

A FUNDAMENTAÇÃO DOS DELITOS CUMULATIVOS: AUTONOMIA, LEGITIMIDADE E REQUISITOS LEGISLATIVOS

THE GROUNDS FOR CUMULATIVE OFFENSES: AUTONOMY, LEGITIMACY AND LEGISLATIVE REQUIREMENTS

Ítalo de Assis Marqueti Rodrigues

Bacharelado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8396712987861146>

ORCID: 0000-0001-9842-794X

italo.marqueti@gmail.com

Resumo: O presente artigo aborda os fundamentos e críticas referentes à espécie dos delitos cumulativos, estrutura do delito pertencente ao gênero do perigo abstrato, com o objetivo de aferir a sua legitimidade. Foram abordadas fundamentações tradicionais de natureza moral (o argumento do *free rider*) e consequencialista (o argumento da acumulação), porém recorreu-se a uma proposta de fundamentação voltada exclusivamente para a teoria do bem jurídico, considerando a autonomia como elemento intrínseco ao bem jurídico coletivo. Foram apontados dois requisitos de criminalização, restringindo a atuação legislativa, sendo eles (i) o real potencial de acumulação da conduta proibida e (ii) a fática concretização do dano (violação da autonomia) no caso de reiteração das condutas.

Palavras-chave: Delito Cumulativo - Perigo abstrato - Autonomia - Teoria do Bem Jurídico.

Abstract: The present research addresses the fundamentals and criticisms regarding the type of cumulative delicts, structure of delict belonging to the genre of abstract danger, with the objective of assessing the legitimacy of that figure. Traditional fundamentals of moral philosophy (*free rider* argument) and consequentialism (accumulation argument) were addressed, however a proposal of a fundamental focused on the theory of legal interest was made, considering autonomy as an intrinsic element of collective legal interest. Two criminalization requirements were identified, restricting the legislative production, which are (i) the real potential for accumulation of the prohibited conduct and (ii) the materialization of the damage (autonomy violation) in the case of reiteration of the conducts.

Keywords: Cumulative Delict - Abstract danger - Autonomy - Legal Interest Theory.

Ao buscar desenvolvimento e progresso, a sociedade moderna submete a risco bens essenciais para o indivíduo e para a sociedade, como o meio ambiente. Porém, condutas, a princípio inócuas, acabam captadas nessa busca por segurança, práticas essas que, por vezes, não se amoldam às figuras do dano ou do perigo concreto. Nesse contexto, surge a espécie dos delitos cumulativos. Porém, a criminalização de condutas inócuas não coaduna com a função do Direito Penal, qual seja, a proteção de bens jurídicos. Logo, a justificativa dogmática para a categoria de delitos cumulativos deve passar por crivos muito delimitados do Direito Penal. Ao justificar um método de proteção a bens jurídicos, alarga-se a liberdade do legislador de produzir tipos penais. O presente trabalho analisará a legitimidade dessa categoria de delito por meio de seus fundamentos dogmáticos.

As espécies internas do gênero de perigo abstrato têm por critério de subdivisão o potencial de risco a que se expõe o bem jurídico. São três as espécies de delitos identificadas: conduta concretamente perigosa, preparação e cumulação.¹ No presente artigo serão analisados os delitos cumulativos.

Os delitos cumulativos buscam alcançar aquelas condutas que, se reproduzidas por número considerável de pessoas, viriam a lesar bens jurídicos. Porém, há de se apontar as nuances do conteúdo dessa espécie, para aferir a legitimidade da figura por meio de sua fundamentação.

O primeiro argumento de fundamentação a ser analisado tem por base a filosofia moral. A sociedade tem por base a cooperação, uma vez que, se o individualismo fosse a regra, o Estado Democrático

de Direito não seria a figura de organização social majoritária. A cooperação é condição de existência da sociedade, cabendo sua preservação por si só, o que acarreta um dever moral de comportamento cooperativo, unindo os indivíduos em direção e sentido comuns.² Porém, os argumentos de filosofia moral devem ter molde adequado para adentrar os limites da filosofia jurídica, mais especificamente da dogmática penal.

O exemplo tradicional de violação do dever moral de cooperação é o do *free rider*,³ o viajante sem bilhete. Estando a sociedade orientada no sentido de preservar o serviço público de transporte, todos deveriam, em tese, pagar pelo bilhete. Aquele que se aproveita da existência de transporte público, viabilizada somente pela conformidade da conduta dos demais ao dever de pagamento, e tira proveito, obtém vantagem às custas da sociedade que se compromete a carregar o ônus da manutenção desse sistema. Residiria nesse desbalanço jurídico/econômico, decorrente de violação de igualdade de direitos e deveres natural do Estado Democrático de Direito, o desvalor da conduta do *free rider*.⁴ O serviço de transporte público seria o elemento equivalente ao objeto da ação e o bem jurídico coletivo a ser preservado pela proibição seria o dever moral de cooperação.

O desvalor de ação existe, porém, há resultado danoso da conduta do *free rider*? A mera obtenção de vantagem lesa o bem jurídico? No exemplo, a sociedade retratada tem por sentido comum a preservação do transporte público por meio da cooperação; logo, o desrespeito à regra moral por um indivíduo não acarreta lesão ao bem protegido, uma vez que toda sociedade suportará o ônus. A própria base do exemplo afasta o resultado danoso da conduta,

inviabilizando sua utilização para justificar a relevância penal da preservação do dever moral de cooperação.⁵ O argumento sinaliza para a desnecessidade da estrutura dos delitos cumulativos, logo, deve ser afastado como fundamentação da figura analisada.

Resta partir para análise do segundo argumento, aquele que trata da lógica da acumulação. A sociedade pós-revolução industrial pode ser considerada uma sociedade de risco, onde a ampliação da possibilidade de causação de dano leva à exposição constante de bens a riscos.⁶ A microlesão ou exposição a risco são situações culturalmente esperadas; uma vez não proibida a contribuição individual, a sua reiteração é a regra nesse contexto social, logo, a tutela estatal seria necessária.⁷ Para promover a adequação social em um contexto de risco, a lógica do grande número demanda a atuação estatal frente à individualidade do cidadão. Porém, não parece adequado imputar àquele que realiza um contributo ínfimo a responsabilidade pela possibilidade de dano em caso de reiteração do mesmo comportamento por terceiro.⁸ Essa forma de punição partiria de uma ideia de desconfiança sobre todos os indivíduos, o que seria uma atuação Estatal puramente contracultural, fim estranho ao Direito Penal.

Silva Dias encerra sua análise nesse ponto, declarando esgotados os meios de fundamentação do delito cumulativo, afirmando tratar-se de estrutura ilegítima.⁹ Porém, as recentes contribuições de **Siqueira** para a teoria do bem jurídico individual trazem nova perspectiva de fundamentação, focada na autonomia como elemento intrínseco ao bem jurídico.

O bem jurídico encontra posição analítica dentro da tipicidade, uma vez que o conceito material de crime é definido como conduta que lesa ou expõe a risco de lesão o bem jurídico. Assim, o resultado típico recai sobre um bem jurídico protegido. Em consonância com a definição de bem jurídico de **Greco, Siqueira** aponta que os bens jurídicos individuais devem se destinar ao livre desenvolvimento da personalidade e à realização dos direitos fundamentais do indivíduo.¹⁰ Logo, a disposição do bem jurídico em favor dos interesses de seu titular não acarreta resultado típico; pelo contrário, evidencia a atipicidade em decorrência da ausência de resultado.¹¹ A disposição de seus próprios bens jurídicos reafirma o seu valor, sendo essa uma das mais importantes conclusões da interpretação liberal da teoria do bem jurídico. Essa disposição deve decorrer da vontade do titular, uma vez que a proteção dos bens jurídicos surge exatamente para garantir o uso e aproveitamento deles por este indivíduo. A autonomia, conceito que engloba esse poder de disposição, pode ser compreendida como um direito de viver segundo a sua própria concepção de vida boa, determinando as próprias regras.¹² O reconhecimento da autonomia possui fundamento constitucional tanto como componente indissociável da dignidade humana (art. 1º, III, da CR/88) quanto da liberdade geral de ação (art.5º, caput, CR/88).¹³

Conclui-se: a autonomia compõe o conceito de bem jurídico, pois somente quando violada poderá haver resultado típico nos bens jurídicos individuais. O conjunto composto por definição de resultado, conceito material de crime, bem jurídico individual e lesão, leva à inevitável internalização da autonomia ao conceito de bem jurídico, imbuindo o ideal protegido do potencial exercício da vontade do indivíduo.

A autonomia é elemento dos bens jurídicos individuais, porém, quando tratamos de bens jurídicos coletivos, algumas considerações devem ser feitas para justificar a inserção desse novo elemento. Primeiramente, bem jurídico é dado essencial para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social,¹⁴ não havendo sinalização alguma se seriam os fins dos bens jurídicos coletivos a subsistência do sistema social ou realização pessoal dos indivíduos. Nos moldes da concepção de **Greco**, deve-se considerar que os bens jurídicos coletivos, bem como os individuais, servem tanto para um quanto para outro fim, verificando-se, no caso concreto,

qual dos dois foi afetado. Portanto, os bens jurídicos coletivos são destinados, também, à realização pessoal de indivíduos.

A aparente lesão que recai sobre a capacidade de “realização do indivíduo”, por meio da afetação de um bem jurídico, será afastada, uma vez que se verifique estar de acordo com a autonomia. São exemplos a atipicidade da lesão corporal causada na realização de uma tatuagem, bem como a não punição das relações sexuais consentidas, afastada a figura do estupro, e do assenhoramento de coisa alheia por meio de doação, que não é considerado furto.¹⁵ O que afasta a tipicidade é o consentimento, a expressão da autonomia dentro da tipicidade e, uma vez não verificado, a conduta poderá ser considerada criminosa.¹⁶

Logo, o prejuízo injustamente causado ao poder de disposição de um indivíduo sobre um bem jurídico coletivo, atrelado a uma mínima alteração material, será um ataque ao bem jurídico em si, pois a autonomia afetada faz parte do bem jurídico tutelado. Caso seja violada a autonomia por qualquer afetação material, estará configurada lesão ao bem jurídico. Resumindo: uma vez que seja afetada a “realização pessoal de um indivíduo” por meio da redução do seu poder de disposição sobre determinado bem jurídico, por meio de afetação material, estará configurado o resultado típico, pouco importando se tratamos de bens jurídicos coletivos ou individuais, uma vez que a realização do indivíduo pode se dar por meio de ambos. A autonomia não está atrelada à classificação do bem jurídico como individual, mas à função desse bem jurídico de atender à realização pessoal de um indivíduo.

As dificuldades encontradas nas anteriores tentativas de fundamentação foram: a identificação de resultado danoso da conduta e a imputação de resultados derivados da conduta de terceiros a sujeitos individualizados. Em ambos os casos, deve-se observar a conduta individualmente considerada, buscando a justa imputação.

Uma vez reconhecida a autonomia como componente do bem jurídico coletivo, temos bens jurídicos que têm diversos titulares do poder de disposição. Além disso, o exercício de autonomia que afete materialmente o bem jurídico e transborde o limite estabelecido pela autonomia de outrem configura lesão contra o bem jurídico. Portanto, a conduta de um titular do poder de disposição que vá contra a autonomia alheia, por meio do exercício desse poder, tem como resultado a violação de elemento intrínseco do bem jurídico coletivo: a autonomia alheia. Em razão da utilização desse conceito de resultado, o eventual dano a ser ocasionado pela reiteração de condutas por terceiros deve incidir sobre a autonomia, o potencial de disposição do bem jurídico por um de seus titulares.

Nos bens jurídicos coletivos, visualiza-se menos a lesão contra o ideal abstrato que a violação do potencial de disposição por meio de uma afetação material mínima. A conduta que, uma vez reiterada, venha a afetar a realização pessoal individual, por meio da redução da disponibilidade do bem jurídico, é passível de criminalização, mesmo que a afetação material seja de caráter ínfimo. Isso se verifica mesmo quando o dano material parece insignificante diante da grande magnitude do bem jurídico. O conceito de bem jurídico vincula sua existência à função de satisfação dos indivíduos e, portanto, uma vez verificado prejuízo nesse sentido, a proibição da conduta é razoável.

Partamos, então, para a imputação individualizada do dano dependente da conduta de terceiros para sua concretização. Ao tratar da espécie cumulativa, as características do gênero do perigo abstrato se fazem presentes, justificando o adiantamento da punição para evitar a concretização de dano irreversível ou de difícil reparação. Uma vez confirmada a provável reiteração de condutas pelos indivíduos de uma sociedade e verificada a afetação material do bem jurídico, como consequência da reiteração, de forma a limitar o poder de disposição de seus titulares, temos a possibilidade de criminalizar o contributo individual por meio de delitos de perigo

abstrato. Mesmo que alheia à vontade do agente, a reiteração da conduta por terceiros deve ser considerada previsível; logo, não se pode contar com a não reiteração, o que seria desarrazoado e baseado em expectativas contrárias à realidade, como aquele que comete um furto de cédulas fungíveis contando que outrem deixará o mesmo valor no mesmo local, suprimindo o resultado danoso de sua conduta antes que seja perceptível aos olhos do titular daquele patrimônio.

Restam a serem analisadas questões de aplicação, como o cabimento do princípio da insignificância e a limitação do exercício da autonomia baseado no princípio da preservação.

Badaró, em sua exploração, busca os pré-requisitos para a criminalização dos delitos cumulativos, sintetizando material de grande valor acadêmico,¹⁷ culminando em posterior artigo que trata especificamente dos delitos cumulativos contra o meio ambiente. O meio ambiente é o exemplo mais utilizado e discutido, mesmo que a estrutura atenda aos demais bens jurídicos coletivos. Porém, o destaque para o meio ambiente não decorre do fato de ser objeto de tutela e estudo de ramo autônomo do Direito, o que propicia a produção acadêmica e normativa, em parte aplicável para os demais bens jurídicos coletivos. Destacam-se dois princípios do Direito Ambiental. Primeiro, o princípio da prevenção, que se ocupa dos danos cientificamente previsíveis e respaldados empiricamente, e o princípio da precaução, que aponta que a incerteza científica da ocorrência do dano não deve ser fator impeditivo para a tomada de medidas efetivas de prevenção.¹⁸

Temos conjunto normativo-principiológico que se ocupa de ilidir dano irreversível, adiantando a tutela de maneira preventiva. Muito comum é o reconhecimento da difícil reversibilidade do dano ambiental, entendimento que serve para os demais bens jurídicos coletivos, como a confiança na moeda que, uma vez abalada por delitos, dificilmente retomarará o valor atribuído a ela anteriormente.¹⁹ Uma vez justificada a aproximação do Direito Ambiental ao tema debatido, deve-se atentar para os requisitos a serem atendidos para a criminalização de condutas cumulativas.

A estrutura delitiva em análise deve contemplar condutas que têm real potencial de lesão ao bem jurídico. Em razão disso, dois requisitos foram levantados em busca de limitar a atuação do

legislador ao criminalizar condutas cumulativas.

O primeiro deles se refere ao real potencial de acumulação das condutas,²⁰ fator verificável atualmente por meio de estudos provenientes da criminologia e de outras áreas das ciências sociais. Uma vez detectada a baixa possibilidade de acumulação, não haverá necessidade de criminalização, já que a afetação da autonomia de terceiros pela conduta de um único sujeito é imperceptível e não acarretará consequências concretas sobre o exercício da vontade daqueles. O ideal é que seja quantificado um índice de reiteração, permitindo verificar quantas condutas seriam praticadas dentro de um determinado número de habitantes caso não fosse criminalizada. A prerrogativa de estimar é do legislador, porém, sua discricionariedade não pode imperar, uma vez que ele deve orientar-se pelos conhecimentos das ciências empíricas e exercer seu dever de verificação, buscando os conhecimentos necessários,²¹ seja por meio de censos, artigos e estudos específicos.

O segundo requisito é aquele que verifica o real prejuízo do bem jurídico caso as condutas venham a ser praticadas de acordo com o índice definido pelo primeiro requisito.²² Verifica-se, agora, da aproximação do risco ao dano, pois no primeiro momento foi contemplado o real potencial de acumulação, vinculando a conduta a um risco de lesão ao bem jurídico e, nesse segundo momento, deve ser verificada a concretização do dano, uma vez que as condutas sejam praticadas dentro da previsão indicada pelo primeiro requisito.

Para isso, é necessário o respaldo nas ciências empíricas, que deve garantir a concretização deste dano caso as condutas sejam cumuladas.²³ Temos que observar o prejuízo do potencial exercício da vontade de terceiro sobre o bem jurídico lesado, ou seja, a alteração das propriedades e características do bem jurídico, de forma a reduzir o potencial de satisfação que lhe era atribuído antes da reiteração da conduta. Logo, a conduta tipificada jamais terá resultado insignificante, uma vez que o resultado normativo previsto terá sua relevância previamente verificada.

Como síntese, temos a verificação da legitimidade dos delitos cumulativos, com fundamento na teoria do bem jurídico, considerando os bens jurídicos coletivos como bens jurídicos de autonomia limitada, desde que atendidos os requisitos de criminalização.

Notas

¹ HIRSCH; WOHLERS, 2007, p. 288.

² HIRSCH; WOHLERS, 2007, p. 300 e ss.

³ SILVA DIAS, 2003, p. 316/318.

⁴ SILVA DIAS, 2003, p. 317.

⁵ BECK, 2010, p. 21 e ss.

⁶ SILVA DIAS, 2003, p. 311.

⁷ SILVA DIAS, 2003, p. 310/312.

⁸ SILVA DIAS, 2003, p. 320.

⁹ SILVA DIAS, 2003, p. 335/337.

¹⁰ SIQUEIRA, 2019, p. 192.

¹¹ SIQUEIRA, 2019, p.196.

¹² GRECO; SIQUEIRA, 2017, p. 649.

¹³ SIQUEIRA, 2019, p.128.

¹⁴ GRECO, 2004, p. 107.

¹⁵ SIQUEIRA, 2019, p.192.

¹⁶ Essa postura ainda é minoritária, já que a doutrina majoritária assume que no caso de lesão corporal consentida temos o afastamento da antijuridicidade e a figura do acordo afastaria a tipicidade no caso de furto e de estupro. (SIQUEIRA, 2019, p. 175 e ss.).

¹⁷ BADARÓ, 2016, p. 275 e ss.

¹⁸ FIORILLO, 2019, p. 99 e ss.

¹⁹ HEFENDEHL, 2016, p. 78/79.

²⁰ HIRSCH; WOHLERS, 2007, p. 301.

²¹ HIRSCH; WOHLERS, 2007, p. 301.

²² HIRSCH; WOHLERS, 2007, p. 301/302.

²³ HIRSCH; WOHLERS, 2007, p. 302/303.

Referências

BADARÓ, Tatiana. *Bem jurídico-penal supraindividual*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF, 1988.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GRECO, Luís. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato - Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e a estrutura do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, Brasil, v.12, n. 49, p. 89-147, jul./ago. 2004

GRECO, Luís; SIQUEIRA, Flávia. Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no direito penal médico. *Studia Jurídica*. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade

(vol. 1), v. 108, p. 643-669, 2017.

HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como a pedra angular da norma penal. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

HIRSCH, Andrew Von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. In: ALCÁCER, Rafael; MARTÍN, María; URBINA, Iñigo (eds.). *La Teoría Del Bien Jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

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*, Coimbra, a. 13, n. 3, p. 303-319, jul./set. 2003.

SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

Recebido em: 02.07.2021 - Aprovado em: 13.09.2021 - Versão final: 19.10.2021