



**CAMPUS DE JACAREZINHO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA**

**DELITOS DE ACUMULAÇÃO E TEORIA DO QUARTO PODER:
CONTROLE DOGMÁTICO DA JURISPRUDÊNCIA**

LUCAS NOGUEIRA RODRIGUES DA SILVA

Jacarezinho-PR
2021



**CAMPUS DE JACAREZINHO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA**

**DELITOS DE ACUMULAÇÃO E TEORIA DO QUARTO PODER:
CONTROLE DOGMÁTICO DA JURISPRUDÊNCIA**

LUCAS NOGUEIRA RODRIGUES DA SILVA

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica ao Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica – PPGCJ (Área de Concentração: Teorias da Justiça – Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa: Função Política do Direito), da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP

Orientador: Prof. Dr. Luiz Fernando Kazmierczak

Jacarezinho-PR
2021

DELITOS DE ACUMULAÇÃO E TEORIA DO QUARTO PODER: CONTROLE DOGMÁTICO DA JURISPRUDÊNCIA

LUCAS NOGUEIRA RODRIGUES DA SILVA

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica ao Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica – PPGCJ (Área de Concentração: Teorias da Justiça – Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa: Função Política do Direito), da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP

Orientador: Prof. Dr. Luiz Fernando Kazmierczak

BANCA AVALIADORA

Presidente: Professor Doutor Luiz Fernando Kazmierczak (orientador)

2º Membro: Professor(a) Doutor(a) _____

3º Membro: Professor(a) Doutor(a) _____

Coordenador do programa: Professor Doutor Fernando de Brito Alves

Aos meus pais, Cristina e Nelson, pelo
infindável apoio, estímulo e entusiasmo com
cada passo nessa jornada.

AGRADECIMENTOS

Não foram e não são tempos fáceis os últimos que vivemos. Após a realização do sonho de ingresso no Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP, que, desde o final da graduação vinha me acompanhando, e o privilégio em ter podido ir até Jacarezinho para as primeiras aulas presenciais do Programa, o mundo parou, em função da pandemia que a todos acomete. Nossa tragédia sanitária e econômica, absolutamente potencializada, a custo de milhares de vidas, por um negacionismo esdrúxulo, em tempos bastante áspersos, usando da expressão de Vargas Llosa. Mas ainda assim, sem pretensão de romantizar ou minimizar, de qualquer forma, essa tragédia sem precedentes, é certo que pude ter no PPGCJ da UENP, na família, nos amigos, o suporte necessário a ultrapassar esse período tão desafiador e estar, hoje, redigindo essas modestas palavras.

De início, agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Luiz Fernando Kazmierczak, que, mesmo com a nova realidade que o período pandêmico nos impôs, foi essencial não só à redação deste texto, com todas críticas, ponderações e comentários, mas também se mostrou um verdadeiro amigo e parceiro de pesquisa, dividindo publicações, apresentações de trabalho e, ainda, me oportunizou participar em bancas de trabalhos de conclusão de graduação, desta mesma UENP, em momentos verdadeiramente marcantes em minha trajetória.

Estendendo os agradecimentos endereçados ao meu orientador, não poderia deixar de agradecer, efusivamente, os Professores e Professoras e toda a estrutura do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP, que prontamente soube se adequar às dificuldades infligidas pela pandemia, viabilizando à comunidade acadêmica o pronto acesso ao ensino remoto, com a manutenção do calendário e do elevado nível das aulas e créditos que compuseram este programa. Faço isso na pessoa do Prof. Dr. Fernando de Brito Alves, nosso Coordenador, estendendo os cumprimentos a todos os demais docentes de nosso Programa. À estimada Maria Natalina da Costa, por todo o esmero com o qual conduz a Secretaria deste Programa, e mais ainda, pelo intenso contato e suporte sempre fornecidos.

Também externo sinceros agradecimentos aos Professores Gustavo Noronha de Ávila e Mario Coimbra, pelas considerações, críticas e questionamentos apresentados durante a Banca de Qualificação, que muito contribuíram para o aprimoramento do texto e, sobretudo, para meu crescimento pessoal e aprendizado, sem mencionar, também, a imensa generosidade e incentivo fornecido por estes Professores, juntamente de meu orientador, na citada ocasião, em palavras e gestos que muito estimularam o prosseguimento pelas veredas da pesquisa.

A cada um dos amigos e amigas da Turma XVII do Mestrado da PPGCJ-UENP, notadamente de nossa linha de pesquisa da Função Política do Direito, o que faço na pessoa dos estimados Matheus Conde Pires, Rafael Bulgakov Klock e Vinny Pellegrino, e, também de nosso “calouro” de Mestrado, Leonardo Paiva, amigos de pesquisa e vários momentos de descontração, mesmo que de maneira remota. Agradeço imensamente por todas as trocas e o aprendizado compartilhado em cada crédito, seminário e trabalhos feitos em conjunto. Uso também deste espaço para enaltecer a memória do colega Guilherme Degraf, um dedicado pesquisador, professor e servidor público, que, lamentavelmente, nos deixou, como uma das milhares de vítimas da pandemia do COVID-19: esta tragédia, em grande parte, evitável.

Agradeço, também, o Professor Matheus Almeida Caetano, que além de ter sido indispensável marco teórico desta pesquisa, também, generosamente, franqueou o acesso a artigos e materiais, essenciais a esta pesquisa, aos quais dificilmente poderia ter acesso, não fosse pelo seu auxílio. Também agradeço imensamente o suporte de Mirian Kruse, minha professora de alemão, e que também me auxiliou com a tradução de textos centrais para esta pesquisa. Em sua pessoa estendo os agradecimentos à equipe da *Akadia Language Centre*.

Ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), tanto por disponibilizar uma imensa biblioteca, acessível também virtualmente, como também pelos cursos nos quais tive a oportunidade de participar, que foram decisivos à escolha do tema desta pesquisa.

Sou também muito grato pela experiência enriquecedora proporcionada junto às tardes de sexta-feira do Grupo de Pesquisa Ideologia do Estado e Estratégias Repressivas, nas quais tive o privilégio de comparecer, registrando o agradecimento na pessoa do Coordenador José Mauro Garboza Junior, pelos excelentes debates e aprendizado proporcionados.

Às Professoras e Professores de minha graduação na Universidade Estadual de Maringá, especialmente o amigo e brilhante pesquisador Gustavo Noronha de Ávila – que muito me honrou com sua presença na banca de qualificação, com dito, e meus orientadores (e coautores em artigos publicados) Gisele Mendes de Carvalho e Alexandre Ribas de Paulo, pessoas que foram indispensáveis à vontade de adensamento da pesquisa, para além da graduação. Agradeço, também, ao Professor Paulo César Busato, de quem tive o privilégio de ser aluno externo, já no mestrado, junto ao PPGD da UFPR, da disciplina Autoritarismo e Controle Social Punitivo.

Também afora dos muros (virtuais) acadêmicos, nada disso teria sido possível sem o amor, o suporte e o incentivo de minha família. Agradeço, efusivamente, meus pais Cristina Angela Nogueira Silva e Nelson Rodrigues da Silva, e, também, minha irmã caçula, Clara

Nogueira Rodrigues da Silva, por tudo o que enfrentamos e por todo o esforço que viabilizou a chegada até esta derradeira etapa. Agradeço imensamente, também, à minha namorada, Isabela Furlan Rigolin, que além de uma das maiores incentivadoras deste desafio, me cativa, dia após dia, com seu exemplo, enquanto pesquisadora exemplar, ser humano ímpar e companheira, inclusive em pesquisas acadêmicas.

Registro especiais agradecimentos à querida amiga e irmã de vida, Renata Augusta Costa Takeuti, que, além de toda a amizade e parceria, ao longo de diversos anos, se dispôs à leitura integral deste texto, apresentado críticas e considerações, que foram fundamentais à atual redação, assim como sua amizade sempre foi em minha vida.

Sou, de fato, muito agraciado e estreito é o espaço para o tamanho de minha gratidão e agradeço a todos que, de algum modo, contribuíram para a realização desta pesquisa. Muito obrigado.

“Porém, se tudo fica no mundo acadêmico, parece que não temos capacidade de comunicá-lo, ou, melhor dizendo, parece que a comunicação é contaminante, que a pureza científica deve ser mantida à margem da comunicação, que perdemos o nível acadêmico quando pretendemos explicar algo a isso que hoje chamam público, sem que nos apercebamos de que o público somos nós quando nos dói o fígado, ou quando saímos para comprar pães. É claro que o pensamento acadêmico, universitário, é importante, mas creio que chegou a hora de comunicá-lo. As borlas doutorais, as togas e os punhos de pouco servem quando se fala do que todos sabem, segundo o que lhes dizem as grandes corporações midiáticas do mundo, incluindo muitos políticos – oportunistas alguns, propulsores conscientes de um novo totalitarismo, outros amedrontados e tremendo diante das corporações midiáticas os demais. [...] Se o campo de batalha é comunicacional, devemos travar a luta também nesse terreno”.

(Eugenio Raúl Zaffaroni).

SILVA, Lucas Nogueira Rodrigues da. *Delitos de Acumulação e Teoria do Quarto Poder: Controle Dogmático da Jurisprudência*. Jacarezinho, 2021. 191 páginas. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão/Linha de Pesquisa: Função Política do Direito), do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná/*Campus* de Jacarezinho.

RESUMO

A presente dissertação objetiva enfrentar a seguinte questão-problema: “De que maneira a aplicação da teoria do quarto poder pode contribuir para um controle dogmático da jurisprudência brasileira, em matéria de crimes de acumulação?” A hipótese formulada, em primeiro momento, é de que a aplicação da teoria do quarto poder, na forma como sistematizada por seus precursores, pode contribuir para o aprimoramento de decisões judiciais, que, de alguma maneira, digam respeito a pretensos crimes de acumulação, pois uma abertura da jurisprudência para a crítica acadêmica exercida sobre o instituto dos crimes de acumulação, em primeira análise, torna evidente que o critério da cumulatividade não se compatibiliza com preceitos básicos inerentes ao direito penal, notadamente da culpabilidade e da ofensividade. A pesquisa será desenvolvida em três partes, ocupando-se o primeiro capítulo de analisar aspectos conceituais e os fundamentos dos delitos de acumulação, já o segundo, por sua vez, se ocupará de analisar aspectos críticos que se soerguem em relação à técnica de imputação dos delitos de acumulação, sendo que o derradeiro capítulo, por sua vez, se ocupará de analisar, de maneiras qualitativa e verticalizada, julgados identificados, por variados Tribunais brasileiros em segundo grau, sem pretensão estatística/quantitativa, para a testagem da hipótese formulada. Utilizando do método hipotético-dedutivo e de ampla pesquisa bibliográfica sobre o tema, utilizando de autores estrangeiros e nacionais, bem como da metodologia de análise de decisões (MAD), ao término deste trabalho, constatou-se que a hipótese formulada se demonstra insuficiente frente às constatações indicados pelos julgados abordados. Isso porque a abertura propiciada pela teoria do “quarto poder” não só indicou a necessidade de maior campo crítico nas decisões judiciais, em relação à aplicação acrítica dos critérios dos crimes de acumulação, como também demonstrou que, em meio aos julgados, há a adoção de premissas equivocadas dos próprios pressupostos de imputação dos delitos de acumulação, evidenciando, assim, a insuficiência da hipótese apresentada.

Palavras-chave: Delitos de Acumulação; Princípio da Insignificância; Dogmática Penal; Princípio da Culpabilidade;

SILVA, Lucas Nogueira Rodrigues da. *Cumulative offenses and Fourth Power's Theory: A Case Law Dogmatic Control*. Jacarezinho, 2021. 191 pages. Master's Dissertation presented to the Post graduation Program in Juridical Science (Concentration Area: Theories of Justice: Justice and Exclusion/Researching Line: Political Role of Law), from the Center of Applied Social Sciences of Universidade Estadual do Norte do Paraná/Jacarezinho Campus.

ABSTRACT

This master's dissertation aims to answer the following problem: "How the application of the fourth power's theory is able to contribute to a dogmatic control of Brazilian case law, in matter of cumulative offenses?" The presented hypothesis is that the "fourth power's theory, as it is systematized, is able to contribute to the improvement of judicial decisions that, somehow, discuss cumulative offenses, because the case law's openness to the academical criticism, that is made on the cumulative offenses, will result clear that de cumulative criterion is not compatible with some of the most important criminal law principles, as the principle of guilt and also the offence principle. The research will be developed in three parts, the first chapter will deal with aspects of the conception and fundamentals of cumulative offenses, while the second chapter will deal with the critics made on the cumulative offenses, and the third and last chapter, some judicial decisions, about the cumulative offenses, from Brazilian State Courts, will be analyzed, in qualitative research, without any intentions of statistic or quantitative research on them. The deductive Hypothetical method and extensive bibliographical research will be used, as well as the bibliographic research, including foreign and national authors. Besides, this paper will also work with and specific methodology, developed by a Brazilian Professor, which is called "Decisions Analyzing Methodology" (DAM). After all these stages, it was concluded that the presented hypothesis was insufficient in front of the presented problem. That's because the openness authorized by the Fourth Power's Theory not just showed the need of a larger critical sense in judicial decisions, about cumulative offenses, but also showed that some judicial decisions analyzed, in fact, used a few wrong premises, about some cumulative crime's assumptions.

Keywords: Cumulative Offenses; Harm Principle; Criminal law Dogmatics; Principle of Guilt;

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1. – OS FUNDAMENTOS DOS DELITOS DE ACUMULAÇÃO.....	18
1.1. A intersecção entre o Direito Penal e a Sociedade do Risco.....	18
1.2. O Conceito e surgimento dos crimes de acumulação.....	24
1.3. Referenciais filosóficos dos crimes de acumulação.....	30
1.3.1. Perspectiva liberal: O comportamento egoístico do <i>Free-Rider</i> (ou <i>Trittbrettfahrer</i>)...30	
1.3.2. A Perspectiva da isonomia material: um olhar para a realidade brasileira.....	35
1.4. Aplicação do critério da cumulatividade no Direito Penal Ambiental.....	38
1.5. Aplicação dos delitos de acumulação em outros segmentos do Direito Penal.....	44
1.5.1. Delitos de acumulação e os crimes tributários	44
1.5.2. Delitos de acumulação e a corrupção: um retorno às origens teóricas.....	54
1.5.2.1 A corrupção e sua associação ao patrimonialismo.....	54
1.5.2.2 A aplicação do critério da cumulatividade aos crimes de corrupção.....	59
2. POSIÇÕES CRÍTICAS EM RELAÇÃO AOS DELITOS DE ACUMULAÇÃO.....	63
2.1 A crítica pela ótica do princípio da ofensividade.....	64
2.2 Crítica pelas lentes do princípio da culpabilidade.....	75
2.3 Críticas a partir do princípio da proporcionalidade.....	84
2.3.1 Breves notas sobre a proporcionalidade, e a leitura constitucional, em matéria penal...85	
2.3.2 A problemática relação entre os delitos cumulativos e a proporcionalidade.....	89
2.4 Os delitos de acumulação e os “contextos instáveis”: proposta de acerto.....	93
3. APROXIMAÇÃO PRÁTICA AOS DELITOS DE ACUMULAÇÃO PELAS LENTES DA TEORIA DO “QUARTO PODER”.....	105
3.1 Teoria do quarto poder: conceito e pressupostos.....	107
3.2 Análise de decisões judiciais sobre os delitos de acumulação no Brasil.....	116
3.2.1 Contornos sobre o procedimento metodológico adotado.....	117
3.3 Análise de acórdãos versando sobre delitos de acumulação à luz da MAD.....	121
3.3.1 Julgados do Tribunal de Justiça do Paraná.....	122
3.3.2 Julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.....	129

3.3.3 Julgados do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.....	139
3.3.4 Julgados do Tribunal de Justiça de Mato Grosso.....	148
3.3.5 Julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.....	157
3.3.6 Julgados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.....	160
 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	165
 REFERÊNCIAS.....	174

INTRODUÇÃO

Atribui-se a Lothar Kuhlen a sistematização do conceito dos delitos de acumulação, o qual nasce atrelado aos crimes ambientais, mas que também pode ser aplicado, em seu modelo de imputação, a outros segmentos tutelados pelo Direito penal. Em linhas gerais, tratam-se os delitos de acumulação de condutas que, se consideradas de forma individualizada, não teriam a mínima ofensividade para que tivessem relevância penal. No entanto, ao serem projetadas tais condutas para uma hipotética prática massiva, a cargo de diferentes agentes, estaria caracterizado um grande potencial lesivo, que justificaria que as condutas individuais, mesmo que irrelevantes, possam motivar reflexos penais em face daqueles que as praticam. É nesse que se insere o questionamento fundante dos crimes de acumulação: *What if everybody dit it?*, como sendo uma síntese da preocupação subjacente da figura dos crimes cumulativos.

Esse posicionamento, do qual Lothar Kuhlen é o maior expoente, encontrou ampla resistência doutrinária, por autores estrangeiros, como também na academia local, onde se verifica uma posição amplamente majoritária no sentido de afirmar a ilegitimidade da punição pela via dos crimes de acumulação, em razão de sua manifesta contrariedade aos critérios de culpabilidade, ofensividade, intervenção mínima e outros preceitos vinculados à essência fragmentária que deve permear o direito penal, não obstante o seu fenômeno expansivo característico da sociedade pós-moderna.

Por outro lado, em que pese o instigante debate acadêmico trilhado acerca do tema dos crimes acumulativos, tanto em razão dos resultados de incriminação que podem produzir, como também pelos aspectos filosóficos deste instituto, considerando a sabida resistência que existe, em meio à jurisprudência brasileira, para a aplicação do princípio da insignificância, especialmente no âmbito dos crimes ambientais – que são, como visto, o local precursor para a sistematização dos crimes acumulativos – a presente pesquisa tem por objetivo traçar, ainda, um paralelo entre os achados teóricos a partir dos delitos acumulativos, em face de julgados proferidos por Tribunais brasileiros que, de alguma forma, dialoguem com esta temática.

Além da utilização da metodologia de análise de decisões (MAD), que é proposta por Roberto Freitas Filho e Thalita Moraes Lima, escolhida em razão de esta possibilitar uma análise qualitativa das fundamentações adotadas nas decisões judiciais, também a pesquisa busca utilizar das premissas sedimentadas pela teoria do “quarto poder”, concebida por Bernd Schünemann e também sustentada por Luís Greco, que atribuem à ciência jurídica o papel de

controlar intelectualmente os parâmetros aplicados pela jurisprudência, funcionando como um meio de legitimar e tornar suportável o poder judicial, podendo contribuir, especificamente, para aprimorar os modelos argumentativos utilizados na jurisprudência brasileira, no que se refere aos crimes de acumulação.

Diante destas perspectivas, delimita-se a questão-problema que norteia o presente trabalho: “De que maneira a aplicação da teoria do quarto poder pode contribuir para um controle dogmático da jurisprudência brasileira, em matéria de crimes de acumulação, tanto no âmbito ambiental, como em demais possíveis campos de aplicação do mesmo?”

E a hipótese que se formula de modo provisório em relação à pergunta que se indicou acima é de que a aplicação da teoria do quarto poder, na forma como sistematizada pelos autores, pode contribuir para o aprimoramento da jurisprudência em Direito penal ambiental e de outros ramos propensos à incidência dos crimes de acumulação, pois uma abertura da jurisprudência para a crítica acadêmica exercida sobre o instituto dos crimes de acumulação, em primeira análise, torna evidente que o critério da cumulatividade não se compatibiliza com preceitos básicos inerentes ao direito penal, notadamente da culpabilidade e da ofensividade.

Objetiva-se, com a presente dissertação, contribuir para uma racionalização da aplicação da lei penal no âmbito de crimes acumulativos, buscando o resguardo ao Direito Penal de seu caráter subsidiário e fragmentário, sem que com isso seja deixado a esmo a tutela do meio ambiente e, também, dos demais campos onde se verifica a possibilidade de utilização dos crimes cumulativos.

Traçados necessários aspectos teóricos, via revisão bibliográfica, envolvendo o tema, o escopo de análise de julgados proferidos por tribunais brasileiros, que versem sobre o tema dos “crimes de acumulação”, é dar ares concretos à pesquisa a ser realizada, residindo nesse ponto empírico – mas não quantitativo e/ou estatístico – do trabalho a sua vinculação entre a parte da pesquisa que envolverá aspectos dogmático-penais (vinculados aos crimes de acumulação) com o estudo a ser trilhado sobre a teoria do quarto poder, na forma em que concebida por Bernd Schünemann. A teoria em questão, se tornou acessível à comunidade brasileira em recente tradução (2018), e em uma primeira análise, não foi objeto de estudos acerca de sua viabilidade e possibilidade de contribuição, mas apenas algumas citações esparsas, sem maior aprofundamento.

Fixados esses pontos, é que vislumbra, em primeira análise, uma plena pertinência da temática ser abordada, em relação à área de concentração trilhada pelo programa, que versa sobre as Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão, especialmente em relação à linha de pesquisa

da Função Política do Direito, tanto em função da natureza excludente que é ínsita ao próprio Direito penal, que será abordado pela perspectiva dos delitos cumulativos, como também em relação ao aspecto cabalmente político que reveste a teoria de Schünemann, que empodera e reveste de responsabilidades a academia, realçando seu papel transformador e, no campo penal, como importante agente a racionalizar a aplicação do sistema penal, como uma forma de mantê-lo afastado de comportamentos sem maior danosidade.

E isso especialmente porque, com o afastamento das balizas da ofensividade, como é característico pela construção teórica ínsita aos delitos de acumulação, a tendência é o alargamento da incidência penal a condutas sem maior relevância, as quais, em um primeiro momento, se vislumbra como sendo mais características por classes mais desfavorecidas. Há, assim, um aparente reforço da tutela penal, em detrimento da preocupação pelo implemento de políticas públicas, reforçando, assim, fatores de exclusão. Aproxima-se, assim, o presente trabalho, também da área de concentração do Programa no qual é desenvolvido.

É à luz destas premissas que o trabalho se inicia, em seu primeiro capítulo, com a análise inicial de aspectos comuns entre a chamada sociedade do risco, nos termos usados por Ulrich Beck, e seus eventuais impactos em critérios de imputação da seara penal. Ainda que a análise desta intersecção sociológico-penal seja algo constante em pesquisas neste campo, para os fins desta pesquisa, ela se trata de algo incontornável, haja vista que o próprio Lothar Kuhlen irá inserir a necessidade de criminalização de condutas, sob a ótica da acumulação, como algo característico e necessário diante de nosso atual estágio social.

Na sequência, objetivam-se abordar aspectos conceituais e alguns dos pressupostos da teoria dos delitos acumulativos, indicando, sobretudo, qual foi o contexto em que foram concebidos, para possibilitar, assim, uma ulterior análise do citado fenômeno, dentro da realidade nacional. Serão também abordados, no mesmo capítulo, alguns aspectos filosóficos subjacentes à ideia dos delitos acumulativos, especialmente em relação à filosofia moral, bastante incidente na construção teórica desta modalidade de delito. Como se verá durante o capítulo, a figura do *free-rider*, presente nos escritos de Rawls e Feinberg, tem similaridades com aspectos conceituais dos delitos acumulativos, o que torna inafastável sua abordagem, em meio ao trato do instituto fundante desta pesquisa.

Traçados os pontos mais gerais e conceituais inerentes à sistematização desta forma de imputação, através da cumulação, cuidarão os últimos itens do primeiro capítulo de abordar diferentes espaços, nos quais os delitos de acumulação podem ser aplicados. Referida maneira

de análise objetiva dar ao tema a sua necessária amplitude, e indicar o potencial de ser irradiado a outros campos tutelados pelo Direito penal, para além do campo penal ambiental.

Isso porque, em um primeiro momento, apresenta-se a ideia de que os delitos de acumulação seriam uma formulação original de Lothar Kuhlen, e que sua construção se deu no campo dos crimes ambientais – o autor trata do crime, previsto no Código Penal alemão, de poluição de águas – de modo que apenas neste campo é que os mesmos poderiam, então, ser aplicados. E, de fato, esse segmento – como demonstraram, posteriormente, os julgados que foram objeto de análise ao término deste trabalho – é o de maior alusão aos delitos de acumulação, como mecanismo de imputação.

No entanto, ainda que o meio ambiente, de fato, tenha o potencial de aplicação do critério da cumulatividade, os pontos traçados por Kuhlen, além de não se revelarem como uma construção teórica sem precedentes, não estão adstritos ao campo ambiental. E, diante desta singularidade, é que se cuidará de abordar, nesta pesquisa, outros campos nos quais os critérios de imputação, pautados na acumulação, podem incidir. Serão, assim, objeto desta pesquisa, alguns aspectos dos crimes tributários e do crime de corrupção, como sendo exemplos característicos para, assim como os crimes ambientais, incidir a imputação através da via da acumulação.

Sobre os crimes tributários, além do trato da possibilidade de incidência, nestes, dos critérios da imputação por acumulação, a presente pesquisa também pretende analisar alguns aspectos conceituais e teóricos do chamado Direito penal tributário, especialmente a partir da intenção de distinguir, em termos qualitativos, as infrações tributárias passíveis de sancionamento por outros meios de tutela, daquelas condutas que descambam do âmbito da mera irregularidade, e que podem configurar verdadeiros ilícitos penais.

Nesse mesmo caminho, ao tratar, especialmente, de aspectos da corrupção, onde se identificam, também, escritos vanguardistas sobre a aplicação de critérios de acumulação neste campo (Fritz Loos), buscando dialogar com outras relevantes pesquisas desenvolvidas junto ao PPGCJ da UENP, cuidaram-se de analisar alguns aspectos explorados nos referidos trabalhos, problematizando-se a percepção, muito difundida, de que as raízes da corrupção, em solo brasileiro, poderiam ser atribuídas, sem maior questionamento, ao patrimonialismo, ideia esta bastante presente no trato deste tema.

Após um percurso de ordem mais descritiva, que caracteriza o andamento deste capítulo inaugural do trabalho, no segundo capítulo, objetiva a presente pesquisa, ainda por meio da revisão bibliográfica, explorar as críticas existentes defronte ao uso dos critérios da

acumulação, para fins penais. De uma maneira quase que uníssona, a literatura penal tem se debruçado sobre os delitos acumulativos com significativa desconfiança, pois, a reboque do discurso de tutela de bens difusos, que se encontram em maior suscetibilidade de lesões e/ou ofensas, diante do nosso atual modo de viver (*lebensweise*), se encontram relativizações de garantias que são basilares ao Direito Penal.

É a partir desta ótica que, no segundo capítulo, será desenvolvida uma análise das críticas, seja no campo da literatura brasileira, como também estrangeira (aqui, sobretudo, a portuguesa), que recaem em relação aos critérios de imputação propostos por Kuhlen. Serão abordadas as críticas pautadas nas violações que resultam, da aplicação das bases dos delitos de acumulação, aos preceitos da ofensividade, culpabilidade e proporcionalidade. Em relação à primeira delas, em especial, há especial relevância a viabilizar, posteriormente, a relação com o discurso frequente na jurisprudência, no sentido de não ser aplicável o princípio da insignificância, em determinadas situações, por estar pautado, diretamente, na ausência de relevância (*rectius*, ofensividade) penal de cada conduta.

Por fim, além das críticas, também será analisado, no último momento do segundo capítulo, uma proposta de acerto, a qual é apresentada por Fabio Roberto D'Avila, que é, também, endossada, nas pesquisas específicas feitas sobre o tema dos delitos acumulativos. Trata-se da proposta de substituição da imputação pautada na cumulatividade, pela aferição do contexto em que se dá a conduta que se pretende criminalizar, onde a instabilidade será algo decisivo a autorizar, ou não, a incidência penal.

A partir das pesquisas preliminares, feitas ainda na fase de formulação do projeto de pesquisa, e durante o levantamento de materiais acerca do tema, verificou-se que o tema é objeto de diversas abordagens esparsas, especialmente no contexto brasileiro. Todavia, não são numerosas as pesquisas específicas em relação aos delitos de acumulação em si, mas as existentes, especialmente dissertações, se demonstram densas e adequadas ao trato do tema. E diante deste cenário, é que se insere o terceiro e derradeiro capítulo desta pesquisa, no qual se almeja atribuir traços novos à pesquisa deste tema.

Serão, com isso, abordados dois pontos iniciais, com intenção de serem usados como parâmetro metodológico para a análise de julgados a ser posteriormente realizada. Esses pontos consistem na teoria do quarto poder e na metodologia de análise de decisões (MAD), os quais são objeto de um trato conceitual nos Itens 3.1 e 3.2.1 desta pesquisa.

Após o estabelecimento destas premissas de ordem teórica e metodológica, é que serão analisados, por fim, julgados identificados no repositório de jurisprudência de 06 (seis)

Tribunais Brasileiros, que versam sobre o objeto precípua a saber: julgados do Tribunal de Justiça do Paraná, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, Tribunal de Justiça de Mato Grosso, Tribunal de Justiça de Minas Gerais e Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Essa abordagem, além de se distinguir de outras pesquisas sobre o tema, com maior enfoque nas decisões de Tribunais superiores, é essencial à testagem da hipótese apresentada ao início desta pesquisa.

A análise das decisões a ser procedida, como já dito, não terá cunho estatístico ou quantitativo. Optou-se pelo uso de uma metodologia de ordem qualitativa, que viabilizará, ao longo do derradeiro capítulo, abordar, minuciosamente, os fundamentos empregados junto às decisões identificadas, inclusive identificando-se eventuais votos vencidos, e quais foram as fundamentações adotadas. Busca-se, com isso, cotejar os argumentos em face dos achados de ordem teoria, identificados nos dois primeiros capítulos.

1. OS FUNDAMENTOS DOS DELITOS DE ACUMULAÇÃO

Na etapa inaugural da presente pesquisa, onde se tem a intenção de proceder um giro teórico sobre o surgimento dos delitos de acumulação e seus fundamentos, é necessário, antes disso, contextualizar, de maneira atenta aos limites desta investigação, fenômenos sociais que são subjacentes ao Direito Penal atrelado à chamada “sociedade do risco”, onde, em linhas gerais, afirma-se existir um processo de expansão do Direito Penal, característico pelo alargamento da tutela penal a novos interesses e bens jurídico-penais mais abrangentes, que tensionam princípios basilares do chamado Direito Penal Clássico.¹

1.1. A intersecção entre o Direito Penal e a Sociedade do Risco

O esboço a ser realizado não tem a pretensão de adensamento no campo da sociologia jurídica, mas busca, apenas, uma contextualização, no campo teórico, por aderir à noção de

¹ Trata-se de discussão complexa e abordada de forma exaustiva pela literatura penal, já há significativo tempo, destacando-se, por todas: SILVA SÁNCHEZ, Jesus-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução: Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002; Em sentido favorável à expansão do Direito Penal, como meio de harmonizá-lo aos novos interesses de tutela, de modo a adequá-los à dinâmica do Estado Social: MARTIN, Luis Gracia. *Prolegômenos para a Luta pela Modernização e Expansão do Direito Penal e para a Crítica do Discurso de Resistência*. Tradução: Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.

que o Direito Penal, como anota Nilo Batista², vem ao mundo para cumprir funções concretas, inseridas em uma sociedade que, concretamente, se organizou de uma determinada maneira.

E os já não tão novos avanços tecnológicos e alterações da forma de compreensão do mundo, catalogados como características da chamada “sociedade do risco”, também influíram diretamente na seara penal³, na qual se insere a presente pesquisa. Para o sociólogo Ulrich Beck, em sua clássica obra de 1986, intitulada, justamente, *Risikogesellschaft*⁴, a dinâmica da sociedade globalizada, cujos traços já começavam a se desvelar quando da publicação de seu estudo, era caracterizada por um chamado “efeito bumerangue”, por força do qual os avanços tecnológicos traziam consigo efeitos secundários, onde as condutas potencialmente lesivas e destruidoras ao meio ambiente⁵, ganham relevo.

Nesse contexto, para Beck, a circularidade destes riscos sociais faz com que, em meio ao contexto dos riscos da modernização, agressor e vítima, cedo ou tarde, se tornem idênticos, pois, mesmo que por uma lógica de avanços tecnológicos e incremento da qualidade de vida, esses mesmos avanços trazem consigo riscos inarredáveis à própria existência da humanidade. O sociólogo alemão pondera, assim, que o planeta se tornou um “assento ejetor” que não mais reconhece as distinções de classe, cor e geografia, ou seja: os riscos são aplicáveis e próximos de todas as pessoas, de maneira idêntica.⁶

Desta maneira, em linhas gerais, é possível assentar a ideia de que a teoria de Ulrich Beck se funda na constatação de que, não obstante os avanços científicos e tecnológicos – ainda que, por certo, muito mais embrionários, quando da primeira edição da “sociedade do risco”, em 1986 – tenham trazido inegáveis benefícios à humanidade, como, por exemplo, a maior produtividade agrícola, facilitação das comunicações e automatização da produção industrial, tais avanços, de maneira simultânea, trouxeram consigo riscos incomensuráveis e globais, tendo especial destaque os impactos de natureza ecológica.⁷

² BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 19.

³ Um acurado panorama da intersecção entre os escritos de Ulrich Beck, autor central para a sistematização teórica da “sociedade do risco” e seus reflexos no campo da teoria penal pode ser conferido em: FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. Sobre a “Administrativização” do Direito Penal na “Sociedade do Risco”. Notas sobre a Política Criminal no Início do Século XXI. Tradução: Bruna Abranches Arthidoro de Castro; revisão de Augusto Silva Dias. *Revista Liberdades – IBCCRIM*, nº 07, maio-agosto de 2011, p. 23-61.

⁴ *Risikogesellschaft: auf dem Weg in eine andere Moderne*, em tradução livre: “Sociedade do Risco. Rumo a uma Outra Modernidade”.

⁵ BECK, Ulrich. *Risk Society: Towards a New Modernity*. Trad.: Mark Ritter. London: Sage Publications, 1992, p. 37.

⁶ *Ibidem*, p. 37-38.

⁷ GUARDIA, Karina Joelma Bacciotti Selingardi; SILVA, Roberta Soares da. A Sociedade de Risco Global. *Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica*. v. 1, n. 1-Ext (2019), p. 49. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/DIGE/article/view/42350>> Acesso em 12 mai. 2021

É possível, assim, descrever a sociedade do risco como caracterizada pela produção social desenfreada de riquezas e que, por conseguinte, vem acompanhada de uma infinidade de riscos, na medida em que a elevação do índice de produção-consumo atrelada à lógica capitalista implicou em um sacrifício contínuo da natureza em prol de um progresso. Assim, o conceito de Ulrich Beck objetiva expor os problemas enfrentados pelo mundo pós-industrial, explicando o atual quadro de autodestruição das formas de vida no planeta, em decorrência dos persistentes padrões modernos de desenvolvimento que orientam as decisões humanas, no que concerne ao trato com o meio ambiente.⁸

A intersecção entre os escritos do sociólogo alemão com o Direito Penal, no qual se centra esta pesquisa, é traçada por Luiz Fernando Kazmierczak e Fernando de Brito Alves, que, após diagnosticarem a majoração da sensibilidade ao risco, inclusive com distorções em relação à verdadeira extensão destes riscos, culminando em uma sensação de medo maior ao que efetivamente existe, acaba por impactar diretamente o Direito Penal, que passa a se ver, a cada dia mais, insuflado a solucionar problemas sociais erigidos por esta modernização, como uma decorrência desta sensação de incerteza generalizada.⁹

Corroborando o cenário descrito por Kazmierczak e Brito Alves, Samuel Rodríguez Fernandes também parte da estrutura teórica da “sociedade do risco”, tal como cunhada por Ulrich Beck, para relatar que houve, na opinião pública, durante o último quarto do século XX, uma exigência, pelas sociedades ocidentais, de que os poderes públicos passassem a usar de estratégias de prevenção, nos campos político, científico e jurídico, que pudessem evitar os riscos sociais surgidos com as novas formas de produção, especialmente aqueles que guardam relação com a contaminação do ar, da vegetação e da água. O autor, assim, conclui não causar estranheza que a sociedade do risco tenha provocado, no âmbito do Direito Penal, um certo deslocamento das barreiras de proteção, que se soma a um crescimento vertiginoso dos chamados crimes de perigo.¹⁰

Diante desse cenário, sobressai, também, a densificação daquilo que Zaffaroni refere como sendo a “criminologia midiática”, que, embora não consista em um fenômeno novo, na

⁸ CAETANO, Matheus Almeida. *Os delitos de acumulação no direito penal ambiental*. São Paulo: Editora Pillares, 2016, p. 35-36.

⁹ ALVES, Fernando de Brito; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. O Direito Penal Diante da Sociedade de Risco: A Criminalização Motivada pelo Medo. *Conpedi Law Review*. Uruguai, v. 2., Jul.-dez., 2016, p. 51. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3652>> Acesso em 12 mai. 2021.

¹⁰ FERNÁNDEZ, Samuel Rodríguez. Los Tópicos del Derecho Penal de la Postmodernidad y Alcance del Rol Crítico de la Doctrina Especializada. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 26, p. 81-144, ago. 2017. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/1056>>. Acesso em: 16 maio 2021. doi: <http://dx.doi.org/10.35356/argumenta.v1i26.1056>.

medida em que já era constatado por sociólogos desde o final do século XIX¹¹, ganha contornos mais intensos com a utilização da televisão como meio difusor de notícias. Segundo o autor argentino, a criminologia midiática cria uma realidade dual entre um mundo composto por pessoas decentes, que se veem amedrontadas por uma massa de criminosos, identificadas por determinados estereótipos, que os catalogam como uma espécie de “resto” da sociedade, por serem um conjunto de diferentes e maus.¹²

O tema é também abordado por Dan Gardner, onde o autor menciona pesquisas sobre a forma pela qual a criminalidade é retratada na mídia, as quais encaminham à conclusão de que os meios de comunicação se preocupam muito mais em dar enfoque aos atos individuais e muito poucos dizerem sobre os contextos e questões mais profundas que circundaram referida prática. Nos dizeres do autor, a mídia dedica muito pouca atenção ao “crime”, pois são os “crimes” que realmente lhe interessam, como mecanismo de cativar o público, ao passo que, nos dizeres do autor, em termos de audiência, o aumento da criminalidade sempre implicará em maior atenção pelo público (e maior audiência) do que noticiar a queda da criminalidade.¹³

Ao diagnóstico feito por Zaffaroni, todavia, que gravita em torno da influência que é exercida pela televisão, a desembocar na chamada criminologia midiática, como difusora de um discurso punitivista exacerbado, na quadra histórica onde se desenvolve esta investigação, se demonstram relevantes as contribuições fornecidas por Byung-Chul Han, ao tratar sobre os impactos sociais exercidos pela mídia digital e pela comunicação através das redes sociais.

¹¹ Zaffaroni refere, ao tratar dos sociólogos do século XIX, ao chamado caso Dreyfus, que seria, para o autor, um indicativo dos primórdios da chamada criminologia midiática, representado pelo poder, na época pela difusão de desinformações pelos jornais, mencionando os estudos do sociólogo francês Gabriel Tarde. Sobre o assunto, em abordagem tanto da prisão e julgamento do capitão francês e da posterior carta de Émile Zola (“*J’Accuse*”), conferir: ALMEIDA, Milene Suzano de. *J’accuse como fato literário: uma leitura da carta aberta de Émile Zola*. *Non Plus*, v. 6, n. 12, 2017, p. 71-89. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/issn.2316-3976.v6i12p71-89>> Acesso em 12 mai. 2021

¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A questão criminal*. Tradução: Sérgio Lamarão. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 197. Sobre o impacto da chamada criminologia midiática para recrudescimento de garantias penais, como é o caso da audiência de custódia, conferir: KAZMIERCZAK, Luiz Fernando; SILVA, Lucas Nogueira Rodrigues da. *El Impacto de la Criminología Mediática en la Implementación de las Audiencias de Control de Detención en Brasil*. *Criminologia*. Fernando de Brito Alves & Rogelio Barba Alvarez, organizadores. 1. ed. Jacarezinho, PR: UENP, 2020. (Anais do X Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito), p. 9-12.

¹³ No original: “Researchers have found – to no one's surprise – that crime makes up a large and growing portion of the stories told by the news media. The numbers vary depending on the country, but most surveys show crime makes up about 10 to 30 per cent of newspaper content, with quality newspapers at the low end of that range and tabloids at the top. National television news tends to carry more crime, and local TV more still. A survey of local television news in the United States by the Center for Media and Public Affairs found one story in five involved crime, making it by far the most popular subject. Another consistent finding in the research is that the media focus heavily on individual acts and say little about broader contexts and issues. Reporters tell us about the little old lady held up at gunpoint. They don't tell us how many little old ladies are held up at gunpoint, whether more or fewer are being held up than in the past, who is holding them up and why, or what policies might protect little old ladies. So we should be careful with our terms. The media actually pay very little attention to 'crime.' It is 'crimes' they can't get enough of” (GARDNER, Dan. *Risk: the scene and politics of fear*. London: Virgin Books. 2008 – livro eletrônico)

O filósofo sul-coreano alude a uma chamada “sociedade da transparência”, que, embora possa viabilizar hiperinformação e hipercomunicação, tratam-se de fenômenos que trazem consigo um acúmulo de informações que, por si sós, não produzem qualquer verdade, na medida em que são desprovidos de direção, saber e sentido.¹⁴ Verifica-se, assim, nas redes sociais, um espaço, aparentemente, ainda mais nocivo e propício para o recrudescimento da chamada criminologia midiática, pois, na arena das redes sociais, nos dizeres de Han, quanto mais informação se libera, mais o mundo se faz fantasmagórico, pois, em um determinado momento, a informação não é mais informativa e sim deformadora e a comunicação não mais comunicativa, mas sim cumulativa.¹⁵

De todo modo, seja pela constatação das investigações de Eugenio Zaffaroni, alusivas ao impacto do discurso midiático, de cariz punitivista, como também pelo espaço aberto pelos debates das redes sociais, que se pode extrair dos aportes de Han, é possível identificar uma abertura para um estado de constante alarme à população, no qual o Direito Penal acaba sendo utilizado como uma espécie de válvula de escape, especialmente por parte do legislador, de modo a dar vazão ao chamado Direito Penal meramente simbólico, no qual se lançam mão de novos tipos penais ou a majoração de penas já existentes, postos em vigor tão somente para que o legislador possa sensibilizar e satisfazer os anseios da sociedade.¹⁶

Em sua tese de doutorado, que versa sobre o tema do uso do Direito Penal na seara ambiental, Helena Regina Lobo da Costa trata, especificamente, sobre a utilização simbólica do Direito Penal, que se pode verificar nas chamadas “reações substitutivas do legislador”, como uma das formas mais representativas da legislação penal simbólica, através da qual um ato legislativo acaba sendo editado como meio de acalmar a população e demonstrar presteza, resolução e prontidão por parte do legislador, diante de uma determinada situação ou crise. A autora refere que essa maneira de atuação tem lugar, justamente, em temas sobre os quais haja intensa discussão pela mídia e pelo público, surgindo, assim, o direito penal como a espécie

¹⁴ HAN, Byun-Chul. *Sociedade da transparência*. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2017, p. 24-25.

¹⁵ HAN, Byun-Chul. *No enxame: perspectivas do digital*. Tradução: Lucas Machado. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2018, p. 106. Com destaque para a pertinência (involuntária) da citação feita pelo filósofo à noção de cumulatividade, que, no contexto de sua obra, não se coaduna com a produção de verdades, algo analogicamente similar às críticas que são erigidas à construção dogmática dos crimes de acumulação, como se abordará mais adiante. Nos dizeres do autor, no trecho acima referenciado: “Mais informação e comunicação não esclarecem o mundo por si mesmo. A transparência não torna também [por si mesma nada] clarividente. A massa de informação não produz por si mesma nenhuma verdade. Ela não traz nenhuma luz à escuridão. [...] A partir de um determinado ponto, a informação não é mais informativa [*informativ*], mas sim deformadora [*deformativ*], e a comunicação não é mais comunicativa, mas sim cumulativa”.

¹⁶ DAVID, Décio Franco; BONATO, Gilson. Negacionismo Histórico e caso Ellwanger. Efetividade ou Simbolismo da Norma Penal? Uma Análise sob a perspectiva da teoria do bem jurídico-penal. *Revista Jurídica*, [S.l.], v. 1, n. 46, p. 425-464, jul. 2017. ISSN 2316-753X. Disponível em:

de solução para a crise que se apresenta, sem que haja, por outro lado, maiores preocupações em averiguar a legitimidade ou aptidão da seara penal para tanto.¹⁷

A partir dos riscos ao meio ambiente, centrais às constatações sociológicas atreladas à sociedade do risco, é que se insere o discurso que sustenta a relevância do meio ambiente enquanto bem jurídico-penal digno de tutela, sendo esse segmento um dos mais significativos exemplos do fenômeno da chamada expansão penal. Para Paulo Vinicius Sporleder de Souza, que dialoga com o chamado efeito dúplice do progresso¹⁸, o programa conquistador da humanidade, que impôs o domínio técnico científico como lema das sociedades industriais, traz consigo resultados alarmantes, inserindo a questão ambiental em um primeiro plano na pauta mundial e, por consequência, repercutindo, também no direito penal, traduzindo-se em leis que buscam sancionar os abusos contra o meio ambiente, aqui se inserindo, portanto questões político-criminais e dogmáticas constitutivas do Direito Penal do meio ambiente.¹⁹

Nesse mesmo sentido, Luciano Anderson de Souza assevera que a busca por uma produção industrial de maior viabilidade econômica, que envolva a maior potencialização de lucros possível, com o menor custo, em um contexto de um mercado competitivo e que molda o ideário da população²⁰, é campo propício para uma ampla degradação do meio ambiente.²¹ O autor, assim, refere que é no contexto da sociedade do risco, na expressão de Ulrich Beck, que se cria um ambiente propício no direito penal para uma lógica pragmática de gerenciamento preventivo de riscos, que se voltam tanto para fins de proteção da sociedade atual como em relação às futuras gerações.²²

<<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2015/1296>>. Acesso em: 12 mai. 2021.

¹⁷ COSTA, Helena Regina Lobo da; REALE JÚNIOR, Miguel. *Proteção ambiental, direito penal e direito administrativo*. Tese de Doutorado: Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 117.

¹⁸ Uma clássica crítica sobre a perspectiva do “progresso” como um fenômeno positivo pode ser observada nas teses sobre a história de Walter Benjamin, com especial destaque para sua tese nº 9, conhecida como a tese do “anjo do progresso”, conforme: BENJAMIN, Walter. *Teses sobre o conceito da história*. Tradução: Sérgio Paulo Rouanet. In *Walter Benjamin - Obras escolhidas. Vol. 1. Magia e técnica, arte e política. Ensaio sobre literatura e história da cultura*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987, p. 222-232. Disponível em: <https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3957253/mod_resource/content/1/Teses%20sobre%20o%20conceito%20de%20hist%C3%B3ria%20%281%29.pdf> Acesso em 13 mai. 2021.

¹⁹ SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. O meio ambiente (natural) como sujeito passivo dos crimes ambientais. In. *Direito Penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Coimbra Editora, 2006, p. 246,

²⁰ A competitividade do mercado aparenta guardar relação direta com as demandas inerentes à sociedade de consumo, onde há uma “combinação dos consumidores, sempre ávidos de novas atrações e logo enfatiados com atrações já obtidas, e de um mundo transformado em todas as suas dimensões – econômicas, políticas e pessoais – segundo o padrão do mercado de consumo e, como o mercado, pronto a agradar e mudar suas atrações com uma velocidade cada vez maior” (BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: As consequências humanas*. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999, p. 82-83).

²¹ SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal Econômico – Fundamentos, Limites e Alternativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 113.

²² Ibidem, p. 114. A perspectiva da necessidade de tutela das gerações futuras ganha especial contorno dentro da dinâmica ambiental, onde se afirma existir uma dimensão intergeracional, onde o princípio da solidariedade

Fabio Roberto D’Avila, por seu turno, apresenta posição crítica sobre a maneira pela qual se utiliza da tutela penal para alcançar questões ambientais, referindo que a pretensão de oferecer proteção aos bens jurídicos ambientais traz consigo dificuldades dogmáticas que são, por vezes, insuperáveis, diante das dificuldades de verificação causal sobre os danos ao meio ambiente, que, não por raras vezes, se perdem na multiplicidade e cumulatividade de fatores, e ainda outros fatores. D’Avila também refere que, diante das dificuldades de aplicação das regras clássicas na imputação na seara penal ambiental, acaba o direito penal, neste âmbito, por ensejar uma forte antecipação de tutela, que distancia em demasia a conduta e o objeto de proteção da norma, facilitando a formulação de ilícitos meramente formais, em um prejuízo manifesto à própria noção de ofensividade, fundante do direito penal.²³

Esse breve panorama sobre apontamentos sociológicos, filosóficos e os consequentes impactos destes fenômenos sociais característicos da chamada “sociedade do risco” dentro da seara penal tem a intenção de situar os principais fenômenos que dão os contornos a respeito da construção teórica dos chamados crimes de acumulação, objeto fundante desta pesquisa, a serem abordados nos tópicos a seguir referidos.

1.2. O Conceito e surgimento dos crimes de acumulação

Diante do contexto referido pela sociologia como sendo o da “sociedade do risco” é que se insere a proposta da problemática dos delitos de acumulação, realizada, inicialmente, por Lothar Kuhlen, seu precursor. Os delitos cumulativos estão dentro deste contexto de transformações do Direito Penal, tendo demandas como a necessidade de se conferir maior proteção aos bens jurídicos coletivos, permitir alterações em regras de imputação do delito, e, também, questionamentos sobre a própria capacidade de rendimento da teoria do bem jurídico no atual estágio de desenvolvimento social e de intensificação dos riscos.²⁴

Em seu segundo texto central para a compreensão de sua problemática a respeito dos delitos de acumulação, Lothar Kuhlen, catedrático da Universidade alemã de Mannheim, traça uma relação entre esta forma de imputação com a contemporânea maneira de viver – com a

implica em responsabilidades e deveres “das gerações contemporâneas ‘viventes’ em resguardar as condições existenciais para as pessoas que virão a habitar o planeta, devendo-lhe olhar para o futuro de um povo” (SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Thiago. *Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 60-61).

²³ D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 107-108.

²⁴ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *A tutela (não) penal dos delitos por acumulação*. In. *Revista Liberdades* - nº 14 - setembro/dezembro de 2013. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, p. 28. Disponível em: <<https://ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/456/7364>> Acesso em 16 mai. 2021.

ressalva que este segundo texto foi publicado em 1993 – da humanidade, a qual ocasiona uma massiva poluição ambiental, tornando indispensável a crescente importância para preservar os recursos naturais, enquanto bases fundamentais da vida (*natürlicher Lebensgrundlagen*).²⁵

Para o autor, como as sociedades industriais de massa, inevitavelmente, se relacionam com uma intensa poluição ambiental, isso tornaria necessária uma adequação das estruturas de imputação, pois o Direito Penal tradicional (*Kernstrafrecht*) não seria suficiente para enfrentar os novos desafios infligidos pela sociedade do risco. Além de outras adequações abordadas no texto, Kuhlen dedica especial atenção para a necessidade de se proceder um abrandamento do nexos causal entre a conduta e o bem jurídico, especialmente para que pudessem estar ao alcance do Direito Penal condutas individuais não relevantes, por si sós, no âmbito da punição do crime de poluição das águas, tutelado pelo § 324 do Código Penal Alemão (StGB).²⁶

Segundo aponta Susana Aires de Sousa, a tutela penal do meio ambiente consiste no campo experimental, por excelência, para a estruturação cumulativos, tendo cabido a Lothar Kuhlen o papel fundamental de introduzir esta categoria dentro do discurso dogmático, ao tratar do tipo penal de poluição das águas.²⁷ A autora sintetiza a proposta de Kuhlen referindo que os delitos cumulativos (*Kumulationsdelikte*) se referem às ações que são, em si mesmo, inofensivas, mas que, uma vez praticadas de forma generalizada, poderiam, em uma avaliação realista, produzir um evento danoso, como a contaminação das águas do rio, no caso do tipo penal analisado por Kuhlen para sistematizar sua proposta.²⁸

Em escrito específico sobre o tema dos delitos cumulativos, Lauren Loranda Silva Costa²⁹ menciona que o autor responsável pela denominação dos delitos de acumulação, Lothar Kuhlen, apresentou os conceitos fundantes destes em dois artigos. O primeiro deles teve sua publicação em 1986 – mesmo ano da primeira publicação da citada obra do sociólogo Ulrich Beck –, intitulado “*Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324 StGB)*”³⁰, e que, após ser objeto de críticas, foi reformulado em alguns de seus conceitos,

²⁵ KUHLEN, Lothar. Umweltstrafrecht — auf der Suche nach einer neuen Dogmatik. In. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 105, 1993. Berlin / New York. Walter de Gruyter, p. 697

²⁶ Ibidem, p. 698.

²⁷ SOUSA, Susana Aires de. *Os crimes fiscais: análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador*. Coimbra Editora, 2009, p. 227.

²⁸ Ibidem, p. 226-227.

²⁹ COSTA, Lauren Loranda Silva. *Os crimes de acumulação no direito penal ambiental*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011, p. 34-35.

³⁰ Podendo ser traduzido por “O resultado do delito de contaminação das águas”, com alusão ao § 324 do Código Penal Alemão, ou *Strafgesetzbuch*, cuja abreviação corriqueira é StGB. O tipo penal mencionado no título do artigo de Kuhlen como já visto, diz respeito à incriminação da conduta de poluição das águas. No mesmo sentido é a tradução feita por Décio Franco David sobre o título do artigo de Kuhlen, em dissertação onde também tratou do tema dos delitos de acumulação, conforme: DAVID, Décio Franco. *Delitos de Acumulação e Proteção Ambiental*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 162, nota de rodapé nº 558.

encaminhando à publicação de um novo artigo, em 1993, intitulado “*Umweltstrafrecht — auf der Suche nach einer neuen Dogmatik*”³¹, no qual são tratados outros temas para além do delito previsto no § 324 do Código Penal Alemão, como a questão da acessoriedade administrativa³² em matéria penal ambiental e sobre a questão dos bens jurídicos ecológicos (*ökologische Rechtsgüter*).³³

Mesmo que os primeiros escritos de Lothar Kuhlen, a respeito do tema investigado, remontem ao ano de 1986, Matheus Almeida Caetano registra a influência, para o pensamento de Kuhlen sobre os delitos de acumulação, de um artigo de Otto Backes, publicado em 1973, intitulado “Direito Penal Ambiental” (*Umweltstrafrecht*), onde são traçados pontos que podem ser considerados embrionários para a construção dos delitos de acumulação, os quais, em um momento posterior, viriam a ser sistematizados por Kuhlen.³⁴

Caetano, em sua dissertação sobre o tema, refere que o texto de Backes é pioneiro ao constatar a existência de ações individuais que, embora não vistas como nocivas, “quando vão ao encontro de outras, de assemelhadas propriedades, em virtude de um aumento quantitativo, provocam alterações qualitativas que configuram verdadeiras ações de contaminação”.³⁵ O autor refere, por fim, a uma alusão a um questionamento que permanece ao fim do artigo de Backes, onde este último indaga qual a maneira pela qual poderia o direito penal proteger de uma maneira eficiente a saúde, ainda antes dos perigos resultantes da acumulação, ao qual Kuhlen aparenta ter objetivado desenvolver, em seu artigo de 1986, anos depois.³⁶

Ainda previamente à publicação do primeiro artigo de Lothar Kuhlen, um outro autor citado como influência para a sistematização dos delitos cumulativos, tal qual fora realizada por este, é Fritz Loos, em artigo de 1974, no qual se analisava a figura cumulativa dentro da ótica do delito de corrupção. Segundo Loos – em uma sistemática que, posteriormente, será abordada por Lothar Kuhlen para o caso específico do delito de poluição das águas – o crime

³¹ Em tradução livre do autor: “Direito Penal Ambiental – Em busca de uma nova Dogmática”

³² Lothar Kuhlen se refere ao instituto através da denominação *Verwaltungsakzessorietät*. O tema, na literatura nacional, é campo de debate sobre qual a denominação correta. Helena Regina Lobo da Costa sustenta que o correto seria o uso do termo “assessoriedade” administrativa, pois o papel do direito administrativo, em complemento à norma penal, é assessorar e auxiliar na construção do tipo penal, não havendo necessariamente uma dependência do direito penal ambiental em relação ao direito administrativo, conforme: COSTA, Helena Regina Lobo da; REALE JÚNIOR, Miguel. *Proteção ambiental, direito penal e direito administrativo*. 2007. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007 p. 62. Por outro lado, é possível encontrar a expressão “acessoriedade” administrativa, dentre outros, em: GRECO, Luís. A relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo no Direito Penal Ambiental: Uma introdução aos Problemas da Acessoriedade Administrativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 58, p. 155-156, 2006; CARVALHO, Érika Mendes de. Ensaio sobre o significado dogmático da acessoriedade administrativa nos delitos ambientais. *Revista Liberdades - Edição Especial*, dezembro de 2011; LOBATO, José Danilo Tavares. *Direito Penal Ambiental e seus fundamentos: parte geral*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 41.

³³ KUHLEN, Lothar. Op. Cit., passim.

³⁴ CAETANO, Matheus Almeida. Op. Cit. p. 226-227.

³⁵ CAETANO, Matheus Almeida. Op. Cit. p. 227.

³⁶ Ibidem, p. 2272.

de corrupção somente pode ser compreendido a partir de uma perspectiva cumulativa, porque o funcionamento da Administração Pública apenas poderá ser lesado de uma maneira relevante e mensurável caso se constate uma grande repetição de práticas.³⁷

Referenciados alguns escritos que, de alguma maneira, dialogaram com a estrutura que viria, posteriormente, a ser desenvolvida por Kuhlen, em um olhar específico para a tutela penal meio ambiente, mais especificamente do crime de poluição das águas, volta-se, agora, a análise, aos escritos de Kuhlen, que, como já visto acima, estão centrados em dois artigos de intensa repercussão para as ciências criminais, especialmente diante do cenário de expansão do Direito Penal em direção a novos interesses, aborda ao início deste trabalho.

Décio Franco David, por seu turno, ao analisar as posições abordadas nos dois artigos de Kuhlen, os identifica como sendo momentos diferentes e com distintas abordagens por parte do catedrático de Mannheim, mas que preservam a estrutura basilar de Kuhlen acerca dos delitos de acumulação.³⁸ Também nas pesquisas de Matheus Almeida Caetano, em sentido convergente com os apontamentos feitos por Lauren Costa³⁹, são identificadas “duas fases” dentro do debate proposto por Kuhlen. A primeira fase é aquela vinculada ao artigo de 1986, onde o artigo cataloga o crime do § 324 do Código Penal Alemão como um tipo cumulativo, ao passo que em sua segunda fase, que se verifica em seu escrito de 1993, o autor busca enfrentar críticas feitas à ideia sistematizada no seu texto inicial, enfatizando outros pontos comuns ao Direito Penal Ambiental, não restritos aos crimes cumulativos.⁴⁰

No entanto, mesmo que sejam textos distintos, com um lapso temporal de 07 (sete) anos entre suas respectivas publicações, em relação ao objeto desta pesquisa, que se centra nos delitos cumulativos, há uma relativa tranquilidade em reconhecer que Kuhlen, nesses dois momentos, preserva as mesmas concepções fundamentais sobre esse tema.

O penalista alemão, ao centrar sua análise no já citado tipo de poluição das águas, que é incriminado pelo § 324 do Código Penal Alemão (StGB), parte do pressuposto de que a água deve ser vista como bem jurídico ecológico essencial à base fundamental da vida humana (*Lebensgrundlagen*), centrando os argumentos na ideia de que o § 324 abarca uma nova categoria de delitos que, diferentemente do que acontece com os delitos tradicionais, fundamentados na premissa tácita de que a ação relevante para fins penais, deve, necessariamente, ser individual, nos delitos de acumulação não se exige que a ação individual

³⁷ BRANDÃO, Nuno. Bens Jurídicos Colectivos e Intervenção Penal Coletiva. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, ano 25, números 1 a 4, janeiro-dezembro, 2015, p. 43-44.

³⁸ DAVID, Décio Franco. Op. Cit. p. 162.

³⁹ Vide nota de rodapé nº 27.

⁴⁰ CAETANO, Matheus Almeida. Op. Cit. p. 228-229.

conduza a uma lesão ou perigo ao bem jurídico. Basta que a ação individual, no contexto da acumulação, que, caso seja realizada em grande número, possa ensejar lesão ou perigo ao bem jurídico tutelado.⁴¹ Essa é, portanto, a ideia central comum a ambos os escritos de Kuhlen.

No primeiro artigo de Lothar Kuhlen, publicado na Revista *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*⁴², em 1986, o autor analisa, em abstrato, a conduta de quem promove ao despejo de esgotos domésticos no Rio Main (Meno), rio que banha a cidade de Frankfurt⁴³, a partir das lentes de uma conduta que, por si só, não seja significativa. Elenca como exemplo, assim, a ação individual de uma pessoa que reside às margens deste rio alemão, cuja casa não possui a ligação à rede de esgoto, razão pela qual despeja seus dejetos, juntamente a restos de comida dentro do próprio rio, classificando essa conduta em potencial como modalidade diversa em relação aos delitos de dano ou perigo (concreto ou abstrato)⁴⁴, na qual a acumulação deveria ser tomada como estrutura de interpretação deste tipo penal.⁴⁵

O que se vê, assim, é que Lothar Kuhlen insere em suas pesquisas as preocupações que se fazem presentes nos diagnósticos pessimistas da sociedade do risco, buscando, a partir de seu objeto de pesquisa, desenvolver uma certa relativização de mecanismos de imputação penal, para alcançar condutas individuais, mesmo que insignificantes caso analisadas por si sós, mas que caso reverberadas por diversas outras pessoas, em uma perspectiva cumulativa, poderiam ensejar danos irreversíveis aos recursos naturais, enquanto bases estruturantes da vida humana. Vislumbra o autor, assim, legitimidade⁴⁶ no Direito Penal para conferir tutela

⁴¹ BARATA, João Vasco Cruzeiro Oliveira. *Crimes Cumulativos: Fundamentos Teóricos e Aplicabilidade Prática*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013, p. 47-48. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/34809>> Acesso em 18 mai. 2021

⁴² Conforme: <<https://madoc.bib.uni-mannheim.de/18365/>> Disponível em 18 mai. 21

⁴³ Vide *website da Prefeitura da Cidade de Frankfurt Am Main: About Frankfurt: City Culture on the river*. <<https://frankfurt.de/english/discover-and-experience/about-frankfurt/city-culture-on-the-river>> Acesso em 19 mai. 2021

⁴⁴ Sobre a diferença existente entre as distintas classificações de delitos, a partir da perspectiva do princípio da ofensividade, pondera Paulo César Busato: “A ofensividade, pois, traduz o grau de ofensa ao bem jurídico. Um bem jurídico pode ser ofendido porque lhe foi causada uma lesão, ou apenas um perigo. Assim, quando ao resultado jurídico, os delitos se classificam em delitos de dano ou lesão – que preveem a destruição ou vilipêndio do bem jurídico (ex.: homicídio, roubo) – e delitos de perigo – que põem em risco o bem jurídico. Estes últimos se subdividem em crimes de perigo concreto – cuja consumação depende da efetiva comprovação de exposição a perigo do bem jurídico (ex.: incêndio, crime de perigo comum) – e crimes de perigo abstrato ou presumido (ex.: porte ilegal de armas, tráfico ilícito de entorpecentes)” (BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral, volume 1*. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 242-243).

⁴⁵ DAVID, Décio Franco. Op. Cit. p. 163.

⁴⁶ Em sentido contrário e crítico à legitimidade do Direito Penal e as funções por ele exercidas, a partir de uma perspectiva fática centrada na realidade latino-americana, por todos: ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução: Vania Romano Pedrosa. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 38-44 e *passim*. Tomando o trabalho de Zaffaroni por referencial, para uma perspectiva do papel da academia e da pesquisa penal: KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. SILVA, Lucas Nogueira Rodrigues da; A Contribuição da Teoria do Quarto Poder de Schünemann para o controle racional de um sistema penal deslegitimado. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*, v. 6, n. 1, p. 24-40. Jan/Jun. 2020. Disponível em: <[peghttps://www.indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/6415/pdf](https://www.indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/6415/pdf)> Acesso em 19 mai. 2021.

aos direitos das próximas gerações humanas, contexto no qual direito fundamental ao meio ambiente equilibrado assume grande relevo.

Posteriormente, ao lançar das bases de sua teoria dos crimes cumulativos, em 1986, é que foi publicado, em 1993, um novo texto do mesmo Lothar Kuhlen, no qual o autor dialoga com algumas críticas erigidas à sua teoria, feitas em atenção ao seu primeiro artigo – as quais serão tratadas, topicamente, mais adiante no presente trabalho – e aumenta o escopo da sua análise para enfrentar outras questões sensíveis, concernentes ao Direito Penal Ambiental. No segundo texto de Kuhlen, já mencionado introdutoriamente neste texto⁴⁷, quando se abordou a relação dos delitos de acumulação com a perspectiva da sociedade do risco, o penalista alemão trata, de maneira conjunta, dos bens jurídicos ecológicos, da assessoriedade administrativa⁴⁸, da questão dos bens públicos e sua relação com o Direito Penal Ambiental⁴⁹ e, por fim, sobre a necessidade de alargamento (abrandamento) da relação entre as condutas e o bem jurídico tutelado pelo tipo penal estudado por Kuhlen (poluição das águas).⁵⁰

Sobre o citado alargamento que o autor entendia necessário de se realizar entre o nexo que existe entre a conduta e o bem jurídico, após identificar dificuldades para a penalização de condutas lesivas ao meio ambiente, Kuhlen rompe com a teoria tricotômica⁵¹ do tipo penal (delitos de lesão, delitos de perigo concreto e delitos de perigo abstrato), para, assim, cunhar a perspectiva dos delitos cumulativos.⁵²

O que afirma Lothar Kuhlen, para tanto, é que, na época em que ocorreu a publicação de seu segundo texto (1993), existiam contaminações das águas de caráter não significativo –

⁴⁷ Conforme nota n. 25

⁴⁸ Para um adensamento sobre os conceitos da assessoriedade (ou acessoriedade) administrativa, que refoge ao alcance deste trabalho, reiteram-se as referências constantes na nota de rodapé n. 30, destacando, também, para: FALAVIGNO, Chiavelli Facenda; COSTA, Helena Regina Lobo da. *O risco de deslegalização no direito penal: análise da complementação administrativa do ordenamento punitivo*. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-13112020-164957/pt-br.php>> Acesso em 19 mai. 2021; SANTIN, Valter Foletto. *Crime econômico no comércio de combustível adulterado*. São Paulo: Editora Verbatin, 2012, p. 55-57. Trata-se, neste, do tópico dedicado pelo autor ao trato da presença da norma penal em branco no tipo penal de comércio de combustíveis, com ampla revisão bibliográfica.

⁴⁹ Nesse ponto, Kuhlen dialoga com fundamentos filosóficos de sua construção dos delitos cumulativos, aqui se inserindo a figura do chamado “free-rider (ou free-loader)”, que também será tratado com mais profundidade adiante, quando analisados os fundamentos dos delitos cumulativos.

⁵⁰ Nos dizeres do próprio Lothar Kuhlen: “[...] eine spezifisch gelockerte Beziehung zwischen Handlung und Rechtsgut im Umweltstrafrecht” (KUHLEN, Lothar. Op. Cit. p. 698). Em tradução livre: “um específico abrandamento (ou afrouxamento) do nexo entre a ação e o bem jurídico no Direito Penal Ambiental”.

⁵¹ Sobre a referida divisão, conferir nota de rodapé n. 42.

⁵² CAETANO, Matheus Almeida. Op. Cit. p. 263-264. Nos dizeres do próprio Lothar Kuhlen, com a utilização de tradução livre pelo autor, com alusão a expressões utilizadas no texto original “Outro desafio, pelo menos *prima facie*, também novo, é o que existe poluição ambiental (Umweltbelastungen) digna de nota (nennenswerte) que não pode ser rastreada até ações individuais específicas. Em vez disso, essas ações não resultam em nada de espetacular, se vistas por si mesmas. Caso alguém tente usar o auxílio do direito penal para prevenir os danos constituídos por tais ações, então terá que admitir um afrouxamento do nexo causal entre a ação e a lesão ao bem

a partir das lentes do princípio da ofensividade – causadas por um significativo número de ações isoladas, e que precisariam ser repelidas com auxílio do direito penal, fato este que importaria o sustentado abrandamento da relação e o bem jurídico, na medida em que a ligação da responsabilidade penal na ação isolada seria imprescindível. Kuhlen, assim, alude à redação do § 324 do Código Penal Alemão (StGB), para encampar que o dispositivo não traz sequer a exigência de exposição a perigo do bem jurídico tutelado, pelas ações isoladas (cada ato individual de poluição, analisado isoladamente). Busca-se, assim, dar um tratamento novo socialmente, por meio do uso de instrumentos penais.⁵³

Portanto, em síntese das ideias expostas, é possível fracionar os crimes de acumulação em três pressupostos teóricos básicos: (i) a existência de condutas irrelevantes penalmente, se analisadas de maneira individualizada; (ii) necessidade de estas condutas serem praticadas por uma coletividade de pessoas; (iii) o risco ao bem jurídico surge a partir do somatório de tais ações, ainda que praticadas por agentes diferentes.

1.3. Referenciais filosóficos dos crimes de acumulação

Em um segundo momento, na estrutura do presente trabalho, objetiva-se um giro pelas perspectivas filosóficas que permeiam os delitos cumulativos, tendo em vista que existem leituras diferentes em relação aos delitos cumulativos, mas ambas com um mesmo ponto de partida: o princípio da isonomia. A depender da abordagem que se utiliza para enfoque nos delitos cumulativos, podem ser distintas as conclusões sobre sua legitimidade.

Passa-se, assim, à próxima etapa desta pesquisa, a partir de revisão bibliográfica sobre ambas as perspectivas dos delitos de acumulação, sob a ótica da igualdade de tratamento em sua forma atrelada ao liberalismo e à filosofia moral, em contraposição à perspectiva crítica em face dos delitos de acumulação, a partir de uma lógica da isonomia substancial, e que põe em foco a questão das desigualdades sociais, especialmente na realidade latino-americana.

1.3.1. Perspectiva liberal: O comportamento egoístico do *Free-Rider* (ou *Trittbrettfahrer*)

Ao analisarmos os delitos de acumulação sob a perspectiva das diferentes matrizes do princípio da igualdade de tratamento (isonomia), também nos estudos sobre o tema da técnica

jurídico, visto que é indispensável a conexão (Anknüpfung) da responsabilidade penal (Strafhaftung) ao ato individual (Einzelhandlung)” (KUHLEN, Lothar. Op. Cit. p. 698).

⁵³ Ibidem, p. 264 .

da acumulação em matéria penal, verifica-se a presença da bastante debatida cisão entre as perspectivas do princípio da igualdade: sob a ótica do liberalismo (com uma natureza formal) e aquela tratada por substancial (ou material), normalmente atribuída à perspectiva do Estado Social, vinculado aos direitos fundamentais de segunda dimensão.

Pelo que indica a pesquisa bibliográfica subjacente ao presente trabalho, os autores que perfilham de posições favoráveis aos delitos acumulativos, tendo por norte a perspectiva de Lothar Kuhlen, tendem a sustentar a posição de que os delitos de acumulação deteriam, em termos de sua fundamentação filosófica, plena legitimidade, pautada, justamente, nas raízes do princípio da igualdade de tratamento, sob a perspectiva formal, cujo surgimento, como já visto, remonta às revoluções⁵⁴ liberais-burguesas, que solaparam o Antigo Regime, ainda nos idos do século XVIII.

Segundo Matheus Almeida Caetano, em dissertação específica acerca dos delitos de acumulação, este setor doutrinário está fundamentado nas teses da Filosofia Moral de traços liberais, a qual é bem representada pelo brocardo “A sua liberdade termina onde começa meu nariz”, de modo que tais autores usam do princípio da igualdade para justificação de delitos cumulativos e não como forma de os criticar. Isso porque partem da perspectiva do modelo do puro contratualismo social, descompromissado com assegurar a efetiva igualdade entre todos os cidadãos, mas com ênfase na segurança aos contratantes.⁵⁵ Assim, dentro deste contexto de igualdade formal, as violações de normas de conduta (ainda que ínfimas), seriam violações ao princípio da igualdade.

Uma figura central, oriunda da filosofia moral, da qual se utilizam os autores que usam desta concepção do princípio da igualdade, para abordar a questão dos delitos cumulativos, é a do “passageiro sem bilhete” (*Trittbrettfahrer*, *free-rider* ou *freeloader*). Para John Rawls, o *free-rider*, juntamente da “ditadura da primeira pessoa” representaria uma concepção egoísta daquele que espera que todos ajam de forma justa, exceto o próprio indivíduo, caso assim escolha.⁵⁶ Mais adiante, em sua obra, Rawls faz uma breve análise do problema do *free-rider*, ao tratar sobre os sistemas econômicos, que bem esclarece sobre os motivos pelos quais tanto se utiliza desta alegoria, como meio a fundamentar os delitos de acumulação:

⁵⁴ Ainda que, historicamente, se reconheça o caráter revolucionário dos levantes da burguesia francesa no século XVIII, em contraposição ao absolutismo representado pelo Antigo Regime, é relevante a discussão sobre o caráter temporalmente limitado deste âmagô revolucionário, que dura até o alcance dos seus objetivos políticos. Após isso, a burguesia abandona a retórica revolucionária de outrora e passa a exercer papel de manutenção do estado atual das coisas, convertendo-se ela própria no *antigo regime*. Nesse sentido, conferir: FERNANDES, Florestan. *Apontamentos sobre a Teoria do Autoritarismo*. São Paulo: Expressão Popular, 2019, p. 66-67.

⁵⁵ CAETANO, Matheus Almeida. Op. Cit., p. 341.

⁵⁶ RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Belknap Press of Harvard University Press, 1999, p. 124 e 136

Vários fatores dos bens públicos derivam dessas duas características. Em primeiro lugar, há o problema do passageiro sem bilhete. Quando o público é numeroso e inclui vários indivíduos, há uma tentação para cada pessoa de tentar se esquivar de fazer sua parte. Isso se dá porque, o que quer faça um homem, sua ação não irá afetar significativamente o montante produzido. Ele considera a ação coletiva praticada pelos outros como algo já consolidado, de um modo ou outro. Se o bem público é produzido, o prazer na sua fruição não é reduzido pelo fato de o indivíduo não ter prestado sua contribuição. Caso não seja produzido o bem, a sua ação também não teria alterado a situação de qualquer maneira. Exemplo disso é que o cidadão recebe a mesma proteção contra a invasão estrangeira, ainda que não tenha pago os seus impostos.⁵⁷

A figura do *free-rider* (ou *free-loader*) também é mencionada no quarto volume do tratado de Joel Feinberg sobre limites morais da lei penal. Segundo este autor, a conduta de *freeloading*, que pratica o agente que não custeia seu bilhete de passagem, seria uma trapaça, onde este (o *free-rider*) explora a cooperação dos outros em seu próprio benefício, tirando vantagens destes. Outrossim, Feinberg tece os delineamentos que aparentemente aproximam os delitos de acumulação e a conduta do *free-loader*, pois parte justamente da premissa de que muitos dos semelhantes (ao passageiro sem bilhete) poderiam praticar o mesmo, trazendo danos a todos os ditos passageiros regulares.⁵⁸

Por outro lado, quando os demais cumprem com todas as suas obrigações, os efeitos danosos decorrentes de um único *free-rider* poderiam ser tão triviais e diluídos, que sequer contariam. Ademais, também o autor afirma que, quando um passageiro (apenas) não paga seu bilhete de passagem, os outros passageiros dividem entre si os custos do transporte, refletido nos valores ajustados por aquele que explora o transporte, os quais poderiam ser majorados em alguns centavos, em razão do não pagamento daquele passageiro, que tira vantagem dos demais.⁵⁹ Para os fins da filosofia moral, portanto, a conduta que pratica o *free-rider* subverte completamente o universo da moral, pois a “desonestidade é recompensada e a honestidade é penalizada (ou ao menos não recompensada)”.⁶⁰

⁵⁷ Op. Cit. p. 267. Versão original (tradução livre): “Various features of public goods derive from these two characteristics. First of all, there is the free-rider problem. 6 Where the public is large and includes many individuals, there is a temptation for each person to try to avoid doing his share. This is because whatever one man does his action will not significantly affect the amount produced. He regards the collective action of others as already given one way or the other. If the public good is produced his enjoyment of it is not decreased by his not making a contribution. If it is not produced his action would not have changed the situation anyway A citizen receives the same protection from foreign invasion regardless of whether he has paid his taxes”.

⁵⁸ FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of Criminal Law*, vol. IV. Original University: Press, 1990, p. 13.

⁵⁹ Ibidem, p. 13-14.

⁶⁰ Ibidem, p. 202.

Sendo assim, também irá Lothar Kuhlen usar do *Tritbrettfahrer*, designação alemã ao passageiro sem bilhete, para retirar os fundamentos de legitimação dos crimes de acumulação, em alinhamento com as perspectivas da filosofia moral. Segundo o sistematizador da teoria dos delitos de acumulação, no âmbito destes, o agente, mesmo consciente da relevância de bens públicos, como é caso da água potável, para toda a coletividade, o utiliza exclusivamente aos seus interesses pessoais, prejudicando, assim, os demais interessados que respeitam esse mesmo bem público. É nesse contexto que se situa, para o autor, a violação à igualdade de tratamento, pois não se poderia admitir que aqueles que sempre que fruíram dos bens públicos de maneira responsável sofram o prejuízo advindo deste agir egoístico de um único agente.⁶¹

Complementar ao posicionamento de Kuhlen, é a posição de Andrew von Hirsch, o qual também analisa os delitos de acumulação a partir de lentes do liberalismo, rechaçando a conduta egoísta do “passageiro sem bilhete”. Para Hirsch, os delitos de acumulação estão diretamente relacionados com o restabelecimento da abalada relação de igualdade, na medida em que a tutela penal de bens coletivos, mesmo frente a lesões ínfimas (se tidas de forma individualizada), acabará por trazer consequências danosas a toda a coletividade e até mesmo para o próprio agente. A violação da igualdade, portanto, decorre do agir egoísta, pelo qual todo o esforço de abstenção e de cuidado adotado pelos demais indivíduos, frente ao mesmo bem (na perspectiva originária, a água potável), teria sido em vão.⁶²

Também em Wohlers são retomados aspectos teóricos de Feinberg, com um enfoque especial na violação ao princípio da igualdade, em seu aspecto formal, que representariam os delitos de acumulação. O referido autor, como aponta Augusto Silva Dias, utiliza da ideia que o desvalor da ação cumulativa residiria na “violação do princípio de que todos têm direitos iguais e que a legitimidade da sanção penal respectiva reside precisamente no restabelecimento da igualdade jurídica perturbada”.⁶³

Essa perspectiva, portanto, significaria uma espécie de transferência de responsabilidade do campo jurídico do argumento moral traçado por Feinberg, em seu tratado dedicado aos “limites morais” da lei penal, pois o *free-rider* seria um agente beneficiado com vantagem injusta, às expensas daqueles que cumprem com as suas obrigações, fato que resultaria em uma “situação de desigualdade social, que, dada a consagração constitucional e

⁶¹ DAVID, Décio Franco. Op. Cit. p. 172-173

⁶² Conforme: COSTA, Lauren Loranda Silva. Op. Cit. 52-53, excerto de obra específica, na qual a autora aborda detidamente a obra do autor: HIRSCH, Andrew von. *Fairness, Verbrechen und Strafe: Strafrechtstheoretische Abhandlungen*. Berlin: BWV – Berliner Wissenschafts Verlag GmbH, 2005, p. 89-90 e 99-100.

⁶³ SILVA DIAS, Augusto. What if Everybody did it? Sobre a (in)capacidade de ressonância do Direito Penal à Figura da Acumulação. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Janeiro-Março 2003, Ano 13, nº 1, Coimbra Editora, p. 316-317.

a função juridicamente estruturante do princípio da igualdade, pode ser também de desigualdade jurídica”⁶⁴, frente à qual se legitimaria a intervenção penal.

Essa linha de posicionamento também é adotada por Roland Hefendehl, ao justificar os delitos de acumulação, também a partir da ótica da filosofia moral e do repúdio às condutas egoístas do agente em desprestígio de toda a coletividade. Para o referido autor, em referência aos preceitos da isonomia formal, transportando-os para o campo da dogmática penal, não se pode admitir, ao agente que viola norma de conduta, lesionando o bem jurídico de uma grande quantidade de destinatários, que alegue em seu favor a irrelevância penal de sua conduta. Isso porque não haveria razão para que o ordenamento jurídico-penal prestigie um destinatário da norma frente aos demais.⁶⁵

Marcel Figueredo Gonçalves, ao sintetizar o fundamento da filosofia moral como base da construção dos delitos cumulativos, afirma que se trata de analisar a conduta aproveitadora do chamado *free-rider*, usando dos padrões morais de uma sociedade democrática, que tem como regra a existência de indivíduos cooperantes, pois o aproveitamento – em uma acepção negativa – indicará uma “malícia” moralmente desvalorada.⁶⁶ Refere o autor que o conceito da filosofia moral se utiliza de uma “concepção liberal de pessoa”, como homem cooperante, e que considera o ser humano como alguém de quem se pode esperar respeito com as formas jurídicas e democráticas, adequada a um conceito de contratualismo. Por outro lado, o dito *free-rider* se beneficiaria com uma não cooperação, às expensas de todos os demais, que não se veem compensados por sua atitude honesta.⁶⁷

Portanto, a partir dos teóricos acima referidos, é possível verificar que eles usam do princípio da isonomia formal para tecer suas análises acerca da legitimidade dos delitos de acumulação. O princípio da igualdade, em seu aspecto formal, como visto, é historicamente atrelado ao soerguimento dos interesses da burguesia e possui caráter eminentemente liberal, e que mantém sua importância ainda no contexto do Estado Democrático e Social de Direito.

Os autores remontam, assim, ao conceito do *free-rider*, bastante abordado nas filosofias da moral, como é o caso de John Rawls e, mais diretamente, de Joel Feinberg, como forma de buscar legitimidade à criminalização deste agir egoísta do agente, em desfavor dos

⁶⁴ Ibidem, p. 317.

⁶⁵ HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In. HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 188-189.

⁶⁶ GONÇALVES, Marcel Figueiredo. Sobre a fundamentação dos delitos cumulativos: alguns questionamentos. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, vol. 4., 2014, p. 270. Disponível em: <https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/110/0> Acesso em 21 mai. 2021

⁶⁷ Ibidem, p. 271.

bens públicos – como é o caso do meio ambiente, notadamente partindo do elevado desvalor moral que recai sobre sua conduta egoísta, que proporciona vantagens ao agente infrator, em desfavor de toda a coletividade, que busca cumprir com suas obrigações.

No entanto, até mesmo em razão da elevada polissemia do princípio da igualdade e o seu caráter genérico, para os fins do trabalho, a sua cisão entre a igualdade formal e igualdade substancial (material), faz-se necessário abordar as posições teóricas que analisam os delitos de acumulação sob a ótica da igualdade em seu aspecto material e os eventuais contrapontos existentes à perspectiva da isonomia formal.

1.3.2. A Perspectiva da isonomia material: um olhar para a realidade brasileira

Como visto, a fundamentação filosófica da proposta originária acerca dos delitos de acumulação está pautada em aspectos da filosofia moral e sob a ótica do princípio da isonomia em sua acepção formal, por uma série de autores, dentre os quais o próprio criador da teoria, Lothar Kuhlen. Para tanto, quase que como um denominador comum dentre as abordagens, é a menção à conduta do “passageiro sem bilhete”, como um exemplo de conduta moralmente repudiável, servindo de justificação à técnica de criminalização através da via acumulativa.

É certo, contudo, que os delitos de acumulação foram inicialmente concebidos perante o contexto alemão, razão pela qual se faz necessário voltar os olhos para a realidade de onde se está pesquisando a figura dos delitos de acumulação. E a utilização de uma abordagem a partir do princípio da igualdade, em seu aspecto substancial (material) se revela pertinente a viabilizar a pesquisa sobre esse ponto.

Partindo da realidade brasileira, Matheus Almeida Caetano, em sua dissertação sobre o tema dos delitos de acumulação, defendida perante o programa de pós-graduação em direito da Universidade Federal de Santa Catarina, abre divergência com a posição que fundamenta os delitos de acumulação sob a ótica da isonomia formal, sob a alegação de que haveria uma presunção acrítica de uma igualdade entre os contratantes, a qual desconsidera que o próprio Estado não fornece aos indivíduos os mais básicos direitos, como pavimentação de ruas, água tratada, rede de esgotos, meio ambiente saudável e tantas outras necessidades fundamentais. Assim, sustenta o autor que o descumprimento das obrigações básicas do Estado com os seus

cidadãos, como ocorre no contexto brasileiro, retiraria daquele a legitimidade em exigir dos seus cidadãos comportamentos lícitos, como a omissão de poluição, por exemplo.⁶⁸

A posição, de uma certa maneira, se aproxima com a teoria da coculpabilidade penal, desenvolvida por Eugenio Raúl Zaffaroni, através da qual a culpabilidade dos agentes acaba por ser “dividida” com o Estado, justamente em função da sua falha em fornecer as garantias sociais mais básicas. Desta maneira, tem-se que a ordem social não fornece a todos as mesmas oportunidades e, conseqüentemente, exige-se mais destes grupos marginalizados, outorgando à sociedade parte da culpabilidade pela prática de certos tipos penais.⁶⁹

Nos dizeres de Zaffaroni, seria suficientemente óbvio que, em razão de sua pobreza e problemas estruturais e conjunturais, as sociedades latino-americanas registrem importantes e marcadas desigualdades sociais e econômicas, estando elas completamente distantes de serem Estados de bem estar, realidade que não pode ser ignorada pelo direito penal.⁷⁰ A lógica da atuação estatal em nosso contexto segue em sentido oposto, pois ao invés da implementação de políticas públicas inclusivas, que pudessem de alguma maneira mitigar essa realidade de grande desigualdade, o que se verifica é o recrudescimento do sistema penal como mecanismo de contenção dos excluídos da sociedade.⁷¹

Portanto, é com abordagem voltada para a realidade marginal latinoamericana – como de praxe nos escritos do referido autor⁷² – que o penalista argentino tece o panorama da coculpabilidade, fundado na premissa de que não se pode reprovar com a mesma intensidade as pessoas que estão em situações de privilégio e aquelas que estão em situações de extrema pobreza, o que implicaria em “uma clara violação do princípio da igualdade corretamente compreendido, que não significa tratar todos por igual, mas antes tratar de forma igual os que se encontram em igual situação”.⁷³

⁶⁸ CAETANO, Matheus Almeida. Op. Cit. p. 343.

⁶⁹ DOS SANTOS, João Ricardo *Coculpabilidade no Brasil sob a ótica das ciências criminais: vulnerabilidade social no juízo de reprovação penal*. Dissertação (Mestrado Acadêmico Direito). Universidade Estadual do Norte do Paraná, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, 2020, p. 69-70. Disponível em: <<https://uenp.edu.br/doc-propg/pos-graduacao/stricto-sensu-mestrado-e-doutorado/pos-graduacao-direito/teses-e-dissertacoes/dissertacoes-defendidas-1/16723-joao-ricardo-dos-santos/file>> Acesso em 22 mai. 2021.

⁷⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Sistemas Penales y derechos humanos en américa latina (informe final) – Documento final del programa de investigación desarrollado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (1982-1986)*. Coordinador: Profesor Doctor Eugenio R. Zaffaroni. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1986, p. 59. Disponível em: <<http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/10909>> Acesso em 22 mai. 2021.

⁷¹ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Direito penal constitucional e exclusão social*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2010, p. 26.

⁷² Aqui com especial destaque para o capítulo intitulado “o autoritarismo cool na América Latina”, disponível em: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 70-81.

⁷³ Ibidem. p. 59.

Zaffaroni também trata sobre o tema a partir da perspectiva da culpabilidade pela vulnerabilidade, estabelecendo a necessidade de analisar o esforço pessoal do indivíduo para a sua criminalização e o papel do Estado nesse cenário. Para o autor argentino, a posição ou o estado de maior vulnerabilidade social dará origem a um menor nível de culpabilidade pela vulnerabilidade, porque o esforço pessoal para a vulnerabilidade por parte da pessoa não será muito elevado.⁷⁴

Ou seja: há um grande alinhamento com os argumentos apresentados por Matheus Almeida Caetano em relação aos delitos de acumulação, especialmente em relação ao enfoque da isonomia: mas não a isonomia formal, sustentada pelos teóricos dos delitos cumulativos, e sim a que leva em consideração as grandes desigualdades sociais, especialmente na dinâmica de grande desigualdade como a latinoamericana.

Usando desse panorama, Matheus Caetano relembra que a teoria de Lothar Kuhlen teve o seu desenvolvimento a partir de um caso de contaminação de águas praticado por um sítio não integrado à rede coletora de esgotos, em meio às águas do Rio Meno (Main). Por outro lado, uma abordagem feita à luz do contexto brasileiro seria extremamente problemática quando se sabe do grande déficit pelo Estado brasileiro em fornecer cobertura ampla de rede de esgoto, o que faria com que a atuação penal de tais condutas seja, no mínimo, inviável.⁷⁵ Corroborando o argumento deste autor a pesquisa divulgada pelo IBGE, referente ao ano de 2019, na qual se verificou que existem no Brasil, pelo menos 09 (nove) milhões de domicílios que despejavam dejetos de forma inadequada, sendo que a ligação com rede de esgoto não era uma realidade de um em cada três domicílios no Brasil, alcançando 68,3%.⁷⁶

Sobre a latente desigualdade brasileira, ponto central dos fundamentos utilizados por Matheus Caetano, ao criticar a legitimação discursiva dos delitos de acumulação usando da ótica da igualdade formal, de matriz liberal, verifica-se que sua argumentação se alinha com a teoria da subintegração, como concebida por Marcelo Neves, ao tratar da realidade brasileira. Segundo o autor, a subintegração, típica da modernidade periférica brasileira, se materializa

⁷⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução: Vania Romano Pedrosa. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 273.

⁷⁵ De forma mais detalhada: "Kuhlen desenvolve sua teoria a partir de um caso concreto, segundo o qual pequenas propriedades suinocultoras ao longo de um rio lançavam dejetos em quantidade ligeiramente acima do permitido pelas regras administrativas. Constatou-se, contudo, que apesar da pouca representatividade dos poluentes lançados ao rio por cada uma das propriedades (insuficiente, portanto, para a caracterização do tipo penal de poluição das águas), a soma dos poluentes despejados por todas as propriedades representava uma deterioração grave da qualidade da água" (OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Op. Cit. p. 28).

⁷⁶ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). *Um em cada três domicílios não tinha ligação com rede de esgoto em 2019* Disponível em: <<http://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/27597-um-em-cada-tres-domicilios-nao-tinha-ligacao-com-rede-de-esgoto-em-2019>> Acesso em 20 mai. 2021.

na exigência de pessoas (os subintegrados) que não dispõem de acesso aos direitos, às vias e garantias jurídicas que lhes deveria fornecer o Estado, mas, por outro lado, são rigorosamente submetidos às responsabilidades por penas privativas de liberdade.⁷⁷ Trata-se, portanto, de um traço fundamental da desigualdade social de nossa realidade, e que bem se coaduna ao que sustenta Matheus Caetano, ao manter posição crítica à incorporação dos delitos cumulativos.

Também nesse contexto, são pertinentes as reflexões suscitadas por Luiz Moreira, em relação à faceta do princípio da igualdade, em ambientes e sistemas de intensa desigualdade. O autor pontua que requerer igualdade, quando se oferecem mesmas oportunidades e mesmos horizontes, é algo substancialmente distinto de se exigir o seguimento de normas que não têm sentido, justamente por desconhecerem sua materialidade cultural, econômica ou jurídica. E, portanto, conclui o autor, ainda que a igualdade seja posta como exigência universal, ela deve se fundar na liberdade e com as exigências factuais de uma sociedade concreta.⁷⁸

A realidade concreta brasileira (e latinoamericana), portanto, deve ser um referencial à pretensão de incorporar teorias estrangeiras, como é o caso dos delitos de acumulação e seu arcabouço da filosofia moral e da igualdade formal. É necessária grande cautela na análise de teorias concebidas em meio a uma realidade totalmente diversa, especialmente quando se está a falar de justificação de ampliação de instrumentos de imputação criminal, como é o caso da técnica dos delitos cumulativos, notadamente com todas as relevantes críticas soerguidas em relação ao referido instituto, tratadas de forma introdutória em tópico antecedente. Ademais, como também ressalva o autor brasileiro, a adoção de grandes cautelas para a incorporação de institutos estrangeiros à realidade brasileira não se dá pautada por uma crítica à colonização do pensamento brasileiro ou desvalorização do conhecimento local⁷⁹, mas antes disso uma forma de se contextualizar de onde se fala e para quem se fala, para evitar distorções.⁸⁰

1.4. Aplicação do critério da cumulatividade no Direito Penal Ambiental

Como já se pôde verificar a partir das pesquisas até aqui desenvolvidas, a sistemática dos delitos cumulativos, tal qual proposta por Lothar Kuhlen, surge vinculada, diretamente, a um tipo penal muito representativo do Direito Penal do ambiente, consistente na poluição de

⁷⁷ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 248 e p. 253.

⁷⁸ MOREIRA, Luiz. *A constituição como simulacro*. 2. ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p. 53.

⁷⁹ Como faz, por exemplo, a Filosofia da *Libertação*, conforme: DUSSEL, Enrique. *Filosofia da libertação: crítica à ideologia da exclusão*. São Paulo: Paulus 1995.

⁸⁰ CAETANO, Matheus Almeida. Op. Cit. p. 343.

águas, dentro do ordenamento jurídico alemão.⁸¹ No entanto, a partir das perspectivas tratadas por Kuhlen, o presente tópico tem a pretensão de analisar contornos mais abrangentes acerca do Direito Penal Ambiental e, especificamente, como a proposta dos delitos cumulativos pode se inserir neste segmento, não apenas à prática da poluição propriamente dita.

De início, de acordo com Thiago Jordace, o Direito Penal do meio ambiente é um dos campos onde melhor se verifica a presença do fenômeno descrito como sendo a expansão do Direito Penal. É na seara ambiental que se projetam diversos dos riscos característicos desta chamada “sociedade do risco”, de modo que a tutela penal passa a se voltar a novos bens jurídicos, principalmente de natureza difusa, como é o caso do meio ambiente.⁸²

Marcio Luiz Coelho de Freitas, por sua vez, ao tratar dos reflexos penais oriundos das características da sociedade do risco, elenca que, em um cenário de danos potenciais de ordem irreversível, o direito penal passa a ser usado como instrumento de gerenciamento de riscos, deixando de lado sua função de proteção de bens jurídicos contra danos ou ameaças concretas e passa a se orientar, assim, até mesmo para intervir em momentos anteriores ao aparecimento do risco concreto de dano.⁸³ O autor, assim, irá sustentar a ideia de que, no Direito Penal que se aplica em matéria ambiental, deve haver uma ponderação de princípios⁸⁴, que envolva, de um lado, o princípio da precaução, em prol do meio ambiente, juntamente de outros princípios aplicáveis à seara penal, como da intervenção mínima e da legalidade estrita.⁸⁵

Aline da Veiga Cabral Campos, igualmente, faz menção à aplicação do princípio da precaução no âmbito do Direito Penal ambiental, sustentando que, em decorrência da natureza transindividual ou metaindividual que permeia o direito ao meio ambiente, que o insere em uma zona de intermediária entre interesses públicos e privados, é que urgiria a legitimidade de o mesmo ser tratado pelo chamado Direito Penal secundário.⁸⁶ O Direito Penal secundário, ao qual se refere a autora, é conceituado por Jorge de Figueiredo Dias como sendo o “conjunto

⁸¹ Conforme nota de número 30 do presente texto.

⁸² JORDACE, Thiago. *Tutela penal ambiental: necessidade, adequação e viabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 128-129.

⁸³ FREITAS, Marcio Luiz Coelho de. *Proporcionalidade, bem jurídico e tutela penal do meio ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 137

⁸⁴ O autor alude ao teste da proporcionalidade, para fins de solução dos conflitos entre princípios, matéria esta tratada, como se sabe, de maneira absolutamente exaustiva, e por vezes repetitiva, na literatura, a partir das obras de Robert Alexy e Ronald Dworkin, que tratam sobre a dimensão de peso (*dimension of weight*) dos princípios, os quais, quando em colisão, passarão pelo seu sopesamento, de modo que: “nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência” (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93-94).

⁸⁵ Ibidem, p. 176-177

⁸⁶ CAMPOS, Aline da Veiga Cabral. Precaução penal na era do direito penal secundário. In. *Direito Penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Coimbra Editora, 2006, p. 111

de normas de natureza punitiva que constituem objecto de legislação extravagante e contêm, na sua generalidade, o sancionamento de ordenações de carácter administrativo”⁸⁷.

Também Luiz Regis Prado menciona o vínculo entre o desenvolvimento industrial, os avanços tecnológicos e a urbanização desenfreada, como circunstâncias a tornar dramático e crítico o problema das limitações dos recursos de nosso planeta.⁸⁸ E é circundado em meio a este contexto que a tutela do meio ambiente, enquanto bem jurídico supraindividual, assumirá ainda maior relevância a justificar a incidência penal.⁸⁹

Vladimir Passos de Freitas e Gilberto Passos de Freitas, por sua vez, mencionam que a luta pela defesa do meio ambiente tem encontrado no Direito Penal um instrumento dentre os mais significativos, ressaltando, no entanto, “que não seria necessário criminalizar condutas se houvesse, por parte da sociedade, a compreensão da importância de preservar o meio ambiente, ética ambiental”⁹⁰, referindo, ainda, que as sanções administrativas ou civis não se fazem suficientes para repressão das agressões contra o meio ambiente, em razão de o estigma causado por um processo penal ter efeitos que as demais formas de repressão não alcançam.⁹¹

A posição dos autores, nesse particular, ao defenderem a necessidade de intervenção penal, por se demonstrar mais efetiva, em termos dissuasórios, em relação a outros espaços sancionatórios, se ajusta à visão de Anabela Miranda Rodrigues, que sustenta a necessidade de intervenção penal no campo penal econômico – onde podem se inserir os crimes contra o meio ambiente – a partir da visão de que, no âmbito da criminalidade econômica, os agentes atuam orientados pelos benefícios econômicos que esperam obter a partir de suas condutas, de modo que ao se atribuírem às condutas consequências meramente financeiras (como multas ambientais), estas poderão ser meramente incorporadas aos custos da prática.⁹² A autora,

⁸⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. In: *Temas de direito penal económico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 24. Para o trato de temas característicos ao direito penal secundário, como o denomina Figueiredo Dias, bastante conhecida é a tese cunhada por Winfried Hassemer, do Direito de Intervenção, para preservar ao direito penal o seu núcleo essencial de tutela de bens jurídicos individuais e lhe tolhendo do acréscimo de relativizações de suas regras de imputação. Como refere Ana Carolina Carlos de Oliveira, em dissertação sobre o tema, “integrariam o Direito de intervenção regras provenientes de diferentes normas sancionadoras, conjugando o Direito Penal, ilícitos civis, as contravenções penais, o Direito de polícia e o Direito Tributário” OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Hassemer e o direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa. São Paulo: IBCCRIM, 2013, p. 62.

⁸⁸ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do Ambiente*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 67-68

⁸⁹ *Ibidem*, p. 78-79

⁹⁰ FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 34.

⁹¹ *Ibidem*, p. 34.

⁹² RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito penal económico: uma política criminal na era compliance*. Coimbra: Edições Almedina, 2019, p. 39.

assim, afirma que a pena de prisão seria “a única pena eficaz para responder à necessidade de promover a integração de valores no domínio económico-social”.⁹³

A propósito da inserção dos crimes ambientais dentro do Direito Penal Económico, registra Marina Esteves Nonino que isso deve ao fato de que os problemas do meio ambiente não são problemas alheios à perspectiva económica, mas, antes disso, questões imbricadas ao modelo económico eleito pelo Estado, de modo que seria displicente a posição de não atribuir à proteção do meio ambiente – assim como a outros valores supraindividuais – a natureza de uma vertente do direito penal económico.⁹⁴ A autora assim remete, aludindo à literatura majoritária, que o conceito de ordem económica não se resume mais à tutela da proteção da atividade reguladora do Estado, abarcando, para além disso, toda proteção da regularidade, distribuição e consumo de bens e serviços. Portanto, ainda que existentes dificuldades para delimitar o conceito de Direito Penal Económico⁹⁵, ainda assim poderiam se inserir, dentre os campos que interessam ao direito penal económico, o meio ambiente.⁹⁶

Em sentido crítico, analisando a realidade legislativa do Direito Penal Ambiental no Brasil, Miguel Reale Júnior aponta que o meio ambiente essencial à sadia qualidade de vida, e que se relaciona com a busca do bem das gerações atuais e futuras (direito intergeracional⁹⁷), faz ser essencial a sua proteção contra atos dos seres humanos, para preservação de interesse dos próprios seres humanos.⁹⁸ O autor, no entanto, após analisar o mandado de criminalização elencado no art. 225, § 3º, da Constituição Federal de 1988⁹⁹, e reputá-lo como não sendo

⁹³ Ibidem, p. 34-35.

⁹⁴ NONINO, Marina Esteves. *Delitos de Acumulação e a Tutela Penal do Meio Ambiente*. Dissertação de Mestrado: Centro Universitário Curitiba, 2017, p. 51

⁹⁵ Sobre as dificuldades de delimitar o conceito de Direito Penal Económico, com ampla abordagem sobre o tema, aponta Décio Franco David que: “A dificuldade de um conceito seguro decorre das características desse modelo de intervenção estatal na economia. Como aponta William Terra de Oliveira, ‘o dinamismo, originalidade e instabilidade são marcas próprias do Direito Penal Económico’, daí, então, reforçar a ideia de que conceituar o Direito penal económico seja uma tarefa árdua e que parece, no mínimo, algo controvertido” (DAVID, Décio Franco. *Manual de direito penal económico*. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 119).

⁹⁶ NONINO, Marina Esteves. Op. Cit. p. 51.

⁹⁷ Vide nota de rodapé n. 20 deste trabalho.

⁹⁸ REALE JÚNIOR, Miguel. Meio Ambiente e Direito Penal Brasileiro. In. *Direito penal do ambiente, consumidor, patrimônio genético e saúde pública*. Organizadores: Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 (coleção doutrinas essenciais: direito penal económico e da empresa, v.3), p. 428.

⁹⁹ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

[...] § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. Sobre os mandados de criminalização, que, na ordem constitucional brasileira, também abarcam outras searas, para além da tutela penal ambiental: KAZMIERCZAK, Luiz Fernando; PONTE, Antonio Carlos da. Terrorismo: análise da Lei 13.260/16. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, v.11, n.1, 2017, p. 135-138. Disponível: >https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/345/0> Acesso em 22 mai. 2021;

uma determinação cogente ao legislador ordinário, na medida em que entende que deve haver a necessidade de aferição de merecimento, dignidade do bem jurídico e maior eficiência das outras esferas sancionatórias na defesa e proteção do meio ambiente¹⁰⁰, promove uma análise crítica da legislação penal em matéria ambiental no Brasil (Lei 9.605/1998), concluindo que se trata de diploma legal representativo de uma “expansão de cunho meramente simbólico, instrumentalizando-se o Direito Penal”, tornando necessária uma reconstrução da lei penal ambiental brasileira, pela via de uma larga descriminalização.¹⁰¹

A partir das diferentes perspectivas que se colhem a respeito da tutela penal na seara ambiental, há um denominador comum consistente no reconhecimento da natureza difusa de que desfruta o meio ambiente e, também, da necessidade de preservação do meio ambiente em atenção aos direitos das futuras gerações. Figueiredo Dias ressalva, nesse contexto, que não se pode negar ao Direito Penal sua “quota-parte de legitimação (e de responsabilidade) na proteção das gerações futuras”¹⁰².

E é diante desta característica que permeia os crimes ambientais, caracterizados por representarem ofensas a um bem jurídico supraindividual, que a seara penal ambiental foi um local propício para a sistematização a respeito dos debates sobre os crimes de acumulação, que são considerados a partir da hipótese de sua reiteração. Não por outro motivo que, como já visto anteriormente, o pioneiro no trato dos delitos de acumulação os desenvolveu mediante uma análise dogmática do tipo penal de poluição das águas, elencado no Código Penal alemão e, como ponderam Marina Esteves Nonino e Fábio André Guaragni, os maiores exemplos da perspectiva dos delitos de acumulação estão, entre nós, no rol dos crimes ambientais.¹⁰³

Por outro lado, também as perspectivas de tutela de gerações futuras e com o princípio da precaução não são unânimes ou inquestionáveis, em relação à sua incidência na seara penal, que possui regras de imputação específicas e que levam em conta os pressupostos que permeiam o Direito Penal, como a fragmentariedade e a subsidiariedade. Isso porque, mesmo diante dos mais caros e relevantes direitos de cariz supraindividual, como ocorre com o meio

¹⁰⁰ REALE JÚNIOR, Miguel. Op. Cit. p. 428-429.

¹⁰¹ Ibidem, p. 441.

¹⁰² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O papel do direito penal na proteção das gerações futuras. *Boletim da Faculdade de Direito: Universidade de Coimbra*. Volume Comemorativo dos 75 anos do Boletim da Faculdade de Direito), 2003. Disponível em: < <https://silo.tips/download/o-papel-do-direito-penal-na-protecao-das-geracoes-futuras#>> Acesso em 22 mai. 2021

¹⁰³ NONINO, Marina Esteves; GUARAGNI, Fábio André. A (in)aplicabilidade do princípio da insignificância nos delitos por acumulação. In. *Direito penal, processo penal e constituição III [Recurso eletrônico on-line]* organização CONPEDI/UNICURITIBA; Coordenadores: Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato, Rogério Gesta Leal – Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 265. Disponível em: <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/02q8agmu/a814qh38/j08t3kj32452RiZ9.pdf>> Acesso em 22 mai. 2021

ambiente, ao se lançar mão da imputação penal, deve-se sempre ponderar que o Direito Penal “é permitido apenas como a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos”.¹⁰⁴

E uma perspectiva crítica sobre esses fundamentos e sua aplicabilidade na seara penal ambiental é trazida por Matheus Almeida Caetano, que afirma haver uma ingerência perigosa de princípios e teorias jurídico-ambientais, como é o caso dos princípios da precaução e da equidade intergeracional, e também aspectos que relativizam a imputação individual basilar ao Direito Penal, que aproximam o direito penal neste campo a uma função preventiva, e, por vezes, precaucional, que não se compatibiliza com a função repressiva do Direito Penal. Para o autor, que é um dos marcos teóricos centrais deste trabalho, os delitos de acumulação, e sua aplicabilidade na seara penal ambiental, se caracterizam por uma responsabilização coletiva e objetiva, com a mitigação de relações de causalidade complexas, que ignoram as bases do que se conhece por Direito Penal: a responsabilidade individual e subjetiva e a ofensa ao bem jurídico tutelado.¹⁰⁵

Portanto, em síntese conclusiva das ideias indicadas neste trabalho, verifica-se que os delitos de acumulação têm na seara penal uma de suas facetas mais características, até mesmo porque foi no campo do Direito Penal Ambiental (*Umweltstrafrecht*) que se situaram as pesquisas do autor tido como o precursor teórico dos delitos cumulativos (Lothar Kuhlen). A necessidade de tutela de bens jurídicos supraindividuais, cumulativamente à característica que recai sobre o meio ambiente enquanto direito intergeracional, e a conseguinte necessidade de imposição às gerações atuais de deveres de cuidado para com as gerações futuras, se situam na base teórica de justificação da tutela penal ambiental e da necessidade de buscar meios de coibir condutas, mesmo que insignificantes, mas que, caso reiteradas em larga escala, podem trazer consigo danos irreversíveis ao meio ambiente.

Por outro lado, não se tratam essas posições de unanimidades teóricas, a despeito de a preocupação com o meio ambiente e a necessidade de tutela jurídica do mesmo não encontrar maiores divergências. A questão que se põe é a tensão que se insere dentre as mais basilares categorias de imputação do Direito Penal, que sofrem com as tensões advindas da inserção de categorias estranhas a esta seara que é, por ser o campo sancionatório mais gravoso de todo o

¹⁰⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. O Direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! Sobre os limites invioláveis do Direito Penal em um Estado de Direito Liberal. In. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação: Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 89.

¹⁰⁵ CAETANO, Matheus Almeida. A responsabilidade (diacrônica) pela tutela dos bens ambientais: importantes notas para o direito penal ambiental. *Revista Quaestio Iuris*, vol.10, nº. 03, Rio de Janeiro, 2017. P. 1999-2000. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/27274/21123>> Acesso em 22 mai. 2021

ordenamento jurídico, não se pode confundir, em suas perspectivas, com os requisitos que são válidos para os demais espaços sancionatórios, como o administrativo e o civil.

1.5. Aplicação dos delitos de acumulação em outros segmentos do Direito Penal

Não obstante a figura dos delitos cumulativos tenha surgido diretamente atrelada à tutela penal do meio ambiente, a referida construção teórica, por sua familiaridade com a tutela de bens jurídicos supraindividuais, também pode ter aplicação a outros segmentos do Direito Penal. Susana Aires de Sousa elenca os crimes fiscais e os crimes contra o sistema financeiro como sendo potenciais campos para a incidência dos delitos de acumulação. A autora aponta que o reconhecimento de bens jurídicos coletivos, característico do fenômeno da chamada expansão do Direito Penal, suscetíveis de serem lesados por uma ação individual, possibilitou as construções teóricas dos delitos de acumulação (*Kumulationsdelikte*), calcados na ideia de proibição de generalizações de conduta.¹⁰⁶

1.5.1. Delitos de acumulação e os crimes tributários

A partir dessas considerações de Susana Aires de Sousa, verificam-se, especialmente, no campo dos crimes tributários, posições que sustentam a possibilidade de aplicação dos critérios dos delitos cumulativos, como é o caso da Rafael Alcácer Guirao, que afirma que um ato de natureza defraudatória contra o ente fiscal não seria suscetível de lesá-lo em termos causais, mas que essa lesão apenas pode se dar como decorrência da acumulação de atos fraudulentos.¹⁰⁷ O referido autor, assim, sustenta a tese de que os efeitos cumulativos não são uma exclusividade da tutela penal do meio ambiente, nem tampouco são uma novidade do Direito Penal, mas que são, antes disso, o núcleo ilícito de todos os crimes erigidos em torno de bens jurídicos institucionais, tal como é o caso, para o autor, dos crimes fiscais.¹⁰⁸

¹⁰⁶ SOUSA, Susana Aires de. *Questões fundamentais de direito penal da empresa*. Coimbra: Edições Almedina, 2019, p. 28-29.

¹⁰⁷ “Así, una sola defraudación a la hacienda pública, incluso aunque exceda de la cantidad establecida para determinar su carácter delictivo, no es susceptible de lesionar causalmente la institución; por el contrario, esa lesión sólo puede darse en virtud de la acumulación de actos defraudatorios”. Conforme: ALCÁCER GUIRAO, Rafael. La Protección del futuro y los daños cumulativos. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. RECPC, 04-08, 2020, p. 20. Disponível em: <http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_04-08.pdf> Acesso em 22 mai. 2021

¹⁰⁸ SOUSA, Susana Aires de. *Os crimes fiscais: análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 231-232.

A possibilidade da incidência da figura da cumulatividade no âmbito de crimes fiscais é também analisada por Roland Hefendehl, que considera como bem jurídico tutelado neste campo do direito fiscal o interesse público no recebimento completo e no tempo devido de cada um dos impostos, viabilizando o cumprimento das tarefas estatais. Assim, caso exista um número significativo de contribuintes que descumpram o dever¹⁰⁹ fiscal de pagar impostos, ainda que a conduta individual fraudulenta não seja, por si só, prejudicial às tarefas estatais, é que se faz legítima a incidência do critério da cumulatividade no campo penal tributário.¹¹⁰

E como existe a abordagem específica sobre a incidência dos delitos cumulativos no campo penal tributário, cumulativamente ao fato de que a construção desta teoria, desde seus primeiros passos, está atrelada, necessariamente, à perspectiva da (ausência) de ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma, faz-se pertinente uma breve digressão para identificar quais são os bens jurídicos que buscam tutelar os tipos penais em matéria tributária. Posteriormente, com a sua identificação, é que se poderão traçar alguns critérios para a viabilidade, ou não, da incidência dos delitos cumulativos nesta seara, dentro do contexto normativo brasileiro.

Muito embora a superação da concepção patrimonial pura do objeto de tutela das normas penais fiscais, posição historicamente vinculada ao Estado de polícia, onde o imposto assume a concepção de preço pago pelo contribuinte pelos serviços públicos que lhe são prestados¹¹¹, essa vertente obtém novos contornos pela atual doutrina, que passa a vislumbrar como bem jurídico dos crimes tributários o “erário público”, ou seja: a obtenção das receitas necessárias à consecução das funções estatais.

Nesse sentido trilham Bajo Fernández e Silva Bacigalupo, remetendo o bem jurídico-penal à figura do “erário”, e de modo mediato à tutela da política estatal de arrecadação e alocação de recursos públicos¹¹². Entre nós, Luiz Regis Prado, embora busque afastar uma

¹⁰⁹ Sobre a teoria dos deveres fundamentais, dentre os quais pode ser inserido tanto a obrigação de pagamento de tributos, como também os deveres de defesa e preservação do meio ambiente, ambos muito pertinentes para o estudo e o vínculo com os delitos cumulativos, são centrais os apontamentos da conhecida tese de doutoramento de José Casalta Nabais, que conceitua os deveres fundamentais como “deveres jurídicos do homem e do cidadão que, por determinarem a posição fundamental do indivíduo, têm especial significado para a comunidade e podem por esta ser exigidos” (CASALTA NABAIS, José. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Edições Almedina, 2015, p. 64). E, entre nós, sobre o tema, conferir, com amplo aprofundamento no pensamento de Casalta Nabais: PEREIRA, Ricardo Utrabo. *O dever fundamental de pagar tributos e sua relevância para o estado democrático brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho-PR, 2018. Orientação: Prof. Dr. Paulo Henrique de Souza Freitas. Disponível em: <<https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/11014-ricardo-utrabo-pereira/file>> Acesso em 22 mai. 20201

¹¹⁰ SOUSA, Susana Aires de. Op. Cit. p. 232-233.

¹¹¹ SOUSA, Susana Aires de. Op. Cit. p. 277-278.

¹¹² “En efecto, el delito fiscal no sólo entraña una disminución del valor económico en el Erario Publico, sino que afecta, como resultado propio de uno de los más genuinos delitos económicos, a toda una *política económica social* que incide sobre el ahorro, la inversión, la distribución de la renta nacional, etc.” BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, BACIGALUPO, Silvina. *Delitos tributarios y previsionales*. Buenos Aires: Hammurabi, 2001, p. 55.

concepção puramente patrimonialista, também sustenta que o bem jurídico-penal dos crimes tributários seria o Erário, concebido como o “patrimônio na Fazenda Pública”¹¹³. Por fim, também Rodrigo Sánchez Rios¹¹⁴ considera como bem jurídico-penal imediato dos crimes fiscais o patrimônio do Erário público. Referida posição, contudo, incorre em lacunas, na medida em que o bem jurídico-penal do “Erário” não é hábil a preencher a função de orientação interpretativa de tipos integrantes da ordem penal tributária¹¹⁵, que se espera de qualquer bem jurídico-penal.

A genérica e esfumada concepção de bem jurídico-penal representada pelo “Erário”, além de não fornecer cânones interpretativos seguros para a hermenêutica do ilícito-típico, sequer limita minimamente o poder punitivo, negligenciando sua premente necessidade de crítica à legislação.¹¹⁶ Nesse cenário, consiste o termo “Erário” em um enunciado vago semanticamente e também contrário à própria ordem tributária, pois o sistema fiscal não é a única fonte de renda estatal, e nem tampouco o seu patrimônio do Estado – sinônimo para Erário – restringe-se à arrecadação tributária.¹¹⁷

Por outro lado, em uma espécie de paralelismo com a terminologia da Lei nº 8.137/90, que define os “crimes contra a ordem tributária”, está a posição de Cezar Roberto Bitencourt, ao afirmar que as condutas munidas de relevância, para fins penais tributários, teriam por bem jurídico a ordem tributária, enquanto “atividade administrada pelo Estado, personificado na Fazenda Pública” dos distintos entes da Federação¹¹⁸.

Contudo, à referida posição se opõe a ideia de que a locução “ordem tributária” também não detém aptidão para responder à necessárias concretude e limitação que asseguram a um dado bem jurídico-penal a possibilidade de restringir o poder punitivo, em razão da vagueza do termo¹¹⁹, pois o conceito “ordem tributária”, consiste, sobretudo, em uma organização jurídica; uma disposição dada por normativas de Estado, sendo suas dimensões

¹¹³ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal Econômico*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 353.

¹¹⁴ RIOS, Rodrigo Sánchez. *O Crime Fiscal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1998, p. 50.

¹¹⁵ MARTÍN, Luis Gracia. *Las infracciones de deberes contables y registrales tributários en derecho penal*. Madrid: Trivium, 1990, p. 50-51.

¹¹⁶ ROXIN, Claus. *Novos estudos de direito penal*. Organização: Alaor Leite. Tradução de Luís Greco et al. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 74.

¹¹⁷ RUIVO, Marcelo Almeida. RUIVO, Marcelo Almeida. Criminalidade Fiscal e Colarinho Branco: A Fuga ao Fisco é Exclusividade do White-Collar? In. COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Nascimento da. *Direito Penal, Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier-Latin, 2006, p. 1.199-1.200.

¹¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. *Crimes Contra a Ordem Tributária*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 35-36

¹¹⁹ ESTELLITA, Heloísa. *A tutela penal e as obrigações tributárias na constituição federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 187.

amplas e complexas em demasia, excedendo a alçada de intervenção fragmentária que deve recair sobre o Direito Penal.¹²⁰

Existe, ainda, a corrente que sustenta que, na esfera dos crimes tributários, a finalidade da pena vincula-se ao interesse estatal em auferir a receita tributária, independentemente de outras formalidades, considerando o cenário de elevadas despesas frente a um orçamento que está sempre comprometido¹²¹. Trata-se de posição que encampa a ideia de que o bem jurídico-penal em esfera tributária consistiria na arrecadação fiscal.

No entanto, tomando em conta que a arrecadação tributária é um instrumento, um procedimento do qual se utiliza a administração para arrecadar tributos e obter receita tributária, também referida concepção doutrinária não se sustenta, pois a tutela penal de mera função estatal implicaria em um alargamento no âmbito de tutela do ilícito, para âmbitos superiores ao limite do valor penalmente reconhecido¹²².

Esclarecidas as limitações advindas de conceitos vagos e genéricos de bens jurídico-penais que permeiam condutas típicas no âmbito fiscal, indicam-se, em sequência, os bens jurídicos que se vislumbram aptos ao preenchimento das funções de interpretação e crítica dos tipos penais em matéria tributária, para que se possa, posteriormente, identificar, de maneira correta, a possibilidade de aplicação do critério da cumulatividade neste ramo.

Inicialmente, tem-se que o bem jurídico-penal central da esfera tributária coincide com as receitas tributárias, enquanto componente ativo do patrimônio fiscal¹²³, por meio das quais o Estado se compromete à realização de uma gestão adequada, apta à busca dos objetivos socioeconômicos reconhecidos como fundamentais pela sociedade.¹²⁴

Trata-se de bem jurídico-penal que afasta as incongruências do termo “Erário”, pois delimita a dignidade penal às condutas ofensivas à proteção do patrimônio fiscal¹²⁵, de modo estrito, afastando a ingerência penal tributária contra outras receitas estatais que não as

¹²⁰ Nesse sentido, em crítica à concepção da “ordem econômica” como sendo o bem jurídico-penal tutelado na Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei 7.492/86): RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade Financeira. Contribuição à compreensão da gestão fraudulenta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 98-99

¹²¹ ABRÃO, Carlos Henrique. *Crime Tributário: Um Estudo da Norma Penal Tributária*. São Paulo: Malheiros Editores. 4. ed, 2015, p. 17

¹²² RUIVO, Marcelo Almeida. Os crimes de Sonegação Fiscal (arts. 1º e 2º, Lei 8.137/90). *Crimes contra a ordem tributária: do direito tributário ao direito penal*. Organização: Gisele Barra Bossa, Marcelo Almeida Ruivo. São Paulo: Almeida, 2019, p. 440-441.

¹²³ SOUSA, Susana Aires de. Os Crimes Fiscais em Portugal. *Crimes contra a ordem tributária: do direito tributário ao direito penal*. Organização: Gisele Barra Bossa, Marcelo Almeida Ruivo. São Paulo: Almeida, 2019, p. 482-483.

¹²⁴ SOUSA, Susana Aires de. *Os crimes fiscais. Análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 299

¹²⁵ SILVA DIAS, Augusto. Crimes e contra-ordenações fiscais. In. *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*. Vol. II. Problemas Especiais. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 445.

oriundas da tributação. Outrossim, o aludido bem jurídico, ao mesmo tempo em que supera a vagueza do conceito de bem jurídico-penal da “ordem tributária”, também se distingue de modo claro da arrecadação tributária, procedimento pelo qual são obtidas as receitas fiscais.

Portanto, referido bem jurídico-penal é apto a exercer as funções de limite ao poder punitivo e instrumento crítico de direito positivo, possibilitando um tratamento sistemático, harmônico e coerente às normas penais deste âmbito, ainda que se faça necessário o sacrifício de algumas destas mesmas normas¹²⁶, caso contrastem com esta concepção de bem jurídico.

Contudo, a adoção isolada deste bem jurídico implicaria incompatibilidade com a vedação à prisão por dívida estabelecida tanto em nível constitucional (art. 5º, LXVII, da Constituição Federal de 1988), como também na esfera convencional (art. 7.7 do Pacto de San José da Costa Rica), pois o bem jurídico-penal da receita tributária chancelaria tipos penais de mero inadimplemento fiscal.

Em acréscimo ao óbice, deve-se ressaltar que o Direito Penal, por poder restringir o bem mais caro do indivíduo: a sua liberdade, somente pode incidir quando todos os demais instrumentos do ordenamento não se revelarem aptos a fazer frente à situação, para resguardar bens imprescindíveis dos próprios indivíduos e da sociedade, ressalvando-se, ainda a absoluta inaplicabilidade do Direito Penal no âmbito de lesões insignificantes.¹²⁷

Portanto, o asseguramento de fragmentariedade e subsidiariedade ao Direito Penal, no âmbito de condutas ofensivas à obtenção de receitas tributárias, passa, necessariamente, por uma distinção qualitativa entre o mero inadimplemento fiscal, a ser sancionado por vias menos gravosas do ordenamento, contra condutas que possuam, efetivamente, relevância penal, e que abarcam, além deste necessário inadimplemento fiscal, um elemento adicional.

É inadmissível a equiparação de situações de gradações qualitativas tão distintas, sob pena de confusão entre o inadimplente e o sonegador fiscal.¹²⁸ Até mesmo às pessoas não situadas na alçada técnico-jurídica, é facilmente identificável a distinção entre o inadimplemento fiscal, e de condutas que envolvem atos artificiosos, distorções da realidade,

¹²⁶ ESTELLITA, Heloísa. Crimes Previdenciários: arts. 168-A e 337-A do CP. Aspectos Gerais. In *Direito Penal da Administração Pública*. Luiz Regis Prado, René Ariel Dotti (organizadores). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais: direito penal econômico e da empresa; v.5), p. 710-711

¹²⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. *Direito Penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional*. Coordenação e tradução: Adriano Teixeira. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 33.

¹²⁸ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Crimes contra a ordem tributária: sua persecução penal e a imaginada independência entre a administração e a jurisdição. *Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel*, nº 18, out-nov/2001 p. 18.

com vistas ao não pagamento de tributos¹²⁹. Assim, a dignidade penal somente terá lugar neste último padrão de comportamentos, devendo, aos primeiros, serem aplicadas as medidas de menor intensidade retributiva pelo Estado, vinculadas a outros ramos sancionatórios, que não a sua *ultima ratio*.

E em sendo o ponto essencial de distinção entre inadimplemento e crime fiscal a existência de uma conduta ardilosa, artificiosa, e que busca conduzir a erro o Estado Fiscal, é que se demanda, como um *plus* ao bem jurídico-penal da receita tributária, a existência concomitante de uma violação a um bem jurídico atrelado aos valores da verdade e da transparência¹³⁰ (ou verdade informacional¹³¹), o que vêm ao encontro à pretensão do Estado à revelação de fatos “fiscalmente relevantes”, onde condutas de relevância penal devem ser construídas, para além de observada a violação à receita tributária, com base na “violação de deveres de colaboração com a administração financeira”.¹³²

Embora a tutela da verdade informacional (ou verdade/transparência¹³³), enquanto bem jurídico-penal tributário, demande a tipificação de condutas contrárias aos deveres de colaboração do contribuinte com o Estado Fiscal, que estejam positivados na lei tributária, tais deveres constituem, unicamente, no suporte normativo que assegura a proteção da verdade e transparência enquanto bem jurídico¹³⁴ e não podem ser considerados como bens jurídicos.

Feito o necessário excursus para identificação de quais os bens jurídicos tutelados nos crimes tributários, de maneira que se possa diferenciá-los do mero inadimplemento¹³⁵, para a

¹²⁹ ROCHA, João Luiz Coelho da. A Lei 8.137/1990 e a prisão por débito tributário. In *Direito Penal da Administração Pública*. Luiz Regis Prado, René Ariel Dotti (organizadores). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais: direito penal econômico e da empresa; v.5), p. 394

¹³⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de e COSTA ANDRADE, Manuel da. O Crimes de Fraude Fiscal no Novo Direito Penal Tributário Português. Considerações sobre a factualidade típica e o concurso de infrações. In. *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários. Vol. II. Problemas Especiais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 421.

¹³¹ “O valor nuclear do dever de prestação de informações imposto ao contribuinte pelo Estado” (RUIVO, Marcelo Almeida. Op. Cit. p. 441-442).

¹³² SILVA DIAS, Augusto. O Novo Direito Penal Fiscal Não Aduaneiro (Decreto-Lei n 20-A/90, de 15 de janeiro). Considerações Dogmáticas e Político-Criminais. In *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários. Vol. II. Problemas Especiais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 264.

¹³³ Adotaremos ambos os termos no presente trabalho, cunhados por Ruivo e Figueiredo Dias/Costa Andrade, respectivamente, gravitando ambos em torno da mesma ideia de bem jurídico-penal.

¹³⁴ SOUSA, Susana Aires de. Op. Cit – p. 283

¹³⁵ Sobre a criminalização do mero inadimplemento, são reiteradas as críticas ao julgamento do STF que, ao manter a lógica anterior, de julgamento pelo STJ sobre o tema, reputou legítima e constitucional a criminalização da conduta do inadimplemento de ICMS declarado, amoldando-a ao tipo penal do art. 2º, II, da Lei 8.137/90, a qual, a partir da perspectiva identificada neste trabalho, não resulta em ofensa ou perigo (abstrato ou concreto) frente ao bem jurídico da verdade informacional, que deve coexistir com o bem jurídico da receita tributária. Afirma-se que tal posição caracteriza uma verdadeira criminalização por dívida, atentando não só contra a Constituição Federal, como também a normas convencionais, já citadas neste trabalho. Trata-se, no entanto, de tema que foge ao alcance deste trabalho, e que pode ser conferido, com profundidade, em: LINHARES, Raul Marques. Sobre a criminalização da dívida de ICMS: o acerto e o erro das Cortes Superiores. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 178, ano 29, p. 249-286. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abril, 2021.

análise da possibilidade da incidência do critério da cumulatividade, tal qual apontam Rafael Alcácer Guirao e Roland Hefendehl – com os quais dialoga Susana Aires de Sousa – poderia se afirmar, então, que, para a caracterização de um crime tributário, bastaria, tão somente, uma conduta que, mesmo que de maneira ínfima, representasse uma supressão de receita tributária, por meio de expediente contrário ao dever de verdade informacional, através de um expediente omissivo ou fraudulento.

Ou seja: seria irrelevante qual o valor do tributo efetivamente sonegado em razão da prática individual, pois a possibilidade de sua reiteração, por outras pessoas, faria legítima a sua criminalização, a partir das lentes da perspectiva da cumulação. Aqui é que se inseriria o exemplo traçado por Joel Feinberg¹³⁶ no primeiro volume (*Harm to Others*) de sua coleção *Moral Limits of The Criminal Law*, onde identifica uma conduta de *free-rider*, por parte daquele que retira proveito injusto da conduta escorreita dos outros cidadãos, quando opta, deliberadamente, por sonegar impostos, pois sua conduta poderia estimular que um número suficiente de pessoas optasse pela mesma prática, fazendo reverberar aquela conduta que, por si só, seria reputada insignificante, mas que se torna relevante por esse potencial de reiteração.

Contudo, sem prejuízo das críticas de ordem teórica quanto aos delitos de acumulação, as quais serão analisadas no momento oportuno do presente trabalho, em nossa realidade, há um impeditivo pelo reiterado entendimento dos Tribunais que serve como um obstáculo para a criminalização de condutas de sonegação fiscal de cunho insignificante, por si só, a partir das lentes da teoria dos delitos de acumulação.

Isso porque é consolidado o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que as condutas envolvendo crimes contra a ordem tributária (elencados pelos artigos 1º e 2º da Lei 8.137/1990¹³⁷) e também o tipo penal de descaminho, elencado no art. 334 do Código Penal¹³⁸, têm aferida a sua tipicidade a partir do “objetivamente estipulado como parâmetro para atuação do Estado em matéria de execução fiscal: o valor do tributo devido”¹³⁹, de modo que a Portaria do Ministério da Fazenda, que elenca o valor a ser considerado nas execuções fiscais, repercute diretamente na análise da tipicidade destes tipos penais. E como a Portaria n.

¹³⁶ FEINBERG, Joel. *Harm ot Others: The Moral Limits of the Criminal Law, Vol. I*. New York/Oxford: Oxford University Press, 1984, p. 226.

¹³⁷ Os quais são tratados com profundidade, em termos dogmáticos, em: ESTELLITA, Heloísa. *A tutela penal e as obrigações tributárias na constituição federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

¹³⁸ TREVISAN, Rosaldo; CLEMENTI, Thathyana Weinfurter Assad. A aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho. *Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília (RVMD)*, Brasília, V. 11, nº 2, p. 377-408, Jul-Dez. 2017. Disponível em:

<<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/download/9465/5696>> Acesso em 22 mai. 2021

¹³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 120096, Relator(a): Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 11/02/2014. Disponível em:

75 de 2012 da Receita Federal estabelece, em seu art. 2º, o valor mínimo de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais)¹⁴⁰ para o ajuizamento de execuções fiscais em matéria federal, as condutas de sonegação fiscal ou descaminho que envolvam montante inferior a este, serão aplacadas pelo princípio da insignificância, não abrindo campo para a figura dos delitos cumulativos.

O mesmo entendimento foi assentado pelo Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Tema Repetitivo nº 157¹⁴¹, que veio a pacificar, também nesta corte superior, a aplicação do princípio da insignificância, frente a condutas de sonegação fiscal e descaminho que versassem sobre valores inferiores aos R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), no âmbito de débitos federais.¹⁴²

Os significativos valores utilizados como parâmetro mínimo, no âmbito dos delitos tributários são objeto de contundentes críticas, justamente por escancararem a seletividade do sistema penal brasileiro, tendo em vista que, em comparação a delitos patrimoniais atribuídos às classes despossuídas, como é o caso do delito de furto, verifica-se, em contrapartida, uma elevada escassez na aplicação do princípio da insignificância, e os valores tolerados são muito inferiores, como registra uma monografia específica sobre o tema, onde foram analisados, em tabelas comparativas, julgados aplicando o princípio da insignificância a casos envolvendo descaminho, em comparação com casos envolvendo o delito de furto:

A aplicação do princípio da insignificância pelo Supremo Tribunal Federal revela-se permeada pela seletividade e pelo direito penal do autor. Os crimes contra o patrimônio privado possuem a aplicação de um direito penal mais rígido, uma vez que será penalizada a população mais vulnerável perante o sistema punitivo. Já aos crimes contra o patrimônio público é aplicado um

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5594767>> Acesso em 22 mai. 2021

¹⁴⁰ BRASIL. Portaria MF nº 75, de 22 de março de 2012. Disponível em:

<<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=37631>> Acesso em 22 mai. 20201

¹⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1688878/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, 3ª Seção. julgado em 28/02/2018. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=79666230&num_registro=201702016211&data=20180404&tipo=51&formato=PDF> Acesso em 22 mai. 2021

¹⁴² Trata-se de critério que não se aplica para débitos tributários estaduais e municipais, onde a jurisprudência referenda que devem ser analisados os critérios específicos pela entidade federativa que sofreu a lesão tributária, analisando-se, assim, os parâmetros normativos específicos por ela adotados. Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC 549.428/PA, Relator: Ministro Jorge Mussi, 5ª Turma, julgado em 19/05/2020, Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=201903614581>> Acesso em 22 mai. 2021. Por exemplo, em se tratando de sonegação fiscal envolvendo débitos de ICMS, o critério, para aplicação do princípio da insignificância será o valor mínimo de ajuizamento de execução fiscal aplicado pelo respectivo Estado. No caso do Estado do Paraná, o critério de apuração é aquele elencado pelo art. 30 da Lei Estadual n. 17.082/2012, que estabelece valor mínimo de execução fiscal de ICMS a monta de R\$ 10.000,00 reais, sendo este, também, o valor mínimo para reconhecimento da tipicidade de eventual crime de sonegação fiscal envolvendo este tributo. Nesse sentido: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 2ª Câmara Criminal - AC - 1523791-5. Foz do Iguaçu. Relator: Desembargador Laertes Ferreira Gomes, julgado em 06.10.2016. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12254933/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1523791-5#>> Acesso em 22 mai. 2021 1

direito penal negocial, tendo em vista que são geralmente praticados pelas classes privilegiadas. Diante disso, a aplicação do princípio torna-se dificultada nos crimes de rua e facilitada nos delitos que ferem o patrimônio público.¹⁴³

A seletividade é apontada como uma das marcas mais características do sistema penal, e, segundo Alessandro Baratta, está diretamente atrelada ao fato de que os valores que a lei penal expressa refletir, predominantemente, o universo moral próprio de uma cultura burguesa-individualista, com máxima proteção à proteção do patrimônio privado, e se orienta, predominantemente, para atingir as formas de desvio típicas dos grupos socialmente mais débeis e marginalizados, como atesta a “enorme incidência de delitos contra o patrimônio na massa da criminalidade, tal como resulta da estatística judiciária”.¹⁴⁴

O tema da seletividade penal, como se sabe, é objeto de infindável literatura, fato este, contudo, que não lhe retira a relevância. Em meio à seara criminológica, podemos citar, por todos, os estudos de Edwin Sutherland, acerca dos crimes de colarinho branco (*White-collar criminality*), cujas conclusões são um verdadeiro marco no trato deste tema. A nomenclatura empregada por Sutherland diz respeito aos delitos praticados no âmbito empresarial, por homens respeitados e de elevada condição socioeconômica, crimes estes que, não obstante possuírem um potencial lesivo muito maior do que os delitos contra o patrimônio praticados por pessoas de baixa condição socioeconômica, na grande maioria das vezes, sequer chegavam ao conhecimento das autoridades.¹⁴⁵

Como constatou Sutherland, após um estudo aprofundado sobre os delitos cometidos em meio às grandes corporações, os crimes imputados à classe baixa eram levados a cabo por policiais, promotores e juízes, culminando na aplicação de sanções penais de encarceramento e até mesmo de morte, ao passo que os crimes praticados por integrantes da classe alta, em regra, não sofriam qualquer consequência jurídica ou, quando muito, os seus processos tramitavam em cortes civis, e as (raras) sanções penais impostas tinham a forma de advertências, ordens para cessar com a atividade delitiva, dentre outras de caráter brando, e apenas em casos extremos e notadamente raros, eram impostas penas privativas de liberdade.

¹⁴³ SERPA, Verena Guerios. *A seletividade penal nos crimes de furto e descaminho julgados pelo Supremo Tribunal Federal*. Monografia: Universidade de Brasília (UnB). Orientadora: Ela Wiecko. Disponível em: <https://bdm.unb.br/bitstream/10483/23407/1/2018_VerenaGueriosSerpa_tcc.pdf> Acesso em 23 mai. 2021

¹⁴⁴ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia. 6. ed, 2011, p. 176.

¹⁴⁵ SUTHERLAND, Edwin H. *White-Collar Criminality*. American Sociological Review, Vol. 5, No. 1. Fevereiro, 1940, p. 1-12

A paradigmática obra de Sutherland tem por resultado a materialização da ideia da “criminalidade oculta” (cifra oculta), que consiste na imensa quantia de condutas classificadas como crimes, que sequer chegam ao crivo do sistema penal. Louk Hulsman, baseando-se na noção da cifra oculta, assenta que “a efetiva criminalização é um fato raro e excepcional”¹⁴⁶, o que decorre de diversos motivos, tendo, no entanto, por razão principal o fato da não comunicação de sua ocorrência, pelas próprias vítimas, à polícia.

No entanto, é a partir dessas mesmas perspectivas centradas na constatação da seletividade penal e de um alegado tratamento diferenciado para classes mais abastadas, que tem em Sutherland seu principal precursor, que alguns autores sustentam a ideia que haveria benevolência em relação aos apregoados “amigos do sistema político”, a quem recairia a absoluta impunidade, e que o direito penal que repressivamente incide junto às camadas mais pobres se demonstra deficitário e assegura a impunidade da chamada alta classe social.¹⁴⁷

Esse discurso, no entanto, encontra críticas insuperáveis, feitas já há longos anos, como já fazia Silva-Sanchez, ainda em 1999, ao apontar para a natureza contraproducente da retórica expansionista e punitivista em desfavor dos poderosos. Nos dizeres do autor, a aposta em uma expansão do Direito Penal, pela relativização de uma série de princípios de garantia e regras de imputação na criminalidade dos poderosos, além de criticável por si só, traz ainda um erro adicional de “repercutir sobre a criminalidade em geral, incluída a dos *powerless*, algo que aparentemente se ignora na hora de propor as reformas antigarantistas”.¹⁴⁸

Prossegue, ainda, Silva Sanchez afirmando que essa postura realça a perversidade das teses antigarantistas, por mais setoriais que almejem ser, com direcionamento a certos grupos, pois ainda que sejam construídas pensando na criminalidade organizada ou na criminalidade de empresa, acabam irradiando os seus efeitos sobre todo o Direito Penal. E arremata o autor: “as soluções ante às eventuais desigualdades no trato com a criminalidade não passam, assim,

¹⁴⁶ HULSMAN, Louk. *Alternativas à justiça criminal*. in PASSETI, Edson. *Curso livre de abolicionismo penal* – Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 49

¹⁴⁷ Uma abordagem exemplificativa do discurso que denuncia a seletividade penal, em busca de um maior reforço penal em direção às classes mais favorecidas pode ser conferida em: MATTOS, Diogo Castor de. *A seletividade penal na utilização abusiva do Habeas Corpus nos crimes de Colarinho Branco*. Dissertação (Mestrado Acadêmico Direito). Universidade Estadual do Norte do Paraná, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, 2015 p. 69-70. Disponível em: <<https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/dissertacoes-defendidas-1/5710-diogo-castor-de-mattos/file>> Acesso em 22 mai. 2021. Destaca-se para o seguinte excerto: “De outro lado, esse mesmo Direito Penal que reprime rigorosamente os seus inimigos, é benevolente com os ‘amigos’ do sistema político. O que os estudos sobre seletividade penal não adentraram, é no direito penal do ‘amigo’. A forma que a impunidade se manifesta em relação aos crimes do colarinho branco não é pesquisada com profundidade. Em outros termos, muito se critica o direito penal incidindo repressivamente nas camadas mais pobres, mas pouco se tem produzido na atuação branda do direito penal na classe mais alta” (p. 16).

¹⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesus-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução: Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 55.

pela eliminação das garantias na repressão da delinquência dos poderosos, senão, pelo contrário, por lograr que os marginalizados desfrutem realmente das mesmas garantias”.¹⁴⁹ É, portanto, necessária muita cautela na construção discursiva, pois a crítica à seletividade, que venha a resultar em recrudescimento penal, supostamente erigido apenas para determinada classe de “poderosos”, ou em um chamado “Direito Penal do amigo” por certo, resultará no alcance, ainda mais gravoso e perverso, dos “fregueses de sempre” do sistema penal.

Portanto, em síntese conclusiva do presente tópico, é possível inferir que: (i) existem perspectivas teóricas a referendar a aplicação dos delitos cumulativos no âmbito dos crimes contra a ordem tributária; (ii) a cogitação da aplicação do critério da cumulatividade em meio a este segmento, necessariamente, passa pela identificação de quais os bens jurídicos tutelados pelas normas penais em matéria tributária, onde se identificam, simultaneamente, como bens jurídicos, a receita tributária e a verdade informacional pelo contribuinte; (iii) contudo, antes mesmo de qualquer análise de ordem teórica e principiológica, no Direito brasileiro, o óbice à aplicação dos delitos cumulativos remonta à pacífica aplicação do princípio da insignificância aos crimes contra a ordem tributária, a partir de valores mínimos para execução fiscal, que são praticados em cada unidade federativa; (iv) o discurso da seletividade penal, muito pertinente no cotejo entre a aplicação do princípio da insignificância neste particular segmento, embora de extrema relevância, deve ser permeado por diversas cautelas, sob pena de se demonstrar contraproducente e agravar, ainda mais, a situação das classes estigmatizadas.

1.5.2. Delitos de acumulação e a corrupção: um retorno às origens teóricas

Para além da possibilidade aberta pelas searas ambiental e tributária como propícias à utilização da figura da incriminação pela via cumulativa, as origens teóricas dos chamados delitos de acumulação também voltaram sua análise para os delitos de corrupção, que estão, contemporaneamente, em grande destaque, especialmente no contexto brasileiro, onde se realiza a pesquisa subjacente ao presente trabalho.

1.5.2.1 A corrupção e sua associação ao patrimonialismo

¹⁴⁹ Ibidem, p. 55.

De La Torre e Fabian Caparrós, ao tratarem da corrupção e seus reflexos, referem ao seu caráter plural, pois, ao mesmo tempo em que se trata de um fenômeno, para fins penais, ao mesmo tempo possui elevado potencial em afetar distintos bens jurídicos. Mas além disso, os autores também mencionam as consequências políticas do fenômeno da corrupção, a qual tem o potencial de deslegitimar o Estado Democrático de Direito, com a perda de confiança nas instituições, por parte da população. Os autores também destacam o efeito econômico da corrupção, pelo fato de esta incidir de maneira extremamente negativa na atuação estatal, pois ao majorar os gastos públicos, incrementa as desigualdades sociais, dificultando a atuação pelo Estado para atenuar as desigualdades, e para assegurar direitos como a saúde, cultura e a educação, sempre em prejuízo dos mais necessitados.¹⁵⁰

No texto dos citados autores espanhóis, publicado em 2009 pela Revista Brasileira de Ciências Criminais, não deixa de chamar atenção, por sua atualidade e pertinência, a crítica feita contra aqueles que sustentam a ditadura como uma alternativa à corrupção, como se fosse possível vincular a democracia com a corrupção. Destacam que, ao contrário do que sustentam aqueles que defendem tal posição, a corrupção em regimes não democráticos é muito mais frequente, mas o cerceamento à liberdade de expressão, característico destes regimes ditatoriais, faz com que práticas de corrupção não cheguem ao crivo da população.¹⁵¹

Renato de Mello Jorge Silveira, por sua vez, remete que a historiografia da corrupção no contexto mundial é algo identificado em já em antigos textos hindus e gregos, ao traçarem as regras da boa governança, e que a ruína de civilizações antigas é associada comumente aos casos de corrupção genérica dos governos. O autor, mencionando fenômenos históricos como a exploração das Américas, a Revolução Francesa, a passagem da era industrial à era dos extremos (usando da denominação dada por Eric Hobsbawm), afirma que, nestes, sempre se

¹⁵⁰ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo Gómez; CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián. Corrupción y derecho penal. Nuevos Perfiles, Nuevas Respuestas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 81/07, nov.-dez., 2009, p. 12-16.

¹⁵¹ “Em este mismo ámbito, constituye una auténtica equivocación presentar la dictadura como alternativa a la corrupción, o, si se prefiere, vincular democracia y corrupción. La corrupción es mucho más frecuente en los regímenes no democráticos, pero la ausencia de libertades civiles – muy especialmente, de la libertad de expresión, hace que no llegue a la opinión pública la corrupción de su Administración y de sus gobernantes, precisándose un cambio hacia la democracia para conocer su realidad” (Ibidem, p. 12). Entre nós, sobre o discurso “anticorrupção” na ditadura militar, adotado pela grande imprensa no contexto do Golpe de 1964, conferir: MOTTA, Rodrigo Patto Sá. Os expurgos de 1964 e o discurso anticorrupção na caricatura da grande imprensa. *Revista Tempo e Argumento*, Florianópolis, v. 8, n. 18, p.09-39. maio/ago. 2016. Disponível em: <<https://revistas.udesc.br/index.php/tempo/article/download/2175180308182016009/6038>> Acesso em 03 jun. 2021.

verificou a alusão a atos irregulares de corrupção por parte de líderes políticos. Disso conclui Silveira que o mundo sempre conviveu, historicamente, com o fenômeno da corrupção.¹⁵²

No entanto, de maneira complementar aos apontamentos historiográficos tecidos por Silveira, Claudia Barrilari, por sua vez, afirma que, embora a corrupção exista desde tempos remotos, assumiu, nos dias atuais, uma grande envergadura, que a inseriu como sendo uma das grandes preocupações mundiais do século XXI, e que, na visão da autora, demonstra que a incriminação tradicional da corrupção, voltada aos crimes praticados contra a Administração Pública não mais seria suficiente para combater a corrupção transnacional. Barrilari sustenta, a partir de estudos e posições divulgadas pela ONU e pela OCDE¹⁵³, que as características da globalização tornariam necessário um combate amplo e generalizado à corrupção, que não mais pode ser vista como um fenômeno isolado de um ou outro país, mas, sim, um fenômeno de abrangência global.¹⁵⁴

Também José de Oliveira Junior, introduzindo aspectos históricos acerca das práticas de corrupção, afirma ser no momento em que interesses privados passam a se sobrepor em face do interesse público, que a corrupção pode ser verificada. Sobreposição esta que tem por pressuposto a prática de condutas que implicam em violação à legislação pertinente e a conseguinte obtenção de vantagem indevida. Em outras palavras, as bases da corrupção, para o referido pesquisador, estão atreladas à existência de uma relação de poder estatal (poder de *imperium*), juntamente da exploração deste poder por agentes públicos, com intento de haver um benefício próprio ou em favor de terceiros.¹⁵⁵

Dentro da realidade brasileira, o trato do fenômeno da corrupção é associado, em uma larga escala, com as raízes do patrimonialismo brasileiro. Como anota Eduardo Saad-Diniz, as determinantes históricas da corrupção no Brasil revelam traços marcantes de patrimonialismo,

¹⁵² SILVEIRA, Renato. A ideia penal sobre a corrupção no Brasil. *Direito Penal da Administração Pública*. Luiz Regis Prado, René Ariel Dotti (organizadores). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais: direito penal econômico e da empresa; v. 4), p. 1.003.

¹⁵³ “A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) é um organismo internacional composto atualmente por 37 países, fundada em 1961 e com sede em Paris (França). Constitui-se em um fórum em que os governos podem trabalhar em conjunto para compartilhar experiências e buscar soluções para problemas comuns. A OCDE sucedeu a Organização para a Cooperação Econômica Europeia (OCEE), criada em 1948 com a finalidade de estimular a cooperação entre nações do continente atingidas pela II Guerra Mundial” (Conforme: BRASIL. Governo Federal: Casa Civil. *Sobre a OCDE*. Publicado em 16/07/2020 15h47. Acesso em: < <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/ocde/sobre-a-ocde-1> > Acesso em 04 jun. 2021

¹⁵⁴ BARRILARI, Claudia. Corrupção, empresas e direitos humanos: diálogo necessário. In. *Corrupção, direitos humanos e empresa*. Organizadores: Eduardo Saad-Diniz e Victória Vitti Laurentiz. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018, p. 196-197.

¹⁵⁵ OLIVEIRA JÚNIOR, José de. O direito fundamental ao governo honesto. Orientador: Prof. Dr. Luiz Fernando Kazmierczak Dissertação (Mestrado) — UENP/Campus Jacarezinho/Programa de Pós Graduação em Ciência Jurídica - Mestrado e Doutorado, 2019, p. 13-14. Disponível em: <<https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/dissertacoes-defendidas-1/15686-jose-de-oliveira-junior/file>> Acesso em 24 ago. 2021

clientelismo e apropriação da coisa pública para fins privados.¹⁵⁶ Eduardo Cambi igualmente refere que a corrupção no Brasil é sistêmica por estar enraizada na formação oligárquica do Estado patrimonialista e que, para que se rompa com o conformismo histórico característico da realidade brasileira, é necessário que se invista em instituições e cultura republicanos.¹⁵⁷

Essa noção de patrimonialismo, objeto de densa literatura na associação de práticas de corrupção com a natureza do povo brasileiro, tem origem na clássica obra de Sérgio Buarque de Holanda, em sua definição do homem cordial, notadamente quando trata das dificuldades dos detentores das posições públicas em distinguirem os domínios do privado e do público, contexto no qual o sociólogo brasileiro toma de empréstimo a ideia do funcionário patrimonial cunhada por Max Weber.¹⁵⁸

Luis Roberto Barroso, por sua vez, assinala que a corrupção e a captura por interesses privados seriam temas globalmente associados à atividade política, e que implicam, em uma última análise, em um misto de ceticismo, indiferença e insatisfação pela sociedade civil para com a classe política, cenário que implicaria insuficiências na democracia representativa.¹⁵⁹ O autor, assim, sugere que, diante dos identificados problemas estruturais junto aos poderes legislativo e executivo, dentre os quais a corrupção teria destacada importância, o Judiciário avocaria para si intensa legitimidade, tendo junto de si o “papel de vanguarda iluminista, encarregada de empurrar a história quando ela emperra”.¹⁶⁰

No entanto, a despeito de essas posições contarem com ampla difusão acadêmica, com a associação entre a corrupção com o patrimonialismo, enquanto atributo histórico do povo brasileiro, não se tratam de uma visão estanque. Em sua tese de Doutorado, Décio Franco David promove densa reflexão sobre a assertiva de que a corrupção, no contexto brasileiro, estaria atrelada ao chamado “jeitinho brasileiro”, representativo da natureza cordial do povo

¹⁵⁶ SAAD-DINIZ, Eduardo. Corrupção e compliance no Brasil. In: *Corrupção, direitos humanos e empresa*. Organizadores: Eduardo Saad-Diniz e Victória Vitti Laurentiz. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 723.

¹⁵⁷ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 3. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 73.

¹⁵⁸ “Não era fácil aos detentores das posições públicas de responsabilidade, formadas por tal ambiente, compreenderem a distinção fundamental entre os domínios do privado e do público. Assim, eles se caracterizam justamente pelo que separa o funcionário "patrimonial" do puro burocrata, conforme a definição de Max Weber. Para o funcionário "patrimonial", a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalecem a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos. A escolha dos homens que irão exercer funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal que mereçam os candidatos, e muito menos de acordo com suas capacidades próprias. Falta a tudo a ordenação impessoal que caracteriza a vida no Estado burocrático” (HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 145-146)

¹⁵⁹ BARROSO, Luis Roberto. A Razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria. *Revista Brasileira de Políticas públicas*, v. 5, n. 2 (2015), p. 38. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3180>> Acesso em 04 jun. 2021.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 42.

brasileiro, incapaz de distinguir o patrimônio público do privado. O autor, em diálogo com a obra do sociólogo Jessé Souza, critica a natureza de inferioridade da identidade nacional que permeia esta ideia, representando um verdadeiro culturalismo vira-lata racista, e que não se presta a identificar a verdadeira causa do Estado corruptor, que estaria, antes disso, na falha de gestão de um país independente.¹⁶¹

David, assim, se contrapõe à ideia de que a corrupção esteja indissociavelmente ligada ao DNA do povo brasileiro, como sugere a tantas vezes revisitada teoria do patrimonialismo que se faz atrelada às construções de Buarque de Holanda e também de Raymundo Faoro¹⁶², e conclui que o discurso foi erguido sobre um alicerce equivocado, pois, na verdade, é o próprio modelo capitalista que institui um sistema corruptor, o que se demonstra por aspectos de ordem histórica e estrutural, que apontam que “a matriz da corrupção está enraizada nas relações de poder próprias da ordem capitalista, as quais no Brasil se enraizaram, ainda, na histórica discriminação racial”.¹⁶³

Jessé Souza, por sua vez, critica de modo incisivo as teorias cunhadas por Sérgio Buarque de Holanda e por Raymundo Faoro, sustentando que coube ao primeiro a articulação de uma convincente concepção de mundo liberal conservadora, que foi incorporada como uma interpretação dominante da sociedade brasileira acerca de si mesma, que já comemora um século de domínio inquestionável. Para Souza, o “êxito” desta teoria seria o de ter logrado em ocultar as verdadeiras razões da desigualdade e da injustiça social entre nós, que o autor atribui às raízes escravocratas brasileiras.¹⁶⁴

Críticas ainda mais enfáticas são feitas pelo sociólogo em relação à obra de Raymundo Faoro, também muito rememorada quando se trata do fenômeno da corrupção no contexto brasileiro, a qual Souza se refere como sendo eminentemente política e de cariz igualmente liberal conservadora, referindo que Faoro parte de uma ideia fixada de que a ação do Estado seria inteiramente maléfica, contraposta à virtuosidade ínsita ao mercado. O autor, para sustentar a sua posição, ingressa nas origens do conceito de patrimonialismo de Max Weber, sustentando que o mesmo em nada se aplicaria à leitura feita por Faoro, para tentá-lo fazer caber nas raízes brasileiras, pois tinha um contexto histórico bem delimitado, questionando, ainda, afirmações

¹⁶¹ DAVID, Décio Franco. *Tratamento penal da corrupção privada a partir de um sistema penal integral de matriz significativa* Décio Franco David, 2019. Orientador: Prof. Dr. Valter Foletto Santin. Tese (doutorado) – Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Centro de Ciências Sociais Aplicadas (CCSA), Campus Jacarezinho, p. 60-61. Disponível em: <<https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-teses/13742-decio-franco-david-1/file>> Acesso em 04 jun. 2021.

¹⁶² FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 5.ed. São Paulo: Globo, 2012.

¹⁶³ DAVID, Décio Franco. Op. Cit. p. 65.

¹⁶⁴ SOUZA, Jessé de. *A elite do atraso*. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2019, p. 202-203.

históricas feitas pelo autor sobre a suposta influência da realidade histórica portuguesa para o alegado patrimonialismo brasileiro.¹⁶⁵

Essa dualidade de visões sobre o fenômeno da corrupção – o qual será abordado, para os fins deste trabalho, como um campo onde se sustenta, no âmbito teórico, a possibilidade de se utilizarem aspectos dos crimes de acumulação – indica que a leitura bastante difundida sobre a associação da corrupção fenômeno do patrimonialismo característico das raízes brasileiras, encontra firmes contrapontos em trabalhos como os de Décio Franco David e Jessé Souza, que bem indicam a necessidade de investigações mais abrangente sobre o tema, especialmente no âmbito político-criminal¹⁶⁶, e que busquem enxergar mais além. O tema, contudo, embora instigante, escapa ao alcance do presente trabalho, em termos de uma análise mais profunda, que, por certo, pode ser desenvolvida em outras pesquisas.

1.5.2.2 A aplicação do critério da cumulatividade aos crimes de corrupção

Feito este breve excursus sobre as distintas abordagens que recaem sobre o tema da corrupção, que se deve, em muito à centralidade do tema na atualidade brasileira, é possível identificar que, também para fins da incidência dos delitos cumulativos, objeto desta pesquisa, as práticas de corrupção também podem ser campo para inferências de aplicação do critério da cumulatividade, como meio de sancionar práticas individuais, ainda que não entendidas por lesivas, se analisadas por si sós. O tema, tratado de passagem no início deste trabalho¹⁶⁷, é relevante porque, inclusive, precede, em termos cronológicos, os escritos do próprio Lothar Kuhlen, e pode ser apontado como uma influência àquilo que este autor viria a sustentar em seus escritos centrais, já abordados.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 204-217. O seguinte excerto representa uma boa síntese das críticas tecidas por Jessé Souza à tese de Raymundo Faoro: “A noção de patrimonialismo passa a ser fundamental exatamente por sua imprecisão conceitual. Ela está no lugar da noção de escravidão e serve para tornar invisíveis as relações sociais de humilhação e subordinação criadas nesse contexto. Além disso, tenta criar uma aparência de crítica social [...] ao apontar o dedo moralizador contra uma falsa elite, na verdade mero instrumento dos proprietários que têm o verdadeiro poder. Uma falsa elite que existe apenas para tornar invisível a atuação da elite real que comanda o mercado da rapina e do saque social. A elite do patrimonialismo, que ninguém define, é uma elite falsa, posto que comprada pela elite econômica que permanece invisível na análise, mostrando seu potencial mistificador” (Ibidem, p. 218-219).

¹⁶⁶ Não se olvidando para a multiplicidade de sentidos atribuídos à Política Criminal, reputa-se adequada a divisão feita por Paulo César Busato entre a Política Criminal como atividade política do Estado dentro da esfera criminal, e a Política criminal como atividade científica, concebida como “a maneira com o Estado leva a cabo a sua atividade política-criminal em sentido amplo; isto é: a determinação dos fins que se pretende que sejam alcançados, como empregar o recurso do Direito Penal e em que medida se submeter aos princípios limitadores estabelecidos para o Direito Positivo” (BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um direito penal democrático*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 21-22).

¹⁶⁷ Vide nota n. 37.

Ainda em 1974, retomando alguns pontos cunhados por Otto Backes¹⁶⁸, Friz Loos, em um artigo publicado em uma coletânea de homenagem ao 70º aniversário de Hans Welzel, abordou o bem jurídico tutelado pelos delitos de corrupção, sustentando a ideia de que os delitos de corrupção poderiam ser caracterizados como delitos de perigo em massa, de modo que possibilitariam uma aplicação analógica com crimes ambientais vinculados às emissões de poluentes.¹⁶⁹ O autor sustenta a ideia de que as constantes práticas de corrupção teriam por consequência afetar, significativamente, o funcionamento da Administração Pública, de modo que, como cada ato de corrupção é assimilado como um mau exemplo para o funcionalismo e todo o setor público, se torna expressivo o significado negativo de cada um desses atos, de modo a justificar a necessidade e a consequente legitimidade dos delitos de corrupção.¹⁷⁰

Nuno Brandão, referindo a escritos de Fritz Loos como referenciais, pondera que, via de regra, os atos de corrupção, considerados por si sós, não serão suscetíveis a comprometer a confiança social na legitimidade do desempenho dos agentes públicos, ou ainda a eficiência da organização dos órgãos estatais, motivando, assim, a criminalização, pelo perigo real de que tais condutas possam se repetir, mediante uma acumulação de comportamentos de mesma natureza, caso não exista a ameaça da sanção penal.¹⁷¹

Em sua dissertação sobre os crimes cumulativos, João Vasco Cruzeiro Oliveira Baratta sustenta a ideia de que as construções doutrinárias que apontam o delito de corrupção como um crime de perigo abstrato, são suscetíveis de uma argumentação favorável à noção de que o delito de corrupção poderia ser enquadrado como um delito cumulativo. Para tanto, o autor pondera que, em uma análise mais a fundo, não é possível encontrar a causalidade lesiva real entre a ação individualmente considerada e o bem jurídico tutelado pelo crime de corrupção (Baratta menciona como bens jurídicos tutelados por este crime a dignidade e prestígio do Estado ou a confiança ou credibilidade do Estado), o que autoriza que o legislador, ao tutelar os bens jurídicos mencionados, valore como sendo digno de tutela penal o risco de que, sem a intervenção penal, as condutas corruptivas se disseminem de forma indiscriminada.¹⁷²

¹⁶⁸ Vide nota n. 34

¹⁶⁹ CAETANO, Matheus Almeida. *Os delitos de acumulação no direito penal ambiental*. São Paulo: Editora Pillares, 2016, p. 227.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 227-228.

¹⁷¹ BRANDÃO, Nuno. *Corrupção: a Questão da Consumação Material e as Suas Consequências*. Pré-publicação: *Corrupção em Portugal. Avaliação Legislativa e Propostas de Reforma*. Organizadores: Paulo Pinto de Albuquerque, Rui Cardoso e Sónia Moura, Universidade Católica Editora, 2021, p. 5. Disponível em: <<https://apps.uc.pt/mypage/files/nbrandao/2281>> Acesso em 05 jun. 2021

¹⁷² BARATTA, João Vasco Cruzeiro Oliveira. *Crimes Cumulativos: Fundamentos teóricos e Aplicabilidade prática*. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais: Universidade de Coimbra. Orientadora: Professora Susana Aires de Sousa, Coimbra, 2013, p. 126-127. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/34809?locale=en>> Acesso em 05 jun. 2021

João Baratta, em arremate, dialogando com Roland Hefendehl, sustenta que o critério da acumulação serve, assim, como um equivalente material para que a criminalização possa ser um fator a estabelecer a indispensável causalidade lesiva, ou nexos causal, entre a conduta e o bem jurídico. Ou seja, conquanto não seja possível estabelecer a relação causal entre ação individual e o bem jurídico lesado, o legislador, ao analisar essa realidade e lhe atribuir a sua valoração, teria a possibilidade de criar esse nexos causal.¹⁷³ Identifica-se, assim, um claro alinhamento com aquilo que sustentava Lothar Kuhlen, que, ao tratar do âmbito dos delitos ambientais, estabelecia a necessidade de um abrandamento deste nexos causal entre a ação e bem jurídico (“eine spezifisch gelockerte Beziehung zwischen Handlung und Rechtsgut”).¹⁷⁴

Entre nós, Victor Augusto Estevam Valente, dialogando com os escritos de Greco e de Silva Sánchez acerca dos delitos de acumulação, os conceitua como sendo aquelas práticas “em que é possível sancionar uma conduta individual que, *a priori*, não causa lesão ou expõe a perigo dado bem jurídico, mas a possibilidade de que tal conduta seja realizada por tais sujeitos, de modo que o conjunto de comportamentos acaba por lesionar o respectivo bem”.¹⁷⁵ Nesse contexto, o autor irá se referir, tanto ao conhecido caso da poluição de água – este, tal como já visto exaustivamente, fundamental para a construção de Lothar Kuhlen – como ao caso das corrupção, como exemplificativos ao uso do princípio da cumulação.¹⁷⁶

Por sua vez, Matheus Almeida Caetano, reconhecido pesquisador acerca do tema dos delitos de acumulação entre nós, aos quais dedicou sua dissertação de mestrado¹⁷⁷, retomada por algumas vezes neste trabalho, sem prejuízo de seus outros escritos¹⁷⁸, nos quais mantém uma posição crítica em relação ao instituto atribuído a Lothar Kuhlen, também trata da possibilidade da utilização dos critérios atinentes aos delitos de acumulação, no âmbito dos crimes de corrupção.

¹⁷³ Ibidem, p. 127.

¹⁷⁴ Conforme nota n. 52.

¹⁷⁵ VALENTE, Victor Augusto Estevam. Lei Anticorrupção: aspectos penais e processuais penais à luz do diálogo das fontes. *Boletim do IBCCRIM*, Ano 23, Edição nº 278, Janeiro, 2016, p. 7-8. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/6402/>> Acesso em 05 jun. 2021

¹⁷⁶ Ibidem, nota de rodapé n. 17.

¹⁷⁷ CAETANO, Matheus Almeida. *Os delitos de acumulação no direito penal ambiental*. São Paulo: Editora Pillares, 2016.

¹⁷⁸ Nesse sentido: CAETANO, Matheus Almeida. A responsabilidade (diacrônica) pela tutela dos bens ambientais: importantes notas para o direito penal. *Revista Quaestio Iuris*, vol. 10, n. 03, Rio de Janeiro, 2017, p. 1.964-2.007. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/27274>> Acesso em 05 jun. 2021; CAETANO, Matheus Almeida; OLIVEIRA, Cristina Rego de. Notas sobre a recepção dos delitos de acumulação nas decisões jurídicas dos tribunais brasileiros. *Revista do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico*, n. 1, 2017, p. 125-155.

O autor, em uma análise do art. 372º do Código Penal de Portugal¹⁷⁹, que tipifica o recebimento indevido de vantagem por funcionário público, menciona que referido tipo penal foi elaborado visando punir a “violação da ética do funcionalismo público, sob o receio de contaminação generalizada da capacidade de funcionamento do Estado e de abalo crescente da confiança pública na administração”¹⁸⁰, o que indica a possibilidade discursiva de se usar do critério da cumulatividade, aqui compreendido em seu aspecto do receio de generalização de condutas, também nesse peculiar do ordenamento jurídico-penal português.

Matheus Almeida Caetano, no entanto, chega à conclusão da aplicação do critério da cumulatividade, após abordar as contribuições de Kuhlen, Backes e, especialmente, Fritz Loss – que tratou do tema da aplicação dos crimes cumulativos nos crimes de corrupção junto ao contexto alemão – e traz consigo um diagnóstico extremamente crítico sobre o tema. Para o autor, a alteração legislativa portuguesa, trazida pela Lei nº 32/2010, especialmente sobre a redação dos tipos penais de corrupção passiva¹⁸¹, que alargou significativamente o escopo do crime em questão, mereceria crítica, por usar de aspectos dos delitos cumulativos.

Em um primeiro lugar porque tal alteração representa uma inegável manipulação dos tipos penais em função das dificuldades probatórias anteriormente existentes em relação ao indigitado penal, fazendo com que o Direito Penal fosse utilizado a reboque de aspectos de ordem processual penal, o que não se poderia admitir, por representar utilitarismo em ordem penal, que contraria a fundamentação onto-antropológica que, para Caetano, nesse ponto, com apoio em Faria Costa, permeia o Direito Penal.¹⁸² O autor assim refere que é a alteração legislativa representa uma porta aberta à estrutura da acumulação, na medida em que se busca punir mera violação ética do funcionalismo público, sob a tentativa de impedir alguns *free-*

¹⁷⁹ “1 - O funcionário que, no exercício das suas funções ou por causa delas, por si, ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial, que não lhe seja devida, é punido com pena de prisão até cinco anos ou com pena de multa até 600 dias. 2 - Quem, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer a funcionário, ou a terceiro por indicação ou conhecimento daquele, vantagem patrimonial ou não patrimonial, que não lhe seja devida, no exercício das suas funções ou por causa delas, é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa até 360 dias. 3 - Excluem-se dos números anteriores as condutas socialmente adequadas e conformes aos usos e costumes.” Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/10791223/201708230200/73474333/diploma/indice>> Acesso em 05 jun. 2021

¹⁸⁰ CAETANO, Matheus Almeida. Os delitos de corrupção e o fundamento acumulativo (reflexões em torno das fragmentariedades-de-primeiro-e-de-segundo-graus. In: *Os crimes de Fraude e corrupção no espaço europeu*. Organizadores: José de Faria Costa, Susana Aires de Sousa, et. al. Coimbra Editora. Coimbra, 2014, p. 322.

¹⁸¹ Corrupção passiva 1 - O funcionário que por si, ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, para a prática de um qualquer acto ou omissão contrários aos deveres do cargo, ainda que anteriores àquela solicitação ou aceitação, é punido com pena de prisão de um a oito anos.

2 - Se o acto ou omissão não forem contrários aos deveres do cargo e a vantagem não lhe for devida, o agente é punido com pena de prisão de um a cinco anos.

¹⁸² CAETANO, Matheus Almeida. Op. Cit. p. 320-321

riders de que possam criar um cenário propício à generalização de práticas irregulares, sendo esta uma ótica muito volátil da falsificação da vontade do Estado, e que implicaria em uma infração de mero dever, que não se coaduna com as exigências próprias da seara penal.¹⁸³

Diante dessas considerações, é possível identificar, na literatura, autores que associam os crimes de corrupção como um *locus* em potencial para incidir o critério da acumulação, tal qual sistematizado por Lothar Kuhlen. Utiliza-se da mesma ideia, aplicável ao âmbito dos delitos ambientais – onde o critério da cumulatividade é, por excelência aplicado – do receio de que práticas que, vistas individualmente, não indiquem lesão ou ameaça aos bens jurídicos ínsitos aos delitos de corrupção.

Ou seja, ainda que os delitos ambientais consistam no campo onde mais se identificam as pesquisas acerca da possibilidade dos crimes cumulativos, notadamente pela sistematização dos delitos cumulativos ter ocorrido, a partir de Kuhlen, dentro da seara penal ambiental, não se exaure nestes a potencialidade dos mesmos critérios cunhados na teoria da cumulatividade, como já visto, também, no campo dos delitos tributários, igualmente abordados.

2. POSIÇÕES CRÍTICAS EM RELAÇÃO AOS DELITOS DE ACUMULAÇÃO

Estabelecidas as premissas conceituais, contextuais, e filosóficas que fundamentam a teoria dos delitos cumulativos, o que se pretendeu realizar com o primeiro capítulo desta pesquisa, inclusive indicando campos outros, para além do direito penal ambiental, nos quais existe a possibilidade, não taxativa, de utilização dos delitos cumulativos, passa-se, ao longo do próximo capítulo desta investigação, a verificar as posições em contrário em relação à teoria dos delitos de acumulação.

Como já antevia o próprio Kuhlen, no hiato de seus dois artigos que são considerados os marcos teóricos principais para a teoria em pesquisa, o instituto dos delitos de acumulação, ao propor relativizações nas regras de imputação, como forma de adequar a dogmática penal aos desafios da chamada sociedade do risco, levanta inúmeras tensões. E tais tensões não são algo exclusivo para o debate da teoria de Kuhlen, mas, antes disso, são o grande cerne das discussões inerentes ao próprio fenômeno da chamada expansão do direito penal, do qual se cuidou de abordar ao início do primeiro capítulo.

Em meio à literatura penal sobre o tema, são bem conhecidas as duas posições opostas que se soerguem para a análise do tema, como aquela que se manifesta de forma favorável às

¹⁸³ Ibidem, p. 321-324.

chamadas novas formas de imputação, características dos novos problemas sociais inerentes aos riscos inerentes à nova atual forma de vida.¹⁸⁴ Em um outro polo, é possível identificar posições críticas ao fenômeno expansivo da tutela penal em relação a outros interesses, tendo em Hassemer, e na chamada “Escola de Frankfurt”¹⁸⁵, os seus grandes expoentes, que primam pela manutenção de uma postura minimalista do Direito Penal, que esteja adstrita ao “núcleo duro” de tutela, e que a proteção dos novos interesses que chegam ao crivo do direito penal se dê por outros modelos de sanção, preservando a subsidiariedade do Direito Penal.

Assim, de uma certa medida, muitas das posições críticas aos delitos de acumulação, que surgem, como visto, atrelados ao Direito Penal ambiental, podem, também, ser verificadas de modo mais abrangente, em relação ao fenômeno da expansão do Direito Penal como um todo, do qual a tutela do meio ambiente é um dos seus campos ao qual se dedica maior destaque. Serão abordadas, portanto, as principais críticas que se soerguem em face dos delitos de acumulação, sob as lentes de princípios reitores do Direito Penal, como a ideia de ofensividade, culpabilidade, proporcionalidade e a presunção de inocência, e também algumas outras propostas para o chamado “acertamento” desta modalidade de imputação. O objetivo da investigação, com isso, é identificar se os delitos de acumulação se coadunam com esses pressupostos e se os argumentos críticos formulados são, ou não, suficientes a tornar ilegítima esta modalidade de imputação.

2.1 A crítica pela ótica do princípio da ofensividade

A pesquisa bibliográfica subjacente ao presente trabalho aponta, em uma primeira análise, que a incompatibilidade entre os delitos cumulativos com o princípio da ofensividade a bens jurídicos, seria um dos maiores pontos falhos, dentro da sistematização proposta por Lothar Kuhlen. Repisa-se que o cerne desta proposta é, justamente, o de tornar penalmente relevantes condutas que, caso analisadas de maneira isolada, não teriam potencial lesivo suficiente a autorizar que se utilize do Direito Penal, enquanto instrumento mais gravoso de todos os campos sancionatórios do ordenamento.

¹⁸⁴ Dessa posição é exemplificativa a conhecida obra de Luis Gracia Martín, já citada ao início desta investigação: MARTIN, Luis Gracia. *Prolegômenos para a Luta pela Modernização e Expansão do Direito Penal e para a Crítica do Discurso de Resistência*. Tradução: Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005

¹⁸⁵ Como destaca Décio Franco David, a chamada “Escola de Frankfurt” não pode ser entendida no sentido tradicional e uniforme do tema, pois os pensadores deste movimento possuem abordagens próprias e bastante peculiares, entre si, tendo, apenas, como ponto comum, o fato de repudiarem os novos desenvolvimentos dentro do direito penal. Conforme: DAVID, Décio Franco. *Manual de direito penal econômico*. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 163

Mas, antes mesmo de abordar tais premissas e de promover a releitura dos delitos de acumulação, sob a ótica do princípio da ofensividade, é imprescindível uma digressão sobre posições diversificadas em relação à existência, ou não, de uma função, do Direito Penal, para tutela de bens jurídicos, frente a condutas que lhes possam representar danos ou perigo de dano (concreto ou abstrato).

2.1.1 Crime como ofensa a bens jurídicos e princípio da ofensividade

Sobre as posições críticas erigidas em relação ao conceito de bem jurídico, é possível identificar uma pertinente síntese das posições de três teóricos: Andrew Von Hirsch, Günter Stratenwerth e Günther Jakobs. O primeiro deles sustenta que sequer existiria um conceito de bem jurídico predeterminado e vinculante do legislador, razão pela qual não seria o princípio da ofensividade a bens jurídicos idôneo para limitação do Direito Penal. O segundo autor, por sua vez, encampa a ideia de que o conceito de bem jurídico seria demasiadamente vago, e que não haveria como encontrar uma definição material universal para o conceito. Stratenwerth, de tal maneira, irá sustentar que o motivo para a elaboração de um dado tipo o penal não seria a proteção de bens jurídicos, mas somente a inconveniência de um dado comportamento.¹⁸⁶ Já Jakobs, conhecido por seus escritos sobre o chamado Direito Penal do Inimigo¹⁸⁷ e por sua posição funcionalista radical, irá sustentar que a função do Direito Penal é a de confirmar a vigência da norma, e não a proteção de bens jurídicos, pois a pena seria, apenas, uma forma de reafirmação de que a norma segue vigendo inalteradamente, não obstante à prática lesiva pelo agente delitivo.¹⁸⁸

Em sentido contrário às críticas erigidas contra a teoria do bem jurídico no âmbito do Direito Penal, prepondera a ideia de que a importância incontornável do bem jurídico, para a limitação do Direito Penal é, justamente, a superação de um conceito puramente formal do crime – no qual a norma é a única função a ser tutelada, como sustenta Jakobs – em relação a um conceito material, no qual o bem jurídico é previamente estabelecido ao legislador penal, e que se constitui em um padrão crítico do direito vigente e do direito a ser constituído, seja

¹⁸⁶ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal*. Tradução: André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 14-15.

¹⁸⁷ JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo: Noções e críticas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 21-50. Ainda sobre o Direito Penal do Inimigo, em sentido crítico, conferir: SILVA, Lucas Nogueira Rodrigues da; CARVALHO, Gisele Mendes de. O Direito Penal do Inimigo e sua infundável contradição com a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio estruturante do Direito Penal. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 34, p. 17-48, jun. 2021. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/1614>>. Acesso em: 29 jun. 2021.

¹⁸⁸ ROXIN, Claus. Op. Cit. p. 15.

como um critério para criminalização, como também para descriminalização de determinadas condutas que não se compatibilizem com a tutela de um bem jurídico legítimo.¹⁸⁹

Esse papel crítico dos bens jurídicos também é destacado por Claus Roxin, que afirma que estes constituem os verdadeiros objetos legítimos de proteção das normas penais, as quais são tidas, por Jakobs, como um fim em si mesmo, na proteção penal. Para o autor, assim, o bem jurídico serve ao papel de indicar ao legislador as fronteiras do que seria uma punição legítima, que transcende a norma por si só.¹⁹⁰ E elencando os bens jurídicos como os objetos legítimos de proteção de todas as normas penais, Claus Roxin os conceitua como sendo as “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento do sistema estatal que se baseia nestes objetivos”.¹⁹¹

Por um outro lado, não obstante à vagueza conceitual que permeia o conceito de bem jurídico, que é mencionada por Hirsch como sendo um fator que lhe tolhe de potencial crítico em relação aos tipos penais, é possível retirar-lhe o significado por meio das diretrizes que se inserem no texto constitucional, que é fundamento da criminalização. Nesse ponto, em uma difundida monografia acerca do tema, Luiz Regis Prado aponta que a noção do bem jurídico se insere nos parâmetros gerais de natureza constitucional, capazes de “impor uma certa e necessária direção restritiva ao legislador ordinário, quando da criação do injusto penal”.¹⁹² O autor afirma que, por sua natureza de hierarquia superior, a linha reguladora constitucional deve servir para dar contornos inequívocos ao direito de punir, pois, em um Estado de Direito democrático, a determinação dos valores elementares da comunidade deve estar, em princípio, delineada na constituição.¹⁹³

Posição similar também se verifica da dissertação de Heloísa Estellita, que, embora se refira aos delitos tributários, procede uma profunda investigação sobre os distintos conceitos de bem jurídico, para concluir, ao fim, por sua indispensabilidade como fundamento para o Direito Penal.

A autora, após perpassar por distintas concepções do bem jurídico, tanto as de caráter geral, sustentadas por autores como Emilio Dolcini, Figueiredo Dias e o próprio Claus Roxin, como também as concepções de caráter estrito, presente em autores como Luigi Ferrajoli e

¹⁸⁹ ANTUNES, Maria João. *Constituição, lei penal e controlo de constitucionalidade*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 48-49.

¹⁹⁰ ROXIN, Claus. Op. Cit. p. 20

¹⁹¹ Ibidem, p. 18-19.

¹⁹² PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3. ed São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 90.

¹⁹³ Ibidem, p. 91.

Maria Conceição Ferreira da Cunha, encaminha a conclusão de que, no âmbito dos Estados Sociais e Democráticos de Direito, as Constituições têm o papel de atribuir ao Direito Penal o papel de proteção de bens jurídicos. E a partir desta ideia, são estabelecidos, de uma forma simultânea, limites negativos ao conteúdo das normas incriminadoras, que não poderão tutelar interesses incompatíveis com as normas e valores constitucionais, como, também, limites de ordem positiva, no sentido de que deve haver referência entre os preceitos constitucionais e a ordem legal dos bens jurídicos tutelados penalmente.¹⁹⁴

Também Luiz Fernando Kazmierczak destaca a importância central do princípio da ofensividade, a partir de valores constitucionais, como meio de refrear arbítrios do legislador, pois ao se autorizar catalogar como delito qualquer espécie de conduta, sem maior conteúdo valorativo, se estaria a aniquilar a própria função garantista do princípio da legalidade. Nos dizeres deste autor, a fundamentação constitucional do conceito de delito como uma ofensa a bens jurídicos implicará com que a criminalização primária, para além dos preceitos inerentes ao princípio da legalidade, também deva representar uma lesão ou um perigo ao bem jurídico, vinculando o legislador, o intérprete e o aplicador da lei penal ao paradigma da ofensividade.¹⁹⁵

Helena Regina Lobo da Costa agrega, também, a ideia de que a Constituição não é um fim em si mesmo para a formulação dos bens jurídicos dignos de tutela, ressalvando que, caso existam, formalmente, na Constituição, valores não mais tidos por necessários para fins de desenvolvimento da pessoa na realidade social, este não mais constituirá, necessariamente, um bem jurídico-penal. A autora, assim, refere que devem coexistir a referência de ordem constitucional do bem jurídico e o seu reconhecimento social, asseverando que, para que um valor possa ser erguido à condição de bem jurídico, o mesmo deve, simultaneamente, “ser tido como essencial para o desenvolvimento da pessoa numa determinada sociedade e estar previsto constitucionalmente”.¹⁹⁶

Gustavo Noronha de Ávila e Érika Mendes de Carvalho, em estudo crítico atinente às dificuldades dogmáticas da Lei 11.343/2006 e a inexistência de bens jurídicos hígidos neste contexto, sustentam que o conceito de bem jurídico, embora seja forjado no plano normativo (valorativo), traz consigo um referencial material (ontológico), que deve se fazer atrelado à realidade existencial (material ou imaterial). Ressaltam os autores que essa base empírica que

¹⁹⁴ ESTELLITA, Heloísa. *A tutela penal e as obrigações tributárias na constituição federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 84.

¹⁹⁵ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Direito penal constitucional e exclusão social*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2010, p. 142-143.

deve permear o bem jurídico não exclui a análise axiológica do sentido funcional desses elementos, dados, interesses ou relações concretas, sob a perspectiva individual ou coletiva, e que esse ‘filtro valorativo’ terá responsabilidade por selecionar, em concreto, os interesses, dados, relações e afins, que, dentro de um certo momento histórico, justifique o recurso à tutela penal, sempre pautada pela subsidiariedade.¹⁹⁷

Também Érica Babini Lapa do Amaral Machado ressalta a importância incontestável que recai sobre os bens jurídicos, para toda a sistemática de imputação criminal, a justificar que se defenda que a tutela de bens jurídicos consiste, simultaneamente, na função do direito penal, ao mesmo tempo em que traça os limites de legitimidade de sua intervenção. A autora, assim, realça que a legitimidade do Direito Penal está condicionada à realização da função que ele declara cumprir, a saber: a proteção dos bens jurídicos, fazendo com que o uso do poder punitivo apenas possa ocorrer em vista de tal finalidade.¹⁹⁸

A partir destas noções introdutórias, e até mesmo pela infindável bibliografia sobre o tema da teoria do bem jurídico, que torna incompatível com os fins deste trabalho um amplo aprofundamento, é possível fixar a premissa de que o Direito Penal não se presta à tutela das normas penais por si só, sendo, nesse contexto, indispensável a utilização do bem jurídico como um parâmetro crítico para aferir a legitimidade, ou não, das normas penais. A noção de fragmentariedade que permeia o Direito Penal demanda que haja um controle sobre critérios legislativos a serem adotados na elaboração das leis penais.

Nesse ponto, por derradeiro, a utilização do Direito Penal como mecanismo de tutela subsidiária de bens jurídicos é também tratada por Bernd Schünemann, que enfatiza que esse pilar do Direito Penal decorre do fato de que a sanção penal representa um excesso quase que permanente, em relação ao fato criminalizado, caracterizando aquilo que o autor denomina “*overkill* estrutural”¹⁹⁹, o qual exclui categoricamente uma justificação da pena em termos de retribuição. E diante dessa desproporcionalidade natural, é que Schünemann irá afirmar que a proteção de bens jurídicos é um meio de refrear esse efeito *overkill*, resguardando a incidência

¹⁹⁶ COSTA, Helena Regina Lobo da; REALE JÚNIOR, Miguel. *Proteção ambiental, direito penal e direito administrativo*. Tese de Doutorado: Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 12.

¹⁹⁷ CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Falsos Bens Jurídicos e Política Criminal de Drogas uma Aproximação Crítica. *Conpedi Law Review. Direito Penal, Criminologia e Segurança Pública*. v. 1, n. 10, 2015, p. 138. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3394>> Disponível em: 27 nov. 2021

¹⁹⁸ MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral. A Teoria dos bens jurídico-penais e o Direito Penal Moderno: uma releitura a partir dos direitos humanos. *Revista Brasileira de Direito*, 12(2): 166-179, jul.-dez. 2016, p. 168. Disponível em: < <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/904/1002>> Acesso em 27 nov. 2021

da tutela penal, vedando-se, inclusive, se lance mão de do direito penal para lesões reputadas insignificantes, frente às quais deve-se abrir mão, de todo, da pena.²⁰⁰

E essa análise conceitual acerca da função necessariamente protetora de bens jurídicos que incumbe ao Direito Penal é imprescindível para que se possam identificar os contornos do princípio da ofensividade, que será usado por referencial analítico dos delitos de acumulação nesse primeiro momento do segundo capítulo do trabalho.

Isso se faz necessário por questão de ordem conceitual, que é exposta de forma precisa na densa tese de livre-docência de Ana Elisa Liberatore Silva Bechara, onde a autora ressalta que, embora os conceitos de bem jurídico e do princípio da ofensividade não se confundam, se tratam de questões intrinsecamente ligados na “busca da limitação e, consequentemente, da legitimidade do Direito Penal para intervir sobre a liberdade individual”.²⁰¹

Bechara, em diálogo com Eugenio Raúl Zaffaroni, registra que a simples ideia de bem jurídico tutelado pela norma, por si só, acaba por se relacionar com um discurso de eficácia tutelar da lei penal que permita a incriminação de condutas afastadas da concreta ofensividade e até mesmo a criação de bens jurídicos inexistentes.²⁰² Ressalta, assim, que o caráter crítico que permeia a essência dos bens jurídicos, do qual já se tratou acima, é essencial para impedir a criação de bens jurídicos artificiais, naquilo que a autora denomina como espiritualização, a qual pode, em última análise, estar tutelando apenas a vontade do próprio Estado, através de um simulacro de bem jurídico.

A autora, desta maneira, situa tanto o princípio da ofensividade como também a função do Direito Penal como instrumento de proteção subsidiária de bens jurídicos, dentro do chamado conteúdo material do delito, que se soma ao seu conteúdo meramente formal, consistente no tipo incriminador positivado na legislação. O princípio da ofensividade, que se insere no dogma *nullum crimen sine iniuria*, consiste na ideia de que o ilícito penal demanda a exteriorização de conduta, que lesione ou exponha a perigo um bem juridicamente tutelado, de modo a traçar os limites entre o que é penalmente relevante e o que são comportamentos desprovidos de lesividade e, portanto, irrelevantes aos fins do Direito Penal.²⁰³

¹⁹⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. *Direito Penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional*. Coordenação e tradução: Adriano Teixeira. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p.33

²⁰⁰ Ibidem, p. 33

²⁰¹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 83.

²⁰² Ibidem, p. 83.

²⁰³ Ibidem, p. 82.

2.1.2 Os delitos de acumulação pelas lentes do princípio da ofensividade

Delineados, assim, alguns dos principais aspectos em relação à teoria da ofensividade, e a imprescindibilidade de tutela de bens jurídico-penais, de forma fragmentária e subsidiária, como elemento constitutivo do Direito Penal, é a partir destas lentes que se analisarão críticas erigidas à teoria dos delitos de acumulação.

Como já visto, ao traçar os caracteres descritivos da teoria sistematizada por Kuhlen, esse autor pauta sua teoria na ideia de que a sociedade do risco, com todas suas características de ensejar um maior potencial danoso à humanidade, demandaria também uma dogmática penal que se adequasse a esses novos potenciais de risco.

A perspectiva de Kuhlen fica bem evidente já na introdução de seu artigo de 1993, no qual o autor destaca que nossa atual maneira de viver (*lebensweise*) enseja massiva poluição ambiental, a qual deve conferir crescente importância e significação à preservação de todos os recursos naturais, os quais são o campo de análise empregado por Kuhlen para sistematizar sua teoria dos delitos cumulativos. E em meio a esse contexto de massiva poluição, o autor refere que o Direito Penal deve enfrentar o tema da poluição ambiental (*Umweltbelastungen*) que não pode ser rastreada até ações individuais específicas, e a única forma pela qual isso pode ocorrer é admitindo um abrandamento do nexo causal entre a ação e a lesão ao bem jurídico²⁰⁴, mitigando-se, com isso, exigências atreladas ao princípio da ofensividade.

A proposição de Kuhlen é endossada por Rita Castanheira Neves, que encampa a ideia de que o Direito Penal também precisa acompanhar as mudanças do mundo globalizado, com a admissão de novos bens jurídicos, dentro da tutela subsidiária inerente à seara penal. Para Castanheira Neves, não há, nos delitos de acumulação, especialmente na seara ambiental (que é analisada pela autora em seu escrito), ofensa ao princípio da ofensividade. Isso porque, não é a lesão consistentemente final que deve ser mensurada, a partir de determinações quantitativas de níveis técnicos a nível regional, nacional ou mundial, para fins da incidência penal, neste campo, mas sim a “lesão-contributo, sem a qual a lesão final não se chegava a realizar”.²⁰⁵

Para a autora, é nesse ponto que deve residir o ponto de partida de análise dos delitos ambientais, tutelados a partir da perspectiva cumulativa. É a partir da ideia da lesão-contributo que deve ser aferir a compatibilidade com o princípio da ofensividade, sendo nela que se situa

²⁰⁴ Vide notas 48 a 50, com transcrição de excertos do artigo de Kuhlen, constantes ao início do trabalho

²⁰⁵ CASTANHEIRA NEVES, Rita. O ambiente no direito penal: a acumulação e a acessoriedade. In: *Direito Penal hoje: novos desafios e novas respostas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 298.

a lesão que os críticos da teoria não reconhecem como existente para que haja legitimidade jurídico-penal. É nessa atitude contrária ao direito, e eticamente reprovável, consistente na consciência de danificação do meio ambiente, que, para Castanheira Neves, está situada a contrariedade ao ordenamento jurídico-penal. A autora, assim, conclui aduzindo a necessidade de que o Direito Penal “intervenha para proteger o meio ambiente, prevenindo e reprimindo danos irreversíveis”²⁰⁶

E em sentido contrário à posição que defende os delitos cumulativos, sob uma ótica que representa a incorporação do princípio da precaução em matéria penal – amplamente citado como um norteador da tutela ambiental, em matéria não penal²⁰⁷ – o denominador comum que se identifica, a partir das críticas soerguidas contra a teoria de Lothar Kuhlen, é o de que o critério proposto para os delitos cumulativos malferiria o princípio da ofensividade, pois as condutas isoladas, que se analisam a partir de uma ideia que seriam repetidas, e, nesse cenário, relevantes penalmente, na verdade, não transcenderiam os limites mínimos necessários para obter reflexos penais.

Entre nós, Fabio Roberto D’Avila, em escritos específicos sobre reflexos do princípio da ofensividade e a noção do Direito Penal como instrumento de tutela subsidiária de bens jurídicos, irá tecer críticas, justamente a partir da ideia de que a teoria dos delitos cumulativos não se compatibiliza com um Direito Penal que se pretenda que seja orientado pelo critério da ofensividade. D’Avila, por sua vez, trata dos delitos de acumulação a partir da perspectiva dos delitos de perigo abstrato em contextos instáveis, dos quais o presente trabalho se ocupará mais adiante, no momento oportuno.

Para o referido autor, após tratar dos escritos de Kuhlen, condensando as ideias que o citado autor alemão sustenta em seus artigos de 1986 e 1993, respectivamente, admitir o critério da cumulatividade, nos termos em que é proposto, significaria admitir uma concepção de ilícito, na qual o conteúdo de significação jurídico-penal transcende a própria conduta

²⁰⁶ Ibidem, p. 298.

²⁰⁷ “Os instrumentos de gestão devem pautar-se no princípio da precaução, como forma de resposta antecipada aos riscos. Esse princípio aparece no fim dos anos 80 no relatório de Brundtland, sobre desenvolvimento sustentável e no direito internacional, em razão do efeito estufa e do buraco na camada de ozônio, sendo novamente reafirmado na Conferência do Rio de Janeiro em 1992. A juridicização dos riscos ambientais passou a ser tutelada pelo direito ambiental na medida em que a garantia pela Constituição Federal prevê o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as gerações presentes e futuras, sendo inerente ao comando constitucional o caráter antecipador de proteção da sociedade em relação aos riscos” (KLOCK, Andréa Bulgakov. Estado Ambiental de Direito. In. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho, n. 15, 2011, p. 67. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/199/198>> Acesso em 20 jun. 2021.

típica individualmente considerada, fazendo, assim, com que o direito penal volte sua atuação a casos com absoluta ausência de ofensividade.²⁰⁸

D'Avila sustenta, em contrário sentido ao que se defende na teoria dos delitos cumulativos, ser inconcebível uma noção de ofensa que transcende a particular relação entre a conduta contida na norma penal e o bem jurídico que a mesma norma busca tutelar, na medida em que a ofensa, nesse cenário, apenas será percebida fora dos limites relacionais da conduta punível, tornando totalmente inaceitável utilizar das noções dos delitos cumulativos.²⁰⁹

Matheus Almeida Caetano e Cristina Rego de Oliveira também promovem uma leitura crítica sobre os delitos de acumulação, retomando a ideia de que a sistematização dos mesmos torna imprescindível a contribuição de terceiros para a relevância penal da conduta. E em razão dessa peculiaridade, é que se conclui que, no momento da prática que se diz delitiva, aquele que pratica sua conduta – para melhor visualização, recomenda-se, como na forma proposta por Kuhlen, ter em mente o exemplo de pequenas condutas de poluição das águas de determinado rio – não visualiza que os seus efeitos serão aptos para comprometer a sua parcela de responsabilidade com a ação do outro.²¹⁰

Os autores, assim, ponderam que, na técnica proposta dos delitos de acumulação, não há qualquer necessidade de uma periculosidade geral ou abstrata das condutas individuais, em lesionar o bem jurídico tutelado, razão pela qual nesta categoria de delitos estaria ausente até mesmo a probabilidade de afetação do objeto, fazendo com que os delitos de acumulação não demandem quaisquer comprovações de causalidade entre a ação individual e o dano global que, em tese, resultaria da ação.²¹¹ É dizer, portanto, que seria evidente a incompatibilidade dos delitos de acumulação com o princípio da ofensividade, dada a necessidade de aferição das condutas de maneira individual.

Uma perspectiva crítica, a partir da ótica do princípio da ofensividade também pode se verificar no conhecido texto de Augusto Silva Dias, onde o autor, após proceder à revisão dos fundamentos dos delitos de acumulação, irá concluir em sentido crítico, sustentando que, partindo da premissa de que a privação da liberdade apenas pode ser cogitada como uma forma proporcional à ofensa ao bem jurídico tutelado, não seria constitucionalmente legítimo

²⁰⁸ D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 120.

²⁰⁹ Ibidem, p. 120-121.

²¹⁰ Matheus Almeida; OLIVEIRA, Cristina Rego de. Op. Cit. p. 142.

²¹¹ Ibidem, p. 141.

que se lançasse mão do Direito Penal para apenar condutas, quando não for “perceptível socialmente e reconstruída no tipo a danosidade (imediata) do comportamento”.²¹²

O autor, assim, arremata com a ideia de que os delitos cumulativos não se coadunam ao princípio da ofensividade, na medida em que a contribuição individual, por si só, não será suscetível de afetar o bem jurídico coletivo tutelado pela norma penal. Ou seja, apenas a soma com outras contribuições individuais é que poderá produzir a afetação do bem jurídico, resultando, assim, que a conduta exteriorizada seja apenas a exteriorização social da infração de um dever de ordenação, e não algo que possa deter relevância suficiente a caracterizar um tipo penal.²¹³ Silva Dias irá, com isso, sustentar que a estrutura dos delitos de acumulação se assemelha, na realidade, a dos chamados ilícitos de contra-ordenação, incidentes no âmbito do Direito Administrativo, em Portugal.²¹⁴

A posição mais introdutória apresentada por Silva Dias, no sentido de sugerir que os delitos de acumulação sejam objeto de tutela não penal – como é o caso do regime aplicável às contra-ordenações, no direito português – é, também entre nós, sustentada por Ana Carolina Carlos de Oliveira, em artigo específico sobre o tema. A autora trata que a inexpressividade das lesões individuais não seria suficiente a justificar a caracterização do tipo penal, trazendo, assim, também uma crítica centrada na ilegitimidade dos delitos de acumulação sob as lentes do princípio da ofensividade, e que o mais adequado seria que os delitos de acumulação fossem tratados na seara administrativa, revisitando conceitos como o do Direito de Intervenção de Winfried Hassemer ou o Direito Penal de Segunda velocidade

²¹² SILVA DIAS, Augusto. What if Everybody did it? Sobre a (in)capacidade de ressonância do Direito Penal à Figura da Acumulação. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Janeiro-Março 2003, Ano 13, nº 1, Coimbra Editora, p. 333.

²¹³ Ibidem, p. 339.

²¹⁴ O tema das contra-ordenações é característico do direito português e os critérios empregados para distingui-los dos ilícitos penais são objeto de vasta literatura por autores portugueses, destacando-se, pela profundidade e densidade da pesquisa, a tese de doutoramento do Professor Nuno Brandão, vide: BRANDÃO, Nuno. *Crimes e Contra-ordenações: da cisão à convergência material: ensaio para uma recompreensão da relação entre o Direito Penal e o Direito Contra-ordenacional*. Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2013. Disponível em: <<https://eg.uc.pt/bitstream/10316/23886/1/Crimes%20e%20Contra-Ordena%C3%A7%C3%B5es.pdf>> Acesso em 13 jun. 2021. Tratando das relações entre os delitos e as contraordenações, mas com enfoque na seara tributária, o mesmo Augusto Silva Dias assim aborda o tema: “O surgimento do ilícito de mera ordenação social deve-se, por um lado, à crescente intervenção do Estado contemporâneo na vida económica e social e à necessidade, daí decorrente, de dotar a Administração de instrumentos sancionatórios adequados para a execução dessas tarefas e, por outro lado, ao interesse político-criminal em ‘purificar’ o Direito Penal (e, consequentemente, o sistema de administração da justiça penal) saneando-o de bagatelas e da tutela da interesses puramente administrativos e reservando-o para o combate a agressões de uma estratégia político-criminal destinada a aliviar o Direito Penal de uma ‘matéria’ que estruturalmente não lhe pertence e a promover uma delimitação clara das várias espécies de ilícito e das sanções correspondentes” (SILVA DIAS, Augusto. Crimes e contra-ordenações fiscais. In. *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*. Vol. II. Problemas Especiais. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 440).

tratado por Silva Sánchez, como locais adequados para punição de condutas, sob a ótica cumulativa.²¹⁵

A incompatibilidade entre os delitos de acumulação e o princípio da ofensividade é, também, identificada por Ana Elisa Bechara, que aponta que os delitos cumulativos não têm relação com comportamentos concretamente ofensivos, mas apenas relações dogmaticamente construídas entre ações perigosas abstratas e fontes de perigo da sociedade, razão pela qual o uso da tutela penal, a partir de uma perspectiva da acumulação de condutas, representa uma intenção de tutela eficientista e utilitarista do Direito Penal.²¹⁶ A autora, assim, sustenta que os delitos de acumulação representam a exaltação do desvalor da ação em detrimento do desvalor do resultado, criando, assim, ilícitos de mera desobediência. Além do que, até a aferição do desvalor da ação do agente seria dificultada, porque se pretende justificar que se puna sua conduta, a partir do prognóstico de possíveis ações de terceiros.²¹⁷

Também Luciano Anderson de Souza endossa os apontamentos críticos de Bechara, ao encampar a ideia de que a teoria da cumulatividade delitiva não se fez convincente para fins de reconstruir ou substituir a lesividade penal, enquanto critério crítico limitador e legitimador da incidência penal, e que tampouco a perspectiva filosófica-moral que lhe é subjacente se faz idônea a justificar a construção cumulativa.²¹⁸

Silva Sánchez, por sua vez, ainda que mantenha posição sabidamente mais descritiva em relação à expansão do Direito Penal, do qual a figura dos delitos de acumulação pode ser vista como um de seus desdobramentos, traz contornos mais críticos à sua posição, afirmando que, ainda que o problema global do meio ambiente – contexto no qual tem origem a posição dos delitos de acumulação – seja de intensa relevância e magnitude, ainda assim não há como se justificar a imposição de penas graves a sujeitos individuais, quando suas condutas, vistas de maneira individualizada, são, isoladamente, insignificantes.²¹⁹

Considerações críticas são igualmente feitas por Helena Regina Lobo da Costa, sob a ótica do princípio da ofensividade, a qual afirma que a proposta dos delitos cumulativos seria de insanável fricção com o princípio da insignificância, que se desdobra a partir da noção do

²¹⁵ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *A tutela (não) penal dos delitos por acumulação*. In. *Revista Liberdades* - nº 14 - setembro/dezembro de 2013. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, p. 28. Disponível em: <<https://ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/456/7364>> Acesso em 16 mai. 2021.

²¹⁶ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 251.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 252.

²¹⁸ SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal Econômico – Fundamentos, Limites e Alternativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 120-121.

²¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesus-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução: Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 124, nota n. 27.

princípio da ofensividade. A autora critica as posições em defesa dos delitos cumulativos, que perfilham da ideia de que os delitos cumulativos não poderiam ter lugar em um contexto de não ocorrência de efeitos bagatelares. Aludindo às posições de Matthias Daxenberger, para encaminhar à conclusão de o próprio reconhecimento de um tipo penal acumulativo, por si só, se faz ligada à progressiva abolição do próprio princípio da insignificância, contendo, assim, riscos de difusão para outros campos, para além do Direito Penal Ambiental.²²⁰

2.2 Crítica pelas lentes do princípio da culpabilidade

Antes mesmo de proceder à revisão bibliográfica sobre a leitura crítica dos delitos de acumulação, feita a partir das bases do princípio da culpabilidade, é de bom alvitre, mesmo que de modo introdutório, proceder à análise de aspectos conceituais atinentes ao próprio princípio da culpabilidade, por si só, o qual, certamente, consiste em um dos mais relevantes para toda a sistemática penal.

Em uma primeira análise, os fundamentos apresentados por Luís Greco, em um escrito no qual o autor busca investigar a compatibilidade, ou não, da responsabilização penal das pessoas jurídicas com o princípio da culpabilidade, se revela como um preciso ponto de partida para definição das balizas do princípio da culpabilidade. Referido autor aborda a culpabilidade como uma exigência para a aplicação de toda e qualquer pena, sustentando, para tanto, existir um argumento curto e um argumento longo que respaldam sua tese.

O argumento “curto”, explorado por Greco, é aquele que sustenta que direitos inatos do ser humano pertencem a uma camada mais profunda de sua personalidade, e estão atrelados à própria condição de ser humano, no qual a liberdade estaria situada. Sendo assim, os direitos de liberdade inata apenas poderão ser passíveis de supressão, em razão de uma atuação pelo próprio indivíduo titular destes direitos, ou seja: quando ele se fizer culpável.²²¹ O argumento “longo”, por outro lado, remonta à ideia do próprio contrato social – aqui, Greco dialoga com a teoria de John Rawls, sobre a posição original e o véu da ignorância²²² – e

²²⁰ COSTA, Helena Regina Lobo da; REALE JÚNIOR, Miguel. *Proteção ambiental, direito penal e direito administrativo*. Tese de Doutorado: Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 60.

²²¹ GRECO, Luís. Opõe-se o princípio da culpabilidade à penalização de pessoas jurídicas? Reflexões sobre a conexão entre pena e culpabilidade. In: *As razões do direito penal*. Tradução e Organização: Eduardo Viana, Lucas Montenegro; Orlandino Gleizer. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 75.

²²² Trata-se de uma construção idealizada por Rawls, em sua teoria da justiça, onde o autor supõe que o “véu da ignorância” assegura que as escolhas a serem tomadas previamente à constituição de determinada sociedade, poderia assegurar maior justiça a todos os seus integrantes, pois os tomadores de decisão, justamente pelo véu proposto por Rawls, em um conceito idealizado, ao não conhecerem quais as próprias condições que teriam em uma determinada sociedade, não buscariam tomar decisões que os favorecerem. Nos dizeres do próprio Rawls:

sustenta que, em uma posição original, onde os constituintes do contrato social não conferem uma carta branca ao Estado para que dispusesse dos direitos de todos como lhes aprouvesse, os direitos inatos, como é o da liberdade, apenas serão suficientemente protegidos, enquanto o indivíduo tiver a garantia de que só os perderá, quando ele mesmo der causa a essa perda, sendo culpável.²²³

Daí se conclui que o princípio da culpabilidade tem natureza personalíssima, pois a pena representa uma restrição a um direito inato, que, por sua essência é personalíssimo. Ou seja: “a dimensão subjetiva do princípio da culpabilidade, isto é, a sua dimensão de direito individual, é o direito de não perder seus direitos inatos e, portanto, personalíssimos, a não ser em razão da realização personalíssima de um comportamento errôneo”.²²⁴

Complementando-se os apontamentos feitos por Luís Greco, também Luiz Luisi, após um retrospecto histórico sobre as distintas positavações do princípio da culpabilidade, em diversas quadras históricas, irá proceder uma análise à luz de nosso atual texto constitucional, para indicar que nossa ordem jurídica dá gabarito à culpabilidade, em distintas formas, que se denotam do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Em primeiro momento, ao se positivar a presunção de inocência²²⁵, na forma do inciso LVII, se está assegurando que a condenação ao cumprimento de uma pena pressupõe que haja prova e declaração de que um agente seja autor ou partícipe de um fato jurídico. Também o princípio da culpabilidade estaria atrelado, nos dizeres do citado autor, à positivação da individualização da pena, na forma do inciso XLVI, quando viabiliza a escolha da pena e sua

“The principles of justice are chosen behind a veil of ignorance. This ensures that no one is advantaged or disadvantaged in the choice of principles by the outcome of natural chance or the contingency of social circumstances. Since all are similarly situated and no one is able to design principles to favor his particular condition, the principles of justice are the result of a fair agreement or bargain. For given the circumstances of the original position, the symmetry of everyone’s relations to each other, this initial situation is fair between individuals as moral persons, that is, as rational beings with their own ends and capable, I shall assume, of a sense of justice. The original position is, one might say, the appropriate initial status quo, and thus the fundamental agreements reached in it are fair” (RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Original Edition. Belknap Press of Harvard University Press, 1999, p. 11).

²²³ GRECO, Luís. Op. Cit., p. 75.

²²⁴ Ibidem, p. 75-76.

²²⁵ Conforme sustentado em outro trabalho, a presunção (ou estado) de inocência, que consiste em uma das representações do princípio da culpabilidade, se desdobra em três aspectos: “(i) Como regra de julgamento, trata-se da própria literalidade do texto constitucional, que não deveria causar maiores problemas: a não culpabilidade do acusado é assegurada até o trânsito em julgado da certeza condenatória; (ii) Já como norma probatória, sua aplicação exige a ‘certeza, ainda que seja subjetiva – não da inocência, mas da culpabilidade, não se tolerando a condenação, mas exigindo-se a absolvição em caso de incerteza’, sendo, portanto, um ônus acusatório exclusivo daquele que acusa e jamais do acusado. (iii) Por fim, o dever de tratamento tem o objetivo de impedir que os órgãos estatais tratem o imputado de forma igual ou análoga a um culpado, sendo dever imposto ao julgador a preocupação com o imputado, para que seja tratado como um inocente”. (SILVA, Lucas Nogueira Rodrigues da; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. O *standard* probatório necessário ao oferecimento da denúncia em face de agentes públicos e privados pelo tipo penal do art. 90 da Lei 8.666/93. In. *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*. Ano 2, vol. 5, jan-mar., 2021, p. 126).

quantificação.²²⁶ O autor, assim, destaca para a relevância constitucional do princípio da culpabilidade em nosso ordenamento, o que deflui do fato de todo o ordenamento jurídico brasileiro tem a dignidade como um de seus fundamentos, inserindo, com isso, o homem, no centro do Direito Penal, tido como um ser livre, capaz de autodeterminar-se.²²⁷

Uma densa digressão sobre o princípio da culpabilidade é também verificada na obra de Juarez Tavares, na qual o autor inicia suas considerações a partir do texto constitucional do já citado inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, para fundamentar que ao se adotar a presunção de inocência, enquanto norma cogente da ordem constitucional, passa-se a exigir que toda e qualquer responsabilização por fato apontado por criminoso demande que a responsabilidade por tal fato, apenas pode se dar em um juízo de culpabilidade, o qual afasta a responsabilização meramente objetiva, tornando necessário um juízo de certeza e não só de mera probabilidade.²²⁸

Por fim, de maneira a sistematizar as diferentes garantais que defluem do princípio da culpabilidade, Paulo César Busato aponta que seriam 05 (cinco) aquelas que dele decorrem, a saber: (i) a responsabilidade pessoal e individual, que exige uma vinculação subjetiva do autor em relação ao fato que lhe é atribuído; (ii) a responsabilidade subjetiva ou culpabilidade em sentido estrito, consistente no fato de o autor ter atuado com vontade própria do dolo ou então de maneira culposa; (iii) a responsabilidade penal pelo fato, que rechaça a criminalização do modo de vida e o direito penal do autor, e a deixa circunscrita à culpabilidade atrelada ao fato; (iv) a presunção de inocência ou não consideração prévia de culpabilidade; (v) garantia da individualização da pena, que possibilita que cada indivíduo seja responsabilizado de uma maneira ajustada à sua própria conduta.²²⁹

E no que diz respeito aos delitos de acumulação, como se cuidará de demonstrar mais adiante, é possível afirmar, de antemão, que as críticas baseadas em sua incompatibilidade para com o princípio da culpabilidade se fundam nas dimensões da culpabilidade pelo fato e a partir da exigência de responsabilidade pessoal e individual.

²²⁶ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 37

²²⁷ Ibidem, p. 37-38. Registra-se que a questão da capacidade de autodeterminação tem sido um campo de tensão, a partir dos desdobramentos da neurociência, que irradiam seus efeitos nos debates em matéria penal. Nesse sentido, com ampla bibliografia, conferir: PEREIRA, Julia Gabriela Warmling. *O direito penal e os possíveis efeitos da neurociência: uma investigação acerca da culpabilidade*. Dissertação: PPGD Unisinos. Orientador: Miguel Tedesco Wedy, 2018. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/8374/Julia%20Gabriela%20Warmling%20Pereira_.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em 15 jun. 2021

²²⁸ TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020, p. 96-97.

²²⁹ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral, volume 1*. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 69-75.

Há um aparente denominador de origem comum nas críticas, que se centra no fato de que os delitos de acumulação, na medida em que utilizam de aspectos de condutas de terceiros – sob uma ótica de reiteração de certa conduta delitiva – implicam, ao fim e ao cabo, em manifesta violação à exigência de que haja, pelo agente, uma conduta própria, que possa legitimar seu apenamento. A partir do texto de Luiz Greco, já anteriormente citado, se torna possível traçar um paralelo entre suas ideias, no sentido que a liberdade, como direito inato que é, apenas poderia ser objeto de restrição, a partir do próprio titular destes direitos inatos. É a partir dessas perspectivas que se analisarão as críticas aos delitos cumulativos, na forma que adiante se apresenta.

O próprio Paulo Busato, após a sistematização do princípio da culpabilidade em cinco distintas vertentes, como já tratado acima, aponta que, a partir da conjunção das dimensões do princípio da culpabilidade atreladas à culpabilidade pelo fato, e ainda pela expressão pessoal da culpa, deve ser excluída a punibilidade dos chamados delitos cumulativos.²³⁰

Busato, após discorrer sobre os delitos cumulativos, mencionando os mesmos casos práticos que foram empregados neste trabalho, como exemplificativos do discurso dos delitos cumulativos (delitos ambientais, tributários e contra o patrimônio público), irá sustentar que a teoria analisada, e a impossibilidade de sua aplicação concreta é resolvida pelo princípio da culpabilidade, na medida em que, sendo a culpabilidade decorrente do fato e tendo a mesma natureza pessoal, deve guardar relação com a culpa que cada um tem pelos seus próprios atos, não podendo o indivíduo ser responsabilizado por fato alheio.²³¹

Daí porque, em atenção aos limites que são postos pelo princípio da culpabilidade, deve-se exigir que a responsabilidade penal ocorra a partir da responsabilidade de cada um por sua ofensa ao bem jurídico, nos estritos limites de sua própria contribuição para a lesão. Busato, assim, encampa a ideia de que o fato de que o bem jurídico tenha sido afetado por terceiros apenas pode acarretar responsabilidade para estes, jamais alargando-a para além do campo relacional de sua própria conduta.²³²

Uma contundente crítica aos delitos cumulativos, centrada em sua incompatibilidade para com o princípio da culpabilidade, também é feita por Augusto Silva Dias, que sustenta, de modo enfático, que nada poderia atentar mais contra o princípio da culpabilidade do que a admissão desta técnica de incriminação:

²³⁰ Ibidem, p. 72.

²³¹ Ibidem, p. 72.

²³² Ibidem, p. 72-73.

Pelo facto próprio, não cabe dirigir ao agente tal censura. Esta tem de ser buscada necessariamente noutro ponto, e dado que, num Direito Penal do facto, ela deve ter como pressuposto e limite o fato danoso, só pode colher apoio precisamente no momento em que é possível diagnosticar no processo cumulativo um mínimo de ofensividade: o da formação do perigo para o bem jurídico, resultante da soma dos contributos singulares. Mas se assim é, não podemos negar razão àqueles autores que defendem que a culpa se funda, nesta constelação, *ex iniuria tertii*, isto é, no pressuposto de que outros actuam ou actuarão na mesma direção. Nada podia ferir mais profundamente o princípio da culpa em Direito Penal. Na sua formulação mais simples, segundo a qual não há pena sem culpa, este princípio é contrariado numa dupla vertente. Como princípio que exige e norteia a imputação do facto ao agente como obra e como princípio que faz depender a punibilidade de uma censura estritamente pessoal, fundada na atribuição de um demérito pela deslealdade comunicativa revelada no facto danoso.²³³

O autor ainda prossegue, partindo da construção argumentativa pautada na teoria da imputação objetiva, pela qual só podem ser consideradas típicas as condutas que representem a criação ou aumento de um risco previsível e juridicamente desaprovado de realização do evento danoso²³⁴, para reforço de sua tese sobre a ilegitimidade dos delitos cumulativos. Silva Dias, partindo destas pilastras, e centrando sua análise na perspectiva ambiental dos delitos de acumulação – a qual tem em Lothar Kuhlen seu expoente – afirma que, sendo a conduta de poluição das águas, do ar ou do solo, fundada, unicamente, no risco de contaminação a partir da acumulação de práticas idênticas, o fato que se imputa ao agente, pela via cumulativa, não será previsível a cada um dos agentes, o que depende de múltiplos fatores acidentais que, em muito, escapam à previsibilidade e ao domínio do agente.²³⁵

A expressão latina *ex iniuria tertii*, utilizada por Silva Dias no trecho acima transcrito, é bastante utilizada pelos críticos de Kuhlen, e significa “pela injúria de terceiro”, que bem sistematiza as críticas soerguidas contra a teoria sistematizada por Kuhlen, as quais, como se vê, partem da ideia de que os delitos cumulativos representam ofensa ao princípio da culpabilidade, por penalizarem o agente em razão de condutas de terceiros, as quais se fazem indispensáveis para a concepção dos delitos cumulativos.

²³³ SILVA DIAS, Augusto. What if Everybody did it? Sobre a (in)capacidade de ressonância do Direito Penal à Figura da Acumulação. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Janeiro-Março 2003, Ano 13, nº 1, Coimbra Editora, p. 340.

²³⁴ A teoria remonta aos escritos de Claus Roxin e é assim tratada por Fabio Roberto D’Avila: “Poderíamos dizer que os critérios normativos da imputação objetiva do resultado resumem-se na criação de um incremento de um perigo não permitido, que se materializa na lesão a um bem juridicamente tutelado, dentro do alcance do tipo, ou, nos crimes omissivos, na omissão da evitação, possível, do perigo não permitido, que se realiza no resultado típico, dentro do alcance da norma, pois que as normas somente podem coibir ações que geram ou aumentem riscos não permitidos a bens tutelados pelo ordenamento jurídico” (D’AVILA, Fabio Roberto da. *Crime culposos e teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 44).

²³⁵ SILVA DIAS, Augusto. Op. Cit. p. 340-341

Nesse sentido, afirma Sheilla Maria de Graça Coutinho Neves, em sua densa tese de doutoramento, que as críticas aos delitos cumulativos, indicam, de uma forma geral, que a proposição cumulativa viola o princípio da culpabilidade, porque se fundamenta *ex iniuria tertii*. Ou seja, a sanção passa a existir em vista da prática da conduta também por terceiros. Assim, como sistematiza a autora, o lineamento crítico comum às posições contrárias à de Lothar Kuhlen é a de que os grandes riscos não podem ser visualizados como "problemas de um atuar individual", mas somente como problemas sistêmicos, os quais, desta maneira, não podem ser reconhecidos como de responsabilidade exclusiva de pessoas.²³⁶

Na mesma linha sintetizada por Neves, Lauren Loranda Silva Costa, a partir dos contributos de Silva Dias, também ecoa a voz crítica aos delitos cumulativos, sustentando que a teoria que se propõe, acerca dos delitos de acumulação, não responderia a questionamentos básicos em matéria penal e, inclusive aqueles que se fazem intrínsecos referentes à base de todo o Direito Penal, onde se inclui o princípio da culpabilidade. A autora pondera que, a partir da exigência de que a culpa seja imputada à pessoa enquanto ser individual, fundante do princípio da culpabilidade, é frontalmente violada pelos delitos de acumulação, nos quais a culpa do agente se embasa em atos de terceiros.²³⁷

As mesmas críticas são também identificadas na tese de livre-docência de Ana Elisa Liberatore Silva Bechara, onde a autora, após analisar diversas perspectivas acerca dos delitos cumulativos, irá encaminhar a conclusão de que estes não se coadunam com o princípio da culpabilidade, especialmente em sua vertente da exigência da responsabilidade individual pelo fato. Bechara realça que, nos delitos cumulativos, a imputação do fato ao agente depende não de sua própria conduta, mas, na realidade, de contribuições alheias. Encaminha-se, assim, à conclusão de que a reprovação penal, em tais casos, ofenderia o princípio da culpabilidade, na medida em que ultrapassa os limites de um Direito Penal garantista e racional.²³⁸

Bechara arremata ponderando que a violação ao princípio da culpabilidade se deve ao fato de que, para fins de intervenção jurídico-penal, a legitimidade está vinculada à medida em que se funde, de maneira exclusiva, à atribuição de responsabilidade pela criação pessoal de riscos socialmente relevantes.²³⁹ A autora, assim, analisa os delitos cumulativos a partir de

²³⁶ NEVES, Sheilla Maria da Graça Coutinho das Neves. *A Tutela Penal do Meio Ambiente: uma abordagem de sua legitimidade à luz da teoria funcionalista de Claus Roxin* Tese de Doutoramento em Ciências Jurídicas. Universidade do Minho: Escola de Direito, 2017, p. 189. Disponível em:

<<http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/58338/1/Sheilla%20Maria%20da%20Graca%20Coitinho%20das%20Neves.pdf>> Acesso em 19 jun. 2021.

²³⁷ COSTA, Lauren Loranda Silva. *Os crimes de acumulação no direito penal ambiental*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011, p. 62-63.

²³⁸ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 251-252.

²³⁹ *Ibidem*, p. 252.

uma ótica que se alinha às considerações de Luis Greco concernentes aos dos direitos inatos e a indispensabilidade de ações próprias, bem como às perspectivas traçadas por Paulo Busato.

Também a partir da necessidade de atuação individual para a responsabilização, são pertinentes os apontamentos feitos por Andrew Von Hirsch e Nils Jareborg acerca da figura dos delitos cumulativos, em artigo que foi produzido a partir das discussões em seminários da Faculdade de Direito da Universidade de Uppsala (Suécia). Para Von Hirsch e Jareborg, faz-se problemático o tema dos crimes onde a ofensa (*injury*) ocorre apenas em razão da ação cumulativa de múltiplos atores, em clara alusão à teoria sistematizada por Kuhlen. Os autores destacam que, nos casos em que o ato individual é insignificante, ainda que possa advir um dano substancial, em decorrência da repetição da mesma conduta por outras pessoas, o problema será de atribuir o dano a apenas um dos múltiplos agentes, porque, sob as balizas do princípio da culpabilidade, o agente apenas poderá ser responsabilizado por sua própria conduta, e não pelo que outros tenham praticado, com o qual não se tem qualquer controle.²⁴⁰

Os autores assim mencionam que será necessária uma análise a partir das bases da teoria da culpabilidade, para que se possa, assim, indagar: sobre qual circunstâncias, como um todo, devemos tornar uma pessoa responsável por ofensas que apenas ocorram mediante a concorrência de outros agentes independentes; e qual será a dedução na avaliação da conduta se esta demonstra que o ator é apenas um pequeno contribuinte para o dano?²⁴¹

Retomando dos questionamentos abertos pelos autores, também é possível identificar uma contundente crítica, tecida por Jens Christian Müller-Tuckfeld, em artigo que consta da obra chamada “A Insustentável situação do Direito Penal”, tida como um marco sintético das posições críticas dos chamados integrantes da já citada “Escola de Frankfurt”.²⁴² No artigo, o

²⁴⁰ VON HIRSCH, Andres; JAREBORG, Nils. Gauging Criminal Harm: A Living-Standard Analysis. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 11, No. 1 (Spring, 1991), p. 33. Disponível em:

<<https://www.jstor.org/stable/764504?origin=JSTOR-pdf>> Acesso em 19 jun. 2021

²⁴¹ “The problem is *attributing* the harm to any of the multiple, independent actor. Usually, an actor should be answerable only for his own conduct – not for that of others over whom we has no control. But here, harm consists only in the cumulative effects of individual acts. What is needed is an excursus into culpability theory: under what circumstances, it at all, should we hold responsible for harms that occur only thoruh the concurrence of other independent actors; and what discount in the rating of the conduct is called for to reflect the fact that the actor was only a small contributor to the ill?” (Ibidem, p. 33) Tradução livre

²⁴² Nesse sentido, anota Ana Carolina Carlos de Oliveira: “As teorias dos professores de Frankfurt foram sintetizadas em língua espanhola na obra coletiva *La insostenible situación del derecho penal*, onde demonstram as diferentes formas pelas quais algumas manifestações do Direito Penal contemporâneo afrontariam os princípios do Estado Democrático de Direito. Também as estruturas clássicas do Direito Penal seriam comprometidas, por conta da sua utilização como mecanismo de direcionamento social somado à falta de limitação dos bens jurídicos passíveis de tutela. Segundo a maioria dos autores, a sociedade moderna, com a proliferação de diferentes fontes de riscos, seria responsável pela desnaturalização do Direito Penal, fruto da tentativa de adequá-lo à condição civilizatória atual e de viabilizar o controle de atividades perigosas, mitigando as fronteiras entre a natureza repressiva e reativa do Direito Penal” (OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de.

autor enfrenta a posição de Kuhlen, de maneira enfática, aduzindo que os delitos de acumulação, na forma proposta pelo autor, infringem o princípio da culpabilidade, afirmando que as contribuições individuais, de cada agente, sequer chegam a ser perigosas a partir do ponto de vista do perigo abstrato, e que por tal motivo “deberían desaparecer sin excepción del Derecho Penal”²⁴³.

Müller-Tuckfeld critica os fundamentos de Lothar Kuhlen, que afirma que nos delitos cumulativos não haveria responsabilização por atos alheios, sustentando que tal assertiva é uma evidente manipulação da realidade. Isso porque a irrenunciável relação entre a ação e a ofensa ao bem jurídico acaba por ser afetada com a construção teórica de Kuhlen, onde se propõe que o Direito Positivo supra a ausência de causalidade entre a conduta individual para a ofensa ao bem jurídico, argumento este que seria insustentável para o autor. O autor, assim, remata que, ao se imputar ao autor de um delito cumulativo contribuições alheias ao seu fato, o que se está a propor é algo que, evidentemente, segundo a dogmática da participação, não se aceita para “casos normais”.²⁴⁴

É a partir de tais perspectivas que Müller-Tuckfeld externa sua crítica à busca que Lothar Kuhlen afirma existir para uma nova dogmática, vinculada à realidade da sociedade do risco²⁴⁵, aduzindo que essa autoproclamada busca, na verdade, acaba por se converter em uma arte criativa para reduzir ao *status quo* conceitos que a legitimem da forma mais incontestável possível²⁴⁶, subvertendo, com isso, preceitos basilares do Direito Penal, como o é o princípio da culpabilidade.

Também Helena Regina Lobo da Costa, enfrentando as construções argumentativas de Lothar Kuhlen, irá assentar que sua proposta não logra êxito em oferecer uma fundamentação aceitável para o uso do Direito Penal frente às condutas cumulativas. A autora aponta que o fundamento elementar do princípio da culpabilidade é a ideia de que o crime é um produto de um determinado indivíduo, frente a quem será imputada a conduta. No entanto, para Costa, os delitos de acumulação acabam por perverter essa concepção, na medida em que o resultado

Hassemer e o Direito Penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa. São Paulo: IBCCRIM, 2013, p. 26-27.

²⁴³ MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian. Ensayo para la abolición del Derecho Penal del medio ambiente. In. *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada (Espanha): Editorial Comares, 2000, p. 513.

²⁴⁴ Ibidem, p. 513

²⁴⁵ Aqui em uma clara referência ao título e às ideias sustentadas por Lothar Kuhlen, em seu artigo de 1993, onde o Professor de Mannheim propõe a busca de uma nova dogmática para o Direito Penal (“*Umweltstrafrecht — auf der Suche nach einer neuen Dogmatik*”),

²⁴⁶ MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian. Op. Cit. p. 513.

não é imputável ao agente, mas, antes disso, depende da conduta de outras pessoas que não se fazem ligadas a ele, e a partir de variáveis futuras e incertas.²⁴⁷

Esses argumentos todos, que se centram, como denominador comum, na ideia de que os delitos de acumulação não se compatibilizam com o princípio da culpabilidade, são também enfrentados por Lothar Kuhlen, em seu texto de 1993, onde o autor discorda das perspectivas da literatura penal, que sustentam que os delitos de acumulação ofenderiam o princípio da culpabilidade e que também que consistiriam em criminalizações “*ex iniuria tertii*”, dizendo que a punição dos delitos cumulativos – especialmente do tipo penal do §324 do Código Penal alemão, que fundamenta toda sua análise –, na realidade, não implicaria responsabilidade por um ilícito praticado por pessoa alheia.²⁴⁸

Kuhlen, rechaçando que os delitos cumulativos resultem em violação ao princípio da culpabilidade (*Schuldprinzip*), como se sustenta nas críticas erigidas à sua teoria, irá afirmar que a justificação desta modalidade de incriminação, que é por ele proposta, é de inibir que se pratiquem reiterados atos de terceiros, que implicariam, por conseguinte, em sérios danos ao meio ambiente. Ou seja, através da verificação, pelo legislador (*normgebers*), de que, sem que haja a proibição sancionatória de condutas pouco significativas, estas, como consequência, seriam praticadas em grande número, resulta a relevância da incriminação de atos individuais, mesmo que insignificantes, se analisados por si sós. Sendo assim, seria claro que, no caso de uma ofensa cumulativa, apenas o próprio agente seria responsável por sua própria conduta.²⁴⁹

Também em Roland Hefendehl se refuta a ideia de que os delitos cumulativos não representam ilícitos *ex iniuria tertii*, a partir das mesmas ideias sustentadas por Kuhlen. Para Hefendehl, os argumentos da Filosofia moral, já abordados na presente pesquisa²⁵⁰, dariam os contornos necessários para a criminalização do agir de um indivíduo que infringe determinada norma, ao pretexto de que a sua conduta seria irrelevante para de qualquer maneira ofender um bem jurídico.²⁵¹

²⁴⁷ COSTA, Helena Regina Lobo da; REALE JÚNIOR, Miguel. Op. Cit. p. 59.

²⁴⁸ “Na realidade, contudo, o crime do § 324 do Código Penal (Strafrecht Gesetzbuch - StGB) não resulta em responsabilidade por um injusto de terceiros” (Tradução livre do autor: “Tatsächlich hat jedoch § 324 StGB keine Haftung für fremdes Unrecht zur Folge”), conforme: KUHLEN, Lothar. Umweltstrafrecht — auf der Suche nach einer neuen Dogmatik. In. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 105, 1993. Berlin / New York. Walter de Gruyter, p. 718

²⁴⁹ KUHLEN, Lothar. Op. Cit. p. 718-719.

²⁵⁰ Vide as figuras do *free-rider*, tratadas de maneira verticalizada no Item 1.3.1. do presente trabalho: “Perspectiva liberal: O comportamento egoístico do Free-Rider (ou Trittbrettfahrer)”.

²⁵¹ HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In. HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 188-189.

Por fim, frente a essas posições de Kuhlen e de Hefendehl, se inserem as críticas por Matheus Almeida Caetano, que, dialogando com ambos, sustentará que os defensores dos delitos de acumulação, na realidade, não levam em consideração que a responsabilização por fatos alheios implica uma ruptura drástica com o princípio da autorresponsabilidade, segundo o qual a responsabilidade em matéria penal apenas pode ter lugar a partir das consequências da própria conduta, vinculando, assim, a previsibilidade da própria conduta individual, com a consequente individualização do dano ou do perigo de dano (concreto ou abstrato).²⁵²

Caetano alude à materialidade constitucional que reveste o princípio da culpabilidade (também vista em Luiz Luisi, que ressalta as matrizes constitucionais desse princípio), pois é a partir da ideia de que a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio estruturante de toda a ordem constitucional brasileira, na forma do art. 1º, III, da Constituição Federal de 1888, que se encontra o necessário elo entre a culpa, o Direito Penal e a Constituição. Para o autor, a culpabilidade pressupõe, assim, a autonomia e a liberdade do indivíduo²⁵³, com o que não se coadunariam os delitos de acumulação, ao trazer, para a seara da responsabilização do agente, a interferência das contribuições de terceiros.

2.3 Críticas a partir do princípio da proporcionalidade

Os delitos cumulativos também encontram resistência, na literatura penal, a partir da violação que representariam à violação da proporcionalidade, enquanto cânone aplicável em matéria penal. De início, não se desconhece que a proporcionalidade, especialmente no campo do direito constitucional e no profundo debate existente sobre a ponderação de princípios no âmbito dos direitos fundamentais, é, por vezes, tratada como um postulado hermenêutico, em sentido contrário à ideia de que se trataria de um princípio.

²⁵² CAETANO, Matheus Almeida. *Os delitos de acumulação no direito penal ambiental*. São Paulo: Editora Pillares, 2016, p. 332.

²⁵³ Ibidem, p. 332-333. A vinculação entre a dignidade da pessoa da humana à autonomia individual é também abordada por Pietro Alarcón, em sua exposição apresentada durante a Semana Jurídica que celebrava os 40 anos de fundação da FUNDINOPI, integrada, em 2006, a outras Faculdades Estaduais, na forma da Lei Estadual n. 15.300/2006, para a constituição da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP): “Nessa capacidade de autodeterminação, na mistura maravilhosa de corpo, razão, vontade e ação, é que reside a dignidade humana. Se a dignidade é imprescindível para reconhecer ao homem com tal, então, isso significa que não temos legitimidade para perder de vista o princípio em nenhuma circunstância, muito menos quando se trata da edificação da ordem jurídica. De forma que podemos afirmar sem temores que a dignidade da pessoa humana constitui um elemento de pré-compreensão da própria ordem jurídica” (ALARCÓN, Pietro. O princípio constitucional da dignidade humana e o direito à vida. A constitucionalidade do art. 5º da Lei 11.105 de 2005. *Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da FUNDINOPI*, n. 10, 2009, p. 273. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/136/136>> Acesso em 19 jun. 2021)

2.3.1 Breves notas sobre a proporcionalidade, e a leitura constitucional, em matéria penal

Sobre o tema, Humberto Ávila conceitua os postulados hermenêuticos como meios a auxiliar na compreensão interna e abstrata do ordenamento jurídico, e que podem ser usados como suporte de uma ou outra aplicação normativa, podendo ser concebidos como “normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto de aplicação”.²⁵⁴

A proporcionalidade, da qual trata o autor, coincide com a proporcionalidade por seus três distintos testes: da adequação, da necessidade e da chamada proporcionalidade em sentido estrito, as quais devem ser analisadas no controle da constitucionalidade de restrições feitas aos direitos fundamentais. O primeiro passo consiste em identificar se uma medida restritiva de direitos fundamentais é adequada para alcançar o fim perseguido; O segundo passo, por sua vez, irá analisar a necessidade de tal restrição, indagando se há uma medida alternativa, que seja tão eficiente quanto à adotada, para fomentar o objetivo perseguido, e que, ao mesmo tempo, restrinja menos o direito fundamental objeto da restrição; O terceiro passo, por fim, é o sopesamento propriamente dito, onde se busca identificar se o grau de restrição a um certo direito fundamental se justifica pelo grau de realização do direito fundamental concorrente.²⁵⁵

A aplicação da proporcionalidade, como critério a dirimir conflitos entre os direitos fundamentais, é também objeto de análise por Matheus Arcangelo Fedato e Luiz Fernando Kazmierczak, em uma análise sobre as intercepções informáticas e o conflito entre o direito à privacidade e a garantia da segurança pública, onde os citados autores destacam a teoria da proporcionalidade, tal qual sistematizada por Robert Alexy e pelo Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), como mecanismo que tenta, racionalmente, elaborar uma decisão que leve em conta a adequação e a necessidade da medida tomada, bem como o sopesamento dos interesses e das medidas pela proporcionalidade em sentido estrito. E como sintetizam os pesquisadores, as etapas da proporcionalidade são praticadas à luz do caso

²⁵⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 164-165

²⁵⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021, p. 120-121. No mesmo sentido, com ampla revisão literária sobre os critérios para solução do conflito entre direitos fundamentais, conferir: LIMA, Jairo Neia. *Direito Fundamental à inclusão social e a eficácia dos direitos fundamentais sociais prestacionais nas relações entre particulares sob a premissa neoconstitucional*. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho-PR, 2011. Orientação: Prof. Dr. Eduardo Cambi. Disponível em: < <https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/1946-jairo-neia-lima/file> > Acesso em 20 jun. 20201

concreto, por meio de relações de precedências condicionadas, onde se fixam condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro.²⁵⁶

E as três etapas do teste de proporcionalidade, que remontam à conhecida e bastante difundida teoria da ponderação, tal qual Robert Alexy²⁵⁷, também são deslocadas para a seara penal, como se verifica, por exemplo, em Luciano Feldens, que assim associa as três etapas do teste da proporcionalidade ao âmbito penal: (i) a adequação, enquanto meio de controle entre a medida e o fim proposto, veda que se criminalizem comportamentos constitucionalmente assegurados, bem como exige que a conduta criminalizada não seja uma ação eminentemente interna (comportamental), e, como tal, socialmente irrelevante, por não revelar ameaça a um bem jurídico de terceiro, fazendo do Direito Penal um meio inadequado (ou inidôneo) para o seu enfrentamento;²⁵⁸ (ii) o critério da necessidade assegura que o Direito Penal deve ter seu uso evitado, quando determinada lesão, real ou potencial, a um bem jurídico puder ser evitada com uso de outras medidas menos invasivas do ordenamento; por outro lado, no âmbito dos mandados de criminalização elencados na constituição, o autor sustenta que a necessidade se faria predeterminada;²⁵⁹ (iii) a proporcionalidade em sentido estrito, por fim, assegura ao juiz aferir se a incidência da norma penal, ainda que adequada e necessária, não está a implicar, na

²⁵⁶ FEDATO, Matheus Arcangelo; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. A observância do princípio da proporcionalidade no direito comparado quanto à interceptação de dados digitais. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 539-558, dez. 2017. ISSN 2238-0604. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2038> > Acesso em: 20 jun. 2021.

²⁵⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 116-120. Entre nós, em sentido favorável à teoria da ponderação, que tem em Alexy um de seus mais conhecidos expoentes, conferir: GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 88: Interpretação e crítica*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990; BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (Emerj), Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 25-65, 2003. Em sentido crítico à teoria da ponderação dos princípios, na qual se insere o teste da proporcionalidade, conferir: STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa de Direito, 2020, p. 254-259. CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A teoria da ponderação de princípios na encruzilhada do decisionismo: limita-me ou te devoro! *Revista Sequência*, Florianópolis, v. 38, n. 75, p. 219-242, jan./abr. 2017; GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação dos direitos e os princípios*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. Eros Grau, por sua vez, alterou drasticamente sua posição, revendo o que escreveu, por ocasião de sua obra acima citada, onde demonstra posição favorável à teoria da ponderação, nos termos propostos por Alexy e Ronald Dworkin: “Passou a prevalecer entre nós deste a última década do século XX o paradigma dos princípios. De um lado, a nova Constituição, que se afirmava ser essencialmente principiológica. De outra banda, à mesma época, passou a ser divulgado o *Taking Rights Seriously*, de Dworkin, introduzindo indagações e provocando pesquisas. O direito deixou de ser concebido como um ‘sistema de normas’ – vale dizer, de regras – passando a ser visualizado como um sistema de princípios. [...] Talvez eu tenha sido um dos primeiros autores brasileiros a escrever, de modo detido e de forma sistemática, sobre esse ‘novo paradigma’, em minha tese apresentada no concurso para Professor Titular da Faculdade de Direito da USP – tese escrita entre 1988 e 1999 e publicada, em 1ª edição, em 1990. [...] Desejo, contudo, rever radicalmente o que afirmei em 1989 e estive a repetir, com acréscimos, em cinco edições do *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*” (Ibidem, p. 99).

²⁵⁸ FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 151.

situação concreta, uma desproporção entre o fato praticado e a sanção penal prevista junto ao preceito secundário da norma penal. É nessa etapa do teste da proporcionalidade, ainda, que se asseguraria a aplicação do princípio da insignificância²⁶⁰, como ocorre com o caso do tipo penal de descaminho e sua irrelevância penal, quando o tributo evadido venha a ser inferior ao valor mínimo a ensejar sua execução fiscal.²⁶¹

Ainda sobre o tema da aplicação da proporcionalidade em matéria penal, também Ingo Wolfgang Sarlet, a despeito de suas pesquisas remontarem, sabidamente, ao campo do direito constitucional, apresenta algumas ponderações sobre a necessidade de a seara penal também dever se orientar pela proporcionalidade em seu aspecto da vedação da proteção insuficiente (*Untermassverbot*), culminando não somente em limitar o sistema penal (segundo flanco da proporcionalidade, a partir da lógica da proibição do excesso – *Übermassverbot*), mas, ainda, legitimar sua incidência como alegado meio de tutela de direitos fundamentais. Para o autor, a aplicação desta faceta da proporcionalidade seria indispensável à própria sobrevivência de um sistema garantista e do Estado Democrático de Direito, que se corporifica no potencial de dar respostas adequadas àquilo que denomina ser um “fundamentalismo penal desagregador”.²⁶²

Contudo, em contraposição à ideia de Ingo Sarlet, que, para convalidar suas teses da imprescindibilidade da aplicação dos preceitos da vedação à proteção insuficiente ao campo penal, insere o abolicionismo penal e os movimentos de Lei e Ordem como sendo dois polos opostos e extremos, pode-se afirmar que esse pretendido maniqueísmo, como aponta Gustavo Noronha de Ávila, não corresponde à realidade teórica abolicionista, que encontra amplas e distintas vias argumentativas para a deslegitimação da aplicação de penas. E isso se reforça, ademais, pelos achados criminológicos, que indicam que um abolicionismo penal já é, de fato, a regra, até porque a regra é que as condutas não sejam criminalizadas, a caracterizar o já bem conhecido quadro da chamada cifra oculta da criminalidade, há muito identificado.²⁶³

De todo modo, retomando o escopo deste ponto da presente pesquisa, fato é que a diferenciação posta por Humberto Ávila, situando a proporcionalidade fora da conhecida dicotomia entre os princípios e regras, pode indicar algumas dificuldades de ordem teórica,

²⁵⁹ Ibidem, p. 153.

²⁶⁰ Ibidem, p. 159-161

²⁶¹ Sobre o tema, conferir notas 134 a 138 do presente trabalho.

²⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e Direitos Fundamentais: o Direito Penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Opinião Jurídica*, v. 4, n.7, 2006, p. 190-191. Disponível em: <<https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2134>> Acesso em 30 nov. 2021

²⁶³ ÁVILA, Gustavo Noronha de. O debate entre Luigi Ferrajoli e os Abolicionista: Entre a sedução pelo discurso do medo e as práticas libertárias. *Revista Jurídica Cesumar* maio/ago. 2016, v. 16, n. 2, p. 557. Disponível em: <<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/4410/2808>> Acesso em 30 nov. 2021

em apresentar a leitura crítica concernente aos delitos de acumulação, fundada na ideia da proporcionalidade. E isso porque, como registra Maria João Antunes, em diálogo com Ávila, a aceitação da distinção por ele proposta torna sem sentido a autonomização do princípio da proporcionalidade, de uma maneira geral, na medida em que a proporcionalidade, enquanto postulado normativo, estabelece os critérios de aplicação dos princípios em regras. Daí porque, ao se confundir a proporcionalidade com um princípio, se estaria confundindo a balança com os objetos que pesa.²⁶⁴

Sendo assim, por entender pertinente a advertência feita pela autora portuguesa, é que, à guisa de encerramento da introdução conceitual à aplicação do critério da proporcionalidade em matéria penal, a pesquisa se direcionará para a revisão bibliográfica de obras que, embora não abram mão – por indispensável – de analisar a relação entre o Direito Penal e as suas raízes de ordem constitucional, buscam analisar a proporcionalidade em matéria penal, sem a pretensão de relacioná-la às profundas discussões, recorrentes na teoria constitucional, sobre o seu uso, enquanto teste a suprir a colisão de direitos fundamentais.

Em primeiro momento, para os fins do presente tópico desta pesquisa, são pertinentes os apontamentos de Winfried Hassemer dedicada à introdução dos fundamentos do direito penal, mas que também aborda preceitos basilares das searas criminológica e processual penal. Hassemer, nesse contexto, ao analisar a temática da proporcionalidade, refere que esta, além de se tratar de um princípio geral do Direito é, ainda, basilar ao próprio Direito Penal. O autor menciona que a proporcionalidade demanda que haja concordância substancial entre a ação e a reação, entre a causa e a consequência, ou, trocando em miúdos, entre o delito e a reação jurídico-penal. Trata-se, segundo Hassemer, de parte de um próprio postulado de justiça, que assegura que ninguém será sobrecarregado ou lesionado por medidas jurídicas de cariz desproporcional.²⁶⁵

Por sua vez, Juarez Tavares, que também não hesita em atribuir à denominação de princípio, ao tratar da proporcionalidade, ressalva que esta não pode ser confundida com os princípios da idoneidade e da necessidade, como costuma ocorrer, especialmente no campo do direito constitucional. O autor os distingue do princípio da proporcionalidade, sustentando que a idoneidade, por sua vez, diz respeito aos efeitos de política criminal perseguidos a partir da

²⁶⁴ ANTUNES, Maria João. *Constituição, lei penal e controlo de constitucionalidade*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 28-29. Com citação feita, pela própria autora, de: ÁVILA, Humberto. Op. Cit.

²⁶⁵ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Tradução: Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 300.

incriminação, enquanto o princípio da necessidade versa sobre proteção da própria pessoa no campo de seus direitos fundamentais.²⁶⁶

É a partir dessa nota distintiva que Tavares tece suas considerações concernentes à ideia de proporcionalidade, a partir da mesma ideia central encampada por Hassemer, de que a criminalização não pode ser desproporcional ao dano ou perigo produzidos pela conduta. O princípio da proporcionalidade, assim denominado pelo autor, impõe que, na definição dos tipos penais, incumbirá ao legislador valor de maneira diversificada as condutas lesivas ou perigosas, de modo que uma lesão leve não seja tratada como se grave fosse.²⁶⁷

O autor também refere que o princípio da proporcionalidade, como um mecanismo de limitação da intervenção do Estado na liberdade individual, pode se desdobrar em uma dupla de variantes: uma maximalista, pela qual a intervenção penal só será proporcional no caso de as vantagens derivadas do alcance de um objeto público se sobrepuserem às vantagens que se produzam sobre a pessoa afetada; uma outra maximalista, pela qual a intervenção em relação à liberdade será adequada ao princípio da proporcionalidade, quando não seja grosseiramente desproporcional, ou seja: quando a desvantagem ao afetado não se situe em uma relação que se faça totalmente irracional frente ao resultado público almejado.²⁶⁸

2.3.2 A problemática relação entre os delitos cumulativos e a proporcionalidade

Miguel Bustos Rubio, em sua monografia sobre os delitos acumulativos, sustenta ser claro que, na dinâmica da acumulação, proposta por Kuhlen, há uma quebra nas bases do princípio da proporcionalidade das penas. Partindo da ideia de que, no delito acumulativo, ante a um fato individual de caráter ínfimo, ou de desvalor tão pequeno em relação ao bem jurídico que se pretende tutelar, o legislador formula penas privativas de liberdade, que não se demonstram compatíveis com o ato individual executado.²⁶⁹

É dizer, conforme Bustos Rubio, que, se o perigo real para o interesse jurídico deriva de um efeito somatório e futuro, que decorre da repetição destes atos em sociedade, então se estará diante de um sujeito que, em que pese sua contribuição individual a esse perigo (ou a

²⁶⁶ TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, p. 92.

²⁶⁷ Ibidem, p. 90.

²⁶⁸ Ibidem, p. 90. Nesse ponto em particular, ainda que o autor não faça menção expressamente às etapas do teste da proporcionalidade, e malgrado sustente que o princípio da proporcionalidade não se confunde com as ideias de idoneidade e necessidade, nos parece bastante próxima a posição apresentada pelo Professor para com as etapas da proporcionalidade em sentido estrito e da adequação, tal qual se verificam na teoria constitucional, relembra nas notas 244 e 246 *supra*.

²⁶⁹ BUSTOS RUBIO, Miguel. *Delitos cumulativos*. Valencia (Espanha): Tirant Lo Blanch, 2017, p. 63.

lesão-contributo, nos dizeres de Rita Castanheira Neves, acima citada), o faz por mediante um ato que, por si só, não é suscetível de ensejar um dano a nenhum bem jurídico, levando-se à possibilidade de aplicação de uma pena manifestamente desproporcional, na medida em que supera a medida da gravidade do ataque, violando-se o princípio da proporcionalidade em seu sentido estrito, violando, também, o princípio da culpabilidade²⁷⁰ (este último já abordado, em suas posições críticas, acima).

Rafael Alcácer Guirao, por sua vez, permeando as críticas sobre a posição de Lothar Kuhlen, sustenta que a crítica sobre a vulneração do princípio da proporcionalidade, que deve haver entre a gradação do injusto para com a sanção, é de grande relevância. Para o autor, os delitos de acumulação representam uma evidente desproporção entre a conduta com um grau ínfimo de perigo e penas que, no contexto espanhol (de onde fala o autor), podem chegar até a cinco anos de pena privativa de liberdade.²⁷¹

Uma crítica à proposição cumulativa de Lothar Kuhlen também pode se identificar em um artigo de Marcel Figueiredo Gonçalves, no qual o autor trata da incriminação que recai sobre o vendedor ambulante (ou camelô), pela comercialização de mídias contrafeitas (CD's e DVD's), com fundamento nos §§ 1º e 2º do art. 184 do Código Penal brasileiro²⁷², tipo penal no qual o autor identifica que apenas se justificaria se admitida a figura da acumulação, tal qual proposta por Lothar Kuhlen, onde a lesividade apenas ocorreria a partir da soma das mesmas condutas por terceiras pessoas.²⁷³

E para o autor, com os olhos centrados no caso concreto dos camelôs, em face de quem analise a perspectiva delitiva contra a propriedade intelectual, que é representada pelo art. 184 do Código Penal, adere a algumas críticas sobre questões já apresentadas na presente pesquisa, referindo que, no Direito Penal do fato analisado isoladamente, a fundamentação

²⁷⁰ Ibidem, p. 63

²⁷¹ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. La Protección del futuro y los daños cumulativos. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 04-08, 2020, p. 15. Disponível em: <http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_04-08.pdf> Acesso em 20 jun. 2021.

²⁷² Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa

§ 1º Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 2º Na mesma pena do § 1º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente.

²⁷³ GONÇALVES, Marcel Figueiredo. Vendedor ambulante, contrafação de mídias e acumulação: a discrepância de um fundamento. In *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 209, p. 06-07, abr., 2010. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/318/4985>> Acesso em 20 jun. 2021

dos delitos cumulativos não teria respaldo na Constituição democrática. Além de endossar as críticas da incompatibilidade dos delitos cumulativos com a exigência de ofensividade e com o princípio da culpabilidade, Gonçalves também refere que os delitos cumulativos violam a proporcionalidade em sentido estrito, pois culminam na “aplicação de uma pena a uma conduta isoladamente irrelevante seria desproporcional para aquilo que o autor fizera, isto é, a venda de algumas mídias”.²⁷⁴

As tendências apresentadas por Kuhlen são também objeto de uma análise crítica por Marta Rodriguez de Assis Machado, em obra onde a autora analisa as relações entre Direito Penal e a sociedade do risco, analisando os aspectos da teoria sociológica, que tem em Ulrich Beck um de seus grandes intérpretes.

E sendo os delitos cumulativos um fenômeno que representa os traços da sociedade do risco, na medida em que buscam dar uma resposta, neste segmento, aos novos riscos trazidos pela atual forma de vida da humanidade, estes, como não poderia ser diferente, são objeto de análise na obra de Marta Machado, que, retomando os conceitos de Lothar Kuhlen, afirma que os tipos cumulativos (*Kumulationsdelikte*) seriam um exemplo da antecipação da tutela penal levada às últimas consequências, na medida em que se referem à punição de condutas não por sua própria lesividade, mas por objetivarem evitar a hipótese de sua realização massiva.²⁷⁵

Marta Machado, por sua vez, sustenta que o conceito defendido por Lothar Kuhlen, além de incompatível com os princípios da lesividade (aqui tratado sob a denominação de princípio da ofensividade) e da culpabilidade, também não se compatibilizaria com o princípio da proporcionalidade. E isso se dá, justamente, nos dizeres da autora, porque, se a conduta de cada agente, isoladamente considerada, não traz lesão ou perigo ao bem jurídico (como os defensores da teoria dos delitos cumulativos não indicam fundamentos a superar, mas antes sustentam a necessidade de um abrandamento de tal exigência), não haveria qualquer justificação, em termos proporcionais, à pena imposta de maneira individual.²⁷⁶

Também Augusto Silva Dias, crítico da técnica dos delitos cumulativos, faz a menção de que estes, para além de todas as demais críticas já identificadas nesta pesquisa, não observam o princípio da proporcionalidade, na medida em que implicam atribuição de penas de privação de liberdade, frente a condutas inofensivas ao bem jurídico tutelado, o que seria vedado pela vertente do princípio da proporcionalidade que proíbe o excesso.²⁷⁷

²⁷⁴ Ibidem, p. 7

²⁷⁵ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2005, p. 144.

²⁷⁶ Ibidem, p. 144.

²⁷⁷ SILVA DIAS, Augusto. Op. Cit. p. 339-340.

As críticas pautadas no princípio da proporcionalidade são também referenciadas na já citada monografia de Lauren Loranda Silva Costa, que, de forma objetiva, condensa posições em contrário à teoria de Lothar Kuhlen, dentre as quais pontuando a crítica que se origina do princípio da proporcionalidade, o qual seria violado pelos delitos cumulativos, na medida em que, nestes, não seria possível definir o efetivo responsável por qual parte da lesão. Ou seja, a aplicação da pena não encontrará uma divisão pautada nas frações de cada “lesão-contributo”, mas sim a cada sujeito em separado, ofendendo, assim a proporcionalidade que deve haver entre o fato e a pena, enquanto preceito secundário da norma penal.²⁷⁸

Frente às possíveis críticas que se levantariam frente à proposição apresentada por ele, ainda em 1986, Kuhlen, já em seu primeiro artigo, sustentava que os delitos cumulativos, para além de não indicarem problemas de adequação e necessidade, também não resultariam em contrariedade ao princípio da proporcionalidade. Isso porque, segundo o autor, os problemas do meio ambiente (fonte de análise para a teoria de Kuhlen), serão, no futuro (com a anotação de que esta citação remonta ao artigo de 1986), predominantemente, de grandes cifras, como consequências da industrialização e do crescimento da população, razão pela qual utilizar do Direito Penal, nesta seara, representaria aplicar um meio adequado e necessário, adequando-se, assim, às duas primeiras etapas do teste da proporcionalidade.²⁷⁹

Na sequência, ao analisar o terceiro elemento inerente ao teste de proporcionalidade, consistente na proporcionalidade em sentido estrito, de acordo com Lothar Kuhlen, não se verificaria, no âmbito dos delitos cumulativos, qualquer dificuldade para a sua legitimação, tendo em vista a primordial importância que deve ser atribuída à proteção dos fundamentos naturais da vida humana (*Lebensgrundlagen*).²⁸⁰

Contudo, ainda que Lothar Kuhlen busque utilizar da relevância do bem jurídico que dá fundamento à sua análise, como meio a transpassar as dificuldades de legitimação sobre os delitos cumulativos, sobressai, nesse contexto, a crítica registrada por Silva-Sanchez, o qual a promove a partir da ideia de que, em se tratando de matéria penal, a comparação, para fins de análise pautada no princípio da proporcionalidade, deve se valer da comparação entre a pena que se impõe e o conteúdo de risco próprio da conduta, que deve ser considerada, de modo

²⁷⁸ COSTA, Lauren Loranda Silva. Op. Cit. p. 60.

²⁷⁹ KUHLEN, Lothar. Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerunreinigung (§ 324 StGB). *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1986, p. 402-403. Sobre as etapas do teste da proporcionalidade, conferir notas 244 e 245, supra

²⁸⁰ KUHLEN, Lothar. Op Cit., p. 404, nota n. 71. Nos dizeres do próprio autor: “Das dritte Element des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, die Proportionalität oder Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn, wirft angesichts der überragenden Bedeutung, die man dem Schutz unserer natürlichen Lebensgrundlagen zusprechen muss, für die Rechtfertigung eines Kumulationstatbestandes wie § 324 keine Schwierigkeiten auf”

individual, a partir daquele que tem a pena imposta contra si. Tal análise, para o autor, se faz imprescindível, pois a pena não será distribuída entre a fração de contribuições individuais, mas, antes disso, afeta cada sujeito de forma separada e isolada.²⁸¹

O autor da conhecida obra, de cunho descritivo, sobre o fenômeno da expansão penal, assim, afunila suas críticas justamente a partir das lentes da proporcionalidade, enfrentando, de maneira direta, os argumentos expostos por Kuhlen sobre a compatibilidade que haveria entre os delitos cumulativos, para com o princípio da proporcionalidade (em suas três etapas), referindo que não há como desconsiderar que os delitos cumulativos representam uma clara afronta em relação a este preceito. Para Silva Sánchez, a magnitude do problema global (que é central à ideia de Kuhlen), não pode justificar a imposição de uma pena grave a sujeitos que tenham praticados atos individuais, quando suas contribuições sejam, isoladamente, de caráter insignificante, e que deveriam, assim, ser resguardadas a outros campos sancionatórios.

2.4 Os delitos de acumulação e os “contextos instáveis”: proposta de acertamento

Os tópicos acima elencados indicam a existência de severas críticas que recaem sobre a proposta dos delitos cumulativos, e que buscam embasamento em princípios de inegável centralidade a toda a lógica do Direito Penal: ofensividade, culpabilidade e proporcionalidade, respectivamente. Por outro lado, em meio às pesquisas de ordem bibliográfica acerca do tema da presente dissertação, identificou-se, também, uma proposta de acertamento a respeito da fundamentação dos delitos cumulativos, que se verifica em diversos autores, especialmente a partir das contribuições, entre nós, de Fabio Roberto D’Avila, fortemente influenciado pelas matrizes de Faria Costa, bem como da filosofia de Martin Heidegger, especialmente em sua obra “Ser e Tempo” (*Sein und Zeit*).

Sendo assim, este derradeiro subtópico do presente capítulo tem o escopo de revisar os fundamentos apresentados pelos autores que sustentam essa possibilidade de acertamento dos delitos cumulativos, a partir da ideia do contexto em que as condutas são praticadas, o qual viabilizaria, a partir dessas lentes, um reencontro da proposta dos delitos cumulativos junto aos princípios acima elencados, de onde derivam as argutas críticas já enfrentadas.

Os contributos que se identificam, especificamente, nas obras destinadas ao trato dos delitos cumulativos, partem, de início, das bases apontadas por Fabio Roberto D’Avila, onde o autor aponta as formas de ofensa aos bens jurídicos como espécies de “perversão da relação

²⁸¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesus-María. Op. Cit. p. 123.

matricial onto-antropológica de cuidado do eu para com o outro, devidamente mediatizada pela noção de bem jurídico.”²⁸² É a partir dessa premissa que o autor irá situar os crimes de perigo abstrato como sendo representativos de uma forma específica de ofensa desta relação: uma “ofensa de cuidado-de-perigo”, aderindo, assim, à tipologia de ofensa que é utilizada por José de Faria Costa, como pioneiro.²⁸³

E na sequência, ainda que D’Avila seja um dos mais contundentes críticos à teoria dos delitos cumulativos, tal qual apresentada por Kuhlen, especialmente no que tange ao crime de poluição das águas²⁸⁴, irá afirmar que a técnica legislativa empregada no § 324 do StGB, que, para o autor, seria uma espécie de crime de perigo abstrato, extremamente corriqueira no campo da legislação ambiental nacional e estrangeira, não seria de todo inviável, a partir da perspectiva da ofensividade a bens jurídicos e da matriz onto-antropológica à qual adere Fabio Roberto D’Avila, afirmando que “no âmbito dos crimes de acumulação, é o contexto, e não a cumulatividade da conduta, que deve merecer nossa atenção”.²⁸⁵

O autor prossegue sustentando que os crimes ambientais, reunidos em uma perspectiva de crimes cumulativos, apresentam um contexto diferenciado, marcado por um elevado grau de complexidade, onde incidem inúmeros fatores que, de uma ótica *ex ante*, são incertos, flutuantes e meramente prováveis, os quais acabam por condicionar a possibilidade de dano ao bem jurídico. Em outras palavras, em uma hipótese de poluição do ar – pertinente aos fins da proposta de Kuhlen, ainda que verse sobre a poluição das águas – existem outros fatores que podem incidir para a afetação do bem jurídico, como é o caso de condições climáticas, aspectos geográficos do local, a urbanização e industrialização da área, dentre outros, que, certamente, afetarão o nível de poluição atmosférica, ou seja: um contexto de instabilidade e de intensa complexidade.²⁸⁶

Daí porque, para D’Avila, o contexto de instabilidade assumirá um papel de particular relevância, pois, além de propiciar a afirmação ou negação de possibilidade de dano ao bem jurídico, irá também funcionar como elemento informador do significado jurídico-penal desta conduta. Ou seja: ganha especial relevo a necessidade de que a conduta venha a transpor as

²⁸² D’AVILA, Fabio Roberto. O Ilícito Penal Ambiental nos Crimes Ambientais: Algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental. *Revista do Ministério Público do RS*. Porto Alegre, n. 75, Edição Especial, p. 20. Disponível em:

<http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1427984436.pdf> Acesso em 26 jun. 2021

²⁸³ Ibidem, p. 20. Vide citação do próprio D’Avila: FARIA COSTA, José de. O perigo em direito penal. Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Ed., 1992, p. 644.

²⁸⁴ Conforme as diversas citações feitas aos escritos do autor, onde critica os delitos de acumulação, especialmente a partir dos enfoques da violação ao princípio da culpabilidade e da ofensividade

²⁸⁵ Ibidem, p. 27.

²⁸⁶ Ibidem, p. 27-28.

cláusulas mínimas (ou de bagatela), o que nada mais seria do que a aferição, em abstrato, do impacto de certa conduta em um determinado contexto. Em outras palavras, para D’Avila, ao maior grau de poluição em uma determinada área, deverá equivaler um necessário menor nível de poluição tolerado pela lei nesse contexto, e vice-versa, havendo, assim, uma relação de dependência que encontra seu ideal na maior proximidade possível do contexto real.²⁸⁷

A forma ofertada pelo autor, portanto, é o uso das cláusulas mínimas de proteção, na medida em que oferecem um juízo prévio de significação da projeção de certa conduta em um contexto de instabilidade, hábil a afirmar as hipóteses que, ao menos em abstrato, possam vir a corresponder a ofensas de “cuidado-de-perigo”. Essa construção argumentativa, segundo o autor, permite afirmar o que seria, ou não, penalmente relevante, e viabilizaria a realização de uma reformulação da hipótese de Kuhlen, sobre a emissão de poluentes em um determinado rio, a qual demandaria a ultrapassagem de certos índices permitidos, e ocasionaria, de modo simultâneo, efetiva ofensa de “cuidado-de-perigo”, trazendo uma possibilidade de dano ao meio ambiente, enquanto fundamento da vida.²⁸⁸

Lauren Loranda Silva Costa, por sua vez, em sua monografia sobre o tema, também se utiliza das premissas trazidas por Fabio Roberto D’Avila, ao referir que os crimes de o perigo abstrato partem das “noções relacionais”, que devem existir na relação do ser humano para com o outro, e que a configuração da ofensa ao “cuidado-de-perigo”, tal como apregoada por Faria Costa, demandaria a possibilidade de afetação não insignificante do bem jurídico. Ou seja, para a posição sustentada pelo autor, é necessário reinserir os crimes de acumulação no contexto instável em que os bens ambientais estejam inseridos, e não a partir de uma simples análise da cumulação de condutas, como proposto originariamente. Isso impõe que os crimes de acumulação sejam revistos como “crimes de perigo abstrato em contextos instáveis”.²⁸⁹

Deve-se destacar que a inserção do contexto, como critério de aferição da legitimidade da aplicação da lei penal, em certa medida, se aproxima com os pressupostos apresentados na teoria da ação significativa, que tem em Tomás Salvador Vives Antón seu precursor e, entre nós, é sustentada por Paulo César Busato. Isso porque essa vertente de imputação, pautada nos pressupostos da filosofia da linguagem de Ludwig Wittgenstein e da ação comunicativa, tal qual apresentada por Jürgen Habermas, busca a compreensão do significado dos conceitos jurídico-penais a partir de seu significado, resultando, assim, na ideia de que “a validação das

²⁸⁷ Ibidem, p. 29.

²⁸⁸ Ibidem, p. 29.

²⁸⁹ COSTA, Lauren Loranda Silva. Op. Cit. p. 68-69.

normas passa a depender da justificação pelo contexto, pela expressão de comunicação de um sentido que as torne válidas para um grupamento humano determinado”.²⁹⁰

A perspectiva de Fabio Roberto D’Avila é também incorporada por Matheus Almeida Caetano, um arguto crítico da teoria de Lothar Kuhlen, e que, já ao início de sua tomada de posição, busca deixar claro que a posição proposta por D’Avila em nada se compatibiliza com a perspectiva cumulativa tal qual introduzida por Kuhlen. Caetano, para tanto, enfatiza que a primeira consequência da tomada de posição favorável à incorporação dos crimes de perigo abstrato em contextos instáveis consiste em abandonar a terminologia da acumulação, para incorporar a noção dos crimes de perigo abstrato em contextos instáveis.²⁹¹ O autor, assim, reafirmando sua posição, sustenta ser imprescindível extirpar do campo normativo penal a perspectiva da acumulatividade, por violar o fio da ofensa entre a ação típica e o bem jurídico, pois, nos crimes de perigo abstrato, o fio da ofensividade, ainda que seja esticado ao seu limite, não implica ruptura do elo entre a ação e o bem jurídico.

A ruptura com a posição sustentada por Lothar Kuhlen, a partir de se tomar em conta, não mais a acumulação de ações, mas antes o efetivo contexto fático em que se pratica uma certa conduta, fica bem evidenciada com a ênfase atribuída pelos autores acima citados para a necessidade de se manter o elo entre a conduta para com o dano (ou o perigo) ao bem jurídico, ao passo que Lothar Kuhlen, autor mais difundido em relação à perspectiva cumulativa, está a propor um abrandamento da relação causal entre a conduta em relação ao bem jurídico.²⁹²

Endossando a posição introduzida, entre nós, por Fabio Roberto D’Avila, com forte influência da obra de José de Faria Costa, Matheus Almeida Caetano irá, em reforço à referida posição, destacar para a imprescindibilidade de uma leitura complexa acerca do contexto instável dos bens jurídicos ambientais, contrapondo o ambiente estável, onde são fornecidos, *in concreto*, todos os elementos necessários para aferir o nível de afetação ao bem jurídico, ao ambiente instável, marcado por um elevado grau de poluição, a partir de outros elementos, que tornam complexa a identificação qualitativa sobre o nível de afetação do bem jurídico tutelado.²⁹³

Sendo assim, o autor endossa a ideia de que só será possível a ofensa ao “cuidado-de-perigo” quando houver possibilidade não-insignificante de dano ao bem jurídico, à luz de um determinado contexto, na medida em que é apenas por meio da aferição do contexto que,

²⁹⁰ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral, volume 1*. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 185.

²⁹¹ CAETANO, Matheus Almeida. *Os delitos de acumulação no direito penal ambiental*. São Paulo: Editora Pillares, 2016, p. 402.

²⁹² Nesse sentido, remete-se à nota n. 49 da presente pesquisa, ainda no capítulo inicial.

²⁹³ CAETANO, Matheus Almeida. Op. Cit. p. 411.

comparado com uma conduta típica, que se permitirá a identificação, ou não, de uma possibilidade de dano.²⁹⁴

Por fim, antes de realizar uma instigante análise, sob as lentes propostas, de alguns tipos penais previstos na Lei de Crimes Ambientais Brasileira (Lei 9.605/98), inclusive com a análise específica de julgados proferidos pelos Tribunais Brasileiros, do que se cuidará esta pesquisa em seu derradeiro capítulo, o autor analisa, também, como forma de reforço de sua posição em defesa da utilização dos crimes de perigo abstrato em contextos instáveis, como meio a rechaçar e suceder a teoria dos delitos cumulativos, tal qual proposta por Kuhlen, de uma ideia de imprescindibilidade do injusto material, para a configuração do crime ambiental.

Nesse ponto em particular, irá Matheus Caetano trazer apontamentos que se referem à necessária distinção que deve haver entre meras infrações de dever, aplicáveis, por seu turno, às searas administrativa, civil, dentre outras, para com o tipo penal, que não pode se resumir à mesma perspectiva.²⁹⁵ O autor pondera que o simples descumprimento às diretrizes da seara administrativa – muito constantes no âmbito penal ambiental, principalmente, que é uma das principais matrizes dos delitos cumulativos²⁹⁶ – não tem o condão de transmutar o ilícito de ordem administrativa em penal, o que evita que, no campo dos defendidos crimes de perigo abstrato em contextos instáveis sejam incriminadas condutas de mera desobediência.²⁹⁷

O autor sustenta uma posição unificada, que busque fazer convergir as perspectivas do desvalor da ação (que têm no finalismo welzeliano seu grande expoente) e do desvalor do

²⁹⁴ Ibidem, p. 412

²⁹⁵ A diferenciação entre aquilo que é relevante, em matéria ambiental, para fins administrativos e quais suas distinções para a efetiva incidência penal é, também, objeto de uma arguta análise na dissertação de mestrado de Marina Lage Pessoa da Costa, como se infere, por exemplo, do seguinte excerto da obra publicada a partir da pesquisa da referida autora: “Os limites que separam os ramos do ordenamento jurídico, especialmente o Penal e o Administrativo, no viés sancionador, não se apresentam como fronteiras nítidas e claras, ao contrário, mostraram-se como linhas tênues, que dificultam uma delimitação taxativa, mas que nem por isso devem ser ignorados ou relativizados. A dogmática deve se dedicar a refinar critérios, notadamente porque “limite” não remete apenas à ideia daquilo que separa, mas também ao que une. A mesma fronteira que indica onde começa e onde termina determinado território, promove o ponto de encontro entre eles. Nesse contexto, entende-se que a busca de critérios para estabelecer os limites das normas penais para a tutela ambiental, ao lado dos demais ramos do ordenamento, perpassa pelos princípios da ofensividade e da *ultima ratio*, que reserva seu acionamento como medida última e mais gravosa, sem perder de vista os princípios da prevenção e a precaução” (COSTA, Marina Lage Pessoa da. RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. *O papel e os limites do direito penal como instrumento de proteção do meio ambiente: uma análise sob o viés do direito de intervenção proposto por Winfried Hassemer*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016, p. 89)

²⁹⁶ Aqui, especialmente, pelos reflexos do debate dos crimes ambientais no campo da assessoriedade administrativa (*Verwaltungsakzessorietät*), citado na nota de rodapé n. 30 deste trabalho, a qual é objeto de um tópico específico no artigo de Lothar Kuhlen, de 1993, bem como objeto de um intenso debate, notadamente pelas tensões que dela resultam em relação ao princípio da legalidade estrita.

²⁹⁷ CAETANO, Matheus Almeida. Op. Cit. p. 414. Registra-se que os crimes de mera desobediência, como forma de contrapor a noção do crime como ofensa a bens jurídicos, foram uma construção recorrente dentro do Direito penal do nacional-socialismo, propalado, dentre outros, pelos integrantes da chamada “Escola de Kiel”. Nesse sentido, conferir: AMBOS, Kai. *Direito penal nacional-socialista: continuidade e radicalização*. Tradução: Paulo César Busato. 1. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020, p. 143-146.

resultado, para que, assim, se chegue à concepção do injusto material, tal qual sustentado por Eugenio Raúl Zaffaroni, em instigante e crítica obra²⁹⁸, enquanto ofensa ao bem jurídico, na forma de lesão, perigo concreto e perigo abstrato, situando, nesta última, a necessidade de se ver acrescido o contexto instável, que supera a perspectiva dos delitos cumulativos.

Por fim, também em sua densa pesquisa dedicada aos delitos de acumulação, Décio Franco David igualmente demarca sua posição distintiva em relação à noção cumulativa que se verifica dos escritos de Kuhlen e outros autores, referindo sua adesão à figura da ofensa de cuidado-de-perigo, entre nós incorporado por Fabio Roberto D’Avila, como já visto. David, a seu turno, adota, também, a perspectiva onto-antropológica relacional heideggeriana, onde se encampa a noção dos delitos de perigo abstrato em contextos instáveis, como a solução para a problemática dos delitos cumulativos, especialmente diante do acréscimo de uma ideia de não-insignificância, que assegura a adoção de um conceito pré-típico.²⁹⁹

O autor, por sua vez, reconstrói as bases filosóficas da teoria de Faria Costa e também de Fabio Roberto D’Avila, remontando às ideias de Martin Heidegger sobre a indispensável relação de cuidado-para-com-o-outro, que deve permear o agir humano, pela qual a situação do ser-no-mundo, que recai sobre o ser humano, implica que a análise do ser leve em conta uma visão de conjunto, onde se alcança a totalidade dos entes existentes. Ou seja: é apenas a partir da ideia de que o ser é “ser-para-o-outro” e que existe no mundo com o outro, que se faz possível a compreensão da natureza humana.³⁰⁰

As ideias de Martin Heidegger e sua relação com aspectos do Direito Penal, às quais o autor citado insere como marcos teóricos de sua pesquisa, são bem condensadas no seguinte

²⁹⁸ Nos dizeres de Zaffaroni, em seu relevante ensaio, já rememorado nesta pesquisa (vide nota n. 44), a busca de optar pelo enfoque em um dos desvalores (da ação ou do resultado) acaba por refrear o caráter de contenção que deve ser assegurado ao Direito Penal, diante das imensas vicissitudes demonstradas por sua operacionalidade real, especialmente no contexto latino-americano: “Encontramo-nos diante da necessidade de elaborar um discurso limitador e não há limite cuja eficácia não seja neutralizada quando se estabelece um discurso cujas bases gnoseológicas permitem que seja manipulado de forma tal que a cor dos olhos pode ser interpretada como ação [...] Do ponto de vista de um discurso que regule decisões de forma a limitá-las, tampouco é admissível que se encampe a falsa opção entre desvalor do ato e desvalor do resultado: o desvalor de ambos é sempre necessário à resposta judicial que aprova a progressão criminalizante e qualquer escolha entre um dos dois significará parcialmente, o que equivale a reproduzir a capacidade limitadora do discurso jurídico-penal. Não há ação que não esteja acompanhada de um resultado como parte de um *pragma*, porque não há exteriorização de uma vontade que não implique uma transformação do mundo. Não é possível desvalorar o ato sem desvalorar o resultado (se não houve transformação do mundo ou se não se sabe em que consistiu ou a que tipo de transformação tendia a que já operou, não há razão para se desvalorar a ação) e tampouco é possível desvalorar o resultado sem fazer o mesmo com o ato (porque o “resultado” o é de um “ato”, como termo relativo; sem “ato”, não seria um “resultado”, mas um simples acontecer)”. (ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução: Vania Romano Pedrosa. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 252-253).

²⁹⁹ DAVID, Décio Franco. *Delitos de Acumulação e Proteção Ambiental*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 212-213.

³⁰⁰ Ibidem, p. 216-219.

excerto da pesquisa de Bruno Tadeu Buonicore, a respeito da culpabilidade, na qual o autor também se utiliza das ideias de Heidegger para guiar sua pesquisa:

O fenômeno ontológico que liga esses diversos constitutivos do homem no mundo é o cuidado. O ser do ser-aí é cuidado, sendo que este representa a totalidade originária da estrutura do homem no mundo. Não por outro motivo, o ser-aí é um ente determinado em seu ser pelo cuidado. [...] Uma vez definido o homem como cuidado, impõe-se uma particular relação desse homem com o mundo, com as coisas simplesmente dadas e com os outros homens. Precisamente por tal razão, o cuidado não representa uma atitude isolada do eu consigo mesmo. Uma vez que em sua essência o ser-aí, na qualidade de ser-no-mundo, é cuidado, pode compreender o ser junto às coisas como ocupação e o ser-com os outros seres-aí como *cuidado-para* ou *cuidado-para-com-o-outro*, como se observou. Nesse sentido, o cuidado será sempre ocupação e *cuidado-para-com-o-outro*, de modo que a partir dessas estruturas o ser-aí é projetado em suas possibilidades no mundo.³⁰¹

É a partir destas lentes do pensamento heideggeriano que David irá inserir também sua posição, afirmando que a estrutura relacional sustentada pelo citado filósofo deixa evidente que as ofensas individuais nos delitos de perigo abstrato em contextos instáveis se apuram em razão dos significados assimilados por danosos. O autor sustenta que, ao se discutirem alguns aspectos da ofensividade ao conteúdo material do injusto penal ambiental, a análise de ordem qualitativa soluciona a definição do dano. O autor, retomando os posicionamentos de D'Avila, afirma que o ambiente instável altera a perspectiva de compreensão do contexto entorno do qual a conduta é desempenhada, de sorte que não se poderia fragmentar os desvalores de ação e do resultado (nos mesmos moldes defendidos por Matheus Almeida Caetano).³⁰²

Tendo por base estes pressupostos, é que o autor irá afirmar ser inegável a necessidade de se criar dois elementos a subsidiar os delitos de perigo abstrato em contextos instáveis: (i) a delimitação da cláusula de bagatela; (ii) conhecimento do contexto³⁰³, pelo qual a realização do resultado apenas se consumará quando houver possibilidade de dano resultante da conduta praticada em um contexto de instabilidade, fato este que precisa ser identificado, em meio a cada caso concreto, através de conhecimentos técnicos.³⁰⁴

Por outro lado, não obstante a coerência entre as posições apontadas pelos autores em questão, que se originam nas ideias de Faria Costa, embebidas na filosofia de Heidegger e na noção de cuidado do homem para com o outro, a pesquisa subjacente à dissertação também

³⁰¹ BUONICORE, Bruno Tadeu. *Culpabilidade e fundamentos filosóficos: compreensão material à luz do conceito onto-antropológico*. Curitiba: Juruá, 2017, p. 96-97.

³⁰² DAVID, Décio Franco. Op. Cit. p. 223-224.

³⁰³ Ibidem, p. 225.

³⁰⁴ Ibidem, p. 305-306.

logrou em identificar posições contrárias e críticas à perspectiva dos crimes de perigo abstrato em contextos instáveis e, antes disso, da própria ideia de cuidado-de-perigo, na forma em que é apresentada por Faria Costa.

Nesse sentido, Helena Regina Lobo da Costa, após mencionar os principais aspectos dos fundamentos de Faria Costa, sustenta que sua proposta encontra problemas em relação à aplicação do princípio da ofensividade aos crimes de perigo abstrato. Segundo a autora, se, num momento inicial, Faria Costa sustenta as dificuldades de tal aplicação, em um segundo momento busca superá-las, mas tal tentativa resulta insuficiente, na medida em que acaba por confirmar que a tutela de um bem jurídico com dignidade penal é suficiente para demonstrar a ofensividade, posição esta que se critica porque a importância do bem jurídico e a necessidade de o proteger pela via do Direito Penal nada dizem sobre a estrutura do tipo propriamente dita, questão que está diretamente ligada à ideia de ofensividade.³⁰⁵

A autora também menciona a obra de Fabio Roberto D'Avila e, apesar de reconhecer a sua consistência teórica, também encaminha a crítica de que sua perspectiva sobre os delitos de perigo abstrato seria tímida, pois afastaria apenas a possibilidade insignificante do bem jurídico, levando, com isso, ao questionamento sobre se, efetivamente, há algum conteúdo de injusto nos crimes de perigo abstrato – nos quais D'Avila insere sua proposta para suplantiar os delitos cumulativos, acrescentando o elemento dos contextos instáveis, como visto – quando estes são concebidos com base em uma ampla e tênue ideia de interferência junto à esfera de manifestação do bem jurídico, notadamente os bens jurídicos ambientais (como no âmbito ambiental, abordado especificamente pelo autor), nos quais é difícil, senão impossível, que se diferencie a interferência ou sua ausência.³⁰⁶

Em crítica mais específica, vertida, de forma individualizada, à construção teórica de Fabio Roberto D'Avila (à qual aderem, como visto, Matheus Caetano e Décio David), Ana Elisa Liberatore Silva Bechara afirma que a posição sustentada pelo autor, que possibilita uma análise da relevância jurídico-penal da acumulação do agente, mesmo fora do fato em si, a partir do contexto em que a desenvolve, se aproximaria da concepção de Kuhlen, apesar de o citado autor brasileiro advertir que a concepção de delitos cumulativos levaria a reconhecer a absoluta ausência de ofensividade.³⁰⁷

³⁰⁵ COSTA, Helena Regina Lobo da; REALE JÚNIOR, Miguel. Op. Cit. p. 46.

³⁰⁶ Ibidem, p. 47.

³⁰⁷ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Delitos de acumulação e Racionalidade da Intervenção Penal*. Boletim do IBCCRIM n. 208, março de 2010. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/317/4965>> Acesso em 27 jun. 2021

A autora, assim, irá referir que a posição que remete aos contextos instáveis não seria idônea, ao pretender buscar a ofensividade fora da esfera de comportamento do agente, a partir de uma relação com situações concretas onde já há uma exposição do bem jurídico a dano. Isso porque, segundo a autora, a significação penal da conduta do agente é justamente o contrário disso, como é o caso da conduta de descartar ínfima quantidade de substância poluente em um rio que já se encontra poluído. Nesses casos, segundo sustenta Ana Bechara, o comportamento do agente terá, logicamente, menor relevância jurídico-penal, nos campos subjetivo e objetivo, em relação ao resultado, dada a lesão pretérita ao bem jurídico.³⁰⁸

A posição externada por Bechara, todavia, é confrontada por Matheus Caetano, o qual, como visto, encampa a tese apresentada por D'Avila. O autor sustenta que a construção feita por Fabio Roberto D'Avila na realidade, não teria sido compreendida em sua integralidade, pois D'Avila, em verdade, é um convicto defensor da concepção do crime como ofensa a bens jurídicos, e que tece, inclusive, enfáticas críticas à construção teórica de Lothar Kuhlen, e que sequer acolhe a terminologia empregada por este último, justamente para evitar qualquer tipo de confusão ou aproximação com a teoria dos delitos acumulativos.³⁰⁹

Décio Franco David também questiona as conclusões indicadas no artigo de Bechara, sustentando que, ao se discutir a ofensividade ao conteúdo material do injusto penal ambiental (que a autora afirma inexistir, no âmbito dos contextos instáveis), a análise qualitativa, pela via de limitações, traria a definição do dano. O ambiente instável, sugerido por D'Avila, muda a perspectiva de compreensão sobre o entorno do qual a conduta se desempenha, e que, pela via da delimitação de uma determinada cláusula de bagatela, restaria evidente a contribuição dos delitos de perigo abstrato em contextos instáveis, superando-se a crítica apresentada.³¹⁰

Por fim, um contraponto feito à incorporação das bases da filosofia de Heidegger para a construção da ideia dos delitos de perigo abstrato em contextos instáveis, apresentada pelos citados autores, é apresentado por Paulo César Busato, justamente na apresentação da obra de Décio Franco David. O autor, para tanto, destaca para a recente publicação dos “cadernos negros” do filósofo alemão, no ano de 2014, onde se revelou que Martin Heidegger trazia uma fundamentação ontológica ao holocausto, indicando, segundo Busato, seu alinhamento com os ideais do regime nacional-socialista. Essa descoberta do alinhamento de Heidegger para com os ideais nazistas, todavia, não havia sido publicada em terras brasileiras, na época da defesa

³⁰⁸ Ibidem.

³⁰⁹ CAETANO, Matheus Almeida. Op. Cit. p. 402-403.

³¹⁰ DAVID, Décio Franco. Op. Cit. p. 224-225.

da dissertação de Décio Franco David, e, por tal motivo, não era do conhecimento do citado autor, fato este que Busato busca ressaltar.³¹¹

Busato, ao apresentar a obra de Décio Franco David, reconhece que a utilização da matriz onto-antropológica de Heidegger, que fundamenta a posição de Décio Franco David, era uma intenção de não perder a vinculação com o ontológico, justamente a partir das ideias de alteridade.³¹² O autor afirma que a relação do “ser-para-com-o-outro”, na acepção do “ser-aí”³¹³ (*Dasein*) de Heidegger, na verdade, representa um ser contextual, que não está inserido para afirmação das garantias individuais, pela relação com o outro e o reconhecimento das mesmas garantias individuais deste, mas, ao contrário disso, com o sacrifício de toda uma individualidade em prol da comunidade do povo (*Volk*) alemão, repetindo-se o modelo estrutural característico do nazismo alemão.³¹⁴

A crítica apresentada por Paulo César Busato à utilização dos conceitos de Heidegger, para dar aos delitos cumulativos novos contornos, ainda que expressamente faça a ressalva de que a revelação dos chamados “Cadernos Negros” do filósofo se deu recentemente e sem que houvesse sua efetiva difusão, se assemelha, em uma certa medida, às críticas feitas por Airton Cerqueira Leite Seelaender, ao silêncio que se verifica em relação ao engajamento passado de juristas com regimes autoritários, com especial enfoque, em sua abordagem, ao engajamento com a Ditadura Militar de 1964, entre nós. Para Seelaender, compreender tais raízes é algo indispensável para compreender a base ideológica da literatura jurídica, pois a participação de juristas, ainda que passageira, em regimes autoritários, contribuiu para transformações no

³¹¹ BUSATO, Paulo César. *Apresentação: Delitos de acumulação e proteção ambiental (DAVID, Décio Franco)*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 20.

³¹²

³¹³ Sobre o conceito de ser-aí (*Dasein*) sustentado por Heidegger, fundamental para a posição a respeito do contexto, que impõe um dever de cuidado ao ser humano, transcreve elucidativo trecho da já citada obra de Bruno Tadeu Buonicore, que aborda de forma exauriente os conceitos do filósofo alemão: “Em sua análise ôntica do ser-aí, Heidegger concebe como existência (*Existenz*) a relação entre o ser-aí e o *ser*. É por meio da relação com o *ser* que se abrem as possibilidades do *ser-aí* comportar-se dessa ou daquela maneira no mundo. [...] A estrutura fundamental constituinte do ser-aí é *ser-no-mundo*. Somente o homem é *ser-no-mundo*. O homem não se soma a outros entes do mundo, nem a ele se liga por qualquer operação, o homem só é homem porque é *ser-no-mundo* e o mundo é constituído pelo ser-aí. Considerando que a analítica existencial caminha no sentido de desvelar as estruturas essenciais que revelam o *modo-de-ser* do homem, o ponto de partida é o *ser-no-mundo* inerente ao ser-aí. O ser do homem, como latente possibilidade, realiza-se no mundo” (BUONICORE, Bruno Tadeu. Op. Cit. p. 82-83 e 86).

³¹⁴ BUSATO, Paulo César. Op. Cit. p. 20. A supressão dos direitos individuais, em prol de uma comunidade do povo, concebida a partir de noções racistas e eugenistas é abordada de maneira exauriente no texto de Javier Llobet Rodríguez, traduzido pelo mesmo Paulo César Busato, e é bem verificada no seguinte excerto: “O antiliberalismo no nacional-socialismo conduziu ao rechaço do Iluminismo. A respeito, deve-se ter em conta a frase de Goebbels: ‘A tarefa do nacional-socialismo é apagar o ano 1789 da história alemã’. [...] Desde a perspectiva anti-ilustrada e contrária ao liberalismo político, no nacional-socialismo eliminaram-se os direitos fundamentais, partindo-se da inexistência dos mesmos. Isso se expressava através de um dos lemas nacional-socialistas que era ‘tu não eres nada, o povo é tudo’” (LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Nacional-socialismo e antigarantismo penal (1933-1945)*. São Paulo: Tirant Lo Blanch Teoria, p. 92-93).

campo doutrinário, com a adoção de novos temas e teorias. E que, a partir de uma influência direta ou indireta desta participação, diversos conceitos foram criados e reformulados, e, não raro, como arma ideológica na luta contra o pensamento jurídico liberal.³¹⁵

Em seu texto, o autor, após enfrentar aspectos históricos da vinculação de juristas em regimes autoritários, como o próprio nacional-socialismo hitlerista, a França de Vichy, sob a liderança do Marechal Pétain, e, entre nós, para a adesão de juristas às matrizes do Estado Novo e, posteriormente, na ditadura militar iniciada em 1964, adota uma posição crítica, com o intento de que se difunda, nas faculdades de direito, uma discussão sobre o pensamento jurídico produzido após 1964, não para o julgamento de condutas pessoais, mas, antes disso, para compreender qual a função do direito e seus teóricos, em meio a estes períodos históricos específicos. Para Seelaender, é necessário analisar quais modelos e ideias, aplicados ainda no contexto atual, foram adaptáveis à defesa de ditaduras e às violações de direitos humanos, e também distinguir quais destes modelos e ideias surgem, justamente, com tal finalidade, sob o signo do autoritarismo.³¹⁶

De todo modo, ainda que os apontamentos de Paulo Busato sobre as vinculações de Martin Heidegger – que não é, por óbvio, um jurista – ao nacional-socialismo se façam de todo pertinentes, e se alinhem à ideia proposta por Seelaender de compreensão do contexto e da finalidade de determinados conceitos, é possível verificar que o emprego das ideias deste filósofo alemão sobre o ser inserido em um contexto (ser-aí), no qual o cuidado (*Sorge*) é algo fundante de sua essência, com forma de transmutar os delitos de acumulação em uma forma que lhes dá um contorno totalmente restritivo (delitos de acumulação em contextos instáveis), não parece ser útil a fins autoritários.

Pelo contrário, o que se verifica das obras de autores que retiram embasamento destes conceitos *heideggerianos*, como é o caso de Décio Franco David, Fabio Roberto D’Avila e Matheus Almeida Caetano, é uma comum intenção de refrear um modelo de imputação que é criticável sob diversos aspectos, como já visto acima, e não antes algo adaptável às violações de direitos humanos que poderiam advir de uma criminalização irrestrita, a partir da utilização do Direito Penal para alcançar condutas insignificantes, a pretexto da reiteração de condutas idênticas de terceiros, como se propõe na teoria de Kuhlen.

³¹⁵ SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. Juristas e ditaduras: uma leitura brasileira. In. FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. *História do Direito e Perspectiva: do antigo regime à modernidade*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 420.

³¹⁶ Ibidem, p. 429-430.

Além da já citada ideia de *overkill*³¹⁷ que se faz inerente à imputação penal e aplicação das penas em geral, não se pode retirar de perspectiva que o próprio sistema penal é um palco de contundentes críticas, como referem Gustavo Noronha de Ávila e Vera Guilherme, quando aludem às dispendiosas e inúteis quantias gastas para manter a segregação de pessoas em locais onde impera a mais absoluta miserabilidade humana e que são, inclusive, perspectivas antinaturais, encaminhando, assim, a um sistema que não se presta a alterar as condições de cunho histórico e estrutural de um certo país, mas antes manter um *status quo* de injustiças.³¹⁸ Também em sentido crítico, Louk Hulsman, ao tratar da seletividade imanente ao sistema penal, onde uma imensa quantidade de fatos teoricamente hábeis ao enquadramento na lei penal permanece sem qualquer consequência, refere que a própria noção ontológica do crime acaba por ficar abalada, encaminhando, com isso, à possibilidade de abolição desta mesma estrutura.³¹⁹

O que se pretende, com a alusão aos posicionamentos mais críticos sobre o sistema penal é indicar que a expansão desenfreada deste segmento sancionatório, representada pela proposta dos delitos cumulativos, que não se coaduna com princípios mais basilares e centrais do Direito Penal, apenas expandiria a atuação do sistema penal. Mas em não se avizinando a possibilidade de abolição deste sistema, tal como apontam Gustavo Noronha de Ávila e Vera Guilherme, é relevante a adoção de posturas, por parte daqueles que se preocupam com a efetivação de liberdades em meio ao nosso estado policial, que culminem em se “deslegitimar estratégias de expansão do controle penal”.³²⁰

É dizer, portanto, que por mais que as posições dos autores já citados, que estabelecem uma visão crítica em face ao sistema de imputação pela acumulação de condutas, em nada se aproximem com uma perspectiva de cunho abolicionista, é possível identificar que a ideia-fim dos mesmos, ao proporem o uso da noção dos crimes de perigo abstrato em contextos instáveis como sucedâneo aos delitos de acumulação, visa, ao fim e ao cabo, uma redução do expansionismo penal representado pela proposta sistematizada por Lothar Kuhlen. E, assim, o uso da perspectiva de Heidegger, nesse contexto em especial – independentemente da adesão do filósofo às abjetas e repugnantes ideias do nacional-socialismo – serve a uma finalidade que em nada se amolda ou se adequa à sanha dos regimes autoritários, na medida em que

³¹⁷ Conforme notas de rodapé 194 e 195

³¹⁸ GUILHERME, Vera Maria; ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Abolicionismos penais*. Belo Horizonte]; Editora D'Plácido, 2017, p. 92-93.

³¹⁹ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o Sistema penal em questão*. 3. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 82.

³²⁰ GUILHERME, Vera Maria; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Op. Cit. p. 93.

busca delimitar e refrear o uso do sistema penal, comumente utilizado de forma abusiva nestes regimes.

Chega-se, com isso, a uma peculiar situação: o emprego de ideias de um filósofo de adesão (posteriormente desvelada) a um regime autoritário e repudiável, e que, de acordo com Paulo Busato, as desenvolveu tendo por ideia-fim o sacrifício da individualidade em prol de uma comunidade³²¹, mas para servir a fins críticos a um alargamento do uso do Direito Penal, o qual, a partir das bases dos delitos cumulativos, acabaria por ser aplicado de uma maneira expansiva e ilegítima, considerando todas as críticas já apresentadas. Maior aprofundamento nestes pontos, todavia, escaparia aos limites da presente pesquisa, mas, de todo modo, não deixa de se apresentar como um instigante problema de pesquisa, a ser desenvolvido, com as bases traçadas, por exemplo, pelo já citado Airton Cerqueira Leite Seelaender³²², ao tratar da vinculação de determinados juristas a regimes autoritários e as continuidades destas ideias, ao longo do tempo.

3. APROXIMAÇÃO PRÁTICA AOS DELITOS DE ACUMULAÇÃO PELAS LENTES DA TEORIA DO “QUARTO PODER”

A pesquisa bibliográfica procedida nos capítulos antecedentes bem indica que o tema dos delitos cumulativos, especialmente em nossa realidade, é objeto de incipientes estudos, mas sem prejuízo de sua inegável densidade bibliográfica, O que se verifica, por exemplo, nas dissertações de Matheus Almeida Caetano (e também a vasta produção deste autor mediante artigos esparsos³²³) e Décio Franco David.³²⁴ Há, ainda, produção de artigos específicos sobre este tema, que se somam, também, à abordagem feita do mesmo em meio a capítulos e tópicos esparsos de obras dedicadas a temas como: da teoria do bem jurídico, como se vê na obra de Ana Elisa Bechara³²⁵; Direito Penal Econômico, conforme a tese de doutoramento de Luciano Anderson de Souza³²⁶; Direito Penal Ambiental, onde o tema é tratado em capítulo da tese de doutoramento de Helena Regina Lobo da Costa.³²⁷

³²¹ Conforme nota nº 311.

³²² Conforme nota 315

³²³ Conforme notas 177 e 178

³²⁴ DAVID, Décio Franco. Op. Cit.

³²⁵ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 246-255.

³²⁶ SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal Econômico – Fundamentos, Limites e Alternativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 109-124

³²⁷ COSTA, Helena Regina Lobo da; REALE JÚNIOR, Miguel. *Proteção ambiental, direito penal e direito administrativo*. Tese de Doutorado: Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 56-51.

E após a constatação, através da pesquisa bibliográfica, deste peculiar aspecto, que veio a indicar que o tema dos delitos cumulativos, embora não seja objeto de um extenuante objeto de pesquisa na academia brasileiro, foi campo de estudo de diversos pesquisadores, é que se buscou realizar, dentro dos limites compatíveis com a presente pesquisa, uma análise que fizesse dialogar o saber produzido no âmbito das ciências criminais, em relação à prática penal brasileira, envolvendo tipos penais nos quais se permitiria, em uma primeira análise, a utilização dos critérios cumulativos de imputação.

A escolha por essa forma de abordagem, da qual se ocupará o presente capítulo, parte de dois motivos. Em primeiro lugar porque a presente pesquisa, ainda que verse sobre objeto de pesquisa atrelado, em uma primeira análise, à dogmática penal, é desenvolvida dentro da linha de pesquisa dedicada à análise da Função Política do Direito, integrante da área de concentração “Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão”, do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Linha de pesquisa esta que tem como grande escopo a investigação de fundamentos teóricos e implicações de ordem prática de elementos principais que compõem os paradoxos e tensões entre o direito e a política. Em outras palavras: que albergue pesquisas que viabilizem identificar implicações práticas desta tensão entre o Direito e a política, enquanto prática.³²⁸

E reconhecendo no Poder Judiciário um inequívoco agente político, ao qual Mauro Cappelletti denomina como sendo um “terceiro gigante na coreografia do Estado moderno”³²⁹, é que se situa a última etapa da presente pesquisa, que irá partir das constatações obtidas pela pesquisa bibliográfica subjacente aos delitos cumulativos, para, então, analisar possibilidades e formas de sua aplicação, perante a praxe decisória dos tribunais brasileiros, com a pesquisa de julgados que tratam sobre o referido tema. Com esse corte metodológico, delineado desde as primeiras etapas desta pesquisa, é que se buscou inseri-la dentro das diretrizes da linha de pesquisa no Programa de Pós-Graduação no qual é desenvolvida.

³²⁸ Universidade Estadual do Norte do Paraná: Mestrado em Ciência Jurídica - Linhas de Pesquisa. Disponível em: <<https://uenp.edu.br/mestrado-direito/mst-linhas-de-pesquisa>> Acesso em 17 jul. 2021

³²⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 49. O autor ainda ressalta que se trataria de um terceiro gigante, como guardião e controlador dos poderes políticos do novo estado leviatã, mas que igualmente não estaria imune aos riscos e perversão de suas funções (idem). Cappelletti, contudo, irá afirmar que os riscos institucionais inerentes ao Poder Judiciário seriam “menos graves”, do que aqueles atinentes aos demais poderes, legislativo e executivo, aludindo aos riscos de autoritarismo, lentidão e gravosidade (Cf. Ibidem, p. 49); Em sentido contrário e crítico ao papel preponderante conferido ao Poder Judiciário no campo acadêmico, aludindo à potencial melhor condição à formação de decisões políticas, a partir da pluralidade de visões, pelas rédeas das “doutrinas da sabedoria das multidões” aristotélicas, conferir: WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fones, 2003, p. 129; Sobre as diferentes posições existentes sobre a legitimidade e o papel do Poder Judiciário, especialmente acerca de seu papel político, em densa pesquisa, conferir: LIMA, Flávia Santiago. *Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF*. Curitiba: Juruá, 2014.

E o segundo motivo pelo qual se optou por abordar a relação concreta entre os delitos cumulativos e sua aplicação, ou não, em julgados de tribunais estaduais brasileiros, consistiu, justamente, na intenção de se viabilizar uma nova forma de abordagem deste instituto, a partir das lentes da teoria do “quarto poder”, recentemente tornada acessível à academia brasileira, em razão da tradução de escritos de Bernd Schünemann, específicos sobre o relevante papel que recai sobre a academia, e que autorizam o uso desta denominação, do qual se cuidará de abordar ao longo deste derradeiro capítulo.

Expostas as justificativas para a abordagem que será procedida neste último tópico da pesquisa, desde já se adianta que o presente capítulo deterá uma natureza híbrida, abarcando, a um só tempo, aspectos teóricos basilares da teoria desenvolvida por este autor, para, assim, posteriormente, utilizar-se de suas premissas para análise teórica de julgados identificados em pesquisa por repositórios de Tribunais Estaduais. Desde já se ressalva, contudo, que a abordagem de alguns aspectos práticos não tem pretensão de caracterizar a presente pesquisa como sendo empírica, de cunho descritivo e estatístico, mas, antes disso, realizar análise de julgados, de maneira verticalizada, recuperando os argumentos empregados, para, após isso, apontar perspectivas em cotejo com as conclusões identificadas no campo teórico do trabalho.

3.1 Teoria do quarto poder: conceito e pressupostos

Em conexão com a pesquisa bibliográfica que norteou as diretrizes acima, na qual se pôde analisar as distintas posições existentes acerca dos delitos cumulativos, desde a forma pela qual foram sistematizados, como as sólidas críticas que se soerguem em relação a essa modalidade de construção argumentativa, encaminhou-se à conclusão de que, em meio ao campo teórico, os fundamentos discursivos dos delitos cumulativos não se sustentam frente a abordagens a partir do enfoque de preceitos reitores do Direito Penal, como a culpabilidade, a ofensividade e a proporcionalidade.

Ainda que se fale em uma reconstrução dos pressupostos de imputação promovidos por Lothar Kuhlen, transmutando os delitos cumulativos à forma de crimes de perigo abstrato em contextos instáveis, como visto alhures, tal posição culmina em ruptura com a teoria dos delitos de acumulação, e reitera todas as críticas vertidas a estes. Retomando-se os próprios apontamentos de Fabio Roberto D’Avila, no âmbito dos delitos cumulativos, é o contexto e não a cumulatividade que deverá merecer a atenção.³³⁰

³³⁰ Vide nota 275.

Ocorre, no entanto, que mesmo com a consolidada e coerente posição crítica que fora construída em relação aos delitos cumulativos, indicando sua inaplicabilidade dentro de um sistema penal que se queira orientado pela culpabilidade e pela ofensividade, em meio a uma pesquisa de julgados, feita sob a égide de estudo de casos, e sem pretensão quantitativa ou de cunho estatístico, foram identificados acórdãos proferidos por uma pluralidade de Tribunais brasileiros, concernentes à matéria penal (especialmente no campo ambiental), nos quais se pôde verificar o uso argumentativo de pressupostos teóricos dos delitos cumulativos.

Ainda que, em sua grande maioria, como se verá mais adiante, não façam referência direta aos estudos de Lothar Kuhlen, o que se compreende até pela dificuldade de acesso aos escritos deste autor e de outros teóricos da acumulação, como Roland Hefendehl, Fritz Loos e Otto Backes, que não tiveram seus escritos traduzidos ao português, é possível aferir o uso de mecanismos discursivos compatíveis com a ideia dos delitos de acumulação.

Para viabilizar a aplicação da tutela penal frente a condutas insignificantes, caso analisadas de uma forma individualizada, a construção discursiva, empregada nas decisões a serem estudadas, parte da ideia de que, caso se negligenciasse a sanção penal em tais casos, especialmente em conta do caráter difuso do bem jurídico envolvido, seria incontestado o risco de difusão descontrolada de práticas idênticas, de onde defluiria a lesão ao bem jurídico. Ou seja: exatamente a lógica do *what if everybody did it*, abordada de maneira exaustiva.³³¹

Contudo, pelo que se pôde inferir do segundo capítulo da presente pesquisa, utilizar de condutas de terceiros como meio a legitimar a punição individual, que é característica de todo o sistema penal, resulta em uma incontornável ofensa ao princípio da culpabilidade, que deve constituir um filtro de legitimidade a toda e qualquer imputação penal. Nos já mencionados dizeres de Augusto Silva Dias, a presunção de que outros irão atuar da mesma maneira, para

³³¹ A ideia de que se determinadas condutas não forem repelidas e sancionadas, ensejará, por consequência, a irradiação e multiplicação, que se materializa na ideia do *What if everybody did it*, tem alguma semelhança com as justificações do sistema penal, que são soerguidas, como modelo de contraposição às teses apresentadas por autores do abolicionismo penal. Todavia, também esse argumento resulta enfraquecido, quando se parte da premissa, já há muito sedimentada no campo criminológico, de que a efetiva criminalização (ou criminalização secundária) é, na realidade, um fato excepcional, preponderando a regra de uma chamada “cifra oculta”. Nesse sentido, é o que sustenta, por todos, Louk Hulsman: “Na realidade, muitas das situações que se enquadram nas definições da lei penal não entram na máquina. Há várias décadas, a atenção dos criminólogos se viu atraída para um fenômeno que, num enfoque ainda não especificamente crítico do sistema, foi chamado de ‘cifra negra da delinquência’. Pareceu-lhes anormal que acontecimentos criminalizáveis não fossem efetivamente perseguidos. Com essa preocupação, numerosas pesquisas tentaram descobrir o volume de fatos legalmente puníveis que o sistema ignora ou negligencia. Esse volume é considerável. [...] Pode-se dizer que é a ideia mesma, a própria noção ontológica de crime que fica abalada. Se uma enorme quantidade de fatos teoricamente passíveis de serem enquadrados na lei penal não são vistos ou não são avaliados como tal pelas supostas vítimas ou pelos agentes do sistema pessoalmente alertados por denúncias concretas, isso significa que os fatos chamados pela lei de crimes (ou delitos) não são vividos com se tivessem uma natureza aparte, como se fossem separáveis de outros acontecimentos” (HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. Op. Cit. p. 81-82).

justificar a punição de condutas, em si mesmas insignificantes, viola frontalmente o princípio da culpabilidade, em sua formulação mais simples, segundo a qual não há pena sem culpa. Tal como afirma o autor, “nada podia ferir mais profundamente o princípio da culpa em Direito Penal”³³², em posição à qual se adere, por reputá-la adequada e incontornável.

Esse estado de coisas, com o qual se defrontou, em meio às pesquisas subjacentes ao presente estudo, indicou, portanto, a necessidade de buscar fornecer algum contributo, dentro do campo teórico, que pudesse fornecer caminhos a subsidiar um diálogo entre as conclusões já identificadas em meio à academia, que indicam a incompatibilidade dos pressupostos dos delitos cumulativos com um Direito Penal que se oriente pela culpabilidade, ofensividade e proporcionalidade, com a prática do sistema penal, que se consubstancia, de forma meramente exemplificativa, nos julgados identificados e, a seguir, analisados.

Não se descuida do aprofundado debate existente no campo de a doutrina poder ser, ou não, inserida dentro das chamadas fontes do direito. Miguel Reale, por sua vez, embora não reconheça na doutrina uma fonte, em razão de esta não desenvolver uma estrutura de poder, o que é imprescindível ao conceito de fonte do direito, não deixa de reconhecer o relevante papel que recai à doutrina. O autor menciona que, enquanto as fontes do direito revelam modelos jurídicos, de caráter obrigatório e vinculante, a doutrina, a seu turno, produz modelos dogmáticos, que têm por finalidade: (i) determinar como as fontes podem produzir modelos jurídicos válidos; (ii) definir qual o conceito e significação destes modelos jurídicos; (iii) a interrelação entre os modelos jurídicos para compor figuras, institutos e sistemas.³³³ O autor, assim, pondera que a doutrina “não é fonte do direito, mas nem por isso deixa de ser uma das molas propulsoras, e a mais racional das forças diretoras, do ordenamento jurídico”³³⁴

Miguel Reale, contudo, pondera que, sendo o Direito uma ciência dogmática, isso implica que a doutrina apenas possa se desenvolver a partir das normas vigentes de Direito Positivo, o que decorre da própria etimologia do termo “dogma”, como sendo aquilo que é

³³² SILVA DIAS, Augusto. What if Everybody did it? Sobre a (in)capacidade de ressonância do Direito Penal à Figura da Acumulação. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Janeiro-Março 2003, Ano 13, nº 1, Coimbra Editora, p. 340.

³³³ REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 176-177. Não obstante o inegável reconhecimento e importância deste autor, que, inclusive, tornou inafastável a citação ao mesmo para tratar do debate das fontes do direito, não se pode deixar de destacar para os registros de compromisso do mesmo com ideais do Integralismo brasileiro, onde exerceu destacado papel, e também para seu apoio ao golpe militar de 1964, conforme: SEELAENDER, Ailton Cerqueira Leite. Juristas e ditaduras: uma leitura brasileira. In. FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Ailton Cerqueira Leite. *História do Direito e Perspectiva: do antigo regime à modernidade*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 420-421. Sobre o apoio de Reale à ditadura militar e sua atuação contrária à instauração de assembleia constituinte após o golpe e seu alinhamento aos ideais de Médici e da ditadura militar como um todo, conferir: FERNANDES, Pádua. A cultura jurídica brasileira e a chibata: Miguel Reale e a história como fonte do direito. *Prisma Jurídico*. São Paulo, v. 5, 2006, p. 237-255. Disponível em: < <https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/613> > Acesso em 18 jul. 2021

posto ou, então, estabelecido por quem tenha autoridade para fazê-lo. Para o autor, assim, a doutrina toma para si a função de banhar as matrizes do Direito, indagando sobre seu papel histórico e da função atual de cada uma delas, e, notadamente, esclarecendo sobre o significado das normas e dos modelos que derivam das fontes do Direito. O papel da doutrina abarca tanto o momento da produção das normas, enquanto modelos prescritivos, até, no que mais releva ao presente trabalho, na interpretação e aplicação destes modelos, dando aos mesmos o seu respectivo “conteúdo significativo” revelado pelas fontes.³³⁵

De todo modo, em atenção ao escopo da presente pesquisa, é imprescindível que se analise o papel que incumbe à academia, especialmente no que se refere ao campo penal, onde estão em jogo as liberdades individuais, que são objeto de restrição, a pretexto de que sejam conservados outros valores de fundamental relevância social. Em assertiva síntese de quais os interesses em jogo dentro da *ultima ratio* e a conseguinte necessidade de uma academia que esteja consciente da importância de desenvolver parâmetros racionais e restritivos do poder punitivo, assim pondera Fabio Roberto D’Avila:

Mostrar-se-ia absolutamente inaceitável cogitar-se a restrição do direito fundamental à liberdade em benefício de meros interesses político-criminais de organização e regulamentação social. Para sua restrição é necessário atender não só a uma exigência formal de hierarquia normativa que limita a ponderação a bens com dignidade constitucional – referência mesmo que indireta na Constituição –, como a uma necessária compatibilidade axiológica que justifique a restrição, para além, é certo, de um juízo de necessidade de tutela. Enfim, exigências que descartam a ponderação com interesses que sequer possam ser reconhecidos como um bem jurídico-penal, pois, afinal, seria no mínimo contraditório o reconhecimento constitucional do direito inviolável à liberdade simultaneamente à criminalização fácil e irrestrita do seu exercício.³³⁶

A dogmática penal, portanto, assume um papel que, ainda que tenha na legislação e no direito seus referenciais, lhe assegura uma postura crítica frente à legislação e igualmente em relação à jurisprudência, pois está ela legitimada, como observam Daniela Carvalho Almeida da Costa e Elisio Augusto de Souza Machado Júnior, a assinalar, com fundamento na ideia de proibição de negação dos pontos de partida, quais são as estruturas que lhe são fundamentais. É dizer, portanto, que a construção dogmática em matéria penal impõe que todas as projeções

³³⁴ Ibidem, p. 178.

³³⁵ Ibidem, p. 177-178.

³³⁶ D’AVILA, Fabio Roberto. O modelo de crime como ofensa a bem jurídico. Elementos para a legitimação do direito penal secundário. In. *Direito Penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Coimbra Editora, 2006, p. 87.

normativas que pretendam ter vigência jurídica, devem guardar respeito a essas condições prévias e basilares do sistema penal.³³⁷

Sendo assim, é possível romper com uma ideia meramente instrumental da dogmática, prestando um serviço acrítico aos ditames da legislação, pois, tanto o legislador, como também os aplicadores do direito, podem encontrar na dogmática um referencial seguro, onde é inconcebível, como ponderam Costa e Machado Júnior, que seja editado um determinado tipo penal, cuja estrutura não leve em conta os elementos gerais de imputação e os limites sistêmicos estabelecidos.³³⁸ Ademais, ao se atribuir à dogmática um papel de racionalização e de imposição de limites ao poder punitivo e ao uso corrente e desarrazoado do direito penal como uma ferramenta de controle, não se pode sustentar que a mesma deva, simplesmente, se amoldar ao estágio jurisprudencial, mas, antes disso, servir como instrumento teleológico do sistema penal, de modo a restringi-lo, notadamente diante de toda sua intensa gravosidade, e da necessidade de resguardá-lo à proteção subsidiária e fragmentária.³³⁹

E justamente a partir da ideia de contenção que incumbe à doutrina, para contenção do sistema punitivo, uma análise que se demonstra pertinente à compreensão do papel que deve ser desempenhado pela academia e pela dogmática penal, é aquela trazida por Eugenio Raúl Zaffaroni, o qual sustenta que o saber produzido pela academia, denominada pelo penalista argentino a “agência de reprodução ideológica”, deve sempre mais avançado em relação ao padrão exercido pelos órgãos judiciais, o que seria fundamental para viabilizar um “estímulo à jurisprudência”. Deste modo, incumbiria à academia o exercício de uma crítica permanente das agências judiciais e das políticas (legislativas), pois somente assim agindo é que as “agências de reprodução ideológica” poderiam se transformar em agências de dinamização ideológica do sistema penal.³⁴⁰

É a partir destas perspectivas que se insere a teoria do “quarto poder”³⁴¹, desenvolvida mais recentemente por Bernd Schünemann, onde o autor trata da função da dogmática e do saber

³³⁷ COSTA, Daniela Carvalho Almeida da; MACHADO JÚNIOR, Elisio Augusto de Souza. A racionalidade da Dogmática-Penal e sua função como estrutura normativa garantidora de liberdades: uma abordagem sistêmica do Direito Penal. *Revista Sequência*, v. 40 n. 82, agosto, 2019, p 232. Disponível em:

<<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2019v41n82p221>> Acesso em 18 jul. 2021

³³⁸ Ibidem, p. 233.

³³⁹ Ibidem, p. 237.

³⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução: Vania Romano Pedrosa. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 237.

³⁴¹ A primeira utilização do termo remonta à obra comemorativa dos 70 anos do dogmata Claus Roxin: SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft*, in: Schünemann et alii (coords.), *Festschrift für Roxin*, Berlin/New York, 2001, p. 1 e ss., e incorporada à realidade brasileira em tradução e coordenação feitas no ano de 2018, por Adriano Teixeira, de texto originalmente publicado em 2016 pelo autor alemão: SCHÜNEMANN, Bernd. *Dez teses sobre a relação dogmática penal com a política criminal e com a prática do*

acadêmico em matéria penal, e qual seu papel perante os poderes judiciário e legislativo, enquanto aplicador e produtor, respectivamente, do direito. Para Bernd Schünemann, a relação entre a dogmática e as práticas jurídicas deve ser orientada pela ideia de que a jurisprudência também exerce uma espécie de dogmática autoritativa, mediante a transformação da razão pura (teorética) em razão prática, de modo que deveria, a princípio, estar pautada pela mesma racionalidade aplicada pelo cientista do direito, apenas com o acréscimo de força vinculante que escapa ao âmbito teórico.³⁴²

A partir destas ideias é que Bernd Schünemann irá desenvolver o conceito da teoria do “quarto poder” atribuído à dogmática em relação à prática dos órgãos judiciais, sendo sua tarefa a de controlar, intelectualmente, a dogmática praticada por juízes. Dessa ideia de uma forma de controle, pela racionalidade científica, é que o autor então denomina a ciência jurídica como uma forma de quarto poder, que não possui literalmente poder algum (que não exerce domínio, nos termos ressalvados por Miguel Reale), para excluir a doutrina das fontes do direito, e, justamente, deve buscar responder a quase indecifrável pergunta: “*quis custodiet ipsos custodientes*”? (quem vigia os vigilantes)?

E, então, somente assim, é que se poderá obter uma quebra do regresso ao infinito de controle, que se teria em um Estado de Direito com divisão de poderes³⁴³, onde pendem todas as exaurientes tensões entre os poderes, com destaque para as mais agudas críticas que se soerguem em relação à expansão do Poder Judiciário e a titularidade da última palavra, dentro do entroncamento entre os poderes.³⁴⁴ A teoria do quarto poder, deste modo, na forma como é sistematizada por Schünemann, insere a racionalidade oriunda do conhecimento acadêmico, como uma forma de distensionar o referido conflito.

E como resultado da função do quarto poder, enquanto resposta ao brocardo latino, constante em uma das sátiras do poeta romano Juvenal³⁴⁵, sustenta Bernd Schünemann que uma jurisprudência que não se abre para a crítica científica não passaria de uma “justiça do cádi”³⁴⁶ que não deveria existir em um Estado Democrático de Direito, pois apenas por meio

sistema penal. In: *Direito penal racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica*. Coordenação e tradução: Adriano Teixeira. São Paulo: Marcial Pons, 2018 – p. 87-93

³⁴² Ibidem, p. 89.

³⁴³ Ibidem, p. 90.

³⁴⁴ Sobre o tensionamento entre o direito a última palavra, conferir, com ampla revisão bibliográfica: POLI, Vinicius. Quem deve ser o detentor da última palavra, judiciário ou legislativo? *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 31, n. 2: 355-380, jul./dez. 2015. Disponível em:

<<https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/2c9d0aad05d4affd3fff862f2ea5b9df.pdf>> Acesso em 18 jul. 2021

³⁴⁵ JUVENAL, n.d., 'D. Iunii Iuvenalis Satirae 345'. Disponível em:

<<http://www.thelatinlibrary.com/juvenal/6.shtml>> Acesso em 18 ju. 2021

³⁴⁶ Trata-se de citação de Max Weber, que se utiliza do termo “justiça do cádi para se referir a manifestações jurídicas irracionalmente materiais, sendo o Cádi o juiz muçulmano. Conforme: CASTRO, Alexander de. Max

do controle científico exercido pelo “quarto poder” é que o poder judicial, munido de uma precária legitimidade democrática, se justificaria e se tornaria suportável.³⁴⁷

Também deve ser salientado que, muito embora exista idêntica terminologia entre a teoria proposta por Schünemann em relação à teoria que insere a mídia como “quarto poder”, não há, entre ambas, semelhança, ainda que a ideia central de uma espécie de poder “paralelo” em relação à conhecida concepção tripartite, que está na origem da divisão dos poderes ínsitos ao Estado (executivo, legislativo e judiciário). Em linhas gerais, como observa Guareschi, a atribuição à mídia da função de “quarto poder” traz consigo um problema crônico, o qual decorre do fato de esta ter se arrogado neste papel por conta própria, baseada apenas, em seu poderio econômico, político e ideológico, mas que não lhe fora conferido pelo povo, a quem pertence o poder legítimo nas sociedades democráticas.³⁴⁸ Diante destes pontos problemáticos sobressai o questionamento sobre qual seria a legitimidade de inserir a mídia como “quarto poder”, que se desdobra na perplexidade sobre quem avaliza tal poder, e quem lhe assegurou tal posição.

Tratam-se de questionamentos que, perfeitamente, poderiam ser aplicados face ao intento de atribuir à academia e a dogmática penal o papel de “quarto poder”, especialmente em relação a qual seria sua legitimidade para se arrogar nessa posição, porque, também ela, está sendo inserida nesta posição, justamente, por seus próprios integrantes. Ocorre, contudo, que a legitimação da pretensão de inserir a dogmática como um “quarto poder”, nos termos em que embrionariamente são apresentados por Schünemann, guardam consigo distintos motivos e fundamentos para tanto, que indicam a viabilidade de inseri-la dentro da posição sustentada por este autor.

Nesse ponto, em complemento à importância da teoria do “quarto poder”, como instrumento para que o saber científico delimite a incidência irrestrita e irracional do poder punitivo, Luís Greco, em artigo publicado em coletânea de homenagem aos 70 (setenta) anos de Schünemann, destaca que a ciência jurídica traz consigo a função de colocar à prova os atos judiciais e legislativos, para rechaçar aqueles que consistam em simples atos de poder.

Weber e a história do direito: Fundamentos empíricos e historiográficos da sociologia jurídica weberiana. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte. n. 112. jan./jun. 2016, p. 33. Disponível em:

<<https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/P.0034-7191.2016V112P11>> Acesso: 18 jul. 2021

³⁴⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. La misión o tarea de la dogmática jurídica (penal) como cuarto poder. In: *El Derecho Penal en El Estado Democrático de Derecho y el irrenunciable nivel de racionalidad de su dogmática*. Traducción; CAÑADILLAS, Raquel Roso [et. al]. *Colección Ciencias Penales*. Madrid: Reus Editorial, 2019, p. 76.

³⁴⁸ GUARESCHI, Pedrinho A. Mídia e Democracia: O quarto versus o quinto poder. *Revista Debates*, Porto Alegre, v.1, n.1, jul.-dez, 2007, p. 18. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/debates/article/view/2505/1286>> Acesso em 18 jul. 2021

Isso porque, sempre que os juízes e legisladores possuem liberdade plena para formular suas pretensões de juridicidade, sem qualquer temor da vigilância crítica de uma instância munida de independência, haveria um caminho amplo para a tomada de decisões desprovidas de qualquer respaldo. Assim, segundo Greco, “a ciência e a dogmática do direito, exercidas por professores enquanto professores, devem desnudar o que é um ato nu de poder”.³⁴⁹

Ou seja, retomando os questionamentos feitos em relação à legitimidade da mídia, e a pretensão de ser inserida como um quarto poder, reaplicando-os à teoria do quarto poder, nos termos delineados por Schünemann, igualmente ratificados por Greco, é possível, então, identificar a legitimidade desta pretensão, a partir da ideia de que a possibilidade de atribuir à dogmática o papel de quarto poder, decorre de sua pretensão de exercício do poder por meios racionais e sustentados. Distinguem-se, assim, como observa Greco, de atos nus de poder, que não se sustentam por razões, mas apenas pela imposição.

Em outras palavras, Greco aponta que o trabalho exercido academicamente, e que é constitutivo da chamada ciência do direito é o de colocar à prova os atos de poder praticados, por exemplo, em decisões judiciais, para verificar se estes são, ou não, meros atos de poder, e se podem ser justificados por razões fundamentadas. Nesse contexto é que a ciência do direito irá atuar como uma espécie de “quarto poder” impotente, que vigia e analisa se as atividades dos outros três poderes potentes se sustentam em razões. O autor também ressalva que, ainda que se esteja inserindo a ciência como um “quarto poder”, não há, em seu agir, qualquer força impositiva ou cogente, mas somente a força racional, que obriga o poderoso a prestar contas de suas decisões e o denuncia quando as razões indicadas por ele, na verdade, são uma racionalização insincera. A legitimação reside, assim, no fato de a ciência do direito consistir em uma ciência da distinção entre direito e poder.³⁵⁰

Reforça, ainda, a pretensão de fazer convergir teoria e prática, para viabilização de um diálogo efetivo entre o saber acadêmico e a prática judiciária, a alusão à conversa entre Michel Foucault e Gilles Deleuze, intitulada “Os Intelectuais e o Poder”, a qual integra a conhecida “Microfísica do Poder”, de autoria do primeiro deles. Neste diálogo entre ambos, chama atenção a ponderação feita por Deleuze, de que “nenhuma teoria pode se desenvolver sem encontrar uma espécie de muro e é preciso a prática para atravessar o muro”³⁵¹. E, mais adiante, o próprio Foucault irá ressaltar que os intelectuais devem tomar consciência de que

³⁴⁹ GRECO, Luís. *Dogmática e Ciência do Direito Penal*. In: *As razões do direito penal. Quadro Estudos*. Tradução e Organização: Eduardo Viana [et. al.] São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 29.

³⁵⁰ Ibidem, p. 26.

³⁵¹ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Tradução: Roberto Machado. 10. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2019, p. 130.

fazem parte desse sistema de poder, e que são eles agentes da consciência e do discurso, de modo que não podem mais se colocar um pouco à frente ou um pouco de lado para dizer a muda verdade de todos, mas, antes disso, de “lutar contra as formas de poder exatamente onde ele é, ao mesmo tempo, o objeto e o instrumento: na ordem do saber, da ‘verdade’, da ‘consciência’ do discurso”.³⁵²

A forma pela qual fora sistematizada a teoria do “quarto poder”, além deste paralelo, também encontra interconexão com o que Lenio Streck denomina como sendo o papel de a doutrina exercer “constrangimentos epistemológicos” em relação a posicionamentos judiciais que se demonstrem voluntaristas ou arbitrários. Para Streck, é dever constante da academia em um papel democrático, o dever de doutrinar e não ser doutrinado, e que realize o que este autor denomina como o papel de realizar censuras negativas, que possam distinguir, através de uma crítica fundamentada, decisões constitucionalmente corretas e incorretas, de modo a não se sujeitar a decisões apenas a partir de um discurso de autoridade³⁵³, que não leve em conta a efetiva correção e racionalidade das decisões.

O autor, desenvolvendo seu posicionamento, indica que o citado constrangimento epistemológico impõe à doutrina o papel precípua de criticar os equívocos dos que detêm o poder de dizer e construir o Direito, acarretando, assim, que uma assertiva doutrina impeça que más decisões, compreendidas como sendo aquelas fruto de uma racionalidade ideológica subjetivista/discrecional, se repitam. Esse papel impede a perpetuação da ideia do Direito como se fosse aquilo que o intérprete quer que ele seja, ou, em outras palavras, que seja o que o tribunal, em conjunto ou na individualidade de seus integrantes diga que é.³⁵⁴

Ainda sobre o papel relevante desempenhado pela dogmática como meio de controle da discricionariedade judicial, também Miguel Reale Júnior ressalta que a dogmática é uma referência racional limitadora da discricionariedade judicial³⁵⁵, posição que também adotada por Gimbernat Ordeig, ao afirmar que a dogmática jurídico-penal, detém a função de assinalar limites e definir conceitos, fazendo, assim, possível uma aplicação segura e calculável do direito penal, subtraindo-lhe a arbitrariedade e a improvisação. Daí porque, segundo este autor: “Cuanto más pobre sea el desarrollo de una dogmática, tanto más imprevisibles serán las decisiones de los

³⁵² Ibidem, p. 131-132.

³⁵³ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, Casa do Direito, 2017, p. 42-43

³⁵⁴ Ibidem, p. 43.

³⁵⁵ REALE JÚNIOR, Miguel. Razão e subjetividade no direito penal. In. *Teoria geral da tutela transindividual*. Organizadores: Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Coleção doutrinas essenciais: direito penal econômico e da empresa; v.1, p. 313.

tribunales”.³⁵⁶ Tratam-se, portanto, de posições que se coadunam à sistematização proposta por Schünemann e Greco, aludindo à doutrina e à academia o papel de um “quarto” poder.

Portanto, um discurso jurídico-penal racional e ciente de suas funções, quando erigido à relevante de função de detentor do “quarto poder”, que se exerce pela racionalidade e não pela imposição, pode ser um relevante agente de redução de danos, mediante redução da violência do sistema penal, para atenuar a sua intervenção, consistindo, ainda, “na forma mais prática e efetiva de se agir sobre os homens e as instituições, modificando normas e inaugurando uma ética voltada para a vida”.³⁵⁷

Todo esse excuro, como se verá adiante, indica a necessidade de que todo o avanço e exaurientes debates críticos identificados em relação aos delitos de acumulação, no campo teórico, possam também transpor os muros da produção científica, e possam, assim, viabilizar um diálogo com a prática judicial penal, envolvendo casos com possibilidade de aplicação dos ideais propostos pelos apontamentos de Lothar Kuhlen, dentre outros teóricos da acumulação.

3.2 Análise de decisões judiciais sobre os delitos de acumulação no Brasil

Após o percurso percorrido nesta pesquisa, de cunho eminentemente dogmático e teórico, defronta-se com a necessidade de atribuir ao presente trabalho, por derradeiro, uma conotação prática, com estudo de casos concretos, que, na realidade judicial brasileira, tratam do tema dos delitos de acumulação, influenciados, de maneira consciente ou não, pelas construções dogmáticas ínsitas a esta proposta dogmática.

Busca-se, nesta etapa conclusiva desta pesquisa, analisar alguns julgados identificados de Tribunais brasileiros, a partir das lentes teóricas dos delitos de acumulação e, ainda, dos marcos introduzidos pela teoria do “quarto poder”, tal qual sustentada por Bernd Schünemann e Luiz Greco, para aferir qual a posição adotada nos julgados a serem analisados, e se esta indica uma aceitação à teoria dos delitos cumulativos, ou se, ao contrário disso, indica adesão às posições críticas apresentadas neste trabalho, as quais, como visto, confrontam a teoria dos delitos de acumulação, sob diferentes matrizes.

Passa-se, assim, à análise das decisões, com a intenção de, em um primeiro momento, explicitar a perspectiva metodológica que se adotou no presente trabalho, e, em um segundo momento, proceder, em definitivo, à efetiva análise das decisões, a partir das lentes fornecidas pelas teorias sobre as quais se sedimentou o presente trabalho.

³⁵⁶ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios de Derecho penal*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1990, p. 158.

3.2.1 Contornos sobre o procedimento metodológico adotado

Diante da intenção de cunho mais teórico que permeia o presente trabalho, não houve, em seu desenvolvimento, a intenção de se utilizar da pesquisa empírica. Não obstante, não se ignoram as críticas soerguidas em relação à preponderância da pesquisa teórica em meio à academia jurídica, com a conseguinte evitação de pesquisas de campo, que se voltem à análise concreta de fatos.

Exemplificativa de tais críticas, é a posição sustentada por Roberto Kant de Lima e Bárbara Gomes Lupetti Baptista, os quais apontam que os discursos dogmáticos acabam por se embasar eminentemente em opiniões em detrimento de dados, e que caminham à revelia de qualquer correspondência empírica. Para os citados autores, trata-se de um fenômeno oriundo da cultura manualística que rege o ensino do direito no Brasil, criticável pelo fato de que a leitura e o ensino, através de manuais de Direito, não são suficientes para a construção de uma percepção adequada do campo jurídico.³⁵⁸

O manualismo e o reverencialismo, característicos da pesquisa em direito, são também objeto de críticas no conhecido texto de Luciano Oliveira, denominado, de modo bastante propositivo, “não fale do código de Hamurabi”. Para o autor, seriam problemas estruturais na pesquisa em Direito, no contexto brasileiro, o uso abusivo de manuais e de livros de doutrina, de modo a resultar em explicações redundantes sobre temas já exaustivamente conhecidos, e que constituem um verdadeiro “lugar comum” neste meio. E, além disso, o uso do conhecido “argumento de autoridade”, que se revela no emprego de expressões de cunho reverencial em relação a autoras e autores citados, o que se deve evitar no contexto acadêmico, no qual não se pode tratar hipóteses de trabalho, como se estivessem defendendo causas que são sustentadas em tribunais, por partes interessadas.³⁵⁹

De igual maneira, Fayga Silveira Bedê, José Eduardo Barroso Colácio e José Maria de Moraes Borges Neto fazem coro à crítica sobre a construção de conhecimento fechado que é proporcionada pelos manuais, a qual engessaria a ciência jurídica, de modo a obstaculizar

³⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul. Op. Cit. p. 225.

³⁵⁸ LIMA, Roberto Kant de; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. *O desafio de realizar pesquisa empírica no direito: uma contribuição antropológica*. 2010. Disponível em: <<https://issuu.com/ineac/docs/abcpkantebbrbara>>. Acesso em: 24 jul. 2021.

³⁵⁹ OLIVEIRA, Luciano. *Não fale do Código de Hamurabi!* A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito, p. 6-7. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4213608/mod_resource/content/1/OLIVEIRA%2C%20Hamurabi.pdf> Acesso em 24 jul. 2021

uma melhor dinâmica na produção científica, que se materializa, por exemplo, na pesquisa de ordem empírica. Os autores, assim, criticam o fato de as pesquisas em direito não se fundarem (na maioria dos casos) na verificação das ideias postas dentro da realidade prática, e nem tampouco as críticas formuladas partem de elementos da realidade concreta, para que se possa, por exemplo, demonstrar a falibilidade empírica de uma tese.³⁶⁰

Diante das consolidadas críticas presentes no campo da academia jurídica, ainda que o presente trabalho, como dito, tenha buscado contornos mais teóricos, não se descuidou de sua aplicabilidade prática, especialmente pelo fato de a proposta dos delitos de acumulação deter consigo potencial para se ver aplicada em campos penais igualmente positivados em meio a nossa realidade legislativa. Sendo assim, buscou-se promover, mesmo que a partir de lentes teóricas, a análise de práticas judiciais envolvendo os delitos de acumulação, considerando a possibilidade de uma interlocução com o campo empírico, onde são incorporados à produção do saber jurídico “os significados que os operadores do campo atribuem à Lei e às normas, possibilitando uma percepção, não apenas mais completa, como também mais democrática, dos fenômenos e institutos jurídicos”.³⁶¹

Justifica-se, com isso, a utilização deste recorte prático, posto ao término do presente trabalho, buscando dar-lhe contornos mais concretos, à luz de entendimentos aplicados junto ao campo da praxe judiciária, representado pelo estudo de julgados a ser procedido, o que não se dará, todavia, por uma perspectiva quantitativa, mas a partir da perspectiva qualitativa, tanto por não se ter a pretensão estatística em relação a dados apresentados, como, sobretudo, pelo intento de se utilizar dos achados em matéria jurisprudencial, para viabilizar o contato com a realidade decisória sobre o tema, com a conseguinte identificação e crítica dos padrões empregados, e a possibilidade de se realizar uma análise e interação críticas sobre o que vier a ser identificado.³⁶²

A partir destes objetivos, optou-se por aplicar a chamada Metodologia de Análise de Decisões (MAD), tal qual sistematizada por Roberto Freitas Filho e Thalita Moraes Lima, por entendê-la adequada aos fins do presente trabalho, dada a possibilidade de convergência dos

³⁶⁰ BORGES NETO, José Maria de Moraes; COLÁCIO, José Eduardo Barroso; BEDÊ, Fayga Silveira. A baixa incidência de pesquisa empírica e a cultura manualesca como obstáculos para o desenvolvimento do direito. *Revista Direito e Desenvolvimento*, v. 8., n. 2, 2017. Disponível em:

<<https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/562>> Acesso em 24 jul. 2021

³⁶¹ LIMA, Roberto Kant; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. Op. Cit.

³⁶² OLIVEIRA, Adriana Ferreira Serafim de; MIALHE, José Luis. A Possibilidade de Desenvolver Pesquisas no Campo Jurídico Valendo-se da Metodologia de Abordagem Qualitativa. *Revista de Pesquisa e Educação Jurídica*, v. 2., n. 1, 2016. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/rpej/article/view/158/pdf>> Acesso em 24 jul. 2021.

aspectos teóricos (já analisados), em relação a aspectos de cunho prático, que versam sobre a aplicação de aspectos da teoria dos delitos de acumulação.

Em linhas gerais, o procedimento desenvolvido pelos citados autores, em contraponto aos métodos de estudo de casos e de análise de jurisprudência, possibilita uma explicação sobre o sentido das decisões judiciais analisadas, interpretando-se o processo decisório e a maneira pela qual são estruturados os argumentos produzidos em tais decisões. De acordo com as diretrizes trilhadas pelos autores, a Metodologia de Análise de Decisões está subdividida em três etapas: a pesquisa exploratória, o recorte objetivo e o recorte jurisprudencial.³⁶³

A pesquisa exploratória sugerida por Freitas Filho e Lima objetiva a habituação à área a ser discutida, na qual se situa o problema jurídico, viabilizando, com isso, o debate acerca de uma base teórica sobre o tema. A leitura exploratória que se faz subjacente a esta etapa tem a função de auxiliar na identificação dos elementos narrativos textuais em torno do tema, com a aferição dos dissensos argumentativos no campo teórico, bem como os conceitos sobre os quais existe uma maior disputa.³⁶⁴ Em atenção ao método traçado por estes autores, reputa-se cumprida integralmente a exigência, a partir da ampla revisão bibliográfica realizada acerca do tema do presente trabalho, indicando tanto posições favoráveis aos delitos de acumulação, de ordem conceitual, como também as críticas soerguidas em relação à referida proposta.

Em um segundo momento, os autores sugerem que, a partir da identificação de uma questão-problema, inerente à pesquisa exploratória, deve a pesquisa se ocupar em promover uma seleção conceitual do campo discursivo onde está situado o problema. Referem, dentre outros exemplos, como um problema relevante, a oposição entre duas determinadas teorias.³⁶⁵ Também esse segundo passo, para os fins do presente trabalho, está situado em decorrência da pretensão de identificar aspectos teóricos favoráveis e contrários aos delitos cumulativos, identificando-se, assim, em termos sistêmicos, se há viabilidade de inserção desta proposta na dinâmica penal, encaminhando-se a conclusão, a partir da revisão literária proposta, de que as posições críticas, em relação aos delitos cumulativos, acabam tendo consigo maior coerência

³⁶³ FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões – MAD. *Universitas JUS*, Brasília, n. 21. jul./dez. 2010, p. 2-3. Disponível em:

<<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/1206>> Acesso em 24 jul. 2021; O método foi identificado na elaboração de trabalho anterior, com temática distinta, mas que igualmente se propunha à análise de julgados, sem pretensões quantitativas de exaurimento empírico. Conferir: SILVA, Lucas Nogueira Rodrigues da; PUPULIM, Pedro Henrique Lenzi. O estatuto da igualdade racial pela jurisprudência brasileira: panorama de decisões e matérias abordada; *Anais do VI Seminário Internacional de Direitos Humanos: SEMIDI* [livro eletrônico]: desenvolvimento global e concretização dos direitos humanos na sociedade contemporânea: vulnerabilidades e sustentabilidade. -- Volta Redonda, RJ: Editora Jurismestre, 2020, p. 225-243. Disponível em: <http://www.lo.unisal.br/direito/semidi/ANAIS_SEMIDI.pdf> Acesso em 24 jul. 2021

³⁶⁴ FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Op. Cit. p. 8.

³⁶⁵ *Ibidem*, p. 8-9

e força argumentativa. É a partir deste recorte objetivo, que se seguirá com a identificação de julgados a serem analisados.

Por fim, a derradeira etapa consiste na escolha de órgãos decisores que serão objeto de pesquisa e análise, escolha esta que deve se pautar pela pertinência temática e pela relevância decisória, estando a primeira situada na adequação entre o problema identificado e o campo teórico em que se insere, em face do âmbito decisório de discussão jurídica do problema. Já a relevância decisória está atrelada ao (provável) impacto da discussão no campo jurídico, e que deve levar em conta que a MAD possui uma orientação de cunho estreitamente prático, o que torna necessário justificar com clareza os motivos da escolha de um determinado decisor, com base na capacidade de sua interpretação ensejar efeitos no campo em que se situa.³⁶⁶

Nessa última etapa do recorte objetivo, como a intenção do presente trabalho não é de esgotamento quantitativo de julgados, mas antes um debate qualitativo, com a análise sobre tendências decisórias e a compatibilidade, ou não, dos entendimentos identificados, optou-se por proceder uma identificação de julgados, com maior enfoque nos argumentos utilizados do quê, especificamente, na restrição a um determinado órgão decisor.

A única limitação procedida se deu, com a restrição de decisões para órgãos de mesma hierarquia funcional (denominação sugerida por Freitas Filho e Lima), com enfoque em se identificarem decisões proferidas por Tribunais Estaduais e Regionais, que, de algum modo, fizessem menção à teoria dos delitos de acumulação, dentro do contexto normativo brasileiro. O afastamento da pesquisa por decisões proferidas por órgãos jurisdicionais de primeiro grau se deu tanto pela impraticabilidade de um recorte de tais decisões, como também a partir das ponderações feitas pelos sistematizadores da MAD a respeito da relevância decisória, onde se destaca que a escolha do órgão decisor deve ocorrer “com base na capacidade de geração de efeitos que sua interpretação tem no campo em que se situa”.³⁶⁷

Por outro lado, a opção pela análise de decisões proferidas por Tribunais Estaduais e Regionais, em detrimento de posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça, decorre, em um primeiro momento, da restrição institucional desta Corte em debater matérias de fato, nos termos do conhecido verbete de Súmula nº 7 da referida corte, que afasta o cabimento dos recursos especiais nos casos onde haja pretensão de reexaminar elementos de prova.³⁶⁸ Ainda que se discuta, especialmente no campo processual, a tênue diferença entre reavaliação e o

³⁶⁶ *ibidem*, p. 9-12

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 11

³⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmulas do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf> Acesso em 25 jul. 2021

reexame de provas e, até mesmo, as dificuldades de cindir questões de fato e de direito³⁶⁹, partiu-se da premissa de que esse importante óbice processual poderia delimitar o escopo de análise a ser procedida, que igualmente se aplica ao escopo do Supremo Tribunal Federal, na forma do verbete de Súmula nº 279 desta corte.³⁷⁰

No entanto, para além desse aspecto procedimental, o direcionamento da pesquisa aos achados na seara dos Tribunais Estaduais e Regionais, para proceder, na sequência, a uma análise dos argumentos empregados em tais decisões, também tem por objetivo trazer novas visões ao instituto estudado, até mesmo porque, na dissertação de Décio Franco David sobre o tema, há um campo de análise específica de julgados oriundos dos Tribunais Superiores Brasileiros (STF e STJ)³⁷¹, versando sobre a temática dos delitos de acumulação.

Apontadas as diretrizes de ordem metodológica de regência desta pesquisa, as quais se fazem imprescindíveis a bem contextualizar a análise de decisões que será procedida, passa-se, assim, nesta etapa derradeira, à efetiva análise de decisões, com a convergência de três aspectos já tratados: (i) a teoria e os conceitos originários da proposta dos delitos de acumulação; (ii) os contrapontos e as críticas erigidas em relação a esta teoria, que puderam se demonstrar incontornáveis, sob a perspectiva dos princípios da culpabilidade, ofensividade e proporcionalidade; (iii) a teoria do “quarto poder”, enquanto meio a assegurar à dogmática um papel de destaque, enquanto crítica e avaliadora das razões de decidir, para dissociar o que é direito do que é um mero ato de força; (iv) a utilização das bases da Metodologia de Análise de Decisões (MAD), sistematizada por Roberto Freitas Filho e Thalita Moraes Lima.

3.3. Análise de acórdãos versando sobre delitos de acumulação à luz da MAD

Delimitado o recorte institucional e a metodologia de pesquisa a ser trilhada sobre as decisões judiciais a serem objeto de análise, bem como o respectivo recorte objetivo que permeia a presente pesquisa, que versa sobre os delitos de acumulação (*Kumulationsdelikte*), é que se insere o presente tópico, que tem a pretensão de fazer convergir os elementos teóricos

³⁶⁹ Conferir: COSTA, Henrique Araújo. *Reexame de prova em Recurso Especial*. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Orientador: Dr. João Batista Lopes. São Paulo, 2006. Disponível em: <<https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/6962/1/Dissertacao%20Henrique%20Araujo%20Costa.pdf>> Acesso em 25 jul. 2021

³⁷⁰ “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 279*. Data de aprovação do enunciado: Sessão Plenária de 13-12-1963. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2174>> Acesso em 25 jul. 2021

³⁷¹ DAVID, Décio Franco. Op. Cit. p. 277-287.

analisados, em relação à referida proposta de imputação penal, para com a realidade jurisprudencial sobre os delitos cumulativos, dentro da realidade judicial brasileira.

Objetiva-se analisar, com intento qualitativo, sem pretensão de exaurimento em termos quantitativos, aspectos teóricos abordados em decisões identificadas, proferidas por Tribunais Estaduais e Regionais, nos quais se pôde identificar a referência às expressões: “delitos de acumulação”; “delitos cumulativos”; “crimes de acumulação” crimes acumulativos”, para que se possa identificar, nos limites das decisões analisadas, quais os argumentos empregados e, assim, analisa-los à luz dos elementos teóricos identificados pela pesquisa bibliográfica, que se fez presente ao início do presente trabalho.

A pesquisa subjacente, na qual se identificaram os acórdãos que serão analisados adiante, ocorreu entre os meses de março até agosto do ano de 2021, de modo que julgados que, eventualmente, foram proferidos, pelos Tribunais analisados, após este marco temporal, não serão objeto de análise, por razões lógicas.

3.3.1 Julgados do Tribunal de Justiça do Paraná

Em um primeiro momento, a partir de buscas pautadas nas palavras-chave referidas acima, com início pelo repositório do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, foi possível a identificação do acórdão oriundo do julgamento do recurso de Apelação, sob a relatoria do Desembargador José Maurício Pinto de Almeida, apreciada pela 2ª Câmara Criminal, autuada sob o nº 0014242-50.2016.8.16.0173. Cuidava-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público do Estado do Paraná, em face de sentença absolutória proferida pelo juízo de primeiro grau, em caso em que a denúncia fora oferecida pela prática ilícita de pesca com utilização de apetrecho não permitido, “consistente em um espinhel de aproximadamente 60m (sessenta metros) com 30 anzóis”.³⁷²

Cuidava-se, portanto, de imputação fundada no art. 34, parágrafo único, inciso II, da Lei 9.605/98³⁷³, tipo penal pelo qual se proíbe, dentre outras condutas, a pesca envolvendo métodos nocivos, como as redes de malha fina, espinhéis, tarrafas, covões, anzóis de galho, e

³⁷² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 2ª Câmara Criminal. Autos nº 0014242-50.2016.8.16.0173 – Umuarama. Rel.: Desembargador José Mauricio Pinto de Almeida. Julgada em 19.06.2020. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000010187221/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0014242-50.2016.8.16.0173#>> Acesso em 27 jul. 2021

³⁷³ Art. 34. Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente: [...] Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem: [...] II - pesca quantidades superiores às permitidas, ou mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos;

afins. A nocividade que decorre destes métodos, segundo Vladimir Passos de Freitas e Gilberto Passos de Freitas, está atrelada ao fato de que tais meios logram em alcançar grande número de espécies de peixes, sendo a maioria de tamanho pequeno, sendo que a proibição dos meios deve, ainda, ser objeto de ato de autoridade administrativa.³⁷⁴

No que concerne ao meio empregado no julgado analisado, tem-se que o espinhel consiste em instrumento formado de uma linha principal (madre) da qual partem várias linhas secundárias (estropos) que se prolongam por alças de arame de aço ou latão trazendo o anzol na sua extremidade livre. A limitação administrativa o número de anzóis do espinhel é de até 10, nos termos do art. 12, II, da Portaria nº 3 de 2 janeiro de 2019 do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio)³⁷⁵, ao passo que a denúncia dizia respeito sobre a pesca com espinhel que continha mais de 30 anzóis.

Tratava-se de um tipo penal que, assim como a grande maioria dos crimes ínsitos à legislação penal ambiental brasileira, usa a técnica da assessoriedade administrativa³⁷⁶, a qual pode se verificar em três formas distintas: conceitual, normativa e de ato. No caso da imputação atinente ao art. 34, parágrafo único, inciso II, da Lei 9.605/98, que alude, já em seu próprio tipo objetivo, à necessidade de complemento normativo, ao criminalizar a pesca com a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos “não permitidos”, fato que bem indica a sua correlação com o objeto deste trabalho. Em seu aspecto normativo, a assessoriedade se caracteriza por remeter o tipo penal a normas administrativas (como decretos, resoluções, portarias e afins), munidas de um alcance geral, cuja violação é pressuposto ao ilícito penal, sendo esta modalidade comumente denominada “norma penal em branco” pela literatura³⁷⁷, sem olvidar de posicionamentos bastante antagônicos a esta técnica de tutela penal.³⁷⁸

E no que releva à presente pesquisa, é possível extrair do voto-condutor do julgado em análise a menção ao fato de que não se poderia afirmar a insignificância condutas que venham a se amoldar a qualquer delito previsto na Lei 9.605/1998, ao argumento de que tais condutas

³⁷⁴ FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 127.

³⁷⁵ BRASIL. *Portaria nº 3 de janeiro de 2019*. Ministério do Meio Ambiente/Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Publicado em: 04/01/2019, Edição: 3, Seção: 1, Disponível em: <https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/57876342/do1-2019-01-04-portaria-n-3-de-2-de-janeiro-de-2019-57876156> Acesso em 27 jul. 2021

³⁷⁶ Sobre a controvérsia teórica em torno de qual a terminologia correta a ser aplicada em relação a este instituto, conferir nota nº 32 da presente pesquisa

³⁷⁷ Conforme nota de rodapé nº 48

³⁷⁸ Nesse sentido, os apontamentos de Juarez Tavares, para quem as normas penais em branco criam nos cidadãos um estado de perplexidade, retirando-lhes uma orientação precisa, pois tais textos foges da elaboração legislativa, da qual todos os cidadãos deveriam poder participar (no sentido deliberativo Habermasiano). Pondera também o autor que: “os regimes totalitários na América Latina sempre se valeram de normas penais em branco,

afetam o direito difuso da coletividade e com o arremate de que que “os danos que podem ser ocasionados ao meio ambiente não podem ser auferidos no momento do ato, pois são cumulativos e perceptíveis somente após um longo prazo”³⁷⁹, indicando, assim, o alinhamento da conclusão aos pressupostos da teoria dos delitos de acumulação, ainda que não haja alusão direta aos autores que os sistematizaram.

Um claro exemplo se situa nos próprios escritos de Kuhlen, que, em sentido similar à posição afirmada no acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná, irá referir que o crime do § 324 do Código Penal alemão (StGB), tipo penal fundante de sua teoria, diz respeito a um tipo penal que deve ser compreendido como condição cumulativa, incluindo atos individuais sem potencial danoso, na medida em que a, caso não fossem proibidos, seria certa a sua realização em grande número e, por conseguinte, seriam afetadas as próprias funções tuteladas da água, indicando, assim, o diferimento no tempo dos tipos penais ambientais.³⁸⁰

A convergência da posição indicada pelo Tribunal de Justiça do Paraná, no acórdão que ora se analisa, em relação às concepções teóricas dos delitos de acumulação, fica ainda mais evidente ao retomarmos o conceito de “lesão-contributo”, que é apresentado por Rita Castanheira Neves, em artigo também já citado nesta pesquisa, no qual a autora irá afirmar a legitimidade dos delitos cumulativos justamente pelo seu diferimento tempo, afirmando que “se o dano final é o efeito a médio/longo prazo, o dano-contributo é bem real no imediato da conduta lesiva, ficando o bem jurídico ambiente lesado na quota abstractamente danificável pelo contributo individual”³⁸¹, residindo, nesse ponto, segundo esta autora, o referencial de ordem axiológico-material da incriminação e, por conseguinte, a legitimidade da intervenção penal na tutela do meio ambiente.

Por outro lado, a posição indicada no acórdão aparenta não enfrentar alguns aspectos basilares inerentes ao princípio da ofensividade, pelo qual toda a função do Direito Penal, que se queira regido pelos preceitos da subsidiariedade e da fragmentariedade, e que exige, como consequência lógica destes, que a conduta individual seja eivada de lesividade social, para que possa encaminhar a desdobramentos penais. Isso porque, ao se analisarem questões distantes em termos espaço-temporais, para mensurar a relevância penal de determinada conduta, não se estaria responsabilizando o agente por conduta individual e pessoal, mas, sim, admitindo-se uma imputação onde “a ofensa só é percebida fora dos limites relacionais da conduta punível,

com os quais puderam burlar o princípio da legalidade, sob a aparência de sua observância”. (TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. 2 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 72).

³⁷⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Op. Cit.

³⁸⁰ KUHLEN, Lothar. Umweltstrafrecht — auf der Suche nach einer neuen Dogmatik. In. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 105, 1993. Berlin / New York. Walter de Gruyter, p. 715-716

a partir da consideração de uma hipótese teórica de repetição que, na ausência de proibição, seria de se calcular”.³⁸²

A tentativa de legitimação discursiva da tutela penal, a partir dos efeitos futuros que poderiam decorrer da conduta inexpressiva, como se identifica do acórdão, também não logra em contornar críticas destacadas por Ana Elisa Liberatore Silva Bechara, no sentido de que a adequação típica deve ser realizada levando-se em conta o presente, pois, ainda que admitida a cumulatividade como critério de imputação, limite claro para tanto deve ser a “mínima ofensividade concreta do bem jurídico tutelado pela norma”.³⁸³

Por fim, o ponto que maior destaque merece da crítica a ser promovida em relação à fundamentação empregada, que busca relacionar os delitos ambientais a um campo onde não se poderia sustentar a aplicação do princípio da ofensividade, pelo argumento de que seriam eles crimes cumulativos, acaba por se distanciar da própria proposta de Lothar Kuhlen. Isso porque, ainda que o autor sustente a necessidade de se abrandar o nexo causal da ação em face do bem jurídico³⁸⁴, fato é que o próprio Kuhlen taxativamente afirmava que os delitos de acumulação também deveriam encontrar limites em cláusulas de bagatela, de modo que não se poderia desprezar a aplicação do princípio da ofensividade (ou da bagatela)³⁸⁵, ainda que se admita o proposto abrandamento do nexo causal entre a ação e o bem jurídico.

Portanto, à guisa de conclusão da análise procedida em relação à primeira decisão analisada, frente aos marcos teóricos já abordados em momento anterior ao presente trabalho, é que se encaminha à conclusão pela insuficiência argumentativa da fundamentação, que não logra em fornecer mínimos indicativos de ofensividade ao bem jurídico tutelado pelo tipo do art. 34, parágrafo único, inciso II, da Lei 9.605/98 (seja através de perigo, como também por dano), pela conduta de pesca com espinhel munido de 30 (trinta) anzóis. Mas, sobretudo, as

³⁸¹ CASTANHEIRA NEVES, Rita. Op. Cit. p. 299.

³⁸² D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 120-121.

³⁸³ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 253

³⁸⁴ Conforme citação direta constante na nota nº 50

³⁸⁵ “A interpretação da poluição da água como delito cumulativo é, em minha opinião, preferível do ponto de vista dogmático e analítico, e especialmente adequada para evidenciar os requisitos de justificação e as dificuldades no caso de infrações deste tipo. Em particular, tornam necessário distinguir o comportamento típico (tatbestandsmäßiger) de ações que não são puníveis, devido à sua menor carga de injustiça. Essa delimitação é feita no Direito Penal ambiental com o auxílio de diversas cláusulas de bagatela, no caso de poluição da água, através da já mencionada exclusão de danos insignificantes e desprezíveis” (KUHLEN, Lothar. Op. Cit. p. 716-717). No original: “Die Deutung der Gewässerverschmutzung als Kumulationsdelikt ist m.E. dogmatischenanalytisch vorzugswürdig und besonders geeignet, die Begründungsanforderungen und -Schwierigkeiten bei Delikten dieses Typs hervortreten zu lassen. Sie machen insbesondere eine Abgrenzung tatbestandsmäßiger Verhaltensweisen von solchen Handlungen erforderlich, die wegen ihres nur geringfügigen Unrechtsgehaltes nicht strafwürdig sind. Diese Abgrenzung wird im Umweltstrafrecht mit Hilfe verschiedener Bagatellklauseln angestrebt, bei der Gewässerverschmutzung durch die bereits erwähnte Ausgrenzung „unbedeutender, vernachlässigbar kleiner Beeinträchtigungen”.

críticas se tornam mais robustas pelo fato de a alusão aos delitos cumulativos, como meio de justificar a decisão, não se coadunar aos pressupostos teóricos concebidos pelo próprio sistematizador desta teoria, que não abria mão da incidência de cláusulas de bagatela, e que ressalvada, expressamente, a exclusão de condutas bagatelas ou insignificantes.

A segunda decisão identificada em meio ao repositório do Tribunal de Justiça do Paraná, no qual existe menção às palavras-chaves fundamentais do presente trabalho, consiste na Apelação Criminal nº 1.696.209-7, também julgada pela 2ª Câmara Criminal da referida Corte³⁸⁶, que versava, contudo, sobre crime contra a ordem tributária, decorrendo a imputação da exordial acusatória da omissão de notas fiscais no livro de registra de saída de empresa, com a conseguinte não declaração ao fisco estadual, de modo a ocasionar a redução de receita tributária, com incurso nos incisos I, II e IV, da Lei 8.137/1990.³⁸⁷

Trata-se de acórdão pautado em voto-condutor robusto e com enfrentamento de uma série de aspectos meritórios e fáticos próprios ao processo, que acabam escapando, em grande maioria, do recorte metodológico e do escopo deste trabalho. Releva, aos fins da presente pesquisa, tão somente a alusão feita, em meio ao voto-condutor, aos delitos de acumulação, que se dá através de citação feita sobre excerto das contrarrazões ao recurso, apresentadas pela promotora de justiça oficiante em primeiro grau, adotando-as como razões de decidir da decisão colegiada do Tribunal de Justiça do Paraná. Trata-se do expediente conhecido, na dinâmica processual, por motivação *per relationem*, a qual ocorre, nos dizeres de Michele Taruffo, “quando o juiz não elabora para um ponto decisório uma justificação autônoma *ad hoc*, mas aproveita-se da justificação contida em outra decisão”³⁸⁸, ou, como no caso, em outra manifestação proferida em juízo, a partir de algum dos atores processuais.

O trecho em questão, colacionado no acórdão, tem seu teor abaixo descrito e, muito embora tenha mencionado apenas como um *obiter dictum*³⁸⁹ da decisão analisada, traz consigo

³⁸⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 2ª Câmara Criminal. Apelação Criminal nº 1696209-7. Curitiba - Rel.: Desembargador José Maurício Pinto de Almeida. Unânime. Julgada em 08.02.2018. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12492515/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1696209-7#>> Acesso em 28 jul. 2021

³⁸⁷ Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

[...] IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

³⁸⁸ TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Tradução: Lorenzo Córdova Vianello. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 365.

³⁸⁹ “Em todo precedente judicial existem questões secundárias ou gravitacionais necessárias para a solução da controvérsia daquela situação concreta, que de maneira indispensável necessitam ser interpretadas por distinção na busca da *ratio decidendi*, pois os efeitos de um precedente judicial são extraídos desta razão de decidir. Assim, o *obiter dictum* é um “dito de passagem” ou fundamentação complementar do raciocínio contido na razão

pontos de possível abordagem, à luz da metodologia aplicada, principalmente porque atesta a adesão do acórdão aos referidos fundamentos:

Cumpra esclarecer que o bem jurídico tutelado pelo tipo penal descrito é constituído pelas finanças do Estado, pois sem os recursos advindos da tributação seria inviável ao Poder Público realizar os seus objetivos fundamentais. [...] Nos crimes tributários, assim como em muitos crimes econômicos, pune-se a conduta ainda que ela, por si só, não seja capaz de causar substancial lesão ao bem jurídico, pois se tem o entendimento que se trata de delitos de acumulação, onde a impunidade geraria condutas reiteradas, que somadas, lesariam de forma grave o bem jurídico. Portanto, a relevância penal e a lesão ao bem jurídico tutelado pelas condutas dos recorrentes restaram cristalinas, fazendo-se necessária e justificada a repressão estatal por meio da norma penal.³⁹⁰

Em um primeiro ponto, verifica-se que a idoneidade e legitimidade dos bens jurídicos em matéria tributária, sustentada no trecho acima mencionado, vem ao encontro de posições robustas dentro da literatura penal, conforme amplamente abordado no Item 1.5 do presente trabalho. Ressalva-se, contudo, que, ainda que a receita tributária consista em um legítimo bem jurídico dos crimes tributários, para que se possam distinguir, qualitativamente, práticas relevantes, no campo penal tributário, de meros ilícitos de cunho civil ou administrativo nesta seara, deve haver, de modo simultâneo, ofensa (por lesão ou perigo) ao bem jurídico da verdade informacional, por meio de ato fraudulento ou omissivo de informações relevantes ao fisco, em qualquer de suas entidades.³⁹¹

No caso concreto do qual versa o referido acórdão, ressalvado o exame minudencioso de elementos probatórios em discussão, manifestamente incompatível com as finalidades desta pesquisa, observa-se que a ofensa em potencial a ambos os bens jurídicos tutelados nos crimes contra a ordem tributária foi verificada, considerando que a imputação que recaía aos Recorrentes era de que “omitiram na escrituração de notas fiscais as operações tributadas, suprimindo tributo (ICMS)”³⁹², o que indica não se tratar de mero inadimplemento fiscal, mas efetiva distorção da verdade informacional ao fisco estadual.

de decidir” (TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin; DULTRA, Jhonatan Silva de Sousa. Utilidade Argumentativa do Precedente Judicial como fundamento para a integração das decisões judiciais. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 14. Volume 21. Número 1. Janeiro a Abril de 2020, p. 372. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/43557> > Acesso em 28 jul. 2021).

³⁹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Op. Cit.

³⁹¹ Trata-se da posição sustentada, dentre outros autores, por Marcelo Almeida Ruivo, já referenciada no tópico 1.5 desta pesquisa, a saber: RUIVO, Marcelo Almeida. Os crimes de Sonegação Fiscal (arts. 1º e 2º, Lei 8.137/90). *Crimes contra a ordem tributária: do direito tributário ao direito penal*. Organização: Gisele Barra Bossa, Marcelo Almeida Ruivo. São Paulo: Almeida, 2019, p. 441-442.

³⁹² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Op. Cit.

Por outro lado, delimitando a análise ao escopo desta pesquisa, tem-se que o excerto citado do acórdão, proveniente da transcrição de contrarrazões ao recurso, onde se afirma que os crimes tributários se configuram como crimes de acumulação, “onde a impunidade geraria condutas reiteradas, que, somadas, lesariam de forma grave o bem jurídico”³⁹³, acaba por se alinhar, em primeira análise, à construção teórica que insere os crimes tributários dentro desta proposta. Há um alinhamento, por exemplo, com a perspectiva de Roland Hefendehl, defensor da teoria dos delitos cumulativos, e que identifica nos crimes fiscais um campo representativo da proposta de Lothar Kuhlen, argumentando que o cometimento de tipos penais tributários, por muitos contribuintes, implicaria em lesão à receita tributária.³⁹⁴

De igual maneira, e bastante assemelhada à posição apresentada no citado parecer do Ministério Público Estado do Paraná, é, também, a posição apresentada por Blanca Mendoza Buergo, rememorada por Susana Aires de Sousa, a qual sustenta ser claro que a evasão fiscal de um determinado contribuinte não coloca em risco, por si só, o erário ou a capacidade econômica da Fazenda Pública, mas, nem por isso, deixaria de ser intrinsecamente lesiva, por si só, a partir de um limite mínimo, o que está diretamente atrelada ao caráter fragmentário que deve revestir o Direito Penal.³⁹⁵

Por fim, um último ponto verificável a partir da análise da citada decisão é o fato de que o caso envolvia, pelos elementos constantes do acórdão, sonegação tributária envolvendo valores que excedem o valor mínimo aplicado pela jurisprudência brasileira, que restringe as persecuções penais a casos que versem sobre valores superiores ao mínimo aplicado pelo ente público, para proceder a respectiva execução fiscal.³⁹⁶ Isso porque, como se extrai da decisão analisada, a alegação da acusação, acatada no acórdão, é no sentido de que “o valor do imposto fraudado originariamente é de R\$ 165.078,54 (cento e sessenta e cinco mil, setenta e oito reais e cinquenta e quatro centavos)”.³⁹⁷

A referida exigência financeira mínima, para as persecuções existentes junto à seara penal, vem ao encontro às noções traçadas pelo próprio Lothar Kuhlen, no sentido de que os

³⁹³ Ibidem.

³⁹⁴ Segundo o autor: “Em los *contingentes estatales* (delimitados) *consumibles* como los ingresos fiscales, el pensamiento de la acumulación parece especialmente aplicable, ya que la comisión del hecho por muchos obligados tributarios está relacionada con el contexto motivacional. Sin embargo, no es realmente necesario recurrir a la equivalencia material, porque el contingente resulta de fecho lesionado con cada reducción” (HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In. HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 189)

³⁹⁵ SOUSA, Susana Aires de. *Os crimes fiscais. Análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 232.

³⁹⁶ Conforme nota nº 142 deste trabalho

³⁹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Op. Cit.

delitos de acumulação devem encontrar cláusulas de bagatela³⁹⁸, considerando a fixação, pela jurisprudência, de critérios a excluir as implicações penais que podem se desdobrar a partir de irregularidades de ordem tributária.

3.3.2 Julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Utilizando dos mesmos critérios, também foi possível identificar, igualmente sem a pretensão de exaurimento empírico/quantitativo, discussões sobre delitos cumulativos, perante o repositório do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Nesse contexto que foram identificados os Embargos Infringentes³⁹⁹ de nº 70070074869, julgados pelo Segundo Grupo Criminal daquela Corte, em 12 de agosto de 2016, tendo por embargado um acórdão proveniente da 4ª Câmara Criminal, que afastou o princípio da insignificância em favor do embargante, em razão da prática de caça ilegal⁴⁰⁰, elencado no art. 29 da Lei 9.605/1998, com o acréscimo da causa de aumento elencada no § 4º, inciso I, do mesmo dispositivo legal⁴⁰¹, em conduta imputada que envolvia a caça e morte de 02 (dois) tatus. O entendimento veio a ser mantido no julgamento dos embargos infringentes, convalidando-se a inaplicabilidade do princípio da insignificância.

O voto condutor do entendimento majoritário, no acórdão que ensejou a oposição dos embargos infringentes, havia afastado, em desfavor dos recorrentes, a aplicação do princípio da insignificância, lançando mão de argumentos plenamente alinhados à teoria dos delitos de acumulação, como demonstra o seguinte excerto:

Quanto à insurgência com relação ao crime de caça, arguida por ambos os réus, os quais entendem serem insignificante os fatos, tenho que também não

³⁹⁸ Conforme nota nº 3852 deste trabalho

³⁹⁹ Como registra Gustavo Badaró, tratam-se os embargos infringentes de recursos privativos da defesa, aos quais o CPP, do ponto de vista terminológico, subdivide em embargos infringentes e de nulidade. Os primeiros são infringentes, como ocorre com o julgado em análise, e têm por objeto uma questão de direito material, visando a modificação do julgado, ao passo que os embargos de nulidade têm lugar quando se está diante de questão processual, capaz de nulificar o processo. Em outras palavras, os embargos infringentes visam a reformar o acórdão e os de nulidade, anulá-lo (Conforme: BADARÓ, Gustavo. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 278).

⁴⁰⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes e de Nulidade Nº 70070074869, Segundo Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Miguel Achutti Blattes, Julgado em: 12-08-2016. Disponível em: <<https://consulta.tjrs.jus.br/consulta-processual/processo/decisoes/acordaos?numeroProcesso=70070074869&codComarca=700&perfil=0>>

⁴⁰¹ Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida:
Pena - detenção de seis meses a um ano, e multa.

§ 4º A pena é aumentada de metade, se o crime é praticado:

I - contra espécie rara ou considerada ameaçada de extinção, ainda que somente no local da infração

assiste razão à defesa. Conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial, o princípio da insignificância não se aplica aos delitos contra o meio ambiente, previstos na Lei 9.605/98. A prática de qualquer atitude ali prevista como crime, ainda que com resultados discretos, merece reprovação penal. Isso porque o resultado dos ilícitos ambientais, via de regra, não tem repercussão imediata. Assim, ainda que haja apenas uma conduta, a qual possa parecer inofensiva, sua repetição resultará em sérios prejuízos, considerando o longo prazo, motivo pelo qual deve ser repreendida, tão logo verificada.⁴⁰²

Além dos citados argumentos, convalidados no julgamento dos embargos infringentes, foram acrescidos outros mais, na relatoria do Desembargador Sérgio Manuel Achutti Blattes, que fez menção a escritos de Fabio Roberto D'Avila a respeito do princípio da ofensividade, e a conseguinte necessidade de se pensar o crime como uma ofensa a bens jurídicos, bem como a alusão de que a mera violação da regra, sem conteúdo material (ofensa a bens jurídicos) se faz insuficiente à caracterização delitiva. O posicionamento pelo relator, que conduziu ao acórdão citado, foi também acompanhado pelos Desembargadores Ingo Wolfgang Sarlet, Newton Brasil de Leão e Julio Cesar Finger, com voto vencido, de lavra do Juiz Substituto em 2º Grau, Mauro Borba, acompanhado, ainda, pelo voto do Desembargador Diógenes Vicente Hassan Ribeiro.

Analizando, em um primeiro momento, os fundamentos adotados pelo acórdão, não deixa de chamar atenção a utilização de Fabio Roberto D'Avila a referendar entendimento em que se afasta o princípio da insignificância, a partir de argumentos alinhados aos preceitos dos delitos cumulativos. Isso porque, na mesma obra citada no voto-condutor do acórdão, como já visto ao longo desta pesquisa, o mesmo Fabio Roberto D'Avila tece significativas críticas em relação aos delitos cumulativos, justamente a partir das lentes do princípio da ofensividade, que, paradoxalmente, é usado naquele julgado para subsidiar posição diametralmente oposta à sustentada por este autor.

Como já visto anteriormente, Fabio Roberto D'Avila sustenta que a ideia dos delitos cumulativos não se compatibiliza, em absoluto, com o princípio da ofensividade. Para o autor, citado no acórdão para subsidiar entendimento absolutamente contrário ao que defende, admitir a imputação com base nos pressupostos cunhados por Lothar Kuhlen significaria uma transcendência da própria conduta individualmente considerada, autorizando o direito penal a incidir em casos desprovidos de ofensividade.⁴⁰³ E, de maneira completamente incompatível

⁴⁰² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Op. Cit.

⁴⁰³ D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 120; Vide notas de rodapé 200 e 201 deste trabalho, com maior aprofundamento.

ao seu posicionamento, se insere o mesmo voto-condutor, no qual as posições deste autor são citadas, ao referir que, nos crimes ambientais, “ainda que haja apenas uma conduta, a qual possa parecer inofensiva, sua repetição resultará em sérios prejuízos, considerando o longo prazo, motivo pelo qual deve ser repreendida, tão logo verificada”.⁴⁰⁴

Contudo, por mais que o voto-condutor do acórdão tenha mencionado a posição teórica de D’Avila, não houve qualquer preocupação em indicar a instabilidade do contexto, cingindo-se à afirmação de que: “no caso concreto, embora a pequena quantidade de animais abatidos, vislumbro efetiva ofensa ao bem jurídico tutelado pelo artigo 29 da Lei 9.605/98”⁴⁰⁵, a qual não se apresenta satisfatoriamente fundamentada, especialmente em decorrência desta flagrante incoerência com o posicionamento sustentado pela própria literatura utilizada como ponto de partida à construção da posição.

Por outro lado, à luz de toda a construção teórica já identificada, nesta etapa derradeira da pesquisa, denota-se maior acerto e coerência na posição demonstrada pelo voto vencido no citado acórdão, ao encargo do Juiz Substituto em 2º Grau daquela Corte, Mauro Borba, acompanhado, também, pelo voto do Desembargador Diógenes Vicente Hassan Ribeiro. Por ocasião deste voto vencido, consignou-se que, não obstante à relevância da proteção do meio ambiente, munida de suporte constitucional (art. 225 da CF/1988⁴⁰⁶), a condenação fulcrada em crime de potencial lesivo por acumulação, onde são repetidas ações que, num futuro provável e incerto, culminarão em lesão ao bem jurídico tutelado acaba por contrastar com o princípio da pessoalidade (ou culpabilidade).

O voto-condutor, nesse sentido, dialoga com a posição crítica mantida por Pierpaolo Cruz Bottini em relação aos delitos cumulativos, que vai ao encontro das diversas posições críticas já referidas ao longo deste trabalho, defendendo que as condutas tipificadas mediante este técnica, não representam, isoladamente, periculosidade alguma para os bens penalmente relevantes, seja no plano coletivo como também individual, pois “não existe risco *ex ante* em

⁴⁰⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Op. Cit.

⁴⁰⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Op. Cit.

⁴⁰⁶ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

O texto constitucional, embora sem qualquer influência, se assemelha à importância dada pelo próprio Lothar Kuhlen ao meio ambiente, enquanto base fundamental da vida humana (*natürlicher Lebensgrundlagen*), conforme o já multicitado: KUHLEN, Lothar. Umweltstrafrecht — auf der Suche nach einer neuen Dogmatik. In. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 105, 1993. Berlin / New York. Walter de Gruyter, p. 697

atividades que, apenas por multiplicação, formam um perigo consistente: logo, não existem condições materiais para infligir tipicidade a estes casos”.⁴⁰⁷

E a partir dessas premissas teóricas, coerentes com a posição sustentada, chegou-se à conclusão de que a imputação feita aos acusados, presos em posse de dois tatus, com incurso nas penas do art. 29 da Lei 9.605/1998, representaria conduta de mínima ofensividade ao meio ambiente, justificando a aplicação do princípio da insignificância, diante da verificação causal de desproporção entre a sanção penal prevista na lei para a situação de fato praticada. A posição encampada, assim, harmoniza-se, também, com as posições críticas identificadas na literatura, elencadas no tópico 2.3.2 da presente pesquisa, como, por exemplo, de Miguel Bustos Rubio, que identifica uma quebra no princípio da proporcionalidade, junto aos delitos cumulativos, quando ante a um fato individual de caráter ínfimo, ou de desvalor tão pequeno em relação ao bem jurídico que se pretende tutelar, o legislador formula penas privativas de liberdade, que não se demonstram compatíveis com o ato individual executado.⁴⁰⁸

Na sequência, algumas outras reflexões podem ser traçadas a partir em um segundo julgado identificado perante o repositório de jurisprudência do tribunal gaúcho, consistente na Apelação Criminal nº 70077700615, julgada em 30 de agosto de 2018, sob a relatoria a cargo do Desembargador Julio Cesar Finger, da 4ª Câmara Criminal daquela Corte. O caso versava, igualmente, sobre imputação pautada no art. 29 da Lei 9.605/1998, em razão de o acusado ter praticado a caça de 03 (três) animais silvestres da espécie tatu⁴⁰⁹, assim como nos embargos infringentes acima analisados. Em um primeiro momento, há expressa menção à aplicação da teoria dos delitos cumulativos, com menção aos seus mais conhecidos atributos:

De fato, embora o acusado tenha referido, desde a abordagem (fl. 07), que buscava se alimentar dos animais abatidos, cuja caça é proibida, não entendo possível reputar insignificante a sua conduta. Isso porque o crime é daqueles que podem ser classificados como “delito de acumulação”, isto é, cuja conduta, embora isoladamente possa representar baixa ofensividade, se praticado coletivamente, geraria grave dano ao meio ambiente, cuja proteção tem assento constitucional (art. 225 da CFRB).⁴¹⁰

Sobre a referida posição, também aqui não se pode deixar de destacar que o debate em relação aos delitos cumulativos é muito mais abrangente que simples ideia de sua reiteração,

⁴⁰⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato: uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade do risco*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 181.

⁴⁰⁸ BUSTOS RUBIO, Miguel. *Delitos cumulativos*. Valencia (Espanha): Tirant Lo Blanch, 2017, p. 63.

⁴⁰⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Crime, Nº 70077700615, Quarta Câmara Criminal, Relator: Julio Cesar Finger, Julgado em: 30.08.2018. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?id_comarca=bage&num_processo=216000365> Acesso em 14 ago. 2021

na medida em que existem sérias incompatibilidades desta teoria para com os princípios da culpabilidade, ofensividade, proporcionalidade e afins. Contudo, a singularidade deste julgado se situa nos itens subsequentes, onde o relator, responsável pela lavra do voto-condutor, alude já ter decidido, em outras oportunidades, pela possibilidade de aplicação da insignificância da conduta, em casos similares.⁴¹¹

Isso porque, não obstante essa posição indicada no precedente anterior, o julgado passa a fazer menção ao entendimento construído pela jurisprudência dos tribunais superiores, no sentido de que a aplicação do princípio da insignificância envolveria, também, a análise da pessoa do agente. Tal digressão encaminha, na sequência, à conclusão de que os antecedentes do acusado seriam obstáculo à sua aplicação: “No caso em tela, se trata de acusado que possui vasta ficha de antecedentes criminais, motivo que, na esteira de entendimento firmado junto ao STJ, afasta a sua aplicabilidade”.⁴¹² Acrescenta-se, também, que a aplicação do princípio da insignificância não teria lugar, pelo fato de a caça ter ocorrido por mero deleite, e que, caso o acusado pretendesse se alimentar, existiriam outras espécies de animais silvestres para tanto, que tenham seu abate permitido, o que implicaria na reprovabilidade da conduta.

A partir desses argumentos, encaminha-se à aparente conclusão de que o fato de ter o acusado dos autos recursais analisados um histórico de antecedentes criminais foi o motivo preponderante para o reconhecimento da relevância penal de sua conduta. Pelos argumentos, fosse ele agente primário, poderia, perfeitamente, ter sido aplicada a atipicidade material, em razão da ausência de ofensividade da caça de 03 (três) tatus.

Tal posicionamento, que retira embasamento em precedentes de tribunais superiores, contudo, sem maiores dificuldades, é um claro indicativo de um Direito Penal do Autor, incompatível com a construção fundante de um Direito Penal que se queira democrático, pois se está negando a aplicação de critérios isonômicos, deturpando-se os próprios fins do direito

⁴¹⁰ Ibidem.

⁴¹¹ O voto-condutor, nesse ponto, menciona o entendimento exarado no julgamento da apelação nº 70075475681, onde o mesmo Relator, Desembargador Julio Cesar Finger, concluiu pela insignificância da conduta, à luz do art. 34 da Lei 9.605/1998, onde haviam sido apreendidos 02 peixes da espécie, cada qual com 5kg, durante o período de defeso, conforme: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Crime, Nº 70075475681, Quarta Câmara Criminal, Relator: Julio Cesar Finger, Julgado em: 12-04-2018. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?id_comarca=tramandai&num_processo=21500014124> Acesso em 14 ago. 2021

⁴¹² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Crime, Nº 70077700615, Quarta Câmara Criminal, Relator: Julio Cesar Finger, Julgado em: 30.08.2018. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?id_comarca=bage&num_processo=21600036535> Acesso em 14 ago. 2021

penal, com a punição da condição de uma determinada pessoa, e não de um fato praticado, tal como observa Luiz Fernando Kazmierczak⁴¹³, ao tratar sobre o tema.

Paulo César Busato, de igual forma, observa a inaceitabilidade de uma culpabilidade pautada no modo de vida, e que, embora decorra de características do sujeito, deve referir-se, exclusivamente, ao fato.⁴¹⁴ Em igual sentido, Winfried Hassemer irá ressaltar a vinculação indispensável do Direito Penal ao fato, o que se expressa por toda a dogmática jurídico-penal, sendo um fundamento do sistema do fato punível. O autor pontua, assim, que a verificação da punibilidade só pode iniciar quando do efetivo agir humano, excluindo a possibilidade de se converter o prognóstico de uma futura lesão ou o “diagnóstico de uma periculosidade atual no único pressuposto de uma reação jurídico penal”.⁴¹⁵

Esse julgado, portanto, que espelha posição bastante difundida em nosso ordenamento, especialmente a partir da consolidação de entendimento, perante os Tribunais superiores, de que o princípio da insignificância não se coadunaria com a presença de maus antecedentes, revela um aspecto perverso de nossos sistemas de imputação, reforçando, de modo evidente, traços de um Direito Penal do Autor e, efetivamente, do inimigo.

Isso porque, ao sedimentar que condutas idênticas podem obter resultados distintos, a partir da presença de registros de antecedentes criminais de quem o pratica, implica uma clara subversão de um Direito Penal que se queira orientado pelo fato, circunstância esta que agrava, sobremaneira, as dificuldades já identificadas a partir da menção acrítica a aspectos dos delitos cumulativos. Dos muito difundidos contributos de Luigi Ferrajoli se retira a ideia de que ao se admitir a subjetivação de hipótese de delitos, a partir de critérios discricionários, fundados na alegada periculosidade do agente – manifestada por seus antecedentes – se está a comprometer, flagrantemente, a legalidade estrita e o próprio Estado de Direito.⁴¹⁶ A partir de tais ideias, sobressai a inafastável crítica ao entendimento manifestado no julgado analisado.

⁴¹³ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Por um sistema penal não excludente: uma releitura constitucional do direito penal*. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Jacarezinho, 2009, p. 72-73. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp120804.pdf>> Acesso em 14 ago. 2021; ainda acerca do Direito Penal do Inimigo, em aspectos conceituais e críticos, conferir as referências apontadas na nota de rodapé nº 180 deste trabalho

⁴¹⁴ BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um direito penal democrático*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 205.

⁴¹⁵ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Tradução: Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 281-282.

⁴¹⁶ “La subjetivación de las hipótesis normativas de delito, en efecto, no compromete sólo la estricta legalidad, sino que comporta también la subjetivación del juicio, confiado a criterios discrecionales de valoración de la anormalidad o peligrosidad del reo que inevitablemente disuelven el conjunto de las garantías procesales” FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Traducción: Perfecto Andrés Ibañez [et. al.]. Madri: Editorial Trotta, 1995, p. 100).

Por fim, um último julgado identificado junto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no qual a discussão sobre os delitos cumulativos também se faz presente, diz respeito à Apelação Criminal nº 70055398580, relatada pelo Desembargador Newton Brasil de Leão, e cujo julgamento teve lugar em 24 de outubro de 2013. Nestes autos, a discussão se pautava em imputação pelo Ministério Público, fundada no art. 39 da Lei 9.605/1998, em decorrência de o acusado ter procedido o corte de 03 (três) árvores em lugar considerado como uma área de preservação permanente. O recurso em questão foi interposto por parte do Ministério Público do Rio Grande do Sul, em face da sentença que rejeitou a denúncia que havia sido oferecida em face do recorrido.⁴¹⁷

Em um primeiro momento, ainda que não se trate do objeto desta pesquisa, não deixa de chamar atenção um aspecto de ordem processual, considerando que, pelo próprio relatório do julgado citado, a decisão originária consistia em ato jurisdicional que rejeitou a denúncia e não sentença proferida em tom absolutório. Ou seja, em uma primeira análise, o recurso a ser interposto, em caso desta natureza, não seria a apelação, mas sim o recurso em sentido estrito, tendo em vista a expressa previsão para tanto, elencada no rol taxativo do art. 581 do Código de Processo Penal, notadamente em seu inciso I.⁴¹⁸

Ainda que se pudesse aqui suscitar o princípio da fungibilidade recursal em caso de tal natureza, para admitir a interposição do recurso de apelação – ressalvando-se, no entanto, que inexistem no julgado analisado reflexões nesse sentido –, por força do qual o sistema dos recursos “permite que um recurso (errado) seja conhecido no lugar de outro (correto), a partir de uma noção de substitutividade de um recurso por outro”⁴¹⁹, as peculiaridades de um caso de tal natureza indicam a ocorrência de erro grosseiro, ainda que sequer tratado na decisão.

Sobre o erro grosseiro, como obstáculo à relativização do princípio da fungibilidade, tal como observam Ada Pellegrini Grinover e outros, aquele pode ser aferido a partir de circunstâncias objetivas, como, a título de exemplo, a “disposição expressa e indubitosa de lei indicando o recurso cabível, sem divergências na doutrina e jurisprudência”⁴²⁰, sendo o caso do recurso analisado perfeitamente amoldável a essa perspectiva, considerando a expressa

⁴¹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Crime, Nº 70055398580, Quarta Câmara Criminal. Relator: Desembargador Newton Brasil de Leão, Julgado em: 24.10.2013. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?id_comarca=santa_maria&num_processo=21300021800>; O tipo penal sobre o qual versava a imputação, por seu turno, possui a seguinte redação: Art. 39. Cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente: Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

⁴¹⁸ Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença:
I - que não receber a denúncia ou a queixa;

⁴¹⁹ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 11ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 1.208

alusão legal ao cabimento de distinto recurso, como meio de impugnação destas decisões. Daí porque, em uma análise processual mais criteriosa, encaminha-se à conclusão de que o caso em questão sequer comportaria, *a priori*, uma análise minudente do mérito nele debatido.

De toda sorte, não tendo havido qualquer menção a esse fato, remanesce a análise dos fundamentos empregados no recurso, no que tange aos delitos cumulativos. O acórdão traz no bojo de sua ementa o afastamento do princípio da insignificância em matéria ambiental, dado que “a lesão ao meio ambiente é cumulativa e perceptível somente a longo prazo”.⁴²¹ E para além desse aspecto, de igual maneira ao precedente do Tribunal de Justiça do Paraná, já analisado, também o acórdão usou da técnica da chamada fundamentação *per relationem*⁴²², com a transcrição quase que integral, dos fundamentos adotados no parecer externado pelo Ministério Público em grau recursal, do qual se inferem estes argumentos, a justificar o afastamento do princípio da insignificância:

Claus Roxin, comentando crime contra a fauna, onde há alguns arestos acolhendo o princípio da insignificância, questiona se o referido princípio poderia ser utilizado no caso de abate de um só animal, já que, na hipótese, se poderia argumentar não ferido o equilíbrio ecológico tutelado pela Lei Ambiental, afirma: ‘cremos, todavia, que o aludido princípio da insignificância deva ser utilizado, com muita reserva, em matéria de crimes ambientais; isto porque, conforme se extrai do pensamento exposto pelo biólogo americano EDWARD O. WILSON, em ecologia não se pode pensar só em termos de presente, mas deve-se olhar, com maior ênfase, para o futuro: a eliminação desnecessária de um só espécime da fauna silvestre, nos dias atuais, refletirá de forma catastrófica em tempos vindouros, podendo ocasionar um desastre ecológico nas próximas décadas’. Postas essas singelas referências doutrinárias, é forçoso reconhecer a impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância quando se tratar de lesão à área de preservação permanente, dada a sua importância ecológica, sublinhada pelo próprio Código Florestal. [...] Então, é convir que quando há um desmatamento, por menor que seja, em área de preservação permanente, não são apenas as árvores abatidas pela ação ilícita que se perdem para o meio ambiente e para a população (presente e futura).⁴²³

O excerto acima citado, retirado do parecer lançado pelo Ministério Público em sede de segundo grau, e adotado como razão de decidir no voto-condutor do acórdão, menciona um aspecto que suscita relevantes discussões no campo do Direito Penal Ambiental, o palco, por excelência, do debate acerca dos delitos de acumulação. Aqui nos referimos à possibilidade de

⁴²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini [et. al.]. *Recursos no Processo penal*. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 42.

⁴²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Op. Cit.

⁴²² Conforme nota de rodapé nº 375 deste trabalho

⁴²³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Op. Cit.

o Direito Penal poder, ou não, ser utilizado como um mecanismo à salvaguarda das gerações futuras, no que se refere a sua incidência em matéria ambiental.

Em uma análise literal do que se infere do citado art. 225 da CF/88⁴²⁴, em um primeiro momento, poderia ser sustentado o alargamento desta atribuição, também para o campo penal, haja vista que o texto assegura, como observa Pedro Avzaradel, o meio ambiente equilibrado como algo indisponível, o que se torna nítido a partir da ideia de este ser preservado e garantido para as presentes e futuras gerações.⁴²⁵ A discussão, no entanto, ao ingressar junto ao campo penal, tem sua complexidade modificada, pois a transposição deste papel, para um meio sancionatório pautado por rígidos critérios de imputação, que deve ser regido a partir de ideias de fragmentariedade e subsidiariedade.

Nesse contexto é que se insere o escrito de Matheus Almeida Caetano, onde se traçam as diferenças conceituais entre a responsabilidade diacrônica, tida como aquela que impõe aos seres humanos a responsabilidade para com as gerações subsequentes/futuras, e, por um outro lado, a chamada responsabilidade sincrônica, que versa sobre as relações do ser humano em seu contexto social e comunitário atual, atrelada à geração presente.⁴²⁶

O autor, assim, após traçar o recorte distintivo entre ambas, se debruça sobre aspectos de imputação penal, e critica a aplicação, neste escopo, de ideias e preceitos concebidos para outros campos sancionatórios, entendendo equivocada a aplicação da ideia da equidade geracional como fundamento para a imputação penal. Afirma, ainda, Matheus Almeida Caetano que “a responsabilização de pessoas por atos lesivos ou atentatórios aos interesses das gerações futuras merece uma resposta jurídica, embora reconheçamos: fora do Direito Penal e com todas as cautelas imagináveis”.⁴²⁷

Matheus Caetano perfilha da ideia de que a incorporação de aspectos das gerações futuras, ao campo penal, implicaria ruptura absoluta desses modelos frente aos elementos mínimos de legitimação do Direito Penal, notadamente da responsabilidade individual (a imprescindibilidade do nexo causal) e de ordem subjetiva (culpabilidade). Daí porque, ainda que imprescindível e indiscutível que o meio ambiente deva ser objeto de tutela efetiva, tais escopos tornariam incompatível que isso ocorra por meio do braço do Direito Penal:

⁴²⁴ Conforme nota nº 406

⁴²⁵ AVZARADEL, Pedro Curvello Saavedra. Breve Panorama do Direito Constituição Ambiental no Brasil e seus Desafios. In. *Direito Constitucional Ibero-Americano*. Coordenadores: José Eugenio Soriano García [et. al.] Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 136-137.

⁴²⁶ CAETANO, Matheus Almeida. A responsabilidade (diacrônica) pela tutela dos bens ambientais: importantes notas para o direito penal. *Revista Quaestio Iuris*, vol. 10, n. 03, Rio de Janeiro, 2017, p. 1.967-1.971. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/27274> > Acesso em 16 ago. 2021

⁴²⁷ Ibidem, p. 1.999;

A tutela das gerações futuras só pode ser realizada através dos direitos e dos deveres das gerações presentes e aqui o Direito Penal Ambiental tem um papel relevante, mas nem exclusivo nem principal. Cabe ao Direito Penal a tutela de alguns bens jurídicos ambientais, dentro de um recortado espaço temporal, no interesse de pessoas determináveis, o que nos permitiu a cravar a compatibilidade apenas do princípio jurídico-ambiental da equidade intrageracional com essa franja normativa.⁴²⁸

Esse modo de abordagem vem ao encontro das posições de diversos autores já citados ao longo deste trabalho, no sentido de resguardar os fundamentos da tutela do meio ambiente, como é o caso da equidade intergeracional, às vias próprias, o que implica interferência direta a aspectos dos delitos de acumulação, cuja fundamentação está pautada, justamente, no fato de as ações humanas trazerem um impacto ainda maior, por sua reiteração, a prejudicar toda a coletividade e também as gerações futuras.

Nesse sentido é o posicionamento de Ana Carolina Carlos de Oliveira, para quem as adaptações sugeridas, teoreticamente, pelos delitos de acumulação em relação à teoria do delito, implicam grande distorção aos princípios mais básicos do Direito Penal, de sorte que, uma vez flexibilizadas as regras gerais de imputação penal, apenas para um grupo específico de casos, tal quebra poderia, perfeitamente, se expandir a outras áreas. Assim, irá concluir esta autora dizendo que as preocupações jurídicas com a preservação do meio ambiente se fazem extremamente legítimas e deveriam ser tratadas com seriedade como caso de tipificação de ilícitos administrativos, afastando-as do campo penal.⁴²⁹ Posição esta que é também indicada por Ana Elisa Bechara, ao afirmar que, sob as lentes da teoria do bem jurídico, como referencial axiológico, os danos cumulativos estão relacionados diretamente com funções, e que devem, assim, ser tutelados pelo Direito Administrativo.⁴³⁰ Sobressai, de tal modo, que a tutela de gerações futuras, um fundamento recorrente em imputações que, de alguma maneira, dialoguem com os delitos de acumulação, não necessariamente precise ocorrer através do sistema penal, consoante se verifica dos autores referenciados, sendo sugestiva a utilização de sanções civis e administrativas.

Não por outro motivo que o próprio Ministério Público Federal, por via de Orientação externada pela 4ª Câmara de Coordenação e Revisão, sedimentou a posição de se evitarem ações penais por condutas desta natureza, a partir da ideia de subsidiariedade, que autorizaria

⁴²⁸ Ibidem, p. 2.000;

⁴²⁹ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *A tutela (não) penal dos delitos por acumulação*. In. *Revista Liberdades* - nº 14 - setembro/dezembro de 2013. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, p. 46-47. Disponível em: <<https://ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/456/7364>> Acesso em 16 ago. 2021.

⁴³⁰ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Op. Cit. p. 255

um eventual arquivamento na “verificação de que a aplicação de sanção administrativa e/ou cível é suficiente para a prevenção e repressão do ilícito, em face da diminuta extensão do impacto ambiental”.⁴³¹ Tais indicativos teóricos, portanto, vem ao encontro do caso analisado no presente julgado, onde a imputação ao acusado de ter cortado módicas 03 (três) árvores, em local de preservação permanente, poderia, perfeitamente, se revelar menos gravosa e mais efetiva, se adstrita à seara administrativa, o que não se deu, todavia.

3.3.3 Julgados do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul

Foram identificados, também, julgados que atendem a pertinência temática desta pesquisa, perante o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, onde especial relevo pode ser conferido aos Embargos Infringentes em Apelação Criminal, autuados sob o nº 0000854-33.2018.8.12.0008, julgados pela 2ª Seção Criminal daquela corte em 11.12.2019, sob a relatoria do Desembargador Luiz Gonzaga Mendes Marques.⁴³² O recurso versava sobre o afastamento do princípio da insignificância, que havia sido procedido por acórdão proveniente da 2ª Câmara Criminal daquele mesmo Tribunal, por maioria de votos, em caso envolvendo a imputação dos crimes previstos no art. 56 da Lei 9.605/1998⁴³³ e também no art. 1º, inciso I, da Lei 8.176/1991.⁴³⁴

As condutas atribuídas aos acusados (embargantes) era de que tinham em depósito substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos, infringindo o artigo 56, caput, da Lei dos Crimes Ambientais, consistentes em 06 (seis) galões de tamanhos variados e 09 (nove) garrafas de 2 (dois) litros cada, de substância derivada do petróleo (Gasolina), bem

⁴³¹ BRASIL. Ministério Público Federal. 4ª Câmara de Coordenação e Revisão (Meio Ambiente e Patrimônio Cultural). *Orientação nº 1 – 4ª CCRI. – MPF*, 05.05.2017. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr4/enunciados-1/orientacoes-1/orientacao-1-4a-ccr.pdf>> Acesso em 16 ago. 2021

⁴³² BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0000854-33.2018.8.12.0008, Corumbá, 2ª Seção Criminal, Relator (a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Julgado em: 11/12/2019. Disponível em: <<https://esaj.tjms.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=954154&cdForo=0>> Acesso em 16 ago. 2021

⁴³³ Art. 56. Produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

⁴³⁴ Art. 1º Constitui crime contra a ordem econômica:

I - adquirir, distribuir e revender derivados de petróleo, gás natural e suas frações recuperáveis, álcool etílico, hidratado carburante e demais combustíveis líquidos carburantes, em desacordo com as normas estabelecidas na forma da lei;

como que adquiriam e revendiam tais substâncias em desacordo com as normas estabelecidas na forma da lei, violando o artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.176/1991.⁴³⁵

Como se vê, ambos tipos penais da imputação têm em comum o uso da técnica da assessoriedade administrativa, já tratada anteriormente neste trabalho, e que é, inclusive, um dos pontos abordados no artigo de Lothar Kuhlen do ano de 1993.⁴³⁶ Em relação ao crime do art. 56 da Lei 9.605/1998, Luiz Flavio Gomes e Silvio Maciel sustentam que o elemento normativo inserto no tipo objetivo, consistente na expressão “em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos” registram se tratar de indicativo de uma norma penal em branco, o que se justificaria pelo fato de a proibição do manuseio, exploração econômica e o uso de substâncias perigosas constituir em uma das necessidades da sociedade moderna.⁴³⁷ Já quanto ao crime contra a ordem econômica, Valter Foletto Santin igualmente menciona que o elemento normativo “em desacordo com as normas estabelecidas na forma da lei” significa que o tipo penal necessita de complementação normativa para a compreensão de seu alcance, o que pode ocorrer pela via de norma administrativa.⁴³⁸

Feitas essas indispensáveis considerações de ordem teórica, retomando-se para o caso decidido pelo Tribunal sul-matogrossense, chama atenção, pelo elevado adensamento teórico, o voto vencido de lavra do Desembargador Ruy Celso Barbosa Florence, quando do acórdão da apelação, que, em razão da votação não ter resultado unânime, em desfavor dos acusados, autorizou a abertura da via recursal dos embargos infringentes,⁴³⁹

Isso porque, na contramão do majoritário entendimento indicado pelos julgados aqui analisados – lembrando, por oportuno, que a presente pesquisa não está pautada em ideias quantitativas, mas que segue caminho qualitativo, pelas premissas da já citada MAD –, onde se identifica uma ampla adesão à aplicação de pressupostos da teoria dos delitos cumulativos à seara ambiental, o Desembargador questiona a ilegitimidade desta forma de imputação, em especial por sua incompatibilidade com os princípios da culpabilidade e da ofensividade, que são figuras indispensáveis a um Direito Penal que se queira fragmentário e subsidiário. Colhe-

⁴³⁵ Ibidem

⁴³⁶ Conforme nota de rodapé nº 48 desta pesquisa.

⁴³⁷ GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio Luiz. *Lei de Crimes Ambientais: comentários à Lei 9.605/1998*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 215-216 [ebook]

⁴³⁸ SANTIN, Valter Foletto. *Crime econômico no comércio de combustível adulterado*. São Paulo: Editora Verbatin, 2012, p. 55.

⁴³⁹ Isso porque, como observa Tourinho Filho, ao tratar desta modalidade recursal, “os embargos infringentes e os de nulidade são oponíveis contra a decisão não unânime de segunda instância e desfavorável ao réu. Não basta, pois, a falta de unanimidade. É preciso, também, que a divergência do voto vencido seja favorável ao réu. Desse modo, apreciando uma apelação ou recurso em sentido estrito, se a Câmara ou Turma, por maioria, decidir contra o réu, e o voto dissidente lhe for favorável, cabíveis serão os embargos” (TOURINHO FILHO, Fernando

se do seu voto a seguinte manifestação, abrindo divergência ao entendimento externado na sentença recorrida, que afastou o princípio da insignificância, ao argumento de que a soma de “todos os ilícitos desde *jaez* causa um impacto predatório imensurável ao meio ambiente”.⁴⁴⁰

Com o devido respeito, referida cognição não merece prevalecer, pois, embora condutas semelhantes e inexpressivas possam representar, em conjunto, perigo de dano ao meio ambiente, não se pode perder de vista que a culpabilidade pressupõe um juízo de desvalor sobre a conduta individual do sujeito. Ora, sabe-se que a responsabilização criminal não pode extrapolar o que foi objetivamente praticado pelo agente, sob pena de subversão de todas as premissas basilares do Direito penal sob à ótica garantista. Sob este prisma, ao se aceitar a figura dos delitos cumulativos, ou seja, admitir a punição do agente, mesmo que sua conduta tenha gerado inexpressiva lesão ao bem jurídico tutelado, apenas pela possibilidade de que outros possam eventualmente praticar a mesma ação agressora, significa invariavelmente desvalorar alguém não por sua própria ação, mas de terceiros, o que é vedado no ordenamento jurídico.⁴⁴¹

O Desembargador, assim, ao referendar a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, remete, na sequência, aos princípios da intervenção mínima e também da subsidiariedade, reafirmando que a posição do Direito penal, enquanto *ultima ratio* frente aos demais sistemas de controle social, faz com que, nem todos os bens de elevada dignidade, tal como ocorre com o meio ambiente, necessariamente demandem a tutela penal, a depender dos elementos do caso. Afirmar, assim, que “as lesões ao meio ambiente (não obstante ser bem jurídico de enorme relevância) são trazidas para o âmbito penal somente quando os danos são de grande relevo”⁴⁴², algo que não se verificou, em seu entendimento, no caso analisado, pois os elementos coligidos não convenciam acerca da imprescindibilidade do uso do Direito Penal para tutelar a suposta lesão ambiental, tampouco proteger o bem jurídico tutelado pela Lei n. 8.176/91, o que encaminharia à suficiência da tutela civil e administrativa para tanto.

No entanto, não obstante à preocupação demonstrada no voto vencido em trabalhar com aspectos críticos e incompatíveis da ideia dos delitos cumulativos frente a estes preceitos do Direito Penal, prevaleceu, já na apelação, o entendimento, mantido, posteriormente, junto do julgamento dos embargos infringentes, indicado na sentença recorrida, no sentido de que os crimes imputados, mesmo que praticados em pequenas quantidades, acabam por tomar relevância, em razão do somatório de condutas análogas.

da Costa. *Processo Penal*, volume 4. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 533). Precisamente o que ocorre, portanto, com o voto do Desembargador citado.

⁴⁴⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Op. Cit.

⁴⁴¹ Ibidem.

⁴⁴² Ibidem.

Verifica-se, no entanto, que o acórdão dos embargos infringentes, constituído a partir de argumentos tanto do voto-condutor da apelação, a cargo do Desembargador Jonas Hass Silva Junior, como também por apontamentos acrescidos no voto do Desembargador Luiz Gonzaga Mendes Marques, que a fundamentação, acaba por se dissociar da ideia, pura e simples, da aplicação de pressupostos dos delitos cumulativos. Isso porque o voto-condutor destaca aspectos que indicariam a ofensa concreta ao bem jurídico tutelado pela norma, com a desnecessidade de se levarem em consideração a acumulação de condutas de terceiros:

Extrai-se que os embargantes S.H. e J.M, mãe e filho, comercializavam, com frequência, gasolina de origem boliviana, bem como armazenavam referido combustível em suas residências, local em que foram apreendidos 06 galões de tamanhos variados e 09 garrafas de dois litros daquele combustível. Constatou na sentença que a embargante S. “há muito praticava os delitos ora em comento, não havendo como precisar as quantidades de combustível irregular já armazenado e comercializado pelos réus” (fl. 222), evidenciando conduta tendente à habitual prática criminosa e que não teria condições de ressocializar-se através de medidas extrapenais. Portanto, suas condutas não se revestem de mínima ofensividade para a coletividade e o meio ambiente, pelo contrário, pois não há como mensurar há quanto tempo praticavam referidos crimes.⁴⁴³

Ou seja, em primeiro momento, denota-se que a conduta individualmente considerada, por si só, seria hábil a conferir a tipicidade material à conduta dos acusados, de modo a prescindir de aspectos, extremamente criticáveis, dos delitos cumulativos. Contudo, por outro lado, o mesmo voto-condutor da apelação, que veio a ser referendado no julgamento dos embargos infringentes, afirma que “embora a quantidade de combustível apreendido não seja exorbitante, é significativa”⁴⁴⁴, o que coloca igualmente em dúvida – sem pretensão de reexaminar aspectos fático-probatórios dos autos, o que escapa aos limites metodológicos propostos – a legitimidade da aplicação do Direito penal no caso, até mesmo porque, nos dizeres do já mencionado voto vencido, havia a necessidade de se identificar por qual motivo os outros setores sancionatórios do ordenamento jurídico não seriam suficientes ou adequados à responsabilização pela prática constatada.

Retomam-se, aqui, os aspectos teóricos abordados no Item 2.1.1. desta pesquisa, que indicam a imprescindibilidade de que o acionamento do sistema penal apenas deve ter lugar perante lesões de incontestável gravidade ao bem jurídico tutelado pela norma, sendo este um ponto incontornável a toda e qualquer discussão em matéria penal.

⁴⁴³ Ibidem.

⁴⁴⁴ Ibidem.

Frente à construção teórica já procedida ao longo desta pesquisa, portanto, sobressai a conclusão de que, em termos de argumentação, maior densidade e acerto se demonstram nos apontamentos do voto vencido do Desembargador Ruy Celso Barbosa Florence, ao ponderar que a subsidiariedade do Direito penal implica que “se outros setores do ordenamento jurídico se apresentam como suficientes e, portanto, como mais idôneos para a tutela de um determinado bem jurídico, não se deve utilizar o Direito penal”⁴⁴⁵ em casos de menor ofensa, ou, nos dizeres do voto-condutor, de casos “não exorbitantes”, considerando o efeito *overkill* estrutural, característico do sistema penal.⁴⁴⁶

A partir do recorte metodológico proposto, também a busca perante o repositório do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul encaminhou à identificação da Apelação criminal de nº 0802394-61.2015.8.12.0017, julgada pela 1ª Câmara Criminal, com relatoria sob incumbência da Desembargadora Elizabete Anache, na qual recorriam tanto o Ministério Público, como também a defesa, em face de sentença que condenou o acusado com incurso no tipo penal do art. 48 da Lei 9.605/1998⁴⁴⁷, ao passo que o absolveu pela imputação feita com base no art. 38 da mesma Lei de Crimes Ambientais.⁴⁴⁸ A imputação decorreu do fato de o acusado manter, às margens do Rio Ivinhema, em área de preservação permanente, situada na cidade de Nova Andradina-MS, uma casa de veraneio, sendo que no mesmo local existiam uma série de outras casas em idêntica situação.⁴⁴⁹

Sobre o tema que foi objeto da pretensão do Ministério Público, embora se trate de ponto lateral frente ao tema desta pesquisa, faz-se possível uma breve abordagem deste tema, seja por seu diálogo com aspectos já tratados neste trabalho, como também pelo fato de e metodologia aplicada neste trabalho possibilitar uma análise qualitativa em relação a aspectos da construção argumentativa e do processo decisório, conforme tratado no item 3.2.1.

Feita esta ressalva, denota-se que o Ministério Público, em sua apelação, objetivava a reforma da sentença, para ver condenado o acusado também com incurso no tipo penal do art. 38 da Lei 9.605/1998, pelo qual fora absolvido em primeiro grau de jurisdição. Contudo, não houve alteração do argumento adotado em primeiro grau, tendo consignado o acórdão, nesse

⁴⁴⁵ Ibidem.

⁴⁴⁶ Expressão cunhada por Bernd Schünemann, vide notas de rodapé nº 190 e 191 da presente pesquisa.

⁴⁴⁷ Art. 48. Impedir ou dificultar a regeneração natural de florestas e demais formas de vegetação:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

⁴⁴⁸ Art. 38. Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção:

Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

⁴⁴⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Apelação Criminal 0802394-61.2015.8.12.0017. 1ª Câmara Criminal, Relator(a): Desembargadora Elizabete Anache. Julgado em: 10/04/2019. Disponível em: <<https://esaj.tjms.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=869406&cdForo=0>> Acesso em 18 ago. 2021

ponto, após colacionar o conceito de floresta, proveniente do Serviço Florestal Brasileiro⁴⁵⁰, que não seria possível equiparar a vegetação existente, no local da casa do acusado, à categoria de floresta, fazendo com que o tipo penal do art. 38 da Lei 9.605/1998 não fosse preenchido, pois não havia “como considerar, no caso concreto, mata ciliar como floresta”.⁴⁵¹

Ainda que o acórdão, no mais, não tenha se debruçado mais a fundo sobre referido ponto, registra-se, oportunamente, existir uma extensa discussão sobre qual o conceito a ser aplicado o elemento normativo “floresta”, constante na redação do referido tipo penal, pois não há uma definição que possa ser retirada de outros diplomas normativos, o que inviabiliza a utilização da técnica da norma penal em branco, dada a inexistência deste conceito, seja na própria Lei 9.605/1998, como também na Lei 12.651/2012 (Código Florestal). Deste modo, a compreensão deste elemento normativo tem sido verificada a partir da literatura especializada e do entendimento jurisprudencial⁴⁵², revelando-se, nesse sentido, assertiva a forma adotada no voto-condutor, de retirar o conceito de floresta, a partir daquele dado pela Administração Pública, em *website* específico a esta finalidade.

Contudo, no que releva à presente pesquisa, é de ser analisada a aplicação, no presente julgado, da técnica dos delitos cumulativos, o que se pôde verificar no enfrentamento da tese recursal arguida pela defesa, buscando a absolvição do acusado, também pela imputação que se fundou no tipo do art. 48 da Lei de Crimes Ambientais, pela qual fora condenado perante o juízo de primeiro grau, em decorrência da edificação de residência situada perante área de preservação permanente. Isso porque, constou do voto-condutor, acompanhado de maneira unânime pela 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul:

Cumpre consignar que amplamente comprovado que C. é o proprietário da referida edificação narrada na denúncia, fato que não se discute, pois até foi objeto da Ação Civil Pública 0003160-94.2008.8.12.0017, ou seja, inócua qualquer prova testemunhal de que não edificou referida casa, pois o bem de fato lhe pertence. O delito artigo 48, da Lei 9.605/98 é delito de acumulação, ou seja, aparentemente inócua e baixa lesividade, mas a sua prática

⁴⁵⁰ BRASIL. Sistema Nacional de Informações Florestais. *Definição de Floresta*. Disponível em: <<https://snif.florestal.gov.br/pt-br/conhecendo-sobre-florestas/167-definicao-de-floresta>> Acesso em 18 ago. 2021

⁴⁵¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Op. Cit.

⁴⁵² Destaca-se, sobre o tema, o seguinte escrito, onde é tratado a respeito da inexistência de complemento legal a ser conferido à expressão “floresta”, bem como os direcionamentos que têm sido aplicados tanto em decisões judiciais, como também pela doutrina, para conferir ao tipo penal seu efetivo alcance, de modo a coibir o alargamento indevido do conceito, em prejuízo do princípio da legalidade: SOUKI, Hassan Magid de Castro. *Análise da expressão “floresta” inserida no artigo 38 da Lei 9.605/98*. Portal Migalhas, 05.11.2013. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/189690/analise-da-expressao--floresta--inserida-no-artigo-38-da-lei-9-605-98>> Acesso em 18 ago. 2021

constante, que acaba na soma de inúmeros atos no decorrer do tempo causa a lesão ao bem jurídico protegido.⁴⁵³

Do mesmo voto-condutor, colhem-se, também, informações de que ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público buscava a reparação ao dano ambiental com a demolição das referidas edificações, e, anos depois, manejou procedimentos também na seara penal, com o pedido de condenação dos proprietários daquele local, com incurso nos tipos penais que se imputavam, por igual, no caso em análise.⁴⁵⁴ Verificam-se, a partir destes aspectos fáticos, peculiaridades que tornam pertinente retomar pontos críticos em relação aos pressupostos de imputação dos delitos cumulativos.

Em um primeiro momento, não deixa de chamar atenção o fato de o acórdão aludir à ação civil pública que fora anteriormente intentada pelo Ministério Público anteriormente, tão somente para afirmar que, em razão da mesma, o caso concreto seria conhecido “há alguns anos” por parte das Câmaras Criminais da Corte sul-mato-grossense, sem tecer, a partir desta informação, comentários sobre a incidência penal ser, ou não, imprescindível para o caso. A exigência deste fundamento no acórdão não pode ser vista, simplesmente, como uma matéria que só pode ser apreciada, acaso suscitada por ocasião das razões do recurso, pois um dos requisitos básicos da imputação penal, como desdobramento do princípio da intervenção mínima, é a ideia de fragmentariedade, segundo a qual o Direito Penal apenas terá lugar “quando fracassam as demais barreiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do direito”.⁴⁵⁵

Isso porque o princípio da intervenção mínima, do qual a ideia de fragmentariedade é corolário, deve levar em consideração, como enfatiza Juarez Tavares, que todo delito implica conflito social, mas o conflito social, como tal, pode prescindir de solução mais radical, como a que é proposta pelo Direito penal, razão pela qual a legitimidade, ou não, da incidência penal, deve estar diretamente pautada na ideia de o conflito poder ser, ou não, solucionado por outro meio menos gravoso.⁴⁵⁶ Ou seja, tendo sido acionado outro meio sancionatório, onde se objetivava, justamente, reparação do dano ambiental, sem prejuízo, ainda, de outras medidas de natureza sancionatória previstas às ações civis públicas, como seria o caso de uma eventual

⁴⁵³ BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Op. Cit.

⁴⁵⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Op. Cit.

⁴⁵⁵ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introdução à criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 60

⁴⁵⁶ TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. 2 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 87.

indenização aplicada em desfavor do alegado infrator⁴⁵⁷, fica em aberto o questionamento sobre qual seria o papel a ser desempenhado pelo sistema penal neste caso.

Ainda que de forma bastante preponderante se utilize, em casos assim, de ideia de que há independência entre as esferas sancionadoras, tal entendimento tem sido objeto de enfática crítica, como o faz, por exemplo, Helena Regina Lobo da Costa, a partir da ideia mesma de fragmentariedade, segundo a qual, se outros ramos do direito se revelarem tão ou mais eficientes que o direito penal, como, em muitos casos, sucede com o direito administrativo sancionador, não se deveria lançar mão do Direito Penal. A autora, assim, ecoa a crítica face à posição da independência das esferas, sustentando que a sobreposição da sanção junto à seara administrativa com a sanção penal, aplicadas a um mesmo sujeito, em razão do mesmo fato e pelo mesmo fundamento jurídico, culminaria em *bis in idem*.⁴⁵⁸

Também em sentido similar, mas intermediário, verifica-se a posição apresentada por Bruno Tadeu Buonicore e Gilmar Ferreira Mendes, que sustentam a necessidade de se adotar o princípio da independência mitigada entre as esferas penal e administrativa sancionadora, a partir dos parâmetros constitucionais da proporcionalidade, subsidiariedade e necessidade. Para tanto, sustentam que a mesma narrativa de ordem fático-probatória, que dá ensejo a uma decisão de mérito definitiva na esfera penal, fixando uma tese de inexistência do fato ou de negativa de autoria, não pode provocar novo processo no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, pois consistem em círculos concêntricos de ilicitude, e que não podem levar a uma dupla persecução. Os autores, para o desenvolvimento dos seus argumentos, tratam da posição adotada pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação 41.557/SP, onde o tema foi enfrentado, demarcando-se o espectro de alcance do princípio do ne *bis in idem* na relação entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador.⁴⁵⁹

Essa nova visão que tem sido corretamente infundida frente à difusão acrítica da ideia de independência das esferas, portanto, implica questionamento, no julgado do TJMS que ora

⁴⁵⁷ Como observa Felipe Bizinoto Soares de Pádua, os pedidos deduzidos em sede de ação civil pública podem implicar, isolada ou de forma cumulativa, pretensão condenatória ou pretensão constitutiva negativa: “Por isso, o pedido pode ser dois, que podem ou se cumular: (i) caráter eminentemente condenatório, com decisão que tenha como conteúdo “a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer” (art. 3º da Lei n. 7.347); ou (ii) caráter constitutivo negativo, invalidando determinado ato do Poder Público ou de entidade privada que atente contra os interesses coletivos *lato sensu*” (PÁDUA, Felipe Bizinoto Soares de. Perfil da Ação Civil Pública. *Dom Helder Revista de Direito*, v.4, n.8. Janeiro/Junho de 2021, p. 161. Disponível em: <<http://revista.domhelder.edu.br/index.php/dhrevistadedireito/article/view/2062>> Acesso em 20 ago. 2021).

⁴⁵⁸ COSTA, Helena Regina Lobo da. Crimes Ambientais. In. *Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro*. Organizadores: TAVARES, José Danilo [et. al]. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018, p. 558

⁴⁵⁹ BUONICORE, Bruno Tadeu; MENDES, Gilmar Ferreira. A vedação do *bis in idem* na relação entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador e o Princípio da Independência Mitigada. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciência Criminais*, Edição nº, 340, março de 2021. Disponível em:

se analisa, se a adoção de medidas pelo Ministério Público, pelos idênticos fatos, na qual era buscada a demolição das residências, para além da possibilidade de aplicação de indenizações em desfavor dos proprietários, não se fez suficiente para o efetivo sancionamento. Contudo, o julgado não se preocupa em tecer maiores comentários sobre isso, e os motivos pelos quais, mesmo depois do ajuizamento de ação civil pública, se faria ainda necessária a incidência da tutela penal, o que se faz imprescindível à legitimação da imputação que foi ratificada nesta seara recursal, com a manutenção da condenação do recorrente, pautada no art. 48 da Lei de Crimes Ambientais.

Para além deste incontornável ponto crítico do acórdão, também a alusão ao objeto da ação civil pública anteriormente existente, pautada nos idênticos fatos, faz ressurgir aspectos críticos dos delitos de acumulação, consistentes no levar em consideração condutas por parte de agentes alheios, para fins de legitimação da conduta individualmente considerada. E isso ocorre de maneira muito clara, pois o que se leva efetivamente em consideração, no julgado em estudo, não é a conduta do acusado, mas, efetivamente, o fato de esta mesma conduta ser praticada por outras pessoas naquela mesma condição. Nesse ponto, o relatório do voto, que se soma à expressa utilização dos pressupostos de imputação ínsitos aos delitos cumulativos, é claro ao expor o que se estava, efetivamente, levando em consideração:

O Ministério Público Estadual denunciou C.F. pela prática dos delitos descritos nos artigos 38 e 48, da Lei 9.605/98, uma vez que, às margens do Rio Ivinhema, em área de preservação permanente, em Nova Andradina-MS, encontram-se edificadas diversas casas de veraneio, destinadas ao abrigo de seus proprietários e convidados em finais de semana, sendo que C.F. desde o ano de 1997 até os dias atuais, é proprietário e se utiliza de uma dessas construções localizadas dentro da APP, em desacordo com a legislação ambiental.⁴⁶⁰

Sendo assim, ao se levar em consideração a soma de condutas de outras pessoas que praticavam a mesma conduta, consistente na manutenção de casas situadas nas dependências de área de preservação ambiental, e não a conduta concreta do acusado, se insere o julgado em questão, com bastante clareza, dentro do espectro da crítica tecida por Augusto Silva Dias (acompanhado pelos demais críticos), no sentido de que “nada podia ferir mais profundamente o princípio da culpa em Direito Penal. Na sua formulação mais simples, segundo a qual não há pena sem

<<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/741/8454/a-vedacao-do-bis-in-idem-na-relacao-entre-direito-penal-e-direito-administrativo-sancionador-e-o-principio-da-independencia-mitigada>> Acesso em 20 ago. 2021

⁴⁶⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Op. Cit.

culpa, este princípio é contrariado numa dupla vertente”.⁴⁶¹ Questiona-se, portanto, também sob este enfoque, a legitimidade argumentativa empregada no referido voto-condutor.

3.3.4 Julgados do Tribunal de Justiça de Mato Grosso

Mantendo-se o recorte metodológico, e ainda utilizando-se da jurisdição praticada na Região Centro-Oeste, identificaram-se dois julgados proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, nos quais foram debatidos aspectos dos delitos de acumulação, que igualmente tornam de grande relevância sua análise, orientada pela metodologia proposta. E em ambos os julgados, identificaram-se aspectos peculiares, que não foram identificados nos demais julgados apreciados neste trabalho, consistentes no paralelo para com o conceito do *free-rider* e na utilização dos delitos cumulativos como meio a subsidiar a restrição concreta de liberdade, demonstrando o alargamento daquele campo que se diz dedicado ao Direito Penal de 2ª Velocidade, nos dizeres de Silva Sanchez.

No primeiro deles, consistente na Apelação Criminal nº 24636/2018, julgada em 23 de maio de 2018 pela 2ª Câmara Criminal daquela Corte, com a Relatoria pelo Desembargador Alberto Ferreira de Souza, recorriam os dois acusados das condenações que lhes recaíram pela prática do tipo penal do art. 34, parágrafo único, inciso III, da Lei 9.605/1998⁴⁶², após terem sido apreendidos, em sua posse, 02 (dois) peixes Piraíba (filhotes) e 06 (seis) peixes Tubarana, espécimes provenientes da pesca proibida no período, cujo peso total perfazia cerca de 24 kg de peixe.⁴⁶³

O voto-condutor utiliza de densa fundamentação para destacar os aspectos atinentes à evolução do princípio da insignificância como aspecto diretamente atrelado à perspectiva da tipicidade material e do princípio da ofensividade, consignando, de maneira estreitamente convergente com as perspectivas teóricas exploradas no Item 2.1.1 desta pesquisa, a ideia de que “o comportamento delitivo deve, a par de violar a norma penal, afetar as normas de

⁴⁶¹ SILVA DIAS, Augusto. What if Everybody did it? Sobre a (in)capacidade de ressonância do Direito Penal à Figura da Acumulação. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Janeiro-Março 2003, Ano 13, nº 1, Coimbra Editora, p. 340.

⁴⁶² Art. 34. Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente: Pena - detenção de um ano a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente. Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem:

III - transporta, comercializa, beneficia ou industrializa espécimes provenientes da coleta, apanha e pesca proibidas.

⁴⁶³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Apelação Criminal nº 0014296-76.2016.8.11.0004 (24636/208). 2ª Câmara Criminal. Relator: Des. Alberto Ferreira de Souza. Julgado em 23.05.2018. Disponível em: <<http://servicos.tjmt.jus.br/ViewDocumento.aspx?key=330096df-de82-4012-9c39-cbd8ad34e07a>> Acesso em 20 ago. 2021

valoração reconhecidas culturalmente, o que veio, depois, a integrar-se com a ideia de que a missão última da repressão estatal é a proteção de bens jurídicos”.⁴⁶⁴

No entanto, não obstante a fundamentação adotada tenha sido densa e acertada, no trato de aspectos teóricos da tipicidade material e do princípio da ofensividade, observa-se que, ao analisar aspectos concretos do caso submetido a julgamento, o julgado se cinge a uma comparação com outro julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, onde havia sido afastada a aplicação do princípio da insignificância, mencionando, ainda, que a conduta dos acusados caracterizava o chamado delito de acumulação:

In casu, tem-se que os requisitos autorizadores à aplicação da bagatela não se encontram presentes, porquanto pulula dos autos o encimado desvalor da conduta dos acusados, a encerrar hígido delito de acumulação, notadamente à conta do equilíbrio ecológico subjacente ao bem jurídico tutelado pelo tipo de injusto previsto no art. 34 da Lei de Crimes Ambientais, a desautorizar a incidência do princípio da insignificância na espécie. Outra não é a conclusão do STJ, a indicar, *mutatis mutandis*, que “[...] somente haverá lesão ambiental irrelevante no sentido penal quando a avaliação dos índices de desvalor da ação e de desvalor do resultado indicar que é ínfimo o grau da lesividade da conduta praticada contra o bem ambiental tutelado, isto porque não deve-se considerar apenas questões jurídicas ou a dimensão econômica da conduta, mas deve-se levar em conta o equilíbrio ecológico que faz possíveis as condições de vida no planeta. Em que pese a ausência de apreensão de redes ou outros instrumentos, é significativo o desvalor da conduta do recorrente, porquanto a quantidade apreendida (7 kg de peixes) não pode ser considerada ínfima” [STJ: RHC n. 60.419/GO. Sexta Turma. Rel. Min. Nefi Cordeiro. DJe: 19/08/2016, g.n.]. Ora, se as balizas dos tribunais superiores não cogitaram da aplicação do princípio da insignificância na conduta de transportar 07 (sete) quilos de peixe em período de pesca proibida [art. 34, § único, inciso III, da Lei n. 9.605/98], a fortiori, na espécie, arredar-se a bagatela, vez que os acusados, confessadamente, transportaram aproximadamente 24 (vinte e quatro) quilos de peixe.⁴⁶⁵

Como se verifica, os dois critérios empregados a afastar a aplicação do princípio da insignificância no referido voto-condutor estão vinculados à ideia de se tratar de um crime atrelado à ideia da cumulatividade e, sobretudo, pelo fato de o STJ ter afastado a aplicação do predito princípio, em caso envolvendo menor quantidade de peixes apreendidos. Ou seja, por mais que se tenha adotado fundamentação densa e coerente, quando do trato teórico acerca do princípio da insignificância, o voto-condutor acaba por adotar saída argumentativa de cunho reducionista ao analisar de que maneira se deveria analisar a relevância penal da conduta, no

⁴⁶⁴ Ibidem

⁴⁶⁵ Ibidem

caso concreto, cingindo-se a colacionar excerto de julgado do Superior Tribunal de Justiça e traçar um paralelo com o caso em análise.

Essa maneira de atuação pode ser questionada, sob a ótica daquilo que Alexandre Knopfholz, em sua dissertação referente às denúncias genéricas em crimes econômico, atribui o nome de jurisprudência autopoietica⁴⁶⁶, onde não há uma discussão aprofundada acerca do tema, pois o fundamento de um precedente equivale aos demais precedentes sobre o tema, ou seja: “são decisões que, em suma, mencionam a existência de outras no mesmo sentido como justificativa”.⁴⁶⁷ Isso porque, como visto, o fundamento aplicado para afastamento do critério da insignificância, no referido julgado, foi, justamente, a referência às chamadas balizas dos tribunais superiores, retiradas de julgado colacionado no voto-condutor, circunstância que não se revela legítima a evidenciar a efetiva ofensa à tipicidade material, que foi, paradoxalmente, trabalhada de maneira densa e aprofundada, na construção argumentativa do mesmo julgado.

Aqui incidem, também, os apontamentos feitos pelos autores que utilizam das bases dos delitos cumulativos para remetê-los à ideia da instabilidade do contexto, dizendo que só poderia se reconhecer a necessária relevância penal da conduta, com a conseguinte superação das barreiras da insignificância, como seria o caso, a título de exemplo, da pesca irregular de espécies de peixes que se encontram em extinção.⁴⁶⁸

Ou seja, a partir dessa perspectiva, o fato de o Superior Tribunal de Justiça ter afastado o princípio da insignificância, em caso concreto envolvendo a pesca ilegal de 7 kg de peixes, não se presta a legitimar, automaticamente, a incidência do sistema penal, tão somente a partir da perspectiva de quantidade de peixe identificada, pois a quantidade da apreensão nada diz

⁴⁶⁶ O conceito citado pelo autor, ao analisar a jurisprudência acerca da das denúncias genéricas oferecidas em crimes envolvendo sociedades empresariais, dialoga com a ideia da autopoiese, característica da muito difundida teoria dos sistemas, desenvolvida por Niklas Luhmann, em diálogo com pesquisas do campo da biologia, desenvolvidas por Maturana e Varela. Em linhas gerais: “Da perspectiva de Maturana e Varela, autopoiese supõe que o sistema reproduz todos os seus elementos a partir de suas próprias operações. Em Luhmann, no entanto, o conceito adquire uma abrangência maior e deve ser lido a partir do processo de diferenciação ao ambiente. Nesse sentido, a noção de autopoiese compreende três fases interdependentes: autorreferência de base, reflexividade e reflexão. [...] Quando essas três fases operam simultaneamente, tem-se a estabilização de um sistema autopoietico diferenciado de seu ambiente” (GONÇALVES, Guilherme Leite. *Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade* na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 50). Ainda sobre os conceitos de autopoiese e demais aspectos desenvolvidos por Luhmann, estes são tratados, entre nós, de maneira destacada por Marcelo Neves, acerca dos quais, para maior aprofundamento, remete-se ao seguinte trabalho: SILVA, Lucas Nogueira Rodrigues da; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. Resenha crítica da obra “entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil”, de Marcelo Neves. In. *Direitos Fundamentais e Judicialização de Políticas Públicas* / Lilian Cazorla do Espírito Santo Nunes (Organizadora), Thiago Guerreiro Bastos (Organizador), Alessandra Dale Giacomini Terra (Organizadora) – Rio Bonito-RJ: Hipótese, 2021, p. 141-158. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/1V2IG0wX-98MaLSacC1c7ptCdCnqywZsc/view>> Acesso em 22 ago. 2021

⁴⁶⁷ KNOPFHOLZ, Alexandre. *A denúncia genérica nos crimes econômicos*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2013, p. 208

⁴⁶⁸ Nesse sentido, conferir nota de rodapé nº 391 e também a proposta de acertamento descrita no Item 2.4 do presente trabalho

em relação ao contexto e as espécies de cada peixe do caso concreto. Nesse sentido observa Décio Franco David, dialogando com Fabio Roberto D’Avila, autores que perfilham da mesma posição teórica, voltada ao contexto: “Essa instabilidade somente é compreendida ‘à luz das circunstâncias concretas do fato’, haja vista que é por meio do contexto real em que se insere o fato típico que será possível compreender a situação de instabilidade”⁴⁶⁹, concepção esta que, como já visto anteriormente, também pode representar diálogo com as bases da ação comunicativa, onde o contexto é indispensável à aferição da significação da conduta.⁴⁷⁰

Para além desse ponto, também uma outra questão permite algumas reflexões, ainda que não tenha sido utilizada como efetivo critério da decisão analisada. Isso porque, ao tratar da quantidade de peixe que havia sido apreendida, também consta no acórdão a transcrição de excerto do depoimento dos acusados, no sentido de que sabiam da proibição da pesca naquele período (piracema), e que “pensaram que essa quantidade ‘não ia dar em nada’”⁴⁷¹, fato este que faria excogitar da absolvição de ambos.

A conduta demonstrada no excerto transcrito pela decisão analisada vem a indicar uma similaridade com a conduta do *free-rider*, tratada no Item 1.3.1 desta pesquisa, na medida em que os acusados, aparentemente, indicam displicência em sua conduta, por ser ínfima, e que não lhes traria consequências, às expensas de todos os demais indivíduos que atuam de modo conforme às restrições de pesca irregular. Segundo observa Matheus Almeida Caetano, há, por parte do *free-rider* uma obtenção de um benefício censurável, em face da ampla gama da sociedade que cumpre, de forma generalizada e efetiva os deveres de cooperação que estão ligados à preservação do bem coletivo.⁴⁷²

No entanto, ainda que tal atuação possa ser reprovável no campo moral, não se poderia utilizar deste argumento, em uma espécie de paralelo à figura do *free-rider*, na medida em que, como observa Marcel Figueiredo Gonçalves, o Direito penal não pode ser utilizado como meio sancionatório de questões internas do autor do fato, pois o desvalor moral que recai na conduta não autoriza a incidência penal, culminando na indevida tentativa de transmutar uma questão moral em jurídica.⁴⁷³

⁴⁶⁹ DAVID, Décio Franco. Op. Cit. p. 224.

⁴⁷⁰ Conforme nota n. 290

⁴⁷¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Op. Cit.

⁴⁷² CAETANO, Matheus Almeida. *Os delitos de acumulação no direito penal ambiental*. São Paulo: Editora Pillares, 2016, p. 319.

⁴⁷³ GONÇALVES, Marcel Figueiredo. Sobre a fundamentação dos delitos cumulativos: alguns questionamentos. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, vol. 4., 2014, p. 275. Disponível em: <https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/110/0> Acesso em 22 ago. 2021

Também do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, a partir do já delineado recorte metodológico, identificou-se outro julgado que permite discussão de extrema relevância, sendo ele, a propósito, o primeiro (e único) onde se pôde lograr menção expressa ao nome de Lothar Kuhlen, enquanto expoente teórico dos delitos de acumulação. Cuida-se do Habeas Corpus autuado sob o nº 1008586-02.2018.8.11.0000, sob a Relatoria do Desembargador Luiz Ferreira da Silva, julgado em 29 de agosto de 2018. O referido *writ* teve a ordem pleiteada concedida, a fim de substituir a prisão preventiva do paciente, que havia sido determinada em um contexto de flagrante prática “dos crimes de corrupção de menor, porte de arma de fogo de uso permitido e pesca predatória (art. 244-B, da Lei n. 8.069/90, arts. 14, da Lei n. 10.826/03 e 34, parágrafo único, I e II da Lei n. 9.605/98)”.⁴⁷⁴

No caso do referido julgado, de maneira brevemente divergente do que se aplicou para a análise dos demais casos, os fundamentos que se coadunam com o recorte metodológico são aqueles tecidos pelo juízo de primeiro grau, especialmente pela sua intersecção direta com pontos teóricos já abordados ao longo deste trabalho. Contudo, não se identifica nesta peculiaridade uma dissociação da metodologia de análise de decisões proposta, principalmente porque a transcrição da decisão proferida pelo juízo de primeiro grau constitui parte integrante do acórdão, enquanto elemento de seu relatório, tido como a parte inicial do mesmo, onde se promove o “mapeamento da questão jurídica e dos fatos concernentes ao andamento processual”.⁴⁷⁵ Feita esta ressalva, identifica-se que a prisão preventiva do acusado foi referendada, dentre outros, mas com base nos seguintes argumentos, com menção expressa ao sistematizador dos delitos de acumulação na seara ambiental:

De outro lado, para aqueles que defendem a incidência do princípio da insignificância no âmbito ambiental, deve se ter muito cuidado ao aplicá-lo quando se ofendem bens difusos e coletivos por excelência, considerada a pouca ou quase inexistente protetividade estatal, constatada pela mínima quantidade de agentes do IBAMA, SEMA, PMMT e PJC atuantes na região. Daí porque aplicável, na espécie, a teoria dos delitos de acumulação do professor Lothar Kuhlen, vale dizer, a perigosidade da conduta não pode ser analisada de forma isolada, pois que se tratam de bens difusos e coletivos, de modo que a prática de determinadas condutas individualmente consideradas, inócuas, quando analisadas de forma abrangente, a partir de repetição por um grande número de pessoas, tem-se a possibilidade de efetiva e perigosa lesão

⁴⁷⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Habeas Corpus nº 1008586-02.2018.8.11.0000. 3ª Câmara Criminal. Relator: Desembargador Luiz Ferreira da Silva. Julgado em 29.08.2018. Disponível em: <<https://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/866339398/habeas-corpus-criminal-hc-10085860220188110000-mt/inteiro-teor-866339403>> Acesso em 22 ago. 2021

⁴⁷⁵ FERREIRA, Ana Carolina; MACULAN, Benildes Coura Moreira dos Santos. Análise de assunto de acórdãos jurisprudenciais. *Em Questão*, Porto Alegre, v. 24, n. 1, jan./abr. 2018, p. 97-98. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/EmQuestao/article/download/71902/44025>> Acesso em 22 ago. 2021

ao meio ambiente. Exemplificativamente, a pesca por uma pessoa de um único peixe de tamanho inferior ao permitido. Este ato isolado é insignificante. Porém, caso todos os habitantes de Nova Canaã do Norte - que em 2010 eram 12.132 habitantes segundo dados do IBGE - pratiquem tal conduta, teremos a pesca ilegal de mais de 12.000 (doze mil) peixes, o que é extremamente danoso ao bem jurídico tutelado. No particular, caso todos os habitantes de Nova Canaã do Norte pesquem 131 kg (cento e trinta e um quilos) de peixes, serão precisamente 1.589.292 kg (um milhão, quinhentos e oitenta e nove mil e duzentos e noventa e dois quilos) de peixes pescados ilicitamente, ou seja, mais de um milhão e meio de toneladas de pesca irregular.⁴⁷⁶

Em um primeiro momento, dos argumentos acima tecidos, que foram afastados pela 3ª Câmara Criminal da Corte mato-grossense, ao afastar a prisão preventiva decretada, ganha destaque a menção feita pelo julgador, no sentido de que a defesa da aplicação do princípio da insignificância – que, nada mais é, que é um requisito basilar de imputação em um Direito penal que se queira orientado pela ideia de ofensividade e de tutela de bens jurídicos – junto à seara ambiental deveria ser feita com cautela, diante da ineficiência estatal que se representa no baixo número de agentes públicos lotados nos órgãos de defesa do meio ambiente.

Ocorre, no entanto, que por melhor intencionado que seja o contexto da elaboração do referido argumento, o mesmo acaba por incorrer, involuntariamente, em uma deturpação do problema, pois se está lançando mão do Direito penal como sucedâneo da inefetividade dos órgãos ambientais, por um problema que deveria, invariavelmente, ser solucionado junto aos respectivos entes da Administração Pública. Em outras palavras, a utilização do sistema penal, especialmente quando se tem em mente a ideia de fragmentariedade da tutela, que deve ser sempre a *ultima ratio* dentre os meios de imputação, para suprir problemas estruturais de toda a Administração Pública e de políticas públicas é um dos mais característicos indicativos de um direito penal meramente simbólico, e que se revela inteiramente contraprodutivo.

Essa contraprodutividade é abordada na pesquisa de Helena Regina Lobo da Costa, em obra já citada ao longo desta pesquisa, onde irá referir que esse elemento simbólico, para além de não apresentar um meio satisfatório para solução do problema, implica, ainda, na obstrução à criação de outras esferas de resolução do problema, pois as desonera de resolver, efetivamente, o problema constatado.⁴⁷⁷ A mesma crítica, também, se identifica a partir dos escritos de Juan María Terradillos Basoco, para quem o uso meramente simbólico do Direito penal acaba por introduzir uma aparência de eficácia, destinada a aplacar uma determinada demanda social, exonerando, por outro lado, o Estado, a quem é mais fácil recorrer ao uso de

⁴⁷⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Op. Cit.

⁴⁷⁷ COSTA, Helena Regina Lobo da; REALE JÚNIOR, Miguel. *Proteção ambiental, direito penal e direito administrativo*. Tese de Doutorado: Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 125.

medidas de política criminal, em detrimento de lançar mão de programas mais amplos de políticas públicas e sociais.⁴⁷⁸

É dizer, portanto, que ainda que não seja o Judiciário o poder com a atribuição para a tomada de iniciativas em matéria de políticas públicas⁴⁷⁹, tem-se que ao se utilizar o Direito penal como meio meramente discursivo, em relação às falhas na implementação das políticas públicas em matéria ambiental, em nada se auxilia, efetivamente, na solução dos problemas estruturais a cargo da Administração Pública, caracterizando função puramente simbólica e, além disso, instrumentaliza-se a liberdade alheia, em prol desta ineficiência estatal, à qual não deu causa o acusado, independentemente da imputação que lhe recai.

Dando continuidade à análise dos argumentos, verifica-se que a decisão judicial em primeiro grau de jurisdição, de maneira única em relação aos julgados identificados, a partir do recorte metodológico proposto, menciona nominalmente Lothar Kuhlen e sua teoria dos delitos cumulativos, inclusive exercendo um raciocínio de prognóstico em relação à prática acumulativa por todos os habitantes de Nova Canaã do Norte (Comarca originária do Habeas Corpus, e local onde se deu a prisão e apreensão em flagrante do acusado), nos termos em que fora praticada pelo paciente do *Habeas Corpus*, assemelhando-se, bastante, a questionar, tal como se dá nome ao artigo de Augusto Silva Dias: “*What if everybody (at Nova Canaã do Norte) did it?*”

É certo, contudo, que a prognose feita pela decisão consiste em um exercício de cunho meramente hipotético, e que transcende os limites da prática individual, pois não há notícia de que todos os habitantes da Comarca em que se deu apreensão em flagrante, efetivamente, tenham optado por adotar idêntica conduta à do paciente do Habeas Corpus, de modo que, ao se trabalhar com essa hipótese (não realista), o que se está a fazer, inclusive com concretos impactos na liberdade individual, é a insanável violação aos preceitos da culpabilidade, que se fazem indispensáveis a um Direito penal democrático.

Ressalta-se, ademais, que a significativa quantidade de peixe apreendido em posse do paciente e acusado, de mais de 130 kg – sem a pretensão de aprofundamento em aspectos de

⁴⁷⁸ No original: “La potenciación de la función simbólica puede, pues, crear apariencias – símbolos –, mas también ineficacia en la tutela proyectada de determinados bienes jurídicos. Pero no creemos que en eso se agote la virtualidad mistificante de la norma penal, ya que además de ser escasamente útil – como estos autores denuncian – introduce una apariencia de eficacia destinada a acallar una demanda social, y exonera al Estado, que recurrió a fáciles medidas de política criminal, de acometer programas más amplios de política social” (TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Función simbólica y objeto de protección del derecho penal. In. *Pena y Estado*: revista hispano latinoamericana. n. 1, 1991. p. 11).

⁴⁷⁹ Sobre a intersecção e o papel que pode desempenhar o Poder Judiciário em matéria de políticas públicas, trata-se de tema de extrema relevância e profundidade, mas que escapa, evidentemente, ao escopo deste trabalho,

ordem fático-probatória, que excedem o recorte metodológico proposto – por si só, poderia ter ofensividade suficiente a uma imputação individualmente considerada, de sorte que o uso de aspectos da teoria dos delitos de acumulação, com todas as incontornáveis críticas que lhes recaem, em nada auxilia na legitimação da decisão tida como ato coator fundante do *Habeas Corpus*. Até mesmo porque tais aspectos em nada agregam a nível de justificação da prisão preventiva, que, inclusive, veio a ser afastada pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso, por entender ausentes seus requisitos legais de cautelaridade.⁴⁸⁰

O acórdão em análise, após mencionar que a decisão proferida em primeiro grau de jurisdição decretou a prisão preventiva para garantir a ordem pública, promove uma releitura dos fatos, afirmando que a tal modalidade de custódia, no caso, seria inadequada, porque as condutas delitivas imputadas, embora consideravelmente graves, não seriam dotadas de atos de violência e/ou grave ameaça à vítima específica, uma vez que foi flagrado pescando de modo irregular, junto de seu sobrinho menor de idade.⁴⁸¹ Essa peculiaridade e os significados múltiplos da expressão “garantia da ordem pública”, que autorizam uma discricionariedade bastante elevada, são objetos da pesquisa de Matheus Arcangelo Fedato, que destaca para essa problemática e, inclusive, entende inconstitucional tal requisito, diante da falta de previsão legal constitucional (reserva legal) para o dispositivo e também pela indeterminação deste conceito, o que malfez a segurança jurídica.⁴⁸²

Por fim, um último ponto a ser destacado do julgado consiste no fato de que o mesmo demonstra um exemplo concreto de como a aplicação de determinadas perspectivas pode, em

de modo que se remete à seguinte obra, onde o tema é tratado de maneira abrangente: VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

⁴⁸⁰ Como observa André Nicolitt, deve-se ter cuidado com a transposição da terminologia do processo civil e seu regime de tutelas cautelares ao campo processual penal, onde o objeto da tutela jurisdicional é a liberdade do ser humano. Sustenta o autor, assim, que, para subsidiar a prisão preventiva, deve-se ter em mente a ideia de *periculum libertatis* (e não do *periculum in mora*): “A doutrina tradicional sustenta que as prisões processuais, como as medidas cautelares do processo civil, submetem-se aos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Há fundadas críticas doutrinárias no tocante à terminologia apresentada, no que tange à transposição mecânica dos conceitos do processo civil para o processo penal. O tratamento adequado dos requisitos encontramos, em Portugal, na pena abalizada de Germano Marques da Silva que invoca o *fumus commissi delicti* e o *pericula libertatis*. No Brasil, o professor Aury Lopes Jr. afirma a impropriedade jurídica da aplicação do *fumus boni iuris*, pois como se poderia trabalhar com a ideia de que o delito seria uma “fumaça do bom direito”? O correto, para o autor, é aplicar a concepção de *fumus commissi delicti*, ou seja, a probabilidade de ocorrência de um delito, e não de um direito. Da mesma forma, para o referido processualista o perigo não é da demora, do tempo do processo e sim da liberdade do imputado. Portanto, deve-se falar no *periculum libertatis*; este, sim, é o fundamento da medida cautelar.”. (NICOLITT, André Luiz. *Lei no 12.403/2011: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 48).

⁴⁸¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Op. Cit.

⁴⁸² FEDATO, Matheus Arcangelo. *Para uma teoria adequada da Argumentação Jurídica adequada às Prisões Cautelares: Direito Linguagem e decisão*. Orientador: Valter Foleto Santin. Universidade Estadual do Norte do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, 2019, p. 35. Disponível em: <<https://uenp.edu.br/doc-propg/pos-graduacao/stricto-sensu-mestrado-e-doutorado/pos-graduacao-direito/teses-e-dissertacoes/dissertacoes-defendidas-1/12564-matheus-arcangelo-fedato/file>> Acesso em 22 ago. 2021

concreto, implicar restrição de liberdade. Aqui têm lugar as bases do Direito Penal de duas velocidades, cunhada por Jesus-María Silva Sánchez, que caracteriza a expansão subjacente a este ramo sancionatório, descrita, em linhas gerais, no Item 1.1. desta pesquisa, e consiste, em síntese, na ideia de que as relativizações dos critérios de imputação ínsitos ao Direito Penal se dêem, exclusivamente, onde não haja cominações de penas restritivas da liberdade.⁴⁸³

A partir desta muita conhecida dualidade, da qual Silva Sánchez é o precursor, é que se poderia falar nos delitos de acumulação, como uma espécie de critério de imputação que seria admitido dentro dos limites do Direito penal de segunda velocidade, considerando que, em regra, os crimes ambientais – tidos como um dos pontos de partida da sistematização da cumulatividade – não elencam penas restritivas de liberdade, na prática, se analisarmos a realidade brasileira. E isso porque a característica do Direito penal de segunda velocidade é, justamente, a “diminuição de garantias e de rigor dogmático”⁴⁸⁴, considerando a inexistência da restrição de liberdades, o que se coaduna, sem maiores dificuldades, a uma das ideias centrais sustentadas por Lothar Kuhlen, que é a de um abrandamento do nexo causal entre a ação e o bem jurídico tutelado.

O caso concreto em análise, portanto, vai na contramão desta ideia, por representar a aplicação de um critério de imputação de clara (e ilegítima, pode-se dizer) relativização dos critérios de imputação, para culminar na efetiva restrição da liberdade, demonstrando, assim, o acerto da crítica feita por Helena Regina Lobo da Costa em relação à cisão de velocidades proposta por Silva Sánchez, pautada no fato de que as garantias ínsitas ao Direito penal não são passíveis de cisão, a partir da natureza qualitativa da imputação:

O mais grave defeito de sua proposta repousa em identificar a aplicação da pena privativa de liberdade com o sistema de garantias do sistema penal. As garantias do direito penal não têm fundamento apenas no fato de que por seu intermédio pode-se aplicar a pena privativa de liberdade. Tais garantias se dirigem a todo o sistema penal, que de forma global representa um ataque aos direitos fundamentais. O inquérito policial, as medidas cautelares, o próprio processo penal e a aplicação de qualquer pena, seja ela privativa de liberdade ou não, já constituem um gravame aos direitos fundamentais. Por essa razão não se pode concordar com o autor quando afirma que o problema

⁴⁸³“Por um lado, como foi sendo demonstrado, que será difícil frear uma certa expansão do Direito Penal, dadas a configuração clássica do delito e as instituições processuais, que por sua vez refletem a correspondente vocação política-criminal de garantia próprias do Direito Nuclear da pena de prisão, não teriam que expressar idêntica medida de exigência em um Direito Penal moderno com vocação intervencionista e regulamentadora baseado, por exemplo, nas penas pecuniárias e privativas de direitos, assim como para um eventual Direito Penal da reparação. Tudo isso pode ser encarado a partir de uma configuração dualista do sistema do Direito Penal, com regras de imputação e princípios de garantia de dois níveis”. (SILVA SANCHEZ, Jesus-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução: Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 142).

⁴⁸⁴ Ibidem, p. 139.

é a expansão do direito penal da pena privativa de liberdade, e não simplesmente do direito penal.⁴⁸⁵

Portanto, ainda que o derradeiro julgado do Tribunal de Justiça de Mato Grosso tivesse por pano de fundo outros aspectos fáticos, para além da menção aos delitos de acumulação, e que acabaram por referendar, em um primeiro momento, a restrição de liberdade do paciente, o fato é que este julgado ostenta cabal importância a demonstrar, concretamente, como o uso de uma teoria voltada à tutela de bens jurídicos difusos, e que, a princípio, se amoldaria a um Direito penal não pautado na restrição de liberdade, pode implicar, ao fim, na efetiva restrição deste direito fundamental. E tudo isso a partir de uma projeção hipotética (e no campo de uma mera hipótese, sem qualquer possibilidade de ocorrência concreta), da reiteração de práticas idênticas pela população onde se deu a prisão em flagrante do paciente, o que justifica, assim, a necessária e indispensável posição crítica que deve ser manter em relação a essa construção teórica, a partir de todas as posições exploradas, notadamente no Capítulo 2 desta pesquisa.

3.3.5 Julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais

O penúltimo Tribunal, onde se logrou identificar discussão versando sobre os “delitos de acumulação”, consiste no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, de onde proveio a Apelação Criminal 1.0386.07.007037-3/001, sob Relatoria da Desembargadora Beatriz Pinheiro Caires, julgada em 11 de junho de 2014 pela 2ª Câmara Criminal daquela Corte, onde a acusada fora condenada, em primeiro grau, com incurso nas sanções dos artigos 38 e 38-A da Lei 9.605/98, por ter destruído, por meio de queimada, quatro hectares de área de preservação permanente, bem como por ter danificado três hectares de vegetação do bioma Mata Atlântica, para fins de implantação de projeto de reflorestamento com eucalipto.⁴⁸⁶

O desfecho atribuído pelo tribunal mineiro ao recurso, de parcial provimento, acaba por se assemelhar, em grande parte, com aspectos já tratados ao longo deste último tópico. O primeiro deles consiste no fato de a apelação defensiva ter sido provida, justamente, no ponto referente ao art. 38 da Lei 9.605/1998, por não haver identificação sobre a queimada ter se dado em área de preservação permanente, ou, então, de floresta, na medida em que: a perícia “descreve vegetação rasteira, sem elementos lenhosos significativos, cuidando-se de

⁴⁸⁵ COSTA, Helena Regina Lobo da. Op. Cit. p. 190.

⁴⁸⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal 1.0386.07.007037-3/001, Relator(a): Des.(a) Beatriz Pinheiro Caires, 2ª Câmara Criminal. Julgamento:11/06/2014 Disponível em: <<http://www8.tjmg.jus.br/themis/verificaAssinatura.do?tipo=1&numVerificador=103860700703730012014632075>> Acesso em 23 ago. 2021

‘gramíneas naturais além de espécies arbustivas salteadas’, o que inviabiliza a condenação pelo mencionado art. 38, pela ausência de satisfação de sua definição típica.”⁴⁸⁷ Trata-se de desate bastante similar àquele verificado na Apelação Criminal 0802394-61.2015.8.12.0017, do TJMS⁴⁸⁸, no qual a discussão sobre a caracterização, ou não, de floresta, foi decisiva para se encaminhar à absolvição dos acusados.

Por outro lado, em relação à condenação calcada no tipo penal elencado no art. 38-A da Lei de Crimes Ambientais⁴⁸⁹, decorrente do fato de a acusada ter promovido a supressão de cerca de 3 hectares de vegetação nativa, “tratando-se de importante meio de preservação da paisagem, dos recursos hídricos, da biodiversidade, do fluxo de várias espécies, com evidente função ambiental”⁴⁹⁰, não houve alteração da sentença condenatória proferida pelo juízo da Comarca de Lima Duarte, onde tramitou a ação penal em primeiro grau de jurisdição. Sobre o referido tipo penal, segundo observa Luiz Regis Prado, trata-se de norma penal em branco, na medida em que o conceito do Bioma Mata Atlântica deve ser buscado no art. 2º da Lei 11.428/06⁴⁹¹, ao passo que os demais elementos normativos deste tipo penal: vegetações primária e secundária, e os seus respectivos estágios de regeneração (avançado e médio) têm os seus conceitos postos pela Resolução CONAMA 388/2007.⁴⁹²

No entanto, mesmo em se tratando de uma imputação penal que envolvia significativo dano a um bioma de inegável importância dentro do sistema ambiental brasileiro, do qual fora objeto de arado, para ulterior reflorestamento com eucalipto, ainda assim o acórdão optou por lançar mão de conceitos de questionável legitimidade, quando, na realidade, diante da clara ofensividade de uma conduta desta natureza, não haveria qualquer necessidade de se ancorar em aspectos tão criticáveis como esses. Veja-se:

Certa ainda é a consideração daquela vegetação como integrante da complexidade do Bioma da Mata Atlântica (“alteração do uso do solo em

⁴⁸⁷ Ibidem

⁴⁸⁸ Vide nota n. 447 e seguintes

⁴⁸⁹ Art. 38-A. Destruir ou danificar vegetação primária ou secundária, em estágio avançado ou médio de regeneração, do Bioma Mata Atlântica, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente

⁴⁹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Op. Cit.

⁴⁹¹ Art. 2º Para os efeitos desta Lei, consideram-se integrantes do Bioma Mata Atlântica as seguintes formações florestais nativas e ecossistemas associados, com as respectivas delimitações estabelecidas em mapa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, conforme regulamento: Floresta Ombrófila Densa; Floresta Ombrófila Mista, também denominada de Mata de Araucárias; Floresta Ombrófila Aberta; Floresta Estacional Semidecidual; e Floresta Estacional Decidual, bem como os manguezais, as vegetações de restingas, campos de altitude, brejos interioranos e encaves florestais do Nordeste.

⁴⁹² BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente. *Resolução 388 de 26 de dezembro de 2006*. Publicada em 26 de fevereiro de 2007. Disponível em: < <https://snif.florestal.gov.br/pt-br/legislacao-florestal/461-resolucoes-do-conselho-nacional-do-meio-ambiente> > Acesso em 23 ago. 2021

Bioma Mata Atlântica" - fl.18), o que torna a conduta ainda mais relevante, pelo seu significativo desvalor ao danificar área de regeneração, não havendo falar na espécie em intervenção mínima da norma penal. Destarte, tendo-se em conta que a proteção conferida ao meio ambiente é dotada de especial relevância, até mesmo pela obrigação de sua preservação para as gerações futuras (art. 225, caput, da CR/88), inviável afastar a tutela penal, consagrada no próprio texto da Constituição da República (art. 225, § 3º, da CR/88). Os delitos ambientais são considerados de acumulação (crimes cumulativos), no sentido de que mesmo lesões menos significativas devem ser punidas, pois é nítida a degradação do meio ambiente, quando somados os danos causados por cada um dos infratores.⁴⁹³

Sobre a menção à preservação do meio ambiente como dever para com as futuras gerações, ainda que se trate de um preceito de plena vigência para outros meios de tutela do ordenamento jurídico, trata-se de ideia eivada de uma incontornável incompatibilidade com os pressupostos da tutela penal, sendo inconciliáveis as noções de responsabilidade para com as futuras gerações (diacrônica) e de imputação penal, que se coaduna, conforme observa Matheus Almeida Caetano, com uma ideia de responsabilidade sincrônica, devendo guardar uma relação, tão somente, com as atuais gerações e pressupostos individuais da conduta.⁴⁹⁴

Por outro lado, a alusão aos delitos ambientais como sendo delitos de acumulação, além das infundáveis críticas, abordadas de forma extenuante ao longo de pesquisa, também em nada aproveita a ratificar as conclusões adotadas no voto-condutor, até mesmo porque, no caso concreto, não havia qualquer necessidade de se remeter à soma dos “danos causados por cada um dos infratores”⁴⁹⁵, quando, em concreto, a imputação feita à recorrente, por si só, já aparentava indicar suficiente ofensividade e reprovabilidade, a dispensar qualquer somatório com condutas de terceiros – e todos os questionamentos daí advindos, a partir das lentes do princípio da culpabilidade. Isso porque, como já visto acima, há descrição no voto-condutor de que o dano à vegetação deste bioma da Mata Atlântica totalizava três hectares, o que se deu para ulterior exploração econômica do reflorestamento de eucalipto.

E nem sequer as ressalvas feitas a respeito dos contextos instáveis poderiam ter lugar, no caso deste julgado, pois a tutela da vegetação do bioma Mata Atlântica, ainda mais diante da significativa quantidade desmatada, se dá em um contexto de clara instabilidade, como o próprio voto-condutor cuida de ressaltar ao ponderar que a vegetação desmatada, à luz dos elementos de prova dos autos, era integrante da complexidade do Bioma da Mata Atlântica, “o que torna a conduta ainda mais relevante, pelo seu significativo desvalor ao danificar área

⁴⁹³ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Op. Cit.

⁴⁹⁴ Sobre o tema, conferir notas números 412 a 424 desta pesquisa, nas quais se trabalhou com a abordagem feita pelo citado autor sobre o tema

⁴⁹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Op. Cit.

de regeneração, não havendo falar na espécie em intervenção mínima da norma penal”⁴⁹⁶. A instabilidade deste bioma é também destacada por Vladimir e Gilberto Passos de Freitas, que, ao comentarem o predito tipo penal do art. 38-A da Lei 9.605/1998, e os motivos atinentes à sua criação, ponderam que: “atualmente restam cerca de 7,3% de sua cobertura florestal original, tendo sido inclusive identificada como a quinta área mais ameaça e rica em espécies endêmicas do mundo”⁴⁹⁷.

Sendo assim, ainda que tenha sido identificado apenas um julgado proveniente desta Corte, são relevantes as conclusões adotadas, que indicam que, por vezes, a necessidade de se utilizar algum elemento de reforço do discursivo, como é o caso da tutela penal através da via da acumulação, bem como a proteção das futuras gerações, acaba por conferir contornos de crítica que sequer seriam necessários, caso se optasse por direcionar a análise aos elementos concretos do caso, que seriam mais do que suficientes a referendar a aplicação do tipo penal.

3.3.6 Julgados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

Por fim, a título de encerramento deste derradeiro capítulo, para que se possam tecer as considerações conclusivas atinentes aos resultados da pesquisa desenvolvida, serão, agora, analisados julgados provenientes do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, onde igualmente houve menção, como meio a fundamentar as decisões colegiadas, à figura dos delitos de acumulação. Também nesta Corte, de maneira similar ao que se viu nos demais julgados analisados, a alusão à imputação, pautada nos critérios da cumulatividade, tem lugar em casos concretos envolvendo crimes ambientais, notadamente condutas de pesca feita de forma irregular.

O primeiro julgado consiste na Apelação Criminal nº 20130110204089APR, julgada pela 2ª Turma Criminal da referida Corte em 21 de junho de 2018, contando com a Relatoria do Desembargador Jair Soares. Recorria a defesa do acusado da sentença condenatória que lhe recaiu, com incurso no art. 34, parágrafo único, inciso II, da Lei de Crimes Ambientais⁴⁹⁸, pela imputação de ter promovido pesca em local proibido (Lago Paranoá, em Brasília-DF), utilizando-se de petrecho não permitido (tarrafa), alcançando, por meio de sua conduta, 20 (vinte) peixes pequenos, da espécie “cará”. No que mais releva à presente pesquisa, denota-se o seguinte excerto do voto-condutor do julgado:

⁴⁹⁶ Ibidem

⁴⁹⁷ FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. Op. Cit. p. 151.

⁴⁹⁸ A redação do citado tipo penal consta na nota nº 373 deste trabalho

Nos crimes ambientais, a lesão ou o perigo de lesão deve ser compreendido não apenas pela conduta do agente, mas pelo acúmulo de condutas e resultados semelhantes. Nestes autos, a pesca de 20 peixes pequenos, da espécie cará, em desacordo com a legislação ambiental, não viola de forma expressiva o meio ambiente. Não obstante, em crimes ambientais, deve-se considerar a soma de várias condutas análogas -- crime de acumulação, quando então se evidencia a ocorrência de dano. Assim, deve haver a punição da conduta isolada, cuja lesividade é projetada.⁴⁹⁹

Como já de antemão se observa, o próprio acórdão é taxativo ao reconhecer ausência de ofensividade na conduta em concreto, dizendo que a pesca de 20 (vinte) peixes pequenos, da espécie cará, não implicaria violação expressiva do meio ambiente. Contudo, como uma forma de conferir legitimidade à construção argumentativa, prescinde-se da indispensável exigência de mínima ofensividade da conduta, ao argumento de os delitos ambientais, como o imputado ao acusado, pela sua natureza acumulativa, dispensariam tal elemento.

Essa forma de construção argumentativa, portanto, é um exemplo contundente acerca da manifesta ausência de ofensividade de condutas, de modo que sua criminalização apenas possa ocorrer ao se levar em conta o somatório de várias condutas análogas. Aqui têm lugar as ressalvas feitas por Fabio Roberto D’Avila em relação à construção teórica de Lothar Kuhlen – que, como já visto exaustivamente, foi concebida no contexto de crime ambiental –, onde D’Avila destaca que a admissão dos delitos de acumulação implicaria a chancela da atuação penal a casos munidos de absoluta ausência de ofensividade, por demandarem que a ofensa seja concebida de modo a transcender a particular relação entre a conduta descrita pelo tipo e o bem jurídico tutelado pela norma.⁵⁰⁰ A referida crítica também se identifica junto à posição de Piepaolo Cruz Bottini, para quem as condutas tipificadas a partir da técnica dos delitos de acumulação não representam, isoladamente, qualquer periculosidade para os bens penalmente relevantes.⁵⁰¹ Somam-se, ainda, a essas posições destacadas, todas aquelas que se destacaram no Item 2.1.1 desta pesquisa.

⁴⁹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Criminal. Acórdão 1105026, 20130110204089APR. 2ª Turma Criminal. Relator: Desembargador Jair Soares. Data de julgamento: 21/6/2018. Disponível em: < https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=1105026 > Acesso em 23 ago. 2021

⁵⁰⁰ D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 120-121.

⁵⁰¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato: uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade do risco*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 181.

Em outras palavras, ao se reconhecer, taxativamente, que a conduta em concreto seria de violação “não expressiva” ao meio ambiente, em atenção aos preceitos de *ultima ratio* que conferem legitimidade à imputação penal, o caminho legítimo a se identificar não poderia ser aquele onde simplesmente se releva tal fato, a partir de uma difusa acumulação de condutas, feita no campo meramente hipotético e que transcende, absolutamente, limites da imputação feita ao acusado. As noções de fragmentariedade e subsidiariedade, neste contexto, portanto, tornam absolutamente incompatível o emprego de critério de imputação que autoriza que se desgarrem destes básicos preceitos a toda e qualquer imputação.

Para além desse ponto, também não passa despercebida a citação feita pelo acórdão de excerto de obra de Direito Ambiental, que trata sob preceitos do princípio da precaução, segundo o qual, em matéria ambiental, seria melhor prevenir do que remediar, em decorrência da irreversibilidade fática da degradação dos processos ecológicos. Conclui, ainda, a citação teórica feita junto ao acórdão, mencionando que “toda política ambiental, seja ela no âmbito executivo, legislativo ou jurisdicional, deve ser solidificada no princípio da raiz da precaução e da prevenção”.⁵⁰²

Contudo, ainda que não se desconheçam as posições teóricas que sustentam a ideia de que o princípio da precaução deva ser sopesado conjuntamente ao direito à liberdade daquele que se vê acusado por crime ambiental⁵⁰³, é certo que sua aplicação dentro do Direito penal é extremamente problemática e de questionável legitimidade. Nesse sentido é que se inserem as observações de Matheus Almeida Caetano, que menciona que a recepção de todo o conteúdo precaucional pelo Direito penal implica harmonizações nem sempre conciliáveis para com os pressupostos de imputação basilares deste, pois, do lado do princípio da precaução, estão presentes noções como as presunções de causalidade, a fundamentação na incerteza científica, o *in dubio pro natura*, ao passo que, do lado do sistema de imputação penal, estão presentes as ideias – inconciliáveis às primeiras – de presunção de inocência, causalidade determinada, ampla defesa, fundamentação pautada na certeza científica e o *in dubio pro reo*.⁵⁰⁴

No entanto, ainda que admitida a aplicação do princípio da precaução em matéria penal ambiental, como se verifica, por exemplo, no denso artigo de Érika Mendes de Carvalho

⁵⁰² BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Op. Cit.

⁵⁰³ Como é feito, por exemplo, por Marcio Luiz Coelho de Freitas, que sustenta a necessidade de se proceder segundo a teoria da ponderação de princípios, onde o princípio da precaução deveria ser objeto de sopesamento para com os direitos de liberdade ínsitos aos acusados de crimes ambientais, conforme tratado nas notas de rodapé 78 a 80 da presente pesquisa.

⁵⁰⁴ CAETANO, Matheus Almeida. A responsabilidade (diacrônica) pela tutela dos bens ambientais: importantes notas para o direito penal. *Revista Quaestio Iuris*, vol. 10, n. 03, Rio de Janeiro, 2017, p. 1.994. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/27274>> Acesso em 23 ago. 2021

e Gustavo Noronha de Ávila a respeito desta temática, ainda assim a referida admissão deve ser feita com base em critérios concretos, como os apontados pelos autores. Os citados autores, a propósito, ressaltam para a imprescindibilidade de uma séria avaliação científica do risco potencial concreto da conduta, voltada para a identificação e caracterização da verossimilhança do risco da conduta⁵⁰⁵, o que, claramente, não se verifica do acórdão em análise que, expressamente, é categórico ao referir a ausência de ofensividade da conduta do acusado, no caso concreto, pela ínfima quantidade de pesca realizada.

Também pautada na pesca irregular é a situação fática identificada no Habeas Corpus nº 0715841-95.2018.8.07.0000, julgado pela 2ª Turma Criminal do mesmo Tribunal, na data de 20 de setembro de 2018, também de relatoria do Desembargador Jair Soares, indicando, de tal modo, algum alinhamento nos votos elaborados por este julgador aos preceitos dos delitos de acumulação.⁵⁰⁶ No caso da citada ação constitucional, buscava-se trancamento da ação penal pela ausência de justa causa⁵⁰⁷, na qual se imputava ao paciente a prática do tipo penal do art. 34, parágrafo único, inciso III, da Lei 9.605/1998⁵⁰⁸, pelo fato de ter sido apanhado em posse de 08 (oito) espécimes de peixe pacu-caranha.

Em um primeiro momento, como observa Luís Roberto Gomes⁵⁰⁹, o citado tipo penal implica na exigência de que a captura do pescado tenha ocorrido anteriormente e de maneira proibida pela norma penal, aperfeiçoando-se o delito com a produção de resultado natural, que se consubstancia no transporte, comercialização, beneficiamento ou industrialização sobre o produto da pesca. E no caso do julgado analisado, colhem-se as seguintes informações:

⁵⁰⁵CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Princípio da precaução e responsabilidade penal em matéria ambiental. In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; SANTOS, Nivaldo dos; GUARAGNI, Fábio André. (Org.). *Direito Penal e Criminologia*. 1. Ed: Florianópolis: FUNJAB, 2013, v. 1, p. 195. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fbdd952178a0387b>> Acesso em 24 ago. 2021

⁵⁰⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Criminal Acórdão 1125611, 07158419520188070000. 2ª Turma Criminal. Relator: Des. Jair Soares. julgamento: 20/9/2018. Disponível em: <https://pje2i.tjdft.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=d_a026f59389e2f0a34aed42932eba1735fd187ddfe216ebe> Acesso em 23 ago. 2021

⁵⁰⁷ Ainda que a via processual do *Habeas Corpus* seja estreita para discussões atinentes à justa causa em sede do início da ação penal, o caso concreto, onde houve efetiva valoração da prova indica a relevância que assume a referida ação, por possibilitar esse tipo de análise, em sede jurisdicional. Sobre essa particularidade, observa Alberto Zacharias Toron que: “Verificar a justa causa para a ação penal, ou mesmo de eventual condenação, implica necessariamente na valoração do material probatório que a sustenta [...] O painel probatório deve ser unívoco para se examinar a justa causa para ação penal” (TORON, Alberto Zacharias. *Habeas corpus: o controle do devido processo legal: questões controvertidas e de processamento do writ*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 124-127.

⁵⁰⁸ A redação do citado tipo penal consta na nota nº 373 deste trabalho

⁵⁰⁹ GOMES, Luís Roberto. Crimes de Pesca no Direito Brasileiro. In. *Direito penal do ambiente, consumidor, patrimônio genético e saúde pública*. Organizadores: Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 (coleção doutrinas essenciais: direito penal econômico e da empresa, v.3, p. 401.

O paciente foi surpreendido ao transportar no interior do veículo espécies de peixes provenientes de pesca proibida -- com tamanhos inferiores ao permitido. Consta no laudo pericial que as características dos espécimes apreendidos em poder do paciente eram compatíveis com a espécie de peixe pacu-caranha (*piaractus mesoptmicus*), peixe de água doce, cuja pesca é proibida para espécimes com comprimento inferior a 40 cm (ID 5329947). De acordo com o Decreto n. 4.256/202, que estabelece restrições nos rios limítrofes do Brasil e Paraguai, na bacia hidrográfica natural do pacu-caranha, é proibida sua captura, transporte, posse e comercialização se o comprimento total foi inferior a 40 cm [...]. Nos crimes ambientais, a lesão ou o perigo de lesão deve ser compreendido não apenas pela conduta do agente, mas pela soma de várias condutas análogas - crime de acumulação, quando então se evidencia a ocorrência de dano.⁵¹⁰

Trata-se este julgado de uma decisão de menor aprofundamento, caso comparado com os demais julgados analisados ao longo deste capítulo, o que pode ser justificado pelo fato de a discussão processual, no caso concreto, ter ocorrido em meio a uma ação constitucional que contém reduzido campo de cognição, e, além disso, que foi impetrada em face de decisão que foi proferida no início da tramitação da ação penal, descabendo, com isso, uma valoração mais verticalizada. De todo modo, como se trata do mesmo relator do julgado acima citado, é possível, já de plano, identificar que a alusão aos crimes ambientais consistirem em crimes de acumulação se dá de maneira idêntica àquele primeiro voto-condutor, o que evidencia que há uma manutenção de uma certa lógica decisória, a cargo do relator.

Feita esta necessária ressalva, tem-se que o julgado em comento não inaugura campo para maiores discussões que aquelas já exaustivamente tecidas ao longo desta etapa última da pesquisa, destacando-se, apenas, para a pequena quantidade de peixe apreendida, da espécie pacu-caranha. No entanto, mesmo diante de quantidade de 08 (oito) espécimes do já referido peixe, ainda assim prosseguiu o acórdão sustentando a linha de que não seria possível afirmar, de plano, a mínima ofensividade da conduta do agente, autorizando, assim, o prosseguimento da ação penal, com a conseguinte denegação da ordem.

A única forma pela qual se poderia, nesse contexto, conferir robustez argumentativa à decisão adotada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios no caso seria com a menção ao contexto instável⁵¹¹, a reconhecer alguma possibilidade de ofensa ou perigo ao bem jurídico, por se tratar de uma espécie de peixe em extinção, ou algo deste gênero, o que não se verificou, o que acaba por atrair todas as mesmas observações feitas anteriormente, sobre julgados que igualmente não cuidaram de aprofundamento no contexto concreto em que se situava o caso decidido.

⁵¹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Op. Cit.

⁵¹¹ Conforme item 2.4 da presente pesquisa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A revisão bibliográfica procedida no primeiro capítulo acabou por corroborar algumas das basilares ideias angariadas, antes do início da pesquisa, no sentido de que é possível que se tracem alguns paralelos entre as bases sociológica da chamada “sociedade do risco”, para com a própria ideia dos delitos de acumulação. Foram identificados, contudo, ainda no trato desta alegada relação entre as características da sociedade do risco para a necessidade, uma série de posições críticas, que destacam para o insuflamento destes riscos, que traz, a reboque, uma série de impactos sociais negativos. Destacaram-se, nesse ponto em particular, as noções da criminologia midiática, traçada por Eugenio Raúl Zaffaroni, e também os apontamentos a cargo de Dan Gardner, sobre o insuflamento da criminalidade, a cargo da mídia.

Essa potencialização e difusão de uma cultura de medo, onde a mídia sempre dispôs de um papel preponderante, ganha contornos ainda mais enfáticos, diante da hiperinformação e hipercomunicação, descritas nas obras de Byung Chul-Han, no contexto da chamada “sociedade de transparência”, onde prevalece a arena de debate das redes sociais, nas quais, quanto mais informação se difunde, mais fantasmagórica e distorcida se torna a realidade. Desses fenômenos, é possível inferir um contexto ainda mais fértil para que haja a difusão de medidas penais de emergência, com discursos de conveniência, que encaminham a um Direito penal simbólico, meramente reativo, e que resulta, muitas vezes, contraprodutivo, de modo a mobilizar a efetiva implementação de políticas públicas, sendo utilizado como um salvo-conduto da ineficiência estatal, conforme pôde ser demonstrado na pesquisa realizada por Helena Regina Lobo da Costa, em sua tese de doutorado.

Mas para além da noção, bastante difundida, acerca da correlação entre o fenômeno da expansão do Direito penal, com uma adequação face às novas características da sociedade do risco global, através do acesso direto aos textos de Lothar Kuhlen, o grande sistematizador das bases dos delitos de acumulação, pôde-se concluir que o próprio autor correlaciona esta modalidade de imputação com os achados do próprio Ulrich Beck, circunstância esta bem demonstrada, especialmente, no artigo de 1993, de Kuhlen, onde irá sustentar a relação que se identifica entre o modo de vida das sociedades industriais de massa, para com a necessidade uma adequação das estruturas de imputação penal, para as quais o Direito Penal tradicional (*Kernstrafrecht*) não seria suficiente a enfrentar os novos desafios infligidos.

Em linhas gerais, a investigação destinada aos textos do referido autor, veio convalidar a noção, previamente identificada, ainda quando elaboração das bases para o início desta

pesquisa, no sentido de que a proposta de Kuhlen enunciava a necessidade de criminalização de condutas, cuja lesividade seria constatada não só a partir do ato individual (chamado, por Rita Castanheira Neves, de “lesão-contributo”), mas, efetivamente, a partir de sua repetição indiscriminada por distintos agentes. Kuhlen, ao trazer suas contribuições, o faz a partir da análise de um tipo penal específico, do Código Penal alemão, consistente no § 324 do StGB, que diz respeito à poluição de águas.

No entanto, um dos achados da presente pesquisa, obtidos tanto a partir da análise dos próprios escritos de Lothar Kuhlen, como, especialmente, a partir das dissertações existentes a respeito do tema, elaboradas por pesquisadores brasileiros (notadamente Matheus Almeida Caetano e Décio Franco David), veio a indicar que a ideia traçada por Kuhlen, embora seja ele, com sobras, a referência imediata ao tratarmos da figura dos crimes de acumulação, não se revela pioneira. Antes de Kuhlen, foram indicadas ideias embrionárias, com um sentido convergente às ideias deste autor.

Aqui se inseriram, a partir da investigação procedida, as contribuições traçadas tanto por Otto Backes (em 1973), como por Friz Loos (em 1974). Enquanto que Otto Backes, em seu escrito, tratava da noção de acumulação – embora sem mencionar, textualmente, o termo dos *Kumulationsdelikte* – dentro da seara penal ambiental, Fritz Loos, por sua vez, trazia uma ideia de acumulação delitiva, dentro do contexto dos crimes de corrupção, nos quais todo o funcionamento da Administração Pública seria lesado, diante da grande repetição de práticas nesse sentido, ainda que ínfimas, se consideradas individualmente.

Seguindo-se à investigação procedida em relação aos crimes de acumulação, também se demonstraram de significativa pertinência e relevância os aspectos utilizados para fins de conferir fundamentação a este instituto, que partem das bases da filosofia moral. Aqui é que se insere a ideia do chamado *Free-rider* (ou *Tritbrettfahrer*), que, de certa medida, pode ser tido como um denominador comum às ideias de John Rawls, Joel Feinberg e Lothar Kuhlen, e que consiste, em linhas gerais, naquele agente que, ao não pagar seu bilhete de passagem, acaba se beneficiando, em prol de todos os demais passageiros, que regularmente pagaram para que seu respectivo transporte fosse viabilizado.

Para Lothar Kuhlen, também seria essa a conduta do que utiliza dos bens públicos, unicamente em prol de seus interesses pessoais, notadamente o agente que pratica a poluição de águas (§ 324 do StGB), às expensas de toda a comunidade, que se manteve vigilante para com a preservação deste bem público, que é central à compreensão da teoria sistematizada por Kuhlen. Nesse contexto é que residiria o desvalor moral necessário a fundamentar, de certa

medida, a responsabilização penal deste agente, ainda que sua conduta, caso analisada de uma forma individualizada, não detenha suficiente gravidade, como ocorre, por exemplo, através de índices ínfimos de poluição.

Por outro lado, em contraposição a este argumento, voltando-se os olhos à realidade de exclusão e desigualdade inerente à América Latina, se demonstram incontornáveis as ressalvas que se identificam, notadamente, nas críticas apresentadas por Matheus Almeida Caetano e também por Eugenio Raúl Zaffaroni em relação à incorporação, sem maiores reflexões, destas bases da filosofia moral, sem levarmos em consideração nossa realidade histórica e social. De maneira destacada, se demonstra irretorquível o contraponto feito por Caetano, ao comparar a realidade social alemã e a realidade brasileira, para contrapor a perspectiva de igualdade, sob o prisma meramente formal, característica do ideário moral insito à teoria do *free-rider*, para com a necessidade que urge de implementação no contexto excludente latino-americano.

Por sua vez, o Zaffaroni trata do tema de maneira provocativa⁵¹², mas assertiva, sobre os perigos de incorporarmos, à nossa realidade social, a criminalização de condutas que são, confessadamente, desprovidas de mínima ofensividade aos seus respectivos bens jurídicos, com especial destaque à seara ambiental, na qual fora desenvolvida, com maior incidência e repercussão, a aplicação do critério da acumulação, como meio de imputação, a partir, entre nós, do afastamento do princípio da insignificância em matéria penal.

O que se vê, portanto, é um claro alinhamento daquilo que está a sustentar Zaffaroni, face às críticas que tece Helena Regina Lobo da Costa à natureza contraprodutiva que pode se identificar na seara penal ambiental, utilizando-se da *ultima ratio* do ordenamento jurídico como uma espécie de subterfúgio a ocultar a ineficiência ou o descaso da Administração Pública para utilizar-se de políticas públicas que, efetivamente, pudessem ser idôneas ao enfrentamento efetivo de nossos inúmeros problemas de ordem ambiental.

Ainda em meio às conclusões apresentadas pelas pesquisas desenvolvidas, de maneira subjacente à redação do primeiro capítulo, considerando os indicativos pretéritos de que as bases dos delitos acumulativos poderiam ser, também, estendidas a outros campos de tutela, é que se buscou investigar, em campo teórico, possíveis desdobramentos desta técnica de

⁵¹² “Então, o problema da destruição do planeta necessita de soluções reais. Não a criação de um crime ecológico no Código Penal. ‘Ah! Fiquem tranquilos! Há um crime ecológico no Código Penal; com isso, o Amazonas vai ficar salvo, sem problema nenhum’. Não. Com isso, vai levar para a cadeia alguém que esteja mal da bexiga e tenha vontade de mijar (sic) no rio. É só isso. Sim, há toda uma teorização de que essa é uma lição cumulativa, o bem jurídico. É uma coisa muito criativa dos alemães para justificar isso, uma novidade do direito penal” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Abertura: Conferência: Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito*. In. KARAM, Maria Lúcia (Organizadora). *Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 37).

imputação penal, também para os segmentos do Direito penal tributário e, especificamente, aos crimes de corrupção.

Sobre a aplicação dos crimes acumulativos ao campo penal tributário, identificou-se a sugestão desta modalidade, dentro dos escritos de Rafael Alcácer Guirao, que o faz de uma forma mais descritiva, referindo à lesividade em potencial de acumulação de condutas fraudulentas, em detrimento do fisco. Por sua vez, Roland Hefendehl trata do tema a partir de uma perspectiva favorável, que, em certa medida, encontra paralelo nos apontamentos feitos por Joel Feinberg, que identifica uma espécie de *free-rider*, justamente na conduta daquele que sonega impostos, em detrimento de toda a coletividade que honra com suas obrigações perante o respectivo ente fazendário.

Oportunamente, em um breve excuro, que buscou analisar alguns aspectos acerca dos bens jurídicos tutelados pelos crimes tributários, pôde-se identificar, também, que se torna imprescindível que este não esteja restrito à receita tributária. Em outras palavras, para que a conduta possa ser considerada como um ilícito que transcende o campo administrativo, dentre as infrações tributárias, podendo chegar a ser objeto de incidência penal, também deve ela representar, a um só tempo, em violação ao bem jurídico da verdade informacional, assistindo razão, neste ponto, aos apontamentos de Marcelo Almeida Ruivo. Assumir essa posição, por um outro lado, indica a imprescindibilidade de se receber, com olhar crítico, tendências decisórias, em meio à jurisprudência de Cortes Superiores brasileiras, no sentido de se reputar penalmente relevantes condutas que não contenham, em alguma medida, informações falsas ou omissões de informação, como se verifica, por exemplo, ao se afirmar a existência de efeitos penais ao inadimplemento de débitos declarados, como ocorrido em recentes posições do STF e do STJ, em relação à criminalização do inadimplemento de ICMS declarado.

De toda sorte, para além deste denso debate, que escapa aos limites propostos para a presente pesquisa, ao tratarmos da aplicabilidade do critério da acumulação, no campo penal tributário brasileiro, há um óbice à aplicação irrestrita dos critérios de acumulação, em meio à realidade brasileira, consistente na inserção de cláusulas de bagatela, aferidas pelos basilares valores mínimos para a execução fiscal pelo respectivo ente fiscal, que inviabilizam ações penais pautadas, calcadas na sonegação de valores inferiores a este parâmetro mínimo. Para além disso, como se pôde identificar mais adiante, no decorrer da pesquisa, até mesmo Lothar Kuhlen defendia a ideia de que os delitos de acumulação também deveriam encontrar limites em cláusulas de bagatela, o que não se dissocia, portanto, desta limitação estrutural existente na dinâmica de imputações fundadas nos crimes contra a ordem tributária brasileira.

Por fim, no derradeiro momento das investigações bibliográficas procedidas junto ao primeiro capítulo, especialmente em relação aos crimes de corrupção, pôde-se promover um encontro, fora dos prognósticos da pesquisa, com as próprias origens da sistematização dos crimes de acumulação. Isso porque, como se pode concluir, as raízes da teoria de Kuhlen, em certa medida, se fazem presentes na sistematização feita por Otto Backes, anos antes do artigo do primeiro artigo de Lothar Kuhlen sobre o tema ter sido publicado. Isso porque, já em 1974, Backes citava a possibilidade de responsabilização na seara penal de práticas com o cariz da corrupção, mesmo que sem maior relevância, se analisadas individualmente. O autor, assim, está na vanguarda, ao defender a necessidade de mitigação de critérios de imputação, para alcançar tais atos.

No entanto, em meio à digressão realizada neste derradeiro item do primeiro capítulo da pesquisa, com os apontamentos feitos na tese de doutorado de Décio Franco David, que foi desenvolvida perante este mesmo PPGCJ-UENP, pôde-se suscitar a relevante discussão que é instaurada pelo sociólogo Jessé Souza, para contrapor, verticalmente, a ideia de que o Brasil teria, em sus origens, uma corrupção atrelada à chamada cultura do “jeitinho brasileiro”. Essa perspectiva, ao apontar todas as falhas de método identificadas, nesta associação tão comum à nossa realidade, apresentando novos ares ao fenômeno, acaba por se revelar um campo para o propício desenvolvimento de novos questionamentos, colocando em xeque a simplificação, muito difundida, no sentido de que o patrimonialismo seria causa imediata da corrupção, em meio à realidade brasileira.

Já em meio à segunda etapa da presente pesquisa, buscaram-se adensar fundamentos críticos soerguidos em relação aos crimes de acumulação, sendo possível adiantar a conclusão de que, não obstante o esforço argumentativo despendido pelos defensores de aplicação desta técnica de imputação, os contrapontos apresentados em relação aos crimes acumulativos são incontornáveis e evidenciam a ilegitimidade deste critério de imputação, defronte aos marcos basilares do Direito penal.

Em um primeiro momento, foram condensados os argumentos críticos que partem das bases do princípio da ofensividade. A premissa para estruturar tais fundamentos em contrário é a de que a missão do Direito penal é a de salvaguardar bens jurídicos. Não se satisfaz, de tal modo, a incriminação, tão somente pela subsunção formal da conduta à norma, pois para que o Direito penal possa intervir, é indispensável a presença de uma ofensa, seja mediante a lesão, ou com perigo, em relação ao bem jurídico tutelado pela norma.

E é a partir desta ideia que se torna intransponível a crítica feita com base no preceito da ofensividade. Trata-se de um argumento certo, na medida em que o cerne da proposta de Lothar Kuhlen, a autorizar a aplicação da teoria por ele sistematizada, consiste, justamente, no referenciado abrandamento deste nexos causal entre a ação e bem jurídico (“eine spezifisch gelockerte Beziehung zwischen Handlung und Rechtsgut”).⁵¹³

Ocorre que o abrandamento por ele proposto significa, basicamente, romper com a basilar exigência de ofensividade ao bem jurídico, central a toda e qualquer imputação, que se pretenda atribuir relevância penal. E, ao se franquear um determinado campo de exceção aos critérios, estaria sendo admitida a flexibilização do próprio sistema penal como um todo, com ampla possibilidade de que esta mesma exceção fosse espalhada a outros campos, o que evidencia, com isso, a contundência e a impossibilidade de superação, já desta primeira crítica, por não se poder cogitar de Direito penal onde não haja ofensividade.

E com igual contundência se inserem, ainda, as críticas aos crimes acumulativos, pela sua incompatibilidade declarada com o princípio da culpabilidade, na acepção mais basilar, que é a vedação da imposição de pena, sem que haja culpa pelo agente frente a quem se quer imputar a prática delitiva. Nos dizeres de Augusto Silva Dias, em seu escrito intitulado *What if Everybody did It?*, exaustivamente abordado ao longo da revisão bibliográfica, se situa uma assertiva síntese, ao dizer que “nada poderia ferir mais profundamente o princípio da culpa” do que considerar, para formação do perigo ao bem jurídico, a soma de condutas alheias à do próprio agente.

Ou, então, nos dizeres de Fabio Roberto D’Avila, não se pode admitir o alargamento da responsabilidade do agente, para além do campo relacional de sua própria conduta, que é, justamente, o que se faz, quando se projetam as condutas somadas, a cargo de outros agentes, como um mecanismo a conferir ofensividade à conduta que se pretende criminalizar. Sendo assim, a menos que se queira renunciar a um Direito penal pautado pela culpabilidade, não há campo para subsidiar a aplicação dos critérios da acumulação, de modo que os argumentos ofertados, para além de Kuhlen, mas também por Roland Hefendehl e por Rita Castanheira Neves, no sentido de que haveria ilícito a partir da própria conduta do agente não se revelam minimamente subsistentes a respaldar a tese da inocorrência de violação às bases do princípio da culpabilidade.

Por derradeiro, a última crítica, pautada em princípio basilar a todo o sistema penal, que consiste na ideia de proporcionalidade entre a pena e a gravidade da conduta, também se

⁵¹³ Conforme nota n. 52.

faz igualmente suficiente ao rechaço dos fundamentos apresentados pelos defensores teóricos da ideia dos crimes de acumulação. Nesse campo em especial, se destacam as observações a cargo de Miguel Bustos Rubio, Marta Rodriguez Machado e Marcel Figueiredo Gonçalves, sendo que as ponderações por parte deste último ocorrem em um contexto de uma provocativa análise dos riscos de utilização destes critérios (acumulativos) no campo da criminalização da violação de direito autoral.

Ainda que Lothhar Kuhlen busque afirmar a inexistência de violações às noções de proporcionalidade, sob alegação de que criminalizar condutas não lesivas, se individualmente consideradas, seria algo adequado e necessário, em razão da importância dos bens jurídicos tutelados, especialmente no tipo penal que é objeto de sua proposta (meio ambiente), também o referido argumento não encontra a necessária subsistência. Isso fica claro a partir daquelas ressalvas feitas por Jesus-María Silva Sánchez, ao destacar que, independentemente de qual o bem jurídico tutelado, é a conduta individualmente considerada que deve ser aferida, para fins de proporcionalidade, dado que uma eventual pena não será distribuída entre a fração de contribuições individuais, mas, antes disso, afeta cada sujeito de forma separada e isolada.

Por fim, encerrando as considerações finais em relação a este capítulo, verifica-se que a proposta de acerto proposta por Fabio Roberto D'Avila, igualmente acompanhado nas posições dos pesquisadores Matheus Almeida Caetano e Décio Franco David, no sentido de que, em substituição à ideia da acumulação pela acumulação, para uma ideia onde ocorresse a análise da instabilidade do contexto, se demonstra como uma forma válida para superação dos obstáculos indicados. É importante realçar, como o faz, de maneira correta, Matheus Caetano, ao contrapor as críticas apresentadas por Ana Bechara a este modelo, que não se trata de uma singela alteração em relação aos critérios de imputação dos delitos acumulativos, mas, antes disso, uma ruptura frontal com os pressupostos traçados por Kuhlen.

A ideia traçada por D'Avila, como visto, consiste em levar em consideração qual foi o efetivo contexto em que ocorreu a conduta que se pretende submeter ao crivo dos delitos de acumulação, de modo que será a instabilidade do contexto o fator decisivo para identificar a efetiva ofensividade da conduta, e não mais a reiteração a cargo de outras pessoas. Em outras palavras, ao maior grau de poluição em determinada área deverá equivaler a um necessário menor nível de poluição tolerado pela lei nesse contexto, e vice-versa, havendo, assim, uma relação de dependência que encontra seu ideal na maior proximidade possível do contexto.

As conclusões, portanto, que se apresentaram ao término dos dois primeiros capítulos, possibilitaram um grande adensamento em relação a aspectos conceituais, contextuais e, até

mesmo filosóficos dos delitos de acumulação, mas, ao fim e ao cabo, ao submeter os pontos de ordem conceitual, desta técnica de imputação, para testagem, em relação a 03 (três) dos principais fundamentos estruturantes do Direito penal, pôde-se concluir pela ilegitimidade de tal técnica de imputação, a menos que se pretenda, em absoluto, abrir mão das salvaguardas de tais garantias penais.

A pesquisa, nesse ponto, portanto, acabou por confirmar algumas das hipóteses que se formulavam, ainda quando da estruturação dos tópicos que seriam explorados, na elaboração do presente trabalho. Mas por outro lado, a ratificação de tais argumentos veio a convalidar a pertinência e a inquietação atinentes à questão-problema fundante desta pesquisa, pois, não se poderia falar em qualquer utilidade teórica, quando a prática penal, em relação às imputações que, de alguma maneira se relacionam com o presente tema, demonstra uma realidade que aparentemente ignora todos os debates e estudos já existentes acerca do tema.

Foi nesse contexto, portanto, que se formularam as bases para o terceiro e derradeiro capítulo desta dissertação, que, para dar ares de concretude à pesquisa bibliográfica realizada, utilizou-se da análise de julgados proferidos por Tribunais Estaduais que tivessem, em meio às buscas realizadas, alguma alusão às expressões “crimes de acumulação” ou “delitos de acumulação” e eventuais expressões correlatas.

Antes da análise das decisões propriamente ditas, já ao início deste último capítulo, fixaram-se duas premissas basilares: (i) a primeira, de uma ordem teórica, consistente na incorporação das bases da chamada “teoria do Quarto Poder”, que tem em Bernd Schünemann o seu precursor, o qual sustenta a ideia de que deve haver abertura, a cargo do Judiciário, para o conhecimento produzido academicamente; (ii) a segunda, já de ordem metodológica, a qual consiste no uso da técnica da MAD (Metodologia de Análise de Decisões), desenvolvida por Roberto Freitas Filho, a qual viabiliza uma análise qualitativa em relação aos termos dos julgados identificados, e se revelou como adequada à maneira pela qual a abordagem (e aprofundamento) foram realizados.

E em vista de toda essa digressão teórica procedida ao início da pesquisa, a qual é uma parte indissociável para que se possa utilizar do método de análise escolhido, verificou-se, ao fim, que a hipótese apresentada à questão-problema, embora parcialmente confirmada, ao fim, se fez insuficiente para abarcar todas as circunstâncias indicadas nos julgados identificados e analisados ao longo do Capítulo 3 desta pesquisa.

Isso porque, para além de diversos dos julgados, de fato, simplesmente se cingirem a mencionar que os delitos que os circundavam (ambientais, em sua imensa maioria) seriam

crimes de acumulação, frente aos quais não se aplicaria o princípio da insignificância, sem um mínimo aprofundamento em relação a todos os aspectos problemáticos que pairam sobre esta forma de imputação, houve, ainda, outras hipóteses não vislumbradas a princípio, com as quais se pôde defrontar, ao longo da pesquisa de julgados e sua consequente análise neste ato.

Aqui nos referimos às situações nas quais as decisões acabam por trazer ponderações que contrastam com os próprios aspectos conceituais originários dos delitos de acumulação, ou, ainda, fazer menção a determinados autores, como se tivessem posição a justificar essa imputação, quando, na realidade, se tratava de ferrenho crítico desta forma de imputação.

Especial relevo deve ser atribuído, neste ponto, às considerações feitas junto às notas de Rodapé 375 a 376, versando sobre a Apelação nº 0014242-50.2016.8.16.0173, julgada pela 2ª Câmara Criminal do TJPR, onde não se levou em conta o fato de que a própria teoria dos delitos de acumulação (referenciada no acórdão) trazia a possibilidade de alocar a presença de “cláusulas de bagatela”, evidenciando a incompatibilidade conceitual do referido argumento. De igual forma, ainda, no julgamento dos embargos divergentes, a cargo do TJRS, de nº 70070074869, houve menção a diversos apontamentos de Fabio Roberto D’Avila, como se o citador autor fosse um defensor da aplicação do critério da cumulatividade, em uma manifesta incompatibilidade com as posições sustentadas por esse próprio autor.

Por outro lado, também a pesquisa qualitativa dos julgados pôde se demonstrar como extremamente pertinente e indicadora de que, quando há uma abertura pelos Tribunais, face ao conhecimento proporcionado academicamente, melhor nível de fundamentação assumem as decisões judiciais, como claramente se denota do voto-vencido a cargo do Desembargador Ruy Celso Barbosa Florence, que tratou do tema a esmo, de maneira alinhada às ponderações críticas identificadas ao Capítulo 2.

REFERÊNCIAS

About Frankfurt: City Culture on the river. <<https://frankfurt.de/english/discover-and-experience/about-frankfurt/city-culture-on-the-river>> Acesso em 19 mai. 2021

ABRÃO, Carlos Henrique. *Crime Tributário: Um Estudo da Norma Penal Tributária*. São Paulo: Malheiros Editores. 4. ed, 2015.

ALARCÓN, Pietro. O princípio constitucional da dignidade humana e o direito à vida. A constitucionalidade do art. 5º da Lei 11.105 de 2005. *Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da FUNDINOPI.*, n. 10, 2009. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/136/136>> Acesso em 19 jun. 2021.

ALCÁZER GUIRAO, Rafael. La Protección del futuro y los daños cumulativos. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 04-08, 2020, p. 15. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-08.pdf> Acesso em 20 jun. 2021.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALMEIDA, Milene Suzano de. J'accuse como fato literário: uma leitura da carta aberta de Émile Zola. *Non Plus*, v. 6, n. 12, 2017, p. 71-89. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/issn.2316-3976.v6i12p71-89>> Acesso em 12 mai. 2021

ALVES, Fernando de Brito; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. O Direito Penal Diante da Sociedade de Risco: A Criminalização Motivada pelo Medo. *Conpedi Law Review*. Uruguai, v. 2., Jul.-dez., 2016, p. 51. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3652>> Acesso em 12 mai. 2021.

AMBOS, Kai. *Direito penal nacional-socialista: continuidade e radicalização*. Tradução: Paulo César Busato. 1. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

ANTUNES, Maria João. *Constituição, lei penal e controlo de constitucionalidade*. São Paulo: Almedina, 2020.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. O debate entre Luigi Ferrajoli e os Abolicionista: Entre a sedução pelo discurso do medo e as práticas libertárias. *Revista Jurídica Cesumar* maio/ago. 2016, v. 16, n. 2, p. 557. Disponível em: <<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/4410/2808>> Acesso em 30 nov. 2021

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

AVZARADEL, Pedro Curvello Saavedra. Breve Panorama do Direito Constituição Ambiental no Brasil e seus Desafios. In. *Direito Constitucional Ibero-Americano*. Coordenadores: José Eugenio Soriano García [et. al.] Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BADARÓ, Gustavo. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 278).

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, BACIGALUPO, Silvina. *Delitos tributarios y previsionales*. Buenos Aires: Hammurabi, 2001.

BARATA, João Vasco Cruzeiro Oliveira. *Crimes Cumulativos: Fundamentos Teóricos e Aplicabilidade Prática*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de

Coimbra, 2013, p. 47-48. Disponível em: < <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/34809> > Acesso em 18 mai. 2021

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia. 6. ed, 2011.

BARATTA, João Vasco Cruzeiro Oliveira. *Crimes Cumulativos: Fundamentos teóricos e Aplicabilidade prática*. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais: Universidade de Coimbra. Orientadora: Professora Susana Aires de Sousa, Coimbra, 2013. p. 126-127. Disponível em: < <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/34809?locale=en> > Acesso em 05 jun. 2021

BARRILARI, Claudia. Corrupção, empresas e direitos humanos: diálogo necessário. In. *Corrupção, direitos humanos e empresa*. Organizadores: Eduardo Saad-Diniz e Victória Vitti Laurentiz. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

BARROSO, Luis Roberto. A Razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria. *Revista Brasileira de Políticas públicas*, v. 5, n. 2 (2015). Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3180>> Acesso em 04 jun. 2021.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (Emerj), Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 25-65, 2003.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: As consequências humanas*. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Delitos de acumulação e Racionalidade da Intervenção Penal*. Boletim do IBCCRIM n. 208, março de 2010. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/317/4965>> Acesso em 27 jun. 2021

BECK, Ulrich. *Risk Society: Towards a New Modernity*. Trad.: Mark Ritter. London: Sage Publications, 1992.

BENJAMIN, Walter. Teses sobre o conceito da história. Tradução: Sérgio Paulo Rouanet. In *Walter Benjamin - Obras escolhidas. Vol. 1. Magia e técnica, arte e política. Ensaios sobre literatura e história da cultura*. São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 222-232. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3957253/mod_resource/content/1/Teses%20sobre%20o%20conceito%20de%20hist%C3%B3ria%20%281%29.pdf> Acesso em 13 mai. 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. *Crimes Contra a Ordem Tributária*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BORGES NETO, José Maria de Moraes; COLÁCIO, José Eduardo Barroso; BEDÊ, Fayga Silveira. A baixa incidência de pesquisa empírica e a cultura manualesca como obstáculos para o desenvolvimento do direito. *Revista Direito e Desenvolvimento*, v. 8., n. 2, 2017.

Disponível em:

<<https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/562>> Acesso em 24 jul. 2021

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato: uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade do risco*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019

BRANDÃO, Nuno. Bens Jurídicos Colectivos e Intervenção Penal Coletiva. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, ano 25, números 1 a 4, janeiro-dezembro, 2015.

BRANDÃO, Nuno. Corrupção: a Questão da Consumação Material e as Suas Consequências. Pré-publicação: *Corrupção em Portugal. Avaliação Legislativa e Propostas de Reforma*.

Organizadores: Paulo Pinto de Albuquerque, Rui Cardoso e Sónia Moura, Universidade Católica Editora, 2021. Disponível em: <<https://apps.uc.pt/mypage/files/nbrandao/2281>>

Acesso em 05 jun. 2021

BRANDÃO, Nuno. *Crimes e Contra-ordenações: da cisão à convergência material: ensaio para uma recompreensão da relação entre o Direito Penal e o Direito Contra-ordenacional*. Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2013. Disponível m:

<<https://eg.uc.pt/bitstream/10316/23886/1/Crimes%20e%20Contra-Ordena%C3%A7%C3%B5es.pdf>> Acesso em 13 jun. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente. *Resolução 388 de 26 de dezembro de 2006*. Publicada em 26 de fevereiro de 2007. Disponível em: < <https://snif.florestal.gov.br/pt-br/legislacao-florestal/461-resolucoes-do-conselho-nacional-do-meio-ambiente>> Acesso em 23 ago. 2021

BRASIL. Governo Federal: Casa Civil. *Sobre a OCDE*. Publicado em 16/07/2020 15h47. Acesso em: < <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/ocde/sobre-a-ocde-1>> Acesso em 04 jun. 2021

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). *Um em cada três domicílios não tinha ligação com rede de esgoto em 2019*” Disponível em:

<<http://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/27597-um-em-cada-tres-domicilios-nao-tinha-ligacao-com-rede-de-esgoto-em-2019>> Acesso em 20 mai. 2021

BRASIL. Ministério Público Federal. 4ª Câmara de Coordenação e Revisão (Meio Ambiente e Patrimônio Cultural). *Orientação nº 1 – 4ª CCRI. – MPF*, 05.05.2017. Disponível em:

<<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr4/enunciados-1/orientacoes-1/orientacao-1-4a-ccr.pdf>> Acesso em 16 ago. 2021

BRASIL. Portaria MF nº 75, de 22 de março de 2012. Disponível em:

<<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=37631>> Acesso em 22 mai. 20201

BRASIL. *Portaria nº 3 de janeiro de 2019*. Ministério do Meio Ambiente/Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Publicado em: 04/01/2019, Edição: 3, Seção: 1, Disponível em: <https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/57876342/do1-2019-01-04-portaria-n-3-de-2-de-janeiro-de-2019-57876156> Acesso em 27 jul. 2021

BRASIL. Sistema Nacional de Informações Florestais. *Definição de Floresta*. Disponível em: <<https://snif.florestal.gov.br/pt-br/conhecendo-sobre-florestas/167-definicao-de-floresta>> Acesso em 18 ago. 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC 549.428/PA, Relator: Ministro Jorge Mussi, 5ª Turma, julgado em 19/05/2020, Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=201903614581>> Acesso em 22 mai. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1688878/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, 3ª Seção, julgado em 28/02/2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=79666230&num_registro=201702016211&data=20180404&tipo=51&formato=PDF> Acesso em 22 mai. 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmulas do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf> Acesso em 25 jul. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 120096, Relator(a): Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 11/02/2014. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5594767>> Acesso em 22 mai. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 279*. Data de aprovação do enunciado: Sessão Plenária de 13-12-1963. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2174>> Acesso em 25 jul. 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Apelação Criminal 0802394-61.2015.8.12.0017. 1ª Câmara Criminal, Relator(a): Desembargadora Elizabete Anache. Julgado em: 10/04/2019. Disponível em: <<https://esaj.tjms.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=869406&cdForo=0>> Acesso em 18 ago. 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0000854-33.2018.8.12.0008, Corumbá, 2ª Seção Criminal, Relator (a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Julgado em: 11/12/2019. Disponível em: <<https://esaj.tjms.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=954154&cdForo=0>>

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal 1.0386.07.007037-3/001, Relator(a): Des.(a) Beatriz Pinheiro Caires, 2ª Câmara Criminal. Julgamento: 11/06/2014 Disponível em:

<<http://www8.tjmg.jus.br/themis/verificaAssinatura.do?tipo=1&numVerificador=103860700703730012014632075>> Acesso em 23 ago. 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Criminal. Acórdão 1105026, 20130110204089APR. 2ª Turma Criminal. Relator: Desembargador Jair Soares. Data de julgamento: 21/6/2018. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=1105026> Acesso em 23 ago. 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Criminal Acórdão 1125611, 07158419520188070000. 2ª Turma Criminal. Relator: Des. Jair Soares. julgamento: 20/9/2018. Disponível em: <<https://pje2i.tjdft.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=da026f59389e2f0a34aed42932eba1735fd187ddfe216ebe>> Acesso em 23 ago. 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Apelação Criminal nº 0014296-76.2016.8.11.0004 (24636/208). 2ª Câmara Criminal. Relator: Des. Alberto Ferreira de Souza. Julgado em 23.05.2018. Disponível em: <<http://servicos.tjmt.jus.br/ViewDocumento.aspx?key=330096df-de82-4012-9c39-cbd8ad34e07a>> Acesso em 20 ago. 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Habeas Corpus nº 1008586-02.2018.8.11.0000. 3ª Câmara Criminal. Relator: Desembargador Luiz Ferreira da Silva. Julgado em 29.08.2018. Disponível em: <<https://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/866339398/habeas-corpus-criminal-hc-10085860220188110000-mt/inteiro-teor-866339403>> Acesso em 22 ago. 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 2ª Câmara Criminal - AC - 1523791-5. Foz do Iguaçu. Relator: Desembargador Laertes Ferreira Gomes, julgado em 06.10.2016. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12254933/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1523791-5#>> Acesso em 22 mai. 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 2ª Câmara Criminal. Autos nº 0014242-50.2016.8.16.0173 – Umuarama. Rel.: Desembargador José Mauricio Pinto de Almeida. <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000010187221/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0014242-50.2016.8.16.0173#>> Acesso em 27 jul. 2021
Julgada em 19.06.2020. Disponível em:

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 2ª Câmara Criminal. Apelação Criminal nº 1696209-7. Curitiba - Rel.: Desembargador José Maurício Pinto de Almeida. Unânime. Julgada em 08.02.2018. Disponível em:

<<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12492515/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1696209-7#>>
Acesso em 28 jul. 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Crime, Nº 70077700615, Quarta Câmara Criminal, Relator: Julio Cesar Finger, Julgado em: 30.08.2018. Disponível em:
<https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?id_comarca=bage&num_processo=21600036535> Acesso em 14 ago. 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Crime, Nº 70075475681, Quarta Câmara Criminal, Relator: Julio Cesar Finger, Julgado em: 12-04-2018. Disponível em:
<https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?id_comarca=tramandai&num_processo=21500014124> Acesso em 14 ago. 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Crime, Nº 70077700615, Quarta Câmara Criminal, Relator: Julio Cesar Finger, Julgado em: 30.08.2018. Disponível em:
<https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?id_comarca=bage&num_processo=21600036535> Acesso em 14 ago. 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes e de Nulidade Nº 70070074869, Segundo Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Miguel Achutti Blattes, Julgado em: 12-08-2016. Disponível em:
<<https://consulta.tjrs.jus.br/consulta-processual/processo/decisoes/acordaos?numeroProcesso=70070074869&codComarca=700&perfil=0>>

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Crime, Nº 70055398580, Quarta Câmara Criminal. Relator: Desembargador Newton Brasil de Leão, Julgado em: 24.10.2013. Disponível em:
<https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?id_comarca=santa_maria&num_processo=21300021800>;

BUONICORE, Bruno Tadeu. *Culpabilidade e fundamentos filosóficos: compreensão material à luz do conceito onto-antropológico*. Curitiba: Juruá, 2017.

BUONICORE, Bruno Tadeu; MENDES, Gilmar Ferreira. A vedação do *bis in idem* na relação entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador e o Princípio da Independência Mitigada. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciência Criminais*, Edição nº, 340, março de 2021. Disponível em:
<<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/741/8454/a-vedacao-do-bis-in-idem-na-relacao-entre-direito-penal-e-direito-administrativo-sancionador-e-o-principio-da-independencia-mitigada>> Acesso em 20 ago. 2021

BUSATO, Paulo César. *Apresentação: Delitos de acumulação e proteção ambiental (DAVID, Décio Franco)*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral, volume 1*. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2020.

BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um direito penal democrático*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BUSTOS RUBIO, Miguel. *Delitos cumulativos*. Valencia (Espanha): Tirant Lo Blanch, 2017.

CAETANO, Matheus Almeida. A responsabilidade (diacrônica) pela tutela dos bens ambientais: importantes notas para o direito penal ambiental. *Revista Quaestio Iuris*, vol.10, nº. 03, Rio de Janeiro, 2017. P. 1999-2000. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/27274/21123>> Acesso em 22 mai. 2021

CAETANO, Matheus Almeida. *Os delitos de acumulação no direito penal ambiental*. São Paulo: Editora Pillares, 2016.

CAETANO, Matheus Almeida. Os delitos de corrupção e o fundamento acumulativo (reflexões em torno das fragmentariedades-de-primeiro-e-de-segundo-graus. In. *Os crimes de Fraude e corrupção no espaço europeu*. Organizadores: José de Faria Costa, Susana Aires de Sousa, et. al. Coimbra Editora. Coimbra, 2014.

CAETANO, Matheus Almeida; OLIVEIRA, Cristina Rego de. Notas sobre a recepção dos delitos de acumulação nas decisões jurídicas dos tribunais brasileiros. *Revista do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico*, n. 1, 2017.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 3. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

CAMPOS, Aline da Veiga Cabral. Precaução penal na era do direito penal secundário. In. *Direito Penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Coimbra Editora, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARVALHO, Érika Mendes de. Ensaio sobre o significado dogmático da acessoriedade administrativa nos delitos ambientais. *Revista Liberdades - Edição Especial*, dezembro de 2011.

CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Falsos Bens Jurídicos e Política Criminal de Drogas uma Aproximação Crítica. *Conpedi Law Review. Direito Penal, Criminologia e Seguridad Pública*. v. 1, n. 10, 2015, p. 138. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3394>> Disponível em: 27 nov. 2021

CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Princípio da precaução e responsabilidade penal em matéria ambiental. In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; SANTOS, Nivaldo dos; GUARAGNI, Fábio André. (Org.). *Direito Penal e Criminologia*. 1. Ed: Florianópolis: FUNJAB, 2013, v. 1, p. 195. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fbdd952178a0387b>> Acesso em 24 ago. 2021

CASALTA NABAIS, José. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Edições Almedina, 2015.

CASTANHEIRA NEVES, Rita. O ambiente no direito penal: a acumulação e a acessoriedade. In: *Direito Penal hoje: novos desafios e novas respostas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

CASTRO, Alexander de. Max Weber e a história do direito: Fundamentos empíricos e historiográficos da sociologia jurídica weberiana. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte. n. 112. jan./jun. 2016, p. 33. Disponível em: <<https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/P.0034-7191.2016V112P11>> Acesso: 18 jul. 2021

COSTA, Daniela Carvalho Almeida da; MACHADO JÚNIOR, Elisio Augusto de Souza. A racionalidade da Dogmática-Penal e sua função como estrutura normativa garantidora de liberdades: uma abordagem sistêmica do Direito Penal. *Revista Sequência*, v. 40 n. 82, agosto, 2019, p 232. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2019v41n82p221>> Acesso em 18 jul. 2021

COSTA, Helena Regina Lobo da. Crimes Ambientais. In. *Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro*. Organizadores: TAVARES, José Danilo [et. al]. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

COSTA, Helena Regina Lobo da; REALE JÚNIOR, Miguel. *Proteção ambiental, direito penal e direito administrativo*. Tese de Doutorado: Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

COSTA, Henrique Araújo. *Reexame de prova em Recurso Especial*. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Orientador: Dr. João Batista Lopes. São Paulo, 2006. Disponível em: <<https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/6962/1/Dissertacao%20Henrique%20Araujo%20Costa.pdf>> Acesso em 25 jul. 2021

COSTA, Lauren Loranda Silva. *Os crimes de acumulação no direito penal ambiental*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

COSTA, Marina Lage Pessoa da. RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. *O papel e os limites do direito penal como instrumento de proteção do meio ambiente: uma análise sob o viés do direito de intervenção proposto por Winfried Hassemer*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A teoria da ponderação de princípios na encruzilhada do decisionismo: limita-me ou te devoro! *Revista Sequência*, Florianópolis, v. 38, n. 75, p. 219-242, jan./abr. 2017.

D'AVILA, Fabio Roberto da. *Crime culposos e teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

D'AVILA, Fabio Roberto. O Ilícito Penal Ambiental nos Crimes Ambientais: Algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental. *Revista do Ministério Público do RS*. Porto Alegre, n. 75, Edição Especial, p. 20. Disponível em:

<http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1427984436.pdf> Acesso em 26 jun. 2021

D'AVILA, Fabio Roberto. O modelo de crime como ofensa a bem jurídico. Elementos para a legitimação do direito penal secundário. In. *Direito Penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Coimbra Editora, 2006.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

DAVID, Décio Franco. *Delitos de Acumulação e Proteção Ambiental*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

DAVID, Décio Franco. *Manual de direito penal econômico*. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

DAVID, Décio Franco. *Tratamento penal da corrupção privada a partir de um sistema penal integral de matriz significativa* Décio Franco David, 2019. Orientador: Prof. Dr. Valter Foletto Santin. Tese (doutorado) – Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Centro de Ciências Sociais Aplicadas (CCSA), Campus Jacarezinho. Disponível em: <<https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-teses/13742-decio-franco-david-1/file>> Acesso em 04 jun. 2021.

DAVID, Décio Franco; BONATO, Gilson. Negacionismo Histórico e caso Ellwanger. Efetividade ou Simbolismo da Norma Penal? Uma Análise sob a perspectiva da teoria do bem jurídico-penal. *Revista Jurídica*, [S.l.], v. 1, n. 46, p. 425-464, jul. 2017. ISSN 2316-753X. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2015/1296>>. Acesso em: 12 mai. 2021.

DE LA TORRE, Ignacio Berdugo Gómez; CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián. Corrupción y derecho penal. Nuevos Perfiles, Nuevas Respuestas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 81/07, nov.-dez., 2009.

DOS SANTOS, João Ricardo *Coculpabilidade no Brasil sob a ótica das ciências criminais: vulnerabilidade social no juízo de reprovação penal*. Dissertação (Mestrado Acadêmico Direito). Universidade Estadual do Norte do Paraná, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, 2020, Disponível em: <<https://uenp.edu.br/doc-propg/pos-graduacao/stricto-sensu-mestrado-e-doutorado/pos-graduacao-direito/teses-e-dissertacoes/dissertacoes-defendidas-1/16723-joao-ricardo-dos-santos/file>> Acesso em 22 mai. 2021.

DUSSEL, Enrique. *Filosofia da liberação: crítica à ideologia da exclusão*. São Paulo: Paulus 1995.

ESTELLITA, Heloísa. *A tutela penal e as obrigações tributárias na constituição federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ESTELLITA, Heloísa. Crimes Previdenciários: arts. 168-A e 337-A do CP. Aspectos Gerais. In *Direito Penal da Administração Pública*. Luiz Regis Prado, René Ariel Dotti (organizadores). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais: direito penal econômico e da empresa; v.5).

FALAVIGNO, Chiavelli Facenda; COSTA, Helena Regina Lobo da. *O risco de deslegalização no direito penal: análise da complementação administrativa do ordenamento punitivo*. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-13112020-164957/pt-br.php>> Acesso em 19 mai. 2021

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.

FARIA COSTA, José de. O perigo em direito penal. Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Ed., 1992.

FEDATO, Matheus Arcangelo. *Para uma teoria adequada da Argumentação Jurídica adequada às Prisões Cautelares: Direito Linguagem e decisão*. Orientador: Valter Foleto. Santin. Universidade Estadual do Norte do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, 2019.. Disponível em: <<https://uenp.edu.br/doc-propg/pos-graduacao/stricto-sensu-mestrado-e-doutorado/pos-graduacao-direito/teses-e-dissertacoes/dissertacoes-defendidas-1/12564-matheus-arcangelo-fedato/file>> Acesso em 22 ago. 2021

FEDATO, Matheus Arcangelo; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. A observância do princípio da proporcionalidade no direito comparado quanto à interceptação de dados digitais. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 539-558, dez. 2017. ISSN 2238-0604. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2038> > Acesso em: 20 jun. 2021.

FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. Sobre a “Administrativização” do Direito Penal na “Sociedade do Risco”. Notas sobre a Política Criminal no Início do Século XXI. Tradução: Bruna Abranches Arthidoro de Castro; revisão de Augusto Silva Dias. *Revista Liberdades – IBCCRIM*, nº 07, maio-agosto de 2011.

FEINBERG, Joel. *Harm to Others: The Moral Limits of the Criminal Law, Vol. I*. New York/Oxford: Oxford //747741University Press, 1984.

FEINBERG, Joel. *The Moral Limites of Criminal Law, vol. IV*. Original University: Press, 1990.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

FERNANDES, Florestan. *Apontamentos sobre a Teoria do Autoritarismo*. São Paulo: Expressão Popular, 2019.

FERNANDES, Pádua. A cultura jurídica brasileira e a chibata: Miguel Reale e a história como fonte do direito. *Prisma Jurídico*. São Paulo, v. 5, 2006, p. 237-255. Disponível em: <<http://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/613>> Acesso em 18 jul. 2021

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Traducción: Perfecto Andrés Ibañez [et. al.]. Madri: Editorial Trotta, 1995

FERNÁNDEZ, Samuel Rodríguez. Los Tópicos del Derecho Penal de la Postmodernidad y Alcance del Rol Crítico de la Doctrina Especializada. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 26, p. 81-144, ago. 2017. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/1056>>. Acesso em: 16 maio 2021. doi: <http://dx.doi.org/10.35356/argumenta.v1i26.1056>.

FERREIRA, Ana Carolina; MACULAN, Benildes Coura Moreira dos Santos. Análise de assunto de acórdãos jurisprudenciais. *Em Questão*, Porto Alegre, v. 24, n. 1, jan./abr. 2018, p. 97-98. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/EmQuestao/article/download/71902/44025>> Acesso em 22 ago. 2021

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de e COSTA ANDRADE, Manuel da. O Crimes de Fraude Fiscal no Novo Direito Penal Tributário Português. Considerações sobre a factualidade típica e o concurso de infrações. In. *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários. Vol. II. Problemas Especiais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O papel do direito penal na protecção das gerações futuras. *Boletim da Faculdade de Direito: Universidade de Coimbra*. Volume Comemorativo dos 75 anos do Boletim da Faculdade de Direito), 2003. Disponível em: <<https://silo.tips/download/o-papel-do-direito-penal-na-protecao-das-geracoes-futuras#>> Acesso em 22 mai. 2021

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. In. *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Tradução: Roberto Machado. 10. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2019.

FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões – MAD. *Universitas JUS*, Brasília, n. 21. jul./dez. 2010, p. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/1206>> Acesso em 24 jul. 2021.

FREITAS, Marcio Luiz Coelho de. *Proporcionalidade, bem jurídico e tutela penal do meio ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

GARDNER, Dan. *Risk: the scene and politics of fear*. London: Virgin Books. 2008 [Ebook]

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios de Derecho penal*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1990.

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio Luiz. *Lei de Crimes Ambientais: comentários à Lei 9.605/1998*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015 [ebook]

GOMES, Luís Roberto. Crimes de Pesca no Direito Brasileiro. In. *Direito penal do ambiente, consumidor, patrimônio genético e saúde pública*. Organizadores: Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 (coleção doutrinas essenciais: direito penal econômico e da empresa, v.3).

GONÇALVES, Guilherme Leite. *Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann*. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Marcel Figueiredo. Sobre a fundamentação dos delitos cumulativos: alguns questionamentos. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, vol. 4., 2014, Disponível em: <https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/110/0> Acesso em 22 ago. 2021

GONÇALVES, Marcel Figueiredo. Vendedor ambulante, contrafação de mídias e acumulação: a discrepância de um fundamento. In *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 209, p. 06-07, abr., 2010. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/318/4985>> Acesso em 20 jun. 2021

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 88: Interpretação e crítica*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação dos direitos e os princípios*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

GRECO, Luís. A relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo no Direito Penal Ambiental: Uma introdução aos Problemas da Acessoriedade Administrativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 58, 2006.

GRECO, Luís. *Dogmática e Ciência do Direito Penal*. In. *As razões do direito penal. Quadro Estudos*. Tradução e Organização: Eduardo Viana [et. al.] São Paulo: Marcial Pons, 2019.

GRECO, Luís. Opõe-se o princípio da culpabilidade à penalização de pessoas jurídicas? Reflexões sobre a conexão entre pena e culpabilidade. In. *As razões do direito penal*. Tradução e Organização: Eduardo Viana, Lucas Montenegro; Orlandino Gleizer. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini [et. al.]. *Recursos no Processo penal*. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GUARDIA, Karina Joelma Bacciotti Selingardi; SILVA, Roberta Soares da. A Sociedade de Risco Global. *Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica*. v. 1, n. 1-Ext (2019), p. 49. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/DIGE/article/view/42350>> Acesso em 12 mai. 2021

GUARESCHI, Pedrinho A. Mídia e Democracia: O quarto versus o quinto poder. *Revista Debates*, Porto Alegre, v.1, n.1, jul.-dez, 2007, p. 18. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/debates/article/view/2505/1286>> Acesso em 18 jul. 2021

GUILHERME, Vera Maria; ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Abolicionismos penais*. Belo Horizonte]; Editora D'Plácido, 2017.

HAN, Byun-Chul. *No enxame: perspectivas do digital*. Tradução: Lucas Machado. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2018.

HAN, Byun-Chul. *Sociedade da transparência*. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2017.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Tradução: Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introdução à criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In. HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2016.

HIRSCH, Andrew von. *Fairness, Verbrechen und Strafe: Strafrechtstheoretische Abhandlungen*. Berlin: BWV – Berliner Wissenschafts Verlag GmbH, 2005.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HULSMAN, Louk. *Alternativas à justiça criminal*. in PASSETI, Edson. *Curso livre de abolicionismo penal* – Rio de Janeiro: Revan, 2004

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o Sistema penal em questão*. 3. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo: Noções e críticas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

JORDACE, Thiago. *Tutela penal ambiental: necessidade, adequação e viabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

JUVENAL, n.d., 'D. Iunii Iuvenalis Satirae 345'. Disponível em: <<http://www.thelatinlibrary.com/juvenal/6.shtml>> Acesso em 18 jun. 2021

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Direito penal constitucional e exclusão social*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2010.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Por um sistema penal não excludente: uma releitura constitucional do direito penal*. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Jacarezinho, 2009.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. SILVA, Lucas Nogueira Rodrigues da; A Contribuição da Teoria do Quarto Poder de Schünemann para o controle racional de um sistema penal deslegitimado. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*, v. 6, n. 1, Jan/Jun. 2020. Disponível em: <peg<https://www.indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/6415/pdf>> Acesso em 19 mai. 2021.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando; PONTE, Antonio Carlos da. Terrorismo: análise da Lei 13.260/16. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, v.11, n.1, 2017. Disponível em: <https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/345/0> Acesso em 22 mai. 2021;

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando; SILVA, Lucas Nogueira Rodrigues da. El Impacto de la Criminología Mediática en la Implementación de las Audiencias de Control de Detención en Brasil. *Criminologia*. Fernando de Brito Alves & Rogelio Barba Alvarez, organizadores. 1. ed. Jacarezinho, PR: UENP, 2020. (Anais do X Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito), p. 9-12.

KLOCK, Andréa Bulgakov. Estado Ambiental de Direito. In. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho, n. 15, 2011, Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/199/198>> Acesso em 20 jun. 2021.

KNOPFHOLZ, Alexandre. *A denúncia genérica nos crimes econômicos*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2013

KUHLEN, Lothar. Umweltstrafrecht — auf der Suche nach einer neuen Dogmatik. In. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 105, 1993. Berlin / New York. Walter de Gruyter.

LIMA, Flávia Santiago. *Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF*. Curitiba: Juruá, 2014.

LIMA, Jairo Neia. *Direito Fundamental à inclusão social e a eficácia dos direitos fundamentais sociais prestacionais nas relações entre particulares sob a premissa neoconstitucional*. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho-PR, 2011. Orientação: Prof. Dr. Eduardo Cambi. Disponível em: < <https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/1946-jairo-neia-lima/file>> Acesso em 20 jun. 2020

LIMA, Roberto Kant de; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. *O desafio de realizar pesquisa empírica no direito: uma contribuição antropológica*. 2010. Disponível em: <<https://issuu.com/ineac/docs/abcpkantebrbara>>. Acesso em: 24 jul. 2021.

LINHARES, Raul Marques. Sobre a criminalização da dívida de ICMS: o acerto e o erro das Cortes Superiores. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 178, ano 29, p. 249-286. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abril, 2021.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Nacional-socialismo e antigarantismo penal (1933-1945)*. São Paulo: Tirant Lo Blanch Teoria, 2019.

LOBATO, José Danilo Tavares. *Direito Penal Ambiental e seus fundamentos: parte geral*. Curitiba: Juruá, 2011.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

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

MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral. A Teoria dos bens jurídico-penais e o Direito Penal Moderno: uma releitura a partir dos direitos humanos. *Revista Brasileira de Direito*, 12(2): 166-179, jul.-dez. 2016. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/904/1002>> Acesso em 27 nov. 2021

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2005

MARTÍN, Luis Gracia. *Las infracciones de deberes contables y registrales tributários en derecho penal*. Madrid: Trivium, 1990.

MARTIN, Luis Gracia. *Prolegômenos para a Luta pela Modernização e Expansão do Direito Penal e para a Crítica do Discurso de Resistência*. Tradução: Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005

MATTOS, Diogo Castor de. *A seletividade penal na utilização abusiva do Habeas Corpus nos crimes de Colarinho Branco*. Dissertação (Mestrado Acadêmico Direito). Universidade Estadual do Norte do Paraná, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, 2015 p. Disponível em: <<https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/dissertacoes-defendidas-1/5710-diogo-castor-de-mattos/file>> Acesso em 22 mai. 2021.

MOREIRA, Luiz. *A constituição como simulacro*. 2. ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017

MOTTA, Rodrigo Patto Sá. Os expurgos de 1964 e o discurso anticorrupção na caricatura da grande imprensa. *Revista Tempo e Argumento*, Florianópolis, v. 8, n. 18, p. 09-39. maio/ago. 2016. Disponível em: <<https://revistas.udesc.br/index.php/tempo/article/download/2175180308182016009/6038>> Acesso em 03 jun. 2021.

MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian. Ensayo para la abolición del Derecho Penal del medio ambiente. In. *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada (Espanha): Editorial Comares, 2000.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

NEVES, Sheilla Maria da Graça Coitinho das Neves. *A Tutela Penal do Meio Ambiente: uma abordagem de sua legitimidade à luz da teoria funcionalista de Claus Roxin* Tese de Doutorado em Ciências Jurídicas. Universidade do Minho: Escola de Direito, 2017, Disponível em:

<[http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/58338/1/Sheilla%20Maria%20da%20Graca%20Coitinho%20das%20Neves.pdf](http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/58338/1/Sheilla%20Maria%20da%20Graça%20Coitinho%20das%20Neves.pdf)> Acesso em 19 jun. 2021.

NICOLITT, André Luiz. *Lei no 12.403/2011: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

NONINO, Marina Esteves. *Delitos de Acumulação e a Tutela Penal do Meio Ambiente*. Dissertação de Mestrado: Centro Universitário Curitiba, 2017.

NONINO, Marina Esteves; GUARAGNI, Fábio André. A (in)aplicabilidade do princípio da insignificância nos delitos por acumulação. In. *Direito penal, processo penal e constituição III [Recurso eletrônico on-line]* organização CONPEDI/UNICURITIBA; Coordenadores: Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato, Rogério Gesta Leal – Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 265. Disponível em: <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/02q8agmu/a814qh38/j08t3kj32452RiZ9.pdf>> Acesso em 22 mai. 2021

OLIVEIRA JÚNIOR, José de. O direito fundamental ao governo honesto. Orientador: Prof. Dr. Luiz Fernando Kazmierczak Dissertação (Mestrado) — UENP/Campus Jacarezinho/Programa de Pós Graduação em Ciência Jurídica - Mestrado e Doutorado, 2019. Disponível em: <<https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/dissertacoes-defendidas-1/15686-jose-de-oliveira-junior/file>> Acesso em 24 ago. 2021

OLIVEIRA, Adriana Ferreira Serafim de; MIALHE, José Luis. A Possibilidade de Desenvolver Pesquisas no Campo Jurídico Valendo-se da Metodologia de Abordagem Qualitativa. *Revista de Pesquisa e Educação Jurídica*, v. 2., n. 1, 2016. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/rpej/article/view/158/pdf>> Acesso em 24 jul. 2021.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *A tutela (não) penal dos delitos por acumulação*. In. *Revista Liberdades* - nº 14 - setembro/dezembro de 2013. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, p. 28. Disponível em: <<https://ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/456/7364>> Acesso em 16 mai. 2021.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa*. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

OLIVEIRA, Luciano. *Não fale do Código de Hamurábi!* A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito, p. 6-7. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4213608/mod_resource/content/1/OLIVEIRA%20%20Hamurabi.pdf> Acesso em 24 jul. 2021

PÁDUA, Felipe Bizinoto Soares de. Perfil da Ação Civil Pública. *Dom Helder Revista de Direito*, v.4, n.8. Janeiro/Junho de 2021, p. 161. Disponível em: <<http://revista.domhelder.edu.br/index.php/dhrevistadedireito/article/view/2062>> Acesso em 20 ago. 2021).

PEREIRA, Julia Gabriela Warmling. *O direito penal e os possíveis efeitos da neurociência: uma investigação acerca da culpabilidade*. Dissertação: PPGD Unisinos. Orientador: Miguel Tedesco Wedy, 2018. Disponível

em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/8374/Julia%20Gabriela%20Warmling%20Pereira_.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em 15 jun. 2021

PEREIRA, Ricardo Utrabo. *O dever fundamental de pagar tributos e sua relevância para o estado democrático brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho-PR, 2018. Orientação: Prof. Dr. Paulo Henrique de Souza Freitas. Disponível em: <<https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/11014-ricardo-utrabo-pereira/file>> Acesso em 22 mai. 2020

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Crimes contra a ordem tributária: sua persecução penal e a imaginada independência entre a administração e a jurisdição. *Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel*, nº 18, out-nov/2001.

POLI, Vinicius. Quem deve ser o detentor da última palavra, judiciário ou legislativo? *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 31, n. 2: 355-380, jul./dez. 2015. Disponível em: <<https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/2c9d0aad05d4affd3fff862f2ea5b9df.pdf>> Acesso em 18 jul. 2021

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3. ed São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do Ambiente*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal Econômico*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Original Edition. Belknap Press of Harvard University Press, 1999.

REALE JÚNIOR, Miguel. Meio Ambiente e Direito Penal Brasileiro. In. *Direito penal do ambiente, consumidor, patrimônio genético e saúde pública*. Organizadores: Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 (coleção doutrinas essenciais: direito penal econômico e da empresa, v.3).

REALE JÚNIOR, Miguel. Razão e subjetividade no direito penal. In. *Teoria geral da tutela transindividual*. Organizadores: Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Coleção doutrinas essenciais: direito penal econômico e da empresa; v.1.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIOS, Rodrigo Sánchez. *O Crime Fiscal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1998.

ROCHA, João Luiz Coelho da. A Lei 8.137/1990 e a prisão por débito tributário. In *Direito Penal da Administração Pública*. Luiz Regis Prado, René Ariel Dotti (organizadores). São

Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais: direito penal econômico e da empresa; v.5).

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito penal económico: uma política criminal na era compliance*. Coimbra: Edições Almedina, 2019.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal*. Tradução: André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

ROXIN, Claus. *Novos estudos de direito penal*. Organização: Alaor Leite. Tradução de Luís Greco et al. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade Financeira. Contribuição à compreensão da gestão fraudulenta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

RUIVO, Marcelo Almeida. Os crimes de Sonegação Fiscal (arts. 1º e 2º, Lei 8.137/90). *Crimes contra a ordem tributária: do direito tributário ao direito penal*. Organização: Gisele Barra Bossa, Marcelo Almeida Ruivo. São Paulo: Almeida, 2019.

RUIVO, Marcelo Almeida. RUIVO, Marcelo Almeida. Criminalidade Fiscal e Colarinho Branco: A Fuga ao Fisco é Exclusividade do White-Collar? In. COSTA, José de Faria;

SAAD-DINIZ, Eduardo. Corrupção e compliance no Brasil. In. *Corrupção, direitos humanos e empresa*. Organizadores: Eduardo Saad-Diniz e Victória Vitti Laurentiz. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

SANTIN, Valter Foletto. *Crime econômico no comércio de combustível adulterado*. São Paulo: Editora Verbatin, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e Direitos Fundamentais: o Direito Penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Opinião Jurídica*, v. 4, n.7, 2006, p. 190-191. Disponível em: <<https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2134>> Acesso em 30 nov. 2021

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Thiago. *Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Dez teses sobre a relação dogmática penal com a política criminal e com a prática do sistema penal*. In: *Direito penal racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica*. Coordenação e tradução: Adriano Teixeira. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

SCHÜNEMANN, Bernd. La misión o tarea de la dogmática jurídica (penal) como cuarto poder. In: *El Derecho Penal em El Estado Democrático de Derecho y el irrenunciable nivel de racionalidad de su dogmática*. Traducción; CAÑADILLAS, Raquel Roso [et. al]. *Colección Ciencias Penales*. Madrid: Reus Editorial, 2019.

SCHÜNNEMANN, Bernd. O Direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! Sobre os limites invioláveis do Direito Penal em um Estado de Direito Liberal. In. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação: Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. Juristas e ditaduras: uma leitura brasileira. In. FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. *História do Direito e Perspectiva: do antigo regime à modernidade*. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

SERPA, Verena Guerios. *A seletividade penal nos crimes de furto e descaminho julgados pelo Supremo Tribunal Federal*. Monografia: Universidade de Brasília (UnB). Orientadora: Ela Wiecko. Disponível em:
<https://bdm.unb.br/bitstream/10483/23407/1/2018_VerenaGueriosSerpa_tcc.pdf> Acesso em 23 mai. 2021

SILVA DIAS, Augusto. Crimes e contra-ordenações fiscais. In. *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*. Vol. II. Problemas Especiais. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

SILVA DIAS, Augusto. O Novo Direito Penal Fiscal Não Aduaneiro (Decreto-Lei n 20-A/90, de 15 de janeiro). Considerações Dogmáticas e Político-Criminais. In *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*. Vol. II. Problemas Especiais. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

SILVA DIAS, Augusto. What if Everybody did it? Sobre a (in)capacidade de ressonância do Direito Penal à Figura da Acumulação. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Janeiro-Março 2003, Ano 13, nº 1, Coimbra Editora.

SILVA SANCHEZ, Jesus-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução: Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002

SILVA, Lucas Nogueira Rodrigues da; CARVALHO, Gisele Mendes de. O Direito Penal do Inimigo e sua infundável contradição com a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio estruturante do Direito Penal. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 34, p. 17-48, jun. 2021. ISSN 2317-3882. Disponível em:
<<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/1614>>. Acesso em: 29 jun. 2021.

SILVA, Lucas Nogueira Rodrigues da; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. O *standard* probatório necessário ao oferecimento da denúncia em face de agentes públicos e privados pelo tipo penal do art. 90 da Lei 8.666/93. In. *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*. Ano 2, vol. 5, jan-mar., 2021.

SILVA, Lucas Nogueira Rodrigues da; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. Resenha crítica da obra “entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil”, de Marcelo Neves. In. *Direitos Fundamentais e Judicialização de Políticas Públicas* / Lilian Cazorla do Espírito Santo Nunes (Organizadora), Thiago Guerreiro Bastos (Organizador), Alessandra Dale Giacomini Terra (Organizadora) – Rio Bonito-RJ: Hipótese, 2021, p. 141-158. Disponível em: Disponível em:
<<https://drive.google.com/file/d/1V2IG0wX-98MaLSacC1c7ptCdCnqywZsc/view>> Acesso em 22 ago. 2021

SILVA, Lucas Nogueira Rodrigues da; PUPULIM, Pedro Henrique Lenzi. O estatuto da igualdade racial pela jurisprudência brasileira: panorama de decisões e matérias abordada; *Anais do VI Seminário Internacional de Direitos Humanos: SEMIDI* [livro eletrônico]: desenvolvimento global e concretização dos direitos humanos na sociedade contemporânea: vulnerabilidades e sustentabilidade. -- Volta Redonda, RJ: Editora Jurismestre, 2020, p. 225-243. Disponível em: < http://www.lo.unisal.br/direito/semidi/ANAIIS_SEMIDI.pdf> Acesso em 24 jul. 2021

SILVA, Marco Antonio Nascimento da. Direito Penal, *Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier-Latin, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

SILVEIRA, Renato. A ideia penal sobre a corrupção no Brasil. *Direito Penal da Administração Pública*. Luiz Regis Prado, René Ariel Dotti (organizadores). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais: direito penal econômico e da empresa; v. 4).

SOUKI, Hassan Magid de Castro. *Análise da expressão “floresta” inserida no artigo 38 da Lei 9.605/98*. Portal Migalhas, 05.11.2013. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/189690/analise-da-expressao--floresta--inserida-no-artigo-38-da-lei-9-065-98>> Acesso em 18 ago. 2021

SOUSA, Susana Aires de. Os Crimes Fiscais em Portugal. *Crimes contra a ordem tributária: do direito tributário ao direito penal*. Organização: Gisele Barra Bossa, Marcelo Almeida Ruivo. São Paulo: Almeida, 2019.

SOUSA, Susana Aires de. *Os crimes fiscais: análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

SOUSA, Susana Aires de. *Questões fundamentais de direito penal da empresa*. Coimbra: Edições Almedina, 2019.

SOUZA, Jessé de. *A elite do atraso*. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2019.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal Econômico – Fundamentos, Limites e Alternativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. O meio ambiente (natural) como sujeito passivo dos crimes ambientais. In. *Direito Penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Coimbra Editora, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa de Direito, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, Casa do Direito, 2017.

SUTHERLAND, Edwin H. *White-Collar Criminality*. American Sociological Review, Vol. 5, No. 1. Fevereiro, 1940

TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Tradução: Lorenzo Córdova Vianello. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin; DULTRA, Jhonatan Silva de Sousa. Utilidade Argumentativa do Precedente Judicial como fundamento para a integração das decisões judiciais. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 14. Volume 21. Número 1. Janeiro a Abril de 2020, p. 372. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/43557> > Acesso em 28 jul. 2021.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Función simbólica y objeto de protección del derecho penal. In. *Pena y Estado: revista hispano latinoamericana*. n. 1, 1991.

TORON, Alberto Zacharias. *Habeas corpus: o controle do devido processo legal: questões controvertidas e de processamento do writ*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, volume 4. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TREVISAN, Rosaldo; CLEMENTI, Thathyana Weinfurter Assad. A aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho. *Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília (RVMD)*, Brasília, V. 11, nº 2, p. 377-408, Jul-Dez. 2017. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/download/9465/5696>> Acesso em 22 mai. 2021

VALENTE, Victor Augusto Estevam. Lei Anticorrupção: aspectos penais e processuais penais à luz do diálogo das fontes. *Boletim do IBCCRIM*, Ano 23, Edição nº 278, Janeiro, 2016, p. 7-8. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/6402/>> Acesso em 05 jun. 2021

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

VON HIRSCH, Andres; JAREBORG, Nils. Gauging Criminal Harm: A Living-Standard Analysis. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 11, No. 1 (Spring, 1991), Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/764504?origin=JSTOR-pdf>> Acesso em 19 jun. 2021

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fones, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Abertura: Conferência: Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito*. In. KARAM, Maria Lúcia (Organizadora). *Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A questão criminal*. Tradução: Sérgio Lamarão. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução: Vania Romano Pedrosa. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Sistemas Penales y derechos humanos en américa latina (informe final) – Documento final del programa de investigación desarrollado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (1982-1986)*. Coordinador: Profesor Doctor Eugenio R. Zaffaroni. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1986, Disponível em: <<http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/10909>> Acesso em 22 mai. 2021.