aos delitos socioeconômicos, por exemplo),⁸⁴¹ concorda-se com Carlos Martínez-Buján Pérez, que concebe essa ampliação como uma indispensável modernização do Direito Penal. Não se trata, nessa perspectiva, de ignorar todo e qualquer filtro de (des)legitimação do Direito Penal, em um abandono das garantias do sistema penal; mas de ter consciência de que o que se identifica como Direito Penal clássico, em matéria patrimonial, é uma criação eminentemente classista, voltada à criminalização de setores da população socialmente menos favorecidos⁸⁴² — o que entendemos ser incompatível com um Estado Democrático de Direito e um Direito Penal de viés socialmente igualitário. Esse antigo histórico, que permite a adjetivação do Direito Penal de seletivo, justifica que Miguel Polaino Navarrete, no ano de 1986, tenha alertado para o disseminado sentimento de impunidade em relação aos crimes fiscais. Em suas palavras:

Em poucas questões jurídicos-penais como a oferecida pelo delito fiscal se tem apreciado de uma maneira mais patente o sentimento de inoperância do tradicional sistema punitivo, em cujo âmbito se tem verificado nos mais elevados limites imagináveis a evidência da cifra negra da criminalidade, e ainda mais da absoluta inutilidade de uma norma penal.⁸⁴³

⁸⁴¹ Como, por exemplo, Winfried Hassemer e os autores da Escola de Frankfurt, bem como Jesús-María Silva Sánchez. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. La expansión, la reducción y la legitimidad del Derecho penal económico. **Revista Penal México**, Ciudad de México, v. 3, n. 5, p. 68, 2013. Disponível em: <https://revistaciencias.inacipe.gob.mx/index.php/01/article/view/160>. Acesso em: 29 dez. 2023.

⁸⁴² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. La expansión, la reducción y la legitimidad del Derecho penal económico. **Revista Penal México**, Ciudad de México, v. 3, n. 5, p. 68-69, 2013. Disponível em: <https://revistaciencias.inacipe.gob.mx/index.php/01/article/view/160>. Acesso em: 29 dez. 2023.

⁸⁴³ POLAINO NAVARRETE, Miguel. El delito fiscal: secuencias fallidas de una reforma penal. **Estudios Penales y Criminológicos**, Santiago de Compostela, Espanha, v. 9, p. 151, 1986. Disponível em: <https://minerva.usc.es/xmlui/handle/10347/4328>. Acesso em: 25 jul. 2023, tradução nossa. No original: “En

Sem ignorar, portanto, as garantias penais, é preciso fundamentar (político-criminalmente e dogmaticamente) a legitimidade da intervenção do Direito Penal no âmbito econômico. Com tal necessidade de fundamentação, deve-se submeter os delitos socioeconômicos às tradicionais regras e princípios de imputação penal, com necessários ajustes⁸⁴⁴ a fim de tornar a construção dogmática do Direito Penal compatível com as novas necessidades sociais, e os novos delitos incorporados à legislação.

Essa tarefa de justificação das leis e proibições penais, segundo Luigi Ferrajoli, deve ser fundamentada em critérios valorativos externos à lei, e não nela própria. Ou seja, todo delito deve ser, de alguma forma, reprovável a partir de um critério externo de valoração.⁸⁴⁵

Se, por um lado, a separação entre direito e moral retira do conceito teórico-descritivo de delito qualquer elemento moral, por outro, não impede uma valoração ético-política das proibições legais, possibilitando falar em uma crítica ética da legislação. Luigi Ferrajoli fornece o exemplo da imoralidade da criminalização da mendicância, bem como da justificação moral de crimes políticos.⁸⁴⁶

Não deve ser adotada, entretanto, uma identidade entre Direito Penal e moral. Afinal, não é incomum que condutas gravemente imorais possam ser irrelevantes para o Direito Penal, enquanto condutas eticamente indiferentes possam ser criminalizadas.⁸⁴⁷ Com isso, Mario Caterini afirma que nem a completa coincidência entre Direito Penal e ética, nem a completa distinção entre eles, tiveram sucesso no curso da história; o que há é alguma conexão, maior ou menor, entre Direito Penal e as *Kulturnormen*.⁸⁴⁸⁻⁸⁴⁹

pocas cuestiones jurídico-penales como la ofrecida por el delito fiscal se ha apreciado de una manera más patente el sentimiento de inoperancia del tradicional sistema punitivo, en cuyo ámbito se ha verificado en los más elevados límites imaginables la evidencia de la cifra oscura de criminalidad, y aun más de la absoluta inutilidad de una norma penal.”

⁸⁴⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. La expansión, la reducción y la legitimidad del Derecho penal económico. **Revista Penal México**, Ciudad de México, v. 3, n. 5, p. 71-72, 2013. Disponível em: <https://revistaciencias.inacipe.gob.mx/index.php/01/article/view/160>. Acesso em: 29 dez. 2023.

⁸⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Teoría del garantismo penal. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, *et al.* Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 459-460.

⁸⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Teoría del garantismo penal. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, *et al.* Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 460-461.

⁸⁴⁷ CATERINI, Mario. La ética económica y la responsabilidad penal. **IUS: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla**, México, v. 9, n. 35, p. 128, 2015. Disponível em: <http://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/114>. Acesso em: 29 dez. 2023.

⁸⁴⁸ CATERINI, Mario. La ética económica y la responsabilidad penal. **IUS: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla**, México, v. 9, n. 35, p. 128, 2015. Disponível em: <http://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/114>. Acesso em: 29 dez. 2023.

Apesar da relação natural entre o Direito Penal e a ética, essa relação não é, portanto, um critério suficiente de legitimação legislativa para criminalizações. Enquanto o princípio da legalidade serve de barreira à intervenção do Direito Penal em comportamentos não disciplinados por lei penal, mesmo que antiéticos, a teoria do bem jurídico, o princípio da ofensividade, entre outros, servem de barreira à atividade legislativa penal, que não pode se fundamentar exclusivamente em critérios éticos.⁸⁵⁰ É preciso encontrar, dessa forma, fundamentos materiais para cada criminalização que constitui o sistema do Direito Penal.

4.2.3 Aproximação à legitimidade do Direito Penal Tributário

O fundamento do Direito Penal, como anteriormente referido, na lição de José de Faria Costa, deve partir do ilícito material.⁸⁵¹ Isso porque há uma primazia da ilicitude em relação à tipicidade: a primeira, expressão do caráter ofensivo do comportamento; a segunda, formalização da vedação do comportamento ofensivo.⁸⁵² Nas palavras do autor: “[...] o tipo não é só tipo-de-garantia mas também expressão jurídica, historicamente situada, de comunidades democráticas e plurais em que o ilícito é e tem de ser, em qualquer circunstância, ilícito-típico.”⁸⁵³ Nesse sentido, a tipicidade é, para além de garantia legal, a expressão de um material juízo de reprovação em relação à conduta.

Esse mesmo raciocínio pode ser aplicado à teoria dos deveres fundamentais, a fim de encontrar um conteúdo material que lhes constitua. Como anteriormente mencionado,⁸⁵⁴ a fundamentalidade de um dever não deriva de mero critério formal (de sua fonte

⁸⁴⁹ Para um conceito de *Kulturnormen*: “[...] normas culturales o de civilización (*Kulturnormen*), entendidas como el conjunto de aquellas prohibiciones y comandos impuestos por las relaciones sociales y por la vida profesional, por razones religiosas, morales, económicas o convencionales.” CATERINI, Mario. La ética económica y la responsabilidad penal. **IUS: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla**, México, v. 9, n. 35, p. 127, 2015. Disponível em: <http://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/114>. Acesso em: 29 dez. 2023.

⁸⁵⁰ CATERINI, Mario. La ética económica y la responsabilidad penal. **IUS: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla**, México, v. 9, n. 35, p. 129, 2015. Disponível em: <http://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/114>. Acesso em: 29 dez. 2023.

⁸⁵¹ SCALCON, Raquel Lima. **Ilícito e pena**. Modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo. Rio de Janeiro: LMJ Mundo jurídico, 2013. p. 105.

⁸⁵² FARIA COSTA, José de. **Noções fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 253-254.

⁸⁵³ FARIA COSTA, José de. **Noções fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 181.

⁸⁵⁴ Vide tópico 3.2.

constitucional), mas igualmente de uma referência a valores básicos da vida em comunidade, a bens que são básicos para o funcionamento da vida social.⁸⁵⁵

Esse é o conteúdo de sentido (valores sociais, coletivos, comunitários) que constitui o compromisso de cada indivíduo para com o sustento do Estado, a ele fornecendo os meios materiais para que possa desempenhar as funções mais básicas que justificam a sua própria existência, e que poderiam ser resumidas com a tarefa de afirmação dos direitos fundamentais na promoção de uma sociedade mais justa. Por tal razão é que se conclui que a violação ao dever de contribuir com os custos públicos prejudica as condições materiais de implementação dos direitos fundamentais.⁸⁵⁶ Essa repercussão financeira e estrutural dos delitos tributários faz com que eles sejam merecedores de uma especial atenção das legislações estatais, inclusive por representarem uma afetação à própria organização do Estado em relação à sua atividade financeira.⁸⁵⁷⁻⁸⁵⁸ Por tais razões, concorda-se com Lenio Luiz Streck, quando afirma: “Não há dúvida, pois, que as baterias do direito penal do Estado Democrático de Direito devem ser direcionadas para o combate dos crimes que impedem a concretização dos direitos fundamentais nas suas diversas dimensões.”⁸⁵⁹

Nesse contexto, Savio Guimarães Rodrigues elenca o que considera serem os três postulados a conferir suporte à *dignidade penal* do sistema tributário: “[...] a dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB); a solidariedade social (art. 3º, 1, da CRFB); e a isonomia (art.

⁸⁵⁵ DE LEÓN SOLÍS, Viviana Ponce. La función de los deberes constitucionales. **Revista Chilena de Derecho**, Chile, v. 44, n. 1, p. 138, 2017. Disponível em: <http://revistachilenadederecho.uc.cl/index.php/Rchd/article/view/3974/3734>. Acesso em: 2 jul. 2023.

⁸⁵⁶ Como afirmado por Miguel Ángel Sánchez Huete: “Se trata de vasos comunicantes: los derechos precisan de medios públicos para su aplicación, y éstos se obtienen mediante el deber de contribuir. Atendiendo a esta relación la transgresión de tal deber, anclado en la solidaridad ciudadana, supone también erosionar los derechos fundamentales reconocidos.” SÁNCHEZ HUETE, Miguel Ángel. El carácter fundamental del deber de contribuir: el derecho y la ética de las relaciones tributarias. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 50, p. 191, 2017. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/934>. Acesso em: 20 nov. 2023.

⁸⁵⁷ CALVACHI CRUZ, Reinaldo. Los delitos tributarios: la defraudación fiscal. **Iuris Dictio**, Equador, v. 3, n. 5, p. 65, 2002. Disponível em: <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdicio/article/view/568>. Acesso em: 19 out. 2023.

⁸⁵⁸ Aliás, Reinaldo Calvachi Cruz interpreta a sociedade como um conjunto de relações que, ao final, possuem natureza econômica, desse conceito extraindo a importância da ordem econômica: “La sociedad actual no se explica sino a través de un complicado conjunto de relaciones que en el fondo son económicas; por ello, desde la perspectiva de la organización estadual, el orden económico es relevante ya que justifica el desenvolvimiento armonizado entre los distintos actores y agentes socio-económicos.” CALVACHI CRUZ, Reinaldo. Los delitos tributarios: la defraudación fiscal. **Iuris Dictio**, Equador, v. 3, n. 5, p. 65, 2002. Disponível em: <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdicio/article/view/568>. Acesso em: 19 out. 2023.

⁸⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (Übermaßverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermaßverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 80, p. 311, 2004.

5º, caput; e art. 150, II, ambos da CRFB), sendo certo que todos se desdobram em princípios específicos da ordem tributária e econômica.”⁸⁶⁰ Da mesma forma, mas na área penal, Anabela Miranda Rodrigues fundamenta a legitimidade da ampliação do Direito Penal ao ilícito tributário nas finalidades constitucionais (na sua referência, da Constituição Portuguesa) do sistema fiscal, como a diminuição de desigualdades e a justiça social.⁸⁶¹ Essa racionalidade é absolutamente compatível com o ordenamento jurídico-tributário brasileiro, sendo expressos objetivos fundamentais e constitucionais da República, entre outros, a construção de uma sociedade solidária, a erradicação da pobreza, e a redução das desigualdades.⁸⁶²

Sob tal paradigma, a autora refere que as sanções penais possuem também uma função de reforço de valores éticos e constitucionalmente reconhecidos, motivo pelo qual, em relação ao ilícito tributário, servem de mecanismo para o desenvolvimento de uma consciência ética fiscal.⁸⁶³ Conquanto não se concorde, no âmbito da presente pesquisa, especificamente com essa referência (acredita-se que a finalidade “educativa” excede os fins legítimos do Direito Penal; mesmo que o mencionado desenvolvimento de uma consciência ética seja um efeito da incidência do Direito Penal, não se considera adequado tratar esse reforço como *finalidade* da sanção penal – concorda-se, portanto, com a crítica realizada por Ângelo Roberto Ilha da Silva, em relação a uma função promocional do Direito Penal⁸⁶⁴), ela reflete um movimento de eticização do Direito Penal fiscal, por não só se defender ou objetivar uma finalidade

⁸⁶⁰ RODRIGUES, Savio Guimarães. **Bem Jurídico-Penal Tributário: A legitimidade do sistema punitivo em matéria fiscal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013. p. 170.

⁸⁶¹ RODRIGUES, Anabela Miranda. Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal. PODVAL, Roberto (org.). **Temas de Direito Penal Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 182.

⁸⁶² Nos termos da Constituição Federal: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 24 abr. 2024.

⁸⁶³ RODRIGUES, Anabela Miranda. Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal. PODVAL, Roberto (org.). **Temas de Direito Penal Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 183.

⁸⁶⁴ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Curso de direito penal: parte geral**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 35.

arrecadatória de receitas, mas também a promoção de uma justiça social distributiva.⁸⁶⁵ Afora essa defesa do desenvolvimento de uma consciência ética (com a qual não se concorda), e sob um aspecto objetivo, se é adotado como um dos objetivos do sistema tributário do Estado Social uma certa redistribuição de riquezas (para além da afirmação dos direitos fundamentais), a fim de alcançar uma igualdade material e de oportunidades, são então indispensáveis o sistema tributário e os tributos,⁸⁶⁶ além de mecanismos de tutela do cumprimento dos deveres tributários (leia-se: dever fundamental de pagar tributos), sendo um desses mecanismos o Direito Penal.

4.2.3.1 A solidariedade como elemento fundamental da criminalização da sonegação

O Direito Penal é estruturado a partir de um princípio básico da sociedade, conhecido pelo brocardo latino *neminem laedere* (*não lesar a ninguém*). Em outras palavras, o Direito Penal (mas não só ele) se destina primordialmente a garantir que as pessoas, na convivência com seus pares, não causarão danos a terceiros.⁸⁶⁷ Portanto, a proteção dos direitos de liberdade por meio do Direito Penal ocorre, primeiro, pela instituição de um mandado de respeito a deveres negativos.⁸⁶⁸ Esses deveres negativos possuem um alcance geral, e são relacionados intimamente com o mencionado princípio *neminem laedere*, ou seja, trata-se de um compromisso de abstenção (por isso dever negativo) em relação a comportamentos que possam produzir lesões a terceiros.⁸⁶⁹ Esse dever de não lesar é um elemento mínimo de qualquer ordenamento regulador da existência de pessoas.⁸⁷⁰ A responsabilidade, no caso da

⁸⁶⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda. Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal. PODVAL, Roberto (org.). **Temas de Direito Penal Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 181.

⁸⁶⁶ CUESTA AGUADO, Paz Mercedes de la. Redistribución de la riqueza y delito tributario. **Estudios penales y criminológicos**, Santiago de Compostela, v. 42, p. 6, 2022. Disponível em: <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/8626/12522>. Acesso em: 19 out. 2023.

⁸⁶⁷ GÓMEZ-TRELLES, Javier Sánchez-Vera. Delito de infracción de deber. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. (coord.). **El funcionalismo en el derecho penal**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. t. 1, p. 273.

⁸⁶⁸ ROBLES PLANAS, Ricardo. Deberes negativos y positivos en Derecho penal. **Indret: Revista para el Análisis del Derecho**, Barcelona, n. 4, p. 13, 2013. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1008.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2023.

⁸⁶⁹ CARO CORIA, Dino Carlos; REYNA ALFARO, Luis Miguel. **Derecho Penal Económico**. Parte general. Lima: Jurista Editores, 2016. p. 575.

⁸⁷⁰ JAKOBS, Günther. La omisión: estado de la cuestión. In: ROXIN, Claus *et al.* **Sobre el estado de la teoría del delito**: seminario en la Universitat Pompeu Fabra. Trad. de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Madrid: Civitas, 2000. p. 131.

violação a deveres negativos, surge dos atos de gestão sobre as esferas jurídicas alheias, gerando responsabilidade pelos resultados produzidos pelo agente por meio de seu comportamento.⁸⁷¹

Essa é uma característica marcante do Direito Penal constituído a partir do postulado liberal da priorização da autonomia privada: procurar restringir a liberdade individual por meio de deveres negativos (obrigações de não causar danos),⁸⁷² evitando o quanto possível for ingerências para além desse postulado no âmbito de liberdade individual. Sob esse paradigma liberal, se, por um lado, o indivíduo não é legitimado a agir de um modo que possa causar lesão a terceiro, por outro lado, esse indivíduo não poderia ser obrigado a agir para melhorar a condição de um terceiro.⁸⁷³⁻⁸⁷⁴

Entretanto, sobretudo em um Estado Social, o Direito Penal não deve ser limitado a instituir deveres negativos de não lesar a outrem; deve, igualmente, ocupar-se de criar compromissos positivos direcionados aos indivíduos para com a coletividade.⁸⁷⁵ Por isso, Günther Jakobs defende a introdução na moderna teoria do delito da distinção entre deveres negativos e deveres positivos. Para o autor, os deveres negativos são aqueles que determinam ao agente que se abstenha de ampliar seu próprio âmbito de organização às custas do âmbito

⁸⁷¹ ROBLES PLANAS, Ricardo. Deberes negativos y positivos en Derecho penal. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 4, p. 6, 2013. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1008.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2023.

⁸⁷² ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Autonomía, solidaridad y deber de socorro: un apunte histórico. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, n. 53, p. 362, 2000. Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2000-10036100412. Acesso em: 20 jun. 2023.

⁸⁷³ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Autonomía, solidaridad y deber de socorro: un apunte histórico. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, n. 53, p. 362, 2000. Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2000-10036100412. Acesso em: 20 jun. 2023.

⁸⁷⁴ Nesse sentido, a crítica de Gallas, mencionada por Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, no sentido de que o estabelecimento de obrigações gerais positivas representaria uma moralização do Direito Penal, incompatível com um sistema jurídico pautado no respeito à liberdade individual. GÓMEZ-TRELLES, Javier Sánchez-Vera. Delito de infracción de deber. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. (coord.). **El funcionalismo en el derecho penal**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. t. 1, p. 278.

⁸⁷⁵ Nas palavras de Günther Jakobs: “[...] un ordenamiento social no tiene por qué limitarse a generar Personas que no se perturben entre ellas, sino que puede contener también el deber de proporcionar ayuda a otra Persona, de edificar con ella -de forma parcial- un mundo en común y, de esta forma, de asumir respecto a ella una relación positiva.” JAKOBS, Günther. La omisión: estado de la cuestión. In: ROXIN, Claus *et al.* **Sobre el estado de la teoría del delito**: seminario en la Universitat Pompeu Fabra. Trad. de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Madrid: Civitas, 2000. p. 131.

de organização dos demais; ou seja, como anteriormente referido, que não provoque dano com a sua conduta.⁸⁷⁶

Diferentemente, em um dever positivo, o agente deve não só se preocupar em não produzir lesão a terceiro, como deve conformar um mundo em comum com o indivíduo favorecido.⁸⁷⁷ Esses deveres positivos, em Günther Jakobs, são próprios de indivíduos que ocupam papéis especiais;⁸⁷⁸ eles implicam a assunção de funções especiais de proteção⁸⁷⁹ – classificação que fundamenta a concepção de *delito de infração de dever*, abordada adiante.⁸⁸⁰ São exemplos dessa posição os pais diante dos filhos, bem como os funcionários públicos.⁸⁸¹

Mesmo sendo uma interferência significativa no âmbito de liberdade individual, já que extrapola o mero e passivo postulado do *neminem laedere* e demanda do sujeito um agir ativo, os deveres positivos especiais não seriam de todo incompatíveis com uma visão liberal da relação entre indivíduo e Estado ou sociedade. Isso porque parte desses deveres são originados de uma tomada de decisão do indivíduo (ou seja, de sua livre vontade) – por exemplo, os deveres originados de um contrato dependem de uma prévia manifestação de vontade do contratante. Diferentemente, não haveria espaço, nessa concepção de Direito Penal, para deveres positivos gerais, imponíveis a todas as pessoas, derivados da própria relação entre indivíduo e sociedade.⁸⁸²

É considerada, portanto, uma estratégia complementar na tutela dos direitos e liberdades dos cidadãos, para além da instituição de deveres negativos, a determinação de deveres de zelo pelo bem-estar dos demais; ou seja, a instituição de deveres positivos. Esse

⁸⁷⁶ JAKOBS, Günther. El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos. In: JAKOBS, Günther. CANCIO MELIÁ, Manuel (org.). **El sistema funcionalista del derecho penal**. Peru: Grijley, 2000. p. 193.

⁸⁷⁷ GÓMEZ-TRELLES, Javier Sánchez-Vera. Delito de infracción de deber. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. (coord.). **El funcionalismo en el derecho penal**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. t. 1, p. 275.

⁸⁷⁸ JAKOBS, Günther. El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos. In: JAKOBS, Günther. CANCIO MELIÁ, Manuel (org.). **El sistema funcionalista del derecho penal**. Peru: Grijley, 2000. p. 193.

⁸⁷⁹ CARO CORIA, Dino Carlos; REYNA ALFARO, Luis Miguel. **Derecho Penal Económico**. Parte general. Lima: Jurista Editores, 2016. p. 575.

⁸⁸⁰ Vide tópico 4.2.3.2.

⁸⁸¹ JAKOBS, Günther. El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos. In: JAKOBS, Günther. CANCIO MELIÁ, Manuel (org.). **El sistema funcionalista del derecho penal**. Peru: Grijley, 2000. p. 193.

⁸⁸² ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Autonomía, solidaridad y deber de socorro: un apunte histórico. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, n. 53, p. 364, 2000. Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2000-10036100412. Acesso em: 20 jun. 2023.

dever de assistência/zelo é imponível sobretudo ao Estado (responsável, por exemplo, pela organização da Administração e pela promoção da segurança pública), podendo subsidiariamente recair sobre o cidadão.⁸⁸³ Inclusive, a instituição de deveres positivos é considerada uma forma de potencializar a tutela das instituições negativas, como a liberdade.⁸⁸⁴

Em resumo, o sistema geral de imputação penal é centrado em dois tipos principais de deveres: o dever geral negativo de não lesar (representada pelo princípio *neminem laedere*), e os deveres especiais relacionados a posições específicas.⁸⁸⁵⁻⁸⁸⁶

Para além desses dois tipos gerais de deveres, contudo, existem situações em que são identificados deveres de assistência a terceiros em relação aos quais o agente não possui qualquer vínculo especial, casos que são constituídos por um específico dever de solidariedade.⁸⁸⁷ Isto é, ao lado dos gerais deveres negativos de não lesar (*neminem laedere*) e dos deveres institucionais específicos, são encontrados os deveres fundamentados na solidariedade geral.⁸⁸⁸

⁸⁸³ ROBLES PLANAS, Ricardo. Deberes negativos y positivos en Derecho penal. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 4, p. 13, 2013. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1008.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2023.

⁸⁸⁴ No questionamento de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles: “¿Cómo asegurar de acuerdo con la institución negativa por ejemplo el derecho a la vida y libertad de los niños menores de edad, si a la vez no se garantiza este derecho mediante unos deberes positivos de asistencia con base en la institución paterno-filial?” GÓMEZ-TRELLES, Javier Sánchez-Vera. Delito de infracción de deber. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. (coord.). **El funcionalismo en el derecho penal**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. t. 1, p. 279.

⁸⁸⁵ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. La solidaridad como fuente de deberes. Elementos para su incardinación en el sistema jurídico-penal. **Política Criminal**: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, Chile, n. 27, p. 244, 2019. Disponível em: <https://politerim.com/wp-content/uploads/2019/06/Vol14N27A8.pdf>. Acesso em: 29 out. 2023.

⁸⁸⁶ Nas palavras de Juan Ignacio Piña Rochefort: “[...] las estructuras propias de la imputación penal mostraban un sistema que descansa fundamentalmente en la distinción de dos tipos de deberes: la infracción del deber general negativo de no dañar y la infracción de los deberes positivos especiales asociados a una determinada posición.” PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. La solidaridad como fuente de deberes. Elementos para su incardinación en el sistema jurídico-penal. **Política Criminal**: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, Chile, n. 27, p. 269, 2019. Disponível em: <https://politerim.com/wp-content/uploads/2019/06/Vol14N27A8.pdf>. Acesso em: 29 out. 2023.

⁸⁸⁷ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. La solidaridad como fuente de deberes. Elementos para su incardinación en el sistema jurídico-penal. **Política Criminal**: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, Chile, n. 27, p. 244, 2019. Disponível em: <https://politerim.com/wp-content/uploads/2019/06/Vol14N27A8.pdf>. Acesso em: 29 out. 2023.

⁸⁸⁸ VAN WEEZEL, Alex. Optimización de la autonomía y deberes penales de solidaridad. **Política Criminal**, Chile, v. 13, n. 26, p. 1075, 2018. Disponível em: <https://politerim.com/wp-content/uploads/2019/04/Vol13N26A12.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2023.

Como exemplos de deveres gerais de assistência fundados na solidariedade, Juan Ignacio Piña Rochefort refere a omissão de socorro e o abandono de incapazes.⁸⁸⁹ Ambos os casos são fundamentados em deveres gerais de assistência à comunidade ou a indivíduos estranhos ao agente. Nas suas palavras: “[...] parece que o ordenamento jurídico diz: ‘organize seu próprio âmbito como quiser, mas saiba que em certas ocasiões você deverá modificar essa organização para ajudar a outros’.”⁸⁹⁰

A doutrina do Direito Penal em geral destinou pouca atenção, ao longo da história, a essa espécie de deveres fundados na solidariedade.⁸⁹¹ No Iluminismo, por exemplo, a ideia de solidariedade no Direito Penal aparece como uma necessidade de humanização e racionalização do tratamento penal, enquanto preocupação com a posição fragilizada do criminoso perante a autoridade estatal,⁸⁹² e não como princípio do qual são extraídos deveres impositivos aos indivíduos.

Essa tímida presença doutrinária da solidariedade enquanto fonte de deveres no Direito Penal é justificada, inclusive, porque, em regra, o dever de agir no Direito Penal (dever positivo, portanto) deriva de fundamentos jurídicos especiais, como acima mencionado. Ou seja, normalmente o indivíduo assume para si a obrigação de realizar determinada conduta, ou assume um específico papel social do qual decorre um dever de agir.

⁸⁸⁹ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. La solidaridad como fuente de deberes. Elementos para su incardinación en el sistema jurídico-penal. **Política Criminal**: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, Chile, n. 27, p. 244, 2019. Disponível em: <https://politecrim.com/wp-content/uploads/2019/06/Vol14N27A8.pdf>. Acesso em: 29 out. 2023.

⁸⁹⁰ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. La solidaridad como fuente de deberes. Elementos para su incardinación en el sistema jurídico-penal. **Política Criminal**: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, Chile, n. 27, p. 245, 2019. Disponível em: <https://politecrim.com/wp-content/uploads/2019/06/Vol14N27A8.pdf>. Acesso em: 29 out. 2023, tradução nossa. No original: “[...] parece que el ordenamiento jurídico dijera: ‘organice su propio ámbito como quiera, pero sepa que en ciertas ocasiones deberá modificar esa organización para asistir a otros’.”

⁸⁹¹ Nas palavras de Michael Pawlik: “El término ‘solidaridad’ no ha podido hasta el día de hoy hacerse con un lugar indiscutido en la teoría general del delito. Es más, en muchos de los comentarios y manuales más influyentes o bien ni siquiera se alude a esta noción o bien se hace únicamente *en passant*.” PAWLIK, Michael. Solidaridad como categoría de legitimación jurídicopenal: el ejemplo del estado de necesidad agresivo justificante. **Revista de Estudios de la Justicia**, Chile, n. 26, p. 229, 2017. Disponível em: <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/46485/48508>. Acesso em: 19 set. 2023.

⁸⁹² CASTILLO MORALES, Juan Pablo. ¿Es compatible la noción de solidaridad vertical con un Derecho penal humano? El personalismo y la idea de fraternidad. **Doxa**, Alicante, n. 45, p. 132, 2022. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/123566/1/Doxa_45_05.pdf. Acesso em: 19 set. 2023.

Nesses casos, o dever de agir é impositivo somente aos sujeitos especialmente obrigados (pessoas determinadas),⁸⁹³ por possuírem um *status* especial.⁸⁹⁴

É inegável, entretanto, que alguns deveres penais positivos não se encaixam nessa mesma lógica de vinculação apenas a pessoas determinadas, que tenham assumido a responsabilidade por um comportamento positivo, ou que tenham incorporado determinado papel social do qual decorra o dever de agir, de modo que também existem na teoria do Direito Penal deveres positivos derivados de uma ideia geral de solidariedade.⁸⁹⁵

No clássico exemplo doutrinário do taxista que, ao transportar um passageiro, escuta sua conversa com terceiro a respeito do plano de roubo que praticará no local de destino, afirma-se que do estrito papel social desempenhado pelo taxista não decorre nenhuma obrigação para além de sua atribuição específica (transportar o passageiro de um local a outro), configurando essa uma ação neutra ou cotidiana, que não permite a sua responsabilização pelo roubo praticado pelo passageiro no local de destino.⁸⁹⁶ Entretanto, o taxista, como qualquer outro profissional, em momento algum deixa de assumir o papel de cidadão, incumbindo a ele o cumprimento de deveres gerais de solidariedade, como o dever de impedir a prática de um delito quando possível for (dever materializado, por exemplo, no crime de omissão de socorro).⁸⁹⁷

Nessa classificação de *deveres positivos gerais*, fundados no postulado de solidariedade intersubjetiva, podem ser identificados os deveres de solidariedade ativa (por

⁸⁹³ FRISCH, Wolfgang. Derecho penal y solidaridad: a la vez, sobre el estado de necesidad y la omisión del deber de socorro. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 4, p. 3-4, 2016. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1255.pdf>. Acesso em: 19 set. 2023.

⁸⁹⁴ ROBLES PLANAS, Ricardo. Deberes negativos y positivos en Derecho penal. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 4, p. 7, 2013. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1008.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2023.

⁸⁹⁵ FRISCH, Wolfgang. Derecho penal y solidaridad: a la vez, sobre el estado de necesidad y la omisión del deber de socorro. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 4, p. 4, 2016. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1255.pdf>. Acesso em: 19 set. 2023.

⁸⁹⁶ CARO JOHN, José Antonio. Sobre la recepción del sistema funcional normativista de Günther Jakobs en la jurisprudencia penal peruana. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. (coord.). **El funcionalismo en el derecho penal**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. t. 2, p. 169.

⁸⁹⁷ CARO JOHN, José Antonio. Sobre la recepción del sistema funcional normativista de Günther Jakobs en la jurisprudencia penal peruana. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. (coord.). **El funcionalismo en el derecho penal**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. t. 2, p. 168.

exemplo, o dever de socorro), e os deveres de solidariedade passiva (por exemplo, o dever de tolerância no estado de necessidade agressivo).⁸⁹⁸⁻⁸⁹⁹

O dever de socorro, incorporado ao sistema penal por meio da norma sancionadora à omissão de socorro, não possui fundamentos especiais, vinculando todos os indivíduos indistintamente (respeitados alguns requisitos específicos em relação à situação fática, como a possibilidade de socorro sem exposição a elevado risco próprio), razão pela qual se conclui que tal dever é fundado na ideia de solidariedade geral para com os demais indivíduos⁹⁰⁰ (ou, em outros termos, em um princípio de solidariedade⁹⁰¹). Trata-se, portanto, de um delito de omissão pura/própria⁹⁰² fundado em um dever geral de solidariedade, justamente porque inexistia uma relação prévia entre o agente sujeito ao dever positivo e o bem jurídico tutelado pela norma.⁹⁰³

Ao lado do exemplo da omissão de socorro, também é apontado como demonstração da incidência da solidariedade no Direito Penal a justificação⁹⁰⁴ de uma conduta típica no

⁸⁹⁸ ROBLES PLANAS, Ricardo. Deberes negativos y positivos en Derecho penal. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 4, p. 7, 2013. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1008.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2023.

⁸⁹⁹ No mesmo sentido, para o mesmo autor: “Pero el Derecho penal positivo de nuestro entorno cultural hace tiempo que reconoce excepciones a la lógica general del ‘*casum sentit dominus*’ mediante la instauración de los denominados deberes de solidaridad activa (p. ej. el delito de omisión del deber de socorro del art. 195 CP) como la de los de solidaridad pasiva (deberes de tolerancia en situaciones de estado de necesidad agresivo incluidas en el art. 20.5 CP).” ROBLES PLANAS, Ricardo. Deberes de solidaridad. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 1, p. 1-2, 2012. Disponível em: https://indret.com/wp-content/uploads/2020/01/editorial.3_1-RR.pdf. Acesso em: 30 set. 2023.

⁹⁰⁰ ROJAS AGUIRRE, Luis Emilio. Delitos de omisión entre libertad y solidaridad. **Política Criminal**, Chile, v. 13, n. 26, p. 685, 2018. Disponível em: <https://politerim.com/wp-content/uploads/2019/04/Vol13N26A2.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2023; ROJAS AGUIRRE, Luis Emilio. El reducido espacio de la solidaridad en los tipos de la parte especial del Derecho penal chileno. **Revista de Derecho**, Valdivia, v. 32, n. 1, p. 309, 2019. Disponível em: <http://revistas.uach.cl/index.php/revider/article/view/5575/6592>. Acesso em: 19 set. 2023; FRISCH, Wolfgang. Derecho penal y solidaridad: a la vez, sobre el estado de necesidad y la omisión del deber de socorro. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 4, p. 4, 2016. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1255.pdf>. Acesso em: 19 set. 2023.

⁹⁰¹ WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner; SATZGER, Helmut. **Derecho penal parte general**: el delito y su estructura. Tradução de Raúl Pariona Arana. Lima: Instituto Pacífico, 2018. p. 529.

⁹⁰² Classificação que compreende os delitos caracterizados pela transgressão de uma *norma de mandato*, ou seja, uma norma que exige uma conduta ativa do agente, que não acata tal mandamento e se omite. Outra modalidade de delito omissivo, a omissão imprópria (ou comissão por omissão) compreende os casos em que o omitente é sujeito a uma obrigação de evitação do resultado, razão pela qual sua omissão é juridicamente valorada como se ação fosse. WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner; SATZGER, Helmut. **Derecho penal parte general**: el delito y su estructura. Tradução de Raúl Pariona Arana. Lima: Instituto Pacífico, 2018. p. 490.

⁹⁰³ GRACIA MARTÍN, Luis. La comisión por omisión en el derecho penal español. **Nuevo Foro Penal**, Colombia, n. 61, p. 161, 1999. Disponível em: <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/3924/3194>. Acesso em: 30 set. 2023.

⁹⁰⁴ A justificação de uma conduta ocorre quando, apesar de um juízo positivo de tipicidade, alguma causa torna justificado o comportamento, importando em um juízo negativo de ilicitude, algo que não é exclusivo do

estado de necessidade agressivo.⁹⁰⁵ Trata-se, em outras palavras, do dever de tolerância no estado de necessidade agressivo.⁹⁰⁶

Normalmente, quando se aborda o estado de necessidade, está-se a referir a modalidade de estado de necessidade defensivo, no qual o agente em estado de necessidade, para evitar dano ou perigo, lesiona bem jurídico do indivíduo responsável pela geração da situação de perigo. O dever de tolerância do causador da situação de perigo é extraído de sua própria organização defeituosa (afinal, ele é responsável por gerar a situação de perigo e, por isso, deve assumir o ônus de tolerar o dano a bem jurídico próprio, sacrifício decorrente de sua própria conduta geradora de risco). Já no estado de necessidade agressivo, ocorre a salvaguarda de bem jurídico de valor superior às custas de bem jurídico titularizado por quem não produziu a situação de perigo,⁹⁰⁷ que não possua relação alguma com a fonte de perigo.⁹⁰⁸ Nesse caso, não há organização defeituosa por parte do indivíduo sujeito ao dever de tolerância, motivo pelo qual se busca o fundamento para tal dever de tolerância na ideia de solidariedade,⁹⁰⁹⁻⁹¹⁰ exigindo-se do indivíduo um certo sacrifício em benefício da comunidade.⁹¹¹

Nas palavras de Mercedes Alonso Álamo: “O estado de necessidade agressivo compreende aquelas situações em que o sujeito, para evitar um perigo próprio ou alheio,

Direito Penal. Por exemplo, a legítima defesa, causa excludente da ilicitude presente tanto no Direito Penal, quanto no Direito Civil. BAUMANN, Jürgen. **Derecho penal: conceptos fundamentales y sistema**. Tradução de Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1973. p. 43; JAÉN VALLEJO, Manuel. **Cuestiones básicas del derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1999. p. 52.

⁹⁰⁵ ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Delito y solidaridad (estado de necesidad, omisión del deber de socorro y bienes jurídicos colectivos de solidaridad). **Revista Penal**, México, n. 16-17, p. 34, 2019-2020. Disponível em: <https://revistaciencias.inacipe.gob.mx/index.php/01/article/view/334/265>. Acesso em: 19 set. 2023.

⁹⁰⁶ FRISCH, Wolfgang. Derecho penal y solidaridad: a la vez, sobre el estado de necesidad y la omisión del deber de socorro. **Indret: Revista para el Análisis del Derecho**, Barcelona, n. 4, p. 4, 2016. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1255.pdf>. Acesso em: 19 set. 2023.

⁹⁰⁷ BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal**. Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999. p. 357.

⁹⁰⁸ WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner; SATZGER, Helmut. **Derecho penal parte general: el delito y su estructura**. Tradução de Raúl Pariona Arana. Lima: Instituto Pacífico, 2018. p. 191.

⁹⁰⁹ FRISCH, Wolfgang. Derecho penal y solidaridad: a la vez, sobre el estado de necesidad y la omisión del deber de socorro. **Indret: Revista para el Análisis del Derecho**, Barcelona, n. 4, p. 4-5, 2016. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1255.pdf>. Acesso em: 19 set. 2023.

⁹¹⁰ Nas palavras de Enrique Bacigalupo, referindo-se primeiro ao estado de necessidade defensivo, e posteriormente ao agressivo: “El primero se justifica por la responsabilidad del titular de los bienes afectados en la generación de la situación de peligro. El segundo responde directamente al deber de solidaridad que el ordenamiento jurídico impone en ciertos casos.” BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal**. Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999. p. 372.

⁹¹¹ WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner; SATZGER, Helmut. **Derecho penal parte general: el delito y su estructura**. Tradução de Raúl Pariona Arana. Lima: Instituto Pacífico, 2018. p. 191.

produz dano aos interesses de um terceiro que, sem haver contribuído para a aparição de dito perigo, é obrigado a suportar o dano.”⁹¹² Exemplo desse estado de necessidade agressivo é o caso de uma lesão ao patrimônio de terceiro que não tenha relação com a fonte de risco (como o arrombamento de um barco de sua propriedade para acesso a colete salva-vidas) para salvamento de uma vida. A solidariedade fundamenta o dever de suportar o dano ao patrimônio, no exemplo, em prol do salvamento à vida, bem jurídico de importância superior àquele violado.⁹¹³

Nesse contexto, como defendido por Michael Pawlik, o estado de necessidade agressivo não é interpretado a partir de uma relação interpessoal entre um sujeito que produz a situação de necessidade e um sujeito exposto à necessidade. No estado de necessidade agressivo, o sujeito exposto à necessidade detém uma pretensão de solidariedade direcionada à toda a coletividade, mas que no caso específico é corporificada pelo indivíduo que sofre o ataque e que é sujeito ao dever solidário de tolerância.⁹¹⁴ Um dos critérios a limitar a imposição do dever de tolerância é que o sacrifício a ser tolerado seja provisório: o sacrifício deve poder ser compensado, e a coletividade deve garantir que essa compensação efetivamente ocorra.⁹¹⁵

Para a medição da intensidade de um dever de solidariedade (e, consequentemente, da resposta estatal à sua violação), Alex van Weezel defende a adoção de uma perspectiva moral individualista desenvolvida por Michael Pawlik, que adota como critério dosador dessa intensidade a classe do dever (se negativo ou positivo), e o grau de autonomia da imposição (em relação aos deveres positivos). Por essa proposta, teriam maior intensidade os deveres negativos, pois fundados na liberdade de comportamento e na responsabilidade pelas

⁹¹² ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Delito y solidaridad (estado de necesidad, omisión del deber de socorro y bienes jurídicos colectivos de solidaridad). **Revista Penal**, México, n. 16-17, p. 38, 2019-2020. Disponível em: <https://revistaciencias.inacipe.gob.mx/index.php/01/article/view/334/265>. Acesso em: 19 set. 2023, tradução nossa. No original: “El estado de necesidad agresivo comprende aquellas situaciones en que el sujeto, para evitar un peligro propio o ajeno, menoscaba los intereses de un tercero que, sin haber contribuido a la aparición de dicho peligro, es obligado, sin embargo, a soportar el daño.”

⁹¹³ ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Delito y solidaridad (estado de necesidad, omisión del deber de socorro y bienes jurídicos colectivos de solidaridad). **Revista Penal**, México, n. 16-17, p. 37, 2019-2020. Disponível em: <https://revistaciencias.inacipe.gob.mx/index.php/01/article/view/334/265>. Acesso em: 19 set. 2023.

⁹¹⁴ PAWLIK, Michael. Solidaridad como categoría de legitimación jurídica penal: el ejemplo del estado de necesidad agresivo justificante. **Revista de Estudios de la Justicia**, Chile, n. 26, p. 241, 2017. Disponível em: <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/46485/48508>. Acesso em: 19 set. 2023.

⁹¹⁵ PAWLIK, Michael. Solidaridad como categoría de legitimación jurídica penal: el ejemplo del estado de necesidad agresivo justificante. **Revista de Estudios de la Justicia**, Chile, n. 26, p. 241, 2017. Disponível em: <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/46485/48508>. Acesso em: 19 set. 2023.

consequências das próprias ações, bem como os deveres positivos originados de ato voluntário do sujeito obrigado, justamente em razão da presença inicial da voluntariedade (autossujeição). Diferentemente, possuiria menor intensidade o dever positivo geral, atribuído a todo indivíduo.⁹¹⁶ A partir desse critério da autonomia da vinculação ao dever, o autor conclui que deve ser imposta uma pena menor à violação a um dever de solidariedade, citando expressamente o exemplo do crime de omissão de socorro.⁹¹⁷

Além disso, por um imperativo de proporcionalidade, sem a presença de uma prévia autonomia individual na origem da vinculação ao dever, o autor entende que não há como admitir a criação de uma posição de garante⁹¹⁸ (e, conseqüentemente, uma responsabilização de máxima intensidade pelo resultado lesivo) com base exclusivamente em um fundamento solidário. Defende que, “[...] de acordo com o princípio da proporcionalidade, a responsabilidade penal pela infração de deveres de solidariedade seja excepcional, que não permita fundar responsabilidade pelo resultado e que as correspondentes penas tenham de ser também significativamente menores.”⁹¹⁹ Esse posicionamento é compartilhado, por exemplo, por Mercedes Alonso Álamo, ao defender que, no caso da omissão de garante, o agente

⁹¹⁶ VAN WEEZEL, Alex. Optimización de la autonomía y deberes penales de solidaridad. **Política Criminal**, Chile, v. 13, n. 26, p. 1106-1107, 2018. Disponível em: <https://politcrim.com/wp-content/uploads/2019/04/Vol13N26A12.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2023.

⁹¹⁷ VAN WEEZEL, Alex. Optimización de la autonomía y deberes penales de solidaridad. **Política Criminal**, Chile, v. 13, n. 26, p. 1108, 2018. Disponível em: <https://politcrim.com/wp-content/uploads/2019/04/Vol13N26A12.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2023.

⁹¹⁸ Garante é o indivíduo sujeito a um dever de evitação de um resultado, considerado responsável pela produção do resultado danoso mesmo quando se omite. Ou seja, sua omissão (falta de ação para evitação do resultado) é valorada jurídico-penalmente como ação produtora do resultado, não sendo esse agente responsabilizado pela transgressão de uma norma de mandato (por exemplo, pelo crime de omissão de socorro), mas pela transgressão de uma norma de proibição (por exemplo, pelo crime de homicídio). WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner; SATZGER, Helmut. **Derecho penal parte general: el delito y su estructura**. Tradução de Raúl Pariona Arana. Lima: Instituto Pacífico, 2018. p. 490-491; STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal. Parte general I**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005. p. 382-384.

A exemplificar a diferença entre omissão imprópria e própria, a doutrina refere o caso da mãe que deixa de amamentar seu filho, que vem a falecer de inanição, em comparação com o caso do padeiro que deixa de alimentar um mendigo, que falece também de inanição, na porta da padaria – no primeiro caso, a mãe estaria sujeita a um dever de evitar o resultado, motivo para que sua omissão seja valorada como ação produtora do resultado. ROJAS AGUIRRE, Luis Emilio. Delitos de omisión entre libertad y solidaridad. **Política Criminal**, Chile, v. 13, n. 26, p. 687, 2018. Disponível em: <https://politcrim.com/wp-content/uploads/2019/04/Vol13N26A2.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2023.

⁹¹⁹ VAN WEEZEL, Alex. Optimización de la autonomía y deberes penales de solidaridad. **Política Criminal**, Chile, v. 13, n. 26, p. 1109, 2018. Disponível em: <https://politcrim.com/wp-content/uploads/2019/04/Vol13N26A12.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2023, tradução nossa. No original: “[...] de acuerdo al principio de proporcionalidad, la responsabilidad penal por infracción de deberes de solidaridad sea excepcional, que no permita fundar responsabilidad por el resultado y que las correspondientes penas hayan de ser también significativamente menores.”

voluntariamente se coloca em uma posição de dever atuar, ou atrai para si tal dever em razão de seu comportamento prévio criador do risco, sendo esses os fundamentos da responsabilização pela omissão imprópria, e não a solidariedade.⁹²⁰

A introdução da concepção de dever positivo e geral de solidariedade, ao menos no Direito Penal alemão (que historicamente serve de forte inspiração ao Direito Penal brasileiro, mesmo que em alguns casos após certa resistência⁹²¹), foi uma característica presente no sistema penal do período nazista, que subjugou o indivíduo aos interesses da coletividade, sujeitando-o a uma ampla ordem de deveres de fidelidade à comunidade e ao Estado⁹²² – nesse sentido a referência a uma *solidariedade fascista*.⁹²³

Mesmo posteriormente a esse período, manteve-se o entendimento de que o Direito pode exigir a adoção de comportamento ativo em auxílio a terceiro, na preservação de bem jurídico alheio,⁹²⁴ e que a violação de deveres ativos de solidariedade pode possuir relevância

⁹²⁰ ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Delito y solidaridad (estado de necesidad, omisión del deber de socorro y bienes jurídicos colectivos de solidaridad). **Revista Penal**, México, n. 41, p. 41, 2019-2020. Disponível em: <https://revistaciencias.inacipe.gob.mx/index.php/01/article/view/334/265>. Acesso em: 19 set. 2023.

⁹²¹ Veja-se, por exemplo, o surgimento e adoção da teoria finalista na Alemanha, sabidamente incorporada ao Direito Penal brasileiro, mas não sem antes sofrer forte resistência. Por exemplo: “O normativismo, na concepção da culpabilidade, chega a extremos intoleráveis, com a *teoria da ação finalística*, de WELZEL, que confunde as fronteiras entre os elementos material e subjetivo.” LYRA FILHO, Roberto; CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Compêndio de direito penal**: parte geral. São Paulo: Bushatsky, 1972. p. 161. Também, E. Magalhães Noronha: “Acreditamos não ser de seguir-se o ensinamento de Welzel: êle leva ao juízo valorativo da ação em momento não oportuno; na análise do elemento subjetivo do delito é que é seu lugar adequado.” (NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1, p. 112). Por fim, nesse mesmo sentido, José Frederico Marques: “A doutrina da ação finalista – no que toca à conduta propriamente dita – não traz ao Direito Penal, nenhuma contribuição aceitável.” MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2, p. 71.

Em sentido diverso, Heleno Cláudio Fragoso defendia o conceito finalista da ação, mesmo admitindo que a concepção clássica de ação fosse a adotada por parcela dominante na doutrina brasileira daquele período. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 166.

⁹²² Nas palavras de Rafael Alcácer Guirao: “[...] si en el liberalismo el principio es el *neminem laedere*, la no intromisión en el ámbito de actuación social, en el comunitarismo nazi el principio será, por el contrario, el de intervenir en pro del bien de la comunidad. En consecuencia, los deberes positivos adquirirían, en contraste con el liberalismo, un papel predominante.” ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Autonomía, solidaridad y deber de socorro: un apunte histórico. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, n. 53, p. 378, 2000. Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2000-10036100412. Acesso em: 20 jun. 2023.

⁹²³ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho. **Anuario de filosofía del derecho**, Madrid, nº 8, p. 355, 1991. Disponível em: <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/AFD/article/view/1447>. Acesso em: 3 fev. 2023.

⁹²⁴ ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Delito y solidaridad (estado de necesidad, omisión del deber de socorro y bienes jurídicos colectivos de solidaridad). **Revista Penal**, México, n. 16-17, p. 34, 2019-2020. Disponível em: <https://revistaciencias.inacipe.gob.mx/index.php/01/article/view/334/265>. Acesso em: 19 set. 2023.

penal,⁹²⁵ sobretudo em razão da essencialidade desses deveres para a vida em sociedade. A esse respeito, após referir que a subsistência da vida em sociedade depende de uma rede de relações de amizade (desde as relações em família, em sociedades beneficentes, em clubes esportivos), Alex Van Weezel afirma que “[...] um mínimo de amizade entre os cidadãos, precisamente sob a forma de mínima solidariedade, pertence ao núcleo do que constitui a identidade social. Por isso, um mínimo de solidariedade pode ser exigido por meio da ameaça de pena.”⁹²⁶

No âmbito do Direito Penal, essa solidariedade pode ser compreendida como o fundamento de deveres jurídicos-penais (de ação ou omissão) em benefício de alguém que esteja em uma posição qualquer de perigo, sem que o sujeito obrigado possua alguma vinculação prévia com aquele em posição de perigo ou com seus interesses.⁹²⁷ Trata-se de oferecer contribuições que não se limitem a preservar o *status quo*, mas que promovam uma melhora na condição de terceiros, que promovam o bem-estar alheio.⁹²⁸ Nesse sentido, pode-se concluir que existe certa identidade entre um dever geral de auxílio a terceiros e a solidariedade.⁹²⁹

Apesar da dificuldade conceitual da solidariedade, pode-se afirmar que possui um conteúdo nuclear constituído pela ideia de vínculo recíproco entre uma pluralidade de indivíduos, formadora de um sentimento de comunidade, e que incorpora um elemento de responsabilidade e de cuidado entre seus membros.⁹³⁰⁻⁹³¹ Como já afirmado em outro

⁹²⁵ COCA VILA, Ivó. Entre la responsabilidad y la solidaridad: el estado de necesidad defensivo. **Indret: Revista para el Análisis del Derecho**, Barcelona, n. 1, p. 34-35, 2011. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/789.pdf>. Acesso em: 19 set. 2023.

⁹²⁶ VAN WEEZEL, Alex. Optimización de la autonomía y deberes penales de solidaridad. **Política Criminal**, Chile, v. 13, n. 26, p. 1099, 2018. Disponível em: <https://politerim.com/wp-content/uploads/2019/04/Vol13N26A12.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2023, tradução nossa. No original: “[...] un mínimo de amistad entre los ciudadanos, precisamente bajo la forma de mínima solidaridad, pertenece al núcleo de lo que constituye la identidad social. Por eso, un mínimo de solidaridad puede exigirse bajo amenaza de pena.”

⁹²⁷ VAN WEEZEL, Alex. Optimización de la autonomía y deberes penales de solidaridad. **Política Criminal**, Chile, v. 13, n. 26, p. 1075, 2018. Disponível em: <https://politerim.com/wp-content/uploads/2019/04/Vol13N26A12.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2023.

⁹²⁸ PAWLIK, Michael. Solidaridad como categoría de legitimación jurídica penal: el ejemplo del estado de necesidad agresivo justificante. **Revista de Estudios de la Justicia**, Chile, n. 26, p. 229, 2017. Disponível em: <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/46485/48508>. Acesso em: 19 set. 2023.

⁹²⁹ ROJAS AGUIRRE, Luis Emilio. Delitos de omisión entre libertad y solidaridad. **Política Criminal**, Chile, v. 13, n. 26, p. 732, 2018. Disponível em: <https://politerim.com/wp-content/uploads/2019/04/Vol13N26A2.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2023.

⁹³⁰ PAWLIK, Michael. Solidaridad como categoría de legitimación jurídica penal: el ejemplo del estado de necesidad agresivo justificante. **Revista de Estudios de la Justicia**, Chile, n. 26, p. 228-229, 2017. Disponível em: <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/46485/48508>. Acesso em: 19 set. 2023.

momento,⁹³² a solidariedade moderna é fortemente representada por uma ideia de laços mútuos entre os indivíduos,⁹³³ de constituição de (e comprometimento com) um projeto compartilhado.⁹³⁴

A afirmação da solidariedade, nesse aspecto, pressupõe e se relaciona com um prévio reconhecimento do outro como sujeito de direitos (inclusive direito ao bem-estar).⁹³⁵ Para além disso, o próprio fundamento do Direito em geral deve contar com a presença do reconhecimento dos indivíduos como seres igualmente titulares de direitos.⁹³⁶

Pelas razões acima, é coerente concluir que, para fundamentar a introdução de deveres positivos de solidariedade, sobretudo no Direito Penal, é necessário assumir um certo grau de comunitarismo.⁹³⁷⁻⁹³⁸ Isso porque a contraface do dever positivo de solidariedade é a restrição das liberdades individuais. Na medida em que o dever positivo de solidariedade é dirigido a toda a sociedade,⁹³⁹ é uma conclusão necessária a de que o papel social de *pessoa* não implica apenas a sujeição a um dever negativo de não lesar os outros (fundado no postulado liberal *neminem laedere*), mas também a um dever geral de auxílio;⁹⁴⁰ ou seja, a um dever de conduta ativa, compromisso para com a coletividade, em prol do bem-estar dos demais,

⁹³¹ A refletir esse sentido comunitário: “17. Cuidar do mundo que nos rodeia e sustenta significa cuidar de nós mesmos. Mas precisamos de nos constituirmos como um ‘nós’ que habita a casa comum.” FRANCISCO, Papa. Carta Encíclica “Fratelli Tutti”. **La Santa Sede**, Assis, 2020. Disponível em: http://www.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20201003_enciclica-fratelli-tutti.html. Acesso em: 1 jul. 2023.

⁹³² Vide tópico 3.1.

⁹³³ PENSKEY, Max. **The end of solidarity**: discourse theory in ethics and politics. Albany: State University of New York Press, 2008. p. 2.

⁹³⁴ DE JUAN Y PEÑALOSA, José Luis. El principio de solidaridad interregional: el principio de solidaridad y la regionalización de los impuestos. **Documentación Administrativa**, Espanha, n. 181, p. 202, 1979. Disponível em: <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/4339>. Acesso em: 4 jun. 2023.

⁹³⁵ VAN WEEZEL, Alex. Optimización de la autonomía y deberes penales de solidaridad. **Política Criminal**, Chile, v. 13, n. 26, p. 1100-1101, 2018. Disponível em: <https://politerim.com/wp-content/uploads/2019/04/Vol13N26A12.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2023.

⁹³⁶ ROBLES PLANAS, Ricardo. Deberes de solidaridad. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 1, p. 2, 2012. Disponível em: https://indret.com/wp-content/uploads/2020/01/editorial.3_1-RR.pdf. Acesso em: 30 set. 2023.

⁹³⁷ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Autonomía, solidaridad y deber de socorro: un apunte histórico. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, n. 53, p. 367, 2000. Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2000-10036100412. Acesso em: 20 jun. 2023.

⁹³⁸ Sobre esse assunto, vide tópico 2.5.

⁹³⁹ ROBLES PLANAS, Ricardo. Deberes negativos y positivos en Derecho penal. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 4, p. 6, 2013. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1008.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2023.

⁹⁴⁰ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. La solidaridad como fuente de deberes. Elementos para su incardinación en el sistema jurídico-penal. **Política Criminal**: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, Chile, n. 27, p. 270, 2019. Disponível em: <https://politerim.com/wp-content/uploads/2019/06/Vol14N27A8.pdf>. Acesso em: 29 out. 2023.

decorrente não de um prévio exercício da autonomia pessoal do sujeito obrigado, mas de sua condição de concidadão.⁹⁴¹

Esse dever (solidário) de auxílio a terceiros, portanto, é fundamentado na ideia de vínculo entre os membros da sociedade, numa espécie de noção pré-institucional da solidariedade.⁹⁴² Incorporados ao Direito, tais deveres passam por um processo de institucionalização, com isso se tornando juridicamente exigíveis.⁹⁴³ No Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, esse processo de institucionalização alcança um patamar superior, ocasião a partir da qual o Estado brasileiro adotou uma conformação que pode ser designada de Estado Democrático Solidário de Direito.⁹⁴⁴

Justamente nesse sentido, aliado a um Direito Penal do fato (a obstar que o Direito Penal se ocupe de disposições psicológicas das pessoas), a solidariedade válida para o Direito Penal não é aquela examinada sob o aspecto interno, de um comportamento altruísta e desinteressado (moral);⁹⁴⁵ é a solidariedade a partir de um aspecto externo, enquanto conduta objetiva, comportamento de suportar um dano ou perigo (em síntese, de realizar algum sacrifício) em prol da tutela de um bem jurídico alheio.⁹⁴⁶ Afinal, o Estado não está

⁹⁴¹ ROBLES PLANAS, Ricardo. Deberes negativos y positivos en Derecho penal. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 4, p. 5, 2013. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1008.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2023.

⁹⁴² Nas palavras de Jonatan Valenzuela: “En otros términos, creo que es evidente que la idea de vínculo entre miembros de la comunidad y por tanto, la existencia de una determinada comunidad, denota la presencia de la ‘solidaridad’ como cuestión preinstitucional y con ello permite (sumado a otros factores) la afirmación de un deber de ayudar a otro cuya infracción puede dar lugar a una sanción penal.” VALENZUELA, Jonatan. La narrativa del deber de ayudar a otro: Samaritanos, héroes, y superhéroes. **Ius et Praxis**, Chile, v. 20, n. 2, p. 568, 2014. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19736234017>. Acesso em: 20 mai. 2023.

⁹⁴³ Nas palavras de Juan Ignacio Piña: “A modo de ejemplo, es relativamente claro que el deber de cumplir el servicio militar obligatorio es un deber de cuño solidario, sin embargo, asumido el carácter de conscripto se cumple una función pública que se asigna a esa posición. Esos deberes son ciertamente deberes institucionales.” PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. La solidaridad como fuente de deberes. Elementos para su incardinación en el sistema jurídico-penal. **Política Criminal**: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, Chile, n. 27, p. 258, 2019. Disponível em: <https://politerim.com/wp-content/uploads/2019/06/Vol14N27A8.pdf>. Acesso em: 29 out. 2023.

⁹⁴⁴ ARAÚJO, Jailton Macena de. Ensaio sobre o valor solidariedade: proposta teórico-hermenêutica para superação do paradigma econômico neoliberal. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 25, n. 2, p. 435, 2020. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/16914>. Acesso em: 20 nov. 2023.

⁹⁴⁵ Nos parece que é essa a concepção de solidariedade, enquanto conduta espontânea, que Luciano Amaro considera para afirmar que o imposto não possuiria um conteúdo de solidariedade. Em suas palavras: “Imposto [...] não possui aquela conotação de solidariedade de todos no concurso para a despesa comum; imposto (do verbo ‘impor’) é algo que se faz realizar forçadamente, expressando, assim, a velha conotação das prestações tributárias, que eram exigidas de modo forçado (‘impostas’) ao súdito, sem buscar a anuência do devedor.” AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 39.

⁹⁴⁶ ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Delito y solidaridad (estado de necesidad, omisión del deber de socorro y bienes jurídicos colectivos de solidaridad). **Revista Penal**, México, n. 16-17, p. 34, 2019-2020. Disponível em: <https://revistaciencias.inacipe.gob.mx/index.php/01/article/view/334/265>. Acesso em: 19 set. 2023.

legitimado a exigir das pessoas, por meio do Direito Penal, que tenham determinado sentimento ou opinião, mas unicamente que preservem comportamentos objetivos, independentemente da disposição individual para isso. Sobre isso, em Wolfgang Frisch: “O Estado está limitado a exigir condutas externas e, desse modo, a definir, delimitar e assegurar âmbitos de liberdade.”⁹⁴⁷ Nesses termos, não pode ser exigida solidariedade enquanto sentimento ou postura interna, senão enquanto comportamento (comportamento solidário, qualificação extraída de fatores externos). Novamente em Wolfgang Frisch, “[...] o que se exige – com independência em relação à atitude e aos motivos daquele que atua – é uma ação que favorece a outrem, a qual muitos realizariam por autêntica união, por solidariedade.”⁹⁴⁸

Há, então, dois âmbitos da solidariedade, um que se mantém restrito às prescrições morais, cujos deveres não são em si reconhecidos pelo sistema do Direito; e outro que é acolhido pelo sistema do Direito, objeto de normativização e de sancionamento – entre eles, aqueles que são objeto especificamente do Direito Penal.⁹⁴⁹

De tal modo, a solidariedade que interessa ao Direito é o que Mercedes Alonso Álamo refere por “solidariedade secularizada”, desprovida de um aspecto subjetivo,⁹⁵⁰ interpretada como “[...] objetiva ajuda mútua entre pessoas, próxima do significado etimológico do termo, como união com outro, ou união com a causa comum.”⁹⁵¹

⁹⁴⁷ FRISCH, Wolfgang. Derecho penal y solidaridad: a la vez, sobre el estado de necesidad y la omisión del deber de socorro. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 4, p. 7, 2016. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1255.pdf>. Acesso em: 19 set. 2023, tradução nossa. No original: “El Estado está limitado a exigir conductas externas y, de ese modo, a definir, delimitar y asegurar ámbitos de libertad.”

⁹⁴⁸ FRISCH, Wolfgang. Derecho penal y solidaridad: a la vez, sobre el estado de necesidad y la omisión del deber de socorro. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 4, p. 7, 2016. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1255.pdf>. Acesso em: 19 set. 2023, tradução nossa. No original: “[...] lo que se exige —con independencia de la actitud y los motivos del que actúa— es una acción que favorece a otro, la que muchos realizarían por auténtica unión, por solidaridad.”

⁹⁴⁹ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. La solidaridad como fuente de deberes. Elementos para su incardinación en el sistema jurídico-penal. **Política Criminal**: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, Chile, n. 27, p. 256, 2019. Disponível em: <https://politerim.com/wp-content/uploads/2019/06/Vol14N27A8.pdf>. Acesso em: 29 out. 2023.

⁹⁵⁰ ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Delito y solidaridad (estado de necesidad, omisión del deber de socorro y bienes jurídicos colectivos de solidaridad). **Revista Penal**, México, n. 16-17, p. 34, 2019-2020. Disponível em: <https://revistaciencias.inacipe.gob.mx/index.php/01/article/view/334/265>. Acesso em: 19 set. 2023.

⁹⁵¹ ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Delito y solidaridad (estado de necesidad, omisión del deber de socorro y bienes jurídicos colectivos de solidaridad). **Revista Penal**, México, n. 16-17, p. 35, 2019-2020. Disponível em: <https://revistaciencias.inacipe.gob.mx/index.php/01/article/view/334/265>. Acesso em: 19 set. 2023, tradução nossa. No original: “[...] objetiva ayuda mutua entre personas, próxima al significado etimológico del término como unión con otro o unión con la causa común.”

Apesar de sua essencialidade para o bom funcionamento do sistema social, é preciso ter cautela no acolhimento pelo Direito Penal dos deveres de solidariedade, transformando ações “boas” em ações “exigíveis”, em razão do risco de se romper uma mínima barreira entre Direito e Moral (como anteriormente referido⁹⁵²) e de se colocar em risco a autonomia individual.⁹⁵³ Por tal razão, os deveres de solidariedade devem ser limitados a situações excepcionais.⁹⁵⁴

Tal excepcionalidade reforça a necessidade de delimitação a respeito de quais deveres de solidariedade, em um Estado Social, realmente interessam à (e justificam a) tutela penal. Por exemplo, pode-se afirmar que a atribuição de uma função social à propriedade privada cumpre um dever de solidariedade social, mas não um dever de solidariedade cuja transgressão demande a intervenção do Direito Penal,⁹⁵⁵ razão pela qual não seria legítima a interferência do Direito Penal nos casos de mau uso da propriedade privada.

A exigência coercitiva, por parte do Estado, de um dever de solidariedade (como afirmado, objetivamente compreendida, ou seja, enquanto conduta externa, e não enquanto postura psíquica ou exame de motivação do agente) somente será legítima quando acompanhada de um especial fundamento, em razão da já mencionada ingerência que tal dever representa na esfera individual do sujeito obrigado.⁹⁵⁶

Nesse sentido, não sendo admitido ao Estado a imposição coercitiva de todo e qualquer comportamento considerado eticamente correto (pelo simples fato de sua correção ética), é essencial encontrar um fundamento especial para tal imposição, como, por exemplo e de acordo com o referencial teórico desenvolvido anteriormente,⁹⁵⁷ que a conduta imposta ao indivíduo seja necessária para o cumprimento das tarefas delegadas pelos cidadãos ao

⁹⁵² Vide tópico 4.2.2.

⁹⁵³ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. La solidaridad como fuente de deberes. Elementos para su incardinación en el sistema jurídico-penal. **Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales**, Chile, n. 27, p. 243, 2019. Disponível em: <https://politerim.com/wp-content/uploads/2019/06/Vol14N27A8.pdf>. Acesso em: 29 out. 2023.

⁹⁵⁴ ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Delito y solidaridad (estado de necesidad, omisión del deber de socorro y bienes jurídicos colectivos de solidaridad). **Revista Penal**, México, n. 16-17, p. 36, 2019-2020. Disponível em: <https://revistaciencias.inacipe.gob.mx/index.php/01/article/view/334/265>. Acesso em: 19 set. 2023.

⁹⁵⁵ VAN WEEZEL, Alex. Optimización de la autonomía y deberes penales de solidaridad. **Política Criminal**, Chile, v. 13, n. 26, p. 1095, 2018. Disponível em: <https://politerim.com/wp-content/uploads/2019/04/Vol13N26A12.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2023.

⁹⁵⁶ FRISCH, Wolfgang. Derecho penal y solidaridad: a la vez, sobre el estado de necesidad y la omisión del deber de socorro. **Indret: Revista para el Análisis del Derecho**, Barcelona, n. 4, p. 7-8, 2016. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1255.pdf>. Acesso em: 19 set. 2023.

⁹⁵⁷ Vide capítulo 3.

Estado.⁹⁵⁸ Esse é justamente o caso do dever fundamental solidário de pagar impostos: na medida em que a promoção especialmente de direitos sociais básicos é atribuída ao Estado, o pagamento de tributos (não vinculados) surge como uma condição de possibilidade para o desempenho dessa função,⁹⁵⁹ instituindo uma obrigação de conteúdo substancialmente solidário⁹⁶⁰ a partir da *teoria da distribuição da carga pública*.⁹⁶¹

E, como anteriormente referido,⁹⁶² todas essas funções desempenhadas pelo Estado possuem um custo financeiro – não só a promoção de direitos sociais, como a assistência à saúde e a garantia da segurança, mas também a preservação das liberdades privadas, que, por exemplo, demanda um sistema de segurança pública e um sistema de justiça.⁹⁶³ Desse modo, ao se referir à função básica do Estado de garantir a segurança dos cidadãos, Wolfgang Frisch refere que tal segurança impõe um preço, demandando que os cidadãos assumam certos sacrifícios a fim de torná-la possível. Se, antigamente, eram exigidas prestações reais (de serviço) dos cidadãos, em auxílio ao Estado, no Estado Fiscal esse sacrifício é materializado especialmente por meio do dever de pagamento de tributos destinados a custear a prestação estatal.⁹⁶⁴

⁹⁵⁸ Nas palavras de Wolfgang Frisch: “Estado no está autorizado a imponer por los medios del Derecho, esto es, mediante el establecimiento de deberes jurídicos y coacción jurídica (pena), todo aquello que es éticamente correcto o que aparece como mandado por la ética. Esto lo puede hacer solo cuando la imposición de aquello que ciertas personas consideran como éticamente mandado resulta necesaria para el cumplimiento de las *tareas* que le han sido *delegadas* (por los ciudadanos).” FRISCH, Wolfgang. Derecho penal y solidaridad: a la vez, sobre el estado de necesidad y la omisión del deber de socorro. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 4, p. 8, 2016. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1255.pdf>. Acesso em: 19 set. 2023.

No mesmo autor, em síntese: “La legitimidad del reconocimiento jurídico y de su imposición mediante coacción jurídica solo queda demostrada, antes bien, cuando se logra constatar que la exigencia mediante coacción jurídica de al menos determinadas conductas externamente cuasi-solidarias es necesaria a fin de que el Estado pueda cumplir aquellas tareas —muy limitadas— que le han sido delegadas por sus ciudadanos (de la comunidad solidaria estatal).” FRISCH, Wolfgang. Derecho penal y solidaridad: a la vez, sobre el estado de necesidad y la omisión del deber de socorro. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 4, p. 9, 2016. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1255.pdf>. Acesso em: 19 set. 2023.

⁹⁵⁹ BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana**: entre os direitos e deveres fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 79.

⁹⁶⁰ NABAIS, José Casalta. **Estudos de direito fiscal**: por um Estado fiscal suportável. Coimbra: Almedina, 2005. p. 103.

⁹⁶¹ VILLEGAS, Héctor B. **Curso de finanzas, derecho financiero y tributario**. 7. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2001. p. 73.

⁹⁶² Vide tópico 3.3.1.

⁹⁶³ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights**: why liberty depends on taxes. New York: Norton & Co., 1999. p. 236.

⁹⁶⁴ FRISCH, Wolfgang. Derecho penal y solidaridad: a la vez, sobre el estado de necesidad y la omisión del deber de socorro. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 4, p. 10, 2016. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1255.pdf>. Acesso em: 19 set. 2023.

Em síntese, é necessário à viabilização das prestações estatais a satisfação de expectativas financeiras,⁹⁶⁵ de modo que a tributação surge como uma condição indispensável ao cumprimento das promessas do Estado Social.⁹⁶⁶ Sendo o Estado, sob essa formatação, sustentado pelos cidadãos, não há como não se admitir que seja indispensável um mínimo de solidariedade para que esse Estado seja algo possível.⁹⁶⁷

É, portanto, o princípio da solidariedade na contribuição para com o sustento das prestações estatais o que outorga fundamentalidade à imposição dos deveres fiscais.⁹⁶⁸ As obrigações fiscais surgem como um verdadeiro dever de solidariedade social, materializado quando os tributos são fixados de acordo com uma missão de justiça, igualdade, progressividade e não confisco.⁹⁶⁹

Por essas razões, é possível afirmar que o crime de sonegação fiscal representa uma violação a um dever de solidariedade, na medida em que existe uma estreita relação entre o cumprimento de deveres de solidariedade e os fins do Estado Social. Esse crime tributário surge, nesse sentido, enquanto não pagamento de valores financeiros essenciais à coletividade, na medida em que a sonegação fiscal prejudica o alcance dos fins sociais do Estado⁹⁷⁰ – além de importar uma elevação do custo a ser suportado pelos demais cidadãos, pois o sistema arrecadatário estatal funciona a partir de uma lógica de soma-zero, em que o montante de tributos sonegados por alguns cidadãos necessariamente terá de ser pago, em compensação, por outros.⁹⁷¹

4.2.3.2 Dever fundamental de pagar e delito de dever

⁹⁶⁵ CALVACHI CRUZ, Reinaldo. Los delitos tributarios: la defraudación fiscal. **Iuris Dictio**, Equador, v. 3, n. 5, p. 66, 2002. Disponível em: <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdiction/article/view/568>. Acesso em: 19 out. 2023.

⁹⁶⁶ PAPIER, Hans-Jürgen. Ley Fundamental y orden económico. In: BENDA, Ernst *et al.* (org.). **Manual de Derecho Constitucional**. Trad. de Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 605.

⁹⁶⁷ NABAIS, José Casalta. **Estudos de direito fiscal**: por um Estado fiscal suportável. Coimbra: Almedina, 2005. p. 103.

⁹⁶⁸ FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel. Algunas cuestiones no desdeñables sobre los elementos que configuran el tipo en el delito fiscal: especial referencia la puesta en escena y la fase de consumación delictiva. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, t. 70, n. 1, p. 256, 2017. Disponível em: <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/article/view/1225>. Acesso em: 22 out. 2023.

⁹⁶⁹ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. El bien jurídico protegido en los delitos tributarios. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 6, n. 11, p. 9, 2014. Disponível em: <https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/28/26>. Acesso em: 24 jul. 2023.

⁹⁷⁰ CERVINI, Raúl. Principios del derecho penal tributario en el Estado democrático social de derecho. **Revista de Derecho**, Montevideo, n. 2, p. 38, 2007. Disponível em: <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/846>. Acesso em: 28 out. 2023.

⁹⁷¹ NABAIS, José Casalta. **Direito fiscal**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 452.

Apesar de fazer referência à expressão *deveres fundamentais* em tópico de obra sobre o Direito Penal Tributário, Leandro Paulsen reserva seis breves parágrafos para tratar dos direitos e deveres fundamentais relacionados ao pagamento de impostos, referindo-se a ambos como faces da mesma moeda, sem realizar um aprofundamento a respeito dessas categorias.⁹⁷² Essa opção pode ser reflexo da presença subvalorizada do tema dos deveres na doutrina do Direito Penal brasileira.

Para uma adequada fundamentação do crime de sonegação fiscal, é indispensável a adoção de uma postura diferente, dada a centralidade do dever e de assuntos correlatos, do que são exemplos o Estado Social e Fiscal, a solidariedade, e a cidadania. Nesse contexto, José Casalta Nabais defende que, no âmbito de um Estado Fiscal Social, a fundamentação ética do crime tributário seja extraída da ideia de cidadania fiscal, face da cidadania que, por um lado, atribui a todos os cidadãos o dever de assumir como responsabilidade sua os assuntos da vida pública da comunidade (por exemplo, decidindo democraticamente qual o percentual de tributos estão dispostos a pagar para manutenção do Estado Social), e, por outro lado, a impor a cada cidadão o dever fundamental de pagar os impostos.⁹⁷³

Esse posicionamento, que extrai de elementos fundamentais do Direito Tributário o conteúdo do crime tributário, é compartilhado, por exemplo, por Juan Carlos Ferré Olivé, para quem os delitos contra a Fazenda Pública decorrem de pontuais deveres de colaboração, relacionados a um dever de contribuir com o sustento dos gastos públicos;⁹⁷⁴ por César García Novoa, ao afirmar que o tributo (e, conseqüentemente, o crime tributário) é fundamentado em um dever constitucional de contribuir com o sustento dos gastos públicos;⁹⁷⁵ por Silvina Bacigalupo, para quem o dever tributário de contribuir com os gastos públicos, por meio do pagamento de tributos, constitui o conteúdo de ilicitude do delito tributário;⁹⁷⁶ e por Marcelo

⁹⁷² PAULSEN, Leandro. **Tratado de Direito Penal Tributário Brasileiro**. São Paulo: SaraivaJur, 2023. *E-Book*. Tópico 1.

⁹⁷³ NABAIS, José Casalta. **Direito fiscal**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 452-453.

⁹⁷⁴ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. El bien jurídico protegido en los delitos tributarios. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 6, n. 11, p. 19, 2014. Disponível em: <https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/28/26>. Acesso em: 24 jul. 2023.

⁹⁷⁵ GARCÍA NOVOA, César. La consumación de los Delitos Contra la Hacienda Pública. **Derecho e Sociedad**, Lima, n. 33, p. 28, 2009. Disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17439>. Acesso em: 12 mai. 2024.

⁹⁷⁶ BACIGALUPO, Silvina. Límites entre el ahorro fiscal y la defraudación punible: las actuaciones en fraude a la ley tributaria. **Revista de Derecho**, Montevideo, n. 4, p. 17, 2009. Disponível em: <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/822>. Acesso em: 28 out. 2023.

Hadwa Issa, que entende por objeto dos delitos tributários a repreensão do descumprimento de obrigações tributárias.⁹⁷⁷

Em síntese, o que se pune, com o ilícito penal-tributário, é o descumprimento ilícito de deveres fiscais,⁹⁷⁸ deveres que carregam consigo uma ampla e profunda fundamentação tributária, constitucional e sociológica.

Dessa íntima relação entre o crime tributário de sonegação fiscal e a obrigação tributária de pagar (leia-se: dever fundamental de pagar tributos), decorre o entendimento de que o crime de sonegação, diferentemente da maioria dos ilícitos criminais (delitos de domínio), constituiria um delito de infração de dever.

Em resumo, a doutrina penal classifica os fatos puníveis em delitos de domínio e delitos de infração de dever. Nos delitos de domínio, a autoria é definida pela detenção do domínio do fato pelo interveniente, domínio que pode incidir sobre a realização ou não do delito (domínio de decisão), ou sobre a forma de execução do delito e de suas particularidades (domínio de configuração).⁹⁷⁹ Esse domínio do fato pode ser configurado como um domínio de ação (o domínio que possui aquele que pratica diretamente o delito), domínio de vontade (que possui o autor mediato), ou domínio funcional (domínio que possui o coautor).⁹⁸⁰

A teoria do domínio do fato identifica a autoria delitiva quando for verificada a configuração, pelo agente, do seu âmbito de organização às custas do âmbito de organização da vítima, quando tal agente possuir o domínio do fato criminoso. O fundamento dessa forma de responsabilidade decorre da transgressão da determinação de que cada pessoa pautar sua organização de modo a não produzir danos a terceiros.⁹⁸¹

⁹⁷⁷ HADWA ISSA, Marcelo. El sujeto activo en los delitos tributarios, y los problemas relativos a la participación criminal. **Política Criminal**: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, Chile, n. 3, p. 7, 2007. Disponível em: https://politcrim.com/wp-content/uploads/2019/04/a_5_3.pdf. Acesso em: 29 out. 2023.

⁹⁷⁸ GARCÍA NOVOA, César. La consumación de los Delitos Contra la Hacienda Pública. **Derecho e Sociedad**, Lima, n. 33, p. 29, 2009. Disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17439>. Acesso em: 12 mai. 2024.

⁹⁷⁹ KINDHÄUSER, Urs. Infracción de deber y autoría - una crítica a la teoría del dominio del hecho. **Revista de Estudios de la Justicia**, Chile, n. 14, p. 43, 2011. Disponível em: <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/28552>. Acesso em: 30 dez. 2023.

⁹⁸⁰ JAKOBS, Günther. El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos. In: JAKOBS, Günther. CANCIO MELIÁ, Manuel (org.). **El sistema funcionalista del derecho penal**. Peru: Grijley, 2000. p. 167.

⁹⁸¹ JAKOBS, Günther. **Derecho penal**. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 791.

Em alguns tipos penais, por outro lado, o legislador fundamenta a criminalização (e a aplicabilidade de pena) não na natureza externa da conduta do agente, mas no descumprimento de prestações relacionadas a determinado papel social específico e positivo, fruto de um *status* social especial do agente, critério a partir do qual se lhe exige um comportamento solidário.⁹⁸²

Essa categoria foi desenvolvida sobretudo por Claus Roxin, a fim de reservar a condição de autor apenas àquele que viole um dever especial extrapenal que sobre ele recaia, e a condição de partícipes do fato criminoso aos demais agentes que não sejam destinatários do dever especial.⁹⁸³ Nesse caso, para a definição da autoria desimporta o domínio do fato.⁹⁸⁴ Dessa forma, os delitos de infração de dever somente podem ser praticados por pessoas detentoras de deveres especiais (por exemplo, delitos de funcionário público, e delitos de garantidores). Os intervenientes que não possuírem esse dever especial serão considerados meros partícipes, e não autores.⁹⁸⁵

Nos delitos de infração de dever, de modo diverso do que ocorre nos delitos de domínio (em que o autor não possui relação específica com o bem jurídico, decorrendo sua responsabilidade do domínio que possui sobre a lesão), ao autor é atribuída uma posição de custódia do bem jurídico; recai sobre o autor um dever de proteção do bem jurídico.⁹⁸⁶ Ou seja, no delito de infração de dever, o agente é responsável pela existência e preservação de um bem, e não somente por não produzir um dano ao bem por sua organização defeituosa.⁹⁸⁷

Diferentemente da construção teórica de Claus Roxin (que atribui centralidade à violação de bens jurídicos na teoria do delito, reservando menor espaço aos delitos de infração de dever), o funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs conduz os delitos de infração de

⁹⁸² GÓMEZ-TRELLES, Javier Sánchez-Vera. Delito de infracción de deber. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. (coord.). **El funcionalismo en el derecho penal**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. t. 1, p. 276.

⁹⁸³ HADWA ISSA, Marcelo. El sujeto activo en los delitos tributarios, y los problemas relativos a la participación criminal. **Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales**, Chile, n. 3, p. 3, 2007. Disponível em: https://politcrim.com/wp-content/uploads/2019/04/a_5_3.pdf. Acesso em: 29 out. 2023.

⁹⁸⁴ BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal**. Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999. p. 496.

⁹⁸⁵ KINDHÄUSER, Urs. Infracción de deber y autoría - una crítica a la teoría del dominio del hecho. **Revista de Estudios de la Justicia**, Chile, n. 14, p. 43, 2011. Disponível em: <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/28552>. Acesso em: 30 dez. 2023.

⁹⁸⁶ CARO CORIA, Dino Carlos; REYNA ALFARO, Luis Miguel. **Derecho Penal Económico**. Parte general. Lima: Jurista Editores, 2016. p. 571.

⁹⁸⁷ JAKOBS, Günther. **Derecho penal**. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 791.

dever à posição hegemônica na classificação dos crimes. De sua concepção normativista de crime como violação à vigência da norma,⁹⁸⁸ e não propriamente como ofensa a bem jurídico externo ao Direito Penal, o delito passa a ser como regra pautado pela violação de um dever. Diferentemente da classificação entre delitos de domínio e delitos de dever, Günther Jakobs distingue os delitos de acordo com a natureza do dever violado (se um dever negativo, ou se um dever positivo).⁹⁸⁹

Günther Jakobs defende, dessa maneira, que também os delitos de domínio sejam interpretados como delitos de dever,⁹⁹⁰ por meio de uma leitura de viés normativo, adotando como conceito central o de competência.⁹⁹¹ Em sua concepção, centrada na categoria normativa *competência*:

Nos delitos de dever, a autoria não se deduz do domínio do fato, já que seu conteúdo não é a usurpação de liberdade alheia, ao menos não é por si, senão a falta de cuidado por uma pessoa ou uma instituição do Estado; dito de outro modo, é a competência por não melhorar sua situação. Com isso, é identificada a linha de união: o decisivo é a competência; nos delitos em virtude de competência por organização, uma competência pela piora de outra organização (infração de um dever negativo), e, nos delitos de dever, uma competência por não melhorar a situação (infração de um dever positivo, o que – desde logo – abarca a piora).⁹⁹²

Para Günther Jakobs, todos os indivíduos estão obrigados a evitar danos a interesses jurídicos no âmbito de sua competência auto-organizativa; aqueles especialmente obrigados,

⁹⁸⁸ Sobre esse assunto, vide tópico 4.1.1.

⁹⁸⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales. **Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho**, Lima, n. 81, p. 100, 2018. Disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/20431>. Acesso em: 26 nov. 2023.

⁹⁹⁰ CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Dominio y deber como fundamento común a todas las formas de la autoría y modalidades del delito. **Indret: Revista para el Análisis del Derecho**, Barcelona, n. 1, p. 8, 2011. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/792.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2024.

⁹⁹¹ JAKOBS, Günther. El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos. In: JAKOBS, Günther. CANCIO MELIÁ, Manuel (org.). **El sistema funcionalista del derecho penal**. Peru: Grijley, 2000. p. 192.

⁹⁹² JAKOBS, Günther. El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos. In: JAKOBS, Günther. CANCIO MELIÁ, Manuel (org.). **El sistema funcionalista del derecho penal**. Peru: Grijley, 2000. p. 192, tradução nossa. No original: “En los delitos de deber, la autoría no se infiere del dominio del hecho, ya que su contenido no es la usurpación de libertad ajena, al menos no lo es *per se*, sino la falta de cuidado por una persona o una institución del Estado, dicho de otro modo, la competencia por no mejorar su situación. Con esto queda identificada la línea de unión: lo decisivo es la competencia; en los delitos en virtud de competencia por organización, una competencia por el empeoramiento de otra organización (infracción de un deber negativo), y en los delitos de deber, una competencia por no mejorar la situación (infracción de un deber positivo, lo que –desde luego– abarca el empeoramiento).”

contudo, possuem a obrigação de preservação desses interesses para além de seu âmbito de auto-organização.⁹⁹³

Entretanto, entender o delito como mera infração de dever penal (como propõe Günther Jakobs⁹⁹⁴) inviabiliza uma adequada diferenciação das normas proibitivas penais em relação às normas proibitivas de natureza diversa. Também por essa razão, é indispensável a concepção de fim do Direito Penal enquanto prevenção de danos sociais, ou seja, de tutela de bens jurídicos indispensáveis ao indivíduo e à sociedade.⁹⁹⁵ Por tal razão, uma visão moderada dos delitos de infração de dever parece ser mais adequada, como a encontrada em Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, ao defender que ambas as categorias (delitos de domínio e delitos de infração de dever) sejam complementárias, e não incompatíveis.⁹⁹⁶

Um exemplo de delito de infração de dever é justamente o crime de sonegação fiscal, caracterizado pela violação de um dever não penal, violação que é definida primordialmente fora do Direito Penal.⁹⁹⁷ Nesse sentido, Héctor Iglesias Sevillano refere a existência de uma administrativização do tipo penal do crime de sonegação fiscal, em razão da qual conclui ser esse um delito de infração de dever⁹⁹⁸ – exemplo dessa administrativização é o condicionamento, para afirmação da consumação da sonegação fiscal, à constituição definitiva do débito administrativamente.⁹⁹⁹

⁹⁹³ CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Dominio y deber como fundamento común a todas las formas de la autoría y modalidades del delito. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 1, p. 8, 2011. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/792.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2024.

⁹⁹⁴ Diferentemente de Claus Roxin, que concebe os delitos de infração de dever a partir da violação de deveres especiais extrapenais (e que promoveu uma progressiva redução dessa classe de delitos), Günther Jakobs fundamenta tais delitos na infração de deveres penais. SCHÜNEMANN, Bernd. Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales. **Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho**, Lima, n. 81, p. 100, 2018. Disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/20431>. Acesso em: 26 nov. 2023.

⁹⁹⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales. **Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho**, Lima, n. 81, p. 100, 2018. Disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/20431>. Acesso em: 26 nov. 2023.

⁹⁹⁶ GÓMEZ-TRELLES, Javier Sánchez-Vera. Delito de infracción de deber. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. (coord.). **El funcionalismo en el derecho penal**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. t. 1, p. 280.

⁹⁹⁷ IGLESIAS SEVILLANO, Héctor. Cuestiones sobre principio de legalidad, ley penal en blanco y presunciones en el delito fiscal. **Revista de derecho UNED**, Madrid, n. 19, p. 750, 2016. Disponível em: <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/18483/15522>. Acesso em: 24 jul. 2023.

⁹⁹⁸ IGLESIAS SEVILLANO, Héctor. Cuestiones sobre principio de legalidad, ley penal en blanco y presunciones en el delito fiscal. **Revista de derecho UNED**, Madrid, n. 19, p. 774, 2016. Disponível em: <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/18483/15522>. Acesso em: 24 jul. 2023.

⁹⁹⁹ Nesse sentido: “Súmula Vinculante nº 24. Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 24**. Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto

A respeito dessa definição do crime de sonegação fiscal, é importante atentar para a advertência e os apontamentos de Paz Mercedes de la Cuesta Aguado, ao inicialmente afirmar que é preciso verificar se um dever constitucionalmente imposto pode, assim como um bem jurídico, cumprir funções político-criminais de legitimação da incriminação. Trata-se, também no delito de infração de dever, de encontrar a razão legitimadora da criminalização (no caso, do delito tributário), bem como um argumento que cumpra as funções político-criminais atribuídas aos bens jurídicos.¹⁰⁰⁰

Isso porque a autora entende que, no delito tributário, o bem jurídico possui função de legitimação da incriminação, mas não exerce de forma satisfatória a função de limitação do *ius puniendi*. Ou seja, diferentemente dos delitos clássicos (como homicídio, roubo e estelionato), no delito tributário, o bem jurídico não desempenha um papel suficiente na interpretação e na aplicação do tipo penal. Nesse contexto, o crime tributário seria mais bem explicado sob a perspectiva da infração de dever do que da teoria do bem jurídico.¹⁰⁰¹ Nas suas palavras:

Devemos, pois, encontrar e definir, para cada delito de infração de dever concreto, uma razão legitimadora de conteúdo valorativo que indique ao Legislador penal a direção correta, que imponha limites ao poder punitivo do Estado e que permita legitimar a intervenção penal quando se pretenda sancionar penalmente a infração de algum dever. Para isso, a previsão constitucional da obrigação é de suma importância, porém, como ocorre com o bem jurídico protegido nos delitos de domínio, não são todos os que estão, nem estão todos os que são. Isto é, nem a previsão constitucional da obrigação é imprescindível – apesar de preferível –, nem é suficiente.¹⁰⁰²

no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula773/false>. Acesso em: 14 maio 2024.

¹⁰⁰⁰ CUESTA AGUADO, Paz Mercedes de la. Redistribución de la riqueza y delito tributario. **Estudios penales y criminológicos**, Santiago de Compostela, v. 42, p. 8-9, 2022. Disponível em: <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/8626/12522>. Acesso em: 19 out. 2023.

¹⁰⁰¹ CUESTA AGUADO, Paz Mercedes de la. Redistribución de la riqueza y delito tributario. **Estudios penales y criminológicos**, Santiago de Compostela, v. 42, p. 8, 2022. Disponível em: <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/8626/12522>. Acesso em: 19 out. 2023.

¹⁰⁰² CUESTA AGUADO, Paz Mercedes de la. Redistribución de la riqueza y delito tributario. **Estudios penales y criminológicos**, Santiago de Compostela, v. 42, p. 9-10, 2022. Disponível em: <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/8626/12522>. Acesso em: 19 out. 2023, tradução nossa. No original: “Debemos, pues, encontrar y definir, para cada delito de infracción de deber concreto, una razón legitimadora de contenido valorativo que indique al Legislador penal la dirección correcta, que imponga límites al poder punitivo del Estado y que permita legitimar la intervención penal cuando se pretenda sancionar penalmente la infracción de algún deber. Para ello, la previsión constitucional de la obligación es de suma importancia, pero, como sucede con el bien jurídico protegido en los delitos de dominio, ni son todos los que están, ni están todos los que son. Es decir, ni la previsión constitucional de la obligación es imprescindible -aunque preferible-, ni es suficiente.”

Para encontrar um fundamento material de legitimação da intervenção penal no âmbito tributário (a razão legitimadora da criminalização), a autora entende ser necessário recorrer à finalidade atribuída aos tributos, a partir de uma interpretação teleológica da Constituição e do restante do ordenamento jurídico. Utiliza-se, portanto, de uma perspectiva fundada nos valores democracia, Estado de Bem-estar, igualdade de oportunidades, acesso igualitário aos serviços públicos, limites à acumulação de riquezas, e garantias econômicas a todos, para concluir que o fundamento do dever de contribuir com os gastos públicos é encontrado na finalidade redistributiva de riquezas enquanto instrumento de promoção da igualdade material e de oportunidades.¹⁰⁰³ Em síntese, a autora ressalta, enquanto legitimação material da intervenção do Direito Penal Tributário, um “[...] aspecto de justiça social relacionado com a desigualdade econômica e a desigual acumulação de capital [...]”.¹⁰⁰⁴ Ao fim, o delito tributário deve possuir uma fundamentação formal decorrente dos deveres de solidariedade, das funções e do patrimônio da Administração Pública, bem como na razão legitimadora de redistribuição de riquezas própria do sistema tributário.¹⁰⁰⁵

Segundo a mesma autora, utilizar a função de redistribuição de riquezas do sistema tributário como o fundamento da intervenção penal no ilícito tributário é o que permite justificar a cláusula de regularização fiscal (não punição em razão do pagamento).¹⁰⁰⁶ Do mesmo modo, é o que fundamenta o aumento de pena quando o valor sonegado ultrapasse determinada quantia,¹⁰⁰⁷ situação na qual a ameaça penal se dirige a setores sociais que mais acumulam capital (razão para o reforço da intensidade da resposta penal).¹⁰⁰⁸

¹⁰⁰³ CUESTA AGUADO, Paz Mercedes de la. Redistribución de la riqueza y delito tributario. **Estudios penales y criminológicos**, Santiago de Compostela, v. 42, p. 10, 2022. Disponível em: <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/8626/12522>. Acesso em: 19 out. 2023.

¹⁰⁰⁴ CUESTA AGUADO, Paz Mercedes de la. Redistribución de la riqueza y delito tributario. **Estudios penales y criminológicos**, Santiago de Compostela, v. 42, p. 11, 2022. Disponível em: <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/8626/12522>. Acesso em: 19 out. 2023, tradução nossa. No original: “[...] aspecto de justicia social relacionado con la desigualdad económica y la desigual acumulación de capital [...]”.

¹⁰⁰⁵ CUESTA AGUADO, Paz Mercedes de la. Redistribución de la riqueza y delito tributario. **Estudios penales y criminológicos**, Santiago de Compostela, v. 42, p. 13, 2022. Disponível em: <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/8626/12522>. Acesso em: 19 out. 2023.

¹⁰⁰⁶ CUESTA AGUADO, Paz Mercedes de la. Redistribución de la riqueza y delito tributario. **Estudios penales y criminológicos**, Santiago de Compostela, v. 42, p. 11, 2022. Disponível em: <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/8626/12522>. Acesso em: 19 out. 2023.

¹⁰⁰⁷ Conforme o artigo “305 bis”, do Código Penal Espanhol: “1. El delito contra la Hacienda Pública será castigado con la pena de prisión de dos a seis años y multa del doble al séxtuplo de la cuota defraudada cuando la defraudación se cometiere concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: a) Que la cuantía

Ao centralizar o exame da justificação da criminalização do ilícito tributário na função de redistribuição de riquezas, torna-se dispensável a previsão de um resultado típico; basta, para a consumação do delito, que setores sociais que acumulam capital não paguem os tributos.¹⁰⁰⁹ Ainda, entendido o delito tributário enquanto descumprimento de um dever positivo, deve-se concluir se tratar de delito especial, a admitir como autor apenas o agente que ocupe a posição de contribuinte (sujeito ao cumprimento da obrigação tributária). Excluir-se-ia, portanto, uma situação de coautoria entre contribuintes e não contribuintes.¹⁰¹⁰

No Brasil, esse raciocínio é parcialmente defendido por Bruna Estima Borba, mas sob um viés normativista, como aquele proposto por Günther Jakobs. Para a autora, o bem jurídico tutelado pela criminalização da sonegação fiscal seria o próprio dever fundamental e solidário de pagar tributos não vinculados.¹⁰¹¹

Tamanha normativização da teoria do delito, com um completo abandono da teoria do bem jurídico (afinal, afirma-se que o “bem jurídico” tutelado pela norma seria o próprio cumprimento de um dever, reconduzindo o objeto de tutela ao próprio sistema normativo), importa em uma perda de referencial para direcionamento e delimitação da intervenção penal. Nesse sentido, Fábio Roberto D’Avila identifica um aumento da complexidade da matéria de incriminação na sociedade atual, seja com novos objetos de tutela (por exemplo, o meio ambiente), seja com a revisão de conceitos do Direito Penal clássico (como vida e morte, impactados pelos avanços da medicina). Tal aumento da complexidade dificulta a delimitação de categorias do crime (sujeitos ativo e passivo, bem jurídico, entre outras) e potencializam a

de la cuota defraudada exceda de seiscientos mil euros.” ESPANHA. **Ley Orgánica nº 10, de 23 de noviembre de 1995**. Código Penal. Madrid: Jefatura del Estado, 1995. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444&p=20230428&tn=1>. Acesso em: 27 mai. 2024.

¹⁰⁰⁸ CUESTA AGUADO, Paz Mercedes de la. Redistribución de la riqueza y delito tributario. **Estudios penales y criminológicos**, Santiago de Compostela, v. 42, p. 12, 2022. Disponível em: <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/8626/12522>. Acesso em: 19 out. 2023.

¹⁰⁰⁹ CUESTA AGUADO, Paz Mercedes de la. Redistribución de la riqueza y delito tributario. **Estudios penales y criminológicos**, Santiago de Compostela, v. 42, p. 12, 2022. Disponível em: <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/8626/12522>. Acesso em: 19 out. 2023.

¹⁰¹⁰ VAN WEEZEL, Alex. **Delitos tributarios**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010. p. 17.

¹⁰¹¹ BORBA, Bruna Estima. **Crime de Sonegação Fiscal: A tutela penal do dever fundamental e solidário de pagar tributos não vinculados**. 2010. 375 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife. 2010. p. 13 e 348.

adoção de formas de tipificação que se distanciam do conteúdo material do tipo (por exemplo, com tipos de mera violação de um dever de natureza administrativa).¹⁰¹²

Afirma esse autor que é como se o fundamento material que dá origem ao tipo penal, após a constituição típica, não mais importasse para a sua aplicação, como se o tipo alcançasse autonomia em relação a seu fundamento.¹⁰¹³

Um exemplo histórico de perda de referencial material na legitimação do Direito Penal é encontrado no ordenamento jurídico-penal do Estado nacional-socialista, essencialmente caracterizado pelo dever individual de fidelidade aos valores coletivos, concebendo o delito não propriamente enquanto lesão a um bem jurídico, mas essencialmente como violação de dever,¹⁰¹⁴ sobretudo a partir de deveres morais.¹⁰¹⁵

Por tais razões, parte da doutrina reafirma a necessidade de conceber o Direito Penal como instrumento de proteção subsidiária de bens jurídicos, razão pela qual não se deveria admitir a existência de crime fundamentado exclusivamente na mera infração de um dever.¹⁰¹⁶

Concorda-se com essa crítica, mas exclusivamente no sentido de que o delito não deve ser constituído *apenas* como infração de um dever, sobretudo em se tratando de mero dever administrativo e sem amparo constitucional. Compreende-se correta, portanto, o posicionamento de Paz Mercedes de la Cuesta Aguado, ao conceber o crime tributário como delito de infração de dever, mas atribuindo-lhe justificação material de forte amparo constitucional, inclusive sem prescindir da teoria do bem jurídico (importante, mas não suficiente para delimitação do delito de sonegação fiscal).¹⁰¹⁷

¹⁰¹² D'AVILA, Fabio Roberto. Liberdade e segurança em Direito Penal. O problema da expansão da intervenção penal. **Revista Eletrônica de Direito Penal**, Rio de Janeiro, ano 1, v. 1, n. 1, p. 67, 2013. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/7142/5118>. Acesso em: 28 dez. 2023.

¹⁰¹³ D'AVILA, Fabio Roberto. Liberdade e segurança em Direito Penal. O problema da expansão da intervenção penal. **Revista Eletrônica de Direito Penal**, Rio de Janeiro, ano 1, v. 1, n. 1, p. 67, 2013. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/7142/5118>. Acesso em: 28 dez. 2023.

¹⁰¹⁴ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Autonomía, solidaridad y deber de socorro: un apunte histórico. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, n. 53, p. 392, 2000. Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2000-10036100412. Acesso em: 20 jun. 2023.

¹⁰¹⁵ CUESTA AGUADO, Paz Mercedes de la. Redistribución de la riqueza y delito tributario. **Estudios penales y criminológicos**, Santiago de Compostela, v. 42, p. 8, 2022. Disponível em: <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/8626/12522>. Acesso em: 19 out. 2023.

¹⁰¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. **Crimes Contra a Ordem Tributária**. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. *E-Book*. p. 11.

¹⁰¹⁷ CUESTA AGUADO, Paz Mercedes de la. Redistribución de la riqueza y delito tributario. **Estudios penales y criminológicos**, Santiago de Compostela, v. 42, p. 8 e 10, 2022. Disponível em: <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/8626/12522>. Acesso em: 19 out. 2023.

Desse modo, a afirmação de Dino Carlos Caro Coria e Luis Miguel Reyna Alfaro no sentido de que a interpretação do tipo enquanto infração de dever não significa que haja uma dispensa do bem jurídico; afinal, para Roxin, criador da categoria dos delitos de infração de dever, a função do Direito Penal é sempre (mesmo no caso dos delitos de infração de dever) a tutela de bens jurídicos.¹⁰¹⁸

Ainda a esse respeito, José de Faria Costa defende que o Direito Penal não se limite à proteção de bens jurídicos, legitimando sua atuação também como instrumento de tutela contra comportamentos ético-socialmente desvaliosos, mesmo que em casos diminutos.¹⁰¹⁹ Assim, no Direito Penal, há um campo de proteção de bens jurídicos (de maior amplitude), e um campo de tutela do cumprimento de deveres, mas sustentado na mediata proteção a bens jurídicos.¹⁰²⁰ Ou seja, a tutela de bens jurídicos, sob esse paradigma, sempre se fará de alguma forma presente como função do Direito Penal, razão pela qual é igualmente relevante a sua identificação em relação ao crime de sonegação fiscal.

4.3 O bem jurídico tutelado pela criminalização da sonegação fiscal

Em um Estado Social e Democrático de Direito, o Direito Penal apenas pode castigar condutas nocivas a bens elementares da vida em comum dos cidadãos.¹⁰²¹ No entendimento de Santiago Mir Puig, o Direito Penal de um Estado Democrático deve servir às pessoas, o que significa que deve se dirigir à garantia de interesses reais dessas pessoas, sejam eles individuais ou coletivos (como vida, integridade física e administração da justiça). Em outras palavras, o Direito Penal deve tutelar bens jurídico-penais.¹⁰²² Essa é a primordial função atribuída ao Direito Penal, para proteção da normal convivência entre indivíduos de possíveis ataques; ou seja, evitar comportamentos danosos, sobretudo a fim de promover uma tutela

¹⁰¹⁸ CARO CORIA, Dino Carlos; REYNA ALFARO, Luis Miguel. **Derecho Penal Económico**. Parte general. Lima: Jurista Editores, 2016. p. 573.

¹⁰¹⁹ FARIA COSTA, José de. **O perigo em direito penal**: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 40.

¹⁰²⁰ FARIA COSTA, José de. **O perigo em direito penal**: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 41-42.

¹⁰²¹ GARCIA-PABLOS, Antonio. **Derecho Penal**. Introducción. Madrid: Universidad Complutense, 1995. p. 264.

¹⁰²² MIR PUIG, Santiago. Límites del normativismo en Derecho penal. **Revista electrónica de ciencia penal y criminología**, Granada, n. 7, p. 11-13, 2005. Disponível em: <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2023.

preventiva dos bens jurídicos.¹⁰²³ Em resumo, o Direito Penal cumpre satisfatoriamente sua função preventiva quando protege bens jurídicos a ele confiados.¹⁰²⁴

Essa concepção é encontrada também em Carlos Fontán Balestra, para quem o fim do Direito Penal é extraído da conjugação entre uma função de garantia (limitação da faculdade punitiva estatal por meio do ordenamento jurídico-penal), e uma função de tutela de interesses designados bens jurídicos.¹⁰²⁵

Para que uma conduta seja considerada criminosa, portanto, deve produzir algum dano a pessoa, a coisa, ou à sociedade, seja um dano real, seja um dano potencial.¹⁰²⁶ Esse mandamento é sintetizado pelo critério normativo da ofensividade, que faz imprescindível para a caracterização de um delito a existência de ofensa a um bem jurídico – ofensa compreendida como lesão ou exposição a perigo de lesão,¹⁰²⁷ do que se extrai a diferenciação dos crimes de dano e dos crimes de perigo.¹⁰²⁸

Essa perspectiva destoa daquela defendida por Günther Jakobs, defensor de um Direito Penal primordialmente destinado não à tutela de bens jurídicos, mas de expectativas normativas.¹⁰²⁹⁻¹⁰³⁰ Mas não significa que a defesa das expectativas normativas (ou, em outros termos, da vigência da norma) seja em absoluto ignorada pelos adeptos da teoria do bem jurídico. A esse respeito, Miguel Polaino Navarrete defende a atribuição ao Direito Penal apenas da função de tutela de bens jurídicos; mas, para além dessa função, compreende a

¹⁰²³ RUDOLPHI, Hans-Joachim. El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal. In: SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales**. Madrid: Editorial Tecnos, 1991. p. 82.

¹⁰²⁴ HASSEMER, Winfried. **Direito penal: fundamentos, estrutura, política**. Organização e revisão de Carlos Eduardo de Oliveira. Tradução de Adriana Beckman Meirelles et al. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 223.

¹⁰²⁵ FONTÁN BALESTRA, Carlos. **Derecho penal**. Introducción y parte general. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998. p. 15 e 24.

¹⁰²⁶ CADOPPI, Alberto; VENEZIANI, Paolo. **Elementi di Diritto Penale**. Parte generale. 2. ed. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2004. p. 83.

¹⁰²⁷ MOCCIA, Sergio. **El Derecho penal entre ser y valor**. Función de la pena y sistemática teleológica. Trad. de Antonio Bonanno. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2003. p. 297.

¹⁰²⁸ Enquanto os crimes de dano são perfectibilizados pela produção de uma lesão ao objeto da ação (homicídio, lesão corporal, dano etc.), os crimes de perigo prescindem da produção de uma efetiva lesão, já que é suficiente a criação de uma situação de perigo para o bem jurídico tutelado. WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner; SATZGER, Helmut. **Derecho penal parte general: el delito y su estructura**. Tradução de Raúl Pariona Arana. Lima: Instituto Pacífico, 2018. p. 17.

¹⁰²⁹ JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2003. p. 20.

¹⁰³⁰ Sobre esse assunto, vide tópico 4.1.1.

defesa da vigência da norma como uma consequência direta e principal da função de proteção de bens jurídicos, que poderia também ser chamada de finalidade de segundo plano.¹⁰³¹

Da função de tutela de bens jurídicos se extrai, em um segundo momento, o importante princípio da ofensividade, verdadeiro limite das proibições penais, justamente por significar que o Direito Penal deve se dirigir à tutela de bens jurídicos fundamentais, e que o crime existirá quando houver ofensa ao bem tutelado (*nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis sine iniuria*).¹⁰³² Desse modo, o princípio político da lesividade estabelece como condição de justificação do Direito Penal a necessidade de que a tutela seja direcionada contra a ofensa a bem jurídico considerado fundamental.¹⁰³³

Essa exigência de ofensividade serve como uma garantia substancial contra o exercício arbitrário do *ius puniendi* estatal. Nas palavras de Mario Caterini:

[...] o legislador deveria elevar a crime somente aquelas condutas ofensivas de bens jurídicos dotados de relevância constitucional, e o intérprete deveria conter a afirmação da responsabilidade penal somente a condutas ofensivas a ditos bens, evitando também o castigo daqueles fatos típicos somente em aparência, mas realmente inócuos.¹⁰³⁴

Esse é um dos grandes reflexos da teoria do bem jurídico, a obstar a intervenção do Direito Penal nos casos de mero desvio moral que nenhum dano produza a terceiros, ou mesmo de uma mera desobediência ou infidelidade a um regime.¹⁰³⁵ Se o Direito Penal é um instrumento de tutela de bens jurídicos fundamentais à vida humana em sociedade, incidindo sobre casos nos quais há uma transcendência dos efeitos da conduta, que produz um efetivo

¹⁰³¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel. Funciones dogmáticas del derecho penal y legitimación material del sistema punitivo. **Derecho Penal y Criminología**, Madrid, v. 26, n. 79, p. 96-97, 2005. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1006>. Acesso em: 29 dez. 2023.

¹⁰³² FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Teoría del garantismo penal. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, et al. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 466.

¹⁰³³ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Teoría del garantismo penal. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, et al. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 476.

¹⁰³⁴ CATERINI, Mario. La ética económica y la responsabilidad penal. **IUS: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla**, México, v. 9, n. 35, p. 130, 2015. Disponível em: <http://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/114>. Acesso em: 29 dez. 2023, tradução nossa. No original: “[...] el legislador debería elevar a crimen solamente aquellas conductas ofensivas de bienes jurídicos dotados de relevancia constitucional, y el intérprete debería contener la afirmación de la responsabilidad penal solamente a conductas ofensivas de dichos bienes, evitando también el castigo de aquellos hechos sólo en apariencia típicos, pero realmente inocuos.”

¹⁰³⁵ CADOPPI, Alberto; VENEZIANI, Paolo. **Elementi di Diritto Penale**. Parte generale. 2. ed. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2004. p. 86.

dano ou uma exposição a perigo de dano a tais bens, deve-se concluir que não lhe interessa regular os sentimentos.¹⁰³⁶

O princípio da ofensividade expressa, portanto, o dogma *nullum crimen sine iniuria*,¹⁰³⁷ a inadmitir a criação (e identificação no caso concreto) de um delito que não represente alguma espécie de ofensa a bem jurídico (barreira à punição por “atitudes internas” e atos não lesivos a bem jurídico algum).¹⁰³⁸ A adoção prática desse efetivo desvalor do resultado (lesão ou exposição a perigo de lesão) é comprovada, por exemplo, pela não punição do crime impossível^{1039, 1040}

O Direito Penal, então, apenas tutela objetos que se vinculem diretamente a interesses relevantes para a garantia das esferas básicas de liberdade dos cidadãos,¹⁰⁴¹ constituindo a função de proteção de bens jurídicos uma barreira infranqueável da intervenção estatal.¹⁰⁴² Nesse sentido, as teorias do bem jurídico objetivam oferecer um critério negativo e crítico da legislação. Essa teoria constitui uma baliza direcionada primeiro ao legislador.¹⁰⁴³ Por essa razão é possível afirmar que a tutela de bens jurídicos é não só a função do Direito Penal, mas também um limite ao *ius puniendi* estatal,¹⁰⁴⁴ exercendo uma função de garantia, ao

¹⁰³⁶ RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. **Derecho penal**. Parte general. Madrid: Editorial Civitas, 1973. p. 22.

¹⁰³⁷ CADOPPI, Alberto; VENEZIANI, Paolo. **Elementi di Diritto Penale**. Parte generale. 2. ed. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2004. p. 83.

¹⁰³⁸ COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. **Derecho penal**. Parte general. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 289-290.

¹⁰³⁹ Crime impossível, ou tentativa inidônea, é a designação para o caso em que, apesar da intenção do agente em praticar um crime, há impossibilidade de tal prática, seja em razão da ineficácia absoluta do meio (por exemplo, tentativa de aborto por meio da administração de substância inofensiva à gestação), seja por impropriedade absoluta do objeto (por exemplo, tentativa de homicídio contra cadáver). SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014. p. 388.

Nos termos do artigo 17 do Código Penal Brasileiro, a tentativa inidônea é impunível, diferentemente, por exemplo, do ordenamento jurídico alemão, que prevê a possibilidade de punição com atenuação de pena. STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal**. Parte general I. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005. p. 291-295; HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. **Direito Penal**. Parte Geral. Tradução de Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 289.

¹⁰⁴⁰ RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. **Derecho penal**. Parte general. Madrid: Editorial Civitas, 1973. p. 24.

¹⁰⁴¹ ECHAVARRÍA RAMÍREZ, Ricardo. Consideraciones sobre el bien jurídico penalmente protegido por el delito de defraudación tributaria del art. 305 CP español. **Revista electrónica de ciencia penal y criminología**, Espanha, n. 16, p. 28, 2014. Disponível em: <http://criminnet.ugr.es/recpc/16/recpc16-04.pdf>. Acesso em: 19 out. 2023.

¹⁰⁴² CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Expansión del derecho penal y garantías constitucionales. **Revista de Derechos Fundamentales**, Espanha, n. 8, p. 53, 2012. Disponível em: <https://vlex.cl/vid/derecho-penal-as-constitucionales-456818866>. Acesso em: 29 dez. 2023.

¹⁰⁴³ HASSEMER, Winfried. **Direito penal**: fundamentos, estrutura, política. Organização e revisão de Carlos Eduardo de Oliveira. Tradução de Adriana Beckman Meirelles et al. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 223.

¹⁰⁴⁴ GARCIA-PABLOS, Antonio. **Derecho Penal**. Introducción. Madrid: Universidad Complutense, 1995. p. 264.

determinar que o legislador somente pode castigar penalmente aquelas condutas que lesionam ou exponham a perigo bens jurídicos.¹⁰⁴⁵

A concepção de bem jurídico aplicada ao Direito Penal é intimamente relacionada com a Constituição Federal e os valores por ela estabelecidos. Substancialmente, é tutelada por meio de pena uma ordem de valores estabelecidos constitucionalmente.¹⁰⁴⁶ Em ordenamentos jurídicos de constituições rígidas, a delimitação do fundamento da tutela penal não se encontra totalmente desvinculada de um critério jurídico. A constituição acaba por incorporar em seu texto diversos bens decorrentes da tradição liberal (direitos fundamentais como a dignidade humana, o meio ambiente, o adequado funcionamento da Administração Pública, entre outros), e justamente dessas previsões constitucionais é que os bens jurídicos objetos da tutela penal são extraídos.¹⁰⁴⁷

Portanto, a identificação dos bens jurídicos objeto da tutela penal deve partir do exame integrado da legislação penal, das normas do Direito Tributário (no caso dos crimes tributários), mas especialmente da Constituição Federal (fundamento máximo de legitimidade e validade).¹⁰⁴⁸ Trata-se de uma corrente constitucional do bem jurídico, no sentido de que a norma fundamental estabelece uma orientação básica do *ius puniendi*, com um reconhecimento pré-positivo dos bens jurídicos.¹⁰⁴⁹

Para além da (e talvez previamente à) legitimidade constitucional, o bem jurídico é entendido como um produto social e consequentemente histórico, decorrente das relações sociais de cada período.¹⁰⁵⁰ A formulação de um entendimento a respeito da dignidade penal de determinado bem jurídico é alcançado por meio do desenvolvimento teórico da doutrina do

¹⁰⁴⁵ RIOS, Rodrigo Sánchez. **O Crime Fiscal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 37-38; COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. **Derecho penal**. Parte general. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 298; CADOPPI, Alberto; VENEZIANI, Paolo. **Elementi di Diritto Penale**. Parte generale. 2. ed. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2004. p. 86-87.

¹⁰⁴⁶ COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. **Derecho penal**. Parte general. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 291.

¹⁰⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. El principio de lesividad como garantía penal. **Nuevo Foro Penal**, Colômbia, n. 79, p. 108, 2012. Disponível em: <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/1911>. Acesso em: 30 out. 2023.

¹⁰⁴⁸ ECHAVARRÍA RAMÍREZ, Ricardo. Consideraciones sobre el bien jurídico penalmente protegido por el delito de defraudación tributaria del art. 305 CP español. **Revista electrónica de ciencia penal y criminología**, Espanha, n. 16, p. 29, 2014. Disponível em: <http://criminnet.ugr.es/recpc/16/recpc16-04.pdf>. Acesso em: 19 out. 2023.

¹⁰⁴⁹ GARCIA-PABLOS, Antonio. **Derecho Penal**. Introducción. Madrid: Universidad Complutense, 1995. p. 269.

¹⁰⁵⁰ HORMAZABAL MALAREE, Herman. **Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho**. 2. ed. Santiago: Editorial Jurídica ConoSur, 1992. p. 151.

bem jurídico, sempre sujeita à relatividade histórica,¹⁰⁵¹ assim como por meio da dinâmica participativa da sociedade civil que é própria de um Estado Democrático.¹⁰⁵²

Por exemplo, a criminalização do homicídio pode ser compreendida como castigo a uma forma específica de relação social concreta (negação da relação social vida).¹⁰⁵³ Essa perspectiva identifica o bem jurídico “[...] como um pedaço da realidade com densidade axiológica olhado como relação comunicacional a que a ordem jurídico-penal atribui dignidade penal.”¹⁰⁵⁴⁻¹⁰⁵⁵

Os bens jurídico-penais são, assim e primeiramente, interesses vitais para o indivíduo e a sociedade (interesses socialmente relevantes, objeto de especial valoração¹⁰⁵⁶), originariamente extraídos da vida em sociedade, mas que necessariamente devem ser objeto de apropriação pelo Direito para que recebam a qualificação de bens *jurídicos*.¹⁰⁵⁷

A importância da teoria do bem jurídico foi alvo de questionamento por Francesco Antolisei, para quem ela teria sido supervalorizada pela doutrina, de modo que o autor entende que a teoria do bem jurídico não basta para a interpretação das leis penais.¹⁰⁵⁸ Essa

¹⁰⁵¹ FARIA COSTA, José de. **Noções fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 14.

¹⁰⁵² Nas palavras de Herman Hormazabal Malaree: “[...] en un Estado democrático es un producto de la ‘*sociedad civil*’ y surge de la dinámica participativa y de los procesos de discusión que tienen lugar en la base social. La intensidad de la discusión dependerá de la capacidad del Estado para facilitar la participación y la discusión y sobre todo, de admitir que en la base social tenga lugar la disidencia. Dicho de otra forma, del mayor o menor carácter democrático del Estado y de la sociedad. Los bienes jurídicos tienen un carácter dialéctico. Surgen de la base de la relación social y constituyen una superación, en la síntesis de la confrontación social. De esta forma, los bienes jurídicos son relaciones sociales concretas de carácter sintético protegidas por la norma penal que nacen de la propia relación social democrática como una superación del proceso dialéctico que tiene lugar en su seno.” HORMAZABAL MALAREE, Herman. **Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho**. 2. ed. Santiago: Editorial Jurídica ConoSur, 1992. p. 152.

¹⁰⁵³ HORMAZABAL MALAREE, Herman. **Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho**. 2. ed. Santiago: Editorial Jurídica ConoSur, 1992. p. 152-153.

¹⁰⁵⁴ FARIA COSTA, José de. **Noções fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 258.

¹⁰⁵⁵ Para o mesmo autor e no mesmo sentido: “[...] os bens jurídico-penais são pedaços da realidade, axiologicamente relevantes, que sustentam o livre desenvolvimento da personalidade humana.” FARIA COSTA, José de. **Linhas de Direito Penal e de Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 116.

¹⁰⁵⁶ GARRIDO MONTT, Mario. **Derecho penal**. Parte general. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003. t. 2, p. 13.

¹⁰⁵⁷ FONTÁN BALESTRA, Carlos. **Derecho penal**. Introducción y parte general. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998. p. 24.

¹⁰⁵⁸ ANTOLISEI, Francesco. **Manual de Derecho penal**. Parte general. 8. ed. Trad. de Jorge Guerrero e Marino Ayerra Redín. Bogotá: 1988. p. 125.

postura é explicada pela diminuta função que esse autor atribui ao bem jurídico, de mera indicação do objeto lesionado da vítima.¹⁰⁵⁹

A reduzida importância atribuída por Francesco Antolisei ao bem jurídico pode ser explicada pela concepção embrionária de bem jurídico que vigorava em sua época, considerado mera expressão da *ratio legis*, dotado de uma simples função de interpretação e ordenação sistemática, sem função de limitação do *ius puniendi*.¹⁰⁶⁰

Para que o bem jurídico cumpra efetivamente sua importante função limitadora da intervenção punitiva estatal, é preciso que se lhe atribua um conteúdo material a torná-lo apto a tal finalidade. Nesse sentido é que se diferencia bem jurídico e *ratio legis*: “[...] a possibilidade de que o conceito de ‘bem jurídico’ cumpra a citada função ‘limitadora’ do *ius puniendi* – e não uma função meramente ‘interpretativa ou sistemática’ – depende de que se admita uma aceção ‘material’ ao mesmo, diferenciando ‘bem jurídico’ e *ratio legis*.”¹⁰⁶¹

A *ratio legis* seria conceituada, portanto, como *finalidade objetiva da norma*, como as razões para a criminalização de determinada conduta, critério que, juntamente do bem jurídico, deve ser considerado para a interpretação das normas penais.¹⁰⁶²

Concorda-se, portanto, com a doutrina que, sem ignorar os problemas que recaem sobre a teoria do bem jurídico, entende ser o bem jurídico um elemento imprescindível à teoria geral do delito.¹⁰⁶³ O bem jurídico não é uma fórmula mágica capaz de solucionar todos os problemas da teoria do crime, mas um importante instituto que deve ser conjugado com determinados critérios complementares.¹⁰⁶⁴ Para que se consiga, portanto, promover uma satisfatória e indispensável restrição do *ius puniendi*, são necessários critérios de limitação

¹⁰⁵⁹ ANTOLISEI, Francesco. **Manual de Derecho penal**. Parte general. 8. ed. Trad. de Jorge Guerrero e Marino Ayerra Redín. Bogotá: 1988. p. 126.

¹⁰⁶⁰ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del Derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2003. p. 112.

¹⁰⁶¹ GARCIA-PABLOS, Antonio. **Derecho Penal**. Introducción. Madrid: Universidad Complutense, 1995. p. 267, tradução nossa. No original: “[...] la posibilidad de que el concepto de ‘bien jurídico’ cumpla al citada función ‘limitadora’ del *ius puniendi* – y no una función meramente ‘interpretativa o sistemática’ – depende de que se admita una acepción ‘material’ al mismo, diferenciando ‘bien jurídico’ y *ratio legis*.”

¹⁰⁶² COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. **Derecho penal**. Parte general. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 295-296.

¹⁰⁶³ Nesse sentido: “[...] la sustitución del bien jurídico, en su relevancia y fundamental función, ni ha sido posible, ni satisfactoria, ni se ha podido llenar el vacío que sin duda, se producía al prescindir de él. Una cosa es que se admita, en ocasiones, su limitación y relatividad, y otra bien distinta que se plantee, de modo superficial, su negación o sustitución.” COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. **Derecho penal**. Parte general. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 292.

¹⁰⁶⁴ CADOPPI, Alberto; VENEZIANI, Paolo. **Elementi di Diritto Penale**. Parte generale. 2. ed. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2004. p. 85.

para além da teoria do bem jurídico¹⁰⁶⁵ (mas sem prescindir dela). É exemplo de critério complementar de limitação do *ius puniendi* o anteriormente mencionado princípio da intervenção mínima (*ultima ratio*).¹⁰⁶⁶ Ainda, para além da tutela apenas aos interesses mais relevantes à manutenção das esferas de liberdade dos cidadãos, a intervenção do Direito Penal deve obedecer a critérios de necessidade e merecimento de proteção penal.¹⁰⁶⁷

4.3.1 Bens jurídicos coletivos

No processo histórico de adequação da teoria do bem jurídico às novas demandas sociais, é natural que ocorram algumas transformações dessa teoria. Exemplo disso é a disseminação dos crimes de perigo abstrato e dos bens jurídicos coletivos. Para parte da doutrina do Direito Penal (por exemplo, para a Escola de Frankfurt), essas inovações não devem ficar a cargo da atuação do Direito Penal, mas devem ser objeto de tutela de um Direito de Intervenção,¹⁰⁶⁸ porque representariam uma desmedida flexibilização em postulados limitadores do *ius puniendi*.

Em sentido diverso, como já mencionado,¹⁰⁶⁹ considera-se adequada a reconfiguração de elementos da teoria geral do delito a fim de promover a sua conformação aos problemas de cada época. Inexistindo uma legitimação eterna do conhecimento humano¹⁰⁷⁰ (já que sempre sujeito à revisão), concorda-se com Luis Gracia Martín, para quem a realidade social e o programa ético-político de cada época deve ser levado em consideração para a (re)interpretação dos institutos da teoria do crime, referindo-se especificamente à concepção de bem jurídico.¹⁰⁷¹

¹⁰⁶⁵ GARCIA-PABLOS, Antonio. **Derecho Penal**. Introducción. Madrid: Universidad Complutense, 1995. p. 271.

¹⁰⁶⁶ GARCIA-PABLOS, Antonio. **Derecho Penal**. Introducción. Madrid: Universidad Complutense, 1995. p. 272.

¹⁰⁶⁷ ECHAVARRÍA RAMÍREZ, Ricardo. Consideraciones sobre el bien jurídico penalmente protegido por el delito de defraudación tributaria del art. 305 CP español. **Revista electrónica de ciencia penal y criminología**, Espanha, n. 16, p. 29, 2014. Disponível em: <http://criminnet.ugr.es/recpc/16/recpc16-04.pdf>. Acesso em: 19 out. 2023.

¹⁰⁶⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. La expansión, la reducción y la legitimidad del Derecho penal económico. **Revista Penal México**, Ciudad de México, v. 3, n. 5, p. 64, 2013. Disponível em: <https://revistaciencias.inacipe.gob.mx/index.php/01/article/view/160>. Acesso em: 29 dez. 2023.

¹⁰⁶⁹ Vide tópico 4.2.1.

¹⁰⁷⁰ FARIA COSTA, José de. **O perigo em direito penal**: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 230.

¹⁰⁷¹ GRACIA MARTÍN, Luis. La modernización del Derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de Derecho (social y democrático). **Revista de Derecho Penal y Criminología**,

Esse mesmo autor ainda entende que o fundamento e a legitimidade de qualquer bem jurídico decorrem do contrato social e da finalidade do Estado Social e Democrático, entendido esse contrato social como instrumento cooperativo entre as partes, voltado à realização de objetivos futuros (sobretudo superar um estado de guerra generalizada). Esse contrato imporia três compromissos: de respeito às condições de existência livre de todos; de compromisso com o desenvolvimento e o progresso de cada indivíduo e da espécie; e de compromisso de solidariedade entre os envolvidos.¹⁰⁷²

Nesse cenário, o contrato social demandaria a existência de um Estado vigilante e garantidor de sua vigência e do cumprimento de seus objetivos (esse um ponto fundamental para a avaliação do fundamento do crime de sonegação fiscal), que não se restrinja a um deixar de agir quando necessário for sua abstenção, mas que atue ativamente quando for preciso para assegurar a implementação dos fins do contrato. Dessa concepção decorre a necessidade de admitir como bens jurídicos também substratos coletivos, como a solidariedade, o ambiente e os recursos naturais. O autor extrai, portanto, desse contrato e da finalidade do Estado Social e Democrático um conteúdo material que deve fundamentar os bens jurídicos coletivos (conteúdo decorrente do programa ético-político instituído): a preservação das condições necessárias para garantia da liberdade, da igualdade, da participação política de cada cidadão, da vida econômica, cultural e social, tudo em prol da dignidade humana e do livre desenvolvimento da personalidade.¹⁰⁷³

Trata-se, nessa proposta, de uma defesa da legitimação dos bens jurídicos coletivos a partir da relação de tais bens com os bens jurídicos individuais, entendendo que os bens jurídicos coletivos constituem uma etapa preliminar ou condicionante dos bens individuais. Ou seja, a legitimidade dos bens jurídicos coletivos decorre da importância que possuem para o próprio uso e consumo dos bens individuais; é essa funcionalidade que os torna

Madrid, n. 3, p. 58, 2010. Disponível em: <https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24631>. Acesso em: 12 fev. 2024.

¹⁰⁷² GRACIA MARTÍN, Luis. La modernización del Derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de Derecho (social y democrático). **Revista de Derecho Penal y Criminología**, Madrid, n. 3, p. 60, 2010. Disponível em: <https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24631>. Acesso em: 12 fev. 2024.

¹⁰⁷³ GRACIA MARTÍN, Luis. La modernización del Derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de Derecho (social y democrático). **Revista de Derecho Penal y Criminología**, Madrid, n. 3, p. 61 e 64, 2010. Disponível em: <https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24631>. Acesso em: 12 fev. 2024.

legítimos.¹⁰⁷⁴ Esse mesmo raciocínio é encontrado em Juan Bustos Ramírez e Hermán Hormazábal Malarée, para quem os bens jurídicos coletivos não possuem uma referência microsocial, mas estão relacionados à garantia de funcionamento do próprio sistema social de forma ampla (ou subsistemas sociais), de modo que a proteção desses bens é ao final destinada à preservação das condições de segurança que permitem com que os bens jurídicos microsociais possam se desenvolver. No exemplo dos autores, aquele que “[...] contamina o meio ambiente, cria condições de perigo para a vida e a saúde das pessoas [...]”.¹⁰⁷⁵

O processo de ampliação do rol de bens jurídicos objeto de tutela pelo Direito Penal, inclusive com a disseminação de bens jurídicos representativos de interesses coletivos, pode ser explicada a partir da expansão das funções do Estado, ao assumir a identidade de um Estado Social. Na síntese evolutiva apresentada por Alessandro Baratta:

Com a saída do largo túnel representado pela concepção totalitária do Direito Penal, a teoria da pena como proteção de bens jurídicos reaparece com funções de limitação e de garantia liberal em relação ao sistema punitivo, após o restabelecimento dos princípios do Estado de Direito na Alemanha. Porém, tal Estado não é mais liberal individualista, mas apenas o regime de garantia do Estado Social. A ampliação da competência estatal a todas as esferas da vida privada e pública, exerce também repercussões na concepção dos bens jurídicos objeto da tutela penal. A concepção de necessidades coletivas de tutela estabelecida naqueles clássicos individualistas traz um argumento inovador à política criminal; porém, a consequência da ampliação do conceito de bem jurídico vai além das intenções dos juristas democráticos, abertos à consideração de novas necessidades e funções no âmbito da política penal. Na realidade, o novo conceito sobre os bens e os valores dignos de tutela produz a tendência a estender o âmbito penal até esferas que antes pareciam excluídas de seu raio de ação. O resultado deste processo é a introdução, junto aos bens jurídicos mais facilmente circunscritos à esfera jurídica dos indivíduos (a vida, a propriedade, a honra),

¹⁰⁷⁴ Nas suas palavras: “La legitimidad de los bienes jurídicos colectivos deriva de la potencialidad de sus substratos para maximizar las posibilidades de uso y consumo de los bienes individuales para la satisfacción de necesidades e intereses legítimos y para la autorrealización personal *a todos por igual*. Este potencial de los substratos colectivos los hace ‘funcionales’ para los bienes jurídicos individuales *en la realidad social*, en la medida en que prestan a éstos utilidades con virtualidad de posibilitar el libre desarrollo personal y la satisfacción de necesidades e intereses legítimos, y por esto tienen que ser pensados como *antepuestos* a los individuales, en el sentido de que los circundan y *complementan*.” GRACIA MARTÍN, Luis. La modernización del Derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de Derecho (social y democrático). **Revista de Derecho Penal y Criminología**, Madrid, n. 3, p. 62, 2010. Disponível em: <https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24631>. Acesso em: 12 fev. 2024.

¹⁰⁷⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Lecciones de derecho penal**. Madrid: Editorial Trotta, 1999. v. 2. p. 111, tradução nossa. No original: “El que contamina el medio ambiente, pone condiciones de peligro para la vida y la salud de las personas [...]”.

de bens jurídicos “de amplo alcance”, cuja extensão é potencialmente universal (pense-se na ecologia, na economia pública etc.).¹⁰⁷⁶

De certo modo, esse movimento decorre do entendimento de que o Direito Penal não pode mais ser fundamentado em um pensamento individualista, com a exclusiva tutela de bens jurídicos individuais.¹⁰⁷⁷ A partir dessa ampliação do objeto da tutela penal (e de conformação aos problemas de uma nova época), a justificação dessa tutela é encontrada na proteção tanto de valores individuais quanto de valores coletivos, como nos exemplos de crimes como corrupção, concussão, peculato e contaminação ao meio ambiente¹⁰⁷⁸ – também a lei penal tributária tutela, nesse sentido, um bem jurídico macrossocial.¹⁰⁷⁹ Tais bens jurídicos coletivos (ou universais) são aqueles bens jurídicos que servem aos interesses de um amplo grupo de pessoas,¹⁰⁸⁰ razão pela qual podem igualmente ser designados de bens jurídicos supraindividuais, pois compreendidos a partir (e para além) do indivíduo.¹⁰⁸¹

¹⁰⁷⁶ BARATTA, Alessandro. Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. Tradução de Emilio García-Méndez e Emiro Sandoval Huertas. **Cuadernos de política criminal**, Espanha, n. 24, p. 540, 1984. Disponível em: <http://produccioncientificaluz.org/index.php/capitulo/article/download/4044/4043>. Acesso em: 28 set. 2023, tradução nossa. No original: “A la salida del largo túnel representado por la concepción totalitaria del derecho penal, la teoría de la pena como protección de bienes jurídicos reaparece con funciones de límite y de garantía liberal respecto del sistema punitivo, tras el restablecimiento de los principios del estado de derecho en Alemania. Pero tal estado no es más liberal individualista, sino sólo el régimen de garantía del Estado social. La ampliación de la competencia estatal a todas las esferas de la vida privada y pública, tiene también repercusiones en la concepción de los bienes jurídicos objeto de la tutela penal. La concepción de las necesidades colectivas de tutela que se afianzaba en aquellos clásicos individualistas, lleva un argumento innovador a la política criminal; pero la consecuencia de la ampliación del concepto de bien jurídico va más allá de las intenciones de los juristas democráticos, abiertos a la consideración de nuevas necesidades y funciones en el ámbito de la política penal. En realidad, el nuevo concepto sobre los bienes y valores dignos de tutela produce la tendencia a extender el ámbito penal hasta esferas que antes parecían excluidas de su radio de acción. El resultado de este proceso es la introducción, junto a los bienes jurídicos más fácilmente circunscribibles a la esfera jurídica de los individuos (la vida, la propiedad, el honor), de bienes jurídicos ‘de amplio alcance’, cuya extensión es potencialmente universal (piénsese en la ecología, la economía pública, etc.).”

¹⁰⁷⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. La expansión, la reducción y la legitimidad del Derecho penal económico. **Revista Penal México**, Ciudad de México, v. 3, n. 5, p. 70, 2013. Disponível em: <https://revistaciencias.inacipe.gob.mx/index.php/01/article/view/160>. Acesso em: 29 dez. 2023.

¹⁰⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. El principio de lesividad como garantía penal. **Nuevo Foro Penal**, Colômbia, n. 79, p. 107, 2012. Disponível em: <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/1911>. Acesso em: 30 out. 2023.

¹⁰⁷⁹ GONZÁLEZ, Ventura. **Nociones Generales sobre Derecho Penal Económico**. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998. p. 56.

¹⁰⁸⁰ HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. **Anales de Derecho**, Murcia, n. 19, p. 149, 2001. Disponível em: <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/56531/54501>. Acesso em: 25 jul. 2023.

¹⁰⁸¹ FARIA COSTA, José de. **Noções fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 168 e 269.

A ampliação da presença dos bens jurídicos coletivos no Direito Penal repercute diretamente na concepção de lesão que deve ser exigida para a configuração dos crimes correspondentes. Isso porque é difícil pensar em uma situação concreta na qual se possa constatar que um bem jurídico coletivo tenha sofrido um dano real e imediato a partir de uma conduta criminosa pontual. Por tal motivo, em regra, a proteção de bens jurídicos coletivos se projeta como tutela contra riscos futuros.¹⁰⁸² Por exemplo, no caso de uma empresa a despejar resíduos no mar, dificilmente o ato solitário (em alguns casos, poder-se-ia dizer ambientalmente insignificante) da empresa produzirá uma imediata degradação do meio ambiente. A ideia de dano passa a ser mais plausível quando outras empresas adotam a mesma prática¹⁰⁸³ – caso dos chamados “delitos por acumulação”, caracterizados pela realização de uma *avaliación de conjunto*: referem-se a condutas que não possuem caráter lesivo quando individualmente consideradas, mas que o possuem nos casos de reiteração ou massificação.¹⁰⁸⁴

4.3.2 Teorias do bem jurídico tutelado na sonegação fiscal

Para além dessas problemáticas, existe uma relação direta entre bem jurídico e ofensividade do delito. Raúl Cervini exemplifica, em relação ao crime tributário: se for considerado como bem jurídico tutelado o interesse público na cobrança de impostos, a ofensividade será examinada em relação a essa finalidade. Por outro lado, se o bem jurídico tutelado for o patrimônio do Estado (posição defendida por este autor), a ofensividade possuirá outros limites, já que interpretada a partir da ofensa a esse objeto de tutela.¹⁰⁸⁵ A delimitação do bem jurídico tutelado pelo Direito Penal Tributário (especificamente, pelo

¹⁰⁸² HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. **Anales de Derecho**, Mércia, n. 19, p. 150-151, 2001. Disponível em: <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/56531/54501>. Acesso em: 25 jul. 2023.

¹⁰⁸³ HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. **Anales de Derecho**, Mércia, n. 19, p. 151, 2001. Disponível em: <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/56531/54501>. Acesso em: 25 jul. 2023.

¹⁰⁸⁴ MALDONADO FUENTES, Francisco. Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno Derecho penal. **Revista de Estudios de la Justicia**, Chile, n. 7, p. 47, 2006. Disponível em: <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15082/15500>. Acesso em: 25 jul. 2023.

¹⁰⁸⁵ CERVINI, Raúl. Principios del derecho penal tributario en el Estado democrático social de derecho. **Revista de Derecho**, Montevideo, n. 2, p. 50-51, 2007. Disponível em: <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/846>. Acesso em: 28 out. 2023.

crime de sonegação fiscal), entretanto, não é tarefa simples, havendo uma multiplicidade de teses a esse respeito.¹⁰⁸⁶

O que se sabe, e parece não ser alvo de divergências, é que a repressão penal tributária de um Estado Democrático e Social de Direito deve ser limitada àquelas lesões de interesses fiscais relevantes, renunciando-se à intervenção do Direito Penal a violações meramente formais e preparatórias.¹⁰⁸⁷

Considerando que o crime de sonegação fiscal é constituído por um dever fundamental e solidário de pagar tributos, é encontrada posição doutrinária a advogar que o bem jurídico tutelado pela criminalização da sonegação fiscal é o próprio dever fundamental e solidário de pagar,¹⁰⁸⁸ como anteriormente referido.¹⁰⁸⁹

Nesse caso de conduta formada pela violação de um dever de solidariedade (por exemplo, o agente que omite socorro a terceiro que acaba por falecer), é preciso definir se o agente deve ser responsabilizado pelo resultado produzido (no caso do exemplo, por homicídio), ou se deve ser responsabilizado pela infração ao dever de solidariedade em si. Nesse último caso, estar-se-ia atribuindo à solidariedade a qualidade de bem jurídico; no primeiro caso, a tipificação fundada em dever de solidariedade serviria de instrumento de tutela indireta à vida, à saúde e outros bens.¹⁰⁹⁰

Sobre a criminalização da omissão de socorro, há uma significativa divergência doutrinária a respeito do papel da solidariedade: é encontrada a defesa de que a solidariedade seria o próprio bem jurídico tutelado pelo tipo, que seria um bem jurídico intermediário à

¹⁰⁸⁶ FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel. Algunas cuestiones no desdeñables sobre los elementos que configuran el tipo en el delito fiscal: especial referencia la puesta en escena y la fase de consumación delictiva. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, t. 70, n. 1, p. 255, 2017. Disponível em: <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/article/view/1225>. Acesso em: 22 out. 2023.

¹⁰⁸⁷ CERVINI, Raúl. Principios del derecho penal tributario en el Estado democrático social de derecho. **Revista de Derecho**, Montevideo, n. 2, p. 53, 2007. Disponível em: <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/846>. Acesso em: 28 out. 2023.

¹⁰⁸⁸ BORBA, Bruna Estima. **Crime de Sonegação Fiscal**: A tutela penal do dever fundamental e solidário de pagar tributos não vinculados. 2010. 375 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife. 2010. p. 13 e 348.

¹⁰⁸⁹ Vide tópico 4.2.3.2.

¹⁰⁹⁰ VAN WEEZEL, Alex. Optimización de la autonomía y deberes penales de solidaridad. **Política Criminal**, Chile, v. 13, n. 26, p. 1079, 2018. Disponível em: <https://politerim.com/wp-content/uploads/2019/04/Vol13N26A12.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2023.

tutela de um bem jurídico individual, ou ainda que a solidariedade não seria um bem jurídico tutelado.¹⁰⁹¹

Alex Van Weezel adota o entendimento de que a solidariedade seria um bem jurídico tutelado pelo Direito Penal, motivo pelo qual o agente não deveria ser responsabilizado pelo resultado efetivamente produzido em razão da violação de um dever de solidariedade.¹⁰⁹² Já Mercedes Alonso Álamo, comentando o mesmo caso do crime de omissão de socorro, entende que a solidariedade não seria o bem jurídico tutelado pela criminalização; o tipo penal seria orientado à tutela dos bens jurídicos em perigo na situação concreta, e que poderiam ser preservados se o agente não se omitisse. A solidariedade apenas teria influência na constituição da *ratio legis* da criminalização.¹⁰⁹³⁻¹⁰⁹⁴

Concorda-se com essa última posição, sobretudo por uma razão: falta à solidariedade uma suficiente concretude,¹⁰⁹⁵ e, por sua vagueza, acabariam enfraquecidas as funções desempenhadas pelo bem jurídico, sobretudo sua função de limite ao *ius puniendi*.

Sob outro sentido, parte da doutrina, a exemplo de Andreas Eisele, entende que o objeto de tutela dos crimes tributários seria a ordem tributária.¹⁰⁹⁶ Essa ordem tributária, bem jurídico supraindividual sistematizado pelos artigos 145 a 169 da Constituição Federal de 1988, pode ser identificada como a atividade administrativa desempenhada pela Fazenda Pública, voltada à arrecadação de valores e à gestão de seus gastos em prol da sociedade.¹⁰⁹⁷

¹⁰⁹¹ ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Delito y solidaridad (estado de necesidad, omisión del deber de socorro y bienes jurídicos colectivos de solidaridad). **Revista Penal**, México, n. 41, p. 42, 2019-2020. Disponível em: <https://revistaciencias.inacipe.gob.mx/index.php/01/article/view/334/265>. Acesso em: 19 set. 2023.

¹⁰⁹² VAN WEEZEL, Alex. Optimización de la autonomía y deberes penales de solidaridad. **Política Criminal**, Chile, v. 13, n. 26, p. 1079, 2018. Disponível em: <https://politerim.com/wp-content/uploads/2019/04/Vol13N26A12.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2023.

¹⁰⁹³ ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Delito y solidaridad (estado de necesidad, omisión del deber de socorro y bienes jurídicos colectivos de solidaridad). **Revista Penal**, México, n. 41, p. 42, 2019-2020. Disponível em: <https://revistaciencias.inacipe.gob.mx/index.php/01/article/view/334/265>. Acesso em: 19 set. 2023.

¹⁰⁹⁴ Nas suas palavras: “La solidaridad en tanto deber jurídico, juridificación de un deber de virtud, no está en condiciones de ser un bien jurídico-penal. Su elevación a bien jurídico-penal conduciría a entender el delito como lesión de un deber y a sostener una concepción metodológica, no material, del bien jurídico.” ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Delito y solidaridad (estado de necesidad, omisión del deber de socorro y bienes jurídicos colectivos de solidaridad). **Revista Penal**, México, n. 41, p. 43, 2019-2020. Disponível em: <https://revistaciencias.inacipe.gob.mx/index.php/01/article/view/334/265>. Acesso em: 19 set. 2023.

¹⁰⁹⁵ ECHAVARRÍA RAMÍREZ, Ricardo. Consideraciones sobre el bien jurídico penalmente protegido por el delito de defraudación tributaria del art. 305 CP español. **Revista electrónica de ciencia penal y criminología**, Espanha, n. 16, p. 35, 2014. Disponível em: <http://criminnet.ugr.es/recpc/16/recpc16-04.pdf>. Acesso em: 19 out. 2023.

¹⁰⁹⁶ EISELE, Andreas. **Crimes contra a Ordem Tributária**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 139.

¹⁰⁹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. **Crimes Contra a Ordem Tributária**. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. *E-Book*. p. 13.

A CF brasileira utiliza a palavra *ordem* ao se referir à *ordem econômico-financeira* (Título VII) e à *ordem social* (Título VIII).¹⁰⁹⁸ Nos dispositivos constitucionais respectivos, inicialmente é realizada menção aos correspondentes princípios, fundamentos e finalidades. Ou seja, ao fazer referência à palavra *ordem*, a Constituição Federal se refere a “[...] um sistema estruturado a partir de certas premissas, com vista a alcançar determinados objetivos, considerados determinados valores.”¹⁰⁹⁹ Nesse sentido, a Constituição Federal delimita o conteúdo da ordem tributária (mesmo que não utilize essa expressão) ao se referir ao Sistema Tributário Nacional, especificando seus princípios, suas competências e demais matérias relacionadas. Os delitos tributários, por sua vez, tutelariam os aspectos relevantes dessa ordem tributária, encontrando-se em cada tipo penal dos crimes contra a ordem tributária os específicos bens jurídicos objetos de tutela (como arrecadação, equidade da repartição da carga tributária, confiabilidade de documentos fiscais e higidez de políticas de incentivo).¹¹⁰⁰

Em sentido semelhante, Alecio Adão Lovatto afirma que, antes da tutela do patrimônio, a criminalização do ilícito tributário tutela a ordem tributária, exposta a lesão em razão da prática de atos fraudulentos, com distorções de informações necessárias ao Fisco, o que impede o seu correto funcionamento. Ou seja, a ordem tributária apenas funciona de forma íntegra quando houver veracidade das informações prestadas pelos contribuintes, sendo tal regularidade o objeto de tutela do Direito Penal Tributário.¹¹⁰¹

Esse posicionamento parece, no final das contas, de alguma forma transitar entre um aspecto patrimonial (a tutela da arrecadação de valores), um aspecto funcional (a tutela do desempenho das funções do Estado), e um aspecto misto que conjugue ambas as propostas anteriores. É a essa classificação tripartida que parte considerável da doutrina faz referência como as posições majoritárias em relação ao bem jurídico tutelado pelo crime de sonegação fiscal, razão pela qual serão brevemente abordadas abaixo.

4.3.2.1 Teoria patrimonialista

¹⁰⁹⁸ PAULSEN, Leandro. **Tratado de Direito Penal Tributário Brasileiro**. São Paulo: SaraivaJur, 2023. *E-Book*. Tópico 2.

¹⁰⁹⁹ PAULSEN, Leandro. **Tratado de Direito Penal Tributário Brasileiro**. São Paulo: SaraivaJur, 2023. *E-Book*. Tópico 2.

¹¹⁰⁰ PAULSEN, Leandro. **Tratado de Direito Penal Tributário Brasileiro**. São Paulo: SaraivaJur, 2023. *E-Book*. Tópico 2.

¹¹⁰¹ LOVATTO, Alecio Adão. **Crimes Tributários: Aspectos criminais e processuais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 88.

Como anteriormente afirmado, para legitimação da tutela penal em geral, é pressuposto existir ofensa (no sentido de lesão ou perigo de lesão) a um bem jurídico de significação constitucional. Para a corrente patrimonialista do bem jurídico tutelado pela criminalização da sonegação fiscal, esse bem jurídico deveria possuir, ainda, existência na realidade externa. Sem essa lesão específica e materialmente constatável, não seria admissível ao legislador utilizar o Direito Penal para perseguir o que seriam fins meramente éticos ou socioeconômicos genéricos.¹¹⁰²

Essa exigência de lesão material é justificada pela doutrina patrimonialista na pretensão de conter um movimento de expansão da tutela de interesses difusos, constatado sobretudo nos crimes econômicos, que comumente demandam uma intervenção do Direito Penal antecipada em relação à produção de uma efetiva lesão a qualquer bem jurídico. Constituir-se-ia, nesse movimento expansivo, uma intervenção penal a delitos de mera transgressão de regras éticas, voltada à tutela de funções, e não de vítimas concretas. A fim de evitar essa intervenção penal fundada em interesses considerados excessivamente abstratos, indeterminados, e de incidência antecipada em relação a uma concreta lesão, a doutrina patrimonialista do crime fiscal propõe dirigir a tutela penal a um bem jurídico de natureza patrimonial concreta.¹¹⁰³

Sob essa perspectiva, portanto, a solução dos problemas do Direito Penal Econômico passaria pela identificação de um bem jurídico certo e determinado, com uma intensa conexão com a concepção de interesse patrimonial. Ou seja, os delitos econômicos em geral deveriam ser reconduzíveis ao bem jurídico “patrimônio”, possibilitando com isso a superação de uma carga ética no Direito Penal Econômico, e contribuindo para a construção de tipos penais mais confiáveis.¹¹⁰⁴

No âmbito do crime de sonegação fiscal, essa concepção realiza uma interpretação do delito enquanto descumprimento de uma obrigação de natureza patrimonial, a provocar um

¹¹⁰² CATERINI, Mario. La ética económica y la responsabilidad penal. **IUS: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla**, México, v. 9, n. 35, p. 130, 2015. Disponível em: <http://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/114>. Acesso em: 29 dez. 2023.

¹¹⁰³ CATERINI, Mario. La ética económica y la responsabilidad penal. **IUS: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla**, México, v. 9, n. 35, p. 131-133, 2015. Disponível em: <http://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/114>. Acesso em: 29 dez. 2023.

¹¹⁰⁴ CATERINI, Mario. La ética económica y la responsabilidad penal. **IUS: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla**, México, v. 9, n. 35, p. 136-137, 2015. Disponível em: <http://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/114>. Acesso em: 29 dez. 2023.

dano ao patrimônio do credor.¹¹⁰⁵ A legislação penal-tributária tutelaria, portanto, o exercício da fiscalização e a percepção de tributos pelo Fisco.¹¹⁰⁶ Essa corrente teórica enxerga justamente no interesse patrimonial da Fazenda Pública o bem jurídico supraindividual tutelado pelos delitos tributários.¹¹⁰⁷

Nesse sentido, Gregorio Rodríguez Mejía afirma que o principal interesse objeto de tutela pelo Direito Penal Fiscal seria o interesse econômico do Estado;¹¹⁰⁸ Sergio Moccia que o objeto de tutela nos delitos tributários é o interesse do Estado em garantir a sua própria manutenção e atuação por meio do recolhimento de tributos (ou seja, o interesse econômico);¹¹⁰⁹ Raul Cervini que a norma penal tributária tutelaria o patrimônio do Estado;¹¹¹⁰ Kiyoshi Harada que o bem jurídico tutelado por essa criminalização seria o erário.¹¹¹¹ No mesmo sentido, Cezar Roberto Bitencourt e Luciana de Oliveira Monteiro,¹¹¹² Ricardo Antonio Andreucci,¹¹¹³ Miguel Angel Ogando Delgado,¹¹¹⁴ e Héctor B. Villegas.¹¹¹⁵

Ainda, Savio Guimarães Rodrigues refere que os ingressos tributários, enquanto meio necessário para a manutenção do Estado, é a primeira razão de ser da intervenção penal no ilícito tributário. Entretanto, defende igualmente que o raciocínio não se encerre nessa avaliação patrimonial, pois os reflexos sociais da arrecadação transcendem esse caráter patrimonial. Se são estabelecidos como atribuições do Estado Social a construção de uma

¹¹⁰⁵ VAN WEEZEL, Alex. **Delitos tributarios**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010. p. 14.

¹¹⁰⁶ GONZÁLEZ, Ventura. **Nociones Generales sobre Derecho Penal Económico**. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998. p. 55.

¹¹⁰⁷ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. El bien jurídico protegido en los delitos tributarios. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 6, n. 11, p. 11, 2014. Disponível em: <https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/28/26>. Acesso em: 24 jul. 2023.

¹¹⁰⁸ RODRÍGUEZ MEJÍA, Gregorio. Infracciones y delitos fiscales. **Boletín Mexicano De Derecho Comparado**, Mexico, n. 82, p. 292, 1995. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3326>. Acesso em: 25 jul. 2023.

¹¹⁰⁹ MOCCIA, Sergio. **El Derecho penal entre ser y valor**. Función de la pena y sistemática teleológica. Trad. de Antonio Bonanno. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2003. p. 295.

¹¹¹⁰ CERVINI, Raúl. Principios del derecho penal tributario en el Estado democrático social de derecho. **Revista de Derecho**, Montevideo, n. 2, p. 50, 2007. Disponível em: <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/846>. Acesso em: 28 out. 2023.

¹¹¹¹ HARADA, Kiyoshi *et al.* **Crimes contra a ordem tributária**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. *E-Book*. p. 167.

¹¹¹² BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. **Crimes Contra a Ordem Tributária**. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. *E-Book*. p. 13.

¹¹¹³ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação penal especial**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 570.

¹¹¹⁴ OGANDO DELGADO, Miguel Angel. El fraude tributario en el nuevo Código penal. **Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED**, n. 10-11, p. 196, 1996. Disponível em: <http://espacio.uned.es/fez/view/bibliuned:BFID-1996-10-11-06D96137>. Acesso em: 22 out. 2023.

¹¹¹⁵ VILLEGAS, Héctor B. El delito tributario. [Entrevista cedida a] Juan José Cárdenas Mares. **IUS ET VERITAS**, Lima, n. 8, p. 48, 1994. Disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15420>. Acesso em: 22 out. 2023.

sociedade livre, justa e solidária, objetivo que perpassa uma repartição das riquezas e dos ônus, e sendo tais atribuições estatais alcançáveis apenas por meio da arrecadação de tributos, poder-se-ia concluir que nenhum tributo é exclusivamente fiscal; que a extrafiscalidade está, de alguma forma, sempre presente.¹¹¹⁶

Desse modo, o autor compreende que as finalidades atribuídas aos tributos podem servir de inspiração ao legislador (*ratio legis* da norma incriminadora), mas não eleva tais funções à categoria de bens jurídicos (nem bens jurídicos mediatos ou imateriais, como defende Martínez-Buján Pérez).¹¹¹⁷

A respeito da proposta de Carlos Martínez-Buján Pérez, esse autor, após defender a adoção da tese patrimonialista (de que o objeto de tutela do delito tributário seria a Fazenda Pública), afirma que essa posição não implica em desconsiderar a existência de proteção também a um bem mediato ou imaterial, constituído pelas funções do tributo; entretanto, tal bem (funções do tributo) não possuiria relevância direta no tipo penal, sobretudo por sua generalidade¹¹¹⁸ (essa proposta será retomada adiante¹¹¹⁹).

Ressalta-se que o patrimônio da Fazenda Pública ao qual é feita referência enquanto bem jurídico tutelado pelo delito de sonegação deve ser interpretado como fruto da arrecadação de tributos (objeto da sonegação), excluído o restante dos bens e direitos que compõem o patrimônio da Fazenda.¹¹²⁰

Sob esse entendimento, a configuração do delito patrimonial não exige, por óbvio, a destruição do bem jurídico tutelado (o que dificilmente seria concebível sob um viés prático), mas uma mera lesão (mesmo que significativamente diminuta). Nesse sentido, Savio

¹¹¹⁶ RODRIGUES, Savio Guimarães. **Bem Jurídico-Penal Tributário**: A legitimidade do sistema punitivo em matéria fiscal. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013. p. 162-164.

¹¹¹⁷ RODRIGUES, Savio Guimarães. **Bem Jurídico-Penal Tributário**: A legitimidade do sistema punitivo em matéria fiscal. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013. p. 164-165.

¹¹¹⁸ Nas palavras do autor: “Evidentemente, ello no significa desconocer la existencia de un bien jurídico mediato o inmaterial, que es el bien jurídico representado y que vendría integrado por las funciones que el tributo está llamado a cumplir, pero con la salvedad de que dicho bien no posee relevancia directa alguna ni en el tipo objetivo, ni en el subjetivo, es decir, es un bien que por su grado de generalidad no puede ser lesionado por el comportamiento típico defraudatorio individual, sino que en su caso tan sólo podrá ser abstracta mente puesto en peligro a través de la reiteración y generalización de las conductas defraudatorias individuales.” MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. El delito de defraudación tributaria. **Revista Penal**, Espanha, n. 1, p. 56-57, 1998. Disponível em: <https://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/13247/Delito.pdf?sequence=2>. Acesso em: 19 out. 2023.

¹¹¹⁹ Vide tópico 4.3.2.3.

¹¹²⁰ ECHAVARRÍA RAMÍREZ, Ricardo. Consideraciones sobre el bien jurídico penalmente protegido por el delito de defraudación tributaria del art. 305 CP español. **Revista electrónica de ciencia penal y criminología**, Espanha, n. 16, p. 32, 2014. Disponível em: <http://criminnet.ugr.es/recpc/16/recpc16-04.pdf>. Acesso em: 19 out. 2023.

Guimarães Rodrigues afirma que “[...] não se deve exigir a destruição definitiva do bem jurídico para que se confirme uma ofensa, do mesmo modo que a pujança financeira de uma dada pessoa não retira o caráter ilícito do furto contra ela cometido.”¹¹²¹

Em síntese, defende-se que tanto o conjunto de receitas públicas, quanto a capacidade de intervenção econômica estatal (ou seja, a estabilidade do sistema tributário,¹¹²² que envolve ambos os interesses), são considerados, pelos defensores dessa posição teórica, valores concretos o suficiente para sofrerem uma lesão aferível¹¹²³ – em outras palavras, esses valores forneceriam segurança suficiente para que sejam considerados bens jurídicos.

Além disso, a concepção patrimonialista do delito de sonegação fiscal é a que possibilita a criação de um parâmetro econômico para o reconhecimento da atipicidade pela insignificância,¹¹²⁴ inclusive com a previsão de um valor mínimo para punição pelo ilícito penal-tributário (o autor entende se tratar de condição objetiva de punibilidade).¹¹²⁵

Alex van Weezel ainda refere como ponto positivo da visão patrimonialista a sua capacidade de fundamentar a isenção de pena em razão da autodenúncia realizada pelo agente.¹¹²⁶

Por outro lado, a interpretação exclusivamente patrimonial do delito tributário (enquanto mero inadimplemento de uma obrigação patrimonial, mas prescindindo de um elemento fraudulento) não permite a explicação da razão pela qual o inadimplemento perante o Fisco justificaria a intervenção do Direito Penal, enquanto não a justificaria o inadimplemento de uma prestação assumida perante um particular, já que, por esse viés exclusivamente patrimonial (desconsiderado o critério funcional do tributo), ambos os inadimplementos decorrem de obrigações de mesma natureza (com conteúdo econômico).¹¹²⁷

¹¹²¹ RODRIGUES, Savio Guimarães. **Bem Jurídico-Penal Tributário**: A legitimidade do sistema punitivo em matéria fiscal. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013. p. 168.

¹¹²² Nas palavras do autor: “A pena não pode nem deve estar dirigida ao interesse exclusivamente fiscal, mas à garantia da estabilidade do sistema.” RODRIGUES, Savio Guimarães. **Bem Jurídico-Penal Tributário**: A legitimidade do sistema punitivo em matéria fiscal. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013. p. 169.

¹¹²³ RODRIGUES, Savio Guimarães. **Bem Jurídico-Penal Tributário**: A legitimidade do sistema punitivo em matéria fiscal. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013. p. 166.

¹¹²⁴ VAN WEEZEL, Alex. **Delitos tributarios**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010. p. 15.

¹¹²⁵ GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. Estimación indirecta y delito fiscal. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, t. 43, n. 3, p. 795-796, 1990. Disponível em: <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/article/view/234/234>. Acesso em: 22 out. 2023.

¹¹²⁶ VAN WEEZEL, Alex. **Delitos tributarios**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010. p. 15.

¹¹²⁷ VAN WEEZEL, Alex. **Delitos tributarios**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010. p. 14.

Além disso, Klaus Tiedemann afirma que a interpretação geralmente realizada de patrimônio fiscal, no sentido da doutrina patrimonialista, seria equivocada. Sabendo que a Administração Pública apenas exerce suas atribuições por meio da contribuição de terceiros (ou seja, com o pagamento de tributos),¹¹²⁸ o autor conclui que o ingresso fiscal não é jurídico-penalmente tutelado por si só, mas justamente porque é o instrumento indispensável para que o Estado exerça suas funções, fazendo imprescindível um olhar também a esse critério funcional. A definição do bem jurídico tutelado, portanto, seria extraída da relação entre os fins (sejam sociais, sejam econômicos, ou de outra ordem) do Estado e o ingresso de receitas¹¹²⁹ – o autor aponta, portanto, para uma visão com viés funcionalista do bem jurídico tutelado.

Aliás, um critério para além do mero conteúdo patrimonial, com a consideração da destinação ou função do tributo, é presente na própria teoria do Direito Tributário, ao atribuir uma carga de relevância superior ao dever (fundamental) de pagar impostos (ou tributos não vinculados, como anteriormente mencionado em relação ao sistema tributário brasileiro¹¹³⁰) quando em comparação com a obrigação de pagar tributos vinculados, como as taxas. Essa diferenciação de intensidade jurídica (poder-se-ia dizer, de relevância constitucional), bem como dos efeitos sociais do inadimplemento correspondente, não deve ser ignorada pelo Direito Penal Tributário.

4.3.2.2 Teoria funcionalista

Após referir que o princípio da solidariedade seria excessivamente abstrato e, por isso, incapaz de determinar os limites do bem jurídico tutelado pela criminalização da sonegação fiscal, Ricardo Echavarría Ramírez atribui essa capacidade de determinação ao exame dos fins dos tributos, constituindo tais fins uma concretização do princípio da solidariedade. A partir desse raciocínio, o autor defende que o bem jurídico tutelado pela criminalização da

¹¹²⁸ “Desde un punto de vista económico, la mano publica administra esencialmente con ayuda del dinero de los impuestos, es decir, con medios procedentes de terceros.” TIEDEMANN, Klaus. Empresas multinacionales y delincuencia fiscal. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, t. 29, n. 3, p. 495, 1976. Disponível em: <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/article/view/1024>. Acesso em: 22 out. 2023.

¹¹²⁹ TIEDEMANN, Klaus. Empresas multinacionales y delincuencia fiscal. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, t. 29, n. 3, p. 496, 1976. Disponível em: <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/article/view/1024>. Acesso em: 22 out. 2023.

¹¹³⁰ Vide tópico 3.3.2.5.

sonegação seria o tributo enquanto mecanismo de realização de fins políticos e financeiros, expressão da solidariedade.¹¹³¹

Esse autor defende inclusive que a função atribuída a cada tributo seja considerada para uma especificação do bem jurídico protegido no delito de sonegação fiscal, sintetizando tal proposta nos seguintes termos:

Dessa forma, o bem jurídico penalmente protegido se concretizaria nas funções do tributo, materializadas no cumprimento dos deveres de cada tributo singular no marco da relação jurídico-tributária e cujo fundamento último está no art. 31 CE. [...] Nestes termos, os fins fiscais se encontram representados mais claramente através da evasão ao ‘pagamento de tributos, quantidades retidas ou que deveriam ter sido retidas, ou rendimentos em razão de remuneração em espécie’. Por outra parte, em relação ao desfrute de ‘benefícios fiscais’, isso fica mais claramente associado à realização de finalidades extrafiscais do tributo.¹¹³²

Também alinhada a essa corrente teórica é a referência de César García Novoa, de que, historicamente, a Administração passou a delegar parte de suas atribuições aos contribuintes; se, inicialmente, eram eles responsáveis apenas pela comunicação à Receita de situações fáticas, com o tempo, assumem um rol crescente de responsabilidades na atividade arrecadatória (de retenções, de deveres de informação diversos, entre outros). Portanto, seja no caso de não pagamento de tributo, seja no caso de descumprimento de obrigações de outra natureza (acessórios), o ilícito tributário atinge a função tributária, enquanto atividade de arrecadação e aplicação dos tributos.¹¹³³

¹¹³¹ ECHAVARRÍA RAMÍREZ, Ricardo. Consideraciones sobre el bien jurídico penalmente protegido por el delito de defraudación tributaria del art. 305 CP español. **Revista electrónica de ciencia penal y criminología**, Espanha, n. 16, p. 35-36, 2014. Disponível em: <http://criminnet.ugr.es/recpc/16/recpc16-04.pdf>. Acesso em: 19 out. 2023.

¹¹³² ECHAVARRÍA RAMÍREZ, Ricardo. Consideraciones sobre el bien jurídico penalmente protegido por el delito de defraudación tributaria del art. 305 CP español. **Revista electrónica de ciencia penal y criminología**, Espanha, n. 16, p. 36-37, 2014. Disponível em: <http://criminnet.ugr.es/recpc/16/recpc16-04.pdf>. Acesso em: 19 out. 2023, tradução nossa. No original: “En este orden, el bien jurídico penalmente protegido se concretaría en las funciones del Tributo, materializadas en el cumplimiento de los deberes de cada tributo singular en el marco de la relación jurídico-tributaria y cuyo fundamento último está en el art. 31 CE. [...] En estos términos, los fines fiscales se encuentran representados más claramente a través de la elusión al ‘pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie’. Por otra parte, en lo que toca con el disfrute de ‘beneficios fiscales’, ello queda más claramente asociado a la realización de fines extrafiscales del Tributo.”

¹¹³³ GARCÍA NOVOA, César. El delito fiscal: aspectos jurídico-tributarios. **Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela**, Espanha, v. 12, n. 2, p. 43, 2003. Disponível em: <https://minerva.usc.es/xmlui/handle/10347/7784>. Acesso em: 22 out. 2023.

Também Reinaldo Calvachi Cruz adere a essa proposta, concluindo que o bem jurídico tutelado pelos crimes tributários é a funcionalidade econômica do Estado, representada pela atividade desenvolvida pela Administração Pública. Isso porque, por meio da arrecadação de tributos, o Estado obtém meios (financeiros) indispensáveis para que possa desempenhar as suas funções. Sem o cumprimento das expectativas financeiras do Estado, esse desempenho não seria possível, razão pela qual é necessária a sua tutela.¹¹³⁴ Do mesmo modo, também atribuindo especial relevância às funções do tributo na determinação do bem jurídico tutelado, a posição de Isidoro Blanco Cordero.¹¹³⁵

Essa concepção funcionalista afasta a perspectiva patrimonial do objeto de proteção do crime fiscal, entendendo tal objeto sobretudo a partir de funções a serem desempenhadas pelo tributo.¹¹³⁶ Sob tal perspectiva, a Fazenda Pública é entendida não enquanto conjunto patrimonial, mas enquanto sujeito titular de funções públicas; ou seja, tutelar-se-ia a função tributária, compreendida como atividade administrativa voltada à administração dos tributos.¹¹³⁷

Trata-se, aqui, de uma tutela penal de funções, na medida em que é promovida a punição de conduta que obstaculizar a atuação estatal no desempenho de suas atribuições constitucionais – o que Rodrigo Sánchez Rios refere como algo legítimo.¹¹³⁸ Justamente por essa configuração, na crítica de Alex van Weezel, essa proposta facilitaria a justificação de delitos de mera atividade e de perigo abstrato, conduzindo ao sancionamento da mera

¹¹³⁴ CALVACHI CRUZ, Reinaldo. Los delitos tributarios: la defraudación fiscal. **Iuris Dictio**, Equador, v. 3, n. 5, p. 66, 2002. Disponível em: <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/article/view/568>. Acesso em: 19 out. 2023.

¹¹³⁵ BLANCO CORDERO, Isidoro. Delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social. **Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología**, San Sebastián, Espanha, n. 14, p. 7, 2000. Disponível em: <https://www.ehu.eus/documents/1736829/2174322/02+Blanco%2C%20Isidoro.pdf>. Acesso em: 29 out. 2023.

¹¹³⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. El delito de defraudación tributaria. **Revista Penal**, Espanha, n. 1, p. 56, 1998. Disponível em: <https://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/13247/Delito.pdf?sequence=2>. Acesso em: 19 out. 2023.

¹¹³⁷ GARCÍA NOVOA, César. El delito fiscal: aspectos jurídico-tributarios. **Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela**, Espanha, v. 12, n. 2, p. 42-43, 2003. Disponível em: <https://minerva.usc.es/xmlui/handle/10347/7784>. Acesso em: 22 out. 2023.

¹¹³⁸ RIOS, Rodrigo Sánchez. **O Crime Fiscal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 41.

desobediência de deveres,¹¹³⁹ e a uma expansão irracional do Direito Penal, bem como a uma antecipação da tutela penal a atos preparatórios.¹¹⁴⁰

A doutrina crítica a essa concepção de bem jurídico compreende, portanto, que esse seria um entendimento excessivamente abstrato e genérico, inclusive porque a conduta criminosa apenas poderia atingir as funções desempenhadas pelos tributos de forma mediata, o que dificultaria a afirmação da legitimidade do Direito Penal a partir do princípio da ofensividade.¹¹⁴¹ Dessa forma, essa visão institucional do dever tributário reduziria a exigência de lesividade da violação da obrigação tributária, dificultando a aceitação de institutos como a autodenúncia como fator de isenção de pena, ou mesmo a exigência de um valor mínimo de inadimplemento para que se possa afirmar a tipicidade material.¹¹⁴²

Além disso, para a configuração do tipo, o dolo do agente deveria abarcar também a lesão ao bem jurídico, o que não necessariamente ocorreria em relação às funções do tributo. Em outras palavras, “[...] não resulta necessário que o dolo do autor abarque o conhecimento de que, com sua conduta típica, está afetando as ‘funções do tributo’, sendo suficiente apenas o conhecimento de que, com sua conduta, está causando um prejuízo patrimonial ao Erário Público.”¹¹⁴³

4.3.2.3 Teoria eclética

Como o próprio nome indica, esse modelo é caracterizado pela conjugação das teses anteriores. Por exemplo, Ignacio Berdugo Gómez de la Torre afirma como objeto de tutela a Fazenda Pública concebida dinamicamente, enquanto sistema voltado tanto à arrecadação quanto ao gasto de recursos públicos.¹¹⁴⁴ No mesmo sentido, defende esse autor em artigo conjunto com Juan Carlos Ferré Olivé.¹¹⁴⁵

¹¹³⁹ VAN WEEZEL, Alex. **Delitos tributarios**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010. p. 16.

¹¹⁴⁰ CERVINI, Raúl. Principios del derecho penal tributario en el Estado democrático social de derecho. **Revista de Derecho**, Montevideu, n. 2, p. 51, 2007. Disponível em: <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/846>. Acesso em: 28 out. 2023.

¹¹⁴¹ BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. **Crimes Contra a Ordem Tributária**. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. *E-Book*. p. 13.

¹¹⁴² VAN WEEZEL, Alex. **Delitos tributarios**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010. p. 16-17.

¹¹⁴³ RIOS, Rodrigo Sánchez. **O Crime Fiscal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 48.

¹¹⁴⁴ Em suas palavras: “En el fraude fiscal, al igual que en el fraude de subvenciones y en el delito contable, se tutela la Hacienda Pública, pero no entendida como algo estático sino dinámico, valorado, como sistema de recaudación de ingresos y realización del gasto público.” GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. Consideraciones sobre el delito fiscal en el Código Español. **THEMIS: Revista de Derecho**, Lima, n. 32, p.

Mesmo alguns autores que defendem o caráter patrimonial do bem jurídico tutelado, sob essa perspectiva, passam a considerar existente também certo caráter funcional; e os defensores da posição funcional, em contrapartida, introduzem em suas linhas de pensamento componentes patrimoniais para definição do bem jurídico tutelado.¹¹⁴⁶

Sob a primeira perspectiva, o patrimônio da Fazenda Pública é considerado o bem jurídico diretamente tutelado pela criminalização do delito fiscal, aparecendo em segundo plano, também como objetos de proteção, interesses diversos (como as funções dos tributos e o dever de lealdade do contribuinte para com o Estado).¹¹⁴⁷

Na advertência de Blanco Cordero, defender como objeto de tutela do delito fiscal não só a Fazenda Pública enquanto patrimônio, mas também, por exemplo, enquanto possibilidade de execução de uma política financeira e fiscal justa, significaria uma posição patrimonialista, conquanto não seja uma posição *patrimonialista pura*.¹¹⁴⁸

Sob outra perspectiva também eclética, Alecio Adão Lovatto compreende que haveria um bem jurídico específico objeto de tutela no crime de sonegação, consistente na autenticidade da ordem tributária (tutela da exatidão das informações prestadas). Entretanto, existiria também um bem jurídico genérico próximo, a arrecadação; e um bem jurídico genérico remoto, a garantia das condições para que o Estado desempenhe suas atribuições em prol do bem comum.¹¹⁴⁹

Igualmente José Casalta Nabais defende a adoção de um modelo misto, dessa vez com a conjugação do modelo patrimonialista e um modelo de deveres de colaboração. Isto é, que a criminalização do ilícito tributário seja instrumento de tutela tanto do patrimônio fiscal do

73, 1995. Disponível em: https://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/themis/themis_032.html. Acesso em: 22 out. 2023.

¹¹⁴⁵ “Todo este grupo de preceptos va dirigido a proteger la Hacienda Pública, entendida como bien jurídico dinámico, valorado como sistema de recaudación de ingresos y realización del gasto público” GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. Estimación indirecta y delito fiscal. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, t. 43, n. 3, p. 793, 1990. Disponível em: <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/article/view/234/234>. Acesso em: 22 out. 2023.

¹¹⁴⁶ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. El bien jurídico protegido en los delitos tributarios. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 6, n. 11, p. 13, 2014. Disponível em: <https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/28/26>. Acesso em: 24 jul. 2023.

¹¹⁴⁷ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho Penal Económico**. 2. ed. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2010. p.272.

¹¹⁴⁸ BLANCO CORDERO, Isidoro. Delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social. **Eguzkilore**: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, Espanha, n. 14, p. 7, 2000. Disponível em: <https://www.ehu.eus/documents/1736829/2174322/02+Blanco%2C%20Isidoro.pdf>. Acesso em: 29 out. 2023.

¹¹⁴⁹ LOVATTO, Alecio Adão. **Crimes Tributários**: Aspectos criminais e processuais. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 91-92.

Estado, quanto dos deveres de colaboração leal dos contribuintes com a manutenção do Estado.¹¹⁵⁰

Uma outra conformação de teoria eclética é a utilização do que se designou como *bem jurídico intermediário de função representativa*, que constitui um valor (ou objeto de proteção) situado entre a conduta lesiva e o bem jurídico coletivo ao final tutelado. Nesse caso, para a construção de tipo penal destinado à proteção de bens jurídicos imateriais coletivos, utiliza-se dessa figura do bem jurídico intermediário com função representativa, que deve ser imediatamente lesionado ou exposto a perigo, sem que seja necessária essa efetiva lesividade (lesão ou perigo de lesão) em relação ao bem jurídico coletivo mediamente tutelado pela norma penal.¹¹⁵¹ Nas palavras de Carlos Martínez-Buján Pérez: “Precisamente, a ‘abstrata perigosidade’ da conduta típica para este bem mediato reside na lesão (ou colocação em perigo concreto) reiterada e generalizada do bem intermediário com função representativa.”¹¹⁵²⁻¹¹⁵³

Essa concepção é mencionada também por Adán Nieto Martín, ao se referir à criação de um ramo do Direito Penal Econômico de caráter transnacional, preocupado com a tutela dos direitos humanos por meio da regulação da atividade empresarial e do sancionamento de atos lesivos nesse âmbito empresarial. Esse novo Direito Penal Empresarial possuiria como objeto de tutela bens jurídicos empresariais (como a transparência financeira e a imposição de medidas de prevenção a danos diversos), bens que seriam intermediários ou instrumentais, na

¹¹⁵⁰ NABAIS, José Casalta. **Direito fiscal**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 454-455.

¹¹⁵¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. El bien jurídico en el delito de defraudación tributaria. **Estudios Penales y Criminológicos**, Santiago de Compostela, Espanha, v. 18, p. 170, 1995. Disponível em: <https://minerva.usc.es/xmlui/handle/10347/4168>. Acesso em: 25 jul. 2023.

¹¹⁵² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. El bien jurídico en el delito de defraudación tributaria. **Estudios Penales y Criminológicos**, Santiago de Compostela, Espanha, v. 18, p. 170, 1995. Disponível em: <https://minerva.usc.es/xmlui/handle/10347/4168>. Acesso em: 25 jul. 2023, tradução nossa. No original: “Precisamente, la ‘abstracta peligrosidad’ de la conducta típica para este bien mediato reside en la lesión (o puesta en concreto peligro) reiterada y generalizada del bien intermedio con función representativa.”

¹¹⁵³ Também a esse respeito, nas palavras de Klaus Tiedemann: “[...] me he servido del término ‘intermedio’, con ello pretendo señalar que se trata de bienes situados entre el orden económico y el particular con sus intereses patrimoniales u otro tipo de intereses. [...] muchos de estos bienes intermedios se condensan en instituciones como son la libre competencia, la libertad de precios, la seguridad social, la hacienda pública [...]. Son realidades sociales que necesitan ciertas condiciones para funcionar y que resulta legítimo proteger bajo determinadas circunstancias.” TIEDEMANN, Klaus. El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (org.). **El derecho penal económico en la era compliance**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013. p. 33.

medida em que a função desse Direito Penal Empresarial seria, ao final, a proteção dos direitos humanos.¹¹⁵⁴

No caso dos delitos tributários, o patrimônio do Estado seria justamente o bem jurídico imediato com função representativa, enquanto as funções dos tributos desempenhariam o papel de bem jurídico mediato representado pelo primeiro. É essa a proposta defendida por Carlos Martínez-Buján Pérez, como acima mencionado, especificamente em relação ao crime tributário: o ato de sonegação fiscal atingiria diretamente o bem jurídico imediato ou direto (patrimônio), lesão ou perigo de lesão que não é verificado em concreto em relação ao bem jurídico mediato ou representado (funções do tributo), que apenas pode ser exposto a perigo por meio da reiteração e generalização das condutas¹¹⁵⁵ – ou seja, a ofensividade a tal bem jurídico demandaria a aplicação da teoria dos delitos por acumulação, conhecida no âmbito dos crimes ambientais.

No Brasil, esse entendimento é acolhido por Rodrigo Sánchez Rios, ao afirmar que está presente nos crimes tributários um bem jurídico imaterial mediato (função tributária); e um bem jurídico imediato com função representativa (patrimônio do Erário).¹¹⁵⁶ Entende, portanto, o delito tributário como um delito de estrutura essencialmente patrimonialista, estrutura indicativa do bem jurídico diretamente lesado; entretanto, tal conclusão não impediria que o legislador levasse em consideração os efeitos mediatos dessa lesão, referindo-se às consequências produzidas na função a ser cumprida pelos tributos em um Estado Social.¹¹⁵⁷

¹¹⁵⁴ NIETO MARTÍN, Adán. Hacia un derecho penal económico europeo de los derechos humanos. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 3, p. 149, 2020. Disponível em: <https://raco.cat/index.php/Indret/article/view/375191>. Acesso em: 30 dez. 2023.

¹¹⁵⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. El bien jurídico en el delito de defraudación tributaria. **Estudios Penales y Criminológicos**, Santiago de Compostela, Espanha, v. 18, p. 172-173, 1995. Disponível em: <https://minerva.usc.es/xmlui/handle/10347/4168>. Acesso em: 25 jul. 2023.

¹¹⁵⁶ RIOS, Rodrigo Sánchez. **O Crime Fiscal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 50.

¹¹⁵⁷ RIOS, Rodrigo Sánchez. **O Crime Fiscal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 107-108. Em suas palavras: “Desta forma, a justificação do crime fiscal encontra-se no fato de que a conduta delituosa, além de causar um prejuízo imediato à integridade patrimonial do Erário Público (lesando a função pública da arrecadação), acaba por atingir o valor constitucional da solidariedade de todos os cidadãos na contribuição da manutenção dos gastos públicos. Este bem jurídico, ‘representado’ nas funções que o tributo deva exercer de acordo com os dispositivos constitucionais, justifica amplamente sua incriminação. Em outras palavras, estaríamos diante da sua ‘ratio legis’.” RIOS, Rodrigo Sánchez. **O Crime Fiscal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 50.

4.4 Síntese sobre o conteúdo da legitimação do crime de sonegação fiscal

Se, por um lado, o bem jurídico patrimonial isoladamente considerado não é capaz de representar toda a relevância social do crime de sonegação fiscal, por outro lado, deve-se admitir, esse bem jurídico confere maior segurança à administração da tutela penal ao crime de sonegação, na medida em que suficientemente dotado de concretude e apto a um adequado juízo de ofensa (o que significa respeito ao princípio da ofensividade).

Essa concretude, que permite que o bem jurídico patrimonial sirva de critério delimitador do *ius puniendi*, poderia ser a razão pela qual se consideraria adequado a sua adoção em relação ao crime de sonegação. Isso porque não se concorda com a afirmação de que uma qualidade do bem jurídico patrimonial seria fundamentar a possibilidade de extinção da punibilidade do agente em razão do pagamento do débito (no Brasil, a qualquer tempo). Essa possibilidade (ressalta-se: admitida a qualquer tempo) transforma o Direito Penal em mero instrumento arrecadatório, numa espécie de utilitarismo fiscal – o que, fosse algo admissível, deveria o ser também em qualquer crime patrimonial (ao menos àqueles praticados sem violência), por um imperativo de coerência sistêmica.¹¹⁵⁸ Aliás, a esse respeito, é preciso diferenciar o pagamento do tributo a qualquer tempo do arrependimento eficaz, esse último sim justificando uma maior benesse ao agente, dada a sua iniciativa prévia, algo mais compatível com um possível e legítimo arrependimento (pode-se discutir o momento limite para o exercício de tal arrependimento, não sendo desarrazoado exigir a manifestação do arrependimento em momento prévio a qualquer ato persecutório; ou seja, que o ato de reparação do dano seja realizado previamente à descoberta do crime pela autoridade competente).

Entretanto, não se considera adequado interpretar o tributo exclusivamente sob um viés patrimonial, enquanto mero conjunto de bens (valores) pertencentes ao Estado. O tributo (como compreendido no âmbito do Estado Social Fiscal e sob a normatividade pátria) é algo concebido e existente em razão da função que cumpre, a saber tornar possível o desempenho dos objetivos fundamentais do Estado, em prol da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades

¹¹⁵⁸ Possibilidade que deve ser examinada com cautela, dado o risco de incentivar a prática criminosa, retirando a força dissuasória do Direito Penal. Isso porque bastaria ao agente preservar o objeto do crime (no caso do furto, por exemplo, a coisa alheia), para promover a sua restituição ao proprietário caso descoberta sua autoria, restando impune o agente.

sociais e regionais, bem como a promoção do bem-estar de todos. Considerar o tributo de modo desvinculado dessa destinação significa promover uma concepção incompleta do tributo.

Reforça essa concepção o fato de não dever ser preocupação do Estado a acumulação de capital. Ou seja, seus ingressos não possuem *valor* em razão de sua representação patrimonial; possuem valor exclusivamente em razão do quanto permitem ao Estado cumprir suas atribuições, e somente devem ser recolhidos na medida da necessidade do Estado (ou seja, mesmo que o Estado possa arrecadar mais, se demonstrada a desnecessidade da arrecadação a maior, essa cobrança para além do necessário poderia ser considerada deslegitimada).

Portanto, compreendemos adequada a teoria eclética do bem jurídico, no sentido de que a criminalização da sonegação fiscal possui como objeto de tutela tanto o patrimônio da Administração Pública quanto o próprio Estado Social (dependente que é da arrecadação de tributos).

Não nos parece correta, ainda, a teoria do bem jurídico intermediário com função representativa. Isso porque essa teoria mais confunde do que auxilia, já que, em última análise, afirma ser um o bem jurídico tutelado, ao mesmo tempo em que compreenderia problemática essa mesma afirmação, na medida em que se utiliza de outro bem jurídico, esse instrumentalizado ou representativo do primeiro. Além disso, essa teoria nos parece desnecessária, por entendermos plenamente possível sem ela a afirmação de ofensa às funções do Estado com a prática do crime de sonegação.

Para além do bem jurídico tutelado, é indispensável tomar ciência dos fundamentos materiais da criminalização da sonegação fiscal, a justificação dessa criminalização, o *desvalor de cuidado* mencionado por José de Faria Costa.¹¹⁵⁹ Esse conteúdo é integrado por questões que são anteriores ao Direito Penal, aquelas desenvolvidas no decorrer da presente pesquisa, como a concepção comunitária do homem, ser frágil, dependente do auxílio dos demais, tendente à associação; a solidariedade, valor fundamental à vida comunitária; e o Estado Social Fiscal, instituição da qual se extrai o dever fundamental de pagar impostos.

No fim das contas, dado que a sonegação fiscal atinge as condições de possibilidade para a afirmação dos direitos sociais e o cumprimento dos objetivos fundamentais da

¹¹⁵⁹ FARIA COSTA, José de. **Noções fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 181-182.

República, em violação a uma regra de solidariedade ínsita à ideia de comunidade e que representa um compromisso de cada indivíduo para com os seus semelhantes, pode-se concluir que o verdadeiro valor (a *ratio legis*, ou o fundamento material, no sentido acima referido) do crime de sonegação fiscal não está na simples lesão de natureza patrimonial, mas na violação dos mais basilares laços constitutivos do sistema social comunitário, e da própria condição de existência humana, condicionada que é à dependência dos demais em razão de sua inafastável fragilidade¹¹⁶⁰ – essa matricial relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo, no sentido referido por José de Faria Costa.¹¹⁶¹

¹¹⁶⁰ Sobre esse último aspecto (fragilidade e dependência): MACINTYRE, Alasdair. **Animales racionales y dependientes**: Por qué los seres humanos necesitamos las virtudes. Trad. de Beatriz Martínez de Mugía. Barcelona: 2001. p. 18.

¹¹⁶¹ FARIA COSTA, José de. **O perigo em direito penal**: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 400.

5 CONCLUSÃO

O homem é um ser social, animal político, caracterizado pela socialidade; ou seja, é dependente da vida em comunidade (vide capítulo 2). No desenvolvimento histórico da relação do homem com a vida coletiva que lhe é inafastável, há uma relação de sucessivas tensões entre os interesses individuais e os interesses coletivos, o que pode ser compreendido também como uma colisão entre direitos e deveres, e uma oscilação em relação aos limites de cada um deles.

Para além da existência de uma relação de tensionamentos entre direitos e deveres, sabe-se que a constatação de que não há como implementar direitos (sejam eles quais forem) sem o estabelecimento também de deveres não é algo novo – basta ver, por exemplo, as vozes que na Revolução Francesa defenderam a imprescindibilidade de incorporação de deveres à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (vide tópico 2.2.2). Apesar dessas vozes, o período iluminista ficou conhecido pela sobrevalorização dos direitos e por uma desvalorização dos deveres.

Também a exemplificar essa tensão entre os direitos e os deveres, mas em um período posterior, com significativa influência na formulação das constituições contemporâneas, a Segunda Guerra Mundial surge como um marco da retomada do protagonismo dos deveres, característica constitutiva dos regimes fascistas da época, com o esvaziamento da ideia de direitos fundamentais enquanto categoria reconhecida a toda e qualquer pessoa. Esse movimento, ao adotar como tônica da conformação social um coletivismo extremo, permitiu a implementação institucionalizada do extermínio em massa de grupos sociais, com o conhecido Holocausto (vide tópico 2.3).

No pós-guerra, em contrapartida, desenvolveu-se um movimento de *hipertrofia* dos direitos fundamentais, movimento de certo modo natural, já que sucedeu um período marcado por graves violações aos direitos fundamentais, justificando a preocupação generalizada em garantir que violações a direitos como as vivenciadas na Segunda Guerra não voltassem a ocorrer (vide tópico 2.4)

A abordagem desses períodos históricos permite identificar a relação de tensão entre os interesses individuais e os interesses coletivos, bem como compreender o quão problemático é para a vida em comunidade que um dos dois polos (interesses individuais ou coletivos) seja demasiadamente enfraquecido diante do outro. No extremo, esses dois polos podem ainda ser representados pelas formas individualista e coletivista (ou comunitarista extrema) de desenvolvimento da vida em sociedade, caracterizadas ou pela sobreposição

dos direitos e liberdades individuais, ou pela hegemonia dos interesses da coletividade (ou de autoridade constituída) em detrimento dos indivíduos, formas que se considera fatalmente propensas a gerar uma situação de posterior crise.

Nesse contexto, é preciso encontrar um ponto de equilíbrio entre os direitos e os deveres (vide tópico 2.5), tarefa realizada por meio da difícil determinação de o quanto é desejável, necessário e justificado a interferência da sociedade no espaço da individualidade.

Um elemento que é determinante para pensar a tensão entre os interesses individuais e os interesses coletivos, e que conduz essa problemática a uma solução compatível, por exemplo, com a teoria comunitarista (que se considera adequada para pensar a vida em comunidade, por desenvolver uma crítica tanto ao individualismo quanto ao coletivismo), é a solidariedade, termo de complexa definição, e que possui forte relação com a ideia de interdependência entre as pessoas. Afinal, sem o auxílio mútuo, entendemos que a vida humana é algo impraticável – pode-se pensar, em um nível bastante básico e extremo, nos dois momentos extremos da vida, a infância e a velhice, momentos de maior vulnerabilidade e mais acentuada dependência do ser humano em relação ao amparo de terceiros.

Essa (indispensável) relação solidária entre as pessoas (sobretudo de cuidado mútuo), somada ao fato de que cada geração de pessoas usufrui os diversos benefícios conquistados pelas gerações passadas (por exemplo, os avanços da medicina, a modernização dos meios de produção de alimentos e a invenção de instrumentos facilitadores de atividades cotidianas), faz do indivíduo um devedor da coletividade desde o seu nascimento, tornando-o um portador do dever de retribuir à coletividade tais benefícios (vide tópico 3.1).

A situação de dívida de cada indivíduo em relação à coletividade, lógica fundada profundamente na teoria solidarista, encontra eco na constituição do Estado Social, marcado que é pela apropriação da solidariedade enquanto um valor estruturante. No caso do Estado brasileiro não é diferente, já que a promoção de uma sociedade solidária é expressamente incorporada ao texto constitucional como um dos objetivos fundamentais da República (vide tópico 3.2).

A partir dessa conformação de um Estado Social, fundado em um postulado de solidariedade e de construção de uma sociedade mais igualitária, é decorrência necessária um aumento nos custos do Estado – afinal, quanto maior for a atribuição da Administração Pública, sobretudo em relação à implementação de políticas sociais, maior será a sua necessidade por recursos a fim de garantir a sua atuação. Independentemente da maior atribuição de funções (sociais) ao Estado, mesmo a *simples* garantia de direitos de liberdade importam em um custo ao Estado.

Para fazer frente a essa necessidade financeira do Estado, é indispensável que políticas de arrecadação sejam estruturadas, com a intervenção do Estado no âmbito econômico dos cidadãos. Essa arrecadação de fundos para arcar com o custo das atribuições do Estado ocorre especialmente por meio da cobrança de tributos, circunstância que constitui o chamado Estado Fiscal e que conduz à fundamentalidade do dever de pagar tributos – dever sem o qual não se considera viável a vida comunitária fundada na promoção da igualdade e na garantia dos direitos fundamentais (vide tópico 3.3.1).

Em regra, o Estado Fiscal é identificado como aquele Estado cujas atividades mais básicas (como assistência à saúde e atuação de polícia) são sustentadas por meio da arrecadação de impostos, e não de outros tributos. Entram em jogo, nesse aspecto, a fundamentalidade da prestação estatal, a impossibilidade prática de determinação dos beneficiários específicos de tais prestações e de divisão dos custos (circunstância representada pela não vinculação que caracteriza os impostos), e, quando possível tal identificação, a decisão de custeio dessas prestações por meio dos impostos (vide tópico 3.3.2). No caso do sistema tributário brasileiro, entretanto, há uma peculiar dificuldade na definição da natureza de alguns tributos, reconhecendo-se, por exemplo, também a contribuições sociais um caráter não vinculativo próprio dos impostos (vide tópico 3.3.2.5) – além da essencialidade das prestações estatais que tais contribuições visam garantir –, razão pela qual é correto afirmar que o dever *fundamental* de pagar não engloba apenas os impostos, mas sim os tributos não vinculados em geral.

Há, em síntese, uma intersecção entre o dever fundamental de pagar tributos (enquanto compromisso cívico de arcar com os custos do Estado Social), a própria concepção de Estado Social, a natureza política do homem, a vida em comunidade, a condição de interdependência dos indivíduos, e a solidariedade. Essas temáticas conduzem a uma específica concepção do ser humano que é coerente com aquela que serve de pressuposto para pensar um Direito Penal de fundamento onto-antropológico.

Em um caminho diverso daquele adotado pelas teorias funcionalistas – bastante difundidas no Direito Penal contemporâneo, por exemplo, conduzindo a conformação da dogmática do Direito Penal a um entendimento necessário com a política criminal, inclusive com a possibilidade de ocasionais sobreposições do saber político-criminal em relação à dogmática –, a proposta de José de Faria Costa, de um Direito Penal fundado na relação onto-antropológica, é estruturada a partir de uma razão deontológica, que não só se preocupa com os fundamentos axiológicos do Direito Penal; mais do que isso, que prioriza a fidelidade para com a validade, valor sempre sobreposto à utilidade (vide tópico 3.1.2).

O ser humano é concebido, portanto, enquanto ser social, frágil e constituído por uma relação de cuidado (consigo e com os demais). Em uma existência cercada por perigos de naturezas diversas e inafastavelmente relacional, o ser humano, dependente que é do cuidado do outro (a acima mencionada interdependência), é igualmente obrigado a pautar o seu comportamento no cuidado (quanto maior o perigo produzido pela conduta, maior deve ser o cuidado do ser que age) – relação denominada de relação de cuidado-de-perigo.

O Direito Penal é uma das formas de individualização da relação de cuidado-de-perigo (por meio da criminalização e consequente imposição de deveres específicos de cuidado), e essa relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo é o que serve de fundamento ao Direito Penal. Sendo assim, o fundamento material (onto-antropológico) da ilicitude penal é encontrado na transgressão da relação de cuidado-de-perigo.

O crime é conceituado, portanto, como um desvalor de cuidado, expressão representativa da não evitação ou da causação de um resultado penalmente desvalioso. Dessa forma, apenas deve ser admitida a intervenção do Direito Penal quando presente não uma necessidade de pena (critério funcionalista), mas quando identificada a dignidade da proibição penal. Essa dignidade, por sua vez, é encontrada na dimensão material do ilícito, de conteúdo pré-jurídico, consistente no intenso desvalor convencionado pela sociedade (vide tópico 4.1.2.2).

Essas premissas devem ser reconduzidas a cada subárea do Direito Penal, como, naturalmente, ao Direito Penal Tributário, especificamente para que seja identificada a dignidade constitucional (ou fundamento material) da criminalização do ato de sonegação fiscal.

Claro que as subáreas do Direito Penal, apesar de demandarem determinadas conformações dos institutos de imputação às suas especificidades (por exemplo, a utilização da concepção de *delitos por acumulação* para a tutela penal do meio ambiente e o desenvolvimento da punibilidade da pessoa jurídica), devem igualmente preservar aquele núcleo irrenunciável das garantias conquistadas pela civilização, do que são exemplos o princípio da subsidiariedade da intervenção do Direito Penal, o princípio da legalidade, o princípio da ofensividade, e que o Direito Penal seja pautado pela finalidade de tutela de bens jurídicos (vide tópico 4.2.1).

Outro pressuposto clássico do Direito Penal é que seja constituído por critérios claros o suficiente a permitir a sua delimitação de forma segura. Em relação a isso, considera-se ser correto o entendimento de que o crime de sonegação fiscal deve ser concebido como um delito de infração de dever, por ser originado da violação de um dever extrapenal. Isso

inclusive porque não nos parece que o critério do bem jurídico forneça segurança suficiente na interpretação do tipo penal do crime de sonegação, apesar de não ser adequado prescindir dele – ou seja, a concepção de delito de infração de dever deve ser acompanhada da teoria do bem jurídico (vide tópico 4.2.3.2).

Nesse intento de construção de uma delimitação minimamente segura do crime, é preciso questionar a respeito da razão legitimadora da criminalização, o que, em relação ao crime de sonegação fiscal, pressupõe que se pense sobre as finalidades cumpridas pelos tributos em um Estado Social e Fiscal, que podem ser resumidas pela realização de uma redistribuição de riquezas a fim de construir uma sociedade mais justa, igualitária e solidária. Nesse contexto, entendemos adequada a teoria mista do bem jurídico, a significar que a criminalização da sonegação fiscal tutela tanto o patrimônio da Administração Pública quanto a própria manutenção do Estado Social, voltado à construção de uma sociedade justa, igualitária e solidária – esse um critério que não transforma o tributo em mero valor patrimonial, mas que reconhece a sua importância coletiva enquanto instrumento que possibilita ao Estado o cumprimento de suas atribuições fundamentais.

Ao fim, todo o conteúdo jurídico e pré-jurídico que orbita o tributo deve ser reconduzido ao Direito Penal Tributário, para compor a *ratio legis* da criminalização da sonegação fiscal. Entre esse conteúdo, destaca-se:

a) o paradigma comunitarista, a possibilitar a compreensão do ser humano na vida em comunidade, ser frágil, dependente dos demais, e portador de uma dívida para com a coletividade;

b) a afirmação de um compromisso social de respeito à pessoa humana (muito representado pela tutela à dignidade e tudo o que dela se extrai), mas também a assunção de um compromisso ético de cada indivíduo para com a coletividade;

c) a solidariedade compreendida como valor essencial para viabilização da vida comunitária, como objetivo fundamental da República brasileira, e interpretada como comportamento objetivo e não como sentimento ou disposição interna, em conformidade com um Direito Penal do fato;

d) o Estado Social Fiscal, caracterizado pelas diversas prestações que deve realizar, em prol da construção de uma sociedade mais justa e igualitária, com a redução das desigualdades sociais, e por custear essas prestações por meio do recolhimento sobretudo de impostos;

e) o dever de pagar impostos (no caso do atual sistema tributário brasileiro, tributos não vinculados) como um dever fundamental;

f) o ato de sonegação fiscal, em conclusão, compreendido como transgressão a um dever fundamental de conteúdo solidário (especialmente em um Estado Social, já que tal dever inevitavelmente possui um conteúdo diverso em um Estado Liberal), solidariedade que é constitutiva da vida comunitária e condição de existência do ser humano (matricial relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo violada), e atingindo as condições para que o Estado atue na tentativa de afirmação dos direitos sociais e em cumprimento com os seus objetivos fundamentais (vide tópico 4.4).

Essa fundamentação teórica da criminalização da sonegação fiscal, além de contraposição ao entendimento de que o Direito Penal não deveria tratar dessa temática (ou seja, de que faltaria legitimidade ao Direito Penal Tributário), serve de substrato para se pensar o sistema do Direito Penal como um todo, reconhecendo-se a verdadeira relevância penal da sonegação fiscal, de modo a contribuir para a construção de um sistema penal coerente. Isso porque a legislação penal pátria possui incongruências no tratamento dispensado a algumas condutas proibidas. A exemplificar essa problemática, veja-se que aos crimes tributários da Lei 8.137/1990¹¹⁶² são cominadas as penas de reclusão de 2 a 5 anos (artigo 1º) e de detenção 6 meses a 2 anos (artigo 2º); já no Código Penal,¹¹⁶³ o crime de furto é sancionado com a pena de reclusão de 1 a 4 anos (artigo 155); o crime de receptação praticada na atividade comercial, com a pena de reclusão de 3 a 8 anos (artigo 180, parágrafo 1º); e o crime de receptação de animal que se deveria saber ser produto de crime, com a pena de reclusão de 2 a 5 anos (artigo 180-A).

Em um juízo abstrato (e não haveria como ser diferente, já que parte da pena cominada ao tipo penal; ou seja, pena em abstrato), por toda a construção teórica desenvolvida e defendida na presente pesquisa, não se considera coerente a diferença de tratamento entre os tipos penais exemplificativamente mencionados. No caso do crime de sonegação fiscal, não está em jogo apenas a fundamentalidade do dever tributário à própria existência do Estado Social, mas também a amplitude dos efeitos sociais da conduta ilícita se comparada com os crimes violadores de bens jurídicos individuais (como os exemplos acima mencionados).

¹¹⁶² BRASIL. **Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990**. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: https://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18137.htm. Acesso em: 8 jul. 2024.

¹¹⁶³ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 26 mai. 2024.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ABBAGNANO, Nicola. **História de la filosofía**. Trad. de Juan Estelrich e J. Pérez Ballestar. Barcelona: Hora S.A., 1994. v. 1.

ADRIÁN ESCUDERO, Jesús. “Ser y tempo”: ¿una ética del cuidado?. **Aurora: papeles del Seminario María Zambrano**, Espanha, n. 13, p. 74-79, 2012. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6195244.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2023.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Autonomía, solidaridad y deber de socorro: un apunte histórico. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, n. 53, p. 361-411, 2000. Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2000-10036100412. Acesso em: 20 jun. 2023.

ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Delito y solidaridad (estado de necesidad, omisión del deber de socorro y bienes jurídicos colectivos de solidaridad). **Revista Penal**, México, n. 16-17, p. 33-50, 2019-2020. Disponível em: <https://revistaciencias.inacipe.gob.mx/index.php/01/article/view/334/265>. Acesso em: 19 set. 2023.

ALTAMIRANO RODRÍGUEZ, Bernardo. Prólogo. In: PAINE, Thomas. **Los derechos del hombre**. Trad. de José Antonio F. de C. e Tomás Muñoz Molina. México: Fondo de Cultura Económica, 2017. p. 10-16.

ÁLVAREZ CONDE, Enrique. **Curso de Derecho Constitucional**. 3. ed. Espanha: Editorial Tecnos, 1999. v. 1.

AMARAL, Carlos. Comunitarismo. In: ROSAS, João Carsoso (org.). **Manual de Filosofia Política**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 87-108.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ANDERSON, Frank Maloy. **The constitutions and other select documents illustrative of the history of France 1789-1901**. Minneapolis: H. W. Wilson company, 1904.

ANDOLFI, Ferruccio. Reflexiones sobre el individualismo. **Taula: Quaderns de pensament**, Maiorca, n. 17-18, p. 121-126, 1992. Disponível em: https://ibdigital.uib.es/greenstone/collect/taula/index/assoc/Taula_19/92v017_0/18p121.dir/Taula_1992v017_018p121.pdf. Acesso em: 3 fev. 2023.

ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge de Figueiredo. Problemática geral das infrações contra a economia nacional. In: PODVAL, Roberto (org.). **Temas de Direito Penal Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 64-98.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação penal especial**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

ANTOLISEI, Francesco. **Manual de Derecho penal**. Parte general. 8. ed. Trad. de Jorge Guerrero e Marino Ayerra Redín. Bogotá: 1988.

AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005. v. 2, p. 1.

ARAÚJO, Jailton Macena de. Ensaio sobre o valor solidariedade: proposta teórico-hermenêutica para superação do paradigma econômico neoliberal. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 25, n. 2, p. 431–454, 2020. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/16914>. Acesso em: 20 nov. 2023.

ARGENTINA. **Ley nº 11.179, de 29 de outubro de 1921**. Código Penal de la Nación. Argentina: Honorable Congreso de la Nación Argentina, 1921. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-11179-16546/texto>. Acesso em: 30 mai. 2024.

ARGENTINA. **Ley nº 23.771, de 27 de fevereiro de 1990**. Ley Penal Tributaria y Previsional. Argentina: Honorable Congreso de la Nación Argentina, 1990. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-23771-172/texto>. Acesso em: 30 mai. 2024.

ARGENTINA. **Ley nº 24.769, de 19 de dezembro de 1996**. Régimen Penal Tributario. Argentina: Honorable Congreso de la Nación Argentina, 1999. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-24769-41379/actualizacion>. Acesso em: 30 mai. 2024.

ARIAS EIBE, Manuel José. Funcionalismo penal moderado o teleológico-valorativo *versus* funcionalismo normativo o radical. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 29, p. 439-453, 2006. Disponível em: <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/9977>. Acesso em: 28 dez. 2023.

ARISTÓTELES. **Politeia**: La política. Trad. de Manuel Briceño Jáuregui. Bogotá: Instituto Caro y Cuervo, 1989.

ARROYO ZAPATERO, Luis. Derecho penal económico y constitución. **Revista Penal**, Barcelona, v. 1, p.1-15, 1998. Disponível em: http://www.derechopenalnlared.com/libros/zapatero_derecho_penal_economico_y_constitucion.pdf. Acesso em: 8 jul. 2023.

ARRUDA, Gerardo Clésio. Princípios da doutrina do solidarismo e a concepção do estado-providência. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 130-153, 2018. Disponível em: <https://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/242/151>. Acesso em: 10 jun. 2023.

ATALIBA, Geraldo. **Sistema constitucional tributário brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.

BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal**. Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999.

BACIGALUPO, Enrique. **Manual de Derecho penal**. Parte general. Colômbia: Editorial Temos S.A., 1996.

BACIGALUPO, Silvina. Límites entre el ahorro fiscal y la defraudación punible: las actuaciones en fraude a la ley tributaria. **Revista de Derecho**, Montevideu, n. 4, p. 11-33, 2009. Disponível em: <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/822>. Acesso em: 28 out. 2023.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho Penal Económico**. 2. ed. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2010.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11. ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

BARATTA, Alessandro. Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. Tradução de Emilio García-Méndez e Emiro Sandoval Huertas. **Cuadernos de política criminal**, Espanha, n. 24, p. 533-552, 1984. Disponível em: <http://produccioncientificaluz.org/index.php/capitulo/article/download/4044/4043>. Acesso em: 28 set. 2023.

BASTIAT, Frédéric. **The Man and the Statesman**: the correspondence and articles on politics. Tradução de Jane Willems e Michel Willems. Indianápolis: Liberty Fund, 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BAUMANN, Jürgen. **Derecho penal**: conceptos fundamentales y sistema. Tradução de Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1973.

BECCARIA, Cesare. **Dei delitti e delle pene**. Veneza: Appresso Rinaldo Benvenuti, 1781. t. 1.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books, 2012.

BENDA, Ernesto. El Estado social de Derecho. In: _____; et al. (org.). **Manual de Derecho Constitucional**. Tradução de Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 487-559.

BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation**. Kitchener: Batoche Books, 2000.

BETTELHEIM, Bruno. **Sobrevivir**: El holocausto una generación después. Tradução de Jordi Beltrán. 2. ed. Barcelona: Editorial Crítica, 1983.

BEUCHOT, Mauricio. **Derechos Humanos**: historia y filosofía. México: Fontamara, 2008.

BIANCHI, Alberto B. **Dinámica del Estado de Derecho**. La seguridad jurídica ante las emergencias. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1996.

BIELSA, Rafael. **Derecho Constitucional**. 3. ed. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1959.

BILBENY, Norbert. **Filosofía Política**. Barcelona: Editorial UOC, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. **Crimes Contra a Ordem Tributária**. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. *E-Book*.

BLANCO CORDERO, Isidoro. Delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social. **Eguzkilore**: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, Espanha, n. 14, p. 5-46, 2000. Disponível em: <https://www.ehu.eus/documents/1736829/2174322/02+Blanco%2C%20Isidoro.pdf>. Acesso em: 29 out. 2023.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**. Para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BOBBIO, Norberto. O modelo jusnaturalista. *In*: _____; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna**. 4. ed. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Editora Brasiliense, 1996. p. 13-102.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**: a filosofia e as lições dos clássicos. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Tradução de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2000.

BOIX REIG, Francisco Javier. Reflexiones sobre la reforma del delito fiscal. **Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears**, Espanha, n. 14, p. 365-372, 2013. Disponível em: <http://www.ajlib.org/wp-content/uploads/2014/10/Bolentin-Academia-Tomo-XIV.pdf>. Acesso em: 22 out. 2023.

BORBA, Bruna Estima. **Crime de Sonegação Fiscal**: A tutela penal do dever fundamental e solidário de pagar tributos não vinculados. 2010. 375 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife. 2010.

BOURGEOIS, Bernard. **Filosofía y derecho del hombre**. Trad. de Jorge Aurelio Díaz. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2003.

BOURGEOIS, Leon. **Solidarité**. Paris: Armand Colin, 1896.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. La regularización postdelictiva en los delitos contra la hacienda Pública y la Seguridad Social. **Estudios penales y criminológicos**, Santiago de Compostela, n. 24, p. 59-126, 2002. Disponível em: <https://minerva.usc.es/xmlui/handle/10347/4082>. Acesso em: 19 out. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 24 abr. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 26 mai. 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.601, de 19 de junho de 2023.** Institui Programa Bolsa Família. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Lei/L14601.htm. Acesso em: 24 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.** Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: https://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 3 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.** Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: https://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm. Acesso em: 8 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 24.** Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula773/false>. Acesso em: 14 maio 2024.

BUBER, Martin. **¿Qué es el hombre?** Tradução de Eugenio Imaz. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana:** entre os direitos e deveres fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Lecciones de derecho penal.** Madrid: Editorial Trotta, 1999. v. 2.

CADEMARTORI, Sergio. **Estado de Direito e Legitimidade.** Uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas, SP: Millennium Editora, 2006.

CADOPPI, Alberto; VENEZIANI, Paolo. **Elementi di Diritto Penale.** Parte generale. 2. ed. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2004.

CALVACHI CRUZ, Reinaldo. Los delitos tributarios: la defraudación fiscal. **Iuris Dictio**, Equador, v. 3, n. 5, p. 65-75, 2002. Disponível em: <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/article/view/568>. Acesso em: 19 out. 2023.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional.** 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARBONELL, Miguel. Estudio introductorio: Jellinek y la Declaración Francesa de 1789. In: JELLINEK, Georg. **La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.** Trad. de Adolfo Posada. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000. p. 9-36.

CARO CORIA, Dino Carlos; REYNA ALFARO, Luis Miguel. **Derecho Penal Económico.** Parte general. Lima: Jurista Editores, 2016.

CARO JOHN, José Antonio. Sobre la recepción del sistema funcional normativista de Günther Jakobs en la jurisprudencia penal peruana. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. (coord.). **El funcionalismo en el derecho penal**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. t. 2, p. 135-170.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

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

CASSIRER, Ernst. **A filosofia do iluminismo**. Tradução de Álvaro Cabral. Campinas, SP: Editora da UNICAMP, 1992.

CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 74, p. 1-44, 1998.

CASTILLO MORALES, Juan Pablo. ¿Es compatible la noción de solidaridad vertical con un Derecho penal humano? El personalismo y la idea de fraternidad. **Doxa**, Alicante, n. 45, p. 131-160, 2022. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/123566/1/Doxa_45_05.pdf. Acesso em: 19 set. 2023.

CATERINI, Mario. La ética económica y la responsabilidad penal. **IUS: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla**, México, v. 9, n. 35, p. 123-144, 2015. Disponível em: <http://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/114>. Acesso em: 29 dez. 2023.

CERVINI, Raúl. Principios del derecho penal tributario en el Estado democrático social de derecho. **Revista de Derecho**, Montevideu, n. 2, p. 35-67, 2007. Disponível em: <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/846>. Acesso em: 28 out. 2023.

CÍCERO, Marco Túlio. **Dos deveres**. Trad. de Angélica Chiapeta. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. Elementos de filosofia constitucional contemporânea. 5. ed. Andradina: Meraki, 2020.

COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. **Derecho penal**. Parte general. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

COCA VILA, Ivó. Entre la responsabilidad y la solidaridad: el estado de necesidad defensivo. **Indret: Revista para el Análisis del Derecho**, Barcelona, n. 1, p. 1-40, 2011. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/789.pdf>. Acesso em: 19 set. 2023.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Expansión del derecho penal y garantías constitucionales. **Revista de Derechos Fundamentales**, Espanha, n. 8, p. 45-76, 2012. Disponível em: <https://vlex.cl/vid/derecho-penal-as-constitucionales-456818866>. Acesso em: 29 dez. 2023.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito tributário constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Dominio y deber como fundamento común a todas las formas de la autoría y modalidades del delito. **Indret: Revista para el Análisis del Derecho**, Barcelona, n. 1, p. 1-28, 2011. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/792.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2024.

CUESTA AGUADO, Paz Mercedes de la. Redistribución de la riqueza y delito tributario. **Estudios penales y criminológicos**, Santiago de Compostela, v. 42, p. 1-16, 2022. Disponível em: <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/8626/12522>. Acesso em: 19 out. 2023.

D'AVILA, Fabio Roberto. Direito Penal, literatura e representações. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 9, n. 34, p. 47-56, 2009.

D'AVILA, Fabio Roberto. Liberdade e segurança em Direito Penal. O problema da expansão da intervenção penal. **Revista Eletrônica de Direito Penal**, Rio de Janeiro, ano 1, v. 1, n. 1, p. 65-73, 2013. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/7142/5118>. Acesso em: 28 dez. 2023.

D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios**: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

DE JUAN Y PEÑALOSA, José Luis. El principio de solidaridad interregional: el principio de solidaridad y la regionalización de los impuestos. **Documentación Administrativa**, Espanha, n. 181, p. 191-224, 1979. Disponível em: <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/4339>. Acesso em: 4 jun. 2023.

DE LEÓN SOLÍS, Viviana Ponce. La función de los deberes constitucionales. **Revista Chilena de Derecho**, Chile, v. 44, n. 1, p. 133-158, 2017. Disponível em: <http://revistachilenadederecho.uc.cl/index.php/Rchd/article/view/3974/3734>. Acesso em: 2 jul. 2023.

DELMAS-MARTY, Mirelle. **Os grandes sistemas de política criminal**. Tradução de Denise Radanovic Vieira. São Paulo: Manole, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal económico. In: PODVAL, Roberto (org.). **Temas de Direito Penal Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 121-136.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **La política criminal en la encrucijada**. Buenos Aires: B de F, 2007.

DUMONT, Louis. **O individualismo**: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna. Trad. de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1985.

ECHAVARRÍA RAMÍREZ, Ricardo. Consideraciones sobre el bien jurídico penalmente protegido por el delito de defraudación tributaria del art. 305 CP español. **Revista electrónica de ciencia penal y criminología**, Espanha, n. 16, p. 1-39, 2014. Disponível em: <http://criminnet.ugr.es/recpc/16/recpc16-04.pdf>. Acesso em: 19 out. 2023.

EISELE, Andreas. **Crimes contra a Ordem Tributária**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

ESPAÑA. **Ley Orgánica nº 10, de 23 de noviembre de 1995**. Código Penal. Madrid: Jefatura del Estado, 1995. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444&p=20230428&tn=1>. Acesso em: 27 mai. 2024.

ETZIONI, Amitai. **La Nueva Regla de Oro**: comunidad y moralidad en una sociedad democrática. Trad. de Marco Aurelio Galmarini Rodríguez. Barcelona: Paidós, 1999.

FACCHI, Alessandra. **Breve storia dei diritti umani**. Bologna: Il Mulino, 2007.

FARIA COSTA, José de. **Direito penal económico**. Coimbra: Quarteto, 2003.

FARIA COSTA, José de. **Linhas de Direito Penal e de Filosofia**: alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

FARIA COSTA, José de. **Noções fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

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

FARRELL MARTÍN, Diego. **Utilitarismo, Liberalismo y Democracia**. México: Fontamara, 2007.

FERNANDES, Marcos Aurélio. O cuidado como amor em Heidegger. **Revista da Abordagem Gestáltica**, Goiânia, v. 17, n. 2, p. 158-171, 2011. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rag/v17n2/v17n2a07.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2024.

FERNANDEZ ALBOR, Agustin. Política criminal del delito fiscal. **Estudios Penales y Criminológicos**, Santiago de Compostela, Espanha, v. 5, p. 44-86, 1982. Disponível em: <https://minerva.usc.es/xmlui/handle/10347/4283>. Acesso em: 25 jul. 2023.

FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel. Algunas cuestiones no desdeñables sobre los elementos que configuran el tipo en el delito fiscal: especial referencia la puesta en escena y la fase de consumación delictiva. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, t. 70, n. 1, p. 227-291, 2017. Disponível em: <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/article/view/1225>. Acesso em: 22 out. 2023.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La solidaridad como principio constitucional. **Teoría y realidad constitucional**, Madrid, n. 30, p. 139-181, 2012. Disponível em: <https://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/7004>. Acesso em: 20 mai. 2023.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução de Alexander Araujo de Souza *et al.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Teoría del garantismo penal. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, *et al.* Madrid: Editorial Trotta, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. El principio de lesividad como garantía penal. **Nuevo Foro Penal**, Colômbia, n. 79, p. 100-114, 2012. Disponível em:

<https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/1911>. Acesso em: 30 out. 2023.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. El bien jurídico protegido en los delitos tributarios. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 6, n. 11, p. 7-42, 2014. Disponível em: <https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/28/26>. Acesso em: 24 jul. 2023.

FONTÁN BALESTRA, Carlos. **Derecho penal**. Introducción y parte general. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. São Paulo: Bushatsky, 1976.

FRANCISCO, Papa. Carta Encíclica “Fratelli Tutti”. **La Santa Sede**, Assis, 2020. Disponível em: http://www.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20201003_enciclica-fratelli-tutti.html. Acesso em: 1 jul. 2023.

FRANKL, Viktor E. **Em busca de sentido**: um psicólogo no campo de concentração. Traduzido por Walter O. Sschlupp e Carlos C. Aveline. 55 ed. São Leopoldo: Sinodal, Petrópolis: Vozes, 2022.

FRISCH, Wolfgang. Derecho penal y solidaridad: a la vez, sobre el estado de necesidad y la omisión del deber de socorro. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 4, p. 1-24, 2016. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1255.pdf>. Acesso em: 19 set. 2023.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Curso de Direito Penal Tributário brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. ¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal. **Revista Doxa**. Alicante, n. 23, p. 233-264, 2000. Disponível em: <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10249>. Acesso em: 8 jul 2023.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Impuestos, igualdad y estado social. In: USCANGA BARRADAS, Abril; FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús Aquilino (dir.). **Derechos y obligaciones en el estado de derecho**: actas del III Coloquio Binacional México-España. Oviedo: Universidad Nacional Autónoma de México, 2017. p. 679-689.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho. **Anuario de filosofía del derecho**, Madrid, nº 8, p. 341-364, 1991. Disponível em: <https://revistas.mjjusticia.gob.es/index.php/AFD/article/view/1447>. Acesso em: 3 fev. 2023.

GARCÍA NOVOA, César. El delito fiscal: aspectos jurídico-tributarios. **Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela**, Espanha, v. 12, n. 2, p. 37-84, 2003. Disponível em: <https://minerva.usc.es/xmlui/handle/10347/7784>. Acesso em: 22 out. 2023.

GARCÍA NOVOA, César. La consumación de los Delitos Contra la Hacienda Pública. **Derecho e Sociedad**, Lima, n. 33, p. 28-37, 2009. Disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17439>. Acesso em: 12 mai. 2024.

GARCÍA VIZCAÍNO, Catalina. **Derecho tributario**: consideraciones económicas y jurídicas. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1996. t. 1.

GARCIA-PABLOS, Antonio. **Derecho Penal**. Introducción. Madrid: Universidad Complutense, 1995.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. Madrid: Alianza Editorial, 1993.

GARRIDO MONTT, Mario. **Derecho penal**. Parte general. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003. t. 2.

GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel. La constitucionalización de deberes. **Revista de Derecho Uned**, Espanha, n. 9, p. 111-148, 2011. Disponível em: <https://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/11071/10599>. Acesso em: 1 jul. 2023.

GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. Estimación indirecta y delito fiscal. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, t. 43, n. 3, p. 793-802, 1990. Disponível em: <https://revistas.mjjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/article/view/234/234>. Acesso em: 22 out. 2023.

GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. Consideraciones sobre el delito fiscal en el Código Español. **THEMIS: Revista de Derecho**, Lima, n. 32, p. 71-79, 1995. Disponível em: https://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/themis/themis_032.html. Acesso em: 22 out. 2023.

GÓMEZ-LOBO, Alfonso. El bien y lo recto en Aristóteles. In: GARCÍA GUAL, Carlos (org.). **Historia de la filosofía antigua**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004. p. 249-268.

GÓMEZ-TRELLES, Javier Sánchez-Vera. Delito de infracción de deber. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. (coord.). **El funcionalismo en el derecho penal**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. t. 1, p. 271-288.

GONZÁLEZ, Ventura. **Nociones Generales sobre Derecho Penal Económico**. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998.

GRACIA MARTÍN, Luis. La comisión por omisión en el derecho penal español. **Nuevo Foro Penal**, Colombia, n. 61, p. 125-168, 1999. Disponível em: <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/3924/3194>. Acesso em: 30 set. 2023.

GRACIA MARTÍN, Luis. La modernización del Derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de Derecho (social y democrático). **Revista de Derecho Penal y Criminología**, Madrid, n. 3, p. 27-72, 2010. Disponível em: <https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24631>. Acesso em: 12 fev. 2024.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 32, ano 8, out./dez., p. 120-163, 2000.

GROETHUYSEN, Bernard. **Filosofia de la Revolución Francesa**. Trad. de Carlota Vallée. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.

GUISÁN SEIJAS, Esperanza. Liberalismo y socialismo en John Stuart Mill. **Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares**, Espanha, n. 1, p. 45-64, 1992. Disponível em: <https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24631>. Acesso em: 7 abr. 2024.

HÄBERLE, Peter. **Los derechos fundamentales en el estado prestacional**. Tradução de Jorge Luis León Vásquez. Lima: Palestra Editores, 2019.

HADWA ISSA, Marcelo. El sujeto activo en los delitos tributarios, y los problemas relativos a la participación criminal. **Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales**, Chile, n. 3, p. 1-18, 2007. Disponível em: https://politicrim.com/wp-content/uploads/2019/04/a_5_3.pdf. Acesso em: 29 out. 2023.

HARADA, Kiyoshi *et al.* **Crimes contra a ordem tributária**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. *E-Book*.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal**: fundamentos, estrutura, política. Organização e revisão de Carlos Eduardo de Oliveira. Tradução de Adriana Beckman Meirelles *et al.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

HASSEMER, Winfried. **Por qué no debe suprimirse el Derecho penal**. México: INACIPE, 2003.

HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. **Anales de Derecho**, Murcia, n. 19, p. 147-158, 2001. Disponível em: <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/56531/54501>. Acesso em: 25 jul. 2023.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Filosofía del Derecho**. Buenos Aires: Editorial Claridad, 1968.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. de Marcia Sá Cavalcante. 10. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.

HELD, David. **Modelos de democracia**. Tradução de Alexandre Sobreira Martins. Belo Horizonte: Editora Paidéia, 1987.

HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA, Ernst *et al.* (org.). **Manual de Derecho Constitucional**. Trad. de Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 83-115.

HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. **Direito Penal**. Parte Geral. Tradução de Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. Trad. de Renato Janine Ribeiro. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HOBBS, Thomas. **Leviatán**: o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil. Tradução de Manuel Sánchez Sarto. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2017.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights**: why liberty depends on taxes. New York: Norton & Co., 1999.

HORMAZABAL MALAREE, Herman. **Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho**. 2. ed. Santiago: Editorial Jurídica ConoSur, 1992.

IGLESIAS SEVILLANO, Héctor. Cuestiones sobre principio de legalidad, ley penal en blanco y presunciones en el delito fiscal. **Revista de derecho UNED**, Madrid, n. 19, p. 745-775, 2016. Disponível em: <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/18483/15522>. Acesso em: 24 jul. 2023.

JAEÑ VALLEJO, Manuel. **Cuestiones básicas del derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1999.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal**. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther. El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos. In: JAKOBS, Günther. CANCIO MELIÁ, Manuel (org.). **El sistema funcionalista del derecho penal**. Peru: Grijley, 2000. p. 165-194.

JAKOBS, Günther. Imputacion juridicopenal. In: _____; STRUENSEE, Eberhard. **Problemas capitales del derecho penal moderno**. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1998. p. 33-54.

JAKOBS, Günther. La omisión: estado de la cuestión. In: ROXIN, Claus *et al.* **Sobre el estado de la teoría del delito**: seminario en la Universitat Pompeu Fabra. Trad. de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Madrid: Civitas, 2000. p. 129-154.

JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2003.

JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Cuadernos Civitas: Madrid, 2000.

JELLINEK, Georg. **La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano**. Trad. de Adolfo Posada. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho penal**. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KINDHÄUSER, Urs. Infracción de deber y autoría - una crítica a la teoría del dominio del hecho. **Revista de Estudios de la Justicia**, Chile, n. 14, p. 41-52, 2011. Disponível em: <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/28552>. Acesso em: 30 dez. 2023.

KOMTER, Aafke E. **Social Solidarity and the Gift**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**: uma introdução. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Estado de Direito. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de filosofia do Direito**. São Leopoldo, RS: Editora UNISINOS, 2006. p. 288-291.

LEVI, Primo. **É isto um homem?** Tradução de Luigi del Re. Rio de Janeiro: Rocco, 1988.

LINHARES, Raul Marques. Sobre a criminalização da dívida de ICMS: o acerto e o erro das Cortes Superiores. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 178, p. 249-286, 2021.

LIPOVETSKY, Guilles. **El crepúsculo del deber**: la ética indolora de los nuevos tiempos democráticos. Trad. de Juana Bignozzi. Barcelona: Editorial Anagrama, 2000.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguier e C., 1899. t. 1.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil**. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil. Tradução de Carlos Mellizo. Espanha: Tecnos, 2006.

LOVATTO, Alecio Adão. **Crimes Tributários**: Aspectos criminais e processuais. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

LUHMANN, Niklas. El Derecho como sistema social. In.: DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. **Teoría de sistemas y derecho penal**: fundamentos y posibilidades de aplicación. Granada: Comares, 2005. p. 69-85.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LYRA FILHO, Roberto; CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Compêndio de direito penal**: parte geral. São Paulo: Bushatsky, 1972.

MABLY, Gabriel Bonnot de. **Derechos y deberes del ciudadano**. Tradutor desconhecido. Espanha: Cádiz, 1812.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MACHADO, Hugo de Brito. **Os princípios jurídicos da tributação na constituição de 1988**. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

MACINTYRE, Alasdair. **Animales racionales y dependientes**: Por qué los seres humanos necesitamos las virtudes. Trad. de Beatriz Martínez de Mugía. Barcelona: 2001.

MAIHOFER, Werner. **Estado de Derecho y dignidad humana**. Trad. de José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2008.

MALDONADO FUENTES, Francisco. Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno Derecho penal. **Revista de Estudios de la**

Justicia, Chile, n. 7, p. 23-63, 2006. Disponível em: <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15082/15500>. Acesso em: 25 jul. 2023.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. El bien jurídico en el delito de defraudación tributaria. **Estudios Penales y Criminológicos**, Santiago de Compostela, Espanha, v. 18, p. 123-195, 1995. Disponível em: <https://minerva.usc.es/xmlui/handle/10347/4168>. Acesso em: 25 jul. 2023.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. El delito de defraudación tributaria. **Revista Penal**, Espanha, n. 1, p. 55-66, 1998. Disponível em: <https://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/13247/Delito.pdf?sequence=2>. Acesso em: 19 out. 2023.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. La expansión, la reducción y la legitimidad del Derecho penal económico. **Revista Penal México**, Ciudad de México, v. 3, n. 5, p. 61-76, 2013. Disponível em: <https://revistaciencias.inacipe.gob.mx/index.php/01/article/view/160>. Acesso em: 29 dez. 2023.

MATTEUCCI, Nicola. **Lo Stato moderno**. Lessico e percorsi. Bolonha: Società editrice il Mulino, 1993.

MENDONÇA, Suzana Ma. Fernandes. Deveres fundamentais de solidariedade. **Revista de Derecho**, Uruguai, ano 14, n. 18, p. 91-116, 2018. Disponível em: <http://www.scielo.edu.uy/pdf/rd/n18/2393-6193-rd-18-91.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2023.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Trad. de Maria Aparecida Sargiolato. Campinas, SP: Vide Editorial, 2018.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del Derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2003.

MIR PUIG, Santiago. Límites del normativismo en Derecho penal. **Revista electrónica de ciencia penal y criminología**, Granada, n. 7, p. 1-24, 2005. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2023.

MIZRAHI, Esteban. **Los presupuestos filosóficos del Derecho penal contemporáneo**. Conversaciones con Günther Jakobs. Buenos Aires: Universidad Nacional de la Matanza, 2012.

MOCCIA, Sergio. **El Derecho penal entre ser y valor**. Función de la pena y sistemática teleológica. Trad. de Antonio Bonanno. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2003.

MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Introdução à obra de Günther Jakobs. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (org.). **Direito Penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 11-30.

MONTESQUIEU. **The spirit of the laws**. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

MOSCHETTI, Francesco. El principio de la capacidad contributiva. *In*: AMATUCCI, Andrea (org.). **Tratado de derecho tributario**: El derecho tributario y sus fuentes. Bogotá: Temos, 2001. t. 1, p. 240-284.

MUSSOLINI, Benito. **Opera Omnia**. Firenze: La Fenice, 1956. v. 21.

NABAIS, José Casalta. **Direito fiscal**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

NABAIS, José Casalta. **Estudos de direito fiscal**: por um Estado fiscal suportável. Coimbra: Almedina, 2005.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2009.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 2 abr. 2024

NIETO FRANCO, Florentino; SANTAMARÍA GARCÍA, José María. El *Sorge* como propuesta de humanización en el cuidado. **ENE: Revista de Enfermería**, Espanha, v. 10, n. 3, 2016. Disponível em: <http://www.ene-enfermeria.org/ojs/index.php/ENE/article/view/661>. Acesso em: 28 set. 2023.

NIETO MARTÍN, Adán. Hacia un derecho penal económico europeo de los derechos humanos. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 3, p. 137-172, 2020. Disponível em: <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/375191>. Acesso em: 30 dez. 2023.

NIETO MARTÍN, Adán. Introducción. *In*: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (org.). **El derecho penal económico en la era compliance**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013. p. 11-30.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1.

OCHOA, Edison Paul Tabra. **Ética y solidaridad**: Perspectivas históricas y normativas. Geneva: Globethics, 2017.

OEA. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Aprovada na Nona Conferência Internacional Americana, Bogotá, 1948. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>. Acesso em: 2 abr. 2024.

OGANDO DELGADO, Miguel Angel. El fraude tributario en el nuevo Código penal. **Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED**, n. 10-11, p. 191-218, 1996. Disponível em: <http://e-spacio.uned.es/fez/view/bibliuned:BFID-1996-10-11-06D96137>. Acesso em: 22 out. 2023.

OLIVÉ, León. **Razón y sociedad**. México: Fontamara, 1996.

ORTEGA Y GASSET, José. El hombre y la gente. *In*: _____. **Obras Completas**. 2. ed. Madrid: Revista de Occidente, 1964. t. 7. p. 69-272.

PAINE, Thomas. **Los derechos del hombre**. Trad. de José Antonio F. de C. e Tomás Muñoz Molina. México: Fondo de Cultura Económica, 2017.

PAPIER, Hans-Jürgen. Ley Fundamental y orden económico. In: BENDA, Ernst *et al.* (org.). **Manual de Derecho Constitucional**. Trad. de Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 561-612.

PASCUAL GONZÁLEZ, Marcos M. El deber de contribuir en un sistema de ingresos públicos constitucionalmente válido. In: USCANGA BARRADAS, Abril; FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús Aquilino (dir.). **Derechos y obligaciones en el estado de derecho**: actas del III Coloquio Binacional México-España. Oviedo: Universidad Nacional Autónoma de México, 2017. p. 373-388.

PAULSEN, Leandro. **Tratado de Direito Penal Tributário Brasileiro**. São Paulo: SaraivaJur, 2023. *E-Book*.

PAUNER CHULVI, Cristina. **El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos**. 2000. 714 f. Tese (Doutorado em Direito) - Departament de Dret Públic, Universitat Jaume I, Espanha. 2000.

PAWLIK, Michael. Solidaridad como categoría de legitimación jurídicopenal: el ejemplo del estado de necesidad agresivo justificante. **Revista de Estudios de la Justicia**, Chile, n. 26, p. 222-247, 2017. Disponível em: <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/46485/48508>. Acesso em: 19 set. 2023.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Los deberes fundamentales. **Doxa**, Alicante, n. 4, p. 329-341, 1987. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10915/1/Doxa4_19.pdf. Acesso em: 1 jul. 2023.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Um novo sistema do Direito Penal**: considerações sobre a teoria da imputação objetiva de Günther Jakobs. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito. **Doxa**: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 23, p. 289-321, 2000. Disponível em: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/142029.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2023.

PENSKY, Max. **The end of solidarity**: discourse theory in ethics and politics. Albany: State University of New York Press, 2008.

PEREIRA, Áurea Pimentel. **Estudos Constitucionais**: Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. **La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho penal postmoderno**. Madrid: Editora Iustel, 2007.

PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. La solidaridad como fuente de deberes. Elementos para su incardinación en el sistema jurídico-penal. **Política Criminal**: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, Chile, n. 27, p. 242-276, 2019.

Disponível em: <https://politerim.com/wp-content/uploads/2019/06/Vol14N27A8.pdf>. Acesso em: 29 out. 2023.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. El delito fiscal: secuencias fallidas de una reforma penal. **Estudios Penales y Criminológicos**, Santiago de Compostela, Espanha, v. 9, p. 148-205, 1986. Disponível em: <https://minerva.usc.es/xmlui/handle/10347/4328>. Acesso em: 25 jul. 2023.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. Funciones dogmáticas del derecho penal y legitimación material del sistema punitivo. **Derecho Penal y Criminología**, Madrid, v. 26, n. 79, p. 77-97, 2005. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1006>. Acesso em: 29 dez. 2023.

PULCINI, Elena. **L'individuo senza passioni**: individualismo moderno e perdita del legame sociale. Turim: Bollati Boringhieri, 2001.

RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia**: de Spinoza a Kant. Tradução de Ivo Storniolo. São Paulo: Paulos, 2005. v. 4.

RIOS, Rodrigo Sánchez. **O Crime Fiscal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

RIVERA LÓPEZ, Eduardo. **Ensayos sobre liberalismo y comunitarismo**. México: Fontamara, 1999.

ROBLES PLANAS, Ricardo. Deberes de solidaridad. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 1, p. 1-3, 2012. Disponível em: https://indret.com/wp-content/uploads/2020/01/editorial.3_1-RR.pdf. Acesso em: 30 set. 2023.

ROBLES PLANAS, Ricardo. Deberes negativos y positivos en Derecho penal. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 4, p. 1-22, 2013. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1008.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2023.

ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. São Paulo: Manole, 2005.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal. PODVAL, Roberto (org.). **Temas de Direito Penal Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 181-191.

RODRIGUES, Savio Guimarães. **Bem Jurídico-Penal Tributário**: A legitimidade do sistema punitivo em matéria fiscal. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013.

RODRÍGUEZ MEJÍA, Gregorio. Infracciones y delitos fiscales. **Boletín Mexicano De Derecho Comparado**, Mexico, n. 82, p. 291-306, 1995. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3326>. Acesso em: 25 jul. 2023.

RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. **Derecho penal**. Parte general. Madrid: Editorial Civitas, 1973.

ROJAS AGUIRRE, Luis Emilio. Delitos de omisión entre libertad y solidaridad. **Política Criminal**, Chile, v. 13, n. 26, p. 682-738, 2018. Disponível em: <https://politerim.com/wp-content/uploads/2019/04/Vol13N26A2.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2023.

ROJAS AGUIRRE, Luis Emilio. El reducido espacio de la solidaridad en los tipos de la parte especial del Derecho penal chileno. **Revista de Derecho**, Valdivia, v. 32, n. 1, p. 295-310, 2019. Disponível em: <http://revistas.uach.cl/index.php/revider/article/view/5575/6592>. Acesso em: 19 set. 2023.

RORTY, Richard. **Contingency, irony, and solidarity**. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. de Antonio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

ROVAN, Joseph. **Como tornar-se cidadão da Europa**: primeiro os deveres, depois os direitos. Trad. de J. Freitas e Silva. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1993.

ROXIN, Claus. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, Espanha, n. 4, p. 1-24, 2012. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/955.2.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2023.

ROXIN, Claus. **La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal**. Tradução de Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano. Espanha: Tirant lo Blach, 2000.

RUDOLPHI, Hans-Joachim. El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal. In: SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del Derecho penal**: Cuestiones fundamentales. Madrid: Editorial Tecnos, 1991. p. 81-93.

RUFFÌA, Paolo Biscaretti di. **Direito constitucional**: Instituições de direito público. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984.

RUFFÌA, Paolo Biscaretti di. **Introducción al derecho constitucional comparado**. Las “formas de Estado” y las “formas de gobierno”. Las Constituciones modernas. Tradução de Héctor Fix-Zamudio. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

RUIZ MIGUEL, Alfonso. Derechos humanos y comunitarismo. Aproximación a un debate. **Doxa**: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 12, p. 95-114, 1992. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10726/1/doxa12_03.pdf. Acesso em: 8 jul. 2023.

SÁ, Roberto Novaes de. A noção heideggeriana de cuidado (Sorge) e a clínica psicoterápica. **Veritas**, Porto Alegre, v. 45, n. 2, p. 259–266, 2000. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/view/35062>. Acesso em: 10 jan. 2024.

SACCONE, Mario Augusto. **Manual de derecho tributario**. Buenos Aires: La Ley, 2002.

SÁINZ DE BUJANDA, Fernando. En torno al concepto y el contenido del Derecho penal tributario. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Espanha, tomo 21, p. 77-116, 1968. Disponível em: https://boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1968-10007700116. Acesso em: 29 out. 2023.

SÁNCHEZ HUETE, Miguel Ángel. El carácter fundamental del deber de contribuir: el derecho y la ética de las relaciones tributarias. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 50, p. 179-207, 2017. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/934>. Acesso em: 20 nov. 2023.

SANDEL, Michael J. **A tirania do mérito**: o que aconteceu com o bem comum? Trad. de Bhuvli Libanio. 4. ed. Rio de Janeiro, 2021.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014.

SCALCON, Raquel Lima. **Ilícito e pena**. Modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo. Rio de Janeiro: LMJ Mundo jurídico, 2013.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Exclusão da Punibilidade em Crimes de Sonegação Fiscal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SCHMIDT, João Pedro. Amitai Etzioni e o paradigma comunitarista: da sociologia das organizações ao comunitarismo responsivo. **Lua Nova**, São Paulo, n. 93, p. 93-138, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ln/n93/05.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2023.

SCHMIDT, João Pedro. Comunidade e comunitarismo: considerações sobre a inovação da ordem sociopolítica. **Ciências Sociais Unisinos**, São Leopoldo, v. 47, n. 3, p. 300-313, 2011. Disponível em: http://revistas.unisinos.br/index.php/ciencias_sociais/article/view/csu.2011.47.3.13. Acesso em: 29 jun. 2023.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SCHÜNNEMANN, Bernd. Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales. **Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho**, Lima, n. 81, p. 93-112, 2018. Disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/20431>. Acesso em: 26 nov. 2023.

SERTILLANGES, Antonin-Gilbert. **Deveres**. São Paulo: Cultor de Livros, 2020.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al Derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Curso de direito penal**: parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

SIQUEIRA, Marcelo Lettieri; RAMOS, Francisco S. A Economia da Sonegação: Teorias e Evidências Empíricas. **Revista de Economia Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 555-581, 2005. Disponível em: <http://old.scielo.br/pdf/rec/v9n3/v9n3a04.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2023.

SPISSO, Rodolfo R. **Derecho constitucional tributário**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1991.

STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “Ser e tempo”**. 5. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

STERBAM James P. Filosofia Política. In: AUDI, Robert (ed.). **Diccionario Akal de Filosofía**. Tradução de Humberto Marraud e Enrique Alonso. Madrid: Akal Ediciones, 2004. p. 420-422.

STOCO, Rui; OLIVEIRA STOCO, Tatiana de. **Crimes contra a ordem tributária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

STÖRIG, Hans Joachim. **História geral da filosofia**. Trad. de Volnei J. Berkenbrock *et al.* 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016.

STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal**. Parte general I. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. **Ciência política e teoria do estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz; COPETTI, André. O direito penal e os influxos legislativos pós-Constituição de 1988: um modelo normativo e eclético consolidado ou em fase de transição? In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (org). **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. A interpretação do Direito e o dilema acerca de como evitar juristocracias: a importância de Peter Häberle para a superação dos atributos (*Eigenschaften*) solipsistas do Direito. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, ano 4, p. 1-32, 2010/2011. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/561/373>. Acesso em: 8 jul. 2023.

STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (*Übermaßverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermaßverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 80, p. 303-345, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SUTHERLAND, Edwin H. **White collar crime**. Connecticut: Yale University Press, 1983.

TEUBNER, Gunther. **El Derecho como sistema autopoietico de la sociedad global**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Carlos Gómez-Jara Díez. Peru: ARA Ediciones, 2005.

The Virginia Declaration of Rights. **National Archives**, 2016. Disponível em: <https://www.archives.gov/founding-docs/virginia-declaration-of-rights>. Acesso em: 8 jul. 2023.

TIEDEMANN, Klaus. El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (org.). **El derecho penal económico en la era compliance**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013. p. 31-42.

TIEDEMANN, Klaus. Empresas multinacionales y delincuencia fiscal. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, t. 29, n. 3, p. 487-504, 1976. Disponível em: <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/article/view/1024>. Acesso em: 22 out. 2023.

TIEDEMANN, Klaus. **Manual de derecho penal económico**. Parte general y especial. Tradução de Manuel Avanto Vásquez *et al.* Valencia: Tirant Lo Blanch: 2010.

TIEDEMANN, Klaus. **Manual de derecho penal económico**. Parte general y especial. Tradução de Manuel Avanto Vásquez *et al.* Valencia: Tirant Lo Blanch: 2010.

TÖNNIES, Ferdinand. **Principios de Sociología**. Trad. de Vicente Lloréns. México: Fondo de Cultura Económica, 1987.

TORRES, Ricardo Lobo. **A ideia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

TORRES, Ricardo Lobo. **Sistemas constitucionais tributários**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1986.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Constituição Financeira, Sistema Tributário e Estado Fiscal. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. v. 1.

VALENZUELA, Jonatan. La narrativa del deber de ayudar a otro: Samaritanos, héroes, y superhéroes. **Ius et Praxis**, Chile, v. 20, n. 2, p. 555-573, 2014. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19736234017>. Acesso em: 20 mai. 2023.

VAN WEEZEL, Alex. **Delitos tributarios**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010.

VAN WEEZEL, Alex. Optimización de la autonomía y deberes penales de solidaridad. **Política Criminal**, Chile, v. 13, n. 26, p. 1074-1139, 2018. Disponível em: <https://politerim.com/wp-content/uploads/2019/04/Vol13N26A12.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2023.

VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. Trad. de João Gama. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

VENEGAS ÁLVAREZ, Sonia. **Derecho fiscal**. México: Oxford University Press, 2012.

VIGANÒ, Francesco. La arbitrariedad del no punir. Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales. **Revista Política Criminal**, Chile, v. 9, n. 18, p. 428-476, 2014. Disponível em: <http://politerim.com/wp-content/uploads/2019/04/Vol9N18A5.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2023.

VILLEGAS, Héctor B. **Curso de finanzas, derecho financiero y tributario**. 7. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2001.

VILLEGAS, Héctor B. El delito tributario. [Entrevista cedida a] Juan José Cárdenas Mares. **IUS ET VERITAS**, Lima, n. 8, p. 47-51, 1994. Disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15420>. Acesso em: 22 out. 2023.

WAELEHNS, Alphonse de. **La filosofía de Martin Heidegger**. Trad. de Ramón Ceñal. México: Universidad Autónoma de Puebla, 1986.

WALZER, Michael. The Communitarian Critique of Liberalism. **Political Theory**, Los Angeles, v. 18, n. 1, p. 6-23, 1990. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/191477>. Acesso em: 25 jan. 2024.

WEDY, Miguel Tedesco. **A eficiência e sua repercussão no direito penal e no processo penal**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2016.

WELLENS, Karel. Revisiting Solidarity as a (Re-)Emerging Constitutional Principle: Some Further Reflections. In: WOLFRUM, Rüdiger; KOJIMA, Chie (org.). **Solidarity: A Structural Principle of International Law**. Heidelberg: Springer, 2010. p. 3-38.

WELZEL, Hans. **Derecho penal**. Parte general. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner; SATZGER, Helmut. **Derecho penal parte general: el delito y su estructura**. Tradução de Raúl Pariona Arana. Lima: Instituto Pacífico, 2018.

WEYH, Katyana Martins. **Do cuidado como essência da existência do ser-aí em Heidegger**. Porto Alegre: Editora Fi, 2019.

ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs). **O Estado de Direito**. História, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 3-94.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. **Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas**. 3. ed. Espanha: Editorial Aranzadi, 2009.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Culpables, millonarios e impunes: el difícil tratamiento del derecho penal del delito de cuello blanco. **IUS: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla**, Mexico, ano IX, n. 35, p. 37-57, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v9n35/1870-2147-rius-9-35-00037.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2023.