

DAIANE AYUMI KASSADA

Concorrência normativa no direito penal: reflexões à luz dos crimes ambientais

Dissertação de Mestrado

Orientadora: Professora Associada Dra. Helena Regina Lobo da Costa

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2020

DAIANE AYUMI KASSADA

Concorrência normativa no direito penal: reflexões à luz dos crimes ambientais

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, sob a orientação da Professora Associada Dra. Helena Regina Lobo da Costa.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2020

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Kassada, Daiane Ayumi

Concorrência normativa no direito penal:
reflexões à luz dos crimes ambientais ; Daiane Ayumi
Kassada ; orientadora Helena Regina Lobo da Costa --
São Paulo, 2020.

255 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em
Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) -
Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo,
2020.

1. Concurso aparente de normas penais. 2.
Concurso de delitos. 3. Crimes ambientais. 4.
Princípio do ne bis in idem material. 5. Princípio da
íntegra valoração do fato. I. Costa, Helena Regina
Lobo da, orient. II. Título.

Nome: KASSADA, Daiane Ayumi

Título: Concorrência normativa no direito penal: reflexões à luz dos crimes ambientais

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo como exigência parcial para
obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Dedico a Deus, com toda minha gratidão.

AGRADECIMENTOS

Chegar ao final deste ciclo e olhar ao meu redor é me dar conta de que realmente nenhum grande sonho ou projeto de vida se realiza sozinho. São muitas as pessoas que me ajudaram a trilhar esta caminhada e, portanto, de todo coração, agradeço:

À Helena Regina Lobo da Costa. Em primeiro lugar, por mais que eu me esforçasse e desse o melhor de mim todos os dias ao longo deste período, este trabalho, certamente, não teria se concluído de forma alguma sem a constante e afetuosa orientação de quem, generosamente, me dirigiu. Não há, notoriamente, palavras à altura para agradecê-la, na medida em que ela representa muito mais para mim: uma verdadeira inspiração e exemplo para todos os aspectos da vida. Helena, muito obrigada por toda cumplicidade desde o primeiro dia desta jornada, por todas as experiências acadêmicas e de vida que me proporcionou, por cada oportunidade de aprender e conhecer algo novo, por ver cada pequena evolução minha quando para mim era completamente invisível, pela presença em momentos tão difíceis, pelo companheirismo, por transformar a dedicação e o esforço diários em momentos de realização e gratidão, pela oportunidade de me autoconhecer a cada passo nesta trajetória. Muito obrigada por cada segundo de atenção dada gentilmente em cada mínimo detalhe. É e sempre será uma alegria enorme compartilhar experiências contigo e estar ao seu lado. Muito obrigada por todo comprometimento e por absolutamente tudo.

À Érika Mendes de Carvalho, por ter sido a principal responsável pela minha trajetória acadêmica desde o meu primeiro contato com o Direito Penal no meu 2º ano da graduação em Direito na Universidade Estadual de Maringá e desde então sempre foi uma grande incentivadora dos meus passos e uma verdadeira amiga. Inexoravelmente é uma das pessoas pela qual eu nutro um profundo e eterno carinho e infinita gratidão, bem como sempre ocupará um lugar especial no meu coração.

A Luis Gracia Martín, por ter me recebido com muita gentileza, hospitalidade e cordialidade nas duas oportunidades que estive na Universidad de Zaragoza (2018/2019) para um período de pesquisa e estudos referente a este trabalho, o qual me foram dadas todas as condições necessárias para tanto. Agradeço também por todo o seu esforço para que os meus dias em Zaragoza e no Pueblo de María de Huerva (onde pude pesquisar e escrever na sua biblioteca) fossem os mais agradáveis e felizes possíveis, os quais guardarei sempre com muito carinho no meu coração. Luis, muito obrigada pela sua

amizade e por me ensinar tantas coisas sempre com um humor único e de forma tão especial.

À Estrella Aisa Escuchuri, por ter me recebido, sob seus cuidados, com muito carinho na Universidad de Zaragoza para um período de pesquisa, pela companhia e atenção durante toda a minha estadia; por ter me proporcionado acesso a diversos materiais que foram fundamentais para a elaboração deste estudo; pela constante disponibilidade ao diálogo sobre este tema no qual é autoridade reconhecida que muito me foi valiosa para as reflexões realizadas nesta pesquisa; por ter proporcionado um Natal muito especial junto à sua família tão acolhedora em 2018 no Pueblo de Funes e dias muito felizes em Zaragoza.

À Mariângela Gama de Magalhães Gomes, por ter me apresentado a Universidade de São Paulo no final de 2013 em uma agradável circunstância da vida que me fez um dia sonhar estudar aqui; por, através da leitura de seus estudos publicados (sempre com muita excelência), me ajudar a realizar este sonho e, mais do que isso, por ter sido minha professora durante esta trajetória, bem como me dado valiosas contribuições para este estudo na minha banca de qualificação.

Aos Professores do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo por todo aprendizado nas aulas ministradas ao longo deste período.

Aos Professores da Universidad Pompeu Fabra (Jesús-María Silva Sánchez, Nuria Pastor Muñoz, Raquel Montaner Fernández, Ramon Ragués I Vallès e Ricardo Robles Planas) que me receberam de forma muito gentil em Barcelona neste *campus* universitário em janeiro de 2019 e pela generosa disponibilidade em dialogar sobre este tema que resultaram em reflexões importantes para este estudo.

Ao Professor José Luis de la Cuesta Arzamendí que me recebeu no Instituto Vasco de Criminologia da Universidad País del Vasco em San Sebastián em dezembro de 2018, oportunidade em que, gentilmente, forneceu materiais relevantes para a realização deste trabalho, bem como pela frutífera troca de ideias acerca do presente tema.

À Ingeborg Puppe pela agradável e frutífera troca de ideias sobre concurso de crimes na Alemanha, na qual é autoridade reconhecida, no Parque Trianon quando estive em São Paulo em 2018.

Às turmas 01 de *Compliance* e 05 de Direito Penal Econômico da FGVLaw (nas quais pude ter o privilégio de ser monitora das mesmas por um ano e meio), aos respectivos Professores(as) e à Coordenação Acadêmica, pelo período de muito aprendizado e de grandes amigos(as).

Ao curso de Formação de Defensores(as) Públicos(as) do Estado de São Paulo, pela generosa oportunidade de ministrar minha primeira aula na condição de Professora.

Ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), em especial à biblioteca onde desenvolvi grande parte da escrita deste estudo na companhia dos bibliotecários Anderson e Simone que sempre me proporcionaram o melhor ambiente para que eu pudesse me dedicar a esta pesquisa e à minha equipe de trabalho do Boletim do IBCCRIM.

Ao Programa de Excelência Acadêmica da Capes (PROEX/Capes) pelo financiamento parcial que viabilizou a apresentação de parte deste estudo no *II AIDP Symposium for Young Penalists* ocorrido na Luiss Guido Carli University em Roma em novembro de 2019 com o tema "The Criminal Law Protection of our Common Home. On the Criminal Justice Protection of the Environment, the Climate and the Biodiversity", cujas discussões realizadas neste evento foram importantes para a reflexão do objeto desta pesquisa.

Aos funcionários (em geral) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, por todo auxílio precioso conferido ao longo deste período.

À minha mãe Edna, por ser o meu maior exemplo de amor e fortaleza.

Aos meus irmãos Alex e Danielle e à minha Batian, pelo apoio, incentivo e companhia constante ao longo desta trajetória mesmo fisicamente distantes.

À família Miyazima, Yásmin Fujii, Sofia Martinelli, Graziela Viol, Tamara Morisugi, Leonardo Agapito, Túlio Felipe, Luigi Ferrarini, Willians Meneses, José Roberto Macri Jr., Jéssica Sponchiado, Claudio Camargo dos Santos, Beatriz Corrêa Camargo, Gustavo Noronha de Ávila, Juarez Tavares, Heloísa Estellita, Carlos Ayres, Marcos Galileu Lorena Dutra, Diogo Rais, Luiz Henrique Bianchi, Ramon Alberto dos Santos, Pablo Alflen, Stephan Doering Darcie, Toshie Takeda Endo e Maria dos Remédios. Cada um de vocês sabe o motivo da minha eterna gratidão. Muito obrigada por terem feito desta trajetória uma grande experiência de vida!

RESUMO

KASSADA, Daiane Ayumi. *Concorrência normativa no direito penal: reflexões à luz dos crimes ambientais*. 2020. 255 p. Dissertação (Mestrado em: Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

O estudo da questão concursal, esta compreendida pelo concurso de delitos e pelo concurso *aparente* de normas penais, é objeto de muitas discussões de ordem dogmática, especialmente no que diz respeito à ausência de uma clara delimitação entre estes dois institutos. Quando recai sobre uma mesma unidade de fato jurídico mais de um tipo penal surge a tarefa importante de definir se estaremos diante de uma unidade ou pluralidade de delitos. Em relação aos crimes ambientais, esta questão se torna ainda mais relevante, uma vez que há uma grande possibilidade de sobreposição de tipos penais contidos na Lei 9.605/98, o qual será objeto desta pesquisa. Os métodos utilizados são o estudo de casos derivados de debate na jurisprudência pátria e revisão bibliográfica acerca do tema para melhor compreensão e discussão das indagações pertinentes inseridas no âmbito da questão concursal penal-ambiental, o qual possui como fundamento os princípios do *ne bis in idem* material e o da *íntegra valoração do fato*. Ademais discutir-se-á como aplicar os critérios aventados para a solução do concurso *aparente* de normas penais considerando os desafios que podem estar presente em cada um deles levando em conta o sistema de tipos ambientais desenhado pela Lei 9.605/98 que traz uma série de peculiaridades a serem examinadas, bem como verificar-se-á como a análise integrada e sistemática do bem jurídico meio ambiente, estrutura do delito e a respectiva redação penal pode contribuir para um estudo mais adequado da questão concursal no Direito Penal na seara da sobreposição normativa penal-ambiental. Ao final, far-se-á uma proposta de resolução dos casos inicialmente apresentados para refletir criticamente o rendimento teórico dos pressupostos desenvolvidos pela doutrina sobre a questão concursal na concretização prática da relevância temática.

Palavras-chave: Concurso *aparente* de normas penais. Concurso de delitos. Crimes ambientais. Princípio do *ne bis in idem* material. Princípio da *íntegra valoração* do fato.

ABSTRACT

KASSADA, Daiane Ayumi. *Normative overlap in criminal law: Reflections in light of environmental crimes*. 2020. 255 f. Dissertation (Master) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

The study of joinder of offenses and the *apparent* contest of criminal norms is an object that raises many dogmatic-criminal discussions, especially because there is a lack of consensus on a clear delimitation between these two institutes. When it comes to the same unity of legal fact, more than *mens rea*, the important task of defining whether we are facing a unity or plurality of offenses arises. As for the environmental crimes, this issue becomes even more relevant because there is a high possibility of overlapping *mens rea* contained in Law 9.605 / 98, which will be the object of this research. The methods used are the study of cases derived from discussion in Brazilian Courts and literature review on the subject for better understanding and debate of relevant questions inserted in the context of criminal-environmental contest, which is based on the *ne bis in idem material* and the *integrate valuation of the fact* principles. In addition, it will be discussed how to apply the criteria raised for the solution of the apparent contest of criminal norms considering the challenges that may be present in each one of them taking into account the system of environmental *mens rea* designed by the Law 9.605/98 that brings a series of peculiarities to be examined, as well as how the integrated and systematic analysis of the environment legal interest, the crime's structure and its criminal wording can contribute to a more appropriate study of the contest issue in the area of criminal-environmental normative overlap. At the end, it will present a proposal for resolution of the cases initially elaborated to critically reflect the theoretical performance of the assumptions developed by the doctrine on the contest question in the practical realization of relevance issue.

Keywords: *Apparent* contest of criminal norms. Joinder of offenses. Environmental crimes. *Ne bis in idem material* principle. *Integrate valuation of the fact* principle.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA	17
1.1 DELIMITAÇÃO DO OBJETO DE ESTUDO	21
1.2 DO ESTUDO DE CASOS	22
1.2.1 Caso 1	22
1.2.2 Caso 2	23
1.2.3 Caso 3	25
1.2.4 Caso 4	26
2 DA CONCORRÊNCIA NORMATIVA PENAL: UNIDADE E PLURALIDADE DELITIVA	29
2.1 DOS FUNDAMENTOS DA QUESTÃO NORMATIVA CONCURSAL	32
2.1.1 Do princípio do <i>ne bis in idem</i>	32
2.1.2 Do princípio da <i>íntegra valoração do fato</i>	40
2.1.3 Importância dos princípios do <i>ne bis in idem</i> material e da <i>íntegra valoração do fato</i> no âmbito concursal	50
2.2 DO CONCURSO DE DELITOS	51
2.2.1 Do concurso real ou material	61
2.2.2 Do concurso ideal ou formal	61
2.3 DO CONCURSO APARENTE DE NORMAS PENAIS	64
2.3.1 Noções introdutórias	64
2.3.2 Das relações lógico-conceituais das normas penais concorrentes: Ulrich Klug .	74
2.4 DOS CRITÉRIOS DE SOLUÇÃO DO CONCURSO APARENTE DE NORMAS PENAIS	77
2.4.1 Do critério da especialidade	78
2.4.2 Do critério da subsidiariedade	82
3.4.2.1 Do critério da subsidiariedade expressa	84
3.4.2.1 Do critério da subsidiariedade tácita	85
2.4.3 Do critério da consunção	86
3.4.3.1 Dos atos acompanhantes típicos	91
3.4.3.2 Do ato posterior coapenado	93
2.4.4 Do critério da alternatividade	103

2.5 (DES)NECESSIDADE DE PREVISÃO LEGISLATIVA A PARTIR DA EXPERIÊNCIA ESPANHOLA E ALEMÃ	107
2.6 PROPOSTA DE ANÁLISE INTEGRADA DO CONCURSO APARENTE DE NORMAS PENAIS E CONCURSO DE CRIMES NO ÂMBITO CONCURSAL	113
3 DA UNIDADE E PLURALIDADE DE DELITOS NO ÂMBITO DOS CRIMES AMBIENTAIS DA LEI 9.605/98.....	121
3.1 MEIO AMBIENTE COMO BEM JURÍDICO PENAL	122
3.1.1 Vertente ecocêntrica.....	131
3.1.2 Vertente antropocêntrica	132
3.1.3 Vertente antropocêntrica-ecocêntrica	138
3.1.4 Posição adotada	138
3.2. AMPLITUDE DO CONTEÚDO DO BEM JURÍDICO MEIO AMBIENTE	139
3.3 “SISTEMA DE TIPOS” AMBIENTAL: DISTINTAS FORMAS DE LESÃO E PERIGO AO MEIO MEIO AMBIENTE.....	145
3.4 INDAGAÇÕES PRESENTES NO ÂMBITO DA CONCORRÊNCIA NORMATIVA PENAL-AMBIENTAL	160
4 PROPOSTA DE RESOLUÇÃO DOS CASOS	175
4.1 CASO 1: DELITOS AMBIENTAIS PREVISTOS NOS ARTS. 48 E 64 DA LEI 9.605/98: ATO ACOMPANHANTE TÍPICO	176
4.2 CASO 2: DELITOS AMBIENTAIS PREVISTOS NOS ARTS. 38, 38-A, 39 E 46, PAR. ÚNICO DA LEI 9.605/98: ATO POSTERIOR COAPENADO	191
4.3 CASO 3: DELITOS AMBIENTAIS PREVISTOS NOS ARTS. 54 E 60 DA LEI 9.605/98: RELAÇÃO DE SUBSIDIARIEDADE	211
4.4 CASO 4: DELITOS AMBIENTAIS PREVISTOS NOS ARTS. 29 E 38-A DA LEI 9.605/98: CONCURSO FORMAL DE CRIMES AMBIENTAIS	223
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	231
REFERÊNCIAS.....	241

INTRODUÇÃO

A questão concursal no Direito Penal é pouco debatida no Brasil, embora tenha uma clara relevância teórica e prática, pois está diretamente relacionada à definição da existência de uma unidade ou pluralidade delitiva quando incidir mais de uma norma penal sobre um determinado caso concreto. Neste contexto, abrem-se duas possibilidades: reconhecer a configuração do concurso de delitos ou do concurso *aparente* de normas penais.

Diante de uma sobreposição de normas penais sobre um determinado caso concreto surgem diversos questionamentos: a) quais são os requisitos necessários para que se possa afirmar que se está diante de apenas um único delito? b) quais são os fundamentos da questão concursal no Direito Penal? c) é possível admitir a existência de um único delito mesmo em face de uma pluralidade de condutas? d) quais são os critérios que auxiliam na análise do concurso *aparente* de normas penais? e) como o bem jurídico, a estrutura delitiva (de perigo ou de lesão) e a redação legal referentes aos tipos penais envolvidos podem servir de ferramentas dogmáticas na questão concursal?

Desde logo, tais indagações apresentam-se fundamentais para a discussão sobre a concorrência normativa no Direito Penal. Contudo, será conferida à questão concursal ênfase à sobreposição normativa dos tipos penais ambientais como objeto desta pesquisa. No Brasil, o estudo acerca da configuração típica dos crimes ambientais previstos na Lei 9.605/98 é pouco explorado sob a perspectiva da dogmática penal.

Outrossim, a Lei 9.605/98 revela ter pouca efetividade, mas quando a mesma deve ser aplicada, a questão concursal ganha importância em virtude de alta probabilidade de recair sobre um mesmo fato concreto ambiental uma pluralidade de tipos penais previstos no referido diploma legal.

A concorrência normativa no âmbito dos tipos penais ambientais apresenta uma complexidade maior em virtude de uma série de fatores que são próprios desta natureza delitiva, conforme verificar-se-á ao longo deste estudo. Desta forma, adotar-se-ão como métodos o estudo de casos derivados de debate na jurisprudência pátria e revisão bibliográfica acerca do tema para melhor compreensão e discussão das indagações objeto deste estudo.

Este trabalho divide-se em quatro capítulos.

No primeiro capítulo apontar-se-á o problema de pesquisa que será objeto deste estudo, bem como as delimitações metodológicas traçadas para este último com escopo de realizar uma análise mais adequada do ponto de vista da dogmática penal. Outrossim, serão apresentados quatro estudos de casos concretos que foram inspirados em decisões da jurisprudência pátria (com exceção do caso 4) no intuito de apontar quais são as indagações presentes no âmbito da concorrência normativa penal ambiental quando tal tema vem à tona nos debates suscitados nos Tribunais e também de revelar a importância prática de discutir o presente problema de pesquisa.

No segundo capítulo far-se-á um estudo da concorrência normativa no âmbito do Direito Penal, abordando os fundamentos desta, quais sejam, o princípio do *ne bis in idem* material e o princípio da *íntegra valoração do fato*. Posteriormente, realizar-se-á uma breve explanação teórica acerca do concurso de delitos no que tange à sua definição, pressupostos, classificação e aplicação no âmbito do Direito Penal brasileiro. Em seguida, far-se-á um estudo sobre o concurso *aparente* de normas penais quanto ao seu conceito, às questões de ordem teórica envolvidas para sua configuração, os critérios de solução diante de uma sobreposição normativa em que se fazem presentes seus pressupostos para aplicação e um exame acerca da necessidade ou não de previsão legislativa para lidar adequadamente com esta temática. Ao final deste capítulo realizar-se-á uma proposta de análise integrada do concurso *aparente* de normas penais e do concurso de delitos no âmbito concursal.

No terceiro capítulo realizar-se-á um estudo da concorrência normativa voltada à sobreposição dos tipos penais ambientais contidos na Lei 9.605/98 para fins de identificar quando se está diante de uma unidade ou pluralidade de crimes ambientais. Para tanto, far-se-á uma abordagem do meio ambiente enquanto bem jurídico-penal e sua relevância no âmbito concursal, bem como as perspectivas que orientam a proteção do meio ambiente pelo Direito Penal (ecocêntrica, antropocêntrica e antropocêntrica-ecocêntrica) e o conteúdo que deve compreender o conceito de meio ambiente atrelado à estrutura dos delitos para fins de uma adequada tutela penal ambiental. Por conseguinte, discutir-se-á o sistema de tipos ambientais elaborados pelo legislador ao redigir os crimes ambientais previstos na Lei 9.605/98, os quais preveem distintas formas de lesão e colocação em perigo do bem jurídico meio ambiente. Tal discussão levará em consideração as peculiaridades dos tipos penais ambientais na Lei 9.605/98 que culminam em indagações relevantes no âmbito da concorrência normativa penal-ambiental sob a perspectiva da dogmática penal, bem como apresentar-se-ão os limites e desafios que se podem identificar

quando da aplicação dos critérios apontados para solucionar hipóteses de sobreposição de tipos penais que tutelam o meio ambiente.

Por fim, no quarto capítulo apontar-se-á proposta de resolução dos casos inicialmente propostos, examinando criticamente a maneira como foram solucionados pela jurisprudência pátria e se foram decididos em consonância ou não com os pressupostos dogmáticos estabelecidos no presente estudo para fins de analisar a questão de sobreposição de tipos penais ambientais previstos na Lei 9.605/98.

1 APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA

Em relação ao estudo da concorrência normativa de tipos penais incriminadores sob um determinado caso concreto – seja concurso *aparente* de normas penais, seja concurso de delitos - no âmbito do Direito Penal, apesar de ser eventualmente discutido na doutrina brasileira, os autores ainda não chegaram a um consenso acerca de uma clara delimitação entre um concurso de delitos e um concurso *aparente* de normas penais, nem sequer quanto à solução deste último há uniformidade no que diz respeito aos critérios e ao conteúdo das regras tradicionalmente utilizadas para tanto.

Não obstante a constatação da necessidade de um esforço doutrinário maior acerca da questão da concorrência normativa no Direito Penal brasileiro, infere-se que o modo pelo qual o concurso *aparente* de normas penais e o concurso de delitos são normalmente tratados – aquele no campo da mera interpretação da lei penal e este no âmbito da aplicação da pena -, parece proporcionar, *a priori*, a ideia de que configuram aspectos estanques na dogmática penal, isto é, ausência de qualquer relação de dependência ou interferência entre eles, embora, respectivamente, se reconheçam espaços próprios de atuação.

Contudo, um olhar mais detido do tema já poderia demonstrar a importância de (re)pensar a maneira como a questão da concorrência normativa no âmbito penal vem sendo tratada no Brasil, em especial no que tange aos tipos penais ambientais. Conforme ideias iniciais que serão apresentadas oportunamente, revela-se necessária uma reflexão mais detida acerca das estratégias de natureza dogmática para lidar com um tema que cumpre uma das tarefas mais importantes dentro da dogmática penal.

Isto porque chegar à conclusão de imputar ao sujeito a prática de uma pluralidade de delitos quando o(s) seu(s) comportamento(s) transpassa(m) por diversos tipos penais ou decidir pela imputação de apenas um único delito quando de eventual concorrência de figuras típicas é de fundamental relevância para o indivíduo, afinal de contas o fato de responder por apenas um crime ou por mais de um crime refletirá - inevitavelmente - na resposta punitiva contida no ordenamento jurídico penal que o Estado poderá se valer diante deste contexto.

Parece que a dogmática penal foi desenvolvida levando em consideração o cenário mais simples possível, qual seja, um único indivíduo que pratica um só fato que se

enquadra numa única norma penal incriminadora – em particular que tutela um bem jurídico individual - e, portanto, por esta e tão somente por esta responderia.

Por estas razões, muitas vezes, constitui um grande desafio encontrar respostas a questões que adquiriram certa complexidade e dificuldade na análise de casos concretos que envolvam a concorrência concomitante de normas penais incriminadoras para identificar uma unidade ou uma pluralidade delitiva.

Consoante ensinamento de Carlos Creus, podem-se verificar duas hipóteses básicas: “unidad de hecho con pluralidad de encuadramientos típicos y pluralidad de hechos del mismo agente”¹ e tal constatação adquire uma importância ainda maior quando se observa a significativa quantidade de sobreposições normativas possíveis dos tipos penais ambientais contidas especialmente na Lei 9.605/98.

Assim, na prática, infere-se que essa forma de o sujeito praticar uma conduta que se enquadre em uma única norma penal incriminadora – notadamente em face da mencionada grande quantidade de tipos penais contidos no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo, na Lei 9.605/98 – não ocorre na maioria das vezes.

Para melhor compreensão da matéria será apresentada a problematização suscitada em alguns casos concretos que envolvam esta referida sobreposição de normas penais ambientais contidas na Lei 9.605/98, a partir dos quais se desenvolverá a análise de concorrência normativa para identificar se se trata de uma unidade de delito ambiental (e, por consequência, de um concurso *aparente* de normas penais) ou se está diante de um concurso de crimes (seja real/material; seja ideal/formal).

Outrossim, em contextos que envolvam a prática de mais de uma conduta que se enquadre em mais de um tipo penal ambiental já se exige um esforço dogmático mais complexo para a identificação do fato punível em si e a consequente fixação das consequências jurídicas correspondentes.² Desde já, cumpre advertir que este estudo não irá debater sobre esta última questão (em relação às consequências jurídicas no âmbito da aplicação da pena), pois esta demandaria um objeto próprio de investigação.

A concorrência normativa no exame dos casos concretos a serem propostos no item 1.2 deste estudo pode ter duas soluções possíveis, quais sejam: a) reconhecer a configuração do concurso *aparente* de normas penais e, portanto, uma unidade de delito;

¹ CREUS, Carlos. *Derecho penal: parte general*. 4. ed. Buenos Aires: Astrea, 1996. p. 275.

² MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz; GÖSSEL, Karl Heinz. *Derecho penal: parte general; formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*. Traducción de Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea, 1995. v. 2. p. 512.

ou b) reconhecer a incidência do concurso de crimes e, por consequência, uma pluralidade de delitos.

Observa-se que tal análise, inevitavelmente, traz consequências jurídico-penais no que tange ao *quantum* da pena a ser aplicada e apesar de implicar diferenças quanto a estas últimas, é possível afirmar que ambos estão situados no âmbito concursal.

Contudo, verifica-se que o ponto a ser profundamente examinado não está no concurso de delitos – seja ele real ou ideal – porque aqui não se tem dúvidas quanto à interpretação e aplicação de normas penais incriminadoras primárias, isto é, em relação ao conteúdo destas últimas; ao contrário, aqui se reconhece plenamente a incidência de dois ou mais tipos penais e a questão a ser debatida está no que diz respeito ao modo de aplicação dos respectivos preceitos secundários quando da aplicação da respectiva sanção.

Assim, não recaem dúvidas quanto à ocorrência do concurso de crimes, mas apenas discute-se qual o sistema de aplicação de sanção é mais adequado a ser aplicado no caso concreto a depender da presença ou não de determinadas circunstâncias e da configuração do ordenamento jurídico-penal a que se refere. No Brasil, por exemplo, tem-se: a) concurso material (art. 69, CP); b) concurso formal (art. 70, CP); c) delito continuado (art. 71, CP).

Certamente a questão que traz dificuldades de ser analisada na prática é verificar qual o âmbito de delimitação dos grupos de casos em que se possa reconhecer um concurso *aparente* de normas penais incriminadoras na seara dos crimes ambientais tipificados na Lei 9.605/98.

Isto se dá porque os próprios critérios (especialidade, subsidiariedade tácita/expresa, consunção e alternatividade), conforme oportunamente examinar-se-ão neste estudo, são objeto de intensas divergências doutrinárias quanto à sua existência e ao seu conteúdo.

Assim, decidir pela unidade ou pluralidade de delitos que, de início, parecia ser uma questão simples, demonstra - desde já - a sua dificuldade e complexidade. Por isso, o objeto de pesquisa delineado deste estudo revela a sua relevância de ser examinado de uma forma mais aprofundada.

Tal dificuldade e complexidade da questão concursal perpassa todo o Direito Penal. Isto porque é imprescindível estabelecer traços claros distintivos entre concurso *aparente* de normas penais e concurso de delitos, cuja fronteira hoje se apresenta extremamente

sensível em casos limites, o que dificulta a compreensão e aplicação adequada da questão concursal normativa no âmbito do Direito Penal.

O estudo da concorrência normativa no âmbito dos delitos ambientais é ainda mais raro, e, por vezes, realizado de forma superficial e até mesmo equivocado, o que justifica não só a importância desta pesquisa, mas também o objeto delimitado para este estudo.

A jurisprudência – neste cenário – encontra impasses para compreender a existência de um mero concurso *aparente* de normas penais ambientais a ser solucionado pelo respectivo critério mais adequado, pois há dúvidas em definir qual tipo penal se deve aplicar no caso concreto diante do contexto da concorrência normativa ou, se, na verdade, tratar-se-ia de um concurso de delitos ambientais. Cumpre ressaltar ainda que o entendimento jurisprudencial neste tema se altera consoante o grupo de tipos penais que se analisa, conforme poderá se verificar oportunamente.

Assim, buscar-se-á examinar se o modo pelo qual tradicionalmente a concorrência normativa vem sendo discutida e aplicada deve ou não se refletir de maneira diferente no âmbito da sobreposição normativa penal incriminadora ambiental, bem como se a configuração dos tipos penais ambientais da Lei 9.605/98 traz dificuldades para analisar casos de concorrência normativa entre estes e qual seria o mecanismo mais adequado a ser adotado para lidar com esta questão.

Isto porque os tipos penais ambientais, por si só, trazem consigo características - tais como a própria peculiaridade do bem jurídico meio ambiente a ser tutelado, tendência do conteúdo do tipo penal ambiental ser amplo e de perigo, em particular, perigo abstrato - que, de início, se apresentam em problemas teóricos, mas que, na verdade, se concretizam em problemas práticos que devem ser objeto de estudo.

Neste sentido, esta pesquisa visa contribuir com novas reflexões acerca do objeto ora delimitado ante a insuficiência de substrato quanto ao estudo detido da matéria por parte da doutrina que coincide - em grande parte - com a ausência de uniformidade de critérios utilizados pela jurisprudência pátria quando é provocada a se posicionar em relação ao tema, conforme já apontado.

Considerando que tradicionalmente o conceito de concurso *aparente* de normas penais possui como pressuposto a unidade de ação, no âmbito da concorrência normativa, confere-se destaque aos denominados atos posteriores coapenados, pois aqui haveria uma pluralidade de ações. Neste caso, inferir-se-á que há uma discussão muito grande acerca de se os atos posteriores coapenados deveriam ser solucionados pelo critério da consunção no âmbito do concurso *aparente* de normas penais ou se trataria, na verdade, de um autêntico

concurso real de delitos. Esta referida discussão, embora seja muito relevante e ainda figurar como objeto de grande debate doutrinário quanto à sua natureza e suas consequências jurídico-penais, apenas será abordada neste trabalho na medida em que for importante e indispensável para as discussões de sobreposições normativas de tipos penais ambientais previstos na Lei 9.605/98.

Outrossim, examinar-se-á qual o papel que ainda o bem jurídico pode, de certa maneira, exercer no âmbito da concorrência normativa e demonstrar que – no caso de delitos ambientais - dependendo do conteúdo do bem jurídico meio ambiente para fins de tutela penal, bem como uma postura mais antropocêntrica ou ecocêntrica pode influenciar o campo de estudo ora delineado.

Ademais, a própria natureza do delito expressada pela forma de redigir os tipos penais pelo legislador (delitos de perigo abstrato, concreto e de lesão) também se apresenta como questão essencial na análise da concorrência normativa concursal no Direito Penal, em especial, no que diz respeito às normas penais incriminadoras ambientais.

A tarefa consiste em articular um tratamento jurídico penal mais adequado do ponto de vista da dogmática-penal nos casos de concorrência normativa de tipos penais em um determinado caso concreto e este é o recorte do objeto a ser estudado nesta pesquisa; porém, voltado ao âmbito da concorrência normativa dos tipos penais incriminadores ambientais contidos na Lei Ambiental 9.605/98.

1.1 DELIMITAÇÃO DO OBJETO DE ESTUDO

No entanto, no intuito de delimitar o objeto de pesquisa relacionada à concorrência de tipos penais ambientais contidos na Lei 9.605/98, desde já algumas considerações são fundamentais:

a) as hipóteses de análise concursal de normas penais ambientais deste estudo não abrangerão nenhum dos crimes contidos na Seção V do Capítulo V da Lei Ambiental 9.605/98, pois ali constam apenas crimes contra a administração ambiental que não têm relação direta com a proteção do meio ambiente enquanto elemento essencial ao desenvolvimento humano, mas apenas busca sancionar condutas que obstarão o regular andamento da administração ambiental e, por isso, podem ser bastante questionáveis quanto a sua respectiva existência dentro do ordenamento jurídico-penal com a finalidade de tutelar o bem jurídico meio ambiente.

b) o estudo da concorrência normativa penal em matéria ambiental proposto neste trabalho restringir-se-á aos tipos penais ambientais, em especial, aos contidos na Lei 9.605/98 e, por consequência, não se abordará eventual concorrência normativa que possa ocorrer entre tipos penais ambientais e tipos penais que tutelam bens jurídicos individuais.

Em linhas gerais são estas as questões de ordem dogmático-penal que constituem a delimitação do objeto central de estudo deste trabalho no que diz respeito à questão concursal no âmbito da concorrência normativa dos tipos penais ambientais da Lei 9.605/98.

1.2 DO ESTUDO DE CASOS

Para melhor compreender quais são as questões presentes no âmbito concursal do Direito Penal para identificar a existência de uma unidade ou pluralidade de delitos no que diz respeito aos casos em que recaem sobre o mesmo fato ambiental praticado por um sujeito, ao menos *em tese*, mais de um tipo penal previsto na Lei 9.605/98, serão apresentados quatro casos, os quais (com exceção do 4) foram objeto de análise pela jurisprudência pátria. Ademais, a apresentação destes servirá de orientação para reflexão acerca do objeto deste estudo e serão examinados criticamente ao final deste trabalho.

1.2.1 Caso 1³

Uma empresa promoveu uma edificação de forma irregular em determinada área de preservação - à margem do Rio Amazonas - que não é edificável em virtude do seu valor ecológico. Tal conduta resultou no impedimento da regeneração natural da vegetação naquele espaço.

Neste caso, quantos crimes ambientais seriam possíveis de se verificar à luz da lei ambiental brasileira?

Desenha-se a discussão entre a possibilidade de configuração de dois crimes na lei ambiental brasileira, quais sejam, os previstos nos arts. 48 e 64 da Lei 9.605/98. Inicialmente é necessário compreender o que estes dispositivos preveem como condutas proibidas. Apenas a título introdutório, pois a análise detalhada será realizada ao final na

³ A discussão da sobreposição normativa dos tipos ambientais abordada neste caso foi extraída de BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. 1.639.723-PR*. 6ª Turma. Rel. Min. Nefi Cordeiro. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/433477829/recurso-especial-resp-1639723-pr-2014-0207650-5/inteiro-teor-433477839?ref=serp>. Acesso em: 9 maio 2018. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. 1376670-SC*. 6ª Turma. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/465739888/recurso-especial-resp-1376670-sc-2013-0119375-3?ref=juris-tabs>. Acesso em: 9 maio 2018.

proposta de resolução deste caso, o delito do art. 64 da Lei 9.605/98 consiste em promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor ecológico, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida. Já o crime do art. 48 da Lei 9.605/98 consiste em impedir ou dificultar a regeneração natural de florestas e demais formas de vegetação.

Assim, a empresa ao instalar - sem a devida autorização da autoridade competente - uma edificação à margem do Rio Amazonas, local este considerado não edificável em razão do seu valor ecológico, também acaba impedindo a regeneração natural da vegetação que ali se encontrava em virtude da instalação da referida edificação, *em tese*, incorreria tanto no delito do art. 48 da Lei 9.605/98 quanto no crime do art. 64 deste mesmo diploma legal.

Contudo, a pergunta que se faz é a seguinte: poder-se-ia afirmar a existência de uma relação tal que permitiria considerar que a conduta de ter edificado em área de preservação compreende também o desvalor da conduta de impedir a regeneração da vegetação que ali se encontrava?

Em outras palavras, seria mero exaurimento do crime de construção indevida a incapacidade de regeneração da vegetação que ali se encontrava? Porque se for possível afirmar esta hipótese, isto é, o ato de construir em local proibido teria na destruição condição necessária para a obra e no impedimento à regeneração mero gozo da edificação, poderia se dizer que, em princípio, estaríamos diante de um concurso *aparente* de normas penais e, portanto, deveria se aplicar apenas o delito do art. 64 da Lei 9.605/98 consistente na edificação em área de preservação permanente. Caso contrário, será caso de reconhecimento de concurso de delitos ambientais.

1.2.2 Caso 2⁴

Um indivíduo desmatou uma determinada área cortando árvores; por consequência, destruiu e danificou uma área considerada de preservação permanente, sem licença do órgão ambiental competente e com infringência às normas de proteção. Ainda assim, no local havia uma floresta nativa do Bioma Mata Atlântica, sendo contabilizados cinco

⁴ A discussão da sobreposição normativa dos tipos ambientais abordada neste caso foi extraída de BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *APR 0003308-50.2012.8.24.0076*. Segunda Câmara Criminal. Rel. Getúlio Corrêa. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/433477829/recurso-especial-resp-1639723-pr-2014-0207650-5/inteiro-teor-433477839?ref=serp>. Acesso em: 20 out. 2019.

cursos d'água com largura aproximadamente de 01 (um) metro na área afetada pela destruição. Nas mesmas condições de tempo e lugar, o indivíduo destrói e danifica outra área de floresta nativa considerada de especial preservação, destruindo, assim, vegetação primária do Bioma Mata Atlântica, em estágio médio de regeneração, sem licença do órgão ambiental competente e com infringência às normas de proteção. Por fim, nas mesmas condições de tempo e lugar, o sujeito mantém em depósito sacas de lenha vegetal para fins de comercialização, oriundos da floresta nativa, na qual a lenha armazenada era proveniente do desmatamento realizado por ele próprio, sem a devida licença ou autorização da autoridade competente.

Neste caso, quantos crimes ambientais se poderiam imputar ao sujeito, segundo a lei ambiental brasileira?

O debate gira em torno de quatro crimes ambientais previstos na Lei 9.605/98, sendo eles os previstos nos arts. 38, 38-A, 39 e 46, parágrafo único. É indispensável expor brevemente - pois o detalhamento das referidas condutas será realizado posteriormente - sobre os referidos delitos para compreender qual a indagação presente na concorrência dos mesmos à luz do caso concreto.

O art. 38 da Lei 9.605/98 define como crime destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção. Por sua vez, o art. 38-A da Lei 9.605/98 dispõe que é delito 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. Já o art. 39 deste mesmo diploma legal proíbe o corte de árvores de floresta considerada de preservação permanente. Por fim, o art. 46, parágrafo único da Lei 9.605/98 veda, dentre outras condutas, a manutenção em depósito de lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem licença válida para todo o tempo do armazenamento, outorgada pela autoridade competente.

A partir do exemplo trazido, o indivíduo, ao praticar condutas sucessivas consistentes na destruição de área de preservação permanente cortando árvores, na destruição de outra área de especial preservação, no caso, vegetação primária em estágio médio de regeneração do Bioma Mata Atlântica e manter em depósito sacas de lenha vegetal, oriundos da floresta nativa, na qual a lenha armazenada era proveniente do desmatamento realizado pelo próprio agente, sem a devida licença ou autorização da autoridade competente, teria incorrido, *em tese*, nos referidos quatro tipos penais apresentados.

Neste contexto, a pergunta seria a seguinte: poder-se-ia afirmar a existência de uma relação tal que permitiria considerar que um desses tipos penais, por si só, compreenderia o desvalor integral de todas as condutas praticadas pelo sujeito?

Este caso já é mais complexo na sua análise, sob a perspectiva da dogmática penal, pois se trata de uma hipótese de pluralidade de condutas a ser admitida no âmbito do concurso *aparente* de normas, a qual possui tradicionalmente como pressuposto uma unidade de ação. Esta é uma hipótese em que se permite analisar os limites do que a doutrina denomina antefato e pós-fato coapenados.

De um lado, a questão fundamental suscitada neste caso pode consistir em avaliar se a conduta final de manter em depósito para fins de comercialização lenha vegetal oriunda do desmatamento feito nas áreas de preservação e do Bioma Mata Atlântica, por si só, já compreenderia o desvalor das condutas de desmatamento, isto é, se estas se configuram como antefatos coapenados pela conduta final; de outro lado, poderia se avaliar se as condutas de desmatamento referidas possuiriam desvalores autônomos e, portanto, ensejaria um concurso de delitos entre todos os tipos penais, pois a potencialidade lesiva das condutas de desmatamento não se exauria na conduta final de manter em depósito para fins de comercialização lenha vegetal oriunda do desmatamento perpetrado. Outrossim, examinar-se-á a possibilidade desta última conduta constituir ou não um injusto autônomo em relação aos tipos penais previstos nos arts. 38, 38-A e 39 da Lei 9.605/98 à luz do caso concreto.

1.2.3 Caso 3⁵

Um indivíduo instala um estabelecimento dentro do seu conglomerado industrial potencialmente poluidor, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes e referida instalação, de fato, causa poluição em nível tal que resultou em danos à saúde da comunidade que ali se encontrava.

⁵ A discussão da sobreposição normativa dos tipos ambientais abordada neste caso foi extraída de BRASIL. Tribunal de Justiça do Amazonas. *RSE 0263395-79.2009.8.04.0001 AM*. Segunda Câmara Criminal. Rel. Onilza Abreu Gerth. Disponível em: <https://tj-am.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/615414506/recurso-em-sentido-estrito-rse-2633957920098040001-am-0263395-7920098040001?ref=juris-tabs>. Acesso em: 25 nov. 2019. BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. *APR 0033601-67.2012.8.12.0001 MS*. Terceira Câmara Criminal. Rel. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. Disponível em: <https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/746200372/apelacao-criminal-apr-336016720128120001-ms-0033601-6720128120001?ref=juris-tabs>. Acesso em: 25 nov. 2019.

Nesta hipótese quanto(s) crime(s) ambiental(is) pode(m) ser imputado(s) em face do sujeito?

A discussão gira em torno dos crimes previstos nos arts. 54 e 60, ambos da Lei 9.605/98. Isto porque o crime de poluição descrito no art. 54 consiste em “causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora.” Já o delito do art. 60 da referida lei ambiental veda, dentre outras condutas, instalação de estabelecimento, obra ou serviço potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes.

Neste caso será necessário analisar se sobre a conduta de poluição ocasionada em virtude de uma instalação potencialmente poluidora instalada pelo indivíduo e cuja instalação tenha sido realizada sem a devida licença, apesar de, *em tese*, recair nos delitos previstos nos arts. 54 e 60 da Lei 9.605/98, poderia se afirmar que o crime de poluição do art. 54 compreenderia a integralidade do injusto da conduta praticada pelo indivíduo – concurso *aparente* de normas penais - ou se é caso de reconhecer a autonomia de ambos os injustos penais e, por consequência, um concurso de delitos ambientais entre os mesmos.

1.2.4 Caso 4

Um indivíduo destrói vegetação primária em estágio médio de regeneração do Bioma Mata Atlântica de tal forma que também resulte na morte dos animais nativos que ali dependiam desta vegetação para sua sobrevivência; *em tese*, incorreria, nos delitos ambientais do art. 38-A e do art. 29 da Lei Ambiental.

Isto porque o delito do art. 38-A da Lei 9.605/98 consiste em “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” e o crime ambiental contido no art. 29 do mesmo diploma legal consiste em “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.”

Neste caso a questão é a seguinte: poderia se aferir uma relação tal entre estes tipos penais e afirmar que apenas um destes, por si só, seria capaz de absorver integralmente o conteúdo do injusto incidente sobre um único fato, resultando, assim, em uma mera concorrência *aparente* de normas penais na qual a aplicação de uma delas no caso concreto

implicaria a não aplicação simultânea da outra ou seria caso de reconhecer um concurso de crimes (neste caso, formal)?

2 DA CONCORRÊNCIA NORMATIVA PENAL: UNIDADE E PLURALIDADE DELITIVA

O concurso *aparente* de normas penais e o concurso de delitos constituem temas que suscitam grandes discussões, desde a terminologia empregada, localização sistemática até chegar a sua natureza jurídica.⁶

Juarez Tavares adverte que o tema do concurso de normas penais tem tido pouca atenção por parte da doutrina brasileira.⁷ Outrossim, a operacionalidade dogmática quanto à análise do tema aplicada aos tipos penais específicos – seja na parte especial, seja em legislação penal especial – tem sido ainda cada vez mais rara.

O legislador cria tipos penais como comportamentos autônomos e independentes entre si e, por isso, o juiz não deveria encontrar dificuldades em adequar tipicamente a conduta concreta analisada, mas, na prática, se depara com o dilema se o indivíduo há realizado uma ou várias ações e, por consequência, se deve aplicar uma ou diversas disposições legais em virtude da dinâmica complexa dos comportamentos, bem como da própria índole do labor legislativo.⁸

Uma mesma pessoa pode praticar uma conduta penalmente relevante suscetível de corresponder a mais de um tipo penal ou várias condutas que se enquadram em tipos penais idênticos ou distintos. Tal cenário é estudado no campo da teoria do concurso ou da concorrência em sentido amplo, pois parte da ideia que diversos tipos penais concorrem entre si.

Assim, quando o magistrado se depara com a imputação de um determinado comportamento/conduta deve fazer três operações diferentes, conforme aduz Frederico Puig Peña: analisar a concretude dos fatos que lhe se são apresentados; estabelecer a norma jurídica precisa dentro daqueles que compõem o arcabouço normativo que o Estado lhe dispõe e, finalmente, realizar a subsunção do fato concreto à norma selecionada quando do seu respectivo pronunciamento judicial acerca de determinada questão.⁹

⁶ JOSHI JUBERT, Ujala. Unidad de hecho y concurso medial de delitos. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 45, f. 2, p. 613-636, maio/ago. 1992. p. 613.

⁷ TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 80-81.

⁸ HURTADO POZO, José. *Manual de derecho penal*. Parte general. 3. ed. Lima: Editora jurídica Grijley, 2005. p. 917.

⁹ PUIG PEÑA, Frederico. *Colisión de normas penales: concurso aparente de leyes punitivas*. Barcelona: Bosch, 1955. p. 9.

Contudo, o juiz penal tem uma missão ainda mais difícil no sentido de que deve realizar um esforço ainda maior quando for identificar a precisa norma penal a ser aplicada ao caso concreto específico em virtude das consequências peculiares de toda ordem que podem advir e há possibilidade de que o aplicador da lei punitiva pode efetivamente encontrar-se em ocasiões com certa zona de imprecisão na determinação exata de qual norma aplicável, porque sob o mesmo ordenamento jurídico que incide sobre o caso concreto venham várias leis que cobrem por igual a hipótese do fato concreto.

Neste contexto, o problema significativo ocorre no preciso momento em que as normas penais concorrem para disciplinar a hipótese do caso concreto e a referida concorrência das normas penais se excluem de maneira tal entre si que implica que a aplicação de uma resulta na impossibilidade da aplicabilidade da outra e aqui se identifica ao juiz penal, nas palavras de Frederico Puig Peña, “la tarea trascendentalísima de eliminar de aquel material normativo que tiene a su disposición una de esas normas que provocan el conflicto de concurrencia.”¹⁰

Conforme bem destaca Paulo Cesar Busato, os delitos previstos nas normas expressam condutas e, teoricamente, toda conduta concreta penalmente relevante deveria “ser reconhecível em um único modelo incriminador”.¹¹ Porém, a realidade concreta e a prática forense, com muita frequência, demonstram ao jurista que um simples processo de subsunção não se apresenta suficiente para identificar qual(is) tipo(s) penal(is) a ser(em) reconhecido(s) em face de determinada conduta prática pelo indivíduo.

Isto porque, segundo Paulo Cesar Busato, o fenômeno delitivo nem sempre ocorre de maneira isolada, pois há hipóteses em que diversos crimes estão inseridos no mesmo contexto perpetrados pela mesma pessoa ou em concurso de agentes. Porém, a questão se torna ainda mais complexa quando se busca traçar uma delimitação de onde se inicia um delito e encerra outro e se busca averiguar “qual é exatamente a norma aplicável para a situação concreta” o que “exige um trabalho hermenêutico bastante intenso”.¹²

Neste contexto, há uma série de variáveis que deve ser analisada: a) diversos resultados delitivos derivados de uma única conduta; b) diversos resultados delitivos produzidos por mais de uma conduta; c) uma pluralidade de adequação típica derivada de uma única conduta; d) uma pluralidade de adequação típica mediante uma pluralidade de condutas.

¹⁰ PUIG PEÑA, Frederico. *Colisión de normas penales: concurso aparente de leyes punitivas*. Barcelona: Bosch, 1955. p. 10.

¹¹ BUSATO, Paulo Cesar. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 915.

¹² *Ibid.*, p. 915.

Assim como observado por Paulo Cesar Busato, para examinar tais variáveis possíveis, é preciso aprofundar o estudo sobre “o conceito de ação (a fim de verificar quantas e quais tiveram lugar no caso concreto) e na concepção de norma (para entender quantas e quais são aplicáveis na hipótese).”¹³ Para tanto, deve-se manter uma diretriz geral de proporcionalidade na busca de regras para solucionar tais casos, bem como “essas regras são as que regulam os critérios de identificação de unidade e pluralidade de ações e resultados, as fórmulas de concurso ideal e real de delitos e as regras de resolução do conflito aparente de leis penais.”¹⁴

Francesco Carnelutti dispõe que a questão concursal no âmbito do Direito Penal está relacionada à decomposição do todo em suas partes e a composição das partes em seu todo. Assim, se da decomposição do fato considerado como um todo resultar em partes nas quais cada uma, por si só, seja suficiente para constituir um delito por possuir todos os requisitos legais para tanto, estaremos diante de um concurso de crimes.¹⁵

Cumprido registrar que, de um lado, há autores que restringem a denominação da teoria concursal apenas ao concurso ideal, pois apenas neste caso haveria a hipótese de que uma conduta se enquadre simultaneamente em mais de um tipo penal.¹⁶ De outro, há autores que restringem o estudo concursal apenas ao concurso de delitos como um todo, seja real (material), seja ideal (formal).¹⁷ Por fim, há autores que possuem uma concepção ampla da teoria concursal no Direito Penal, a qual também compreende nesta a hipótese do concurso *aparente* de normas penais.¹⁸

A questão concursal no Direito Penal no presente trabalho será compreendida pelo concurso de delitos – seja ideal, seja real -, bem como pelo instituto do concurso *aparente* de normas penais, conferindo ênfase a esta última em decorrência do recorte referente ao objeto de investigação.

¹³ BUSATO, Paulo Cesar. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 915.

¹⁴ *Ibid.*, p. 915.

¹⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones de derecho penal*. El delito. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1952. p. 232-233.

¹⁶ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual de derecho penal: parte general*. Bogotá: Temis, 2002. p. 467.

¹⁷ VIVÉS ANTÓN, Tomás Salvador. *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*. Valencia: Universidad de Valencia, 1981. No Brasil, por exemplo, cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. v. 1. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 860 e ss. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro – parte geral*. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 328 e ss.

¹⁸ CID MOLINÉ, José. Notas acerca de las definiciones dogmáticas de concurso de delitos. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Madrid: Centro de Publicaciones, p. 29- 63, jan./abr. 1994. p. 33.

A concorrência de delitos no Direito Penal pode ser *aparente* ou efetiva. No primeiro caso incidirá a aplicação de um único tipo penal; já no segundo caso haverá o reconhecimento de uma pluralidade delitiva, isto é, reconhecer-se-á a existência de mais de um tipo penal incidente no caso concreto analisado.

Iniciar-se-á pela breve exposição do concurso de delitos. Porém, antes de adentrar a este tópico, cumpre discorrer, ainda que de forma concisa, sobre os fundamentos envolvidos nesta questão adotados neste trabalho, quais sejam, o princípio do *ne bis in idem* (material) e o princípio da *íntegra valoração do fato*.

2.1 DOS FUNDAMENTOS DA QUESTÃO NORMATIVA CONCURSAL

Infere-se que os princípios do *ne bis in idem* (material) e da *íntegra valoração do fato* constituem os fundamentos da questão normativa concursal no Direito Penal, motivo pelo qual se passa a discorrer sobre os mesmos.

2.1.1 Do princípio do *ne bis in idem*

Uma pergunta se faz inarredável neste contexto: qual seria o fundamento material dessa preocupação dogmático-penal de analisar se um comportamento ou um conjunto de comportamentos no qual incide uma multiplicidade de figuras típicas às quais nelas poderiam ser, *em tese*, tipificadas, estas deverão ser aplicadas em conjunto ou apenas uma delas deve se sobressair em relação às outras?

No geral, o fundamento material apresentado para analisar o concurso de normas penais é o princípio do *ne bis in idem*.¹⁹ Segundo Ramón García Albero, “en su virtude [principio *non bis in idem*] se pretende explicar la aplicación exclusiva de la norma que contempla en sí el total desvalor de la conducta sobre la que parece concurrir también, *prima facie*, otro precepto penal.”²⁰

Contudo, a mera referência a este princípio não obsta que o contorno entre unidade e pluralidade delitiva continue figurando como uma das questões mais emblemáticas da dogmática atual.²¹

Pode-se afirmar que o princípio do *ne bis in idem* apresenta três dimensões: a) processual; b) material; c) transversal.

¹⁹ GARCÍA ALBERO, Ramón. “*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales. Barcelona: Cedecs, 1995. p. 31.

²⁰ *Ibid.*, p. 31.

²¹ *Ibid.*, p. 32.

A dimensão processual do princípio *ne bis in idem* pode ser definida pelo “impedimento, pelos mesmos fatos e fundamentos, da submissão do indivíduo a mais de um processo, como também ao risco dele.”²²

Já a denominada dimensão transversal deste princípio consiste na “proibição de acumulação de sanções penais e sanções administrativas pelos mesmos fatos e fundamentos.”²³

Contudo, a dimensão do princípio *ne bis in idem* que realmente interessa para fins do objeto deste estudo (concorrência normativa penal, em especial de tipos penais ambientais) é a material. Esta veda a aplicação de mais de um tipo penal quando isto implicar a valoração múltipla de uma mesma e determinada conduta pelo mesmo fundamento. Neste contexto, ressalta a dificuldade de delimitação entre uma unidade e uma pluralidade delitiva.

O princípio do *ne bis in idem* constitui um dos fundamentos da questão normativa concursal no âmbito do Direito Penal, uma vez que na vertente material deste referido princípio ninguém pode ser sancionado pelo mesmo fato mais de uma vez quando há identidade de sujeito e de fundamento. Assim, o princípio do *ne bis in idem* material atua como um limitador ao *ius puniendi* do Estado.²⁴

Os desdobramentos decorrentes da dimensão material do referido princípio revelam suas dificuldades quando não estamos diante de um único fato praticado que “se subsuma rigorosamente a um só tipo”.²⁵

Isto porque, geralmente, um mesmo fato pode ser subsumível em diversos tipos penais que o sancionem em virtude de distintos ou mesmo fundamento e, por consequência, abre espaço para a configuração do concurso de crimes (em especial, o ideal/formal) ou incidência do concurso *aparente* de normas penais.²⁶

Conforme bem destaca Ramón García Albero, o cerne de toda solução concursal perpassa pela “interpretación – siempre discutible – de los respectivos delitos a confrontar, se está planteando también un problema de *definición y comprensión* tanto del significado

²² SABOYA, Keity. *Ne Bis in Idem*. História, Teoria e Perspectivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 226.

²³ *Ibid.*, p. 259.

²⁴ OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. El legislador y el principio *ne bis in idem*. *Política criminal*, Talca, v. 13, n. 26, art. 8, p. 952-1002, dec. 2018. p. 955.

²⁵ SABOYA, *op. cit.*, p. 259.

²⁶ OSSANDÓN WIDOW, *op. cit.*, p. 965.

del concurso de leyes y – sobre todo – del concurso ideal de delitos, cuanto del propio contenido y alcance del *non bis in idem*”.²⁷

Nesta linha, a alusão ao princípio *ne bis in idem* material implica cabalmente a impossibilidade de se apreciar dois delitos e castigá-los ali onde existe apenas um fato reconduzível contemporaneamente e em todos seus elementos a dois tipos penais que justificam sua aplicação pelo mesmo fundamento.²⁸

Conforme bem explica Dino Carlos Caro Coria, para o reconhecimento da incidência do princípio do *ne bis in idem* material exige-se o preenchimento da denominada tripla identidade: a) sujeito; b) fato; c) fundamento.²⁹

No que diz respeito à identidade de sujeito não há muito o que discutir, pois se refere ao indivíduo o qual se imputa determinada conduta. Assim, não se deve aplicar mais de uma sanção ao mesmo sujeito pelo mesmo fato e mesmo fundamento. A única questão que se debate neste âmbito é a identidade ou não entre pessoa jurídica e pessoa natural quando entre ambas existe uma relação de gestão ou representação e a sanção diz respeito ao mesmo fato e fundamento. Neste caso prepondera o posicionamento de negar identidade entre elas.³⁰

Quanto à identidade do mesmo fato, a noção deste já não é tão clara e delimitada quando se trata de concurso de infrações penais, pois o mesmo fato pode recair sobre dois ou mais tipos penais sem que isso signifique violar o princípio do *ne bis in idem* material, consoante ensinamentos de Dino Carlos Caro Coria:

En tales casos, aunque el hecho sea el mismo, sobre todo en el concurso ideal, no puede apreciarse un *bis in idem* porque cada infracción obedece a un fundamento diferente, no existe identidad de fundamento, siendo posible imponer más de una sanción por el “mismo hecho”. Esta constatación permite aseverar que lo decisivo en casos particularmente conflictivos, en lo que ya concurre la identidad de sujeto y hecho, es conocer si se sanciona o persigue al sujeto bajo el mismo fundamento.³¹

Assim, conforme bem assevera Dino Carlos Caro Coria, o que interessa para o exame da violação ou não do *ne bis in idem* material em uma eventual hipótese concursal não é a identidade de sujeito nem de fato, mas sim a questão da identidade de fundamento

²⁷ GARCÍA ALBERO, Ramón. “*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales. Barcelona: Cedecs, 1995. p. 35.

²⁸ *Ibid.*, p. 38.

²⁹ CARO CORIA, Dino Carlos. El principio de “ne bis in idem” en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 66, p. 9-52, maio/jun. 2007. p. 12.

³⁰ *Ibid.*, p. 15. Cf. também SABOYA, Keity. *Ne Bis in Idem*. História, Teoria e Perspectivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 169-170.

³¹ *Ibid.*, p. 15-16.

quanto ao seu conteúdo normativo, esta entendida como “la prohibición de sancionar más de una vez debe operar siempre que se trate del mismo contenido de injusto o de ilícito, de la misma infracción”.³²

Neste sentido, Keity Saboya destaca que a identidade de fundamento para fins de aplicação dos efeitos do *ne bis in idem* deve ser compreendida como “proteção do mesmo bem jurídico ou do mesmo interesse jurídico concretamente considerado, do modo mais amplo possível.”³³

A referida autora explica como deve ser avaliada a existência de identidade de fundamento:

Para determinar-se se há identidade do fundamento jurídico dos tipos concorrentes, devem-se analisar as funções e os objetivos afetados ou perseguidos pelas normas infringidas, não se esquecendo de que essa análise deve ser feita também diante dos critérios de resolução do concurso de leis – sobretudo sob uma perspectiva consuntiva. É que haverá unidade de interesse jurídico, de forma idêntica, na hipótese de identidade do conteúdo do injusto, ou de forma concêntrica, quando todos os elementos da primeira infração estiverem incluídos ou previstos na segunda, acrescidos de outros elementos ditos específicos.³⁴

Dino Carlos Caro Coria sintetiza a ideia do *ne bis in idem* material aplicada no âmbito concursal da seguinte maneira:

En esta perspectiva, en los supuestos de unidad de ley, como sucede en el concurso aparente, no será posible la sanción múltiple dado que el desvalor del hecho es abarcado en su totalidad por una sola norma. Distinto es el caso del concurso real o ideal de infracciones, en los que el desvalor del evento no es abarcado plenamente por una sola norma sino por varias, siendo válido imponer más de una sanción.³⁵

O respeito ao princípio do *ne bis in idem* material como uma orientação indispensável exige critérios para que se possa “saber contar los hechos cometidos, y así determinar cuándo estamos ante un hecho (respecto del cual rige la mencionada prohibición punitiva), y cuándo ante dos o más hechos que requieren castigo penal”.³⁶

³² CARO CORIA, Dino Carlos. El principio de "ne bis in idem" en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 66, p. 9-52, mai./jun. 2007. p. 16.

³³ SABOYA, Keity. *Ne Bis in Idem*. História, Teoria e Perspectivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 187.

³⁴ *Ibid.*, p. 188.

³⁵ CARO CORIA, *op. cit.*, p. 16-17.

³⁶ CARRANZA TAGLE, Horácio A. *Introducción al concurso de delitos*. Criterios sobre unidad y pluralidad delictiva. Buenos Aires: B de F, 2011. p. 8.

Assim, observar o cerne semântico do princípio *ne bis in idem* material significa, ao final, não tratar como plural o que é único.

Isso consiste em dizer, segundo Horário Carranza Tagle, que tratar como um concurso ideal de delitos quando um determinado fato deve ser enquadrado em um único tipo penal seria violar duplamente o princípio do *ne bis in idem* material, uma vez que se estaria qualificando legalmente mais de uma vez o mesmo e, por consequência, isto significaria atribuir uma sanção superior ao que caberia ao único tipo, o que suporia uma maior magnitude ao fato que não fora previsto para este único delito; bem como reconhecer um concurso real de delitos quando, na verdade, se referir a um concurso ideal de crimes, isto é, tratar uma pluralidade de delitos oriundo de um único fato como se tivesse derivado de vários fatos independentes, resultaria em aplicar uma medida de pena mais gravosa do que a lei permitiria.³⁷

Contudo, o fundamento material do princípio *ne bis in idem* em si não alcança êxito para analisar a ocorrência de uma dupla valoração sobre o mesmo aspecto do fato analisado e, para concretização deste princípio, a doutrina propõe os critérios de especialidade, subsidiariedade, consunção e alternatividade; sendo assim, “cabalmente la reiteración del mismo contenido disvalioso del hecho lo que determina la unidad de infracción; luego es posible apelar también al principio, entendido de esta forma, como criterio que determina la unidad delictiva.”³⁸

No que diz respeito ao amparo expresso constitucional do princípio do *ne bis in idem*, enquanto a Constituição Federal de 1988 não traz sua previsão expressa, a Constituição da Espanha no item 3 do seu art. 45 reconhece – ainda que parcialmente – a dimensão transversal deste referido princípio no âmbito ambiental.³⁹

Ademais, a Constituição Alemã (Lei Fundamental da República Federal da Alemanha) – no item 3 do artigo 103 - prevê expressamente como um direito fundamental perante os Tribunais que “establece la prohibición de que una persona sea sancionada, con arreglo a leyes penales generales, más de una vez por un mismo hecho”.⁴⁰ Aqui verifica-se claramente a dimensão material do *ne bis in idem* como um direito fundamental a ser assegurado pelo Estado.

³⁷ GARCÍA ALBERO, Ramón. “*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales. Barcelona: Cedecs, 1995. p. 19.

³⁸ *Ibid.*, p. 44.

³⁹ CARO CORIA, Dino Carlos. El principio de “ne bis in idem” en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 66, p. 9-52, mai./jun. 2007. p. 11.

⁴⁰ MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. El principio ne bis in idem en el Derecho penal chileno. *Revista de Estudios de la Justicia*, Santiago, n. 15, p. 139-169, 2011. p. 140.

No Brasil, em virtude da ausência de uma menção expressa ao princípio do *ne bis in idem* na Constituição Federal de 1988, pode-se depreender que, com base no art. 5º, § 2º desta, a adoção implícita do referido princípio ao nosso ordenamento jurídico, uma vez que este dispositivo constitucional dispõe que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Neste sentido, o Brasil ratificou dois diplomas internacionais que asseguram o princípio *ne bis in idem* como direito fundamental, quais sejam, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica) - através do Decreto 678/92 - que no seu artigo 8.4 prevê que “o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos” e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos - através do Decreto 592/92 -, no qual o artigo 14.7 deste dispõe que “ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país”.⁴¹ Observa-se que neste último diploma normativo internacional contempla-se tanto a dimensão processual quanto material do princípio do *ne bis in idem*. Assim, pode-se afirmar que este princípio disfruta do reconhecimento, ainda que implícito, pelo regime jurídico constitucional brasileiro.

Embora o princípio do *ne bis in idem* na sua dimensão material assegure que ninguém poderá ser sancionado pelo mesmo fato mais de uma vez pelo mesmo fundamento, no âmbito do concurso *aparente* de normas penais, conforme já assinalado, as dificuldades e os desafios surgem porque o referido princípio não vincula o legislador. Neste sentido, o princípio do *ne bis in idem* material veda que um mesmo fato seja duplamente sancionado e não que seja duplamente tipificado.⁴²

Assim, como bem assinalado por María Magdalena Ossandón Widow, o princípio do *ne bis in idem* material não veda que um mesmo fato esteja tipificado e vinculado a uma sanção em mais de um preceito penal e as hipóteses de superposição de normas sancionadoras não constituem, *per se*, contrárias a esta garantia, enquanto não confirmam

⁴¹ CARVALHO, Érika Mendes de; KASSADA, Daiane Ayumi. Responsabilidade das pessoas jurídicas em infrações ambientais em face do princípio do *ne bis in idem*: uma abordagem político-criminal. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*, Maranhão, v. 3, n. 2, p. 49-67, jul./dez. 2017. p. 58-59.

⁴² OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. El legislador y el principio *ne bis in idem*. *Política criminal*, Talca, v. 13, n. 26, art. 8, p. 952-1002, dec. 2018. p. 963.

espaço a mais de uma sanção ou a mais de um processo pelos mesmos fatos e idêntico fundamento.⁴³

Isso significa que se cabe ao legislador definir a estrutura do delito, os bens jurídicos que fazem jus à tutela penal e as sanções a serem cominadas⁴⁴, poderia, *em tese*, elaborar dois tipos penais com o mesmo conteúdo de injusto e isso não violaria, *a priori*, o princípio do *ne bis in idem* na sua dimensão material. Contudo, em regra, não é o que se verifica ao examinar o ordenamento jurídico-penal, embora na lei ambiental 9.605/98 tal questão de identidade de conteúdo de injusto possa ser, em princípio, debatida.

Porém, o que ocorre com muita frequência é que o legislador elabora tipos penais que, embora não tenham identidade integral em todos os seus elementos objetivos, há uma identidade parcial entre eles que, a depender do caso concreto que se analisa, não se poderia imputar todos os tipos penais que, *em tese*, seria possível verificar o preenchimento de todos os seus respectivos elementos normativos típicos para cada um deles, pois isso significaria valorar repetidamente o mesmo aspecto do fato concreto em exame e, por consequência, resultaria na violação do princípio do *ne bis in idem* material.

O exemplo ilustrativo que, geralmente, se aponta é a relação estabelecida entre o delito de homicídio previsto no art. 121 do Código Penal (“Matar alguém”) e o delito de infanticídio previsto no art. 123 do Código Penal (“Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após”). Neste exemplo, infere-se que não há integral identidade entre seus elementos normativos típicos, mas sim há identidade parcial dos elementos contidos nos seus respectivos tipos penais e, no caso de uma mãe matar seu próprio filho, a depender das circunstâncias concretas, poderia tal conduta ser tipificada como infanticídio – se presentes todos os requisitos típicos contidos no art. 123 do CP – ou como homicídio; porém, não será possível imputar a esta conduta concreta à prática de ambos os delitos mencionados, pois, certamente, se estaria valorando o mesmo fato mais de uma vez pelo mesmo fundamento no que tange ao seu conteúdo de injusto.

Conforme se verá adiante, a relação existente que pode aferir entre os delitos de homicídio e infanticídio é de especialidade; contudo, vale ressaltar – desde já –, que, uma vez identificada tal relação, não significa automaticamente que haverá concurso *aparente* de normas penais, pois é necessário analisar minuciosamente as peculiaridades de cada

⁴³ OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. El legislador y el principio *ne bis in idem*. *Política criminal*, Talca, v. 13, n. 26, art. 8, p. 952-1002, dec. 2018. p. 963. p. 965.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 960.

caso concreto. A relação de especialidade é apenas um indício da possibilidade de se estar diante de um caso de concurso *aparente* de normas penais na hipótese concreta.

Contudo, nem sempre é tão evidente a existência de uma dupla valoração do mesmo fato diante de um caso concreto, em especial, quando se trata de tipos penais que tutelam bens jurídicos transindividuais que possuem um conteúdo a ser protegido bastante amplo, tais como os delitos ambientais e é neste campo que o princípio do *ne bis in idem* material e a questão concursal são colocados à prova e demandam um estudo com mais cautela por parte da dogmática penal.

Depreende-se, assim, que o núcleo de discussão para o âmbito da questão concursal no Direito Penal no que diz respeito à dimensão substantiva do princípio do *ne bis in idem* se encontra nos casos em que o fato pode se subsumir em duas ou mais descrições típicas de comportamentos delitivos previstos na legislação penal.

Nestes casos, o princípio do *ne bis in idem* opera no sentido de impedir uma dupla valoração de modo tal que, na medida em que uma mesma circunstância ou aspecto do(s) fato(s) objeto de análise tenha relevância em mais de uma descrição típica, hipóteses em que se deveria reconhecer o caráter *aparente* de delitos sob pena de violar a proibição de punição múltipla pelo mesmo fato.⁴⁵

Consoante dispõe Juan Pablo Mañalich Raffo, o conceito jurídico penal do fato delitivo para efeitos de análise do *ne bis in idem* e, por consequência, para identificar quando se está diante de um único crime é fundamental neste contexto. O critério para isto consiste em verificar que o delito é uma conduta que se adequa em uma descrição típica de um determinado comportamento desvalorado jurídico-penalmente. Mas, segundo o referido autor, neste contexto, surgem questões de identidade de duas ordens que devem ser distinguidas e analisadas: a) uma questão de identidade relativa ao tipo delitivo realizado, por um lado; b) uma questão de identidade relativa à concreta instância de realização desse tipo delitivo, por outro.⁴⁶

Para a existência de um único delito pressupõe-se a imputação da realização de um único tipo penal, sob pena de configurar um concurso ideal (formal) ou real (material) de delitos. E neste último caso, a restrição que o princípio do *ne bis in idem* coloca – na sua dimensão material consistente na proibição de dupla valoração sobre o mesmo aspecto do

⁴⁵ MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. El principio *ne bis in idem* en el Derecho penal chileno. *Revista de Estudios de la Justicia*, Santiago, n. 15, p. 139-169, 2011. p. 142.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 150.

fato— está relacionada às hipóteses nas quais, por razões formais e materiais, dois ou mais tipos penais realizados podem ser considerados parcialmente idênticos entre si.⁴⁷ E aqui se insere a questão do concurso *aparente* de delitos com a possível fundamentação nos critérios utilizados no denominado concurso *aparente* de normas penais.

Além da exigência de que seja imputado um único tipo penal, requer-se que este tenha sido realizado apenas uma única vez. Neste contexto, segundo Juan Pablo Mañalich Raffo, a única restrição que se poderia fazer em relação ao princípio do *ne bis in idem* é quando se compreende, por razões formais ou materiais, como uma única realização do tipo delitivo em exame. É, precisamente, o que ocorre nos casos em que se reconhece uma unidade de ação delitiva, cuja consequência é reconhecer apenas um fato delitivo e negar a existência de um concurso de delitos.⁴⁸

Assim, o que na realidade importa para examinar o conceito do fato delitivo no que diz respeito à sua delimitação e individualização sob a ótica do princípio do *ne bis in idem* material não é a quantidade de ações ou omissões, mas sim se concorrem uma ou várias relações de um ou mais tipos penais⁴⁹ de forma independente mediante fundamentos distintos ou não, conforme verificar-se-á.

2.1.2 Do princípio da *íntegra valoración do fato*

Além do princípio do *ne bis in idem* material, Estrella Aisa Escuchuri destaca a importância deste atuar em conjunto com o princípio da *íntegra valoración* ou da *valoración global do fato* consistente na possibilidade de, diante de um concurso de normas penais, um único preceito penal ser capaz de captar integralmente o conteúdo do injusto e da culpabilidade de um determinado fato concreto; “por contra sí algún aspecto del suceso queda sin valorar con la sola aplicación de una de las normas entremos en el ámbito del concurso de delitos”.⁵⁰

⁴⁷ MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. El principio *ne bis in idem* en el Derecho penal chileno. *Revista de Estudios de la Justicia*, Santiago, n. 15, p. 139-169, 2011. p. 150-151.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 151.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 151.

⁵⁰ ESCUCHURI AISA, Estrella. *Teoría del concurso de leyes y de delitos*. Bases para una revisión crítica. Granada: Comares, 2004. p. 114. Neste mesmo sentido assinala Pedro Jorge Costa: “A regra de exaustão ou valoración completa dos fatos encontra acolhimento, ao menos implícito, em grande parte da doutrina do concurso aparente de normas. Frequentemente se afirma que esse fenômeno – ou, mais restritamente, a consunção – teria lugar quando uma das normas aparentemente concorrentes abarca completamente o desvalor do injusto e da culpabilidade previsto na outra, restando esta por isso afastada.” (Cf. COSTA, Pedro Jorge. *A consunção no Direito Penal Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 144.). Contudo, com relação ao princípio da *íntegra valoración do fato*, Ramón Alberó García aponta que este não requer de uma fundamentação autônoma, pois decorre dos próprios atributos de validade e eficácia das

Conforme apontado por Estrella Aisa Escuchuri, tanto no concurso de normas quanto no de delitos, o princípio da *íntegra valoración do fato* constituiria o princípio fundamentador da teoria concursal, enquanto que o princípio do *ne bis in idem* material atuaria como princípio limitador no âmbito concursal.⁵¹ Neste sentido atuariam de forma complementar, uma vez que teriam como fundamento comum o princípio da proporcionalidade.

Insta destacar que neste trabalho, ao longo dos pressupostos dogmáticos a serem estabelecidos, buscar-se-á verificar a compatibilidade do princípio do *ne bis in idem* material e do princípio da *íntegra valoración do fato* para analisar a concorrência de normas penais – em especial, ambientais - que eventualmente venham incidir sobre o mesmo fato concreto objeto de análise.

Uma vez discorrido, ainda que de forma bem sucinta, acerca dos fundamentos apresentados pela doutrina acerca do concurso *aparente* de normas penais para verificar se um dos preceitos penais é capaz de exaurir o conteúdo de injusto do fato concreto analisado ou, diante da sua impossibilidade, examinar uma eventual concorrência de delitos, é possível depreender que traçar a linha fronteira⁵² entre estes institutos torna-se uma tarefa indispensável, porém, árdua.

Para uma maior aproximação acerca da operacionalização do princípio da *íntegra valoración do fato*, isto é, para verificar quando uma norma penal pode compreender, por si só, o conteúdo de injusto na sua completude ante uma sobreposição normativa, algumas questões adquirem relevância.

Neste contexto, cumpre discorrer sobre o papel que a análise dos bens jurídicos protegidos pelos tipos penais pode desempenhar para contribuir com a interpretação do alcance destes com intuito de analisar na hipótese de concorrência normativa penal se uma determinada norma penal incriminadora, por si só, conseguiria abranger integralmente o desvalor da conduta em termos jurídico-penais.

normas jurídicas. (Cf. GARCÍA ALBERO, Ramón. “*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales. Barcelona: Cedecs, 1995. p. 261).

⁵¹ ESCUCHURI AISA, Estrella. *Teoría del concurso de leyes y de delitos*. Bases para una revisión crítica. Granada: Comares, 2004. p. 434.

⁵² Segundo Paulo César Busato, “o que se nota, em suma, é que o conflito aparente de normas é um tema fronteira ao concurso de delitos, de onde, aliás iniciou-se o seu estudo.” (Cf. BUSATO, Paulo César. Soluções para o concurso aparente de normas incriminadoras: princípio da subsidiariedade. In: BUSATO, Paulo César (org.). *Fundamentos de direito penal*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 289-306. p. 294.).

Ana Elisa Bechara ensina que “apenas se pode avaliar concretamente uma norma jurídica se se conhecem quais valores são por ela protegidos, em que medida se projeta a respectiva proteção e como são em seu âmbito resolvidos eventuais conflitos”.⁵³

Embora a análise do bem jurídico, por si só, não assegure um traço seguro para delimitar a fronteira entre o concurso de normas penais e o concurso de crimes⁵⁴, vale dizer, a lesão de um ou de vários bens jurídicos não é o decisivo para estabelecer uma clara distinção nestes dois últimos, pois o fundamental é apreciar se um dos preceitos penais, por si só, é hábil para valorar integralmente o conteúdo de injusto e de culpabilidade, uma vez que o injusto penal é constituído não só pelo desvalor do resultado (lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico), mas também pelo desvalor da ação.⁵⁵

É neste contexto que Estrella Aisa Escuchuri afirma que “para la protección de un *mismo bien jurídico* el legislador puede haber configurado un sistema de tipos que recojan distintas formas de ataque al bien jurídico, que no sean equivalentes al contener cada uno de esos tipos un desvalor específico y propio.”⁵⁶

Inicialmente, insta lembrar que conceituar exaustivamente bem jurídico é uma missão – certamente - fadada ao fracasso.⁵⁷ Tal tarefa não constitui objeto de discussão delimitado por este estudo. Contudo, torna-se imprescindível traçar alguns aspectos importantes acerca do bem jurídico - em especial - do meio ambiente,⁵⁸ para que, oportunamente, possa identificar o modo mais adequado de operacionalizar o critério do bem jurídico no caso eventual de concorrência normativa penal-ambiental.

Cumpre salientar que o bem jurídico deve ser encarado como um critério de delimitação da norma penal;⁵⁹ em outras palavras, de suma relevância é a caracterização do

⁵³ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal: Considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo*. Tese de Livre Docência. Universidade de São Paulo. São Paulo. 2017. p. 91.

⁵⁴ ESCUCHURI AISA, Estrella. Los principios de non bis in idem y de íntegra valoración del hecho en el marco del concurso de leyes. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 6, n. 10, p. 57-99, jan./jun. 2009. p. 76. Já Flávio Antonio da Cruz adverte que “em muitos casos de aparente concurso de crimes, a questão do bem jurídico tem sido o divisor de águas para se reconhecer o concurso formal ou a unidade de lei [...]” (Cf. CRUZ, Flavio Antonio da. *O confronto entre o concurso formal de crimes e o concurso aparente de normas penais no direito brasileiro: revisão crítica sob os influxos de uma hermenêutica emancipatória*. 2014. 940 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. p. 331).

⁵⁵ *Ibid.*, p. 77-78.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 78.

⁵⁷ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 181.

⁵⁸ A discussão específica sobre o meio ambiente enquanto bem jurídico penalmente relevante, bem como acerca de seu conteúdo e importância no âmbito da questão concursal será feita respectivamente nos itens 3.1 e 3.2 deste trabalho.

⁵⁹ TAVARES, Juarez. *Bien jurídico y función en derecho penal*. Traducción de Mónica Cuñarro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 44.

bem jurídico como instrumento limitador da intervenção estatal.⁶⁰ Essa função, segundo Juarez Tavares, deverá ser levada em consideração em qualquer circunstância⁶¹, atuando, neste sentido, como um parâmetro irrenunciável de uma boa política criminal com escopo mais de limitador das intervenções penais do que como um fator legitimador da incidência do Direito Penal.⁶²

Assim, conforme assevera Claus Roxin, a teoria do bem jurídico possui um rendimento normativo mais efetivo no sentido de identificar comportamentos que não devem ser punidos por inexistência de lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico do que propriamente identificar quais lesões afetas a determinado bem jurídico devem ser prevenidas pelo Direito Penal.⁶³

Ainda que toda norma incriminadora tenha que ter necessariamente como fundamento material um bem jurídico,⁶⁴ isto, por si só, não é o bastante para considerá-la legítima; e considerando que o “cerne de nosso sistema valorativo é a pessoa humana”,⁶⁵ este é o referencial para elaboração do conceito de bem jurídico e, portanto, “apenas os

⁶⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: RT, 2003. p. 36. Neste mesmo sentido, Ana Elisa Bechara dispõe que “o bem jurídico-penal deve, nessa linha, ser considerado fundamentalmente como o padrão crítico com o qual se deve verificar a legitimidade da função do direito penal no caso concreto.” (Cf. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 1, p. 16-29, mai./ago. 2009. p. 21.). Aqui insta registrar também o posicionamento de Helena Regina Lobo da Costa: “É preciso destacar que, para que possa continuar a exercer e fortalecer a sua função crítica, é essencial ser o bem jurídico usado como limite à incriminação e não como sua legitimação. Isso significa que todo tipo penal deve ter como substrato a lesão ou ameaça a um bem jurídico (além do atendimento aos demais princípios), mas nem todo bem jurídico deve ser tutelado pela via penal. Somente como um critério negativo pode o bem jurídico prestar alguma contribuição crítica ao direito penal.” (Cf. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 16.).

⁶¹ TAVARES, Juarez. *Bien jurídico y función en derecho penal*. Traducción de Mónica Cuñarro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 41. Cf. também TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 200.).

⁶² HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 91-100. p. 91 e 94.

⁶³ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: LEITE, Alaor (org.). *Novos estudos de direito penal*. Tradução de Luis Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 41-69. p. 54.

⁶⁴ Este estudo parte da premissa de que os tipos penais devem necessariamente tutelar um determinado bem jurídico, embora haja autores que admitem a tese de que, em casos excepcionais, o tipo penal poderia não proteger um bem jurídico e, ainda assim, não ser considerado constitucional ou político-criminalmente ilegítimo. (Cf. HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 173-190. p. 185.).

⁶⁵ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 5.

elementos tidos como essenciais para o desenvolvimento da pessoa numa determinada realidade social podem ser alçados à categoria de bens jurídicos”.⁶⁶

Neste mesmo sentido, Juarez Tavares esclarece que o bem jurídico é um atributo de valor que deveria cumprir na interpretação do ordenamento jurídico uma função de proteção da pessoa que constitui destinatário final da proteção ofertada pela ordem jurídica, uma vez que esta circunstância que legitimaria a inserção do referido valor na norma.⁶⁷ Outrossim, é preciso que este valor a ser protegido a título de bem jurídico encontre respaldo na respectiva Constituição.⁶⁸

Mariângela Gama de Magalhães Gomes destaca a imprescindibilidade de todo tipo penal tutelar, ao menos, um bem jurídico e que “todos os elementos que compõem o tipo penal incriminador têm sua justificativa no valor que visam a proteger”⁶⁹, bem como a importância conferida ao bem jurídico se deve ao fato de que:

Sem o valor que emerge do bem jurídico protegido em cada figura típica, seus elementos se apresentariam como um simples elenco de dados mecanicamente situados uns ao lado dos outros, em integrar a unidade de sentido que caracteriza a noção de tipo penal. Assim, o *telos* do tipo – tutela de um bem jurídico – ocupa um lugar de destaque na estrutura típica, pois sem a sua consideração seria impossível estruturá-la. É possível afirmar, portanto, que o bem jurídico é a razão de ser do tipo legal, o espírito que o faz viver e que fixa seus limites.⁷⁰

Ademais, a referida autora dispõe que “o estudo do bem jurídico fornece um princípio metodológico-teleológico para a interpretação do direito positivo e para a estruturação sistemática da parte especial, assim como proporciona um critério objetivo para a sanção e a crítica das normas penais”.⁷¹

Cabe destacar a reflexão realizada por Juan Antonio Lascurain Sánchez sobre a interação imprescindível existe entre bem jurídico e norma penal:

⁶⁶ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 5. Neste mesmo sentido, Juarez Tavares: “O bem jurídico, por seu turno, não se confunde com o objeto da ação, pois não pode ser entendido no sentido puramente material, como se fosse uma pessoa ou uma coisa, mas no sentido de característica dessa pessoa e de suas relações, isto é, como valor decorrente da vida individual e social, indispensável à sua manutenção e ao seu desenvolvimento.” (Cf. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 202.). Neste mesmo sentido, cf. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 4ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019. p. 134.

⁶⁷ TAVARES, Juarez. *Bien jurídico y función en derecho penal*. Traducción de Mônica Cuñarro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 40. Cf. também TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 199.

⁶⁸ COSTA, *op. cit.*, p. 6.

⁶⁹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Teoria geral da parte especial do Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 36.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 41.

⁷¹ *Ibid.*, p. 42.

El bien inspira la norma, en primer lugar; la norma permite conocer el bien que la impulsa, en segundo; y todavía, en tercer lugar, en una viaje de vuelta, es el bien que precisa los contornos de la norma. La determinación del bien jurídico es así tanto un punto de llegada como un punto de partida en la interpretación de la norma. El recurso al bien jurídico como criterio de interpretación sirve para seleccionar el significado de las palabras de la norma y para excluir aquellas conductas a las que no les sea imputable la lesión del bien jurídico.⁷²

Uma vez recorrido acerca do papel que o bem jurídico poderia conferir no âmbito dos tipos penais como diretiva normativa limitadora, o mesmo também pode exercer na teoria concursal, em especial, em se tratando de concorrência de normas penais incriminadoras ambientais uma função igualmente importante.

Juan Antonio Lascurain Sánchez aponta a relevância do bem jurídico no âmbito concursal, uma vez que, em uma eventual sobreposição normativa, a determinação dos bens jurídicos protegidos pelos tipos penais e a relação entre eles pode auxiliar quando do reconhecimento de uma unidade ou pluralidade delitiva:

A falta de una diferencia relevante en las modalidades de ataque, la resolución de la concurrencia de normas podrá producirse a partir del hecho de que el bien jurídico de una de ellas no sea más que una especificación del bien jurídico de la otra, de que la lesión de uno de los objetos de protección presuponga la lesión del otro, o a partir del valor desproporcionadamente superior de uno de los bienes jurídicos, que convierte en comparativamente irrelevante la lesión del otro.⁷³

Especificamente nos casos em que se identifique sobreposição normativa de normas penais incriminadoras ambientais mediante uma pluralidade de condutas, geralmente, inserida no âmbito da aplicação do critério da consunção como atos acompanhantes típicos e ato posterior coapenado, verificar-se-á que algumas destas hipóteses podem constituir-se em casos limites e geram dúvidas se deveriam permanecer inseridas no concurso *aparente* de normas penais ou concurso de delitos. Assim, examinar-se-á neste contexto em que medida e em que limite o bem jurídico como instrumento metodológico pode contribuir com esta questão dogmática.

⁷² LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Bien jurídico y objeto protegible. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Madrid: Centro de Publicaciones, v. 60, p. 119- 163, 2007. p. 128.

⁷³ *Ibid.*, p. 129.

Outrossim, neste cenário é imprescindível ter em conta que o bem jurídico não se confunde com o objeto material da ação,⁷⁴ em especial no que diz respeito aos bens jurídicos transindividuais, como é o caso do meio ambiente.

Ujala Joshi Jubert assinala a importância para a teoria do concurso diferenciar objeto material e bem jurídico; o fato é preponderantemente empírico e o delito, essencialmente, jurídico. Os tipos penais servem para determinar que parte da realidade fática analisada interessa ao Direito Penal; já o bem jurídico está vinculado com o delito. Um fato – no sentido de ação mais resultado material – pode dar espaço a vários delitos porque distintos objetos materiais podem ser portadores de mais de um bem jurídico; já a lesão ao bem jurídico apenas pode ser compreendida em sentido jurídico.⁷⁵

Um fato não é apenas as ações ou omissões, senão também o resultado material (que não se confunde com o bem jurídico), há que se verificar, concretamente, em primeiro lugar, quando há um fato, e em segundo lugar, a classe de concurso que deverá ser aplicado, uma vez que unidade de fato não equivale ao concurso ideal e pluralidade de fatos não é igual a concurso real. Para que se configure o primeiro, é necessário que o indivíduo pratique diversos delitos, o que não ocorrerá no caso de a unidade de fato dar lugar a um único delito. Da mesma maneira, para que se dê o concurso real, além da pluralidade de fatos, é necessário que cada um destes dê lugar a um delito distinto, e que estes não se considerem como unidade pelo concurso *aparente* de normas penais.⁷⁶

Conforme dispõe Roland Hefendehl utilizam-se três diferentes técnicas legislativas no que diz respeito à relação existente entre bem jurídico e objeto da ação (também denominado de objeto material). A primeira delas consiste em utilizar o bem jurídico para elaborar o tipo, o qual será idêntico ao objeto da conduta, ocorrendo assim, uma *coincidência formal e de conteúdo*. Tal seria a hipótese, segundo o autor, do tipo penal de fraude no qual o bem jurídico patrimônio serve para descrever o objeto da ação. Já a segunda técnica refere-se à *coincidência somente em relação ao conteúdo* e o exemplo que o autor fornece é o caso dos delitos contra a vida nos quais a *vida humana*, mas o objeto

⁷⁴ HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 173-190. p. 173.

⁷⁵ JOSHI JUBERT, Ujala. Unidad de hecho y concurso medial de delitos. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 45, f. 2, p. 613-636, maio/ago. 1992. p. 620. Claus Roxin dispõe que “bien jurídico, por tanto, es el bien ideal que se incorpora en el concreto objeto de ataque; y es lesionable sólo danado los respectivos objetos individuales de la acción. (Cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Thomson. t.1. p. 63.).

⁷⁶ *Ibid.*, p. 622.

material é a *pessoa*. Todavia, ambos conceitos possuem o mesmo conteúdo na interpretação dos crimes contra a vida. Por fim, a terceira técnica legislativa utilizada não ocorre nem *identidade formal e nem de conteúdo* entre o bem jurídico e objeto da ação. Neste caso, o legislador veda a causação de uma modificação exterior que não pode se considerar lesão do bem jurídico.⁷⁷

Assim, é possível a delimitação do bem jurídico a partir de critérios normativos e, neste sentido, pode ocorrer que um bem jurídico das normas penais que vedam a degradação ou menoscabo de fatos ‘brutos’ (no sentido de tal como se apresentam no mundo exterior) possua uma amplitude menor da que se depreende do mesmo termo na linguagem coloquial.

Neste contexto, Knut Amelung aponta as questões que se apresentam no momento de definir juridicamente as fronteiras da vida humana ou de determinar quando se pode verificar que há água suscetível de ser contaminada para efeitos do § 324 do StGB.⁷⁸

Transladando tal debate aos tipos penais ambientais vigentes no Brasil, também se verifica, por exemplo, a discussão sobre estabelecer juridicamente as fronteiras de quando se pode afirmar que uma emissão de determinado poluente deve ser considerada penalmente relevante para fins de incidência do tipo penal de poluição do art. 54 da Lei 9.605/98, isto é, se busca delimitar qual é o objeto em si que goza de proteção penal.

A questão central da teoria concursal é estabelecer princípios e critérios para diferenciar o concurso de delitos do concurso de normas em sentido estrito, isto é, os casos em que deve aplicar a totalidade dos preceitos que efetivamente concorrem e os casos em que bastaria a aplicação de um dos preceitos penais.

Aliás, cumpre ressaltar que a própria análise da configuração de uma determinada conduta delitativa de um determinado caso concreto não deve se resumir a uma mera comparação entre norma penal e comportamento, como bem assegura Ana Elisa Bechara:

Dessa forma, a configuração da conduta delitativa não advém da simples comparação entre comportamento e norma, haja vista que ambos

⁷⁷ HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 173-190. p. 174.

⁷⁸ AMELUNG, Knut. El concepto bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 221-257. p. 236.

pertencem a planos distintos; é necessária a vinculação de referidos planos pela compreensão do intérprete, no âmbito dos processos de subsunção e – fundamentalmente – de imputação, de modo a imprimirlhes uma valoração materialmente válida. Logicamente, o êxito em tal análise valorativa está condicionado a um modelo abstrato normativo compreensível e racionalmente voltado à tutela de concretos interesses sociais e fundamentais.⁷⁹

Como critérios para tal estudo, desde já é imprescindível ressaltar a insuficiência do bem jurídico por si só para delimitar tal diferenciação. Aliás, Claus Roxin aponta que o bem jurídico, como critério interpretativo principal na análise dos comportamentos lesivos referentes a determinado tipo penal, exige ser complementado por considerações relativas à estrutura do tipo delitivo.⁸⁰

Assim, cabe destacar os ensinamentos de Ana Elisa Bechara quanto ao tema:

De outro lado, o aplicador do Direito Penal tende a não vislumbrar o conteúdo material do tipo penal. Independentemente de tais dificuldades e contradições concretas, a determinação do conteúdo do injusto penal dependerá estruturalmente dos elementos que compõem o tipo e a antijuridicidade, os quais condicionam a significação dos juízos de valor emitidos sobre o comportamento.⁸¹

Outrossim, Mariângela Gama de Magalhães Gomes afirma que “um tipo penal legítimo é composto pela combinação entre o bem jurídico e a estrutura do delito”.⁸²

Insta salientar que, conforme corretamente apresenta Roland Hefendehl, é analiticamente acertada a premissa de que, quanto aos tipos penais que tutelem bens jurídicos coletivos – p.ex., meio ambiente –, o desvalor da conduta prepondere em relação ao momento do resultado no âmbito da estruturação do respectivo tipo penal.⁸³

Este também é o entendimento de Álvaro Mendo Estrella, pois, segundo ele, no âmbito da proteção penal do meio ambiente, a especial natureza do bem jurídico meio ambiente exige a tutela via estrutura típica de perigo, uma vez que a atuação do Direito

⁷⁹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal: Considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo*. Tese de Livre Docência. Universidade de São Paulo. São Paulo. 2017. p. 22. Mariângela Gama de Magalhães Gomes dispõe que “a determinação da tipicidade não pode se esgotar num processo lógico-formal de subsunção, desprovido de outras valorações”. (Cf. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Teoria geral da parte especial do Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 211).

⁸⁰ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: LEITE, Alaor (org.). *Novos estudos de direito penal*. Tradução de Luis Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 41-69. p. 60.

⁸¹ BECHARA, *op. cit.*, p. 103.

⁸² GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Teoria geral da parte especial do Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 41.

⁸³ HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 173-190. p. 187.

Penal apenas quando da efetiva lesão a este referido bem jurídico pode trazer consequências irreversíveis e irreparáveis.⁸⁴

Neste sentido, nota-se que, em relação aos bens jurídicos coletivos, em especial, ao meio ambiente, verifica-se a tendência legislativa de associá-los a estruturas de tipo penal de perigo, notadamente, de perigo abstrato, contudo, nem sempre é elaborada de forma adequada,⁸⁵ conforme se depreende da Lei Ambiental 9.605/98, tema sobre a qual discorrer-se-á em momento oportuno neste estudo quando se tratar especificamente da questão concursal no âmbito dos tipos penais ambientais.

Assim, cumpre reforçar, desde já, a importância existente da análise conjunta do bem jurídico e a respectiva estrutura delitiva no âmbito da questão concursal do Direito Penal, em especial, da concorrência de normas penais incriminadoras ambientais do que inicialmente e normalmente se supõe.

Desta forma, nota-se que a relação entre o grau normativo e interpretação do tipo penal para a sua adequada aplicação vem se apresentando cada vez mais relevante, pois “interfere diretamente nas possibilidades concretas de sua valoração e, assim, na delimitação da intervenção penal”⁸⁶ e isto traz consequências diretas na análise de sobreposição de normas penais incriminadoras, tais como as presentes na Lei 9.605/98.

Em outras palavras, o que é determinante é a relação existente entre as condutas compreendidas pelo tipo penal com o bem jurídico tutelado penalmente⁸⁷ em exame com a respectiva estrutura típica a qual está atrelada para verificar, na hipótese de sobreposição normativa incriminadora, qual(is) do(s) tipo(s) penal(is) deve(m) ser aplicado(s) no caso

⁸⁴ MENDO ESTRELLA, Álvaro. La compleja estructura de peligro en el denominado delito ‘ecológico’ del artículo 325.1 del Código Penal: Algunas alternativas. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, n. 61, p. 237- 264, ene./dic. 2008. p. 244. Cf. também PRAT GARCIA, Josep M^a; SOLER MATUTES, Pedro. *El delito ecológico*. Jurisprudencia actual comentada. Barcelona: Cedecs, 2000. p. 30. No Brasil, neste mesmo sentido, Paulo José da Costa JÚNIOR aponta que “em tal contexto, torna-se evidente que uma técnica normativa assentada na incriminação do perigo é a mais adequada a enfrentar as ameaças múltiplas trazidas de muitas partes e por meios estranhos ao sistema ecológico (cf. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal ecológico*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. p. 75).

⁸⁵ HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 173-190. p. 187.

⁸⁶ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal: Considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo*. Tese de Livre Docência. Universidade de São Paulo. São Paulo. 2017. p. 12.

⁸⁷ HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito sobre los criterios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 279-302. p. 281.

concreto para que se observe o princípio da *íntegra valoração do fato* e o princípio do *ne bis in idem* material.

2.1.3 Importância dos princípios do *ne bis in idem* material e da *íntegra valoração do fato* no âmbito concursal

Uma vez discorrido individualmente sobre os princípios do *ne bis in idem* material e da *íntegra valoração do fato* como fundamentos da questão concursal, cabe apenas sintetizar a importância dos mesmos para reconhecer uma unidade ou uma pluralidade delitiva, em especial, ambiental, cuja percepção da relevância teórica e prática revelar-se-á na análise concreta dos casos propostos ao final deste estudo.

A questão concursal está voltada para impedir o *bis in idem* material já que quando no caso concreto, embora mais de um tipo penal desvalore, simultaneamente, o mesmo elemento do fato, “a dupla imposição de pena conduz a um injustificável *bis in idem*. Isso é assim porque apenas um dos tipos subsumíveis seria capaz de captar o total conteúdo do injusto culpável.”⁸⁸

De outro lado, caso se verifique a incidência dos diversos tipos penais concorrentes de forma independente com fundamentos distintos sob o mesmo fato deve-se reconhecer um concurso de crimes, pois eles “se completam para a total valoração fática”.⁸⁹

Conforme já apontado, a questão fundamental que envolve o princípio do *ne bis in idem* material no âmbito do concurso de normas penais diz respeito à identidade de fundamento, esta entendida como igual conteúdo de injusto dos tipos penais que eventualmente possam incidir sobre o mesmo fato concreto e seu exame é imprescindível para reconhecer se está diante de um único delito ou de vários crimes.

Ademais, o ponto essencial do princípio da *íntegra valoração do fato* no campo do concurso de normas penais consiste em imputar ao indivíduo todos os tipos penais incidentes sobre o mesmo fato desde que a aplicação conjunta destes seja necessária para compreender a integralidade do conteúdo do injusto referente(s) à(s) conduta(s) praticada(s) por ele. Para proceder tal análise é indispensável um exame integrado entre os bens jurídicos tutelados pelos tipos penais envolvidos com a sua respectiva estrutura delitiva e redação legal conferida pelo legislador.

⁸⁸ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro – parte geral*. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 331.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 332.

Neste sentido, reforça-se a ideia de que a atuação dos princípios do *ne bis in idem* material e da *íntegra valoración do fato* deve ser de forma conjunta e complementar no âmbito da questão concursal.

2.2 DO CONCURSO DE DELITOS

A definição do concurso de delitos - com exceção do momento quanto à identificação do sujeito ativo que é, de certa forma, claro e seguro - é permeada de incertezas que demandam investigações com uma maior profundidade.⁹⁰

Cabe destacar que o concurso de delitos é distinto do concurso *aparente* de normas penais (também denominado impróprio pela doutrina⁹¹), conforme demonstrar-se-á ao longo do presente estudo.

Contudo, considerando que no concurso de delitos, consoante já salientado anteriormente, não há dúvidas em relação à presença de pluralidade de tipos penais que incidem de forma independente. O que se discute neste campo é buscar pela compreensão sobre aplicação do que já está estabelecido nos preceitos secundários dos respectivos tipos penais previstos em lei.⁹²

Assim, apenas se fará uma rápida abordagem das principais questões envolvidas para fins de estudo da questão concursal no Direito Penal.

Antes de adentrar a esta questão insta salientar que, as normas do ordenamento jurídico podem ser divididas em duas categorias, segundo a classificação proposta por Carlos Santiago Nino: a) normas de primeiro nível; b) normas de segundo nível. As primeiras têm por finalidade descrever a conduta proibida destinada ao indivíduo,⁹³ e, por isso, trazem em seu bojo todos os aspectos que julga relevantes para caracterização do comportamento vedado por determinada norma penal incriminadora. Já as normas de

⁹⁰ CORREIA, Eduardo Henrique da Silva. *A teoria do concurso em direito criminal: I - unidade e pluralidade de infracções; II - caso julgado e poderes de cognição do juiz*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 11. Neste sentido, Ángel José Sanz Morán adverte que: “El tema de la concurrencia delictiva presenta gran complejidad y cabe hablar de una absoluta disparidad de criterios doctrinales y legales en torno a su ubicación sistemática, a la delimitación del objeto de estudio o materias que vendrían en consideración o, en fin, a los criterios de punición previstos como respuesta a las diversas hipótesis concursales.” (Cf. SÁNZ MORÁN, Ángel José. *El concurso de delitos: Aspectos de política legislativa*. Valladolid: Ediciones Universidad de Valladolid, 1986. p. 12).

⁹¹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro – parte geral*. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 331.

⁹² SZCZARANSKI, Federico. Aproximación a la reiteración delictiva y a la teoría concursal desde la teoría de la pena. *Política criminal*, Talca, v. 8, n. 16, art. 5, p. 500 – 543, dez. 2013. p. 502-503.

⁹³ CID MOLINÉ, José. Notas acerca de las definiciones dogmáticas de concurso de delitos. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid: Centro de Publicaciones, p. 29- 63, jan./abr. 1994. p. 30.

segundo nível compreenderiam as regras concursais, em especial, no que tange ao concurso de delitos, cuja função se destina a proporcionar critérios para solucionar a concorrência de normas atribuídas a uma conduta do agente e a determinação das sanções a serem aplicadas.⁹⁴

Desta forma, pode-se afirmar que a discussão atinente ao *concurso aparente de normas* estaria relacionada às normas de primeiro nível, pois neste caso a questão consistiria em estabelecer em qual conteúdo de injusto compreenderia a conduta do agente e que o debate referente ao *concurso de delito* estaria atrelado aos pressupostos do fato (unidade ou pluralidade de ação) e a determinação da forma de aplicação da pena prevista no preceito secundário da norma penal.

Adolf Merkel dispõe que o concurso de delitos “presupone que los caracteres constitutivos de una misma especie de delitos han sido efectuados varias veces, o bien que se han efectuado los caracteres constitutivos de diferentes especies de delitos”.⁹⁵

Afirmar que um indivíduo que pratica um único delito deva ser sancionado de forma diferenciada daquele que tenha praticado diversos delitos no mesmo contexto fático parece óbvio, mas tal afirmação pressupõe, segundo Max Ernst Mayer, uma indagação que, *a priori*, se apresenta aparentemente simples, que é: quantos são os delitos⁹⁶ a serem imputados ao indivíduo quando seu comportamento incidir, ao menos, *em tese*, em mais de um tipo penal em abstrato previsto no ordenamento jurídico penal?

O referido autor destaca que “la arte de contar los delitos es difícil, mientras no haya claridad acerca de lo que realmente se deba contar”;⁹⁷ sendo uma questão metodológica prévia decidir se estamos diante de um único crime ou de uma pluralidade delitiva para se estabelecer qual análise acerca da matéria deverá ser feita.⁹⁸

Contudo, antes de se perquirir os elementos que autorizam o estabelecimento da identidade e a pluralidade do fato punível e, com estas, da possibilidade de contá-los, deve-se determinar o objeto deste procedimento de contagem.

⁹⁴ NINO, Carlos Santiago. *El concurso en el Derecho Penal*. Criterios para clasificar los casos de varios hechos o de varias normas en la calificación penal de una conducta. Buenos Aires: Editorial Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos, 1972. p. 19.

⁹⁵ MERKEL, Adolf. *Derecho penal: parte general*. Traducción de Pedro Dorado Monteiro. Buenos Aires: B. de F., 2006. p. 274.

⁹⁶ MAYER, Max Ernst. *Derecho penal – parte geral*. Buenos Aires: B de F, 2007. p. 194.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 194.

⁹⁸ SANZ MORÁN, Ángel José. Las reglas relativas a la unidad y pluralidad de delitos en el código penal de 1995. In: CEREZO MIR, José *et. al.* (ed.). *El nuevo código penal: presupuestos y fundamentos*: libro homenaje al professor doctor Don Ángel Torío López. Granada: Comares, 1999. p. 505-520. p. 506.

Neste contexto é que se pode afirmar que “la teoría que se ocupa de establecer la unidad o pluralidad del hecho punible así determinado y sus consecuencias para el derecho de medición judicial de la pena es la *teoría de los concursos*.”⁹⁹

Em outras palavras, a teoria concursal nos permite definir quando existe apenas um fato delitivo ou quando existem dois ou mais fatos delitivos a serem imputados ao sujeito e a análise dogmática em relação a esta indagação possui uma relevância prática tão importante quanto os seus aspectos teóricos,¹⁰⁰ embora estes, conforme verificar-se-á, demandem um esforço bastante significativo.

Segundo Maurach, Zipf e Gössel, os desafios particulares trazidos pela teoria concursal, bem como a fragilidade das expressões técnicas empregadas se deve à especial dupla localização entre a teoria do fato punível e a teoria das consequências do fato punível.¹⁰¹

Manuel Cobo de Rosal e Tomás Vives Antón apontam que são necessários quatro requisitos indispensáveis para a configuração do concurso de crimes. São eles: a) pluralidade de infrações; b) a unidade ou pluralidade da ação valorada; c) unidade de sujeito ativo; d) unidade de processo.¹⁰²

Neste sentido, em se tratando de concurso de delitos, a unidade ou pluralidade de ações tem desempenhado um papel imprescindível¹⁰³, pois consiste no critério utilizado pela doutrina para verificar a ocorrência de concurso ideal ou real de crimes, bem como há um forte impacto no âmbito das consequências jurídicas em diversos ordenamentos jurídicos.¹⁰⁴

⁹⁹ MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz; GÖSSEL, Karl Heinz. *Derecho penal: parte general; formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*. Traducción de Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea, 1995. v. 2. p. 516.

¹⁰⁰ CARRANZA TAGLE, Horácio A. *Introducción al concurso de delitos*. Criterios sobre unidad y pluralidad delictiva. Buenos Aires: B de F, 2011. p. 4-5.

¹⁰¹ MAURACH, *op. cit.*, p. 518. Neste mesmo sentido, cf. SUÁREZ LÓPEZ, José María. *El concurso real de delitos*. Madrid: Comunidad de Madrid, 2001. p. 37. Contudo, para Tomás Salvador Vives Antón, “la teoría del concurso ha de adscribirse a la teoría de la pena, en cuanto a la configuración del delito, una posición valorativa consecuente.” (Cf. VIVÉS ANTÓN, Tomás Salvador. *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*. Valencia: Universidad de Valencia, 1981. p. 41.).

¹⁰² COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás. *Derecho penal*. Parte general. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 763.

¹⁰³ LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal*. 4. ed. Madrid: REUS, 1999. 3. t. p. 145. Cf. também MAURACH, *op. cit.*, p. 518.

¹⁰⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. 4ª. ed. Granada: Comares, 1993. p. 647. Cf. também CUERDA RIEZU, Antonio. La unidad de delito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (ed.). *Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: Bosch, 1997. p. 341-354. p. 343-344.

Interessante notar que o desenvolvimento histórico da teoria do concurso de delitos não segue uma trajetória linear, em especial com os critérios utilizados para distinção das diversas modalidades do concurso. Isto porque o referencial adotado no caso de prática de diversos delitos pelo mesmo sujeito até o fenômeno da codificação era a compatibilidade ou não das sanções em virtude da sua correspondente natureza. Sendo assim, o critério consistente no fato da pluralidade de delitos derivar de uma única ação ou ações independentes, segundo Ángel José Sanz Morán, é relativamente recente.¹⁰⁵

Assim, tal relação de unidade/pluralidade de ação e unidade/pluralidade de delitos parece ter relevância também no âmbito do ordenamento jurídico penal brasileiro no que diz respeito ao concurso de delitos, seja ele real (material) ou ideal (formal), uma vez que o Código Penal prevê nos arts. 69 e 70 que a pluralidade delitiva será desvalorada de forma diferenciada a depender se derivar de uma única ação/omissão ou de mais de uma ação/omissão, salvo na hipótese de desígnios autônomos no concurso ideal (formal), pois neste caso receberá a mesma reprovabilidade do concurso real (material), e, por consequência, igual tratamento no que diz respeito à aplicação da pena, conforme se depreende da 2ª parte do *caput* do art. 70, CP. Desta forma, em regra geral, tal tema é tratado nos Códigos Penais na parte relativa à aplicação e dosimetria da pena,¹⁰⁶ o que também ocorre no Código Penal brasileiro.

A primeira indagação consiste então no que se deve compreender por ação para fins da teoria concursal no âmbito penal. O comportamento concreto analisado passa a ser uma questão de imputação a uma determinada norma penal incriminadora.

Isto porque é de fundamental importância delimitar o que se deve entender por um comportamento ou um conjunto de comportamentos em uma dada situação fática com relevância penal, possibilitando, assim, no caso de concorrência de normas penais, a imputação ao sujeito concreto de um ou vários tipos penais e, portanto, verificar, ao menos inicialmente, a possibilidade de aferir a presença ou não de um concurso de delitos.

Todavia, cumpre salientar que as dificuldades de estabelecer no caso concreto quando há apenas uma ação ou várias ações resultam em uma enorme insegurança no momento de apreciar uma ou outra modalidade concursal.

Diante deste cenário, inicialmente, cumpre registrar que, conforme ensina Antonio Cuerda Riezu, a grande dificuldade consiste na missão de delimitar a unidade de ação em

¹⁰⁵ SÁNZ MORÁN, Ángel José. *El concurso de delitos: Aspectos de política legislativa*. Valladolid: Ediciones Universidad de Valladolid, 1986. p. 50-51.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 19.

virtude do fluxo contínuo da atividade humana na vida real; sendo apenas possível operacionalizar juridicamente a conduta humana se dividi-la em unidades de ação.¹⁰⁷

Assim, é importante ressaltar a impossibilidade de analisar o conceito de ação para fins concursais com base em critérios fisiológicos/naturalísticos/pré-jurídicos no sentido de que cada movimento corporal constitua uma ação¹⁰⁸ e, por isso, a necessidade de fragmentar o comportamento humano em unidade de ação, o que impõe uma análise valorativa desta última para avaliar a sua relevância para o Direito Penal no âmbito concursal. Tal apreciação valorativa de aferir a existência ou não de unidade de ação pode ser classificada em duas formas: unidade natural da ação e unidade *típica* de ação.

Conforme o critério da unidade natural da ação, explica Antonio Cuerda Riezu que, “existe unidad de acción cuando varias actuaciones de igual significación jurídico-penal se encuentran vinculadas por una estrecha conexión espacial y temporal de tal manera que aparezcan como una unidad objetiva a un observador imparcial.”¹⁰⁹

Em outras palavras, qualquer pessoa que analisasse o conjunto de atos chegaria à mesma conclusão de que se trataria de uma unidade de sentido e, por consequência, de uma unidade de ação.

¹⁰⁷ CUERDA RIEZU, Antonio. La unidad de delito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (ed.). *Política criminal y nuevo derecho penal*: libro homenaje a Claus Roxin. Barcelona: Bosch, 1997. p. 341-354. p. 345. Cumpro destacar a observação de Hans-Heinrich Jescheck: “El comportamiento humano consiste en una serie continuada de acciones y omisiones. De ahí surge la cuestión de los *critérios* conforme a los que tal proceso haya de dividirse en partes que puedan ser concebidas, bien como unidades de acción, bien como pluralidades de acción. Una división meticulosa en fragmentos mínimos, según el número de las intervenciones musculares (unidad de acción fisiológica), carecería obviamente de sentido, pues, dado que la teoría del concurso cabe establecer reglas para la aplicación de diversos marcos penales, según haya *una* acción o tengan que apreciarse *varias* acciones, sólo puede tomarse en cuenta para la diferenciación un *critério jurídico*.” (Cf. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*: parte general. 4. ed. Granada: Comares, 1993. p. 648.).

¹⁰⁸ ESCUCHURI AISA, Estrella. *Teoría del concurso de leyes y de delitos*. Bases para una revisión crítica. Granada: Comares, 2004. p. 368. Neste mesmo sentido, cf. ROIG TORRES, Margarita. *El concurso ideal de delitos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012. p. 71-74.

¹⁰⁹ CUERDA RIEZU, *op. cit.*, p. 341-354. p. 345. Neste mesmo sentido, Hans-Heinrich Jescheck aponta que: “Actualmente, la jurisprudencia y la doctrina dominante arrancan de la *concepción natural de la vida* para determinar el concepto de acción en la teoría del concurso. Una pluralidad de componentes de un suceso, externamente separables, deben conformar una acción unitaria cuando los diversos actos parciales responden a una única resolución volitiva y se encuentran tan vinculados en el tiempo y en el espacio que por un observador no interviniente son sentidos como una unidad.” (Cf. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*: parte general. 4. ed. Granada: Comares, 1993. p. 648.). Ainda assim, Eduardo Correia aduz que “a unidade naturalística da conduta exigiria, em suma, uma conexão tal, que um terceiro também a pudesse reconhecer.[...] Daí que o mesmo objeto ou fato constitua uma unidade ou venha a fragmentar-se numa pluralidade, consoante o ponto de vista donde é observado. E isto é confirmado pela vida em toda a riqueza e multiplicidade dos seus aspectos.” (Cf. CORREIA, Eduardo Henrique da Silva. *A teoria do concurso em direito criminal*: I - unidade e pluralidade de infracções; II - caso julgado e poderes de cognição do juiz. Coimbra: Almedina, 1996. p. 31.).

Porém, desde já, tal critério demonstra a sua fragilidade e insegurança quanto à sua aplicação, pois, como bem aponta Antonio Cuerda Riezu, não existem unidades de sentidos universalmente válidas em uma determinada sociedade.¹¹⁰

Neste sentido, Eduardo Henrique da Silva Correia questiona que, uma vez verificada essa forma plural de mensurar uma unidade do atuar humano no sentido natural já que dependeria do ponto de vista adotado pelo terceiro observador inserido numa comunidade com valores plurais, a legitimidade preferencial de um modo em relação ao outro de examinar eventual unidade de comportamento, fatalmente, tal análise resultaria em um arbítrio, sendo necessário o deslocamento para um domínio normativo para estabelecer uma unidade de ação.¹¹¹

É muito difícil o critério da unidade natural da ação ter sua natureza conceitual observada em sua inteireza, como bem observado por Antonio Cuerda Riezu quando este analisou se, efetivamente, o Tribunal Supremo Espanhol aplicava corretamente tal critério, já que declarava adotá-lo. Ocorre que se percebeu que a jurisprudência inseria, de forma equivocada, diversos aspectos de análise estritamente jurídicos para apreciar a unidade natural de ação, dentre eles, o caráter personalíssimo ou não do bem jurídico, a diversidade de sujeitos passivos, o elemento normativo da identidade do tipo realizado, adotando, assim, o Tribunal Supremo Espanhol, um viés – predominantemente - jurídico para fixar a unidade de ação.¹¹²

Nota-se, assim, que, consoante observação também realizada por Estrella Aisa Escuchuri, o conceito do critério da unidade natural de ação é bastante confuso em

¹¹⁰ CUERDA RIEZU, Antonio. La unidad de delito en la jurisprudência del Tribunal Supremo. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (ed.). *Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: Bosch, 1997. p. 341-354. p. 346.

¹¹¹ CORREIA, Eduardo Henrique da Silva. A teoria do concurso em direito criminal: I - unidade e pluralidade de infrações; II - caso julgado e poderes de cognição do juiz. Coimbra: Almedina, 1996. p. 32. Ainda assim, vale destacar as seguintes observações realizadas pelo autor: “Como se pode então fundamentar a preferência? Como é possível conseguir um contorno tal da unidade que seja necessariamente reconhecido também por um terceiro? O caminho parece estar cortado para todos os lados. Mas isto significa que o assentar a solução do problema da unidade ou pluralidade de infrações sobre a das respectivas condutas, conduz, no fim de contas, a puro arbítrio. Salvo quando se queira intervir no debate considerações que resultem da análise das normas ou do sistema jurídico. Só que, então, já a unidade da conduta se não determina do ponto de vista da experiência comum, já não se pode falar de unidade naturalística da ação, mas desloca-se o problema para o domínio normativo.” (*Ibid.*, p. 32-33.).

¹¹² CUERDA RIEZU, *op. cit.*, p. 349-351. Esta também é a conclusão a que chega Eduardo Correia: “Do que fica dito parece resultar, com suficiente clareza, que na teoria do concurso de crimes de base naturalística o critério da distinção entre unidade e pluralidade de condutas só pode justificar-se pela intervenção de considerações jurídico-normativas; que, para ser utilizável, a unidade de conduta naturalística só poderia ser jurídica.” (Cf. CORREIA, *op. cit.*, p. 50.).

decorrência da múltipla semântica que se atribui ao mesmo¹¹³ e sua aplicação não tem sido uniforme.

Assim, vale ressaltar que se o objetivo é delimitar a unidade de ação para fins de relevância penal, o critério a ser buscado deveria ser de caráter jurídico-penal. Em outras palavras, inevitável se recorrer a critérios normativos para fixação do conceito de unidade de ação para fins de análise concursal delitiva.

Este também é o entendimento de Eduardo Henrique da Silva Correia:

Com efeito, se a ação é possível colocar na base do crime tem sempre e necessariamente uma estrutura teleológica que a faz situar num plano diferente dos meros acontecimentos psicofísicos em que ela naturalisticamente se esgotaria, é naquela esfera que há de ser posto o problema da unidade ou pluralidade de infrações. E então, o que decidirá o número de crimes cometidos por um agente há de ser o número de ações entendidas não naturalística, mas teleologicamente: o número de infrações virá, portanto, a determinar-se pelo número de juízos de valor que, no mundo jurídico-criminal, correspondam a uma certa atividade.¹¹⁴

E, por esta razão, a doutrina passou a aventar um outro critério para estabelecer o que se compreenderia por unidade de ação para fins de concurso no âmbito do Direito Penal, qual seja, o denominado critério da unidade *típica* de ação.

Segundo o critério da unidade *típica* de ação, os elementos para caracterização de uma unidade de ação devem ser essencialmente jurídicos e, por excelência, o tipo penal no sentido de figura delitiva, “pues mediante los tipos se deduce aquello que es contemplado como algo unitario, con independencia de que se pueda descomponer o no en actos parciales más reducidos”,¹¹⁵ o que significa dizer, em outras palavras, “si los tipos de la Parte Especial del Código describen unidades, habrá un solo delito cuando se presente una *única realización del tipo*”.¹¹⁶

Importante transcrever a definição esclarecedora de Antonio Curda Riezu:

La idea básica que se deduce del criterio de la unidad típica es la siguiente: es necesario pero también suficiente para apreciar unidad de

¹¹³ ESCUCHURI AISA, Estrella. *Teoría del concurso de leyes y de delitos*. Bases para una revisión crítica. Granada: Comares, 2004. p. 371.

¹¹⁴ CORREIA, Eduardo Henrique da Silva. *A teoria do concurso em direito criminal: I - unidade e pluralidade de infrações; II - caso julgado e poderes de cognição do juiz*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 74.

¹¹⁵ CUERDA RIEZU, Antonio. La unidad de delito en la jurisprudência del Tribunal Supremo. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (ed.). *Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: Bosch, 1997. p. 341-354. p. 352.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 352.

delito que se realicen una sola vez todos y cada uno de los elementos del tipo legal. Ahora bien, si esto es así, no basta con la realización única de la acción, sino que también deben realizarse una sola vez – como mínimo – los restantes elementos típicos, sean cuales sean estos. Por consiguiente, entran en consideración aquí, además de la acción, el resultado y la causalidad en los delitos de resultado, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, el sujeto pasivo, los elementos subjetivos, etc.; y los elementos típicos particulares que exija la figura delictiva de la que se trate.¹¹⁷

Neste sentido, o critério da unidade *típica* de ação permite apreciar a ocorrência fática de um conjunto de atos como uma unidade de ação no sentido jurídico sob a perspectiva do tipo. Outrossim, Flávio Antônio da Cruz dispõe que a ação implica “atribuição de significado, uma atribuição de sentido no âmbito do convívio humano”.¹¹⁸

Destaca-se a afirmação de Hans-Heinrich Jescheck no sentido de que “el cumplimiento de los requisitos mínimos del tipo legal es siempre una acción única, pese a que en una contemplación puramente fenomenológica quepa decomponer el comportamiento típico en varios actos individuales.”¹¹⁹ Vale dizer, nas palavras de Franz Von Listz, “lo que en la vida es múltiple, ante la ley penal es uno, y a veces, lo que en el plano de la vida es uno, se prolifica en el plano de la ley.”¹²⁰

Apenas a título de curiosidade, Juan Pablo Mañalich Raffo propõe um critério para configuração do concurso formal consistente na possibilidade de uma aproximação das diversas realizações típicas imputáveis ao mesmo sujeito, no sentido de uma relação de identidade total ou parcial entre as respectivas ações executivas, sob um teste denominado de evitabilidade conjunta: “si para el autor de los varios hechos delictivos concurrentes hubiera sido posible evitar las dos o más realizaciones típicas a través de la omisión de una misma acción, entonces puede afirmarse una unidad de hecho.”¹²¹

No que diz respeito aos sistemas para fins de aplicação da pena na hipótese de configuração de concurso de delitos, a doutrina, normalmente, aponta os seguintes: a) acumulação material, na qual se estabelece de forma individual as consequências jurídicas

¹¹⁷ CUERDA RIEZU, Antonio. La unidad de delito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (ed.). *Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: Bosch, 1997. p. 341-354. p. 353.

¹¹⁸ CRUZ, Flavio Antonio da. *O confronto entre o concurso formal de crimes e o concurso aparente de normas penais no direito brasileiro: revisão crítica sob os influxos de uma hermenêutica emancipatória*. 2014. 940 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. p. 403.

¹¹⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. 4. ed. Granada: Comares, 1993. p. 649.

¹²⁰ LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal*. 4ª. ed. Madrid: Reus, 1999. 3. t. p. 165.

¹²¹ MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. El principio ne bis in idem en el Derecho penal chileno. *Revista de Estudios de la Justicia*, Santiago, n. 15, p. 139-169, 2011. p. 153.

dos respectivos delitos e, após isto, soma-se todas elas;¹²² b) absorção, na qual aplica-se apenas a pena do delito mais grave;¹²³ c) exasperação, na qual se determina a sanção penal para cada infração, porém não há um somatório delas mas sim se eleva a mais severa delas em um *quantum* determinado pela lei;¹²⁴ d) combinação de marcos penais: “consiste na criação de um marco penal próprio para a concorrência delitiva, partindo dos marcos penais das singulares infrações e combinando-os.”¹²⁵

Conforme bem assinala Claus Roxin, o significado prático da diferenciação entre concurso real e ideal consiste nas distintas consequências jurídicas.¹²⁶

Contudo, no Brasil, o estudo do concurso de delitos, para fins de tratamento jurídico-penal no que diz respeito à aplicação da pena, conforme já assinalado, também está diretamente vinculada à unidade ou pluralidade de ações. Na primeira hipótese tem-se o denominado concurso ideal ou formal e na segunda, o concurso real ou material de delitos.

Verifica-se que o Brasil adotou o critério da exasperação na hipótese de concurso formal próprio (art. 70, *caput*, 1ª parte do CP) e o da acumulação material no caso do concurso real (art. 69, *caput* do CP) e do concurso formal impróprio (art. 70, *caput*, 2ª parte do CP).

Quanto ao tratamento jurídico-penal diferenciado entre concurso real e ideal de delitos conferido pelo legislador brasileiro, Flávio Antônio da Cruz afirma que tal distinção depende de uma apreciação valorativa que leva em consideração concepções do direito penal, em especial, as justificativas do poder punitivo e teorias da pena.¹²⁷

Já para Cezar Roberto Bitencourt, embora o que caracterize o concurso formal seja a unidade de conduta, o que, segundo ele, fundamentaria o tratamento penal mais brando no caso de concursal formal próprio não obstante resultasse em uma pluralidade delitiva é

¹²² SÁNZ MORÁN, Ángel José. *El concurso de delitos: Aspectos de política legislativa*. Valladolid: Ediciones Universidad de Valladolid, 1986. p. 25.

¹²³ *Ibid.*, p. 28.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 31.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 33.

¹²⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Especiales formas de aparición del delito*. Traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña (dir.), et al. Pamplona: Thomson Reuters, 2014. t. 2. p. 941.

¹²⁷ CRUZ, Flavio Antonio da. *O confronto entre o concurso formal de crimes e o concurso aparente de normas penais no direito brasileiro: revisão crítica sob os influxos de uma hermenêutica emancipatória*. 2014. 940 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. p. 475.

“a unidade do elemento subjetivo que impulsiona a ação”,¹²⁸ pois, segundo o referido autor, não seria admissível atribuir uma sanção mais grave a quem pratica uma pluralidade de delitos mediante uma única ação do que a quem, reiteradamente, pratique mais de um crime mediante mais de uma ação.¹²⁹

Todavia, Luís Greco, Frederico Horta, Alaor Leite, Adriano Teixeira e Gustavo Quandt possuem um posicionamento peculiar, uma vez que, ao invés de justificarem os motivos pelos quais o concurso ideal deva receber um tratamento mais brando em relação ao concurso material de delitos, os referidos autores propõem uma reorientação total para o regime do concurso de crimes no ordenamento jurídico-penal brasileiro no sentido de abandonar a diferenciação entre concurso material e formal, já que tal distinção, segundo eles, seria de duvidoso fundamento substancial, bem como a exclusão do critério do cúmulo material das sanções como sistema de aplicação da pena no caso de concurso de delitos, inclusive no caso de concurso material.¹³⁰

Claus Roxin adverte que, sob a perspectiva da política criminal, o tratamento distinto conferido ao concurso ideal e real segue cada vez mais controvertido e segue sendo abandonado por alguns países em detrimento do princípio da pena unitária, a exemplo da Áustria, Suíça e da Alemanha (em relação ao direito penal dos menores).¹³¹

Tomás Salvador Vivés Antón é um dos representantes que critica o regime diferenciado de aplicação de penas entre o concurso formal e material,¹³² bem como José María Suárez López defende um tratamento unitário entre estes e a exclusão dos critérios da acumulação e da absorção como sistema de aplicação da pena no caso de concurso de delitos.¹³³

Cumprе salientar que o tratamento mais benéfico conferido ao concurso ideal de delitos – pluralidade delitiva mediante unidade de fato - pode ser considerada uma opção do legislador, uma vez que o respectivo conteúdo do injusto dos tipos penais que concorrem é reciprocamente independente. Tal análise encontra-se fora do âmbito de

¹²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. v. 1. 24ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 862.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 869.

¹³⁰ GRECO, Luís. et al. *Parte geral do código penal: uma proposta alternativa para debate*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 85-88. Neste sentido, os referidos autores propõem “um modelo que não conta ações, e sim crimes, isto é dimensões de desvalor, a serem todas consideradas na aplicação da pena, não mais segundo uma tosca cumulação de reprimendas, mas segundo um verdadeiro juízo de necessidade e suficiência para cumprir suas funções, em face de todos os crimes praticados.” (*Ibid.*, p. 88).

¹³¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Especiales formas de aparición del delito. Traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña (dir.), et al. Pamplona: Thomson Reuters. 2014. t. 2. p. 943.

¹³² VIVÉS ANTÓN, Tomás Salvador. *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*. Valencia: Universidad de Valencia, 1981. p. 42.

¹³³ SUÁREZ LÓPEZ, José María. *El concurso real de delitos*. Madrid: Comunidad de Madrid. 2001. p. 59.

discussão de violação ou não do princípio do *ne bis in idem* na sua dimensão material, pois aqui não há uma valoração múltipla sob o mesmo aspecto de um fato,¹³⁴ mas pode ser objeto de uma política legislativa levando em consideração, eventualmente, um menor desvalor da ação ou uma menor reprovabilidade no que diz respeito à culpabilidade do agente e, por estes motivos, tal debate não será objeto deste estudo.

2.2.1 Do concurso real ou material

O concurso real – também denominado concurso material - se dá quando o indivíduo, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes (idênticos ou não), isto é, possui como pressuposto uma pluralidade de condutas independentes, suscetíveis de serem tipificadas em um ou mais tipos penais.¹³⁵ No Brasil, a previsão legislativa desta espécie de concurso de delitos está contida no art. 69 do CP.

Fernando Velásquez Velásquez assinala os requisitos para configuração do concurso real ou material de delitos. Sendo eles: a) pluralidade de ações independentes; b) pluralidade de tipos penais; c) unidade do sujeito ativo; d) julgamento em um único processo penal.¹³⁶

Caso os delitos praticados sejam de mesma natureza, tem-se concurso real (ou material) homogêneo; contudo, em se tratado de crimes de naturezas diversas, tem-se concurso real (ou material) heterogêneo.¹³⁷

Uma vez reconhecido o concurso real (ou material) de delitos, segundo a regra estabelecida no art. 69 do CP, aplica-se o sistema de cúmulo material no que diz respeito à aplicação da pena, isto é, a soma das penas aplicadas individualmente para cada um deles.

2.2.2 Do concurso ideal ou formal

O concurso ideal de delitos – também denominado de concurso formal de crimes - se dá quando o indivíduo, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais delitos,

¹³⁴ MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. El principio ne bis in idem en el Derecho penal chileno. *Revista de Estudios de la Justicia*, Santiago, n. 15, p. 139-169, 2011. p. 154.

¹³⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. v. 1. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Cf. também VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual de derecho penal: parte general*. Bogotá: Temis, 2002. p. 474.

¹³⁶ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual de derecho penal: parte general*. Bogotá: Temis, 2002. p. 474-475.

¹³⁷ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro – parte geral*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 330.

isto é, concorrem uma pluralidade de tipos penais que não se excluem entre si pelas regras do concurso *aparente* de normas penais e, portanto, implica uma aplicação conjunta dos tipos penais incidentes no caso concreto.

Assim, possui como premissa a unidade de conduta¹³⁸, mas exige uma dupla ou múltipla desvalorização diversa dos tipos penais, identidade de sujeito ativo e unidade ou pluralidade de sujeitos passivos.¹³⁹

No concurso ideal de delitos, conforme dispõe Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Aran, apenas com a aplicação simultânea de todos os tipos penais configurados é que se poderia valorar integralmente o conteúdo de injusto da conduta concreta analisada,¹⁴⁰ embora a pena total a ser fixada se limitaria mediante o sistema de aplicação da pena prevista por determinado ordenamento jurídico.

No ordenamento jurídico-penal brasileiro o concurso formal de crimes encontra previsão no art. 70 do CP. A partir do teor contido neste dispositivo legal, a doutrina classifica o concurso formal, por sua vez, em duas categorias distintas: a) concurso formal perfeito ou próprio; e b) concurso formal imperfeito ou impróprio.

O concurso formal perfeito ou próprio ocorre quando há unidade de desígnios. Assim, pode ocorrer apenas em duas hipóteses, conforme ensina Luiz Regis Prado: “1) o agente, mediante conduta dolosa, pratica o crime visado, e outro que ocorre de forma culposa; ou 2) o agente, mediante uma conduta culposa, alcança dois ou mais resultados culposos.”¹⁴¹

Neste caso, aplica-se o sistema da exasperação, isto é, a aplicação do crime de pena mais grave aumentada em um determinado *quantum* e, por isso, conforme o teor disposto na 1ª parte do *caput* do art. 70 do CP, o acréscimo à pena mais grave dentre os delitos praticados deve ser de um sexto até metade.

¹³⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. v. 1. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 861. Insta registrar a posição de Fernando Velásquez Velásquez no sentido de que o concurso ideal seria a única hipótese de tipos penais em uma ação. (Cf. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual de derecho penal: parte general*. Bogotá: Temis, 2002. p. 479).

¹³⁹ Cf. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual de derecho penal: parte general*. Bogotá: Temis, 2002. p. 480).

¹⁴⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General*. 10. ed. rev. Valencia: Tirant lo Blanch. 2019. p. 442.

¹⁴¹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro – parte geral*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 331.

Consoante bem ressalta Felipe Machado Prates, a regra da exasperação do crime mais grave autoriza o juiz a “definir uma pena proporcional ao desvalor completo do fato.”¹⁴²

Contudo, o *quantum* da pena a ser aplicada no caso concreto através da regra da exasperação não pode ultrapassar a soma das penas, conforme ressalva do parágrafo único do art. 70 do CP. Caso isto ocorra deverá se aplicar a regra do cúmulo material (*benéfico*) em favor do sujeito.

Já o concurso formal imperfeito ou impróprio se dá “quando a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, isto é, a vontade é conscientemente orientada a fins diversos.”¹⁴³

Neste caso, aplica-se a mesma regra do concurso real, qual seja, do cúmulo material, conforme se depreende da 2ª parte do art. 70 do CP.

Cabe registrar que o fato do legislador prever a regra do cúmulo material quando do concurso formal impróprio é bastante questionada pela doutrina por, *em tese*, violar o princípio do *ne bis in idem*, uma vez que “somar as penas dos delitos praticados por meio de uma só ação ou omissão corresponderia a uma valoração inadequada do conteúdo de injusto, porque a penalidade deve ser graduada, não apenas pelo resultado, mas também pela ação.”¹⁴⁴

Outrossim para determinar uma unificação – ainda que relativa – das diversas realizações típicas concorrentes com escopo de obter um tratamento mais favorável (se comparado com o tratamento dispensado ao concurso real ou material de crimes), deve-se recorrer a um critério jurídico para delimitar o conteúdo de uma unidade de ação, qual seja, o critério da unidade *típica* da ação, conforme já apontado e desenvolvido neste estudo no item 2.2.

¹⁴² PRATES, Felipe Machado. *Do concurso formal de crimes*. 126 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015. p. 41.

¹⁴³ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro – parte geral*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 331.

¹⁴⁴ SABOYA, Keity. *Ne Bis in Idem*. História, Teoria e Perspectivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 259.

2.3 DO CONCURSO APARENTE DE NORMAS PENAIS

2.3.1 Noções introdutórias

O concurso *aparente* de normas penais, geralmente, é estudado na seara da interpretação da lei penal. No entanto, para identificar uma unidade/pluralidade delitiva, inevitavelmente, tal atividade interpretativa implica em reconhecer quais os tipos penais aplicáveis ao caso concreto, momento em que, muitas vezes, o jurista se depara com o concurso *aparente* de normas penais.¹⁴⁵

Contudo, não é fácil essa tarefa que incumbe ao magistrado penal de, ao analisar o caso concreto que traz a narrativa do comportamento ou da conduta que se imputa ao sujeito, interpretar qual(is) o(s) tipo(s) penal(is) se subsumiria(m) adequadamente dentro do arcabouço normativo de que dispõe o ordenamento jurídico penal pátrio.

Outrossim, essa missão interpretativa é indispensável, embora não suficiente para examinar a adequação do comportamento em análise ao(s) eventual(is) tipo(s) penal(is) que concorram e deve ser feita com uma precisão maior possível porque quando o magistrado entende pela subsunção a apenas um tipo penal da determinada conduta concreta em exame, não pode significar eliminar por mera liberalidade do julgador uma previsão legislativa que, sobre a hipótese ínsita na norma descartada, estaria presente.

A importância de traçar diretrizes para identificar um concurso *aparente* de normas penais e os seus respectivos critérios, bem como o conteúdo e o modo de aplicar estes últimos para que se possa proporcionar uma solução adequada ao caso concreto que envolva sobreposição de normas penais incriminadoras consiste em propiciar um parâmetro para os próprios Tribunais que hoje, em sua grande maioria, aplicam os critérios sem rigor técnico e metodológico.

O fato é que a concorrência *aparente* de normas penais requer como premissa fundamental uma situação na qual o caso concreto permite trazer ao magistrado que demande imperiosamente a aplicação exclusiva de uma norma penal jurídica dentre as que concorrem, pois se não houver essa coexistência simultânea de normas penais que pudessem disciplinar a mesma situação de fato não há que se cogitar a questão do concurso de normas; isto é, “de una forma o de otra se precisa siempre que los tipos penales converjan sobre el mismo hecho *produciendo imprecisión en la subsumibilidad*”¹⁴⁶; bem

¹⁴⁵ BUSATO, Paulo Cesar. *Direito penal: parte geral*. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 916.

¹⁴⁶ PUIG PEÑA, Frederico. *Colisión de normas penales: concurso aparente de leyes punitivas*. Barcelona: Bosch, 1955. p. 19.

como, neste caso, “*hay sólo una disposición que se aplica y que de momento descarta a todas las demás que han provocado el conflicto*”.¹⁴⁷

Para melhor compreender o concurso *aparente* de normas penais na seara da questão concursal no âmbito da dogmática penal, interessante se torna rememorar, ainda que de forma breve, como o concurso *aparente* de normas penais se inseriu como objeto de preocupação da dogmática penal.

O primeiro estudo sobre o concurso de normas no âmbito penal realizado de uma forma sistematizada atribui-se ao autor alemão Adolf Merkel.¹⁴⁸ Posteriormente, Karl Binding, no seu manual de Direito Penal de 1885, disseminou os denominados princípios de solução do concurso de leis de que se faz uso até os dias de hoje, quais sejam, especialidade, subsidiariedade, consunção e alternatividade; estas teriam a finalidade para identificar e optar pela norma realmente aplicável ao caso concreto.¹⁴⁹

Neste sentido, infere-se que, ao contrário de Adolf Merkel que visualizava apenas uma relação de especialidade entre as leis penais que concorrem sobre o mesmo delito, “considera Binding que esas reglas son distintas para los distintos casos de concurso de leyes y así menciona distintos tipos de relaciones que pueden establecerse entre las leyes penales: la relación de regla-excepción, alternatividad, subsidiariedad y consunción.”¹⁵⁰

Já no Brasil, verifica-se que a primeira aproximação sistematizada acerca do tema foi de autoria de Oscar Stevenson em um artigo publicado em 1962,¹⁵¹ fato que já demonstra que o concurso *aparente* de normas como objeto de investigação dogmático-penal no Brasil foi iniciado, de certa forma, recentemente.

¹⁴⁷ PUIG PEÑA, Frederico. *Colisión de normas penales: concurso aparente de leyes punitivas*. Barcelona: Bosch, 1955. p. 21-22.

¹⁴⁸ COSTA, Pedro Jorge. *A consunção no Direito Penal Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 62. Apesar da doutrina majoritária atribuir o pioneirismo do tema a Adolf Merkel, aqui cabe registrar as considerações que Flávio Antonio da Cruz dispõe para apontar que, na verdade, teria sido Koch o primeiro a problematizar a questão do concurso aparente de normas penais em detrimento de Merkel. (Cf. CRUZ, Flavio Antonio da. *O confronto entre o concurso formal de crimes e o concurso aparente de normas penais no direito brasileiro: revisão crítica sob os influxos de uma hermenêutica emancipatória*. 2014. 940 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. p. 497.).

¹⁴⁹ ESCUCHURI AISA, Estrella. *Teoría del concurso de leyes y de delitos*. Bases para una revisión crítica. Granada: Comares, 2004. p. 208. Cf. também COSTA, *op. cit.*, p. 63.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 209.

¹⁵¹ STEVENSON, Oscar. Concurso aparente de normas penais. In: *Estudos de direito e processo penal em homenagem a Nelson Hungria*. Rio de Janeiro: Forense, 1962. p. 28-46.

Oscar Stevenson ressalta que no Brasil, os autores que escreveram durante a vigência do Código Penal de 1890 nada sinalizaram sobre este assunto.¹⁵² O referido autor destaca que a importância de um estudo mais sistematizado do concurso *aparente* de normas penais deve-se ao fato de que a observância das suas respectivas regras para aplicação de apenas uma norma penal, conforme bem adverte Nelson Hungria, tem a capacidade efetiva de impedir o *ne bis in idem* nos casos concretos,¹⁵³ e, por isso, “o problema não suscita apenas curiosidade científica, mas responde a impreterível interesse prático”.¹⁵⁴

No que tange à terminologia do referido tema, optar-se-á pelo denominado concurso *aparente* de normas penais¹⁵⁵. Contudo, insta registrar que há uma diversidade de expressões utilizadas pelos autores para identificar este fenômeno, a exemplo de unidade de norma ou de lei utilizada por Jorge de Figueiredo Dias¹⁵⁶, de colisão de normas penais usada por Frederico Puig Peña¹⁵⁷, de concurso de leis utilizada por Francisco Muñoz Conde¹⁵⁸ e de conflito *aparente* de normas penais por Paulo Cesar Busato¹⁵⁹ e por Mariângela Gama de Magalhães Gomes.¹⁶⁰

Quanto à definição do concurso *aparente* de normas, Adolf Merkel dispõe que o concurso *aparente* de normas penais se dá quando, sobre um único crime, incide uma

¹⁵² STEVENSON, Oscar. Concurso aparente de normas penais. In: *Estudos de direito e processo penal em homenagem a Nelson Hungria*. Rio de Janeiro: Forense, 1962. p. 30.

¹⁵³ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*: decreto lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Arts. 1 a 27. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1949. p. 118.

¹⁵⁴ STEVENSON, *op. cit.*, p. 31.

¹⁵⁵ Pedro Jorge Costa observa que a “limitação que o adjetivo ‘aparente’ traz se justifica. [...] O termo indica que nem todas as normas que poderiam regular o caso se lhe aplicam efetivamente, isto é, cuida-se a aparência de uma dúvida que deve ser resolvida no curso de um procedimento hermenêutico com considerações lógicas e materiais das relações entre as normas. [...] Isso assente, nota-se inexistir contradição entre o adjetivo ‘aparente’ e o substantivo ‘concurso’”. (Cf. COSTA, Pedro Jorge. *A consunção no Direito Penal Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 35-36).

¹⁵⁶ Segundo Figueiredo Dias, a expressão unidade de norma ou de lei seria mais adequada pelo instituto tratar-se de uma operação lógico-conceitual, “de um trabalho sobre normas (leis) que constitui ‘pressuposto’ da indagação material da unidade ou pluralidade de crimes”, bem como, a persistência pela utilização da expressão “concurso aparente” estaria voltada para uma problemática de caráter material e não mais lógico-conceitual. (Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral: questões fundamentais, a doutrina geral do crime*. 2. ed. Coimbra: Revista dos Tribunais / Coimbra Ed., 2007. t. 1. p. 992-993). A expressão unidade de lei também é uma expressão utilizada por Hans-Henrich Jescheck (Cf. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal – Parte General*. 4. ed. Granada: Comares, 1993. p. 669). Já Frederico Horta prefere a terminologia tradicionalmente utilizada, qual seja, “concurso (ou concorrência) aparente de normas penais” e sobre esta questão, cf. HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Do concurso aparente de normas penais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 24-31.

¹⁵⁷ PUIG PEÑA, Frederico. *Colisión de normas penales: concurso aparente de leyes punitivas*. Barcelona: Bosch, 1955. p. 36.

¹⁵⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 10. ed. rev. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 439.

¹⁵⁹ BUSATO, Paulo Cesar. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 917.

¹⁶⁰ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Teoria geral da parte especial do Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 238.

pluralidade de normas penais em que todas estas disciplinam e compreendem de algum modo o delito em análise, mas o fazem de maneira alternativa sem que seja possível aplicá-las todas de uma vez concomitantemente.¹⁶¹

Hans Welzel dispõe que no concurso *aparente* de normas penais, não haveria concorrência de diversos tipos, quando certamente sob o ponto de vista formal seriam aplicáveis a vários tipos a ação, contudo, o conteúdo delitivo é determinado totalmente já mediante um destes tipos.¹⁶²

Mariângela Gama de Magalhães Gomes define o concurso *aparente* de normas penais da seguinte forma:

Tal conflito de normas é dito aparente, uma vez que, embora, a princípio, duas ou mais disposições apresentem-se aplicáveis ao caso, apenas uma delas irá verdadeiramente disciplinar os fatos. É o próprio ordenamento jurídico que fornece instrumentos para a resolução do conflito, de modo que, ao final, apenas uma norma jurídica será aplicada, e o agente responderá pela prática de apenas um tipo penal incriminador.¹⁶³

Por consequência, não há que se falar em incidência de mais de uma sanção penal em desfavor do agente a quem se imputa determinado fato, uma vez que uma das normas penais incriminadoras que incide sobre este, por si só, já possuiria todo o desvalor do fato ora em análise.

Contudo, cumpre desde já registrar que no concurso *aparente* de normas penais, conforme bem ressaltado por Ulrich Klug, há uma enorme divergência doutrinária quanto à delimitação do que se deveria entender por este instituto, bem como, em relação aos critérios a serem utilizados para sua solução e às consequências jurídicas que dele podem decorrer uma vez identificada a sua configuração.¹⁶⁴

¹⁶¹ MERKEL, Adolf. *Derecho penal: parte general*. Traducción de Pedro Dorado Monteiro. Buenos Aires: B. de F., 2006. p. 281.

¹⁶² WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*. Parte general. 11. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970. p. 320.

¹⁶³ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Teoria geral da parte especial do Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 238.

¹⁶⁴ KLUG, Ulrich. Sobre el concepto de concurso de leyes. In: KLUG, Ulrich. *Problemas de la filosofía y de la pragmática del derecho*. 2ª. ed. Barcelona: México, D. F., 1996. p. 57. Jorge de Figueiredo Dias também destaca certa insegurança da doutrina ao tratar deste tema, cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral: questões fundamentais, a doutrina geral do crime*. 2. ed. Coimbra: Revista dos Tribunais / Coimbra Ed., 2007. t. 1. p. 993. Ainda assim, Francesco Antolisei menciona o estado de incerteza que o concurso aparente de normas se encontra, cf. ANTOLISEI, Francesco. Sul concorso apparente di norme. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 1, (1/3), p. 1-15, jan./jun. 1948. p. 1. HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Do concurso aparente de normas penais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 93. SANZ MORÁN, Ángel José. Las reglas relativas a la unidad y pluralidad de delitos en el código penal de 1995. In: CERESO MIR, José et al (ed.). *El nuevo código*

Assim, Pedro Costa afirma, com razão, que, “mesmo antes do quadro atual, havia entre os estudiosos grande discrepância sobre o tema do concurso *aparente* de normas penais: como únicos pontos de consenso, apenas a dificuldade, a relevância prática do tema e a própria ausência de consenso.”¹⁶⁵

Tais dificuldades já sinalizam uma complexidade de distinguir o concurso *aparente* de normas penais do concurso de delitos e, neste sentido, Adolph Merkel ressaltou a necessidade de diferenciar estes, entendendo por concurso *aparente* de normas penais na hipótese somente em que houvesse “uma pluralidade de leis nas quais seria subsumível o mesmo delito”, bem como, “em todo concurso de leis existia sempre uma relação entre uma lei geral e uma especial.”¹⁶⁶

Tal dificuldade também é ressaltada por Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán, pois segundo estes autores, a depender da configuração do tipo delitivo um determinado fato pode, diante de uma sobreposição normativa, estar em concurso de delitos ou em concurso *aparente* de normas penais.¹⁶⁷

Cabe ressaltar que há um grande número de autores que pressupõe a unidade de fato ou unidade de ação para que possa examinar o concurso *aparente* de leis e, por isso, costumam apresentar o estudo deste ao lado do concurso ideal de crimes.¹⁶⁸

Neste sentido, vale destacar a definição dada por Frederico Puig Peña acerca deste instituto, embora este autor utilize a expressão conflito de leis penais, qual seja, trata-se de uma hipótese de conflito que surge na aplicação das leis penais quando duas ou mais normas vigentes no momento de examinar a tipificação de uma conduta delitiva regulam

penal: presupuestos y fundamentos: libro homenaje al professor doctor Don Ángel Torío López. Granada: Comares, 1999. p. 505-520. p. 508.

¹⁶⁵ COSTA, Pedro Jorge. *A consunção no Direito Penal Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 20.

¹⁶⁶ MERKEL, Adolph. Die Strafanwendung durch den Richter. In: HOLTZENDORFF, Franz v. (org.). Handbuch des deutschen Strafrechts, Band II. Die allgemeinen Lehren. Berlin: Carl Habel, 1871, p. 547-584. p. 574. *Apud* COSTA, Pedro Jorge. *A consunção no Direito Penal Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 62.

¹⁶⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*: parte general. 10. ed. rev. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 442.

¹⁶⁸ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual de derecho penal*: parte general. Bogotá: Temis, 2002. p. 475-476. No que diz respeito à doutrina brasileira, cf. CARRAZZA, Roque Antonio. Da impossibilidade jurídica de concurso material ou formal imperfeito entre os crimes de descaminho (art. 334, segunda parte, do Código Penal Brasileiro) e de sonegação fiscal (art. 1º, I a IV, da Lei n.º 8.137/90) – Questões conexas. In: COSTA, José Faria de; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais*. Visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 216-249. p. 226.

esta mesma situação de fato, de modo que a incidência efetiva de uma necessariamente exclui a outra.¹⁶⁹

Paulo Cesar Busato também define concurso *aparente* de normas penais incriminadoras, como sendo a “situação que ocorre quando um mesmo fato, constitutivo de uma só infração, encontra enquadramento em mais de uma norma incriminadora”.¹⁷⁰

Sublinha-se a afirmativa de Jorge de Figueiredo Dias, o qual assegura que “da circunstância de um concreto comportamento ser em abstrato aplicável uma pluralidade de normas incriminadoras não pode concluir-se sem mais estarmos perante um concurso de fatos puníveis”¹⁷¹, sendo imprescindível verificar de início a existência ou não de uma relação lógico-jurídica entre as referidas normas incriminadoras que, *em tese*, se enquadrariam ao fato punível.

Neste contexto, cabe transcrever a definição de concurso *aparente* de normas penais na concepção de Claus Roxin, qual seja, “de concurso de leyes se habla cuando, aunque es cierto que formalmente se han realizado varios tipos, empero mediante el castigo por uno de esos tipos ya se ha retribuido y saldado completamente el contenido de injusto o ilícito y de culpabilidad del suceso.”¹⁷²

Embora tradicionalmente o concurso *aparente* de normas penais possua como pressuposto a unidade de ação/conduta para que se possa reconhecer a sua incidência, a partir do autor alemão Honig, Eduardo Henrique da Silva Correia afirma que “unidade de ação seria apenas uma condição de fato da eficácia, em certos casos, das relações de subordinação entre os preceitos, que podiam também funcionar e ser eficazes em outras hipóteses, tendo lugar uma pluralidade de condutas”.¹⁷³

Desta forma, conforme aponta com clareza Juan Pablo Mañalich Raffo, cabe destacar duas questões fundamentais e de grande debate da doutrina para compreender o concurso *aparente* de normas que acaba dificultando estabelecer um contorno mais preciso acerca do tema, quais sejam: a) se a afirmação de uma unidade de ação é imprescindível

¹⁶⁹ PUIG PEÑA, Frederico. *Colisión de normas penales: concurso aparente de leyes punitivas*. Barcelona: Bosch, 1955. p. 15.

¹⁷⁰ BUSATO, Paulo Cesar. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 917.

¹⁷¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral: questões fundamentais, a doutrina geral do crime*. 2. ed. Coimbra: Revista dos Tribunais / Coimbra Ed., 2007. t. 1. p. 992.

¹⁷² ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Especiales formas de aparición del delito*. Traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña (dir.). *et al.* Pamplona: Thomson Reuters. 2014. t. 2. p. 997.

¹⁷³ CORREIA, Eduardo Henrique da Silva. *A teoria do concurso em direito criminal: I - unidade e pluralidade de infracções; II - caso julgado e poderes de cognição do juiz*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 125.

para fundamentar um concurso *aparente* de normas penais; b) estabelecer quais seriam os critérios mais adequados para se fazer uso quando presente o concurso *aparente* de normas penais.¹⁷⁴

Isto porque o ponto central que figura na primeira indagação consiste na aceitação ou não do critério dos atos prévios ou posteriores coapenados na fundamentação de um concurso *aparente*, isto é, possibilidade de ter aplicação do concurso *aparente* numa hipótese de pluralidade de ação. Já o cerne da segunda questão reside no fato de verificar se os critérios apresentados pela doutrina majoritária - especialidade, subsidiariedade, consunção e alternatividade – são os mais adequados, bem como, a forma como eles são tradicionalmente manejados.¹⁷⁵

Por conseguinte, indispensável verificar se a unidade de ação também pode ter relevância na análise de um concurso *aparente* de normas penais. Isto porque se o agente realizou uma única ação que consista na realização de diversas normas penais incriminadoras, não há dúvidas da possibilidade de analisar se o sujeito irá incorrer em uma ou todas elas.

Assim, os problemas concursais no âmbito do concurso *aparente* de normas penais começam a surgir de forma mais acentuada quando o agente realiza duas ou mais ações que incorrem em diversas figuras típicas penais porque aqui se questiona a possibilidade de analisar, previamente ao concurso de delitos, eventual concurso *aparente* de normas penais.

Talvez tal discussão se tornou bastante frequente porque, consoante anteriormente mencionado, o concurso *aparente* de normas penais era considerado como uma exceção ao concurso formal/ideal de delitos em que tinham por semelhança a análise de uma única ação e uma pluralidade de normas penais concorrentes.¹⁷⁶

¹⁷⁴ MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. El Concurso de Delitos: Bases Para su Reconstrucción en el Derecho Penal de Puerto Rico. *Revista Juridica Universidad de Puerto Rico*, San Juan, v. 74, n. 4, p. 1021-1212, 2005. p. 1044.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 1044.

¹⁷⁶ Eugenio Cuello Calón assevera que o concurso de leis possui grande semelhança com o concurso de delitos ideal ou formal, pois neste existe também uma única ação e pluralidade de normas violadas, mas enquanto no concurso ideal há uma concorrência de preceitos que são compatíveis, no concurso de leis existe uma oposição de preceitos que se excluem entre si. (Cf. CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho penal conforme al Código Penal, texto refundido de 1944*. Barcelona: Bosch, 1953. t. 1. p. 640.). Neste mesmo sentido, insta destacar a ideia de Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán: “A diferencia de lo que sucede en el concurso ideal de delitos, en el que para valorar plenamente la gravedad de un hecho hay que aplicar varias disposiciones legales, en el llamado concurso de leyes, de las diversas leyes *aparentemente* aplicables a un mismo hecho sólo una de ellas es realmente aplicable, quando desplazadas las demás conforme a diversos criterios interpretativos ya elaborados hace tempo por la doctrina y la jurisprudencia y que ahora se recogen en el art. 8 del Código penal.” (Cf. MUÑOZ CONDE,

Flávio Antônio da Cuz aponta que, embora o estudo teórico do concurso *aparente* de normas penais acabe se concentrando somente em contraste com o concurso formal efetivo ou formal *aparente* de delitos, também se deveria reconhecer casos de concurso real *aparente* de delitos¹⁷⁷, hipóteses em que, “a despeito da aparente multiplicidade de ações, reconhece-se a existência de um único crime (realização sucessiva do tipo; unidade natural de ação; comportamentos copunidos etc.).”¹⁷⁸

Neste contexto, Hans-Heinrich Jescheck utiliza as terminologias concurso formal (ou ideal) *aparente* e concurso material (ou real) *aparente*.¹⁷⁹ Assim, o concurso formal (ou ideal) *aparente* de normas penais teria como requisito para sua configuração uma unidade de ação. Já o concurso material (ou real) *aparente* de normas penais, apesar da multiplicidade de ações, admitiria reconhecer a unidade de delito, hipótese em que se encontraria os comportamentos coapenados.¹⁸⁰

Assim, seria viável o concurso *aparente* de normas penais para além de hipóteses de unidade de conduta. Eduardo Henrique da Silva Correia ressalta que, em virtude de a doutrina ter denominado este instituto para as hipóteses em que identifica uma *aparente* pluralidade de tipos penais aplicáveis a uma só conduta, teria passado denominar a nova modalidade de ‘concurso aparente de leis’ com pluralidade de atividades de fato prévio e posterior não punível.¹⁸¹

Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 10. ed. rev. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 447-448).

¹⁷⁷ CRUZ, Flavio Antonio da. *O confronto entre o concurso formal de crimes e o concurso aparente de normas penais no direito brasileiro: revisão crítica sob os influxos de uma hermenêutica emancipatória*. 2014. 940 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. p. 727. Cabe salientar aqui o entendimento de Andrei Zenkner Schmidt: “Pode-se chegar à conclusão, pois, que a unidade ou pluralidade de condutas são comuns, tanto no concurso ilusório como no real. As consequências é que são diversas: no primeiro, não incidem todas as normas aparentemente incidiriam; no segundo, a incidência é total. [...] Essas similaridades fazem com que tenhamos de situar adequadamente o problema.” (Cf. SCHMIDT, Andrei Zenkner. Concurso aparente de normas penais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 33, p. 67-100, jan./mar. 2001. p. 76.).

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 727.

¹⁷⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. 4. ed. Granada: Comares, 1993. p. 671.

¹⁸⁰ CRUZ, *op. cit.*, p. 727. Aliás, o referido autor esclarece que “a doutrina que nega sistematicamente o concurso de normas nas situações de pluralidade de fatos típicos incorre no erro de confundir essa pluralidade que determina a inicial aplicabilidade ao caso de mais de um preceito, com a essência mesma do concurso de normas, que é a sobreposição desvalorativa de dois preceitos em torno de um e mesmo fato.” (*Ibid.*, p. 800).

¹⁸¹ CORREIA, Eduardo Henrique da Silva. *A teoria do concurso em direito criminal: I - unidade e pluralidade de infracções; II - caso julgado e poderes de cognição do juiz*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 125.

Desta forma, Honig faz uma classificação do concurso *aparente* de normas em: i.) em sentido estrito, que recai apenas em uma conduta; ii.) em sentido lato, que recai sob uma pluralidade de condutas,¹⁸² considerando a relação existente entre os preceitos penais.

Santiago Mir Puig também reconhece a possibilidade do concurso *aparente* de normas penais recair em unidade ou pluralidade de condutas, uma vez que sinaliza a ocorrência daquele quando um ou diversos fatos se subsumem em mais de um tipo penal, nos quais apenas um deles pode ser aplicado, uma vez que a incidência conjunta de todos eles implicaria o *bis in idem* material já que um dos tipos penais concorrentes já seria o suficiente para apreender a integralidade do desvalor do(s) fato(s) objeto de análise e, portanto, haveria a existência de um único delito.¹⁸³

No que diz respeito à doutrina brasileira, cabe destacar a definição do concurso *aparente* de normas dada por Frederico Horta e Adriano Teixeira:

Ocorre concurso aparente de normas penais, ou concurso de leis penais, quando uma ou mais condutas típicas se subsumem a diversas disposições penais, as quais, todavia, coincidem, total ou parcialmente, na apreciação do desvalor do comportamento punível segundo uma e outra. Essa sobreposição entre as normas incidentes (nesses casos, coincidentes) faz com que a aplicação de uma delas deva excluir a das demais, para que não haja dupla punição pelas mesmas razões, segundo o princípio do *non bis in idem* (não duas vezes pelo mesmo).¹⁸⁴

Verifica-se, assim, que, enquanto o conceito delimitado tanto por alguns autores (v.g., Adolph Merkel, Paulo Cesar Busato) se limita unicamente no caso de única ação, a definição apresentada por Santiago Mir Puig, Honig, Frederico Horta e Adriano Teixeira pressupõe a possibilidade do concurso *aparente* de normas se dar a partir de uma ou várias condutas, não restringindo a incidência deste instituto exclusivamente no caso de única ação.

Frederico Horta salienta que a concorrência *aparente* de inúmeros tipos penais sobre o mesmo fato nos quais apenas uma prevalece no que tange a sua aplicação, em virtude de um tipo penal englobar a totalidade do injusto pertencente ao fato ou em

¹⁸² CORREIA, Eduardo Henrique da Silva. *A teoria do concurso em direito criminal: I - unidade e pluralidade de infrações; II - caso julgado e poderes de cognição do juiz*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 125-126.

¹⁸³ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*. Parte General. 9. ed. Buenos Aires: B de F, 2011. p. 662.

¹⁸⁴ HORTA, Frederico; TEIXEIRA, Adriano. Da autolavagem de capitais como ato posterior coapenado: elementos para uma tese prematuramente rejeitada no Brasil. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 19, n. 74, p. 7-49, jul./set. 2019.

decorrência da indevida análise múltipla de um mesmo aspecto inserido no injusto penal, apresenta-se como uma exceção ao concurso autêntico de normas penais incriminadoras.¹⁸⁵

Embora o concurso *aparente* de normas penais seja considerado por alguns autores¹⁸⁶ como uma exceção dentro do âmbito concorrencial de normas penais incriminadoras, a sua análise se torna muito relevante para definir quando ocorre uma unidade ou pluralidade de delitos.

Quando se diz respeito ao modo como o concurso de leis deveria ser analisado, imprescindível a menção de Ulrich Klug, uma vez que este propôs um modelo de análise de eventual concurso de leis penais consistente no exame das estruturas lógico-conceituais sem que isso pudesse significar a desconsideração de aspectos teleológicos, já que estes assumem papel destacado neste tema.¹⁸⁷

Tal modelo será oportunamente desenvolvido neste trabalho, uma vez que ao estudar concurso de normas penais, o texto Sobre el concepto de concurso de leyes¹⁸⁸ de Ulrich Klug se torna imprescindível para compreender a razão da discussão de determinadas questões importantes suscitadas no âmbito concursal.

Neste contexto, segundo José Cid Moliné, deve optar-se pelo concurso *aparente* quando aplicando uma única das normas de primeiro nível concorrente se tomem em consideração todas as propriedades (da ação ou ações realizadas) que o legislador há considerado relevantes.¹⁸⁹

Diante de um caso concreto em que se depara com o instituto do concurso *aparente* de normas penais, cumpre buscar critérios para, em face de uma sobreposição normativa, definir qual descrição típica seria a mais adequada para compreender o conteúdo de injusto à luz do caso concreto. Carlos Pérez del Valle dispõe que tais critérios como métodos de solução para este cenário delineado devem ter em conta determinadas premissas:

El método de solución, en la medida que se trata de indiciar el texto de la ley que aporta la valoración adecuada al caso y que descarta otros textos, es un proceso hermenéutico en el que son decisivas las consideraciones

¹⁸⁵ HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Do concurso aparente de normas penais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 2-3.

¹⁸⁶ Por todos eles, *Ibid.*, p. 2-3.

¹⁸⁷ KLUG, Ulrich. Sobre el concepto de concurso de leyes. In: KLUG, Ulrich. *Problemas de la filosofía y de la pragmática del derecho*. 2. ed. Barcelona: México, D. F., 1996. p. 57.

¹⁸⁸ KLUG, Ulrich. Sobre el concepto de concurso de leyes. In: KLUG, Ulrich. *Problemas de la filosofía y de la pragmática del derecho*. 2. ed. Barcelona: México, D. F., 1996.

¹⁸⁹ CID MOLINÉ, José. Notas acerca de las definiciones dogmáticas de concurso de delitos. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Madrid: Centro de Publicaciones, p. 29- 63, jan./abr. 1994. p. 38.

teleológicas (fin de norma) en relación con la totalidad de la imputación del hecho punible al sujeto; no interesa sólo la “interpretación” de la tipicidad, sino una valoración total del comportamiento concreto en su contexto (JAKOBS); no se trata exactamente de la concurrencia de leyes diferentes tal como aparecen en el texto escrito, sino de la ley penal aplicable al caso, del complejo de leyes y decisiones sobre su aplicación que permiten la imputación de una culpabilidad concreta a un sujeto determinado. Esto ha de tenerse presente en el desarrollo de las reglas que resuelven los concursos aparentes.¹⁹⁰

Os critérios utilizados para solução de hipóteses no âmbito do concurso *aparente* de normas penais são: especialidade, subsidiariedade (tácita ou expressa), consunção e alternatividade, os quais serão objeto de estudo no item 2.4 e *ss*.

2.3.2 Das relações lógico-conceituais das normas penais concorrentes: Ulrich Klug

Torna-se relevante examinar como estabelecer as possíveis condições em que seja viável aferir relações que podem ocorrer entre normas penais em uma eventual concorrência sobre o mesmo fato.

Diante desta questão, Ulrich Klug buscou construir estruturas lógico-conceituais subjacentes às disposições legais que permitissem oferecer critérios no intuito de solucionar as sobreposições entre as normas quando, segundo o texto da lei, possam se aplicar a uma ação dois tipos legais, contudo, em virtude da relação existente entre as disposições legais que estão em jogo e nas quais estão determinados os tipos correspondentes, resulta que somente se pode aplicar um tipo legal.¹⁹¹

Perante um universo de normas penais incriminadoras que possam vir a incidir, *a priori*, sobre o mesmo fato concreto, mas que apenas uma delas seja suficiente e idônea para abarcar a integralidade da reprovação jurídico-penal deste último, a doutrina desenvolveu quatro critérios principais no intuito de eleger qual seria a norma penal incriminadora cuja incidência seria a mais adequada para absorver a desvalorização do injusto penal, sendo eles: a) especialidade; b) subsidiariedade expressa ou tácita; c) consunção; d) alternatividade.

Tais critérios serão oportunamente objeto de breve explanação teórica para que seja possível compreender como se encontra o atual cenário de discussão deste tema no Direito Penal como um todo e, posteriormente, examinar como este deveria ser aplicado no âmbito

¹⁹⁰ PÉREZ DEL VALLE, Carlos. *Lecciones de derecho penal*. Parte Geral. 2. ed. Madrid: Dykinson, S.L., 2018. p. 308.

¹⁹¹ KLUG, Ulrich. Sobre el concepto de concurso de leyes. In: KLUG, Ulrich. *Problemas de la filosofía y de la pragmática del derecho*. 2. ed. Barcelona: México, D. F., 1996. p. 55-56.

da eventual concorrência no caso concreto de determinadas normas penais incriminadoras ambientais contidas na Lei 9.605/98.

Para Ulrich Klug existiria um *numerus clausus* quanto às possibilidades de relações entre os conceitos do tipo concebíveis¹⁹², sendo eles: a) heterogeneidade; b) identidade; c) subordinação ou inclusão; d) interferência.

Segundo o referido autor, trata-se de uma relação de heterogeneidade quando um objeto que se enquadra sob um conceito A nunca recairá sobre o conceito B e vice-versa e para ilustrar tal relação aponta como exemplo os crimes de furto e de apropriação indébita; quanto à relação de identidade de dois conceitos, esta se configura quando cada objeto que se enquadra ao conceito A também se encaixa ao conceito B e vice-versa, ou seja, na hipótese de existirem dois tipos penais idênticos na sua descrição; de modo que no âmbito dos tipos penais, não haveria possibilidade de concorrência entre eles, exceto no caso de direito penal comparado na hipótese de extradição em se tratando de uma relação de identidade de tipos penais.¹⁹³

Já a relação de subordinação estaria caracterizada quando cada objeto que recai sobre o conceito A também se enquadra ao conceito B, sem que o inverso ocorra com A. Para ilustrar tal hipótese, os exemplos utilizados por Ulrich Klug são os tipos penais de furto e roubo, situação em que todo roubo também poderia ser enquadrado ao furto, mas o inverso não seria verdadeiro.¹⁹⁴

Por sua vez, a relação de interferência referente a dois conceitos A e B ocorre quando observados os seguintes requisitos: ao menos um objeto que recai sobre o conceito A também se enquadra sobre o conceito B e pelo menos um objeto que recai sobre o conceito A não se enquadra ao mesmo tempo no conceito B. Ainda assim, o contrário é válido, isto é, tem que valer o mesmo em relação aos objetos que recaem sobre o conceito B em relação ao conceito A, apenas assim serão conceitos interferentes entre si.¹⁹⁵

Segundo Ulrich Klug, uma vez estabelecidas as possíveis relações lógico-conceituais, caberia indagar qual (is) dela (s) são passíveis de se visualizar um eventual

¹⁹² KLUG, Ulrich. Sobre el concepto de concurso de leyes. In: KLUG, Ulrich. *Problemas de la filosofía y de la pragmática del derecho*. 2. ed. Barcelona: México, D. F., 1996. p. 62. Cf. também HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Do concurso aparente de normas penais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 70.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 62. Cf. também ESCUCHURI AISA, Estrella. *Teoría del concurso de leyes y de delitos*. Bases para una revisión crítica. Granada: Comares, 2004. p. 160.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 62.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 63.

concurso de normas levando em consideração os critérios da especialidade, subsidiariedade, consunção e alternatividade apontados pela doutrina.¹⁹⁶

Assim, a estrutura lógico-objetiva da especialidade seria a subordinação, o que permitiria um tipo penal estabelecer uma relação de especialidade com outros tipos penais; já a estrutura lógico-objetiva da subsidiariedade residiria na relação de interferência.¹⁹⁷

Todavia, o referido autor reconhece a dificuldade de delimitar o fundamento lógico conceitual para a consunção, pois embora possa considerar a estrutura lógica da interferência ou heterogeneidade a depender do caso, tal análise não deixa de ser questionável e, segundo Ulrich Klug, poderia considerar-se a consunção como um caso especial da subsidiariedade e, em verdade, como um caso de subsidiariedade tacitamente pressuposto pela lei, de acordo com o seu sentido contextual¹⁹⁸; podendo ser, assim, a consunção considerada supérflua na visão de Ulrich Klug para solucionar concurso de leis penais, já que, logicamente correto, mas haveria de aceitar dificuldades na sua aplicação prática, pois carece de diretivas inequívocas para a delimitação do concurso ideal.¹⁹⁹

Por fim, Ulrich Klug exclui o critério de alternatividade para fins de solução de concorrência de leis.²⁰⁰ Assim, segundo o referido autor só é possível analisar o concurso de leis entre normas penais em que se possa estabelecer entre elas uma estrutura lógico-conceitual de subordinação ou interferência, o que indicaria apenas os critérios da especialidade e subsidiariedade como idôneos na solução de concurso de leis penais.²⁰¹

Insta destacar que o próprio Ulrich Klug esclarece que, uma vez identificada uma relação lógica de subordinação ou interferência entre as normas penais, isto nada diz quanto ao eventual concurso *aparente* de leis penais sem que haja diretivas teleológicas para tanto, pois a relação estrutural lógico-conceitual é axiologicamente neutra e requer a inserção de uma consideração de natureza valorativa,²⁰² sendo aquela apenas um pressuposto indiciário de eventual concurso *aparente* de normas penais, em especial quanto à relação de interferência, pois conforme aduz Frederico Horta:

Por outro lado, tratando-se da convergência de normas interferentes, o concurso aparente só poderá ser reconhecido quando a preferência de

¹⁹⁶ KLUG, Ulrich. Sobre el concepto de concurso de leyes. In: KLUG, Ulrich. *Problemas de la filosofía y de la pragmática del derecho*. 2. ed. Barcelona: México, D. F., 1996. p. 64.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 64.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 161.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 67.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 73.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 71.

²⁰² *Ibid.*, p. 72. Cf. também HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Do concurso aparente de normas penais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 71-72.

uma delas esteja expressamente consignada, ou uma vez que alguma fundamentação teleológica justifique a presunção de que, naquele caso, impõe-se a aplicação da regra da subsidiariedade (ou consunção, acrescentaríamos) em vez de reconhecimento do concurso ideal de delitos.²⁰³

Neste sentido, verifica-se a necessidade de inserção de um juízo valorativo na análise da concorrência *aparente* de normas penais, conforme irá se observar ao longo deste estudo.

2.4 DOS CRITÉRIOS DE SOLUÇÃO DO CONCURSO APARENTE DE NORMAS PENAIS

Inicialmente, verifica-se a existência de abordagem monista e pluralista sobre o concurso *aparente* de normas penais.

A abordagem pluralista busca identificar diversos critérios que possam auxiliar as diferentes relações que podem se estabelecer entre as normas penais.

Ao contrário das abordagens pluralistas acerca do concurso *aparente* de normas, em especial no que diz respeito aos critérios de solução das hipóteses nela inseridas, também há autores importantes que se posicionam pela unicidade de critério para tanto, sendo, no geral, o critério da especialidade apontado como sendo o único e suficiente critério para solução de casos de concurso *aparente* de normas.²⁰⁴

Aqui cabe destacar Antolisei,²⁰⁵ Jakobs²⁰⁶ e Puppe,²⁰⁷ os quais entendem que em toda eventual concorrência de normas penais bastaria o princípio da especialidade para lidar com tal questão, realizando, assim, uma abordagem monista em relação a este tema.

Contudo, neste trabalho, adotar-se-á uma perspectiva pluralista acerca dos critérios a serem utilizados para solucionar os casos de concurso *aparente* de normas penais, uma vez que cada um deles tem um âmbito de aplicação própria, não sendo possível solucionar

²⁰³ HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Do concurso aparente de normas penais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 72.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 103.

²⁰⁵ ANTOLISEI, Francesco. Sul concorso apparente di norme. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 1, (1/3), p. 1-15, jan./jun. 1948. p. 2-6.

²⁰⁶ JAKOBS, Günther. *Derecho penal parte general: Fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 1050.

²⁰⁷ Sobre o concurso aparente para Ingeborg Puppe e o princípio da especialidade, cf. CRUZ, Flavio Antonio da. *O confronto entre o concurso formal de crimes e o concurso aparente de normas penais no direito brasileiro: revisão crítica sob os influxos de uma hermenêutica emancipatória*. 940 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

todos os casos concretos somente a partir de um único critério, conforme verificar-se-á ao longo deste estudo.

2.4.1 Do critério da especialidade

O critério da especialidade é o que menos suscita divergência quanto à sua existência, fixação de pressupostos lógicos e aplicação no âmbito do concurso de normas penais,²⁰⁸ pois neste “la suficiencia de la mera confrontación de los tipos delictivos en abstracto, así como del mecanismo de inclusión lógico-conceptual en la determinación de la categoría de especialidad, parece no posibilitar discrepancias en la fijación del principio.”²⁰⁹ Diante de uma concorrência de normas penais, “la mejor posición del precepto prevalente para expresar de forma más completa el contenido antijurídico de la conducta”.²¹⁰

É na relação de especialidade entre normas penais que se poderia - de forma mais manifesta - identificar a violação da múltipla valoração sobre o mesmo fato. Levando em consideração o modelo lógico-conceitual proposto por Ulrich Klug, verifica-se que haveria uma relação de subordinação/inclusão entre as normas penais em concorrência de modo que o tipo penal especial sempre conteria todo o conteúdo de injusto do tipo básico mais alguns elementos especializantes que o distinguiria deste último e justificaria uma maior ou menor reprovabilidade refletida em margens penais *em abstrato* diferenciadas, de modo que o tipo especial sempre pressuporia a realização do tipo básico.²¹¹

Assim, “é o tipo de delito específico, segundo a sanção que lhe corresponde, que incorpora a valoração do fato descrito pelo tipo geral, modificando-a em razão dos seus elementos constitutivos especializantes.”²¹²

Embora a maior ou menor reprovabilidade revelada pelos elementos especializantes contidos em um tipo penal em relação ao outro, normalmente, se reflète na cominação diferenciada da pena *in abstrato*, na realidade, a identificação de um tipo penal básico/especial ou simples/complexo não está necessariamente vinculada à maior ou menor punibilidade, mas sim, aos “conteúdos normativos”.²¹³

²⁰⁸ GARCÍA ALBERO, Ramón. “*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales. Barcelona: Cedecs, 1995. p. 321.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 322.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 324.

²¹¹ HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Do concurso aparente de normas penais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 120-121.

²¹² *Ibid.*, p. 88.

²¹³ CARRAZZA, Roque Antonio. Da impossibilidade jurídica de concurso material ou formal imperfeito entre os crimes de descaminho (art. 334, segunda parte, do Código Penal Brasileiro) e de sonegação fiscal

Isto significa dizer que toda circunstância contida no tipo especial também se faz presente no tipo básico, de maneira que, “se aquela não existisse, todos os casos por ela descritos recairiam sob a disciplina desta, enquanto que nem todo acontecimento previsto pela norma geral o é também pela norma especial.”²¹⁴

Inferre-se que a doutrina aponta que o elemento especializante da norma penal especial que torna distintivo do geral/básico pode estar relacionado de diversas maneiras, por exemplo, ao sujeito ativo, ao sujeito passivo e ao objeto material sob o qual recai a conduta.²¹⁵ Neste contexto, destacam-se os tipos qualificados, privilegiados ou autônomos em relação ao tipo básico, bem como a relação entre o crime complexo e os crimes simples aparentemente concorrentes.

Normalmente indica-se a relação entre os tipos penais básicos e seus respectivos tipos qualificados e privilegiados como exemplos clássicos de aplicação do critério da especialidade, por exemplo, tipo básico de homicídio (art. 121, *caput* do CP) e tipo qualificado de homicídio (art. 121, § 2º, CP), na qual se verifica a identidade de bem jurídico protegido em ambos os tipos penais em questão (vida humana).

Outrossim, também sinaliza-se a relação entre crime complexo e crime simples como uma hipótese de aplicação do critério da especialidade²¹⁶ e o exemplo mais comum consiste na relação do crime de furto (art. 155 do CP) e no crime de roubo (art. 157 do CP), no qual há uma identidade parcial de bens jurídicos protegidos pelos tipos penais envolvidos, qual seja, neste caso, o patrimônio.

Contudo, ocorre que há concorrência de tipos penais em que - embora tutelem bens jurídicos completamente distintos e possam incidir concomitantemente sobre uma mesma conduta concreta - também pode se aventar a possibilidade de aplicação do critério da especialidade.

(art. 1º, I a IV, da Lei nº. 8.137/90) – questões conexas. In: COSTA, José Faria de; SILVA, Marco Antonio Marques (coord.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais*. Visão Luso-Brasileira. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2006. p. 237.

²¹⁴ HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Do concurso aparente de normas penais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 88.

²¹⁵ COSTA, Pedro Jorge. *A consunção no Direito Penal Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 44.

²¹⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Especiales formas de aparición del delito. Traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña (dir.) *et al.* Pamplona: Thomson Reuters. 2014. t. 2. p. 1002-1003. Cf. também HORTA, Frederico. Elementos fundamentais da doutrina do concurso de leis penais e suas repercussões no direito penal brasileiro contemporâneo. In: PACELLI, Eugênio *et. al* (coord.). *Direito penal e processual penal contemporâneos*. São Paulo: Atlas, 2019. p. 49-72. p. 55.

Neste sentido, uma hipótese em que se discute bastante a aplicação deste referido critério consiste quando os agentes econômicos, eventualmente, constituem um acordo com intuito de prejudicar ou eliminar a concorrência, resultam por formar uma associação criminosa; em outras palavras, associam-se com a finalidade de praticar delitos de formação de cartel.

Neste caso, sobre a conduta de cartel, *em tese*, podem recair duas normas penais incriminadoras. Contudo, conforme bem apontado por Pierpaolo Cruz Bottini e Maíra Beauchamp, não seria possível a dupla imputação entre o tipo penal de formação de cartel propriamente dito (art. 4º, I e II da Lei 8.137/90 ou as condutas previstas no art. 90 da Lei 8.666/93) e o delito de associação criminosa prevista no art. 288 do Código Penal, sob pena de violação do princípio do *ne bis in idem*, pois o ajuste entre os autores para a prática de crimes – concurso necessário - integraria como elemento do tipo comum em relação aos delitos em análise. Assim, deveria prevalecer a norma incriminadora prevista na Lei 8.137/90 ou na Lei 8.666/93 em detrimento do crime previsto no art. 288 do Código Penal pelo critério da especialidade.²¹⁷

Na hipótese vertente, ainda que ambos os crimes prevejam a conduta de associar-se com a finalidade de cometer delitos – tipo fundamental -, a formação de cartel – em qualquer de suas figuras típicas – traz circunstâncias especializantes para a sua configuração, tais como o objetivo de fixação artificial de preços, controle de mercado, eliminação total ou parcial da concorrência e, em casos específicos de contrato com o Poder Público, fraudar o caráter competitivo de procedimento licitatório. Assim, ante uma conduta de formação de cartel, a norma incriminadora a incidir na espécie é a lei especial, seja ela a Lei 8.137/90 ou a Lei 8.666/93, com exclusão da aplicação do art. 288 do Código Penal.²¹⁸

Miguel Reale Júnior dispõe que, ao contrário do que ocorre com a associação criminosa para fins de sequestro ou roubo, não é possível conferir autonomia ao crime de associação criminosa em relação ao do cartel, pois o ajuste para prática de crime é “dado elementar de sua realização típica, constante do ditame legal e evidentemente da realidade à qual o tipo do cartel é congruente”.²¹⁹

Ademais, insta destacar que não caberia o argumento da norma especial tutelar o mesmo bem jurídico para fins de afastar o reconhecimento do instituto do concurso

²¹⁷ SALOMI, Maíra Beauchamp; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Cartel e quadrilha: é possível a dupla imputação?. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 20, n. 240, p. 7-8, nov. 2012. p. 7.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 7.

²¹⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. Cartel e quadrilha ou bando: bis in idem. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 3, n. 5, p. 131-143, jul./dez. 2006. p. 140.

aparente de normas penais, pois conforme bem ressaltado pelos referidos autores, “a questão trata de identidade de fato sobre a qual incidem duas normas incriminadoras e não de homogeneidade de bem jurídico”.²²⁰

Este também é o entendimento de Miguel Reale Júnior, para quem não seria possível conceber concurso material de delitos e sim necessário reconhecer um concurso *aparente* de normas penais neste caso, pois “é a mesma situação de fato, sendo o concurso necessário de forma estável dado elementar essencial próprio de ambas as figuras”.²²¹

Outrossim, cabe destacar que a relação de especialidade decorre de um juízo de comparação ente duas normas, sendo um juízo relativo, conforme bem aponta Mariângela Gama de Magalhães Gomes:

Em outras palavras, é possível dizer que, isoladamente, nenhuma norma é especial ou geral; somente após comparar os respectivos conteúdos e significados é que se pode fazer alguma afirmação a esse respeito. Assim, a qualificação de especialidade pressupõe a interpretação da norma, de modo que estas duas fases são inseparáveis; só teoricamente cabe falar em “interpretação da norma especial”, pois o simples fato de ser norma especial já é resultado da interpretação.²²²

Ainda assim, a referida autora argumenta que este juízo de comparação de gênero e espécie só pode ocorrer entre normas penais que possuam um elemento em comum e a depender dos termos que são tomados por referencial, uma mesma norma pode passar de geral a especial e vice-versa a depender da norma penal que se coloca em comparação. Por exemplo, “veja-se o caso do roubo, que é norma especial em relação ao furto, mas geral frente ao latrocínio (arts. 157 *caput*, 155, *caput*, e 157, § 3º, do código penal, respectivamente).”²²³

Na análise de uma relação de especialidade entre tipos penais, ou do caráter de especialidade de um em comparação ao outro, pode prevalecer o tipo penal mais grave ou menos grave, uma vez que “isso vai depender do conteúdo de desvalor que é acrescido ao

²²⁰ SALOMI, Maíra Beauchamp; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Cartel e quadrilha: é possível a dupla imputação?. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 20, n. 240, p. 7-8, nov. 2012. p. 7.

²²¹ REALE JÚNIOR, Miguel. Cartel e quadrilha ou bando: bis in idem. *Ciências Penais*: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo, v. 3, n. 5, p. 131-143, jul./dez. 2006. p. 143.

²²² GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Teoria geral da parte especial do Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 246.

²²³ *Ibid.*, p. 247.

tipo genérico pelos elementos diferenciadores”²²⁴ que explicam a razão pela qual o legislador tenha cominado sanções penais distintas para ambos.

Contudo, percebe-se que nem sempre é tão evidente a relação de especialidade presente entre determinados tipos incriminadores:

Há situações, como bem demonstra PESSOA, em que a especialidade ocorre de forma oculta ou implícita, ou seja, apesar de não existir uma clara semelhança entre os tipos (muitas vezes até mesmo de caráter verbal), a análise da descrição do fato mostra que um dos tipos não é outra coisa senão um modo detalhado, mais específico de descrever a conduta em relação ao outro. É o que se observa na relação entre o estelionato (art. 171 do código penal) e o art. 19 da Lei 7.492/86, quando o primeiro proíbe a conduta de “obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento”, e o segundo pune “obter, mediante fraude, financiamento em instituição financeira.”²²⁵

Embora muitos autores (a exemplo de Frederico Horta²²⁶ e Mariângela Gama de Magalhães Gomes²²⁷) apontem que uma mera análise lógica e abstrata entre os tipos penais já permita identificar a relação de especialidade entre eles, há aqueles que defendem que mesmo para identificar aquela são indispensáveis considerações de ordem axiológica, uma vez que a “necessidade de interpretar os conceitos normativos para que se conclua pela relação de subordinação entre eles já supõe procedimento (hermenêutico) no qual influem forçosamente critérios axiológicos.”²²⁸

2.4.2 Do critério da subsidiariedade

Já no que diz respeito ao critério da subsidiariedade, a sua aplicação não depende apenas de uma identificação meramente de uma estrutura lógica de interferência formulada por Ulrich Klug, mas demanda, necessariamente, considerações teleológicas para fins de sua incidência para analisar uma eventual concorrência *aparente* entre normas penais. Outrossim, a relação de subsidiariedade “se da entre aquellos preceptos penales, respecto

²²⁴ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Teoria geral da parte especial do Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 247.

²²⁵ *Ibid.*, p. 249.

²²⁶ HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Do concurso aparente de normas penais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 383.

²²⁷ GOMES, *op. cit.*, p. 251-252.

²²⁸ COSTA, Pedro Jorge. *A consunção no Direito Penal Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 46.

de los cuales uno (el subsidiario) sólo es aplicable en caso de que no entre en juego el otro (el principal).”²²⁹

Considerando o nosso sistema de tipos penais *em abstracto* para tutelar bens jurídicos de relevância penal é inevitável que, em virtude da especial importância de um determinado bem jurídico, o legislador edite diversos tipos penais que tutelem em graus distintos a proteção do mesmo bem jurídico e, a depender da intensidade de colocação de perigo ou lesão a este último provocada pela conduta do sujeito concreto, esta seja subsumível, *em tese*, em diversos tipos penais, mas, de fato, apenas um dentre estes, por si só, seja suficiente para abarcar de forma mais adequada o conteúdo do injusto.

Neste sentido, como bem esclarece Frederico Horta, a “norma subsidiária, assim, é a que se volta contra um estágio preliminar da lesão que enseja a incidência da norma principal e, portanto, prevalente”;²³⁰ ou seja, ocorrem em casos em que um determinado bem jurídico é protegido por diversos tipos penais e, quando a lesão causada for de menor intensidade, porém, compreendida pelo legislador como punível em um tipo penal autônomo e diverso, incidirá a norma subsidiária. Caso contrário, a norma subsidiária será preterida em detrimento de um tipo penal principal que corresponda ao nível maior de lesão ao referido bem jurídico.

Frederico Horta aduz que a relação de subsidiariedade é identificada na seara da denominada progressão criminosa ou crime progressivo que consiste em “toda atividade delitativa que precede de uma forma menos grave outra mais grave de crimes, de modo que aquela se dissolve nesta,”²³¹ desde que o delito antecedente seja uma fase anterior, distinta e não necessariamente vinculada ao crime progressivo.

Cumprе ressaltar que há autores que não encontram utilidade prática para o critério da subsidiariedade. Para alguns deles, o critério da subsidiariedade constituiria apenas um “mecanismo de reforço do princípio da especialidade.”²³²

²²⁹ ESCUCHURI AISA, Estrella. *Teoría del concurso de leyes y de delitos*. Bases para una revisión crítica. Granada: Comares, 2004. p. 172. Nesse sentido, Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán: “el precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tacitamente deducible.” (Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*: parte general. 10. ed. rev. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 449).

²³⁰ HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Do concurso aparente de normas penais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 130.

²³¹ HORTA, Frederico. Elementos fundamentais da doutrina do concurso de leis penais e suas repercussões no direito penal brasileiro contemporâneo. In: PACELLI, Eugênio *et. al* (coord.). *Direito penal e processual penal contemporâneos*. São Paulo: Atlas, 2019. p. 49-72. p. 60.

²³² MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt. *Lições fundamentais de direito penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 376.

A subsidiariedade pode ser *expressa* ou *tácita*, conforme verificar-se-á a seguir.

3.4.2.1 Do critério da subsidiariedade expressa

A subsidiariedade expressa ocorre quando o próprio legislador, por expressa previsão legal, no preceito secundário do respectivo tipo penal estabelece que aquele determinado tipo penal não deverá ser aplicado se o resultado constituir resultado mais grave.

No ordenamento jurídico brasileiro encontra-se essa sinalização por parte do legislador geralmente na segunda parte do preceito secundário correspondente ao tipo penal com a expressão “se o fato não constitui crime mais grave”, a exemplo do art. 132, CP (“Perigo para a vida ou saúde de outrem”), do art. 238, CP (“Simulação de autoridade para celebração de casamento”), do art. 314, CP (“Extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento”), dentre outros.

Nestes exemplos apresentados, apesar de haver uma indicação por parte do legislador acerca do caráter subsidiário da norma penal, normalmente ainda é muito difícil “inferir das cláusulas de subsidiariedade expressa um padrão valorativo ou um critério qualquer que as justifique, isto é, que explique a exclusão da concorrência ideal entre as normas de aplicabilidade condicionada e aquelas em função das quais o são.”²³³

Isto porque não há referência a que tipos penais propriamente devem ser analisados quanto à presença da relação de subsidiariedade a fim de examinar a existência ou não de um concurso *aparente* de normas penais. Esta hipótese é denominada *autoexclusão geral* ou de *subsidiariedade geral*.²³⁴

Na hipótese de subsidiariedade geral, segundo Claus Roxin, haverá de exigir que o tipo prevalente proteja, ao menos parcialmente, o mesmo bem jurídico que o tipo subsidiário e que esteja vinculado tipicamente com este.²³⁵

Outras vezes, o legislador ao estabelecer uma cláusula de subsidiariedade expressa faz menção a qual tipo penal específico deverá ser examinado a questão do referido concurso, como por exemplo, do crime de fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações previsto no art. 177 do CP que condiciona a não incidência deste

²³³ HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Do concurso aparente de normas penais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 132.

²³⁴ COSTA, Pedro Jorge. *A consunção no Direito Penal Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 48.

²³⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Especiales formas de aparición del delito. Traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña *et al* (dir.). Pamplona: Thomson Reuteurs. 2014. t. 2. p. 1006.

tipo penal se restar configurado crime contra a economia popular. A doutrina denomina tais casos de *autoexclusão específica* ou de *subsidiariedade específica*.²³⁶

3.4.2.1 Do critério da subsidiariedade tácita

O critério da subsidiariedade tácita já suscita mais dúvidas quanto ao seu conteúdo e ao seu modo de aplicação na análise de casos concretos,²³⁷ especialmente em relação à diferenciação com o critério da consunção,²³⁸ pois são hipóteses em que o legislador edita um tipo penal, mas não sinaliza a possibilidade de ocorrência de uma relação de subsidiariedade deste último quanto a outros existentes tanto no Código Penal quanto na legislação penal especial.

Assim, tal relação “há de ser verificada sempre que a conduta lesiva sobre a qual incide uma delas representar mera etapa preliminar, embora não impreterível, da forma mais grave de lesão que enseja a incidência da outra”.²³⁹

Joaquín Delgado García insere no campo de aplicação do critério de subsidiariedade tácita as hipóteses em que, embora a norma não sinalize nada a respeito, a própria natureza e conteúdo dos tipos penais envolvidos sinalizam a existência desta relação de causalidade.²⁴⁰

Neste âmbito a doutrina aponta os seguintes casos normalmente em que se analisa a relação de subsidiariedade tácita: a) delitos de perigo em relação aos delitos de lesão; b) participação em relação à autoria; c) atos preparatórios e delito principal; d) crime tentado e crime consumado.²⁴¹ Contudo, esta última hipótese é bastante criticada por parte significativa da doutrina.²⁴²

²³⁶ COSTA, Pedro Jorge. *A consunção no Direito Penal Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 48.

²³⁷ MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz; GÖSSEL, Karl Heinz. *Derecho penal: parte general; formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*. Traducción de Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea, 1995. v. 2. p. 555.

²³⁸ BUSATO, Paulo César. Soluções para o concurso aparente de normas incriminadoras: princípio da subsidiariedade. In: BUSATO, Paulo César (org.). *Fundamentos de direito penal*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 289-306. p. 300-301.

²³⁹ HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Do concurso aparente de normas penais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 136.

²⁴⁰ DELGADO GARCIA, Joaquín. Los concursos en el derecho penal. *La ley*, Madrid, ano 17, n. 3969, p. 1-5, 1996. p. 2.

²⁴¹ Dentre outros, cf. ESCUCHURI AISA, Estrella. *Teoría del concurso de leyes y de delitos*. Bases para una revisión crítica. Granada: Comares, 2004. p. 175-178.

²⁴² GARCÍA ALBERO, Ramón. “*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales. Barcelona: Cedecs, 1995. p. 345-352. CORREIA, Eduardo Henrique da Silva. *A teoria do concurso em direito criminal: I - unidade e pluralidade de infracções; II - caso julgado e poderes de cognição do juiz*.

Neste sentido, Claus Roxin dispõe que o âmbito da aplicação do critério da subsidiariedade comportaria dois grupos; o primeiro constituiria os atos preparatórios tipificados como crimes autônomos e as etapas intermediárias para um delito de lesão consumado; já o segundo estaria compreendido pelas formas de ataque menos intensas em relação à colocação em perigo mais intensa ou com lesões ao mesmo bem jurídico.²⁴³

Ademais, a subsidiariedade da colocação em perigo abstrato em relação à colocação em perigo concreto e de ambas as classes de colocação de perigo em face à lesão apenas incide se ocorrer nas diferentes fases de ameaça delitiva a proteção do mesmo bem jurídico.²⁴⁴ Neste sentido, é indiferente a natureza do perigo para fins de reconhecimento de relação de subsidiariedade em relação a um tipo penal de dano/lesão; aquela independe de ser de perigo abstrato ou concreto, desde que ambos tipos penais envolvidos tutelem o mesmo bem jurídico.²⁴⁵

2.4.3 Do critério da consunção

Já no que diz respeito ao critério da consunção, este consiste na principal divergência doutrinária quanto à sua aceitação para solucionar concurso *aparente* de normas penais, em especial em relação à possibilidade de se identificar um conteúdo próprio a ele, bem como o modo de operacionalizá-lo e as hipóteses que se costumam solucionar mediante manuseio deste referido critério.

A principal crítica inicial apontada pela doutrina consiste no caráter de generalidade do conceito que se atribui ao critério da consunção, o qual, muitas vezes, se confundiria ou até mesmo se identificaria com a própria definição de concurso de normas como um todo, qual seja, “el precepto que contempla de modo total el desvalor que el ordenamiento jurídico atribuye a una determinada conducta, prevalece sobre el que lo contempla sólo de

Coimbra: Almedina, 1996. p. 148. No Brasil, Frederico Horta discorda quanto à inclusão da hipótese da forma tentada e consumada de um mesmo crime no âmbito da subsidiariedade, pois haveria “incompatibilidade lógica que exclui a punibilidade da tentativa, em face da consumação do mesmo crime; não o princípio ‘*non bis in idem*’. Pode haver, contudo, concurso de leis entre a tentativa de um crime e a forma consumada de outro, que venha a ser uma fase necessária de execução do primeiro.” (Cf. HORTA, Frederico. Elementos fundamentais da doutrina do concurso de leis penais e suas repercussões no direito penal brasileiro contemporâneo. In: PACELLI, Eugênio *et. al* (coord.). *Direito penal e processual penal contemporâneos*. São Paulo: Atlas, 2019. p. 49-72. p. 57.).

²⁴³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Especiales formas de aparición del delito. Traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña *et al* (dir.). Pamplona: Thomson Reuters. 2014. t. 2. p. 1007.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 1010.

²⁴⁵ HORTA, Frederico. Elementos fundamentais da doutrina do concurso de leis penais e suas repercussões no direito penal brasileiro contemporâneo. In: PACELLI, Eugênio *et. al* (coord.). *Direito penal e processual penal contemporâneos*. São Paulo: Atlas, 2019. p. 49-72. p. 58.

manera parcial”²⁴⁶, o que restaria ausente um traço distintivo para ser atribuído a este critério.

Tal característica poderia, conforme observa Ramón García Albero, se configurar “en un subterfugio donde incluir aquellos supuestos en los que de modo más o menos intuitivo se niega la posibilidad de apreciar concurso ideal o real de delitos.”²⁴⁷

José Cid Moliné também explica algumas razões pelas quais a consunção conglobaria maiores parcelas de imprecisão se comparada aos outros critérios utilizados para solucionar concorrência de normas penais, quais sejam, o uso de parâmetros baseados na frequência empírica de incidência concomitante dos pressupostos de fato de várias normas penais e, especialmente, a suposta capacidade de uma delas compreender o desvalor total da ação perpetrada.²⁴⁸

Assim, Estrella Aisa Escuchuri posiciona-se no sentido de dispensabilidade da consunção como critério de solução de concurso *aparente* de normas penais, uma vez que a estrutura lógico-conceitual que a justifica consistiria na interferência, estrutura esta coincidente com a relação de subsidiariedade tácita, o que, segundo a autora, levaria a analisar os atos prévios impuníveis no âmbito da subsidiariedade tácita e os atos posteriores coapenados fora do contexto do concurso de normas.²⁴⁹

Contudo, não se deve concordar com tal entendimento, uma vez que a mera ausência de uma relação lógico-conceitual, por si só, não é suficiente para afastar a configuração do concurso *aparente* de normas penais.

²⁴⁶ GARCÍA ALBERO, Ramón. “*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales. Barcelona: Cedecs, 1995. p. 382. Neste mesmo sentido, cf. ESCUCHURI AISA, Estrella. *Teoría del concurso de leyes y de delitos*. Bases para una revisión crítica. Granada: Comares, 2004. p. 179.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 383. Essa mesma observação é feita por Pedro Jorge Costa, segundo, o qual, “a esse papel de extensão do âmbito do concurso aparente de normas penais, costuma-se chamar a intervir a regra da consunção, na qual se põem muitos dos casos nos quais simplesmente se quer evitar a aplicação das regras do concurso de crimes.” (Cf. COSTA, Pedro Jorge. *A consunção no Direito Penal Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 23).

²⁴⁸ CID MOLINÉ, José. Notas acerca de las definiciones dogmáticas de concurso de delitos. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid: Centro de Publicaciones, p. 29- 63, jan./abr. 1994. p. 40. Ainda assim, Flávio Antonio Cruz aponta que “o princípio da consunção está fundado na presunção de que - ao definir a pena para determinadas condutas - o Congresso já tem em conta a sua forma habitual de realização.” (Cf. CRUZ, Flavio Antonio da. *O confronto entre o concurso formal de crimes e o concurso aparente de normas penais no direito brasileiro: revisão crítica sob os influxos de uma hermenêutica emancipatória*. 2014. 940 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. p. 770-771).

²⁴⁹ ESCUCHURI AISA, Estrella. *Teoría del concurso de leyes y de delitos*. Bases para una revisión crítica. Granada: Comares, 2004. p. 180.

Ao contrário, a aplicação do critério da consunção dispensa qualquer relação estrutural ou lógica entre os tipos penais concorrentes, pois “avalia-se somente uma relação axiológica entre os delitos, sejam ou não simultâneos.”²⁵⁰

Ressalte-se a posição de Frederico Horta ao sustentar autonomia e espaço próprio para atuação do critério da consunção, em especial quanto ao critério da subsidiariedade tácita, uma vez que “a absorção, pela norma consuntiva, do injusto na norma consumida se deve a mais abrangente tradução, por aquela, dos aspectos lesivos do fato, ainda que distintos os bens jurídicos que uma e outra tutelam preferencialmente.”²⁵¹

Claus Roxin também confere ao critério da consunção um caráter de autonomia em relação ao critério da subsidiariedade tácita, uma vez que aquele contemplaria as hipóteses de fato tipicamente concomitante/acompanhante na qual resta consumida a lesão de outros bens jurídicos ou objetos do delito.²⁵²

Numa relação entre normas penais eventualmente concorrentes, para se examinar a consunção de um tipo penal em detrimento do outro, ao contrário dos critérios da especialidade e da subsidiariedade, tal relação é permeada apenas por considerações valorativas sobre os fatos concretamente verificados.²⁵³

Eugenio Raúl Zaffaroni explica que a relação de consunção entre os tipos penais se estabelece quando um compreende o conteúdo do outro, mas não porque o abarca conceitualmente, senão porque consome o conteúdo material de sua proibição.²⁵⁴

Leonardo de Bem dispõe que o critério da consunção se aplica nos casos em que se pratica um crime funcionalmente necessário para lograr êxito na prática de um delito diverso e mais grave, no qual este absorveria aquele; em outras palavras, tratar-se-ia da hipótese de crime meio e crime fim.²⁵⁵

Cabe destacar o conceito dado por Mariângela Gama de Magalhães Gomes:

Outra espécie de relação que pode se dar entre tipos penais incriminadores é a denominada relação de consunção, que ocorre quando

²⁵⁰ COSTA, Pedro Jorge. *A consunção no direito penal brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 234.

²⁵¹ HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Do concurso aparente de normas penais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 150.

²⁵² ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Especiales formas de aparición del delito. Traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña (dir.), et al. Pamplona: Thomson Reuters, 2014. t. 2. p. 1012.

²⁵³ GARCÍA ALBERO, Ramón. “*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales. Barcelona: Cedecs, 1995. p. 383. Neste mesmo sentido, cf. HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Do concurso aparente de normas penais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 148-149.

²⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro W. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2000. p. 832.

²⁵⁵ BEM, Leonardo Schmitt de. O concurso aparente de normas penais. *Revista Síntese de direito penal e processual penal*, Porto Alegre, v. 11, n. 65, p. 94-102, dez./jan. 2010/2011. p. 97.

determinado crime constitui fase de realização de outro ou é forma regular de transição para o último. Assim, o conteúdo do tipo penal mais amplo absorve o menos amplo, que nada mais é do que etapa daquele; os fatos não se encontram numa relação de gênero e espécie, mas de *minus* e *plus*, de parte e todo, de meio e fim.²⁵⁶

Neste sentido, insta destacar a definição de aplicação do critério da consunção dada por Frederico Horta:

A consunção terá lugar, afinal, quando a realização dos pressupostos de uma norma implique, ordinariamente, a realização concomitante ou sucessiva de determinadas formas de um delito previsto por outra, de tal modo que o desvalor jurídico da conduta proibida segundo aquela – a norma consuntiva – abarque o desvalor próprio da conduta concomitante ou sucessiva proibida por esta – a norma consumida.²⁵⁷

Ainda assim, o mesmo autor complementa com o seguinte ensinamento para explicar a forma de aplicação do referido critério:

Quando dois tipos de injusto estão em estreita conexão, pela forma como as coisas geralmente acontecem; quando um deles é meio normal, uma circunstância corriqueira ou uma decorrência previsível do outro, não há razão para dupla reprimenda, pois a punição do injusto principal já cumpre todas as funções da pena em relação aos acessórios.²⁵⁸

É neste contexto do âmbito de incidência do critério da consunção em que a doutrina analisa os denominados atos acompanhantes típicos e os atos posteriores coapenados²⁵⁹ que constituem as questões mais polêmicas e divergentes pela doutrina quando se trata da teoria concursal quanto à zona fronteira em relação à distinção do concurso *aparente* de normas penais e concurso de delitos.

Isto porque, conforme bem aponta Frederico Horta e Adriano Teixeira, é no campo das hipóteses em que se reconhece a aplicação do critério da consunção que se torna

²⁵⁶ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Teoria geral da parte especial do Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 252.

²⁵⁷ HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Do concurso aparente de normas penais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 148.

²⁵⁸ HORTA, Frederico. Elementos fundamentais da doutrina do concurso de leis penais e suas repercussões no direito penal brasileiro contemporâneo. In: PACELLI, Eugênio et. al (coord.). *Direito penal e processual penal contemporâneos*. São Paulo: Atlas, 2019. p. 49-72. p. 61.

²⁵⁹ Aliás a própria natureza jurídica dos mesmos como hipóteses de consunção é altamente discutível. HURTADO POZO, José. *Manual de derecho penal*. Parte general. 3. ed. Lima: Editora jurídica Grijley, 2005. p. 968.

evidente que a unidade de conduta não constitui um pressuposto necessário do concurso aparente de normas:²⁶⁰

O princípio do *bis in idem*, afinal, não proíbe punir duas vezes a mesma ação, mas sim um mesmo fato (jurídico), isto é, a mesma ou as mesmas ofensas a bens jurídicos segundo diferentes normas incriminadoras. No caso específico da consunção, a pluralidade de ações não fica restrita aos casos de atos posteriores coapenados, como o uso do documento falso pelo próprio falsificador, geralmente absorvido pelo crime de falsificação, mas por vezes se verifica em hipóteses de atos típicos acompanhantes, como o de falsificação de um documento a ser empregado em um estelionato, crime esse que prevalece quando toda a potencialidade lesiva do falso se exaure na fraude (Súmula nº 17 do STJ).²⁶¹

Aqui insta destacar os ensinamentos de Luiz Regis Prado quanto ao tema:

Com efeito, um fato típico pode ser impunível quando anterior (v.g., a lesão corporal em relação ao homicídio, enquanto delito de passagem) ou posterior (v.g., a venda da *res furtiva* pelo agente) a outro mais grave, ou quando fizer parte, ainda que não essencial, da fase executória de outro crime.²⁶²

Assim, no caso de pluralidade de condutas nas quais se sucedem realizações típicas no tempo e no espaço verifica-se uma tendência de reconhecer o concurso de crimes e aplicar suas respectivas regras segundo o disposto no Código Penal – no caso do Brasil seriam os arts. 69 e 70 do CP -, independentemente das relações lógicas existentes entre os preceitos que regulam ditas realizações típicas.²⁶³

Portanto, no âmbito da consunção, em que se verifica tal pluralidade de condutas, a relação entre os preceitos envolvidos não pode ser de ordem lógico-formal, mas apenas de ordem empírica e valorativa. Contudo, não deve ser aplicada arbitrariamente por constituir uma regra axiológica e deve observar um conjunto de regras e princípios que conferem limites ao reconhecimento do critério da consunção.

Ademais, consoante apontamento de Carlos Pérez del Valle, a questão a ser debatida é o critério pelo qual se deve entender que a consunção deve ser reconhecida no

²⁶⁰ HORTA, Frederico; TEIXEIRA, Adriano. Da autolavagem de capitais como ato posterior coapenado: elementos para uma tese prematuramente rejeitada no Brasil. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 19, n. 74, p. 7-49, jul./set. 2019. p. 42. Carlos Pérez del Valle também defende a possibilidade da pluralidade de fatos como hipótese de concurso aparente de normas penais, cf. PÉREZ DEL VALLE, Carlos. *Lecciones de derecho penal*. Parte General. 2. ed. Madrid: Dykinson, S.L., 2018. p. 315.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 42.

²⁶² PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro – parte geral*. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 146.

²⁶³ MATUS ACUÑA, Jean Pierre. Los criterios de distinción entre el concurso de leyes y las restantes figuras concursales en el código penal español de 1995 (1). *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, n. 58, f. 2, p. 463-493, maio/ago. 2005. p. 484.

que se refere a fatos acompanhantes ou posteriores coapenados com seu respectivo fato principal.²⁶⁴

Em virtude das peculiaridades presentes nestas referidas hipóteses no âmbito do critério da consunção, necessário se faz discorrer de forma mais minuciosa sobre as mesmas.

3.4.3.1 Dos atos acompanhantes típicos

Os atos acompanhantes típicos se referem “a casos en los que la realización de un determinado delito está unida aunque no necesaria sí regularmente a la realización de un segundo delito”²⁶⁵, hipótese em que o legislador teria levado em consideração o desvalor do injusto do primeiro delito quando da fixação das margens penais em abstrato do tipo penal que consome a realização do outro tipo (o ato acompanhante típico).

Frederico Horta e Adriano Teixeira definem os atos típicos acompanhantes como “os que se realizam paralelamente ao tipo de delito prevalente, pela mesma conduta qualificada segundo a norma consuntiva ou, ainda, por conduta diversa daquela, mas a ela normalmente vinculada.”²⁶⁶

Ulysses Gomes Bezerra afirma que esses crimes considerados acessórios que, normalmente, se apresentam vinculados ao cometimento da prática do crime principal são por este consumidos,²⁶⁷ pois o legislador, em virtude dessa presente vinculação de forma frequente, teria levado em consideração quando da fixação das margens penais *em abstrato* da conduta principal, o desvalor do injusto dos ditos crimes acessórios de menor gravidade.

Mas, o referido autor, por conseguinte, critica os critérios utilizados pela doutrina para aplicar o critério da consunção nesta hipótese. Em primeiro lugar, com relação ao critério da regularidade, dada a frequente interrelação entre os crimes envolvidos, pois o mero reconhecimento eventual do legislador desta percepção “não permite concluir que os

²⁶⁴ PÉREZ DEL VALLE, Carlos. *Lecciones de derecho penal*. Parte General. 2. ed. Madrid: Dykinson, S.L., 2018. p. 312.

²⁶⁵ ESCUCHURI AISA, Estrella. *Teoría del concurso de leyes y de delitos*. Bases para una revisión crítica. Granada: Comares, 2004. p.181-182.

²⁶⁶ HORTA, Frederico; TEIXEIRA, Adriano. Da autolavagem de capitais como ato posterior coapenado: elementos para uma tese prematuramente rejeitada no Brasil. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 19, n. 74, p. 7-49, jul./set. 2019. p. 41.

²⁶⁷ BEZERRA, Ulysses Gomes. Princípio da consunção: fundamentos e critérios de aplicação. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 87, p. 121-149, nov./dez. 2010. p. 129.

delitos acessórios sejam efetivamente levados em consideração na formação do desvalor da conduta principal.”²⁶⁸

Isto porque no âmbito legislativo a dinâmica é exatamente o contrário, pois quanto mais a elaboração do tipo penal for hábil para individualizar e delimitar o conteúdo da conduta proibida quanto ao seu alcance específico e cominar penas em virtude dessa especificidade, maior a possibilidade de se concretizar uma devida adequação típica no caso concreto mediante aplicação de uma pena proporcional.

Este também é o posicionamento de Ulysses Gomes Bezerra, pois segundo ele, “a desvalorização do que deveriam ser delitos distintos em um único tipo penal comum, contraria a ideia de individualização da pena e de punição na medida de sua culpabilidade.”²⁶⁹

Neste sentido, a mera regularidade estatística/empírica da ocorrência dos tipos penais concomitantemente não pode fundamentar, por si só, a aplicação do critério da consunção. Contudo, se tal regularidade for algo possível de se apreender dos tipos penais, tal elemento encontra relevância para reconhecer e aplicar o critério da consunção:

Por outro lado, se a regularidade for entendida não como simples relação estatística, derivada de constatações fáticas relativas à fenomenologia criminal, mas como uma regularidade legalmente reconhecida, inferida a partir de elementos dos tipos penais, deixa de existir a incoerência previamente apontada, proporcionando-se um substancial ganho de consistência para o critério. Decerto, nas hipóteses em que o exame dos próprios tipos penais envolvidos sugerir a inclusão do desvalor do acessório pelo principal, nenhuma objeção há de se opor ao reconhecimento da consunção.²⁷⁰

Ademais, Ulysses Gomes Bezerra critica o pressuposto de crime meio para a prática do crime fim como justificativa exclusiva para autorizar a incidência do critério da consunção, pois, ao fim e ao cabo, promoveria uma ampliação inadequada do âmbito da aplicação deste, uma vez que “muitos crimes – por vezes absolutamente independentes no aspecto valorativo – podem funcionar como meio para a consecução uns dos outros.”²⁷¹

Apenas a título ilustrativo, uma hipótese com bastante discussão doutrinária consiste na aplicação do critério da consunção na incidência de *ato acompanhante típico*

²⁶⁸ BEZERRA, Ulysses Gomes. Princípio da consunção: fundamentos e critérios de aplicação. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 87, p. 121-149, nov./dez. 2010. p. 130.

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 131.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 132.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 134. Neste mesmo sentido, cf. HORTA, Frederico. Elementos fundamentais da doutrina do concurso de leis penais e suas repercussões no direito penal brasileiro contemporâneo. In: PACELLI, Eugênio (coord.), *et. al. Direito penal e processual penal contemporâneos*. São Paulo: Atlas, 2019. p. 49-72. p. 65.

no âmbito do delito de sonegação fiscal (art.1º, I a IV, da Lei 8.137/90) e de descaminho (art. 334-A, CP), no sentido de que este absorveria o conteúdo de injusto do primeiro, uma vez que para praticar o crime de descaminho, seria necessário a realização do(s) fato(s) previsto(s) na descrição típica do art. 1º, I a IV da Lei 8.137/90.

Em outras palavras, em que pese, sobre a conduta concreta seja possível a incidência de ambas as normas penais incriminadoras referidas, não seria possível reconhecer o concurso de delitos – quer material quer formal -, mas sim seria caso de reconhecer um único crime autônomo, no caso, o delito de descaminho.²⁷²

Claus Roxin dispõe que o delito que consome não necessita ser o de sanção penal mais grave para que se aplique o critério da consunção. Para tanto, apresenta o exemplo de pequenas lesões à gestante vinculadas ao aborto, na qual aquela resta consumida por esta, não obstante a pena do aborto na Alemanha seja de prisão de até três anos (§ 218 I) e a de lesão seja de prisão de até cinco anos (§ 223).²⁷³

3.4.3.2 Do ato posterior coapenado

Em determinadas hipóteses o fato delitivo que precede ou segue a outro principal não culmina em um pronunciamento condenatório e nem dá espaço à aplicação efetiva de uma pena junto ao fato principal pelo qual se sanciona. Para tais hipóteses a doutrina oferece diversas explicações, tais como concurso *aparente* de normas, concurso de delitos, ato coapenado, ato impune.²⁷⁴

Embora os termos ato *coapenado* e ato *impune* sejam utilizados como sinônimos, os mesmos não devem ser encarados como tal no seu uso, em especial neste âmbito da concorrência normativa de tipos penais e a opção por uma ou outra expressão também corresponde a diferentes pontos de partida em relação à natureza do instituto.²⁷⁵

Segundo José Manuel Palma Herrera, a partícula “*co*” que acompanha um substantivo ou um adjetivo expressa a ideia de *estar junto de* algo e no caso da expressão

²⁷² CARRAZZA, Roque Antonio. Da impossibilidade jurídica de concurso material ou formal imperfeito entre os crimes de descaminho (art. 334, segunda parte, do Código Penal Brasileiro) e de sonegação fiscal (art. 1º, I a IV, da Lei nº. 8.137/90) – questões conexas. In: COSTA, José Faria de; SILVA, Marco Antonio Marques (coord.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais*. Visão Luso-Brasileira. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2006. p. 244.

²⁷³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Especiales formas de aparición del delito. Traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña *et al* (dir.). Pamplona: Thomson Reuters. 2014. t. 2. p. 1013. Neste mesmo sentido, cf. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Teoria geral da parte especial do Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 269.

²⁷⁴ PALMA HERRERA, José Manuel. *Los actos copenados*. Madrid: Dykinson, 2004. p. 15.

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 16.

coapenado significaria *já estar sancionado em conjunto com*; ao passo que o termo *impune* revelaria a ideia de ausência de sanção.²⁷⁶

Neste contexto, em termos jurídico-penais, revela-se a natureza deste instituto, conforme já assinalado, uma vez que a situação de que um fato deixe de ser sancionado de forma autônoma em virtude da inaplicação de uma norma penal que, *a priori*, seria subsumível, isso não significa necessariamente, contudo, que este fato resulte *impune*.

Isto porque, diante deste cenário delineado, abrem-se duas possibilidades: a) pode corresponder a uma causa de isenção de responsabilidade penal para o fato; b) pode resultar na simples impossibilidade de aplicar uma sanção autônoma para esse fato com fundamento na norma penal que, *a priori*, seria aplicável, sem prejuízo de que, não obstante, o mesmo resultado seja sancionado como consequência da aplicação de outro preceito distinto que preveja já uma pena para outro fato. No primeiro caso, seria uma hipótese de fato *impune*; no segundo, seria uma hipótese de fato *coapenado*.²⁷⁷

Isso significa, como bem assinala José Manuel Palma Herrera, que o ato *coapenado* restaria reservado para os casos em que um determinado fato é sancionado penalmente, porém não de modo autônomo e com fundamento no tipo penal a que, *a priori*, era subsumível, senão por meio da sanção aplicável a outro fato que resulta típico conforme um tipo penal distinto. Em outras palavras, a expressão *por meio da sanção aplicável a outro fato* deve se referir a uma hipótese na qual a sanção correspondente a este fato também contempla o fato prévio ou posterior. Em hipótese alguma deve ser entendida como consequência de um fato *coapenado*, aquele cuja sanção se aplica conjuntamente com o fato principal, seja pelo sistema da acumulação, seja pelo sistema da exasperação, tendo em vista que nestes casos, se estaria diante de concurso real de delitos e concurso ideal de delitos respectivamente.²⁷⁸

Por este motivo, adotar-se-á neste estudo, a denominação fato posterior *coapenado* como a mais adequada para a finalidade de analisar a concorrência normativa de normas penais incriminadoras referente a esta hipótese no âmbito de aplicação do critério da consunção.

²⁷⁶ PALMA HERRERA, José Manuel. *Los actos copenados*. Madrid: Dykinson, 2004. p. 16.

²⁷⁷ *Ibid.*, p. 16

²⁷⁸ *Ibid.*, p. 17.

O denominado ato posterior coapenado consiste em um “hecho independiente que realiza un nuevo tipo penal a través del cual el autor intenta aprovechar, asegurar o utilizar la posición alcanzada con la realización del tipo principal.”²⁷⁹

Conforme assinalado anteriormente, muito se questiona acerca do fundamento próprio a ser conferido ao critério da consunção para fins de solução de concurso *aparente* de normas e tal indagação se refere principalmente aos atos posteriores coapenados, pois isto implica uma pluralidade de condutas e sobreposição de adequação típica.

Assim, Cezar Roberto Bitencourt dispõe que os atos posteriores coapenados inseridos no âmbito do critério da consunção revelam que este abrange hipóteses de pluralidade de fatos e, portanto, ultrapassam o traço característico tradicional do instituto do concurso *aparente* de normas penais²⁸⁰ e, por isso, não se confundiria com este último:

Com efeito, apesar da possibilidade de configurar uma pluralidade de ações, em sentido naturalista, que ofendam o mesmo bem jurídico e, normalmente, sejam orientadas pelo mesmo motivo que levou à prática do ato principal; apesar de, a princípio, ser possível a punição autônoma, pois legalmente previstos como figuras típicas, não passam, *in concreto*, de *simples preliminares* (fatos anteriores) ou *meros complementos* (fatos posteriores) do fato principal. Nesses casos, a punição do fato principal abrange-los-á, tornando-os, isoladamente, impuníveis.

Especificamente com relação aos atos posteriores coapenados, Santiago Mir Puig ensina que:

[...] son hechos que por sí solo realizarían un tipo de delito, pero que quedan consumidos por outro delito al cual siguen. La razón es que tales actos constituyen la forma de asegurar o realizar un beneficio obtenido o perseguido por un hecho anterior y no lesionan ningún bien jurídico distinto al vulnerado por este hecho anterior ni aumentan el daño producido por el mismo.²⁸¹

²⁷⁹ ESCUCHURI AISA, Estrella. *Teoría del concurso de leyes y de delitos*. Bases para una revisión crítica. Granada: Comares, 2004. p. 186. Um importante e esclarecedor estudo sobre a regra do antefato e do pós-fato coapenado, cf. RIOS, Rodrigo Sánchez. Apontamentos a respeito do concurso de crimes e do conflito aparente de normas: a regra do antefato e do pós-fato coapenado no âmbito dos delitos econômicos. In: FRANCO Alberto Silva; LIRA, Rafael de Souza (coord.). *Direito penal econômico: questões atuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 137-199.

²⁸⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. v. 1. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 268.

²⁸¹ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 9. ed. Barcelona: Reppertor, 2011. p. 667.

Claus Roxin define o ato posterior coapenado quando este apenas permite ao agente assegurar ou aproveitar a posição obtida pelo fato prévio e, por esse motivo, não exigiria uma punição autônoma.²⁸²

Desta forma, ainda que atos posteriores que tenham sido praticados pelo sujeito figurem como tipos penais específicos, não lhe serão imputados de forma autônoma, pois já estariam abarcados pelo conteúdo do injusto prevalente, podendo configurar, por exemplo, apenas como mero exaurimento deste último.

Neste sentido, Mariângela Gama de Magalhães Gomes dispõe que “os atos posteriores, por sua vez, acontecem temporalmente após o fato principal, e não são punidos por serem considerados uma continuação ou desdobramento natural da infração antes praticada.”²⁸³

Contudo, Ramón García Albero²⁸⁴ sinaliza que os atos posteriores coapenados são difíceis de serem delimitados tanto no que diz respeito à sua conceituação quanto à árdua tarefa de examinar se eles, de fato, concorrem com outras normas incriminadoras ou se seus conteúdos de injusto são absorvidos pela norma prevalente. Exige-se, portanto, muita cautela quanto à identificação do que seja ou não um ato posterior coapenado.

A dificuldade apontada acerca dos atos posteriores coapenados perpassa pela necessidade de se analisar as peculiaridades do caso concreto, uma vez que não é suficiente “*sólo una interpretación meramente formal de los tipos delictivos, puede ver en la conducta subsiguiente al delito principal la realización de un ulterior hecho punible*”²⁸⁵.

Assim, no entendimento de Ramón García Albero é necessário que os atos posteriores coapenados sejam interpretados de forma restritiva de modo que o seu reconhecimento se limite na mesma intensidade de lesão ao bem jurídico que o tipo penal antecedente visava proteger.

Neste sentido, Cezar Roberto Bitencourt assinala que:

No entanto, o ato posterior somente será impune quando com segurança possa ser considerado como tal, isto é, seja um autêntico ato posterior e não uma ação autônoma executada em outra direção, que não se caracteriza somente quando praticado contra outra pessoa, mas pela

²⁸² ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Especiales formas de aparición del delito. Traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña (dir.), et al. Pamplona: Thomson Reuters. 2014. t. 2. p. 1011.

²⁸³ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Teoria geral da parte especial do Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 255.

²⁸⁴ GARCÍA ALBERO, Ramón. “*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales. 1. ed. Barcelona: Cedecs, 1995. p. 392.

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 393.

natureza do fato praticado em relação à capacidade de absorção do fato anterior.²⁸⁶

Portanto, é imprescindível buscar diretrizes para avaliar se o ato posterior realmente constitui mero exaurimento, isto é, se já estaria contido integralmente no desvalor do resultado da prática delitiva anterior ou, ao contrário, configuraria excesso ao desvalor do resultado contido na prática delitiva anterior, fato que demandaria a incidência conjunta da norma penal incriminadora concorrente à situação fática concreta, incidindo, desta forma, um verdadeiro concurso real de crimes.

A doutrina costuma apresentar os seguintes requisitos para o reconhecimento de um ato posterior coapenado: a) o objeto de ofensa e bem jurídico de ambos os fatos – principal e prévio ou posterior – devem ser idênticos; b) o dano causado pela conduta antecedente não seja incrementado com o ato posterior; c) ambas as condutas afetem o mesmo titular do bem jurídico.²⁸⁷

Assim, a doutrina, no geral, tem exigido a identidade de bem jurídico da conduta precedente e da subsequente no âmbito dos atos posteriores coapenados.²⁸⁸ Este também é o entendimento de Luiz Regis Prado:

Note-se que o bem jurídico tutelado continua sendo o mesmo. São ações anteriores e posteriores que a lei concebe, implícita ou explicitamente, como necessárias, ou aquilo que dentro do sentido de uma figura constitui o que normalmente acontece. É de se aplicar para tais hipóteses de concurso aparente de normas o princípio da consunção.²⁸⁹

Cezar Roberto Bitencourt assevera que o ato posterior coapenado, por não ofender um bem jurídico distinto atingido pela conduta anterior, geralmente, é absorvido pelo fato principal e, conseqüentemente, não se exigiria juridicamente sua punição autônoma.²⁹⁰

²⁸⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. v. 1. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 269.

²⁸⁷ PALMA HERRERA, José Manuel. *Los actos copenados*. Madrid: Dykinson, 2004. p. 137.

²⁸⁸ A exemplo de García Albero, segundo o qual “el hecho posterior debe dirigirse contra el mismo bien jurídico ya vulnerado por el delito principal.” (Cf. GARCÍA ALBERO, *op. cit.*, p. 395.). Em sentido contrário, cf. CRUZ, Flavio Antonio da. *O confronto entre o concurso formal de crimes e o concurso aparente de normas penais no direito brasileiro: revisão crítica sob os influxos de uma hermenêutica emancipatória*. 2014. 940 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. p. 850.). WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*. Parte general. 11. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970. p. 322.

²⁸⁹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro – parte geral*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 146.

²⁹⁰ BITENCOURT, *op. cit.*, p. 268.

Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán, por sua vez, afirmam que para apreciar a aplicação do critério da consunção no caso de pluralidade de fatos, estes devem estar em uma mesma linha de progressão de ataque ao mesmo bem jurídico protegido, uma vez que, caso contrário, já não se poderia falar de concurso *aparente* de normas penais, senão de delitos.²⁹¹

De outro lado, há autores que dispensam a identidade de bem jurídico para analisar a questão do ato posterior coapenado. Dentre eles, cabe destacar os ensinamentos de Frederico Horta e Adriano Teixeira, pois segundo eles, nos atos posteriores coapenados:

[...] em que pese a grande maioria dos casos reconhecidos pela doutrina e jurisprudência envolver normas incriminadoras protetivas do mesmo bem jurídico, o que realmente importa, segundo a sua definição *é que a ofensa consistente no ato típico posterior não represente mais que o incremento da agressão ou de uma das agressões decorrentes do delito principal, antecedente*. Observado esse requisito, é perfeitamente possível que a punibilidade autônoma do ato típico posterior seja excluída também quando a norma incriminadora do fato principal seja protetiva de bem jurídico diverso.²⁹²

Ademais, Jean Pierre Matus Acuña dispõe que o critério da unidade de bem jurídico apenas poderia desempenhar um papel limitado nesta matéria, pois destaca que muitos casos em que se reconhece o concurso *aparente* de normas penais, tal unidade não se faz presente.²⁹³ José Luis Díez Ripollés também defende que não impede o reconhecimento da consunção no qual o ato posterior lesione outro bem jurídico.²⁹⁴

Porém, esta discussão de exigência ou não em relação à identidade de bem jurídico para analisar a possibilidade de aplicar o critério da consunção para solução de hipóteses de concurso *aparente* de normas penais, também não é uniforme perante os Tribunais Superiores e varia a depender do grupo de casos que os mesmos analisam.

²⁹¹ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 10. ed. rev. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 450.

²⁹² HORTA, Frederico; TEIXEIRA, Adriano. Da autolavagem de capitais como ato posterior coapenado: elementos para uma tese prematuramente rejeitada no Brasil. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 19, n. 74, p. 7-49, jul./set. 2019. p. 43. José Cerezo Mir aponta que “no es obstáculo insalvable para la apreciación del principio de consunción, en estos casos, la diversidad del bien jurídico protegido, ni que la pena del delito consumente sea inferior a la del consumido.” (Cf. CEREZO MIR, José. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: B de F, 2008. p. 1038). Cf. também PRATES, Felipe Machado. *Do concurso formal de crimes*. 2015. 126 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015. p. 80.

²⁹³ MATUS ACUÑA, Jean Pierre. Los criterios de distinción entre el concurso de leyes y las restantes figuras concursales en el código penal español de 1995. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid: Centro de Publicaciones, v. 58, f. 2, p. 463- 493, maio-ago. 2005. p. 465.

²⁹⁴ DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis. *Derecho penal español*. Parte General. 4. ed. rev. Valencia: Tirant lo Blanch. 2016. p. 583.

Para ilustrar tal ausência de uniformidade de posicionamento da jurisprudência quanto a este ponto, apontar-se-á algumas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça.

O Superior Tribunal de Justiça, ao examinar o AgRg no Habeas Corpus n. 407.500 – AL em 2018, no qual se discutia a possibilidade de absorção dos crimes de falsificação de documento particular, uso de documento falso e falsidade ideológica pelo delito de fraude à licitação, entendeu pela impossibilidade em virtude de tratar-se de delitos que tutelam bens jurídicos distintos (neste caso, fé pública e moralidade administrativa).²⁹⁵

Todavia, em outra oportunidade em que o Superior Tribunal de Justiça se deparou com a questão da necessidade ou não de identidade de bem jurídico para aplicação do critério da consunção, no Resp n. 1.530.166 – GO de 2015, no qual se discutia a possibilidade ou não de absorção do crime de porte de arma (art.14 do Estatuto do Desarmamento) pelo de caça ilegal (art. 29 da Lei Ambiental). Neste caso, o STJ decidiu no seguinte sentido:

Sendo o porte de arma conduta meio para a prática do delito de caça a animais silvestres, deve ser aplicado o princípio da consunção (a conduta meio deve ser absorvida pelo fim almejado pelo agente), pois o ordenamento jurídico brasileiro proíbe que o réu seja punido duplamente pela mesma conduta. O fato do delito previsto no artigo 14 do Estatuto do Desarmamento possuir sanção mais gravosa do que a prevista no artigo 29 da Lei de Crimes Ambientais, bem como a proteção de bens jurídicos diferentes não impedem a aplicação do princípio da consunção, conforme o seguinte entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

[...] Juridicamente, o crime meio de sanção mais gravosa pode ser absorvido pelo crime fim de sanção menos gravosa porque esgota seu potencial lesivo na conduta final ou visada" (fls. 219-220).²⁹⁶

Em outra decisão proferida pelo STJ em 2018 no AgRg no Resp. n. 1.390.781 – PR em que analisou a possibilidade da aplicação do critério da consunção entre gestão fraudulenta (art. 4º da Lei 7.492/86) e evasão de divisas (art. 22 da Lei 7.492/86), o referido Tribunal voltou a reiterar o posicionamento no sentido de que “o fato de os delitos de evasão de divisas e de gestão fraudulenta protegerem bem jurídicos diversos, ou a

²⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Habeas Corpus n. 407.500 – AL*. 5ª Turma. Rel. Min. Felix Fischer. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/617612958/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-407500-al-2017-0166747-1/relatorio-e-voto-617612982?ref=juris-tabs> Acesso em: 4 nov. 2019.

²⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp n. 1.530.166 – GO*. 5ª Turma. Rel. Min. Felix Fischer. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/464942239/recurso-especial-resp-1530166-go-2015-0103096-0> Acesso em: 4 nov. 2019.

circunstância de o crime-meio ser apenado de forma mais gravosa do que o crime-fim, não dão ensejo ao pretendido afastamento do princípio da consunção”.²⁹⁷

No âmbito dos delitos ambientais, o STJ em 2017 no Resp. n. 1.376.670 – SC em que examinou a possibilidade de aplicação ou não do critério da consunção entre o delito do art. 48 e do art. 64 da Lei 9.605/98 decidiu que:

O entendimento pacificado nesta Corte de Justiça é de que os crimes previstos nos arts. 40, 48 e 64 da Lei n. 9.605/1998 revestem-se de autonomia jurídica e tutelam bens jurídicos diversos, a inviabilizar, assim, a aplicação do princípio da consunção, porquanto o crime consumido deve esgotar sua potencialidade lesiva na realização do crime consuntivo.²⁹⁸

Com relação a estes mesmos crimes, o STJ, também em 2017 e em data muito próxima à da decisão acima mencionada, reconheceu no julgamento do REsp 1639723/PR a possibilidade de aplicar o critério da consunção, embora se tratando de bens jurídicos diversos com a seguinte ementa jurisprudencial:

PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME AMBIENTAL. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. ARTS. 48 E 64 DA LEI N. 9.605/98. CONSUNÇÃO. ABSORVIDO O CRIME MEIO DE DESTRUIR FLORESTA E O PÓS-FATO IMPUNÍVEL DE IMPEDIR SUA REGENERAÇÃO. CRIME ÚNICO DE CONSTRUIR EM LOCAL NÃO EDIFICÁVEL. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1. Ocorre o conflito aparente de normas quando há a incidência de mais de uma norma repressiva numa única conduta delituosa, sendo que tais normas possuem entre si relação de hierarquia ou dependência, de forma que somente uma é aplicável.

2. O crime de destruir floresta nativa e vegetação protetora de mangues dá-se como meio necessário da realização do único intento de construir casa ou outra edificação em solo não edificável, em razão do que incide a absorção do crime-meio de destruição de vegetação pelo crime-fim de edificação proibida.

3. Dá-se tipo penal único de incidência final (art. 64 da Lei n. 9.605/98), já em tese crime uno, diferenciando-se do concurso formal, onde o crime em tese é duplo, mas ocasionalmente praticado por ação e desígnio únicos.

4. Recurso especial improvido.

²⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Resp. n. 1.390.781 – PR*. 5ª Turma. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/617604285/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1390781-pr-2013-0227783-0/inteiro-teor-617604289?ref=juris-tabs> Acesso em: 4 nov. 2019.

²⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Resp. n. 1.376.670 – SC*. 6ª Turma. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/465739888/recurso-especial-resp-1376670-sc-2013-0119375-3/inteiro-teor-465739897?ref=juris-tabs> Acesso em: 4 nov. 2019.

(REsp 1639723/PR, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 07/02/2017, DJe 16/02/2017).²⁹⁹

A partir destes meros exemplos de decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça, infere-se que este, ora se posiciona no sentido de que a identidade de bens jurídicos das condutas analisadas ou a diferença crescente de gravidade quanto à sanção são indiferentes, isto é, não prejudicam o reconhecimento do critério da consunção, pois um crime é meio para prática do crime fim; ora se manifesta afirmando que, em se tratando de bens jurídicos distintos, inviável se torna a apreciação do referido critério de solução de concurso *aparente* de normas penais.

Esta constatação de oscilação quanto ao entendimento apresentado pelos Tribunais, em especial, pelo Superior Tribunal de Justiça, deve remeter a seguinte indagação: os diferentes grupos de delitos exigem uma interpretação e aplicação diferenciada dos critérios de resolução do concurso *aparente* de normas penais ou essa diferença de tratamento revelaria uma ausência de consenso quanto ao conteúdo e aos requisitos dos mesmos?

A questão que perpassa o fato posterior coapenado em relação ao fato principal e que ensejaria o argumento da eventual exigência de identidade de bem jurídico passaria pela condição de que aquele configure como mero esgotamento da potencialidade lesiva desencadeada por este.

Neste contexto cumpre destacar os ensinamentos de Mariângela Gama de Magalhães Gomes:

Para que a relação de consunção se caracterize, faz-se necessário, ainda, que a situação de fato seja subsumível a vários preceitos tendo por objeto bens jurídicos que se encontram em relação de *minus* e *plus*, e também de que no caso concreto a proteção que um realizaria seja realizada pelo outro. Significa, portanto, que a eficácia dessa relação depende não apenas da circunstância de efetivamente concorrerem dois preceitos cujos bens jurídicos estejam numa relação de mais para menos, mas que, no caso concreto, a proteção visada por um seja esgotada, consumida pelo outro, coisa que nem sempre acontece. Assim, a consunção somente pode ser admitida quando nenhuma parte ilícita do fato fique sem resposta

²⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.639.723-PR. 6ª Turma. Rel. Min. Nefi Cordeiro. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/433477829/recurso-especial-resp-1639723-pr-2014-0207650-5/inteiro-teor-433477839?ref=serp>. Acesso em: 9 maio 2018.

penal, pois, se assim não for, estaremos diante de um concurso de delitos.³⁰⁰

Quase a totalidade dos exemplos trazidos pelos autores³⁰¹ no campo dos atos posteriores coapenados se restringem a análise de tipos penais de lesão que tutelam bens jurídicos individuais, em especial o patrimônio.³⁰²

Examinar a potencialidade lesiva nesta estrutura delitiva que tutela bens jurídicos individuais não traz dificuldades significativas de delimitação da referida potencialidade lesiva delimitada para cada tipo penal em análise.

Porém, quando se trata de tipos penais que tutelam bens jurídicos coletivos, tais como o meio ambiente, não se apresenta tão clara esta zona fronteira de cada um deles com a sua respectiva potencialidade lesiva que lhe é própria; outrossim, normalmente tais tipos penais são redigidos em estruturas delitivas que exigem uma análise dogmática mais aprofundada para aferir se o fato posterior realmente pode ser compreendido pelo desvalor do injusto do fato principal.

Neste sentido, é mais difícil no âmbito dos delitos ambientais delimitar a autonomia do desvalor do injusto de seus respectivos tipos penais para poder afirmar em um determinado caso concreto que, embora haja uma pluralidade de condutas que se enquadrem em mais de um tipo penal, será aplicado apenas um deles, o qual compreende a totalidade do injusto do caso concreto.

Com relação à possibilidade de ter em consideração o fato posterior coapenado na determinação ou na medição da pena, segundo Claus Roxin, se pode dizer que o delito excluído pode ser levado em conta na determinação da pena em desfavor do agente na medida em que suas circunstâncias agravantes não pertençam já ao tipo do delito prevalente.³⁰³

³⁰⁰ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Teoria geral da parte especial do Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 255. Neste mesmo sentido, Alexandre Ramalho de Farias e Stella Maris Piegel argumentam que: “Com efeito, admite-se a consunção de uma norma quando nenhuma parte do injusto resta sem resposta penal e na mesma linha de progressão de ataque a um mesmo bem jurídico, pois, do contrário, haveria um concurso de delitos.” (Cf. FARIAS, Alexandre Ramalho de; PIEGEL, Stella Maris. Soluções para o concurso aparente de normas incriminadoras: princípio da consunção. In: BUSATO, Paulo César (org.). *Fundamentos de direito penal*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 279-287. p. 286.).

³⁰¹ Cf. por exemplo, MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz; GÖSSEL, Karl Heinz. *Derecho penal: parte general; formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*. Traducción de Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea, 1995. v. 2. p. 587. Cf. também BEM, Leonardo Schmitt de. O concurso aparente de normas penais. *Revista Síntese de direito penal e processual penal*, Porto Alegre, v. 11, n. 65, p. 94-102, dez./jan. 2010/2011. p. 99.

³⁰² PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro – parte geral*. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 146.

³⁰³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Especiales formas de aparición del delito. Traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña *et al* (dir.). Pamplona: Thomson Reuters. 2014. t. 2. p. 1023. Neste

Outrossim, Frederico Horta observa que não há óbice de reconhecer o critério da consunção quando a norma consuntiva conter o desvalor da norma consumida no fato concreto, mas conter sanção menos gravosa que esta:

Primeiramente, porque as penas cominadas segundo as normas consuntivas e consumidas estão, assim como as normas subsidiárias e primárias, sujeitas ao vício de desproporção, fruto da falibilidade do processo legislativo. Depois, e principalmente, porque a norma consuntiva só absorve o desvalor de uma parcela do universo de fatos puníveis segundo a norma consumida. Então, desde que essa parcela se restrinja à realização do risco ou do dano punível segundo a norma consuntiva (prevalente), o seu desvalor próprio será definido por esta como se fora uma norma especial para o caso concreto, podendo ser mais ou menos intenso conforme a natureza ou a gravidade de tal risco ou dano.³⁰⁴

Uma vez admitida a possibilidade de reconhecer o concurso real *aparente* de normas penais, na forma proposta por Jescheck, mediante a aplicação do critério da consunção quando da pluralidade de condutas, o problema consistirá em identificar no caso concreto “quando a sanção aplicada a determinada conduta tem o condão de exaurir o injusto dos comportamentos anteriores ou posteriores à ação tida como principal.”³⁰⁵

Em outras palavras, diante de um fato concreto praticado mediante duas ou mais condutas, é possível que este viole diversas normas incriminadoras contidas no ordenamento jurídico penal e o desafio consiste em examinar se todas elas deverão concorrer e, por consequência, estaria presente um concurso de crimes, ou se apenas uma delas deve incidir por ser capaz de captar integralmente o desvalor do injusto.

2.4.4 Do critério da alternatividade

Inicialmente, cumpre salientar que não há uniformidade quanto à definição do critério da alternatividade. José Hurtado Pozo apresenta os dois conceitos que normalmente se atribuem a este:

mesmo sentido, cf. WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*. Parte general. 11. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970. p. 323.

³⁰⁴ HORTA, Frederico. Elementos fundamentais da doutrina do concurso de leis penais e suas repercussões no direito penal brasileiro contemporâneo. In: PACELLI, Eugênio *et. al* (coord.). *Direito penal e processual penal contemporâneos*. São Paulo: Atlas, 2019. p. 49-72. p. 65.

³⁰⁵ CRUZ, Flavio Antonio da. *O confronto entre o concurso formal de crimes e o concurso aparente de normas penais no direito brasileiro: revisão crítica sob os influxos de uma hermenêutica emancipatória*. 2014. 940 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. p. 802.

Los autores no definen de la misma manera este principio. Algunos sostienen que hay alternatividad cuando los elementos de dos tipos legales son opuestos entre sí; por ejemplo, hurto y apropiación ilícita. [...] Siguiendo a Binding, otros autores estiman que el principio de alternatividad se aplica cuando se trata de casos en que la misma acción es contemplada desde diferentes puntos de vista, por diversas disposiciones legales, de las cuales una es aplicable en la medida en que la outra no estatuya una pena más grave.³⁰⁶

Esta segunda definição acerca do critério da alternatividade é mais adequada e este se projeta sobre as hipóteses nas quais várias normas contemplam uma mesma conduta com vários critérios³⁰⁷ e é utilizado pela doutrina, geralmente, para retificar erros legislativos que conferem um tratamento privilegiado a um caso qualificado, o que, sob ponto de vista teleológico, seria improcedente.³⁰⁸

Este referido critério pressupõe uma relação lógica de identidade entre os tipos penais no âmbito de aplicação, mesmo que tal identidade não se verifique na sua redação linguística, de modo que todos os casos que são subsumíveis a um deles, o serão também no outro, e vice-versa, bem como não se aplicaria o princípio de retroatividade benigna em virtude de terem sido promulgados os preceitos a um mesmo tempo.³⁰⁹

Ressalva-se que é necessário que haja uma identidade total entre os âmbitos de aplicação dos preceitos concorrentes para que se possa justificar seu uso e revela-se bastante questionável o critério da adoção do tipo penal que possui uma maior margem penal em abstrato cominado pelo legislador, uma vez que, ao final e ao cabo, tal identidade se deve ao equívoco e falta de técnica legislativa deste último.³¹⁰

No caso da Espanha, o critério de escolha do crime cuja pena é mais grave deriva de uma escolha legislativa, conforme se depreende do item 4 do art. 8 do Código Penal Espanhol.

Contudo, em outros ordenamentos jurídicos nos quais não há previsão expressa da regulamentação do concurso *aparente* de normas penais, tal como no Brasil, na eventualidade da sua admissão como critério de solução desta modalidade concursal, a

³⁰⁶ HURTADO POZO, José. *Manual de derecho penal*. Parte general. 3. ed. Lima: Editora jurídica Grijley, 2005. p. 961.

³⁰⁷ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho penal*. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal. 2. ed. Madrid: Dykinson S.L., 2010. p. 247.

³⁰⁸ HURTADO POZO, *op. cit.*, p. 962. Mais detalhes sobre as razões que levam a doutrina utilizar o critério da alternatividade, cf. GIL GIL, Alicia, *et. al. Curso de derecho penal parte general*. 2. ed. Madrid: Dykinson, S.L., 2015. p. 719-720.

³⁰⁹ MATUS ACUÑA, Jean Pierre. Los criterios de distinción entre el concurso de leyes y las restantes figuras concursales en el código penal español de 1995 (1). *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, n. 58, f. 2, p. 463-493, maio/ago. 2005. p. 481.

³¹⁰ *Ibid.*, p. 481.

tendência deveria consistir na prevalência do crime com cominação de pena em *quantum* menor, já que não se poderia onerar o indivíduo em face de um indevido descuido legislativo.

O uso deste referido critério é residual³¹¹ no sentido de que só seria aplicável quando não fosse possível aplicar nenhum outro aqui já referido, a princípio para “evitar absurdas impunidades o despropósitos punitivos que pueden derivarse de una mala coordinación de los marcos penales de algunos tipos penales de estructura parecida, cuando no idéntica”.³¹²

Apesar da sua utilização apenas de caráter residual, considerando que o legislador, ao menos no Brasil, edita inúmeros tipos penais de forma desordenada e assistemática, infere-se que os tipos penais são redigidos com contornos cada vez mais imprecisos que acentuam a compreensão do conteúdo da norma de conduta estabelecida e, mais do que isso, o legislador não tem se atentado que, muitas vezes, tem redigido novos tipos penais com identidade de conteúdo de injusto de outros tipos penais que já estão presentes no ordenamento.

Em face de tal constatação é que se pode vislumbrar um eventual espaço de atuação do critério da alternatividade distinto à tentativa de corrigir equívocos do legislador, em especial no que diz respeito à relação entre os tipos penais agravados e determinados tipos específicos em concurso, nas quais é possível que tal critério atue na solução de problemas de identidade de injustos.

Considerando que apenas na Espanha adota-se expressamente o critério da alternatividade no art. 8 do seu respectivo Código Penal, cumpre apontar um caso que se enquadra na hipótese acima e que foi examinada pela doutrina espanhola.

O Código Penal espanhol no artigo 515.1 prevê o crime de associação criminosa que se configura a partir das seguintes características: a) existência de pluralidade de pessoas; b) existência de uma estrutura mais ou menos complexa; c) caráter permanente da associação; d) a finalidade da associação consiste na prática de crimes.³¹³ Outrossim, há o

³¹¹ MATUS ACUÑA, Jean Pierre. Los criterios de distinción entre el concurso de leyes y las restantes figuras concursales en el código penal español de 1995 (1). *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, n. 58, f. 2, p. 463-493, maio/ago. 2005. p. 481.

³¹² MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 10. ed. rev. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 449.

³¹³ ESCUCHURI AISA, Estrella. Comisión de delitos en el marco de organizaciones y grupos criminales. Algunos problemas que plantea la regulación del código penal español en relación con la delincuencia organizada. *Revista de Derecho y proceso penal*, Madrid, n. 37, p. 133-176, ene./mar. 2015. p. 148.

delito de organização criminosa previsto no art. 570 *bis*, o qual exige a presença dos seguintes requisitos: a) a existência de uma pluralidade de pessoas (mais de duas); b) que se constitua com caráter estável ou por tempo indefinido; c) o acordo para a prática de delitos; d) que seus integrantes se organizem de modo coordenado repartindo-se diversas tarefas ou funções.³¹⁴ Ademais, em relação a determinados delitos, se agregam novos tipos qualificados por pertencer a uma associação ou organização criminosa (por exemplo, o art. 177 *bis* referente ao delito que se trata de tráfico de seres humanos estabelece uma agravação da pena quando o agente pertencer a uma organização ou associação de duas ou mais pessoas, inclusive de caráter transitório, que se dedicar a realização de tais atividades.³¹⁵

Diante desta multiplicação significativa quantidade de hipóteses concursais envolvendo os referidos tipos penais acima mencionados, identifica-se uma interferência no problema interpretativo de saber quando se está diante de apenas um único delito ou de um autêntico concurso de crimes a depender do caso concreto que se examina. Explica-se.

Com relação ao delito de associação criminosa e os tipos penais que estabelecem uma agravação na pena quando praticadas por pessoas pertencentes a uma associação criminosa não há dúvida da prevalência destes últimos em virtude da aplicação do critério da especialidade.³¹⁶

A questão que perpassa consiste em saber qual relação concursal existente entre o delito do art. 570 *bis* e os tipos penais que possuem previsão de agravação da pena por pertencer a uma organização criminosa ou grupo, considerando que a atual regulamentação engloba uma cláusula concursal específica que não existia anteriormente.

Isto porque o art. 570.2 do Código Penal Espanhol estabelece que quando as condutas previstas neste dispositivo (que trata de organização criminosa) estiverem compreendidas por outro preceito prevista no Código, deverá aplicar a regra n. 4 do artigo 8 deste, qual seja, o critério da alternatividade.³¹⁷

Embora possa se aferir, *a priori*, uma relação de especialidade entre o delito de organização criminosa e os tipos penais agravados por pertencer a uma organização criminosa, a referida cláusula específica que se remete ao critério da alternatividade conduz à necessidade de uma reflexão mais detida sobre esta questão.

³¹⁴ ESCUCHURI AISA, Estrella. Comisión de delitos en el marco de organizaciones y grupos criminales. Algunos problemas que plantea la regulación del código penal español en relación con la delincuencia organizada. *Revista de Derecho y proceso penal*, Madrid, n. 37, p. 133-176, ene./mar. 2015. p. 150.

³¹⁵ *Ibid.*, p. 165.

³¹⁶ *Ibid.*, p. 165.

³¹⁷ *Ibid.*, p. 170.

Neste sentido, Estrella Aisa Escuchuri se posiciona no sentido de que, o legislador quando inseriu uma regra concursal específica na qual determina a remissão à regra 4 do artigo 8 do Código Penal, isto é, ao critério da alternatividade, teve por objetivo orientar a resolução do concurso estabelecido entre os tipos agravados por organização e o concurso entre o tipo básico (ou agravado com fundamento distinto ao da organização ou grupo) do delito que se trate e os delitos de organização ou grupo criminal.

No Brasil, Frederico Horta se posiciona favoravelmente ao critério da alternatividade e sustenta que a relação alternativa entre as normas concorrentes não é solucionada pela norma prevalente, mas sim pela “comparação dos seus respectivos preceitos secundários, isto é, das respectivas penas cominadas.”³¹⁸

Dentre os exemplos apresentados pelo referido autor como sendo hipótese de alternatividade no ordenamento jurídico brasileiro está a relação entre o crime de associação para o tráfico (art. 35 da Lei 11.343/06) e o delito de organização criminosa (art. 2º da Lei 12.850/13) “em face de uma associação de quatro ou mais agentes, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, constituída com o exclusivo fim de promover o tráfico ilícito de drogas.”³¹⁹

Contudo, este critério tem sido bastante questionado³²⁰ quanto à sua capacidade e idoneidade para solucionar casos de concorrência normativa.

2.5 (DES)NECESSIDADE DE PREVISÃO LEGISLATIVA A PARTIR DA EXPERIÊNCIA ESPANHOLA E ALEMÃ

Mister registrar que, ao contrário, por exemplo, do Código Penal Espanhol,³²¹ o Código Penal vigente no Brasil não possui um dispositivo específico que estabeleça os

³¹⁸ HORTA, Frederico. Elementos fundamentais da doutrina do concurso de leis penais e suas repercussões no direito penal brasileiro contemporâneo. In: PACELLI, Eugênio *et. al* (coord.). *Direito penal e processual penal contemporâneos*. São Paulo: Atlas, 2019. p. 49-72. p. 71.

³¹⁹ *Ibid.*, p. 71.

³²⁰ PÉREZ DEL VALLE, Carlos. *Lecciones de derecho penal*. Parte Geral. 2. ed. Madrid: Dykinson, S.L., 2018. p. 313. Mariângela Gama de Magalhães Gomes dispõe que nas hipóteses em que a doutrina aplica o critério da alternatividade, o que se verifica, na verdade, é uma “concreta inexistência de concurso, sequer aparente, de normas incriminadoras – já que a conduta se subsume a uma ou outra descrição típica, sem que se pense em deslocamento de um tipo em detrimento de outro. Não se trata, portanto, de um mesmo ataque ao bem jurídico, com modalidades diferentes, mas de ataques substancialmente diferentes”. (Cf. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Teoria geral da parte especial do Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 267.).

³²¹ MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. El Concurso de Delitos: Bases Para su Reconstrucción en el Derecho Penal de Puerto Rico. *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, San Juan, v. 74, n. 4, p. 1021-1212, 2005. p. 1044.

critérios de solução de concurso *aparente* de normas penais, mas apenas disciplina o concurso de crimes e o modo pelo qual as sanções deverão ser aplicadas – regra do cúmulo material ou da exasperação - a depender do tipo deste último (arts. 69 a 71, todos do Código Penal), embora houvesse previsão expressa no art. 5º do Anteprojeto do Código Penal de 1969 de autoria de Nelson Hungria³²².

Apenas a título de ilustração acerca da presença ou não da regulamentação do concurso *aparente* de normas nos ordenamentos jurídicos estrangeiros e as consequências decorrentes, cabe destacar dois modelos distintos de enfrentar tal questão, quais sejam, o modelo alemão (sistema de prescindibilidade relativa) e o modelo espanhol (sistema de regulação relativa). O primeiro se caracteriza por não dispor expressamente em um dispositivo na parte geral do seu respectivo Código Penal sobre a teoria do concurso (*aparente*) de normas penais; já o segundo opta pela inserção de um artigo na parte geral do Código Penal com objetivo de disciplinar a teoria do concurso (*aparente*) de normas penais.³²³

O modelo alemão, ao não disciplinar de forma expressa sobre a teoria do concurso *aparente* de normas penais na parte geral do seu Código Penal, entendeu ser mais adequado incumbir à jurisprudência e à doutrina o encargo de desenvolver tal instituto em razão do atual *status* de discussão acerca deste, qual seja, de intensa divergência quanto ao seu conteúdo e longe de uma uniformidade quanto à sua compreensão, motivos pelos quais um eventual dispositivo legal acerca da matéria poderia resultar mais em uma confusão teórica e aplicabilidade prática arbitrária do que propriamente propiciar um esclarecimento sobre o tema.³²⁴

Outrossim, os alemães têm a ideia de que a questão concursal *aparente* de normas penais não deveria ser objeto de disciplina na parte geral do Código Penal, pois os problemas decorrentes dela surgiriam na parte especial³²⁵ e, por isso, só poderiam ser

³²² Art. 5º do Anteprojeto do Código Penal de 1969 de autoria de Nelson Hungria: “Quando a um mesmo fato podem ser aplicadas duas ou mais normas penais, atende-se ao seguinte, a fim de que só uma pena seja imposta: a) norma especial exclui a norma geral; a norma relativa a crime que passa a ser elemento constitutivo ou qualificativo de outro, é excluída pela norma atinente a este; c) a norma incriminadora de um fato que é meio necessário ou normal fase de preparação ou execução de outro crime, é excluída pela norma a este relativa. Parágrafo único: A norma penal que prevê vários fatos, alternativamente, como modalidades de um mesmo crime, só é aplicável uma vez, ainda quando os ditos fatos são praticados, pelo mesmo agente, sucessivamente.”

³²³ MATUS ACUÑA, Jean-Pierre. El Concurso (Aparente) de Leyes en la Reforma Penal Latinoamericana. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, v. 24, n. 3, p. 423-446, set./dez. 1997. p. 423.

³²⁴ *Ibid.*, p. 424.

³²⁵ Quanto à estreita relação entre a teoria concursal e a Parte Especial do Direito Penal, cabe destacar os ensinamentos de Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán: “La vinculación entre la teoría del concurso y la Parte Especial del Derecho penal es tan fuerte que difícilmente pueden resolverse los

admissíveis cláusulas específicas nesta última para buscar resolver aspectos pontuais, bem como seria necessário ao legislador delimitar com maior clareza a natureza autônoma ou dependente das diversas modificações das hipóteses de fatos básicos, de maneira a tornar mais fácil o trabalho de interpretação nos casos de concurso (aparente) de normas penais.³²⁶

Desta forma, segundo o modelo alemão, a jurisprudência e a dogmática poderiam estabelecer de forma mais adequada quais seriam os princípios ou critérios de solução para resolver os casos concretos que envolvem a questão do concurso *aparente* de normas penais.

Caberia ao legislador ter em mente a preocupação de conferir maior clareza na linguagem quando da redação dos tipos penais na parte especial com intuito de evitar hipóteses que poderiam ser confusas e dificultosas para identificar ou não a existência de uma concorrência efetiva ou *aparente* de delitos em um determinado caso concreto.

Em outras palavras, o legislador deveria estar pensando sempre nas possibilidades de concorrência que devia evitar ou esclarecer³²⁷ a fim de facilitar o trabalho do intérprete aplicador da lei e evitar que este reconheça concurso *aparente* de normas penais onde não exista ou vice-versa.

Essa forma de encarar legislativamente o problema por parte da Alemanha trouxe algumas consequências interessantes e, de certa forma, preocupantes, sob o ponto de vista de verificar qual é a tendência neste país em reconhecer mais ou menos o concurso *aparente* de normas penais diante de um caso concreto.

Ainda assim, observou-se o impacto que resultou na aproximação, em termos práticos, quase total com o instituto do concurso ideal de delitos, em especial, em virtude do princípio da combinação ao tratamento penal do concurso *aparente* de normas penais³²⁸

problemas concursales sin referencia a la configuración legal de los tipos delictivos donde se presentan. Un mismo hecho puede dar lugar a apreciación de dos delitos distintos o a un solo delito, según se dé o no una determinada relación típica específica. [...] La admisión del concurso depende también de la propia autonomía de los bienes jurídicos afectados por la conducta. [...] En realidad, la calificación concursal depende de una determinada regulación legal, la del Código penal vigente, que, por imperativo del principio de legalidad, es vinculante tanto para el intérprete, como para el juzgador, y que muchas veces pone en cuestión las teorías existentes sobre el concurso de delitos.” (Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*: parte general. 10. ed. rev. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 441).

³²⁶ MATUS ACUÑA, Jean-Pierre. El Concurso (Aparente) de Leyes en la Reforma Penal Latinoamericana. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, v. 24, n. 3, p. 423-446, set./dez. 1997p. 424-425.

³²⁷ *Ibid.*, p. 426.

³²⁸ *Ibid.*, p. 426-429.

e conseqüente aplicação de alguns efeitos pertencentes à norma penal preterida, constatação esta em que se coloca em xeque os próprios pressupostos da razão de ser do concurso *aparente* de normas penais, em especial, no que diz respeito às conseqüências jurídicas correspondentes.

Quanto ao modelo espanhol, qual seja, o sistema de regulação relativa, referendado pela reforma do Código Penal de 1995 com a inserção do artigo 8º - que previu, na parte geral, a disciplina sobre concurso *aparente* de normas penais -, os problemas de caráter dogmático sobre o tema não deixaram de existir e nem sequer tal inovação legislativa foi capaz de traçar diretrizes para as questões que muito se debatiam acerca do concurso *aparente* de normas penais. Essas questões vão além de estabelecer quais os critérios a serem utilizados para fins de solução de eventual concurso, mas sim, especialmente, em verificar - de forma fundamentada - o porquê e quando existe uma ou outra relação entre os preceitos em análise que justifique a adoção de um ou outro critério dentre os estabelecidos³²⁹ para reconhecer a aplicabilidade de apenas uma norma penal incriminadora em detrimento de aplicação conjunta das normas penais incidentes sob análise de um mesmo caso concreto.

Desta forma, o modelo espanhol se denomina regulação relativa, pois, apesar de introduzir a disciplina de forma expressa na parte geral do seu Código Penal com escopo de possibilitar a resolução das questões que envolvem os problemas de concurso *aparente* de normas penais, tal objetivo, na realidade, não logrou êxito em alcançar a mencionada pretensão.

Por uma parte, segundo Jean-Pierre Matus Acuña, porque os referidos problemas surgem na parte especial; por outra, porque esse modelo não explica o conteúdo que devem conter os critérios mencionados no artigo 8º, o que em nada contribuiria para a pretensa aspiração da segurança jurídica quando da análise desta matéria em termos legislativos.³³⁰

Neste mesmo sentido, Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán apontam que tal previsão legislativa no Código Penal espanhol se apresenta, de certo modo,

³²⁹ MATUS ACUÑA, Jean-Pierre. El Concurso (Aparente) de Leyes en la Reforma Penal Latinoamericana. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, v. 24, n. 3, p. 423-446, set./dez. 1997. p. 438. Ángel José Sanz Morán é um dos doutrinadores espanhóis que criticou a intervenção legislativa através do art. 8º do Código Penal Espanhol para fixar critérios interpretativos para a resolução dos conflitos aparentes de normas penais. (Cf. SANZ MORÁN, Ángel José. Las reglas relativas a la unidad y pluralidad de delitos en el código penal de 1995. In: CERESO MIR, José *et al* (ed.). *El nuevo código penal: presupuestos y fundamentos: libro homenaje al professor doctor Don Ángel Torío López*. Granada: Comares, 1999. p. 505-520. p. 507).

³³⁰ *Ibid.*, p. 439-440. Quanto aos problemas de fundo que o mero texto legal das legislações que disciplinam o concurso aparente de normas penais na parte geral do seu Código Penal, *Ibid.*, p. 444.

desnecessária porque trouxe nada mais que os critérios já assumidos pela doutrina e jurisprudência, bem como estes não possuem valores absolutos diante de problemas interpretativos relevantes que não são solucionados através de mera previsão legislativa dos mesmos.³³¹

Conforme bem ressaltado por Ángel José Sanz Morán, ter ciência das posturas tomadas pelos diversos ordenamentos jurídicos em relação a questões jurídicas semelhantes acaba oferecendo um leque maior de soluções diversas mas também propicia um controle antecipado das consequências que se derivam de optar por uma ou por outra via, pois permite observar melhor as vantagens e as inconveniências que cada regulação apresenta em sua aplicação prática.³³²

Neste sentido, este panorama traçado entre ordenamentos jurídicos espanhol e alemão que adotaram modelos distintos no que diz respeito ao tratamento legislativo ou não da questão do concurso *aparente* de normas, demonstra a insuficiência – ou até inadequação - da previsão legislativa para tratar deste tema.

Assim, destaca-se que os debates de caráter dogmático-penal suscitados pela doutrina quando do estudo da dinâmica do concurso *aparente* de normas penais independem do fato de um ordenamento jurídico ter disciplinado no corpo legal essa matéria, conforme poderá se verificar ao longo desta pesquisa.

Cumprido salientar que no projeto de novo Código Penal que tramita no Brasil (Projeto de Lei 236/2012) consta a previsão de regras de solução de concurso *aparente* de normas penais no seu art. 12 e respectivos parágrafos³³³, inclusive com a pretensão de estabelecer regras na hipótese de fato posterior coapenado no § 3º do art. 12.

³³¹ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 10. ed. rev. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 448.

³³² SÁNZ MORÁN, Ángel José. *El concurso de delitos: Aspectos de política legislativa*. Valladolid: Ediciones Universidad de Valladolid, 1986. p. 11.

³³³ Art. 12, PL 236/2012: Na aplicação da lei penal o juiz observará os seguintes critérios, sem prejuízo das regras relativas ao concurso de crimes: § 1º Quando um fato aparentemente se subsume a mais de um tipo penal, é afastada a incidência: a) do tipo penal genérico pelo tipo penal específico; b) dos tipos penais que constituem ou qualificam outro tipo. Consunção criminosa: § 2º Não incide o tipo penal meio ou o menos grave quando estes integram a fase de preparação ou execução de um tipo penal fim ou de um tipo penal mais grave. § 3º Não incide o tipo penal relativo a fato posterior quando se esgota a ofensividade ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal anterior mais gravoso. § 4º Salvo disposição em contrário, o tipo penal constituído por várias condutas, alternativamente, só incidirá sobre uma delas, ainda que outras sejam praticadas sucessivamente pelo mesmo agente e no mesmo contexto fático.

Porém, uma análise mais detida do conteúdo deste referido dispositivo legal já sinalizaria a sua impropriedade como diretriz para solucionar – de forma adequada – o concurso *aparente* de normas penais.

Por isso, infere-se que assiste razão ao posicionamento de Gustavo de Oliveira Quandt no sentido de que “o dispositivo termina onde os problemas começam e não possui utilidade alguma, além de criar o perigo de inibir o reconhecimento do concurso *aparente* de normas em outras hipóteses não contempladas ali”³³⁴, bem como “melhor ficaria o projeto se abandonasse a empreitada de disciplinar o concurso aparente de normas.”³³⁵

Outrossim, na ausência de regulação sobre concurso *aparente* das normas nos Códigos Penais permite que a interpretação se torne um instrumento que auxilia a solução de eventual concorrência normativa nos casos concretos. Tal ausência reflete as oscilações da doutrina para situar tal instituto na teoria do fato punível ou na aplicação da norma penal.³³⁶

Manoel Pedro Pimentel adverte que a doutrina ainda tem dúvidas quanto à localização sistemática do concurso *aparente* de normas penais no âmbito da questão concursal ou da aplicação da pena.³³⁷

Consoante apontamentos feitos por Estrella Aisa Escuchuri, as peculiaridades do fenômeno concursal fazem com que a teoria concursal seja um tema que desperta atenção acentuada ao Direito penal em virtude de implicações de diversas naturezas como são “la teoría del delito y la teoría de la pena; sin olvidar, junto a esta dimensión teórica, su constante repercusión en la práctica de los Tribunales.”³³⁸

Claus Roxin também compartilha desta ideia, pois, segundo ele, os problemas dogmáticos atinentes ao concurso fazem com que este apresente-se como uma ponte entre a teoria do fato punível e a teoria das consequências do injusto penal.³³⁹

Conclui-se, desta forma, que os problemas suscitados do concurso *aparente* de normas penais não podem ser adequadamente resolvidos com a sua mera previsão expressa

³³⁴ QUANDT, Gustavo de Oliveira. A aplicação da Lei Penal no projeto de Código Penal. *Revista Liberdades*, São Paulo, Ed. Especial, p. 8-34, set. 2012. p. 31.

³³⁵ *Ibid.*, p. 31.

³³⁶ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual de derecho penal: parte general*. Bogotá: Temis, 2002. p. 467.

³³⁷ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Do crime continuado*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969. p. 22.

³³⁸ ESCUCHURI AISA, Estrella. *Teoría del concurso de leyes y de delitos*. Bases para una revisión crítica. Granada: Comares, 2004. p. 1.

³³⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Especiales formas de aparición del delito. Traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña (dir.), et al. Pamplona: Thomson Reuters. 2014. t. 2. p. 942.

no ordenamento jurídico. Ao contrário, demanda um esforço dogmático bastante intenso para a efetiva funcionalidade a que se pretende.

2.6 PROPOSTA DE ANÁLISE INTEGRADA DO CONCURSO APARENTE DE NORMAS PENAIS E CONCURSO DE CRIMES NO ÂMBITO CONCURSAL

Uma vez feito este panorama da questão concursal –, seja do concurso de delitos, seja do concurso *aparente* de normas penais –, buscar-se-á justificar as razões para inserir o estudo deste último no âmbito da questão concursal, bem como apontar algumas insuficiências e indagações de ordem dogmático-penal suscitadas na teoria concursal para que se possa desenvolver de forma mais adequada as proposições a serem apontadas no âmbito da questão concursal penal ambiental.

Consoante Adolf Merkel, o concurso de delitos tende a implicar uma relação de estudos com o concurso *aparente* de normas e, neste último, infere-se a existência de um único delito; contudo, este, em virtude das suas características, pode ser tipicamente adequado em distintas normas existentes dentro do ordenamento jurídico que, aparentemente, possuem idoneidade de abarcarem o fato.³⁴⁰

Carlos Pérez del Valle dispõe que a imputação de um delito não é a mera subsunção à lei de determinados movimentos corporais que se adequam em uma descrição típica, mas que a forma pela qual os fatos se apresentam no processo para quem é responsável em analisar a imputação é muito distinta, de tal modo que várias condutas podem ser consideradas um único fato sob o ponto de vista da descrição legal e no caso de diferentes descrições típicas podem dar resposta a um só fato, constituindo-se, assim, uma única ou várias infrações.³⁴¹

Neste aspecto a teoria do concurso é fundamental não apenas para definição de critérios que permita a correta adequação típica do(s) fato(s) analisado(s), senão também para que a descrição típica mais adequada contenha todos os elementos que possam ter um significado jurídico penalmente relevante à luz do caso concreto analisado.

Assim, infere-se que há uma interrelação entre o concurso *aparente* de normas penais e o concurso de delitos e, por isso, distingui-los em determinados casos, pode-se

³⁴⁰ MERKEL, Adolf. *Derecho penal: parte general*. Traducción de Pedro Dorado Monteiro. Buenos Aires: B. de F., 2006. p. 275.

³⁴¹ PÉREZ DEL VALLE, Carlos. *Lecciones de derecho penal*. Parte Geral. 2. ed. Madrid: Dykinson, S.L., 2018. p. 305.

revelar uma tarefa árdua,³⁴² a eleger a figura penal concreta mais adequada dentre as várias possíveis de incidir em determinado caso concreto.

Outrossim, apesar de tradicionalmente a doutrina realizar esta distinção quanto à sua localização sistemática - no âmbito de estudos - entre concurso de crimes e concurso *aparente* de normas penais, mais adiante se analisará como esta relação de diferenciação permanece ou não pertinente no âmbito da dogmática penal moderna quando se analisa quais dos tipos penais – em especial, ambientais - incidirão no fato concreto em que se examina.

Desta forma, um dos aspectos importantes a se ressaltar diz respeito à localização sistemática que hoje o concurso de delitos e o concurso *aparente* de normas penais ocupam respectivamente, que não é a mais adequada para compreensão da relação complexa que delas pode decorrer quando da análise dos tipos penais ambientais que possam eventualmente incidir, *a priori*, sobre o mesmo fato ambiental examinado.

Infere-se uma predominância em considerar o concurso de delitos como um instituto inserido no âmbito da determinação da pena e o de enquadrar a questão do concurso *aparente* de normas penais como um instituto pertencente à interpretação de leis penais³⁴³.

Para desenvolver esta proposta de análise integrada do concurso de delitos e do concurso *aparente* de normas penais no âmbito da questão concursal no Direito Penal, cabe destacar que a questão concursal delitiva pode ser observada sob duas perspectivas: a) *em sentido amplo*; b) *em sentido restrito*. Conforme bem ressaltado por José Cid Moliné, em uma acepção mais ampla de concurso consideram-se todas as hipóteses, vale dizer, os casos de concurso de delitos e o concurso *aparente* de normas penais. Já em uma acepção mais restrita, esta última modalidade de concurso não deve ser analisada no âmbito da questão concursal.³⁴⁴

Assim, como bem ressalta Lorenzo Morillas Cueva, há uma confrontação dialético-conceitual em torno do concurso *aparente* de normas penais, quais sejam: a) o concurso *aparente* de normas penais pressupõe que todos os preceitos penais envolvidos no caso concreto concorrem efetivamente; b) a concorrência das diferentes normas é

³⁴² PIPAÓN PULIDO, Jorge Guillermo. Concurso de leyes. *La ley penal*: revista de derecho penal, procesal y penitenciario, Madrid, v. 7, n. 67, p. 25-36, jan. 2010. p. 25.

³⁴³ Quanto ao concurso de leis ser um mero problema de interpretação, cf. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*: parte general. 10. ed. rev. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 448.

³⁴⁴ CID MOLINÉ, José. Notas acerca de las definiciones dogmáticas de concurso de delitos. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Madrid: Centro de Publicaciones, p. 29-63, jan./abr. 1994. p. 32.

exclusivamente *aparente*, posto que uma adequada interpretação das mesmas coloca em manifesto desde o início, pois, na realidade, somente concorreria uma delas.³⁴⁵

Este estudo possui como pressuposto a primeira perspectiva em relação ao concurso *aparente* de normas penais³⁴⁶ para que se possa analisar de forma mais adequada a concorrência normativa de tipos penais incriminadores que incidem sobre o mesmo fato considerado, pois o que é *aparente*, na verdade, é a aplicação das normas que concorrem e não a presença prévia de ditos preceitos.

Em outras palavras, a conduta preenche, de fato e sucessivamente, os tipos penais em questão; e apenas, depois, mediante um processo mental, se chega à aplicação de uma e à exclusão das demais.³⁴⁷

Neste mesmo sentido é o entendimento de José Cerezo Mir, pois segundo ele, o concurso *aparente* de normas penais ocorre quando uma ação ou omissão está compreendida em vários tipos delitivos, mas somente se pode aplicar um porque este compreende a totalidade do injusto da conduta concreta do agente; assim, o concurso *aparente* de normas penais pressupõe que a ação ou omissão estejam realmente compreendidas em diversos tipos delitivos.³⁴⁸

Manoel Pedro Pimentel dispõe que a inserção do concurso *aparente* de normas penais no âmbito concursal decorre do “fato de existir a violação de mais de uma norma penal, circunstância que teoricamente implica no reconhecimento de várias condutas ideais infringindo diversas normas.”³⁴⁹

A posição que se adota é no sentido de que o concurso *aparente* de normas não deve ser estudado apenas como mera questão de interpretação da lei penal, pois isto significaria afirmar que o conteúdo de injusto de cada infração penal não somente é distinto, senão de exclusão mútua, sem intersecção entre eles,³⁵⁰ devendo, o concurso *aparente* de normas penais ser estudado no âmbito da teoria do concurso ao lado do concurso de delitos de forma integrada.

³⁴⁵ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho penal*. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal. 2. ed. Madrid: Dykinson S.L., 2010. p. 244.

³⁴⁶ CID MOLINÉ, *op. cit.*, p. 33.

³⁴⁷ HURTADO POZO, José. *Manual de derecho penal*. Parte general. 3. ed. Lima: Editora jurídica Grijley, 2005. p. 957-958.

³⁴⁸ CERZO MIR, José. *Derecho penal*. Parte general. Buenos Aires: B de F, 2008. p. 1036-1037.

³⁴⁹ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Do crime continuado*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969. p. 22.

³⁵⁰ OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. El legislador y el principio ne bis in idem. *Política criminal*, Talca, v. 13, n. 26, art. 8, p. 952-1002, dec. 2018. p. 970.

Como bem assinala María Magdalena Ossandón Widow, se os tipos penais não concorressem na realidade sobre a mesma unidade de fato na hipótese de sobreposição normativa a ser examinada no âmbito do concurso *aparente* de normas penais, isto é, se os mesmos não contemplassem o fato concreto em análise, não faria sentido recorrer-se ao princípio do *ne bis in idem* material, pois não haveria problema a ser solucionado.³⁵¹ Isto porque este princípio veda a aplicação de mais de um tipo penal que incide sobre o mesmo fato, em face do mesmo sujeito, em decorrência pela identidade de conteúdo de injusto entre os mesmos.

Assim, pode-se afirmar que, no concurso *aparente* de normas penais, estas, na verdade, efetivamente, concorrem entre si, pois é possível subsumir o fato em cada uma das descrições típicas envolvidas. Contudo, na medida em que os diferentes tipos concorrentes realizam um juízo de desvalor sobre o mesmo aspecto qualitativo do fato, esse juízo não pode ser considerado mais de uma vez. Assim, apesar de existir uma pluralidade de realizações típicas e, por consequência, uma conduta que infringe as diversas normas em concurso, não haveria pluralidade de delitos em virtude de uma valoração múltipla sobre o aspecto qualitativo do fato concreto analisado.³⁵²

Para tanto, cabe destacar o posicionamento de Flávio Antônio da Cruz no sentido de que a concorrência de normas penais deve ser examinada ao lado da teoria do concurso de crimes, devendo a primeira ser confrontada com esta última. Outrossim, o mencionado autor justifica tal entendimento:

Afinal de contas, não se pode perder de vista que o concurso aparente não se limita ao mero confronto abstrato entre normas incriminadoras. Também é cogitável o concurso real aparente (p.ex., comportamentos copunidos), o que demanda a formulação de premissas que escapam do âmbito da simples teoria das fontes normativas penais. [...] É recomendável, por conseguinte, que o tema seja alocado no âmbito da teoria do concurso de crimes, a fim de se permitir um adequado confronto com os demais institutos jurídicos vigentes nesse âmbito, categorias que também gravitam em torno do problema do *ne bis in idem*.³⁵³

Desta forma, não é uma mera questão didática inserir o estudo do concurso *aparente* de normas ao lado do concurso de delitos, uma vez que para definir se estamos

³⁵¹ OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. El legislador y el principio *ne bis in idem*. *Política criminal*, Talca, v. 13, n. 26, art. 8, p. 952-1002, dec. 2018. p. 970.

³⁵² *Ibid.*, p. 972.

³⁵³ CRUZ, Flávio Antonio da. *O confronto entre o concurso formal de crimes e o concurso aparente de normas penais no direito brasileiro: revisão crítica sob os influxos de uma hermenêutica emancipatória*. 2014. 940 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. p. 719.

diante de uma hipótese de concurso de delitos – seja real, seja ideal –, antes é necessário definir precisamente qual a norma incriminadora que deve ser aplicada no caso concreto e, nesta etapa, tal tarefa é incumbida ao concurso *aparente* de normas na hipótese de eventual pluralidade de adequação típica sobre o mesmo fato.

Sob o viés da concorrência típica plural, conforme afirma Juan Pablo Mañalich Raffo, salvo uma distinção meramente pragmática, “el *concurso aparente* es tan concurso como el concurso auténtico”³⁵⁴.

Isto porque, segundo o referido autor, tal diferenciação consiste na exclusão de algumas das consequências da afirmação de um concurso real quando se reconhece o concurso *aparente*; o que vale dizer, “en rigor no es el tipo de delito que é inaplicable; más bien, la norma de sanción que establece ese supuesto de hecho es preterida como condición para la aplicación de la consecuencia punitiva”.³⁵⁵

Assim, esclarece Juan Pablo Mañalich Raffo que “esto no se debe a que no concurren dos o más realizaciones típicas, sino a que su incidencia en la determinación de la pena contravendría la prohibición de doble valoración.”³⁵⁶

Desta forma, concorda-se com o posicionamento de Felipe Machado Prates no sentido de que a expressão concurso de normas em sentido amplo é a mais adequada para compreender todos as espécies de concurso, uma vez que estas se referem ao fenômeno no qual, *em tese*, um fato pode recair sobre duas ou mais normas penais, mas que “a possibilidade e a forma de aplicação efetiva desses preceitos definida em um segundo momento, após o crivo dos princípios *non bis in idem* material e da íntegra valoração.”³⁵⁷

Jean Pierre Matus Acuña dispõe de um método para distinguir concurso *aparente* de normas penais do concurso de delitos que consiste em duas etapas: a) fixar critérios para

³⁵⁴ MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. El Concurso de Delitos: Bases Para su Reconstrucción en el Derecho Penal de Puerto Rico. *Revista Juridica Universidad de Puerto Rico*, San Juan, v. 74, n. 4, p. 1021-1212, 2005. p. 1040. Registre-se posição contrário de Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán no sentido de que “el llamado concurso de leyes no tiene nada a ver con un auténtico concurso, sino con un problema de interpretación para determinar la ley o precepto legal aplicable, cuando ante un mismo supuesto de hecho es abarcado por uno de los preceptos concurrentes cuya aplicación excluye la de los demás.” (Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 10. ed. rev. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 448). Neste mesmo sentido, cf. HURTADO POZO, José. *Manual de derecho penal*. Parte general. 3. ed. Lima: Editora jurídica Grijley, 2005. p. 958.

³⁵⁵ *Ibid.*, p. 1040.

³⁵⁶ *Ibid.*, p. 1040.

³⁵⁷ PRATES, Felipe Machado. *Do concurso formal de crimes*. 2015. 126 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015. p. 10.

delimitar cada grupo de concursos; b) fixar critérios para resolver tais concursos.³⁵⁸ Segundo o referido autor, através deste método, a utilização dos princípios da especialidade, subsidiariedade, consunção e alternatividade que são comumente utilizados para analisar a hipótese fática concreta à luz do concurso *aparente* de normas penais podem coincidir com as modalidades concursais tradicionais (concurso material e formal de delitos), criando-se, assim, uma espécie de concurso de normas concursais.³⁵⁹

Para tanto, Jean Pierre Matus Acuña aponta que para a utilização deste método é pressuposto conceber os casos de concurso de normas como autênticos concursos, no qual, através dos critérios de especialidade, subsidiariedade, consunção e alternatividade determina-se qual o preceito penal deverá ser aplicado mas também seriam aplicáveis as regras concursais comuns (material e formal) previstas no ordenamento jurídico (individualização da modalidade de concurso).³⁶⁰ Todavia, em decorrência dos princípios do *ne bis in idem* e da *íntegra valoración do fato*, se examina a resolução do concurso de *normas penais* antes que o concurso de delitos.

Segundo Juan Pablo Mañalich Raffo mencionar que o concurso *aparente* é uma exceção ao concurso de delitos, no fundo, é reconhecer que “la *aparencia* del concurso no es más que una metáfora que expresa que la alteración agravatoria del marco penal en tales casos resultaria excesiva .”³⁶¹

Apesar desta justificativa apresentada pelo referido autor, não se concorda com a mesma, pois, na verdade, a *aparência* do concurso de delitos (com o reconhecimento do concurso *aparente* de normas penais) se apresenta quando se revela uma indevida dupla valoração do mesmo elemento do fato concreto analisado sob o mesmo fundamento.

No caso do Código Penal brasileiro, por exemplo, nos seus respectivos arts. 69 e 70 não há um tratamento excessivamente gravoso quando se reconhece o concurso de delitos.

A questão imprescindível é reconhecer a unidade de fato (mediante uma única ou várias condutas) e, portanto, um único delito diante de uma concorrência de normas penais incriminadoras quando assim a análise dogmático-penal permitir, pois, neste caso, poderá incidir apenas a respectiva sanção penal atrelada ao único delito configurado.

³⁵⁸ MATUS ACUÑA, Jean Pierre. Los criterios de distinción entre el concurso de leyes y las restantes figuras concursales en el código penal español de 1995 (1). *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, n. 58, f. 2, p. 463-493, maio/ago. 2005. p. 466.

³⁵⁹ *Ibid.*, p. 466.

³⁶⁰ *Ibid.*, p. 466.

³⁶¹ MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. El Concurso de Delitos: Bases Para su Reconstrucción en el Derecho Penal de Puerto Rico. *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, San Juan, v. 74, n. 4, p. 1021-1212, 2005. p. 1040.

Outrossim, aferir a incidência do concurso *aparente* de normas penais no caso concreto e, por consequência, a imputação apenas por um dos tipos penais se revela suficiente para apreender a íntegra valoração do fato considerado e este fundamento, qual seja, a capacidade de um tipo penal, por si só, dentre aqueles que concorrem em conjunto, englobar o desvalor total do injusto praticado pelo agente, se apresenta como diferencial indispensável entre concurso *aparente* e o concurso ideal de delitos.³⁶²

Tal procedimento de verificar qual norma penal será preterida ou prevalente em detrimento de outras consiste, a princípio, em aplicar com base nos critérios da especialidade, subsidiariedade, consunção ou alternatividade, que foram examinados com mais detalhes no item 2.4 e ss.

Ademais, no concurso *aparente* de normas penais não há que se falar em concurso de delitos, pois não concorrem distintos crimes, mas apenas concorrem diferentes normas penais,³⁶³ nas quais, apenas uma será aplicada em observância aos princípios do *ne bis in idem* e da *íntegra valoração do fato*.

Assim, o estudo do concurso *aparente* de normas penais e do concurso de delitos deve ser realizado de forma paralela no sentido de que o reconhecimento de um instituto ou de outro no caso concreto diante de uma sobreposição de normas penais incriminadoras antecede à localização sistemática que eventualmente cada um ocupe em seu respectivo arcabouço normativo.

Cabe ressaltar que a análise do concurso *aparente* de normas penais é realizada anteriormente ao concurso de delitos em face da concorrência normativa de tipos penais. Contudo, uma vez reconhecida a inexistência do primeiro, não se pode afirmar que, automaticamente, deverão se aplicar todas as sanções previstas nos tipos penais concorrentes em virtude do reconhecimento de um concurso de delito, pois pode ocorrer que o próprio ordenamento jurídico penal contenha previsão de isenção de pena para determinados crimes praticados em circunstâncias específicas. Apenas a título ilustrativo, cabe mencionar o art. 181 do Código Penal que dispõe das denominadas excusas absolutórias no âmbito dos crimes patrimoniais praticados sem violência ou grave ameaça,

³⁶² MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. El Concurso de Delitos: Bases Para su Reconstrucción en el Derecho Penal de Puerto Rico. *Revista Juridica Universidad de Puerto Rico*, San Juan, v. 74, n. 4, p. 1021-1212, 2005. p. 1041.

³⁶³ PÉREZ DEL VALLE, Carlos. *Lecciones de derecho penal*. Parte General. 2. ed. Madrid: Dykinson, S.L., 2018. p. 307.

segundo o qual, se presentes no caso concreto, afastam a punibilidade, isto é, não incidirá a aplicação da pena, apesar da configuração concreta da existência do crime.

Neste sentido, uma vez identificada a incidência do concurso *aparente* de normas penais ou do concurso de delitos é que se deve voltar os olhos ao ordenamento jurídico e verificar o tratamento conferido por este para cada um deles, caso haja tal previsão, em especial, em relação ao primeiro instituto que, com raras exceções – a exemplo do Código Penal Espanhol – não está expressamente disciplinado em termos legais.

3 DA UNIDADE E PLURALIDADE DE DELITOS NO ÂMBITO DOS CRIMES AMBIENTAIS DA LEI 9.605/98

Neste capítulo será examinado como as ideias e os pressupostos desenvolvidos ao longo deste estudo podem ser aplicados no âmbito da concorrência de normas penais ambientais incriminadoras contidas na Lei 9.605/98, no intuito de se identificar se em determinado caso concreto se deva reconhecer a incidência de um único delito ambiental ou um concurso de crimes ambientais.

Inicialmente examinar-se-á o papel do bem jurídico meio ambiente a ser utilizado no âmbito da concorrência de normas penais ambientais incriminadoras. Para tanto, analisar-se-á a perspectiva de bem jurídico meio ambiente (ecocêntrica/antropocêntrica), o conceito de bem jurídico meio ambiente (amplo/restrito) e a postura adotada pelo legislador ao redigir os tipos penais ambientais da Lei 9.605/98.

Posteriormente serão feitas breves considerações sobre a Lei 9.605/98 e seus reflexos na dificuldade de analisar a questão concursal nos delitos ambientais.

Ainda assim, buscar-se-á a possibilidade de aferir outros parâmetros dogmático-penais no estudo concursal de normas penais incriminadoras ambientais tais como a estrutura dos tipos penais incriminadores ambientais e sua respectiva redação legal com o escopo de delimitar o âmbito de proteção de cada tipo penal ambiental.

Conforme já se mencionou ao longo deste estudo, nem sempre é possível delimitar a existência de um concurso *aparente* de normas penais ou de um concurso de delitos de forma clara sob o viés da dogmática penal.

Há grupos de tipos penais em que essa insuficiência e incompletude de diretivas dogmáticas se acentuam e exigem um repensar da mencionada questão. Dentre estes referidos grupos é possível apontar os tipos penais ambientais contidos na Lei Ambiental (Lei 9.605/98).

Pertinente seria a seguinte indagação: por que os tipos penais ambientais da Lei 9.605/98 revelam, de forma acentuada, esse repensar do modo de operacionalizar a questão concursal na dogmática penal no Brasil? Embora a resposta não seja simples, desde já se apresenta pertinente, conforme buscar-se-á desenvolver neste capítulo.

Ademais, serão apontados quais são os desafios específicos que a aplicação dos critérios de solução do concurso *aparente* das normas penais enfrenta no âmbito de

sobreposição normativa de tipos penais ambientais em face das peculiaridades presentes nestes últimos.

Para melhor visualização desta dificuldade em relação à questão concursal no âmbito dos crimes ambientais contidos na Lei 9.605/98 bastaria observar o modo pelo qual os Tribunais brasileiros têm se manifestado nas suas decisões nos casos em que foi suscitada eventual concorrência de mais de um tipo penal ambiental no caso concreto, no qual houve a necessidade de analisar o problema levantado nesta pesquisa e que serão objeto de discussão no capítulo seguinte em que propor-se-á solução no âmbito da questão concursal dos casos inicialmente propostos.

3.1 MEIO AMBIENTE COMO BEM JURÍDICO PENAL

Considerando que o bem jurídico pode desempenhar uma função importante no âmbito da concorrência de normas penais, necessário se faz reconhecer que a análise deste papel atribuído ao bem jurídico, no caso de incidência de mais de uma norma penal ambiental, torna-se ainda mais complexa em razão da própria peculiaridade do bem jurídico meio ambiente, de cunho supraindividual.

A discussão sobre o bem jurídico em si no âmbito do Direito Penal demandaria um estudo próprio, porém, desde já, pontua-se o bem jurídico como “punto de fuga de las figuras de imputación o el eje material de una norma”.³⁶⁴ Neste estudo restringir-se-á à questão do bem jurídico na medida em que for relevante para análise da questão concursal de normas penais incriminadoras, em especial, ambientais.

Inicialmente, cumpre registrar que a tese de que os bens jurídicos coletivos/supra-individuais são todos ilegítimos para serem objeto de tutela do Direito Penal não se sustenta e nem se apresenta coerente,³⁶⁵ uma vez que há tempos está presente no âmbito de proteção penal, como por exemplo, a Administração da Justiça e a Administração Pública.

O reconhecimento e a tutela de bens jurídicos coletivos, segundo Luis Gracia Martín, são exigências ético-social e ético-política que derivam dos referenciais axiológicos do contrato social e das finalidades de um Estado Social e Democrático e devem usufruir de *status* de autonomia na sua proteção penal.³⁶⁶

³⁶⁴ HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 173-190. p. 190.

³⁶⁵ *Ibid.*, p. 176.

³⁶⁶ GRACIA MARTÍN, Luis. *La polémica en torno a la legitimidad del Derecho penal moderno*. México: Ubijus, 2010. p. 76.

Ocorre que, nos últimos anos, outros valores considerados bens jurídicos, que eram protegidos por ramos jurídicos diversos do Direito Penal, passam a ser também tutelados por este último, a exemplo do meio ambiente. Conforme bem assevera Pierpaolo Cruz Bottini, “a questão que se coloca não é a legitimidade da proteção dos bens jurídicos coletivos, mas a determinação do substrato material que justifique a intervenção penal.”³⁶⁷

Ana Elisa Bechara adverte que não é assertivo relacionar a preservação da atuação subsidiária do direito penal com a renúncia da tutela de bens coletivos,³⁶⁸ especialmente quando a ofensa destes últimos compromete o livre desenvolvimento dos indivíduos e da comunidade e, certamente, o meio ambiente apresenta tal *status* digno de tutela penal ambiental sem que viole o imprescindível princípio da subsidiariedade do direito penal.

Desde já, cabe a advertência feita por Juan Bustos Ramírez no sentido de que todo bem jurídico supraindividual levanta dificuldades para a delimitação do seu conteúdo.³⁶⁹ No contexto ambiental, Jesús-María Silva Sánchez assinala que, em que pese todo o esforço da doutrina de buscar delimitar o conteúdo do bem jurídico penal meio ambiente, verifica-se pouca capacidade de rendimento³⁷⁰ deste último para orientar de maneira substancial a interpretação dos tipos penais que visam tutelar o meio ambiente.

Contudo, destaca-se que uma descrição adequada do bem jurídico torna-se relevante para estabelecer o âmbito de aplicação de uma norma penal,³⁷¹ em especial

³⁶⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019. p. 139-140. Neste mesmo sentido, cf. PRADO, Luiz Regis. *Crimes contra o ambiente*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 27. Mariângela Gama de Magalhães Gomes também defende a importância da atuação do Direito Penal na tutela de bens jurídicos coletivos. (Cf. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Teoria geral da parte especial do Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 38.).

³⁶⁸ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal: Considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo*. Tese de Livre Docência. Universidade de São Paulo. São Paulo. 2017. p. 120-121.

³⁶⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los bienes jurídicos colectivos. *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense: estudios de derecho penal en homenaje al profesor Luis Jimenez de Asua*, Madrid, n. 11, p. 147-164., jun. 1986. p. 153. Neste mesmo sentido, José Henrique Pierangeli dispõe que: “Como o bem jurídico tutelado é o meio ambiente, a primeira dificuldade está em estabelecer um conceito de meio ambiente. Este, em face de sua amplitude, tem criado dificuldades extraordinárias para a elaboração dos tipos penais, levando este para uma extensão indesejável, que põe em risco a própria garantia que o tipo cria. Um conceito exato do bem juridicamente tutelado, aqui, é realmente questão bastante complexa e assaz conflitiva.” (Cf. PIERANGELI, José Henrique. *Crimes contra o meio ambiente: fauna*. In: PIERANGELI, José Henrique. *Escritos jurídico-penais*. 3ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 145-163.).

³⁷⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Delitos contra el medio ambiente*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 17.

³⁷¹ AMELUNG, Knut. El concepto bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 221-257.

quando se verifica, *a priori*, a possibilidade de sobreposição normativa penal incriminadora ambiental.

Para diferenciar um bem jurídico individual de um bem jurídico coletivo necessário se faz pontuar o conceito de *não-distributividade*. Este define que o bem jurídico coletivo não é passível de divisão em partes a serem atribuídas em porções aos indivíduos³⁷² sobre as quais se possa reconhecer uma liberdade de disposição.

Neste sentido, não se pode considerar como autêntica natureza coletiva dos bens jurídicos os que possam se decompor e encontrar sua essência em uma pluralidade de interesses individuais, pois nestes casos, conforme aponta Susana Soto Navarro, o atributo coletivo não se refere propriamente ao bem jurídico tutelado, senão ao tipo de perigo quanto à preservação de um bem jurídico individual claramente identificado, no qual se evidencia que o objeto de estudo consiste na estrutura típica adequada para compreender condutas cujo núcleo do injusto está na criação de um perigo aberto.³⁷³

Ainda assim, Roland Hefendehl afirma que para a definição de bem jurídico coletivo deve-se utilizar dos conceitos de *não exclusão* no uso do bem e de *não rivalidade* no consumo do mesmo.³⁷⁴

O conceito de *não exclusão* no uso do bem jurídico coletivo consiste no fato de que ninguém pode ser excluído do seu uso. Já o conceito de *não rivalidade* no uso do bem jurídico coletivo demonstra que o uso por um indivíduo não impede o uso simultâneo de outro.³⁷⁵

Outra questão de suma relevância no contexto dos bens jurídicos coletivos consiste no critério de *não-deterioração*, pois a partir deste podem-se depreender três grupos de bens jurídicos coletivos. Os bens jurídicos relacionados à estrutura do Estado e o seu desenvolvimento não são usufruídos em sentido estrito pelos indivíduos, sendo assegurado nesta hipótese apenas o critério da *não-distributividade*. Outrossim, o bem jurídico tutelado pelos crimes contra o meio ambiente, no qual este é usufruído pelos cidadãos, mas, dado que no fundo se recorre a realidades naturais e, portanto, estará descritivamente configurado, o Estado não tem a possibilidade de conferir a livre disponibilidade de forma

³⁷² HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 173-190. p. 182.

³⁷³ SOTO NAVARRO, Susana. Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 58, f. 3, p. 887-918, sep./dic. 2005. p. 887.

³⁷⁴ HEFENDEHL, *op. cit.*, p. 182.

³⁷⁵ *Ibid.*, p. 182.

ilimitada para os cidadãos Por fim, haveria bens jurídicos coletivos aos quais o indivíduo possa recorrer em uma ordem social específica que não de se apresentar livres de qualquer desgaste, pois do contrário, não estaria assegurada a premissa de que qualquer pessoa poderia utilizar este bem jurídico coletivo, a exemplo, segundo Roland Hefendehl, a estabilidade da moeda.³⁷⁶

O que nos interessa para este estudo é a hipótese do bem jurídico meio ambiente que se apresenta como bem descritivo, consumível, porém, limitado e impossibilitado de renovar-se ao sabor da vontade humana. Neste sentido, é aqui que reside o fundamento principal de sua especial proteção pelo Direito Penal.³⁷⁷ Ademais, cabe registrar, desde já, a compatibilidade do princípio da proteção de bens jurídicos – o qual legitima a atuação do Direito Penal – com os delitos que tutelam o meio ambiente.³⁷⁸

Contudo, a tendência de proteger penalmente um bem jurídico supraindividual – tal como o meio ambiente - deve estar atenta para não se culminar em normas meramente simbólicas, devendo o Direito Penal ter uma atuação neste âmbito de forma muito restrita e precisa no intuito de evitar o indevido inflacionismo penal,³⁷⁹ bem como impedir uma atuação do Direito Penal puramente simbólica.³⁸⁰

Por isso, “o conceito de bem jurídico, instrumento de limitação material do injusto, deve ser fortalecido diante das novas conformações do direito penal”,³⁸¹ mas isto não implica em ignorar os novos desafios trazidos e persistir na ideia de que somente bens jurídicos individuais devem ser objeto de intervenção do Direito Penal, podendo este

³⁷⁶ HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 173-190. p. 183.

³⁷⁷ *Ibid.*, p. 184.

³⁷⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 191-219. p. 218.

³⁷⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: RT, 2003. p. 29. Mas é claro que a tipificação penal de delitos ambientais deve ser feita em observação especial aos princípios da subsidiariedade e fragmentariedade do Direito Penal, já que seria um erro crer que a tipificação penal é o único ou mais importante procedimento para defender o meio ambiente. (Cf. VEGA RUIZ, José Augusto de. *Delitos contra el medio ambiente, ordenación del territorio, patrimonio histórico, flora y fauna*: en el Código Penal de 1995. Madrid: Colex, 1996. p. 9.).

³⁸⁰ Sobre a atuação simbólica do Direito Penal na proteção do meio ambiente, cf. MUÑOZ LORENTE, José. Análisis sobre la constitucionalidad de algunos tipos penales relativos a la flora y fauna. Interpretaciones para su adecuación constitucional. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 54, p. 71-141, ene./dic. 2001. p. 83.

³⁸¹ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 15.

também tutelar bens jurídicos supraindividuais se estes forem imprescindíveis para o desenvolvimento da pessoa humana e apresentarem um substrato concreto, bem como encontrarem previsão constitucional.³⁸² E é sob esta perspectiva que, segundo posicionamento de Helena Regina Lobo da Costa,³⁸³ a tutela penal do meio ambiente deve ser enfrentada.

Embora não seja o propósito deste estudo apresentar - de forma exaustiva - o desenvolvimento do conceito do bem jurídico meio ambiente, mas considerando - conforme anteriormente apontado - que há um papel imprescindível, ainda que não autossuficiente - a ser desempenhado pelo bem jurídico no caso de concorrência de normas penais, uma vez que auxilia na compreensão do alcance de determinado tipo penal e serve como uma das diretrizes para averiguar se um dos tipos penais - por si só - é capaz de abarcar integralmente o desvalor da conduta concreta analisada, importante delimitar qual o conceito de bem jurídico de meio ambiente que deve ser levado em consideração para que se possa analisar o conteúdo normativo de uma norma penal incriminadora ambiental.

Agustín Jorge Barreiro ressalta a importância dogmática da definição do bem jurídico ambiental “para determinar el peligro relevante a los efectos de considerar típica una conducta, quedando condicionado el significado de ésta a como se delimite el bien jurídico de los delitos contra el medio ambiente.”³⁸⁴

Apesar de haver alguma divergência doutrinária quanto à legitimidade de o meio ambiente figurar como bem jurídico penalmente tutelável, terá como ponto de partida nesta pesquisa a premissa de que caberia ao Direito Penal intervir para tutelá-lo.³⁸⁵

³⁸² COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 15-17.

³⁸³ Cumpre registrar que Jorge Figueiredo Dias critica a ideia monista-pessoal do bem jurídico bem ambiente, pois, segundo o referido autor, “uma concepção, esta, que de bem jurídico só permite em bom rigor falar quando estejam em causa interesses reais, tangíveis e, por consequência, actuais do indivíduo.” (Cf. DIAS, Jorge Figueiredo. Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente: um ponto de vista português. In: *Tutela jurídica do meio ambiente: presente e futuro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p.179-202.)

³⁸⁴ JORGE BARREIRO, Agustín. El bien jurídico protegido en los delitos contra el medio ambiente en el CP de 1995. In: JORGE BARREIRO, Agustín (dir.). *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*. Granada: Editorial Comares, 2005. p. 1-72. p. 39.

³⁸⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre la dogmática y la política criminal del Derecho penal del medio ambiente. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002. p. 203-223. p. 204. CARO CORIA, Dino Carlos. Presupuestos para la delimitación del bien jurídico-penal en los delitos contra el ambiente. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 267-287, set./dez. 2000. p. 268.). DIAS, Jorge Figueiredo. Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente: um ponto de vista português. In: *Tutela jurídica do meio ambiente: presente e futuro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 179-202. p. 190-191. RODRIGUES, Anabela Maria Pinto Miranda. Direito penal do ambiente: uma aproximação ao novo direito português. *Revista de direito ambiental*, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 14-24, abr./jun. 1996. p. 16-17. FREITAS, Vladimir Passos de. A contribuição da lei dos crimes ambientais na defesa do meio ambiente. *Revista CEJ*, Brasília, v. 10, n. 33, p. 5-14, jun. 2006. p. 6. AZEVEDO, André Mauro Lacerda. O bem jurídico e os

Contudo, tal intervenção jurídica deve operar apenas em certa medida e ainda apenas diante de condutas mais graves, na tutela do meio ambiente,³⁸⁶ já que não pode o Direito Penal proteger de maneira absoluta um determinado bem jurídico,³⁸⁷ fato que também não compete ao Direito Penal intervir todas as vezes que o meio ambiente seja objeto de lesão ou perigo de lesão em virtude de uma conduta humana, mas somente nos casos em que tal lesão ou perigo de lesão alcance relevância penal.

Cabe ressaltar que o meio ambiente adquiriu *status* de bem jurídico digno de tutela jurídica, em especial, a partir da década de 70 com a Conferência de Estocolmo de 1972. Isto porque, após este referido evento, conforme bem assinala Eduardo Reale Ferrari, as Constituições passaram a conferir tratamento normativo expresso em seus textos no sentido de necessidade de proteção do meio ambiente de forma mais adequada e efetiva, ante a sua clara relevância.³⁸⁸

Com os grandes desastres ecológicos, exploração imoderada dos recursos naturais, desmatamento em grande escala, recentemente, discute-se, inclusive, a inclusão ou não do ecocídio no rol dos crimes contra a humanidade.³⁸⁹

No Brasil, René Ariel Dotti demonstra que antes mesmo da Constituição de 1988 o reconhecimento formal da autonomia do bem jurídico meio ambiente já havia sido

crimes de perigo abstrato. In: AZEVEDO, André Mauro Lacerda; NETO, Orlando Faccini. *O bem jurídico-penal*. Duas visões sobre a legitimação do Direito Penal a partir da teoria do bem jurídico. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 18. SOUZA, Luciano Anderson. *Intervenção jurídico-penal e modelos de tipificação*. Dissertação de Mestrado. São Paulo. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2006. 120 p. p. 89. PIERANGELI, José Henrique. Crimes contra o meio ambiente: fauna. In: PIERANGELI, José Henrique. *Escritos jurídico-penais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 145-163. p. 147.

³⁸⁶ Neste sentido, ALASTUEY DOBÓN, María del Carmen. Consideraciones sobre el objeto de protección en el derecho penal del medio ambiente. In: PRADO, Luiz Regis (coord.). *Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 209-227. p. 211. Ademais, Luiz Luis dispõe que “A tutela penal do meio ambiente é, sem dúvida, absolutamente necessária. A intervenção penal se faz indispensável, mas deve ser limitada às formas mais graves de agressão ao bem jurídico em causa, de molde a servir efetivamente para a prevenção e a repressão.” (Cf. LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 100.).

³⁸⁷ CERZO MIR, José. *Curso de derecho penal español*: parte general, v. 1. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1996. p. 14.

³⁸⁸ FERRARI, Eduardo Reale. A nova lei ambiental e suas inconsistências. *Revista do INALUD*, San José de Costa Rica, n. 12, p. 93-97, 1998. p. 93-94.

³⁸⁹ Sobre o tema, cf. ALTOÉ, Rafael; SANTOS, Marcel Ferreira dos. Tutela penal do ecocídio e a lei n. 9.605/98. In: CARVALHO, Érika Mendes de; PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas (org.). *Repensando a proteção do meio ambiente: 20 anos da lei 9.605/98*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 421-438.

cogitado no Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal de 1984 com a previsão de título próprio (n. XXI) voltado especificamente para os crimes contra o meio ambiente.³⁹⁰

Contudo, foi a Constituição de 1988, no seu art. 225, que trouxe de forma minuciosa a necessidade da proteção ambiental,³⁹¹ o que incentivou um debate cada vez maior pela proteção do meio ambiente, inclusive por meio do Direito Penal; oportunidade em que é possível afirmar que se conferiu autonomia ao meio ambiente enquanto bem jurídico a ser tutelado e a relevância deste para o homem.³⁹²

Na ordem infraconstitucional, com intuito de atender ao mandado de criminalização de condutas que resultem em lesão ou perigo de lesão ao meio ambiente, ao contrário de Portugal e da Espanha, por exemplo, que inseriram tipos penais ambientais nos seus respectivos Códigos Penais, o Brasil optou por criar uma lei penal especial para proibir condutas lesivas ao meio ambiente. Neste sentido, mister registrar a Lei Ambiental (Lei 9.605/98), que trouxe consigo uma ampla – e claramente em muitos casos indevida – criminalização ambiental.³⁹³

Em relação à ordem técnica e sistemática sobre a localização de tipos penais ambientais no próprio Código Penal ou em lei penal especial, Eduardo Reale Ferrari adverte que:

A resposta está condicionada às razões históricas – legislativas de cada país e tem uma importância limitada. O que na verdade importa para a sua eficácia não é sua localização sistemática, mas sim uma adequada construção de tipos e a sua real aplicação cabendo ao legislador a prudência por um trabalho de construção típica que denominamos de piramidal, partindo de uma realidade, buscando à abstração para retorno à realidade.³⁹⁴

³⁹⁰ DOTTI, René Ariel. Meio ambiente e proteção penal. *Fascículos de ciências penais*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 9-29., jan./mar. 1991. p. 14-15.

³⁹¹ GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes. Capítulo I: Disposições Gerais (arts.1º a 5º). In: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo; SOUZA, de Luciano Anderson (coord.). *Comentários à lei de crimes ambientais*: São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 29-49. p. 31.

³⁹² PRADO, Luiz Regis. *Crimes contra o ambiente*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 27-28.

³⁹³ Embora tenha sido feita menção apenas à Lei Ambiental (Lei 9.605/98), importante registrar que havia tipos penais anteriores esparsas que buscavam, em alguma medida, tutelar o meio ambiente. Porém, como o objeto deste estudo concentrar-se-á nos delitos ambientais contidos exclusivamente na referida lei ambiental, sobre o histórico da legislação penal ambiental, cf. FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*: de acordo com o novo Código Florestal (Lei 12.651/2012 e MP 571/2012). 9ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 25-27.

³⁹⁴ FERRARI, Eduardo Reale. A nova lei ambiental e suas inconsistências. *Revista do INALUD*, San José de Costa Rica, n. 12, p. 93-97, 1998. p. 94. Sobre esta questão, Luiz Regis Prado também assinala: “Desde já, saliente-se que independentemente da localização topográfica dos preceitos penais ambientais, o que na verdade importa para a sua eficácia é uma adequada construção dos tipos e a sua real aplicação.” (Cf. PRADO, Luiz Regis. *Direito penal ambiental (problemas fundamentais)*. São Paulo: RT, 1992. p. 34. Contudo, cabe ressaltar o posicionamento de René Ariel Dotti no sentido de que os delitos ambientais deveriam estar previstos no próprio Código Penal por tutelarem um bem jurídico fundamental. (Cf.

Examinar-se-á, oportunamente, no que tange à Lei 9.605/98, apesar da pretensa intenção do legislador em tutelar o meio ambiente, em especial, no âmbito penal, a forma pela qual o arcabouço normativo foi elaborada, qual seja, com muitas lacunas, sobreposições normativas, inadequações na redação e na própria existência de determinados tipos penais são visíveis e comprometem significativamente a atuação do Direito Penal em observância aos seus princípios básicos – *ultima ratio*, fragmentariedade e proteção exclusiva de bens jurídicos.

Tal constatação culmina em desafios sob a perspectiva da dogmática penal em identificar a correta adequação típica de uma conduta concreta de um sujeito – seja pessoa física, seja pessoa jurídica -, que lesione ou coloque em perigo (abstrato ou concreto) o bem jurídico meio ambiente. Este panorama quando inserido no âmbito da questão concursal na hipótese de sobreposição normativa torna ainda mais complexo realizar a imputação correta e adequada dos tipos penais ambientais que recaem sobre a conduta concreta do agente.

Contudo, desde já, insta assinalar conforme apontado por Jesús-María Silva Sánchez, que o bem jurídico meio ambiente é um dos menos precisos³⁹⁵. Luis Miguel Reyna Alfaro adverte que, em relação a este bem jurídico, a determinação e a identidade do valor penalmente protegido há sido objeto de constante e incessante debate³⁹⁶ para fins de analisar a intervenção penal legítima na tutela do meio ambiente.

Neste sentido, cabe registrar os ensinamentos de Helena Regina Lobo da Costa:

O traço fundamental para concretizar o bem jurídico é compreendê-lo em sua definição temporal, especial e, sobretudo, física. Ainda que o meio ambiente apresente alto grau de complexidade e os ecossistemas possuam relevantes inter-relacionamentos, é preciso, em sua consideração jurídico-penal, proceder a um corte e considerar os aspectos locais, temporais e naturais, além da sua relação com o ser humano.³⁹⁷

No que diz respeito à dificuldade de concretude dos bens jurídicos coletivos - tal como o meio ambiente – que, em virtude da carência de materialidade, tendem a fazer uso

DOTTI, René Ariel. Meio ambiente e proteção penal. *Fascículos de ciências penais*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 9-29, jan./mar. 1991. p. 27.).

³⁹⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Delitos contra el medio ambiente*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 17.

³⁹⁶ REYNA ALFARO, Luis Miguel. La protección penal del medio ambiente: posibilidades y límites. *Ciencias Penales Contemporáneas: Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología*, Mendoza, v. 2, n. 4, p. 207-265, 2002. p. 217

³⁹⁷ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 28.

da técnica de delitos de perigo como única aparente opção, Susana Soto Navarro dispõe que tal dificuldade se dá em virtude da ineficácia dos critérios tradicionalmente utilizados para delimitar unidades que constituam formas de manifestação concreta do bem jurídico e sobre as quais se possa mensurar sua lesão.³⁹⁸

Segundo a referida autora, uma das principais questões reside no problema de colocar no mesmo plano o conceito de lesão do bem jurídico com o conceito de resultado material, pois trata-se de análises distintas.³⁹⁹

Neste sentido, seria possível a configuração de resultados materiais no âmbito dos bens jurídicos coletivos, sempre e quando não se conceitue o resultado em um sentido estritamente naturalístico. Para tanto, tal tarefa requer um exame particularizado das diferentes classes de estruturas típicas – delitos de resultado e de mera conduta -, que somente podem ocorrer após esclarecer previamente a questão consistente na possibilidade de lesão dos bens jurídicos coletivos mediante ações individuais.⁴⁰⁰

No contexto dos delitos ambientais, apesar da apontada dificuldade de delimitar o conteúdo do meio ambiente como bem jurídico, apresentam-se dois dados significativos: a) a materialidade física do objeto sobre o qual recaem as condutas incriminadas e, portanto, o caráter espiritualizado que geralmente se atribui aos bens jurídicos coletivos perde a sua consistência; b) o ambiente é uma realidade autônoma *sui generis* que contém os recursos naturais da vida responsável pela própria existência do planeta como um todo.⁴⁰¹

Considerando a atuação legítima do Direito Penal na proteção do meio ambiente, porém, no cenário normativo aqui delimitado e, apesar dos desafios presentes para que tal intervenção jurídico penal ocorra de modo adequado, necessário se faz concretizar a delimitação do conceito de meio ambiente para fins de tutela penal, especialmente porque este bem jurídico é inerentemente difuso no que diz respeito ao que pode ser compreendido como integrante do meio ambiente.

Ademais, a tutela do meio ambiente pelo Direito Penal pode ser orientada sob três vertentes distintas: ecocêntrica, antropocêntrica e antropocêntrica-ecocêntrica.

³⁹⁸ SOTO NAVARRO, Susana. Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 58, f. 3, p. 887-918, sep./dic. 2005. p. 904.

³⁹⁹ *Ibid.*, p. 906.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, p. 906.

⁴⁰¹ *Ibid.*, p. 910.

3.1.1 Vertente ecocêntrica

Definir um bem jurídico ambiental baseado na vertente ecocêntrica é compreender “nos elementos da natureza – a água, o ar, a fauna, a flora, o solo etc. – um valor intrínseco, alçando-os à qualidade de bem jurídico.”⁴⁰²

Esta perspectiva busca colocar a natureza em condições para ser titular de direitos com vontade própria.⁴⁰³

Portanto, tal perspectiva, baseada pelas ideias do *deep ecology*, fundamenta que o meio ambiente deve ser contemplado penalmente como um valor em si mesmo, sendo prescindível uma relação com o ser humano e suas necessidades para fins de tutela pelo Direito Penal.⁴⁰⁴

José Luis de la Cuesta dispõe que intensificar um olhar ecocêntrico ao meio ambiente é acentuar este como bem jurídico autônomo para ser tutelado pelo Direito Penal.⁴⁰⁵

Adotar esta perspectiva, a princípio, parece permitir uma potencialização de criminalização de condutas que conferiria de forma mais ampla a proteção do meio ambiente; contudo, isto não persiste sob um viés de uma teoria crítica do bem jurídico-penal;⁴⁰⁶ vale dizer, o bem jurídico ainda tem sua importância quando é utilizado para limitar a atuação do Direito Penal, mas não para, de forma preponderante, legitimar criminalizações que, na maioria das vezes, são consideradas como indevidas e ilegítimas.

Jorge Figueiredo Dias aponta a dificuldade de fundamentar o bem jurídico meio ambiente tutelado pelo Direito Penal por um viés ecocêntrico, pois segundo o mencionado autor, o próprio Direito Positivo não estaria preparado para tutelar – de forma autêntica – a

⁴⁰² COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 24.

⁴⁰³ CAETANO, Matheus Almeida. *Os delitos de acumulação no direito penal ambiental*. São Paulo: Editora Pillares, 2016. p. 248.

⁴⁰⁴ SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. O meio ambiente (natural) como sujeito passivo dos crimes ambientais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 50, p. 57-90, set./out. 2004. p. 79.

⁴⁰⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. Cuestiones dogmáticas relativas al delito de contaminación ambiental. *Revista Penal*, n. 4, p. 30-41, 1999. p. 32.

⁴⁰⁶ COSTA, *op. cit.*, p. 24. Aqui ainda insta destacar as consequências negativas em se adotar uma perspectiva ecocêntrica como fundamento do bem jurídico ambiental: “Conforme já assinalado, o bem jurídico-penal é um limite material à possibilidade de criminalização de condutas, limite esse que serve à proteção da pessoa em face do mais gravoso instrumento de privação de direitos fundamentais à disposição do Estado. Assim, ao se permitir a existência de um bem jurídico independente de qualquer relação com a pessoa, funcionaliza-se o ser humano, permitindo que ele seja apenado em razão de condutas que não lesionam valores essenciais para o desenvolvimento da pessoa.” (*Ibid.* p. 26).

natureza em si, pois ao editar tipos penais ambientais deve-se levar em consideração os interesses conflitantes envolvidos; caso contrário, “não só desconsidera totalmente o relevo e as exigências da vida econômica, como acaba inclusive por desrespeitar a autodeterminação e a dignidade da pessoa.”⁴⁰⁷

Ademais, Agustín Jorge Barreiro pondera – com o que se concorda - que o Direito Penal não estaria configurado e nem constituiria o instrumento mais adequado para lograr uma tutela verdadeiramente ecocêntrica da natureza.⁴⁰⁸

3.1.2 Vertente antropocêntrica

De outro modo, a vertente antropocêntrica vislumbra a tutela do meio ambiente tendo por referencial a pessoa. Em outras palavras, a proteção ambiental por meio do Direito Penal só teria legitimidade enquanto elemento fundamental para a vida humana, pois, caso contrário, permitiria uma indevida funcionalização da pessoa, o que demonstraria, desde já, na visão de Helena Regina Lobo da Costa, que a perspectiva antropocêntrica seria a única que estaria em consonância com os valores e princípios da Constituição Federal de 1988.⁴⁰⁹

Cristiane Derani destaca esta relação entre a natureza e o homem de modo que aquela se constituiria como recurso natural a ser apropriada pelo homem para transformação desta em algo para a sua existência, convivência com os demais e satisfação de suas necessidades.⁴¹⁰ Por isso, a referida autora defende que, em virtude dessa relação

⁴⁰⁷ DIAS, Jorge Figueiredo. Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente: um ponto de vista português. *In: Tutela jurídica do meio ambiente: presente e futuro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 179-202. p. 190.

⁴⁰⁸ JORGE BARREIRO, Agustín. El bien jurídico protegido en los delitos contra el medio ambiente en el CP de 1995. *In: JORGE BARREIRO, Agustín (dir.). Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*. Granada: Editorial Comares, 2005. p. 1-72. p. 41. Neste mesmo sentido, cf. CAETANO, Matheus Almeida. *Os delitos de acumulação no direito penal ambiental*. São Paulo: Editora Pillares, 2016. p. 248.

⁴⁰⁹ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 26-27. Neste mesmo sentido, cf. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019. p. 136-137. Cabe registrar o posicionamento contrário de Jorge Figueiredo Dias, para quem tal concepção comprometeria a efetividade da proteção penal do ambiente, pois os bens jurídicos ecológicos seriam tratados como mera decorrência de bens jurídicos individuais e, por isso, a proteção penal ambiental representaria, na verdade, uma mera antecipação da tutela de bens jurídicos individuais e não uma necessária tutela de bem jurídico verdadeiramente ecológico. (Cf. DIAS, Jorge Figueiredo. Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente: um ponto de vista português. *In: Tutela jurídica do meio ambiente: presente e futuro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 179-202. p. 191.). Luis Gracia Martín defende que a tutela penal dos bens jurídicos coletivos deve ser autônoma e não deve estar condicionada à produção de nenhuma lesão ou perigo para nenhum bem jurídico individual. (Cf. GRACIA MARTÍN, Luis. *La polémica en torno a la legitimidad del Derecho penal moderno*. México: Ubijus, 2010. p. 81).

⁴¹⁰ DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 52.

apresentada entre homem e natureza deveria prevalecer a perspectiva antropocêntrica,⁴¹¹ pois esta visão seria a mais adequada a nortear as normas de proteção ao meio ambiente em contraste com a precisa ponderação a ser realizada com o necessário desenvolvimento industrial-tecnológico moderno.⁴¹²

Apenas a título de curiosidade, à semelhança da Constituição Federal de 1988, a Constituição da Espanha, mais especificamente no seu art. 45, também - na análise de Jesús-María Silva Sánchez - revelaria uma postura antropocêntrica e personalista.⁴¹³ Considerando este contexto, o referido autor suscita que a grande questão a ser debatida na esfera interpretativa está em torno sobre se a lesividade específica do delito ambiental haveria de vincular-se ou não de algum modo de afetação real ao 'entorno' das pessoas.⁴¹⁴

Ainda assim, considerando que o art. 225 da Constituição Federal de 1988 aparenta prever um mandado de criminalização para tutelar o meio ambiente, o ponto essencial consiste, conforme ressalta Jesús-María Silva Sánchez, em estabelecer o momento em que se está diante de um 'risco jurídico penalmente relevante' para este bem jurídico-penal,⁴¹⁵ uma vez que o perigo de lesão e a própria lesão ao meio ambiente consiste em algo inevitável se considerado o contexto de desenvolvimento tecnológico e indispensabilidade para a sobrevivência humana fruir daquilo que o meio ambiente proporciona, de modo que o desafio constitui em fixar a fronteira em que a dimensão quantitativa e qualitativa da conduta perigosa realizada deva dar lugar à intervenção penal.⁴¹⁶

Luiz Regis Prado ressalta que a "tutela das condições que fundamentam a vida e a participação individual na comunidade social implica a necessidade de proteção de bens

⁴¹¹ DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 52-53.

⁴¹² *Ibid.*, p. 55-57. Neste sentido, Hernán Hormazábal Malarée assinala que a tutela da natureza como valor abstrato desvinculado do homem leva a um fundamentalismo ecológico. (Cf. HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. El principio de lesividad y el delito ecológico. *In*: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín. *El nuevo derecho penal español*: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz. Pamplona: Aranzadi, 2001. p. 1417-1428. p. 1425).

⁴¹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Delitos contra el medio ambiente*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 18. Neste mesmo sentido, cf. JORGE BARREIRO, Agustín. El bien jurídico protegido en los delitos contra el medio ambiente en el CP de 1995. *In*: JORGE BARREIRO, Agustín (dir.). *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*. Granada: Editorial Comares, 2005. p. 1-72. p. 7.

⁴¹⁴ *Ibid.*, p. 18. Sobre a proteção do meio ambiente na Constituição e legislação infraconstitucional na Espanha, cf. GALLARDO RUEDA, Alberto. Protección penal del medio ambiente cuestiones generales. *Cuadernos de política criminal*, Madrid, n. 47, p.613-628, 1992. Cf. também NODAR MONTES, M.^a Luz de las Mercedes. Aspectos medioambientales en la legislación española. *Cuadernos de política criminal*, Madrid, n. 53, p. 563-592, 1994.

⁴¹⁵ *Ibid.*, p. 19.

⁴¹⁶ *Ibid.*, p. 19-20.

jurídico-penais, de ordem supra-individual”⁴¹⁷ e que tal proteção estaria quase sempre relacionada às necessidades básicas dos membros integrantes da referida comunidade.

Neste sentido, insta destacar que esta necessidade de ter como referência a pessoa para tutela do meio ambiente pelo Direito Penal também é apontada por Juarez Tavares:

Para ser tomado no sentido de bem jurídico, deve o meio ambiente (solo, água, ar e seus demais elementos naturais) ser entendido como bem essencial da pessoa humana e sua relação com outras pessoas e com a natureza, e não como bem por si mesmo, protegido e sufragado como interesse exclusivo do Estado e de seu poder de controle.⁴¹⁸

Claus Roxin também é defensor de um conceito pessoal de bem jurídico no sentido que, em última análise, os bens jurídicos coletivos/supra-individuais só devem figurar como objeto de proteção do Direito Penal se forem imprescindíveis às condições de vida do indivíduo, uma vez que o referido autor define bem jurídico como bens ou finalidades para o livre desenvolvimento humano que se destinam à concretização de direitos fundamentais ou para o funcionamento de um sistema estatal fundado nestas finalidades.⁴¹⁹

Neste momento cabe registrar a crítica realizada por Knut Amelung a esta concepção pessoal de bem jurídico adotada por Claus Roxin em relação ao meio ambiente quando este se manifesta a favor do § 17 da Lei de Proteção dos Animais alemã (*Tierschutzgesetz*) argumentando que o legislador parte de uma relação de solidariedade entre criaturas e dispõe que os animais ditos *superiores* são animais de criação e também fariam jus à proteção por serem “*hermanos lejanos*” dos seres humanos. Neste ponto, Knut Amelung assevera que tal dispositivo legal se destina exclusivamente à proteção aos animais em si e nada tem a ver com o livre desenvolvimento humano como Claus Roxin defende.⁴²⁰

Ademais, Luis Greco também entende que o tipo penal que proíbe a crueldade dos animais protege o animal em si e não há vinculação com o ser humano, bem como a tutela conferida por este delito recai sobre o animal individual em si, ao passo que a proteção do

⁴¹⁷ PRADO, Luiz Regis. *Crimes contra o ambiente*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 26-27.

⁴¹⁸ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 217-218.

⁴¹⁹ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: LEITE, Alaor (org.). *Novos estudos de direito penal*. Tradução de Luis Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 41-69. p. 47.

⁴²⁰ AMELUNG, Knut. El concepto bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 221-257. p. 230. Este mesmo exemplo é criticado por Wolfgang Frisch, cf. FRISCH, Wolfgang. Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 303-332. p. 306-307.

meio ambiente é holística porque diz respeito a um sistema ecológico como um todo.⁴²¹

No Brasil também há a previsão de crime de *maus tratos* no art. 32 da Lei 9.605/98 (“Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos”), quanto à qual se questiona a legitimidade como delito ambiental por possuir conteúdo semelhante ao do § 17 da Lei de Proteção dos Animais alemã (*Tierschutzgesetz*), pois o que se estaria protegendo seria aparentemente a exclusiva integridade dos animais silvestres, domésticos ou domesticados. Este é o entendimento de Pierpaolo Cruz Bottini:

O bem jurídico protegido, a integridade dos animais, ou a preservação dos sentimentos humanos para com eles, não tem o condão de movimentar a pretensão punitiva justamente por faltar o elemento basilar do injusto penal, a afetação da dignidade humana em sua concepção de livre desenvolvimento do indivíduo.⁴²²

Knut Amelung observa que, historicamente, as leis de proteção dos animais na Alemanha surgiram em contextos em que menos se respeitavam os indivíduos na sua condição de pessoa humana, uma vez que a primeira lei de proteção dos animais teria sido aprovada no contexto nazista que denominavam de cuidado aos animais ao mesmo tempo que enviavam pessoas para as câmaras de gás.⁴²³

Este exemplo extremo apontado por este referido autor foi utilizado pelo autor apenas no intuito de demonstrar a ausência de alcance do conceito personalista ou ao menos individualista do bem jurídico em determinados tipos penais.⁴²⁴ Porém, este exemplo não constitui um argumento idôneo para criticar a concepção de bem jurídico de meio ambiente de Claus Roxin, uma vez que a mencionada lei de proteção dos animais foi elaborada em uma determinada realidade histórica – um ser que não deveria ser – e o que Claus Roxin propõe está no plano do dever ser, isto é, no plano jurídico.

Wolfgang Frisch também destaca o caráter altamente relativo e volátil quando se busca precisar quais são as condições de existência e desenvolvimento do ser humano que

⁴²¹ GRECO, Luís. Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 3, p. 47-58, jan./abr. 2010. p. 53.

⁴²² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019. p. 142.

⁴²³ AMELUNG, Knut. El concepto bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 221-257. p. 230.

⁴²⁴ *Ibid.*, p. 230.

permitiria compor o conteúdo do bem jurídico a ser tutelado pelo Direito Penal⁴²⁵ e, por isso, na doutrina, segundo o referido autor, se apresenta uma série de exemplos em que se questiona a legitimidade de um tipo penal, a exemplo da lei alemã de proteção dos animais já mencionada.

Apesar das críticas acima apontadas, estabelecer um referencial pessoal para proteção do meio ambiente - já que não seria possível conceber que o bem jurídico possa ignorar a interação com o ser humano, bem como um maior distanciamento do bem jurídico supraindividual à pessoa concreta comprometeria a legitimidade do primeiro enquanto bem jurídico de dignidade penal -, não significa considerar que o meio ambiente não possa ser tutelado como bem jurídico autônomo.⁴²⁶

Este também é o posicionamento de Luiz Regis Prado quanto à manutenção da autonomia do meio ambiente enquanto bem jurídico mesmo que fundado numa perspectiva personalista relativa, o qual também se adota neste estudo:

O reconhecimento do ambiente como bem jurídico-penal autônomo não significa negar sua natureza antropomórfica, ainda que relativa. A indispensável relação ambiente-homem (teoria personalista relativa) lhe é inerente. Isso significa que o ambiente não é um dado absoluto, mas sim referido, afeto ao homem, como seu espaço vital de realização individual e coletiva.⁴²⁷

Ainda assim, o bem jurídico ambiental não pode ser vislumbrado de forma abstrata; pelo contrário, este demanda constituir um “objeto existente e suficiente concretizável”.⁴²⁸ Em outras palavras, a tutela do meio ambiente por meio do Direito Penal se dá pela lesão ou colocação em perigo dos elementos que compõem o meio ambiente, qual seja, por exemplo, água, fauna, flora, etc., desde que constituam como elementos fundamentais para o desenvolvimento da pessoa humana.

Este referencial humano na proteção de bens jurídicos supraindividuais, segundo Pierpaolo Cruz Bottini, em especial, quando são atrelados aos tipos penais de perigo

⁴²⁵ FRISCH, Wolfgang. Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (ed.). La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 303-332. p. 306.

⁴²⁶ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 27-28.

⁴²⁷ PRADO, Luiz Regis. *Crimes contra o ambiente*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 28.

⁴²⁸ COSTA, *op. cit.*, p. 28.

abstrato - estrutura delitiva bastante presente na tipificação de delitos ambientais - é o que confere o potencial crítico à dogmática penal na sua atuação concreta.⁴²⁹

No que diz respeito ao âmbito concursal, Pierpaolo Cruz Bottini defende que a absorção do crime de perigo abstrato pelo crime de lesão toda vez que “todas as potenciais vítimas expostas a perigo forem efetivamente lesionadas, só pode ser admitida sob a ótica do referente individual dos bens jurídicos coletivos”,⁴³⁰ bem como a conceituação de bem jurídico coletivo – e, neste caso, inclui-se o meio ambiente -, desvinculado aos interesses individuais, inviabilizaria tal raciocínio.⁴³¹

Neste sentido, cumpre destacar que o referido autor conclui que:

[...] fica evidente a correlação entre os bens jurídicos coletivos e individuais, por uma parte, e os delitos de perigo e lesão, por outra, evidenciada no concurso de delitos. Eximir o legislador e o intérprete deste referente individual é libertá-lo das amarras com as quais o conceito de bem jurídico o prende à lógica constitucional.⁴³²

Contudo, cabe ressaltar que estes casos a que se refere Pierpaolo Cruz Bottini diz respeito a hipóteses em que há uma lesão ou colocação de perigo concomitantemente a bens jurídicos individual e coletivo (p.ex. fabricação e uso de documento falso previsto no art. 297 do CP e uso de documento falso para fins de estelionato disposto no art. 171 do CP), em que se discute a possibilidade de reconhecer a consunção (uma hipótese de concurso *aparente* de normas penais) ou se, na verdade, tratar-se-ia de um autêntico concurso de delitos entre eles.

Ocorre que o objeto do presente estudo não está voltado especificamente para estas referidas hipóteses, quais sejam, relação concomitante que envolve bens jurídicos individual e coletivo, mas sim casos em que todos os tipos penais envolvidos em um determinado caso concreto protegem bem jurídico coletivo e, no caso, o meio ambiente.

Neste sentido, o desafio consiste em analisar em que medida tal referencial ao livre desenvolvimento humano, como limite da atuação do Direito Penal na tutela do meio ambiente, pode contribuir no estudo da sobreposição normativa de tipos penais ambientais.

⁴²⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019. p. 143.

⁴³⁰ *Ibid.*, p. 147.

⁴³¹ *Ibid.*, p. 147.

⁴³² *Ibid.*, p. 149.

3.1.3 Vertente antropocêntrica-ecocêntrica

A teoria antropocêntrica-ecocêntrica (também denominada de antropocêntrica-relacional) considera a autonomia do bem jurídico ambiente como um fim em si mesmo, mas exige como referência o ser humano, razão pela qual “deve ser alvo de proteção penal tendo em vista a ideia relacional de responsabilidade do homem não só para com a natureza, mas também para com as gerações futuras.”⁴³³

3.1.4 Posição adotada

Neste estudo adotar-se-á esta perspectiva antropocêntrica *moderada* (no modelo apresentado no item 3.1.2), a qual não dispensa o referencial ao ser humano para tutela do meio ambiente, mas confere autonomia a este último quanto ao seu conteúdo enquanto bem jurídico a ser protegido pelo Direito Penal.

Reforça-se que esta posição é a mais condizente com o teor normativo da Constituição Federal de 1988 contido no art. 225, devendo o meio ambiente ser penalmente tutelado na medida em que for imprescindível para o livre desenvolvimento humano e destinado à concretização de direitos fundamentais. Neste sentido, “para que pueda afirmarse la relevancia jurídica de una conducta que afecta al medio ambiente será necesario poder afirmar que aquella misma afectación, aunque no sea de manera directa, incide o puede incidir en el desarrollo (presente o futuro) de las personas.”⁴³⁴

Ademais, tal pressuposto não desnaturaliza a legitimidade do Direito Penal de proteger adequadamente o meio ambiente.

De outro lado, apesar do referencial humano ser indispensável para a tutela penal do meio ambiente, o conteúdo deste é autônomo e próprio que não se confunde com o dos

⁴³³ SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. O meio ambiente (natural) como sujeito passivo dos crimes ambientais. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 12, n. 50, p. 57-90, set./out. 2004. p. 79. Já Jorge Figueiredo Dias possui uma visão *sui generis* acerca do conceito de meio ambiente como bem jurídico penal, pois, para ele, o cerne do bem jurídico coletivo consiste no fato de que “ele deve poder ser gozado por todos e por cada um, sem que ninguém deva poder ficar excluído desse gozo: nesta possibilidade de gozo reside o interesse individual legítimo na integridade do bem jurídico coletivo.” Ainda assim, complementa: “Existem, em conclusão, bens jurídico-penais individuais e bens jurídico-penais coletivos, não tendo estes, para serem legítimos, de se reconduzirem por força àqueles ou se reduzir a uma sua mera soma, da mesma ou diferentes espécies. Neste sentido os bens jurídicos coletivos, neles incluídos os bens jurídicos ecológicos, gozam, face aos bens jurídicos individuais, de verdadeira autonomia. Autonomia que não é afetada mesmo que deva concluir-se que não existem bens jurídicos coletivos que não possuam um qualquer suporte em legítimos interesses individuais, por muito simples que eles se afigurem.” (Cf. DIAS, Jorge Figueiredo. Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente: um ponto de vista português. In: *Tutela jurídica do meio ambiente: presente e futuro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 179-202. p. 192-193).

⁴³⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Los delitos contra el medio ambiente*. Reforma legal y aplicación judicial. Barcelona: Atelier, 2012. p. 27.

bens jurídicos individuais (v.g. vida, integridade física, etc), conforme verificar-se-á no próximo item.

3.2. AMPLITUDE DO CONTEÚDO DO BEM JURÍDICO MEIO AMBIENTE

Além de estabelecer a prevalência da lente - em maior ou em menor medida - antropocêntrica ou ecocêntrica acerca do fundamento do meio ambiente enquanto bem jurídico-penal, torna-se importante determinar o conteúdo pelo qual se compreende o referido bem jurídico para fins de analisar o teor dos tipos penais ambientais contidos na Lei 9.605/98, isto é, perquirir o que deve ser tutelado pelo direito penal ambiental e a sua respectiva implicação no momento de examinar eventual concorrência normativa penal ambiental.

Assim, o termo ‘meio ambiente’ demanda uma explicação⁴³⁵ sobre quais elementos naturais e/ou artificiais deveriam estar compreendidos pela referida expressão quando da análise dos delitos ambientais, já que a expressão ‘meio ambiente’ em si não deixa de ser, muitas vezes, confusa, dificultando a análise dos tipos penais ambientais.

No que diz respeito à amplitude do conteúdo do meio ambiente como bem jurídico a ser tutelado pelo Direito Penal, podem-se conceber duas categorias: *a)* conceito amplo e *b)* conceito restritivo.

Agustín Jorge Barreiro define o conceito amplo de meio ambiente como aquele que compreende tudo aquilo que está relacionado ao entorno da existência humana, incluindo o contexto social, cultural e econômico e tal definição está vinculada com a existência digna do ser humano ou com um nível mais elevado de qualidade de vida. De outro lado, o referido autor define o conceito restritivo de meio ambiente no qual se circunscreve o meio ambiente natural.⁴³⁶

Por sua vez, Guilherme Gouvêa de Figueiredo ressalta que geralmente se imprime ao meio ambiente uma diferenciação básica quanto à semântica daquele: ora se atribuindo um conteúdo mais amplo em que o significado de meio ambiente se identifica com entes

⁴³⁵ VEGA RUIZ, José Augusto de. *Delitos contra el medio ambiente, ordenación del territorio, patrimonio histórico, flora y fauna*: en el Código Penal de 1995. Madrid: Colex, 1996. p. 8.

⁴³⁶ JORGE BARREIRO, Agustín. El bien jurídico protegido en los delitos contra el medio ambiente en el CP de 1995. In: JORGE BARREIRO, Agustín (dir.). *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*. Granada: Editorial Comares, 2005. p. 1-72. p. 4-5.

físicos ou lugares⁴³⁷ e aqui a tutela está dirigida para abranger “a ‘tutela do ambiente’, tanto entes naturais (ar, água, fauna, flora, etc.) de valor para a conservação do meio de vida humano num certo ‘estado’, como ‘bens’ ou ‘valores’ produzidos pelo homem (monumentos, espaços arquitetônicos, etc.);”⁴³⁸ ora se atribuindo ao meio ambiente um conceito mais restrito, no qual a tutela se restringe às figuras naturais mais elementares para a vida, dentre elas, água, solo, ar e aqui a proteção está voltada para garantir os ciclos biológicos naturais ao ser humano e não sua utilidade social ao homem conferida por esses elementos naturais.⁴³⁹

Em outras palavras, o conceito restritivo de meio ambiente refere-se exclusivamente ao seu sentido natural (elementos bióticos e abióticos), enquanto que o seu conceito amplo compreende não só este último, mas também o meio ambiente artificial (o qual envolve a participação do homem na sua construção, como por exemplo a ordenação territorial).⁴⁴⁰

Assim, correta a observação feita por Paulo José da Costa Júnior e Édis Milaré de que, de fato, não se discute se o ambiente natural é compreendido entre os objetos de necessária tutela penal ambiental, pois isto é pacificamente aceito;⁴⁴¹ o problema consiste em indagar se o bem jurídico meio ambiente contemplaria apenas o ambiente no sentido natural para fins de tutela penal.

⁴³⁷ O sentido de “lugares” empregado pelo autor consiste por proteção do ambiente quer-se significar a “salvaguarda das diversas utilidades sociais que um certo estado daqueles mesmos ‘lugares’ se presta a garantir”. (Cf. FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Crimes ambientais e bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 134.).

⁴³⁸ FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Crimes ambientais e bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 133-134. Com relação à perspectiva ampla de meio ambiente, cabe destacar os esclarecimentos feitos por Dino Carlos Caro Coria: “De lo expuesto, el ambiente comprende dos sectores claramente identificables y contrapuestos: el ambiente natural (aire, suelo, agua, flora y fauna) y el ambiente artificial, el cual incluye a su vez al ambiente construido por el hombre (edificios, fabricas, vías de comunicación, etc.) y al ambiente social (sistemas sociales, económicos, políticos, culturales).” (Cf. CARO CORIA, Dino Carlos. Presupuestos para la delimitación del bien jurídico-penal en los delitos contra el ambiente. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 267-287, set./dez. 2000. p. 281.).

⁴³⁹ *Ibid.*, p. 134.

⁴⁴⁰ SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. O meio ambiente (natural) como sujeito passivo dos crimes ambientais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 50, p. 57-90, set./out. 2004. p. 59. Aqui insta registrar os ensinamentos de Paulo José da Costa Júnior e de Edis Milaré quanto à classificação do meio ambiente: “São apontadas três classes ou espécies de meio ambiente: o meio ambiente artificial, o cultural e o natural. O primeiro é o espaço urbano construído, que se integra pelo conjunto de edificações e pelas ruas, praças e áreas verdes, que compõem o espaço urbano aberto. O segundo é constituído pelo patrimônio histórico, arqueológico e paisagístico. O restante é integrado pelo solo, água, ar atmosférico e flora.” (Cf. COSTA JÚNIOR, Paulo José da; MILARÉ, Edis. *Direito penal ambiental: comentários à lei 9.605/98*. Campinas: Millennium, 2002. p. 3.).

⁴⁴¹ COSTA JÚNIOR, Paulo José da; MILARÉ, Edis. *Direito penal ambiental: comentários à lei 9.605/98*. Campinas: Millennium, 2002. p. 2.

No Brasil, são adeptos ao conceito restritivo (elementos bióticos e abióticos) de meio ambiente: Guilherme Gouvêa de Figueiredo,⁴⁴² Luiz Regis Prado,⁴⁴³ René Ariel Dotti,⁴⁴⁴ dentre outros. Este entendimento também é defendido por alguns autores estrangeiros.⁴⁴⁵

No âmbito da concepção restritiva de meio ambiente cumpre indagar ainda se os elementos naturais seriam tutelados individualmente ou se eles fariam parte de um conjunto entendido como ambiente natural.

Na concepção de Guilherme Gouvêa de Figueiredo os elementos naturais não seriam tuteláveis em si e por si mesmos, uma vez que o legislador teria como objetivo tutelar “o dinâmico ‘ciclo biológico’ dentro do qual cada um desses elementos interage, porque são os ‘ciclos vitais’ (ou ‘ecossistemas’), e não os singulares elementos que os compõem, que estão sujeitos a um desequilíbrio, capaz de comprometer os interesses humanos”,⁴⁴⁶ por consequência, a lesão ao meio ambiente consistiria no rompimento do ciclo biológico no qual interagem os elementos naturais, promovendo-se, assim, um raciocínio unitário de equilíbrio ecológico.

⁴⁴² FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Crimes ambientais e bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 135-136.

⁴⁴³ PRADO, Luiz Regis. *Crimes contra o ambiente*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 33-34. Cf. também PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: biossegurança (com análise da lei 11.105/2005); meio ambiente; ordenação do território; patrimônio cultural*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 165.

⁴⁴⁴ DOTTI, René Ariel. Meio ambiente e proteção penal. *Fascículos de ciências penais*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 9-29., jan./mar. 1991. p. 12.

⁴⁴⁵ Cf. por exemplo, BACIGALUPO, Enrique. La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente. *Estudios penales y criminológicos*, Santiago de Compostela, n. 5, p. 191-213, 1982. p. 201. CARO CORIA, Dino Carlos. Presupuestos para la delimitación del bien jurídico-penal en los delitos contra el ambiente. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 267-287, set./dez. 2000. p. 281. DE LA CUESTA ARZAMENDÍ, José Luis. Protección penal de la Ordenación del Territorio y del Ambiente. *Documentación Jurídica*. Monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal. Madrid, p. 876-936, 1983. ALASTUEY DOBÓN, María Carmen. *El delito de contaminación ambiental*. (Artículo 325.1 del Código penal). Granada: Comares, 2004. p. 56. CASSOLA PEREZUTTI, Gustavo. *Medio ambiente y derecho penal*. Buenos Aires: B de F, 2005. p. 19. GARCÍA HERNÁNDEZ, María Yolanda. Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. In: MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio. *Protección penal y tutela jurisdiccional de la salud pública y del medio ambiente*. Sevilla: Univerisad de Sevilla. 1997. p. 51-74. p. 56. Outrossim, a Associação Internacional de Direito Penal (AIDP) estabeleceu como recomendação - no item I denominado de *princípios gerais* contido na *Seção I: Delitos contra o meio ambiente: aplicação da parte geral do Direito Penal* que ocorreu no XV Congresso Internacional de Direito Penal entre os dias 04 a 10 de setembro de 1994 no Rio de Janeiro, uma concepção restritiva do conteúdo do meio ambiente enquanto bem jurídico penalmente tutelável. (Cf. DE LA CUESTA, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro (ed.). *Resoluciones de los Congresos de la Asociación Internacional de Derecho Penal*. 1926-2014. p. 163.).

⁴⁴⁶ FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 137. Neste mesmo sentido, cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Los delitos contra el medio ambiente*. Reforma legal y aplicación judicial. Barcelona: Atelier, 2012. p. 29.

As principais teses defensivas deste posicionamento voltado à proteção penal ambiental exclusivamente no que diz respeito ao equilíbrio ecológico dos sistemas naturais (desconsiderando assim toda questão relacionada à ordenação territorial, por exemplo) referem-se à maior concretização da definição do meio ambiente como bem jurídico penalmente tutelável sobre a qual incidirá a conduta típica⁴⁴⁷ e sua autonomia enquanto tal.⁴⁴⁸

De outro lado, são favoráveis do conceito amplo de meio ambiente os seguintes autores brasileiros: José Afonso da Silva,⁴⁴⁹ Cristiane Derani,⁴⁵⁰ Vladimir Passos de Freitas e Gilberto Passos de Freitas,⁴⁵¹ Luis Paulo Sirvinskas,⁴⁵² dentre outros. Este posicionamento também é defendido por alguns autores estrangeiros.⁴⁵³

Os autores que defendem esta posição argumentam que não se pode restringir o meio ambiente aos elementos naturais, tal como o ar, a água, a terra, fauna e flora, mas deve ser entendida no seu sentido mais amplo e interrelacionada com o ser humano de modo a permitir a este último um núcleo de condições indispensável para a sua existência, saúde e desenvolvimento.⁴⁵⁴ Ademais, apontam que um conceito restritivo de meio ambiente legalmente previsto no art. 3º, I, da Lei 6.938/81 não teria capacidade de abarcar a amplitude pelo qual o meio ambiente enquanto bem jurídico deveria ser penalmente protegido.⁴⁵⁵

⁴⁴⁷ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: biossegurança (com análise da lei 11.105/2005); meio ambiente; ordenação do território; patrimônio cultural*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 165.

⁴⁴⁸ DE LA CUESTA ARZAMENDÍ, José Luis. Protección penal de la Ordenación del Territorio y del Ambiente. *Documentación Jurídica*. Monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal. Madrid, p. 876-936, 1983. CARO CORIA, Dino Carlos. Presupuestos para la delimitación del bien jurídico-penal en los delitos contra el ambiente. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 267-287, set./dez. 2000. p. 281-282.

⁴⁴⁹ SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010. p.18.

⁴⁵⁰ DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 52.

⁴⁵¹ FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza: de acordo com o novo Código Florestal (Lei 12.651/2012 e MP 571/2012)*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 39.

⁴⁵² SIRVINSKAS, Luis Paulo. *Tutela penal do meio ambiente: breves considerações atinentes à lei n. 9605, de 12-2-1998*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 12-13.

⁴⁵³ Cf. por exemplo, VEGA RUIZ, José Augusto de. *Delitos contra el medio ambiente, ordenación del territorio, patrimonio histórico, flora y fauna: en el Código Penal de 1995*. Madrid: Colex, 1996. p. 8-9. OCHOA FIGUEROA, Alejandro. Medioambiente como bien jurídico protegido; ¿visión antropocéntrica e ecocéntrica?. *Revista de derecho penal y criminología: Espanha, Madrid, 3ª Época*, n. 11, p. 253-294, jan./jun. 2014. p. 260.

⁴⁵⁴ DERANI, *op. cit.*, p. 52.

⁴⁵⁵ SIRVINSKAS, *op. cit.*, p. 12-13. Neste mesmo sentido, cf. FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 20. CUSTÓDIO, Helita Barreira. *Direito Ambiental e questões jurídicas relevantes*. Campinas: Millennium Editora, 2005. p. 81. MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente. A gestão ambiental em foco*. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 978.

Apesar das críticas que recaem sob o conteúdo do meio ambiente que ultrapassa o seu aspecto estritamente natural, em especial, por dificultar a concretização do meio ambiente enquanto bem jurídico penalmente relevante e o reconhecimento de sua autonomia, adotar-se-á o conceito amplo quanto ao seu respectivo conteúdo.

Isto porque reduzir o conceito de meio ambiente ao seu aspecto natural enquanto apenas equilíbrio da integração entre elementos bióticos e abióticos é simplificar toda a complexidade de relações que envolve este bem jurídico na qual há participação do homem que se relaciona de forma interdependente com o meio ambiente que também deve ser objeto de tutela do Direito Penal no âmbito ambiental.

Interessante notar que na Espanha a primeira sentença proferida pelo Tribunal Constitucional que reconheceu o conceito completo de meio ambiente foi a 102/1995 de 26 de junho, na qual se entendeu que o meio ambiente compreenderia os recursos naturais, ar, água, solo (incluindo a questão urbanística), subsolo, flora e fauna, os elementos que compõem o patrimônio histórico, bem como a interrelação entre eles.⁴⁵⁶ No Brasil, até o presente momento, não houve debate profícuo acerca do conteúdo do bem jurídico meio ambiente em sede de Tribunais.

Neste sentido, não só o aspecto natural compõe o conteúdo de meio ambiente para fins de tutela penal, mas também o meio ambiente no seu aspecto artificial, em especial no que tange à ordenação territorial urbana e patrimônio cultural.

Verifica-se que o legislador, ao elaborar os tipos penais ambientais contidos na Lei 9.605/98, em atenção à complexidade do conteúdo do bem jurídico meio ambiente, adotou o conceito amplo deste último, pois prevê como delitos ambientais não só aquelas condutas que lesionam ou colocam em perigo os aspectos naturais do meio ambiente (Seção I, II e III – crimes contra a fauna, flora, poluição e outros crimes ambientais, respectivamente) mas também os aspectos artificiais (Seção IV – crimes contra o ordenamento urbano e patrimônio cultural).

Ademais, cabe ressaltar que a preferência por um conceito amplo de meio ambiente não possui a finalidade de legitimar todos os tipos penais ambientais previstos pelo legislador na Lei 9.605/98, pois já se verificou que se há capacidade de rendimento ainda ao bem jurídico, esta reside principalmente na sua função limitadora de atuação do Direito Penal.

⁴⁵⁶ MARTÍN GARCÍA, Benigno. *La protección penal del medio ambiente y su relación con la seguridad pública y los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, S. L., 2016. p. 15-16.

Certamente considerar um conteúdo mais amplo no que diz respeito ao conceito de meio ambiente enquanto bem jurídico penal torna mais árdua a tarefa de delimitar o alcance e os contornos de cada tipo penal ambiental e, em uma eventual sobreposição normativa entre os delitos ambientais, torna ainda mais complexo estudar as relações que podem advir entre os tipos penais envolvidos para se reconhecer uma unidade ou uma pluralidade delitiva.

Contudo, tal dificuldade mais acentuada quanto ao tema só demonstra a necessidade de realizar estudos mais aprofundados acerca do mesmo por parte da dogmática penal, pois esta deverá atuar na missão de conciliar uma efetiva e adequada proteção ao meio ambiente – enquanto bem jurídico penal autônomo - e a intervenção mínima e fragmentária do Direito Penal.

Por sua vez, adotar um conceito amplo de meio ambiente é simplesmente reconhecer que a interação entre a natureza e o homem na própria construção do meio ambiente é cada vez mais presente e frequente que não deve ser ignorado pela dogmática penal se o objetivo é conferir uma tutela mais adequada e efetiva ao meio ambiente.

Outrossim, considerar como meio ambiente penalmente tutelável somente o seu aspecto estritamente natural é estar evidentemente desconectado da realidade, que demonstra que o próprio ambiente natural é alterado e reconstruído pelo homem para o próprio equilíbrio ecológico de um determinado espaço, bem como o próprio meio ambiente construído pelo homem se interrelaciona diretamente com o ambiente no seu aspecto natural, conforme verificar-se-á na própria análise de sobreposição de tipos penais que tutelam aspectos estritamente naturais e artificiais do meio ambiente que exigirá um exame dogmático no âmbito concursal que envolva diretamente tratá-los como aspectos distintos do meio ambiente, mas complementares.

Assim, restringir o conceito do meio ambiente apenas ao aspecto natural é se ocupar de somente parte do que se constata na realidade do que efetivamente compõe o meio ambiente como um todo e, por consequência, corre o risco de se conferir respostas de ordem dogmática que não contemplem a verdadeira dimensão das questões que demandam ser objeto de análise do Direito Penal na tutela do meio ambiente.

Isto porque a busca pela harmonia entre a interação entre eles (aspectos naturais e artificiais) é que resultará em uma verdadeira proteção ao meio ambiente enquanto bem jurídico penal uno conferidos nos limites próprios da atuação do Direito Penal neste âmbito.

3.3 “SISTEMA DE TIPOS” AMBIENTAL: DISTINTAS FORMAS DE LESÃO E PERIGO AO MEIO MEIO AMBIENTE

A partir da análise do conteúdo do meio ambiente como bem jurídico penalmente tutelado, infere-se que não é possível dogmaticamente inserir no mesmo tipo de injusto penal todas as formas de condutas de lesionar ou colocar em perigo o meio ambiente. Assim, forçoso reconhecer que os tipos penais a serem criados são independentes e gozam de autonomia, embora tutelem o mesmo bem jurídico (meio ambiente).

É neste contexto que podemos afirmar que quando da elaboração da Lei 9.605/98, o legislador brasileiro prevê um sistema de tipos penais ambientais – cuja configuração é bastante criticável –, pois insere uma série de tipos penais, ora de lesão, mas, com mais frequência, ora de perigo que busca evitar a ofensa ao bem jurídico meio ambiente.

Porém, essa autonomia típica conferida isoladamente a cada crime previsto na Lei 9.605/98 pode não subsistir quando se verificar uma sobreposição normativa à luz do caso concreto. Assim, cabe destacar os ensinamentos de Luis Gracia Martín no sentido de que um dos pressupostos a ser analisado para que uma ação ou omissão seja punível é, sem dúvida, a tipicidade. Contudo, tão fundamental quanto a tipicidade é a distinção entre norma e lei penal⁴⁵⁷:

La norma protege el bien jurídico prohibiendo las acciones dirigidas por la voluntad a su lesión o puesta en peligro. Pero la *norma* prohíbe un mayor número de acciones que aquéllas a las que la *ley penal* amenaza con pena. La *ley penal* selecciona, de la multitud de acciones prohibidas por la norma, aquellas frente a las que, a causa de su especial gravedad, quiere reaccionar con una pena (carácter fragmentario del Derecho penal) y mediante dicha selección (que es una valoración) les atribuye la característica de la *tipicidad*.⁴⁵⁸

Tal observação realizada pelo referido autor possui relevância no âmbito da questão concursal porque, com muita frequência, uma mesma norma de comportamento pode corresponder a diversas leis penais, isto é, a tutela de um mesmo bem jurídico pode ser estruturada pela ordem jurídica através da formação de uma pluralidade de tipos.⁴⁵⁹ Ademais, Luis Gracia Martín dispõe que quando isso ocorre poderia se afirmar que “la

⁴⁵⁷ GRACIA MARTÍN, Luis. *La infracción de deberes contables y registrales tributarios en derecho penal*. Madrid: Editorail Trivium, S.A., 1990. p. 243.

⁴⁵⁸ *Ibid.*, p. 243-244.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, p. 244.

protección penal de un bien jurídico se instrumenta a través de un *sistema de tipos*, con todo lo que supone la idea de *sistema*.”⁴⁶⁰

Esta ideia se aplicaria no contexto da tutela penal do meio ambiente no Brasil, já que a ordem jurídica prevê um sistema de tipos ambientais que abarca não somente os tipos penais mas também as infrações administrativas ambientais (Decreto 6.514/08) e, portanto, conforme bem assevera Luis Gracia Martín, é inadequado realizar uma interpretação isolada dos tipos penais de um mesmo sistema, senão que deve ser feito através de suas conexões sistemáticas.⁴⁶¹

Assim, ao estruturar um sistema de tipos penais ambientais através da Lei 9.605/98, os tipos penais não devem ser interpretados de forma isolada, senão de forma conjunta e sistemática porque somente desta forma se poderá identificar o conjunto de casos que recaem sobre o âmbito de proteção de um ou outro tipo penal e isto é fundamental para se definir se estamos diante de um concurso *aparente* de normas penais ou de delitos.

Neste mesmo sentido é o entendimento de Luis Gracia Martín:

La interpretación conjunta de ambos tipos debe descubrir los fines de protección perseguidos por la ley penal y ello debe decidir la concreta relación que entre ambos tipos quiere establecer la ley, cuestión ésta que debe decidir si entre uno y otro existe concurso de leyes o de delitos.⁴⁶²

Outrossim, no que tange aos tipos penais específicos Mariângela Gama de Magalhães Gomes ensina que:

No caso da parte especial do direito penal, a interpretação sistemática assume destacada importância na medida em que estabelece a conexão mútua entre as normas e o conjunto comum, que, ao invés de ser a soma das normas consideradas isoladamente, constitui uma “regulação unitária”. São, ao mesmo tempo, considerados os fins almejados pelo ordenamento, que só são apreendidos a partir da compreensão do conjunto das normas que compõem a unidade de sentido.⁴⁶³

Considerando que o sistema de tipos ambientais na Lei 9.605/98 protege o mesmo bem jurídico, porém, mediante condutas, modos de execução, resultado externo, objetos materiais distintos, torna-se importante na análise da concorrência normativa no campo dos delitos ambientais realizar um panorama sobre a configuração dos tipos penais ambientais

⁴⁶⁰ GRACIA MARTÍN, Luis. *La infracción de deberes contables y registrales tributarios en derecho penal*. Madrid: Editorail Trivium, S.A., 1990. p. 244.

⁴⁶¹ *Ibid.*, p. 244.

⁴⁶² *Ibid.*, p. 245.

⁴⁶³ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Teoria geral da parte especial do Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 210.

no arcabouço normativo de determinado ordenamento jurídico. Neste estudo, voltar-se-á a analisar a estrutura dos mesmos na Lei 9.605/98.

Especificamente no que diz respeito à distinção já realizada neste estudo cabe salientar que, conforme ensina Luis Gracia Martín, o objeto material pode desempenhar, com frequência, dentre outras, uma função limitadora da tutela penal do bem jurídico. Este, enquanto valor, pode refletir em uma multiplicidade de objetos reais, mas pode ser que o legislador considere que apenas haverá injusto material que demande atuação do Direito Penal quando a lesão ou colocação em perigo do bem jurídico se materialize em algum ou alguns objetos materiais, assumindo o objeto material uma função diferenciadora entre os tipos penais que protegem o mesmo bem jurídico.⁴⁶⁴

Luis Gracia Martín destaca a função mais importante do objeto material no âmbito do tipo penal que traz implicações teórico-práticos: “la lesión del objeto material, en cuanto que es el objeto directo de la agresión del autor, cumple la función, en los delitos de resultado, de representar al resultado *típico* del delito en el sentido de que su lesión identifica la lesión o peligro *típicos del bien jurídico*.”⁴⁶⁵

Por isso é de suma importância conhecer qual é a lesão ou perigo de lesão do bem jurídico protegido pelos delitos ambientais para, posteriormente, poder verificar em qual realidade material aquela contempla, isto é, em que objeto concreto se pode constatar aquela lesão ideal (referente ao bem jurídico).

Esta questão é de máxima relevância, pois somente desta maneira é possível deduzir solidamente os elementos que deverão configurar a ação típica - no nosso recorte de estudo, dos delitos ambientais -, e, em particular das diferentes formas de agressão ao objeto material e, por consequência, de produção de lesão ou perigo ao bem jurídico.⁴⁶⁶

Neste contexto, no que diz respeito à Lei 9.605/98, conforme bem ressalva Zenildo Bodnar, embora o meio ambiente enquanto bem jurídico penal tutelado seja uno, a opção do legislador consistiu em conferir proteção penal especificamente aos diversos aspectos do meio ambiente de forma autônoma em crimes distintos com intuito de conferir uma tutela penal mais efetiva ao meio ambiente.⁴⁶⁷

⁴⁶⁴ GRACIA MARTÍN, Luis. *La infracción de deberes contables y registrales tributarios en derecho penal*. Madrid: Editorail Trivium, S.A., 1990. p. 250.

⁴⁶⁵ *Ibid.*, p. 250.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, p. 250.

⁴⁶⁷ BODNAR, Zenildo. O concurso de crimes ambientais: arts. 48 e 64 da Lei 9.605/1998, possibilidade e necessidade. *Revista de direito ambiental*, São Paulo, v. 16, n. 62, p. 267-283., abr./jun. 2011. p. 273.

Assim, quando o legislador redigiu o capítulo V da Lei 9.605/98, que refere-se aos crimes contra o meio ambiente, subdividiu este em cinco seções distintas para compreender os diversos aspectos que englobam toda a complexidade do conteúdo bem jurídico meio ambiente penalmente tutelável, sendo eles: *seção I* – dos crimes contra a fauna; *seção II* – dos crimes contra a flora; *seção III* – da poluição e outros crimes ambientais; *seção IV* – dos crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural; *seção V* – dos crimes contra a administração ambiental.

Neste sentido, segundo Zenildo Bodnar, seria caso de reconhecer concurso de crimes entre os tipos penais ambientais que, apesar de protegerem o meio ambiente, tutelarem aspectos diversos deste bem jurídico uno.⁴⁶⁸ Por esta razão, o referido autor aponta que, em regra geral, não haverá casos de concurso *aparente* de normas penais incriminadoras estabelecidas pelas diversas Seções do capítulo V referente aos crimes ambientais exatamente pela diversidade dos aspectos do meio ambiente tutelados respectivamente.⁴⁶⁹

Contudo, apesar de concordar parcialmente com este apontamento deste autor, é necessário complementar esta ideia no sentido de que, de fato, quando tipos penais incriminadores tutelarem aspectos distintos do meio ambiente e incidirem sobre uma unidade de fato concreto analisado, necessário se fará reconhecer o concurso de crimes – seja formal, seja material.

Neste caso não haverá violação ao princípio do *ne bis in idem*, que atua como um limitador da intervenção jurídico-penal no âmbito concursal, uma vez que, apesar de se estar diante de um mesmo agente e mesmo fato, o fundamento pelo qual se aplica cada um dos tipos penais é distinto e não se valora o mesmo aspecto do fato mais de uma vez por identidade de fundamento.

De outro lado, ao reconhecer, em regra geral, o concurso de crimes nestes casos também se haverá observado o princípio da *íntegra valoração do fato* que atua como fundamentador da teoria concursal, já que para a reprovação jurídico penal do fato concreto na sua completude que lesiona ou coloca em perigo diversos aspectos do meio ambiente que são tutelados por tipos penais ambientais distintos que incidem sobre o mesmo, a aplicação conjunta, em concurso de delitos, seria necessário para abarcar a integralidade do injusto praticado pelo sujeito.

⁴⁶⁸ BODNAR, Zenildo. O concurso de crimes ambientais: arts. 48 e 64 da Lei 9.605/1998, possibilidade e necessidade. *Revista de direito ambiental*, São Paulo, v. 16, n. 62, p. 267-283., abr./jun. 2011. p. 273.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, p. 273.

Mas, é preciso ir além quando se examina a redação dos tipos penais ambientais contidos na Lei 9.605/98. Isto porque é necessário se atentar para hipóteses de uma incidência múltipla de tipos penais ambientais sobre uma unidade de fato concreto que, apesar de se encontrarem em Seções diversas, e, portanto, tutelarem, em tese, aspectos diversos do bem jurídico meio ambiente, será possível identificar a partir da interpretação dos elementos contidos na própria redação conferida pelo legislador indícios no sentido de que determinados tipos penais ambientais além de protegerem preponderantemente um aspecto específico do meio ambiente (por exemplo, flora, fauna, ar, ordenamento territorial) também levam em conta outros aspectos deste mesmo bem jurídico uno para sua configuração típica que, por sua vez, já são tutelados de forma preponderante por outro tipo penal ambiental que também incide no caso concreto e é previsto, por consequência, em uma Seção distinta da primeira no capítulo V da Lei 9.605/98.

Nestas hipóteses torna-se relevante refletir se a aplicação conjunta de todos os tipos penais ambientais que incidem sobre o mesmo fato concreto, apesar de forma autônoma tutelarem preponderantemente aspectos distintos do bem jurídico meio ambiente, não implicaria violação ao princípio do *ne bis in idem* no sentido de que um mesmo elemento do fato concreto ser indevidamente valorado mais de uma vez com base no mesmo fundamento, bem como a aplicação conjunta estaria em inobservância ao princípio da *íntegra valoração do fato*, uma vez que a aplicação de apenas um dos tipos penais ambientais incidentes sobre o fato concreto, por si só, já seria suficiente para abarcar a integralidade do injusto deste.

Conforme é possível observar, no que diz respeito aos delitos ambientais previstos no ordenamento jurídico-penal brasileiro na égide da Lei 9.605/98, inferem-se algumas particularidades realizadas pelo legislador quando da redação de alguns tipos penais ambientais que acabam provocando a necessidade de realização de uma análise dogmática que contribua para o estabelecimento de alguns critérios de interpretação do conteúdo que se revelam nos referidos tipos penais.

Considerando que a efetiva proteção do meio ambiente não se dá exclusivamente pelo Direito Penal, mas por um conjunto de ramos jurídicos, em especial, pelo Direito Administrativo, o legislador penal, ao elaborar os tipos penais ambientais, deve levar em conta a legislação administrativa de modo a harmonizá-la sistematicamente e, neste sentido, cabe destacar o uso da técnica da norma penal em branco.

Ademais, esse campo específico constituído pelos crimes ambientais demanda um olhar interdisciplinar para analisar de forma adequada as condutas concretas que efetivamente lesionam ou colocam em perigo o bem jurídico meio ambiente, envolvendo conhecimentos de direito ambiental, das regulações administrativas e das particularidades do direito penal.

Por esta razão, verifica-se que os tipos penais ambientais contidos na Lei 9.605/98 constituem em sua quase totalidade normas penais em branco, isto é, dependem de uma complementação normativa, preponderantemente extrapenal, para que se possa compreender o conteúdo do injusto neles contidos.

A norma penal em branco⁴⁷⁰ – se utilizada apenas quando necessária e de forma adequada - pode ser vista como um facilitador para coordenar de forma harmônica as disposições administrativas e as normas penais para uma tutela mais efetiva do meio ambiente.

João Paulo Orsini Martinelli e Edson Amaral de Almeida apontam alguns exemplos de normas penais em branco dentre os inúmeros tipos penais ambientais contidos na Lei 9.605/98:

Na parte dos crimes contra a fauna, temos, por exemplo, o art. 29, § 2º, (espécie silvestre não considerada ameaçada de extinção) e sua causa de aumento prevista no § 4º, inciso I; art. 32, (animal exótico); art. 33 (águas jurisdicionais brasileiras); art. 34 (pescar em períodos e lugares proibidos por órgão competente); art. 37, inciso IV (conceito de animal nocivo). Nos casos dos crimes contra a flora as disposições não são diferentes. Verifica-se pela leitura dos artigos 38, 39 e 44 (floresta de preservação permanente); artigos 40 e 52 (Unidade de Conservação de Proteção Integral e Unidade de Conservação de Uso Sustentável); art. 45 (madeira de lei, assim classificada por ato público); dentre outros dispositivos.⁴⁷¹

Assim, segundo os referidos autores, em todos os dispositivos legais acima mencionados, o legislador atribui à autoridade administrativa competência para legislar acerca do tema ou expedir atos administrativos, definindo, assim, o complemento da norma penal que deve ser avaliado para examinar a configuração ou não do crime ambiental.⁴⁷²

⁴⁷⁰ Sobre o tema norma penal em branco e suas implicações jurídico-penais, cf. SILVA, Pablo Alflen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

⁴⁷¹ MARTINELLI, João Paulo Orsini; ALMEIDA, Edson Amaral de. As normas penais em branco no âmbito dos crimes ambientais e suas consequências na política criminal brasileira. In: CARVALHO, Érika Mendes de; PRADO, Alessandra Mascarenhas (org.). *Repensando a proteção do meio ambiente*. 20 anos da Lei 9.605/98. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 161-177. p. 169-170.

⁴⁷² *Ibid.*, p. 170.

Contudo, apesar do uso da norma penal em branco se apresentar indispensável como elemento normativo de uma estrutura típica ecológica, tal utilização deve ser imprescindível para proteção do bem jurídico meio ambiente e ser clara quanto ao seu conteúdo remissivo, pois além de auxiliar o aplicador da lei quando do caso concreto, também – como bem ressalva Juarez Cirino dos Santos⁴⁷³ – contribui para uma melhor compreensão do conteúdo proibitivo pelo destinatário do preceito primário da norma penal ecológica, qual seja, o cidadão.

Contudo, as normas penais em branco no contexto ambiental devem ser utilizadas “somente nos casos inevitáveis que envolvem grande complexidade, em que realmente não seja possível esgotar no tipo penal a hipótese fática.”⁴⁷⁴

Neste contexto, infere-se a inerente assessoriedade administrativa na configuração dos delitos ambientais, cabendo à Administração a função de conferir unidade ao ordenamento jurídico e excluir do âmbito jurídico-penal o que for tolerado pelas normas administrativas.

Conforme bem apontado por Luis Greco, o conteúdo do bem jurídico meio ambiente digno de tutela penal já constituía objeto de tutela do direito administrativo antes da proteção penal conferida de forma sistematizada pela Lei 9.605/98 e, por isso, “esta situação faz com que o Direito Penal Ambiental contenha vasto número de dispositivos que parecem proibir não qualquer lesão ao bem ambiental protegido, mas somente aquela praticada também em *contrariedade ao direito administrativo*.”⁴⁷⁵

Com relação à assessoriedade administrativa ser inerente ao Direito Penal no sentido de auxiliar na construção do tipo penal ambiental cabe destacar os ensinamentos de Helena Regina Lobo da Costa:

Isso se explica pelas próprias características da regulamentação ambiental. Ela envolve conhecimentos técnicos específicos, detalhadas diferenciações de tratamento entre regiões diversas, balanceamento da proteção ambiental com objetivos econômicos e, sobretudo, delimitação em muitos casos quantitativa da conduta proibida. Além disso, constantemente substâncias novas passam a ser utilizadas em processos industriais, descobrindo-se,

⁴⁷³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*. Parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014. p. 314.

⁴⁷⁴ MARTINELLI, João Paulo Orsini; ALMEIDA, Edson Amaral de. As normas penais em branco no âmbito dos crimes ambientais e suas consequências na política criminal brasileira. In: CARVALHO, Érika Mendes de; PRADO, Alessandra Mascarenhas (org.). *Repensando a proteção do meio ambiente*. 20 anos da Lei 9.605/98. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 161-177. p. 171.

⁴⁷⁵ GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da assessoriedade administrativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 58, p. 152-194, jan./fev. 2006. p. 154.

então, seu caráter poluidor, sendo, a seguir, estabelecida sua proibição ou controle em sua utilização. Essas tarefas não se coadunam com o alcance do direito penal. Instrumento estruturalmente avesso a flexibilizações, o tipo penal não consegue – nem deve – abarcar tamanho detalhamento e complexidade, impondo-se o recurso ao direito administrativo.⁴⁷⁶

Todavia, esta relação de assessoriedade do direito administrativo para a constituição de tipos penais ambientais gera um desafio significativo no que diz respeito a tensão entre a dinâmica de cada um destes ramos jurídicos, qual seja, o direito penal caracterizado pela primazia do princípio da legalidade em contraste com os espaços de discricionariedade e oportunidade presentes no direito administrativo.⁴⁷⁷

Além das normas administrativas, Jesús-María Silva Sánchez e Raquel Montaner Fernandéz apontam que as normas técnicas podem ser utilizadas para delimitar materialmente o risco permitido de uma tecnologia, processo, atividade com incidência ambiental com intuito de analisar a relevância jurídico-penal de uma conduta lesiva ao meio ambiente.⁴⁷⁸

Nos delitos ambientais, infere-se também uma recorrente utilização da técnica de perigo na construção dos seus respectivos tipos penais,⁴⁷⁹ em especial de perigo abstrato, “mediante um rígido processo de tipificação que leve sempre em conta a relação bem protegido/conduto perigosa.”⁴⁸⁰

Assim, os delitos ambientais, em sua grande maioria, são caracterizados pelo resultado de perigo e sua respectiva consumação se dá com a mera criação de um risco sem que seja necessária a ocorrência de um dano real e efetivo ao meio ambiente.⁴⁸¹

Luiz Regis Prado aponta que, em regra geral, “ faz-se referência à conexão entre perigo e bem jurídico protegido como característica determinante dos delitos de perigo e delimitadora dos que comportam uma lesão para o bem.”⁴⁸²

⁴⁷⁶ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 65-66. Sobre este tema cf. também CARVALHO, Érika Mendes de. Ensaio sobre o significado dogmático da acessoriedade administrativa nos delitos ambientais. *Revista Liberdades*, São Paulo, Ed. Especial, p. 23-46, dez. 2011.

⁴⁷⁷ 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. 152-194, jan./fev. 2006. p. 155.

⁴⁷⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Los delitos contra el medio ambiente*. Reforma legal y aplicación judicial. Barcelona: Atelier, 2012. p. 20-21.

⁴⁷⁹ FREITAS, Gilberto Passos de. Direito Penal Ambiental. In: PHILIPPI JR., Arlindo; ALVES, Alaôr (ed.). *Curso Interdisciplinar de Direito Ambiental*. Barueri: Manole, 2005. p. 401-424. p. 405.

⁴⁸⁰ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal ambiental (problemas fundamentais)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 72.

⁴⁸¹ ESTEVE PARDO, José. *Derecho del medio ambiente*. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 126. Cf. também GARCÍA RIVAS, Nicolás. *Delito ecológico*. Estructura y aplicación judicial. Barcelona: Editorial Praxis, S.A, 1998. p. 134.

⁴⁸² PRADO, *op. cit.*, p. 73.

Neste contexto para que a imputação do tipo penal ambiental não decorra de uma interpretação puramente formalista deste, isto é, exclusivamente à luz da legislação administrativa, José Muñoz Lorente dispõe que é necessário acrescentar a esta análise exigências materiais que contribuam para conferir maior concretude ao desvalor penal da conduta,⁴⁸³ em observância ao princípio da ofensividade e impedir uma aplicação meramente mecânica das remissões normativas extrapenais contidas na Lei 9.605/98.

A incriminação em tipos de perigo, em concreto ou em abstrato, está relacionada, em grande medida, às características da conduta proibida,⁴⁸⁴ mas a divisão tradicional dos crimes de perigo, na realidade, “ofusca o problema central que obriga o intérprete nesses crimes a definir, com relação a cada norma incriminadora isolada, a exata dimensão do perigo-tipo”⁴⁸⁵ e, posteriormente, analisar uma eventual sobreposição normativa de tipos penais ecológicos.

Com relação à regra de análise dos crimes ecológicos de perigo concreto cabe transcrever os ensinamentos de Paulo José da Costa Júnior:

[...] a situação de ameaça aos bens ecológicos, na qual se consubstancia o perigo concreto, deve ser verificada caso por caso. Em outras palavras: aperfeiçoa-se o tipo se, após uma valoração de todas as circunstâncias do fato, se possa deduzir que se repetem os esquemas de condutas que, pela experiência generalizada, são consideradas capazes de produzir o evento.⁴⁸⁶

Ademais, Paulo José da Costa Júnior dispõe que as hipóteses de crimes de dano na seara ambiental são mais raros porque são de difícil aplicação na prática, pois implica que o crime ecológico comporte a “valoração da lesão efetiva de um bem ambiental.”⁴⁸⁷

Diante deste cenário o referido autor realiza um diagnóstico preciso que, apesar de ter sido apontada em 1992, tal reflexão se verifica concretizada atualmente:

Nota-se: nos tempos hodiernos, a tendência é antecipar a proteção do ambiente natural, do momento do dano ao momento do exercício da atividade perigosa aos bens ecológicos, quando não do instante da simples detenção ou produção de substâncias poluentes. A atenção do

⁴⁸³ MUÑOZ LORENTE, José. Análisis sobre la constitucionalidad de algunos tipos penales relativos a la flora y fauna. Interpretaciones para su adecuación constitucional. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 54, p. 71-141, ene./dic. 2001. p. 103-104.

⁴⁸⁴ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal ecológico*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. p. 75.

⁴⁸⁵ *Ibid.*, p. 76.

⁴⁸⁶ *Ibid.*, p. 77.

⁴⁸⁷ *Ibid.*, p. 73.

legislador tem sido cada vez maior nesse sentido, obeceçada que se acha pela necessidade de prevenir o fenômeno, reprimindo as condutas preparatórias. Afastam-se os crimes ecológicos, conseqüentemente, sempre mais da lesão efetiva do bem jurídico, para construírem uma linha avançada de defesa contra a poluição.⁴⁸⁸

Assim, alguns crimes ambientais de perigo abstrato se comportam como crime-obstáculo, este definido por Paulo José da Costa Júnior, como sendo “daquela espécie de ilícito penal que se constrói em derredor de uma conduta finalisticamente orientada à prática de outro crime mais grave.”⁴⁸⁹

Na atual lei ambiental em vigor (Lei 9.605/98) é possível encontrar diversas incriminações ecológicas desta natureza que “refletem em si mesma uma projeção teleológica objetiva, realizando no futuro ações concretamente perigosas aos interesses ambientais tutelados pela norma”.⁴⁹⁰ São exemplos que podem depreender-se da Lei 9.605/98: “penetrar em unidades de conservação” (art. 52) ou “ter em depósito substância perigosa ao meio ambiente” (art. 56). Acerca da referida finalidade objetiva Paulo José da Costa Júnior aponta que:

E é exatamente a finalidade objetiva, que emerge do fato constitutivo do crime, que motiva a intervenção do legislador penal contra uma conduta que constitui simples promessa para a lesão concreta do bem protegido. Esses tipos, concentrados no fato de que determinadas coisas têm capacidade potencial de gerar condutas nocivas, deixam de lado a previsão do perigo, para permanecer apenas na soleira.⁴⁹¹

No que diz respeito aos crimes-obstáculo em relação aos crimes de perigo vale destacar que:

[...] sob angulação cronológica, os crimes-obstáculo caracterizam-se por uma fase que precede o início de verdadeiras atividades poluentes, enquanto os clássicos crimes de perigo dão ênfase a uma fase sucessiva, que é a do preparo, ou do exercício de tal atividade.⁴⁹²

Apesar da tendência do legislador ambiental se valer da estrutura típica de perigo abstrato ao redigir os crimes ecológicos, tal disposição está desprovido de sentido em relação à exigência de proteger concretamente o bem jurídico meio ambiente:

⁴⁸⁸ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal ecológico*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. p. 79.

⁴⁸⁹ *Ibid.*, p. 79.

⁴⁹⁰ *Ibid.*, p. 80.

⁴⁹¹ *Ibid.*, p. 80.

⁴⁹² *Ibid.*, p. 80.

Não impõe eles [crimes de perigo abstrato], em verdade, ao agente, um comando ainda que específico de impedir um evento prejudicial à natureza, mas a obrigação formal de se ater à disciplina administrativa, que se presume *a priori* adequada a realizar as finalidades a que se propõe o legislador da tutela ambiental.⁴⁹³

Ademais, os delitos ecológicos de perigo abstrato podem implicar uma mera inobservância a normas extrapenais que regulamentam a matéria:

Daí deriva que estes crimes [de perigo abstrato], em realidade, não se concentram na lesão de um bem jurídico, mas são crimes de “desobediência”, onde o elemento normativo – inobservância das disposições da autoridade – assume tamanha amplitude que exaure toda a conduta constitutiva do delito. O uso de esquemas ora descritos comprometeu, de modo definitivo, a relação que tradicionalmente se apresentava entre a conduta proibida e o bem protegido, absorvendo o segundo no desvalor da primeira. Apresenta-se o crime ecológico, nesses casos, como tipos de mera violação de um dever formal de obediência a normas extrapenais que governam a matéria. [...] Feitas as contas, esse método atua como verdadeira inversão tipológica, desviando a atenção de uma lesão ecológica anônima para determinada personalidade antiecológica.⁴⁹⁴

Todavia não se deve confundir o referido tipo penal de perigo abstrato como mera desobediência ao preceito administrativo (*v.g.* “sem a devida autorização”):

Nessa linha, ao punir a desobediência a preceitos administrativos ou o exercício não autorizado de atividades poluentes, o legislador buscaria “reprimir não a ‘mera desobediência’, mas a realização, *através da mera desobediência*, de condutas consideradas *em si* abstratamente idôneas para prejudicar aqueles ‘bens da vida’ cingidos ao paradigma ‘tutela do ambiente’”. Naquela escala ideal que vai da repressão da “mera desobediência” até a lesão ou concreta exposição a perigo de bens jurídicos, esas incriminações se localizariam em uma posição intermediária: “longe de serem totalmente ‘privadas de um bem jurídico’, tais incriminações assumem o prejuízo potencial *como elemento intrínseco à conduta incriminada*, segundo uma técnica de tipificação, própria dos crimes de perigo *presumido*.”⁴⁹⁵

Guilherme Gouvêa de Figueiredo adverte que tal raciocínio apresenta-se incompleto quanto ao seu conteúdo ofensivo, pois não confere elementos concretos para

⁴⁹³ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal ecológico*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. p. 83.

⁴⁹⁴ *Ibid.*, p. 83.

⁴⁹⁵ FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Crimes ambientais e bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 243.

impedir uma interpretação automática do tipo, uma vez que o referido perigo presumido na estrutura dos delitos de perigo abstrato pode não se confirmar de fato no caso concreto.⁴⁹⁶

Assim, María Carmen Alastuey Dobón aponta que é necessário mais do que uma periculosidade da ação previamente assim compreendida pelo legislador quando elabora tipos penais em abstrato, pois requer ao juiz que verifique no momento da realização de determinada ação (juízo *ex ante*) que não era absolutamente improvável a produção de lesão ao bem jurídico.⁴⁹⁷ Desta forma, o tipo objetivo dos crimes de perigo abstrato depende de um juízo de idoneidade *ex ante*.⁴⁹⁸

Neste sentido, quando a descrição típica não contemplar qualquer desvalor material insito à ação é imprescindível interpretar referido tipo penal sob um viés teleológico “que nos permita tornar efetivos os criterios que conforman o sistema também na construção e interpretação dogmática dos elementos do crime;”⁴⁹⁹ de modo que seja necessária a “existência de um relação normativa de imputação entre a infração administrativa e o perigo material.”⁵⁰⁰

Por isso, Antonio Mateos Rodríguez- Arias afirma que os delitos de perigo abstrato devem comportar uma idoneidade objetiva para lesionar o bem jurídico, restando descartadas a possibilidade de punir ações absolutamente inidôneas,⁵⁰¹ pois “la necesidad de que la periculosidad de la conducta para el bien jurídico sea la *ratio decidendi* de la tipicidad es un imperativo directo del principio de ofensividad.”⁵⁰²

Neste contexto cabe destacar a ponderação crítica realizada por Luís Greco de que a potencialidade de ampliar a punibilidade por meio da tutela de bens jurídicos coletivos e o próprio manuseio da técnica de perigo abstrato em virtude de não haver “regras para postular bens coletivos” e, por essa razão, tanto os bens jurídicos coletivos quanto os crimes de perigo abstrato se apresentam como mecanismos de antecipação de tutela

⁴⁹⁶ FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Crimes ambientais e bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 243.

⁴⁹⁷ ALASTUEY DOBÓN, María Carmen. *El delito de contaminación ambiental*. (Artículo 325.1 del Código penal). Granada: Comares, 2004. p. 110-111.

⁴⁹⁸ BAGES SANTACANA, Joaquim. *El principio de lesividad en los delitos de peligro abstracto*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. p. 196.

⁴⁹⁹ FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 258.

⁵⁰⁰ *Ibid.*, p. 261.

⁵⁰¹ MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio. *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*. Madrid: Colex, 1998. p. 73.

⁵⁰² BAGES SANTACANA, *op. cit.*, p. 188.

penal.⁵⁰³ Ademais, o referido autor dispõe que “no caso de crimes de perigo abstrato, antecipa-se a proibição; no bem jurídico coletivo, antecipa-se a própria lesão.”⁵⁰⁴

Desta forma, torna-se necessário analisar os tipos penais de perigo abstrato – em especial, os ambientais – à luz de uma perspectiva crítica do bem jurídico meio ambiente em conjunto com a irrenunciável intervenção mínima do Direito Penal e seu inerente caráter fragmentário, com a ressalva de que a questão do crime de perigo abstrato não está, em geral, vinculado com o bem jurídico em si considerado a ser tutelado, mas sim à estrutura do delito que revela como proteger um determinado bem jurídico.⁵⁰⁵

Outrossim, como aponta Luis Greco, o debate em torno dos crimes de perigo abstrato e bens jurídicos coletivos deve ser intermediado pelos próprios tipos penais que podem ser enquadrados nessas duas categorias, pois “não é possível superar os problemas do direito penal moderno com uma atitude de dogmático da Parte Geral, mas que a Parte Especial tem de ser levada em conta extensiva e intensivamente,”⁵⁰⁶ bem como os tipos penais previstos em legislação penal especial.

Contudo, mesmo os delitos ecológicos de perigo concreto comportam uma série de dificuldades, pois, geralmente, descrevem condutas genéricas e amplas que culminam em tipos penais, em certa medida, indeterminados quanto ao seu conteúdo.⁵⁰⁷ Quando a tutela do meio ambiente se atrela à proteção da saúde pública, por exemplo, normalmente, se verifica a expressão “que possam causar dano ou perigo à saúde pública”, tal como ocorre na descrição típica do delito de poluição do art. 54 da Lei 9.605/98. Atrela-se a este contexto a questão do nexos de causalidade entre a conduta concreta e o resultado que se imputa ao sujeito, tal tarefa não é simples de realizá-la em se tratando de crimes ambientais.

Torna-se importante destacar que a diferença entre perigo abstrato e perigo concreto não se dá pelo grau de probabilidade de que se produza lesão ao bem jurídico,

⁵⁰³ GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 4.

⁵⁰⁴ GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 12, n. 49, p. 89-147, jul./ago. 2004. p. 112-113.

⁵⁰⁵ GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 12, n. 49, p. 89-147, jul./ago. 2004. p. 118-119.

⁵⁰⁶ GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 45.

⁵⁰⁷ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal ecológico*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. p. 84.

mas sob a perspectiva que se analisa o fato e o objeto sobre o qual recai a referida valoração:

El caso de los delitos de peligro concreto, se emite un juicio *ex post* en virtud del cual ha de ser constatable que un objeto material del delito ha entrado en el radio de posible eficacia causal de la conducta. En cambio, en los delitos de peligro abstracto la valoración del hecho recae únicamente sobre la situación que *ex ante* podía derivar del comportamiento típico. Que en una clase de delito exija una efectiva puesta en peligro del objeto material de acción y en la otra no, es compatible con que las respectivas conductas sean igualmente peligrosas, o incluso que lo sea más tipificada como delito de peligro abstracto, sobre todo si se entiende que a través de ambas formas delictivas sólo deben prohibirse conductas gravemente peligrosas por mostrar un altísimo grado de probabilidad de conllevar una lesión del bien jurídico.⁵⁰⁸

Ademais, diversos tipos penais denominados ambientais na Lei 9.605/98 inobservam o princípio da lesividade ou ofensividade porque, apesar de determinadas condutas formalmente se adequarem tipicamente aos mesmos, na verdade, não lesionam e nem colocam em perigo – nem mesmo em modo abstrato – o bem jurídico meio ambiente. Como bem assinala José Muñoz Lorente nestes casos “aun cuando la lesión o puesta en peligro del bien jurídico resulta ser imprescindible para la aplicación de cualquier tipo penal”, tem sido imputado de forma indevida responsabilidade penal por fatos tidos como ambientais, quando, em verdade, não se configuraram com relevância jurídico-penal.⁵⁰⁹

Apenas a título ilustrativo, cabe mencionar o delito previsto no art. 49 da Lei 9.605/98 que proíbe a conduta de “destruir, danificar, lesar ou maltratar, por qualquer modo ou meio, plantas de ornamentação de logradouros públicos ou em propriedade privada alheia”. Ainda assim, o legislador pune a forma culposa deste referido delito, conforme se verifica do parágrafo único deste mesmo dispositivo legal. Este é um exemplo evidente de um tipo penal formalmente denominado ambiental, mas que, materialmente, não lesiona e tampouco coloca em perigo – sequer em abstrato – o bem jurídico meio ambiente.

Embora esses tipos penais em que não se tutela de forma autêntica o bem jurídico meio ambiente deveriam ser ignorados – isto é, descartados *ab initio* - pelo juiz quando do exame do caso concreto, verifica-se que há muitas condenações pelos mesmos, nos quais

⁵⁰⁸ BAGES SANTACANA, Joaquim. *El principio de lesividad en los delitos de peligro abstracto*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. p. 201-202.

⁵⁰⁹ MUÑOZ LORENTE, José. Análisis sobre la constitucionalidad de algunos tipos penales relativos a la flora y fauna. Interpretaciones para su adecuación constitucional. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 54, p. 71-141, ene./dic. 2001. p. 87. Cf. también MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria. *Derecho penal del medio ambiente*. Madrid: Iustel, 2008. p. 55-56.

se verifica total ausência de lesão ou colocação em perigo o meio ambiente e, portanto, carecem de um conteúdo de injusto material.

Estes referidos tipos penais indevidamente presentes na Lei 9.605/98 também podem concorrer em eventual sobreposição normativa que dificulta a análise da questão concursal pelo fato de que, ao não tutelar de forma autêntica o meio ambiente, por vezes, acaba induzindo ao reconhecimento de um concurso de delitos quando, na verdade, um dos tipos penais que concorrem nem deveria sequer ser aplicado.

Outrossim, há também diversos tipos penais que podem ser considerados pluriofensivos, já que se pode depreender da redação do tipo penal a tutela de mais de um bem jurídico além do meio ambiente em si, tal como se dá no crime de poluição, conforme previsão na 1ª parte do art. 54 da Lei 9.605/98.

Ademais, a própria redação conferida pelo legislador penal ao elaborar tipos penais ambientais é de difícil interpretação, pois, no geral, se utiliza de termos genéricos e imprecisos, conforme aponta Luiz Regis Prado em relação aos principais problemas no âmbito dos delitos ambientais que dificultam, sobremaneira, o juízo de tipicidade tão indispensável no âmbito concursal:

As Leis Penais Ambientais, mormente no Brasil, são, em sua maioria, excessivamente prolixas, casuísticas, tecnicamente imperfeitas, quase sempre inspiradas por especialistas do setor afetado, leigos em Direito, ou quando muito de formação jurídica não específica, o que as torna de difícil aplicação, tortuosas e complexas, em total descompasso com os vetores – técnico-científicos – que regem o Direito Penal moderno.⁵¹⁰

Por fim, cumpre ressaltar a falta de proporcionalidade com relação à pena *abstratamente* cominada aos delitos ambientais previstos na Lei 9.605/98 com o grau de colocação de perigo – seja abstrato, seja concreto – e de lesão do bem jurídico meio ambiente, em especial, conforme aponta Érika Mendes de Carvahó, no que diz respeito aos crimes que protegem o patrimônio florestal.⁵¹¹

Assim, como se pode constatar, o sistema ambiental de tipos penais elaborado pelo legislador se apresenta ausente de sistematização e com peculiaridades bastante próprias no que diz respeito à configuração típica e redação legal dos crimes ambientais que

⁵¹⁰ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal ambiental (problemas fundamentais)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 40.

⁵¹¹ CARVALHO, Érika Mendes de. *Tutela penal do patrimônio brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 189.

influenciarão, em grande medida, na análise da questão concursal em se tratando de sobreposição de normas penais ambientais incidentes sobre o mesmo fato concreto.

3.4 INDAGAÇÕES PRESENTES NO ÂMBITO DA CONCORRÊNCIA NORMATIVA PENAL-AMBIENTAL

Verifica-se que a Lei 9.605/98 possui inúmeros tipos penais voltados para a tutela do bem jurídico meio ambiente, em torno de 38 (trinta e oito) crimes ambientais. Esta constatação nos revela que a quantidade de situações que podem ensejar uma sobreposição normativa entre estes tipos penais ambientais em virtude da convergência de tutela de determinados aspectos do meio ambiente é bastante significativa e, neste sentido, os desafios no âmbito concursal para aferir uma unidade ou pluralidade de crimes no caso concreto se apresentam para buscar uma adequação típica em um ou mais tipos incriminadores.

Neste contexto delineado da complexidade de interpretar o conteúdo de um único tipo penal ambiental em virtude da própria peculiaridade do bem jurídico que se visa tutelar penalmente, qual seja, o modo pelo qual os tipos penais incriminadores foram redigidos na Lei 9.605/98 se revela um grau ainda maior de dificuldade em identificar um concurso de crimes ambientais ou uma mera concorrência normativa penal ambiental quando se verifica estar diante de um caso concreto no qual se poderia constatar uma possível violação, ao menos, *a priori*, de duas ou mais normas penais incriminadoras ambientais contidas na Lei 9.605/98.

Interessante notar que a forma de redigir os tipos penais ambientais influencia significativamente no âmbito da questão concursal. Apenas para fins ilustrativos observaremos a redação do crime de poluição do art. 325 do Código Penal Espanhol e do delito de poluição do art. 54 da Lei 9.605/98.

Dispõe o art. 325 do Código Penal Espanhol:

Será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de

los sistemas naturales. Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior.⁵¹²

No âmbito da questão concursal o ponto controverso aqui está na hipótese em que o delito de poluição constituído por emissões de poluentes aptos a causar um grave prejuízo para a saúde das pessoas. Isto porque a parte final do dispositivo acima consistente no fato de que se o risco for de grave prejuízo para a saúde humana a pena privativa de liberdade se aplicaria na sua metade superior é considerado pela doutrina espanhola como um tipo básico autônomo em relação à primeira parte.⁵¹³ Além de uma evidente relação de instrumentalidade entre este tipo básico e os tipos penais que tutelam a saúde e a integridade pessoal, tem-se aplicado na Espanha, as regras do concurso ideal, salvo se a potencialidade lesiva tenha culminado em uma plena lesão das pessoas atingidas; porém, tal concepção tem sido muito criticada pela doutrina espanhola.⁵¹⁴

De outro lado, dispõe delito de poluição previsto no *caput* do art. 54 da Lei 9.605/98:

Art. 54. *Causar poluição* de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora.

Conforme se depreende do teor do dispositivo acima, a expressão *danos à saúde humana*, ao contrário do art. 325 do Código Penal espanhol, constitui *um elemento normativo* do tipo básico do delito de poluição, isto é, consiste em um elemento para a própria configuração típica do delito do art. 54 da Lei 9.605/98. Assim, em uma hipótese em que um sujeito cause poluição que resulte ou possa resultar em danos à saúde humana não haverá questão concursal a ser discutida, pois apenas será possível reconhecer a ocorrência de um único crime ambiental.

Outrossim, caso a poluição causada pelo agente não gere danos ou perigo à saúde humana, mas provoque a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora, ainda assim o delito de poluição estará configurado, conforme se depreende da 2ª parte do art. 54 da Lei 9.605/98.

⁵¹² Cf. ESPANHA. *Código Penal Espanhol*. Disponível em: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20121008_02.pdf. Acesso: 06 nov. 2019.

⁵¹³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. Contaminación ambiental, residuos e instalaciones peligrosas para los recursos naturales y el ambiente, tras la reforma de 2015. *Revista Penal México*, n. 8, p. 9-27, mar./ago 2015. p. 12.

⁵¹⁴ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. Cuestiones dogmáticas relativas al delito de contaminación ambiental. *Revista Penal*, n. 4, p. 30-41. 1999. p. 35.

Este exemplo comparativo apenas demonstra a relevância da descrição contida na redação típica para análise da questão concursal e que no âmbito da concorrência normativa de tipos penais ambientais também revela a sua importância.

Ainda assim, a necessidade da presença de conceitos técnicos é significativa nas normas penais ecológicas,⁵¹⁵ não só quanto às remissões em virtude das normas penais em branco, mas para a própria compreensão do núcleo do tipo penal ambiental. Isso faz com que tal constatação também influencie na análise dos tipos penais ambientais e, por consequência da questão concursal em eventual concorrência normativa entre eles.

No que diz respeito ao emprego de conceitos técnicos nos tipos penais ecológicos, destacam-se os ensinamentos de Paulo José da Costa Júnior:

Frequentemente, nos tipos ecológicos, surge o recurso a conceitos “técnico”, bem como a remissão a regras técnicas estranhas à lei. O recurso aos primeiros apresenta-se de formas diversas. Por vezes, é o próprio conceito utilizado pelo legislador que surge como estranho à linguagem comum, visto que sua compreensão somente se faz pelo emprego de parâmetros especializados e, em geral, por uma linguagem técnica. É o caso da palavra “biodegradável”, que designa substâncias detergentes, cuja emissão é proibida no ambiente natural. Vezes outras, é um conceito da linguagem comum que deverá ser empregado em sentido técnico. É o caso do conceito de “descarga poluidora”, cujo significado, bastante generalizado na linguagem comum, na praxe difundida das diversas ordenações, é transportado para parâmetros técnico-industriais bem definidos.⁵¹⁶

Este cenário delineado dos tipos penais ecológicos revela a dificuldade do legislador em estabelecer o conteúdo proibitivo das condutas em matéria ambiental. A indeterminação dos tipos ambientais não diz respeito propriamente à falta do legislador em elaborar um sistema normativo analítico em observância ao princípio da taxatividade, mas sim, conforme aponta Paulo José da Costa Júnior:

[...] à ansiedade de proteger a qualquer preço bens que estão sendo destruídos, de maneira progressiva e irrecuperável” e que: o “recurso a método semelhante encontra-se em todas as situações em que o ordenamento não tenha ainda bem claros os limites da tutela de determinado bem, ou as espécies de ofensa que hão de ser prevenidas.⁵¹⁷

Assim, a dificuldade consistente no desafio de estabelecer qual tipo penal ambiental a ser aplicado pelo magistrado no caso concreto para observar os princípios do *ne bis in*

⁵¹⁵ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal ecológico*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996. p. 69.

⁵¹⁶ *Ibid.*, p. 69. Cf. também ESTEVE PARDO, José. *Derecho del medio ambiente*. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 124.

⁵¹⁷ *Ibid.*, p. 70-71.

idem material e da *íntegra valoración do fato* também reside na forma com a qual o legislador redigiu tais tipos penais ambientais.

Ademais à indeterminação do tipo penal ecológico há o argumento de que muitos crimes ambientais previstos pelo legislador não seriam de gravidade.⁵¹⁸ Mas, ante a realidade normativa dos crimes ambientais e falta de alternativa de tutelar o meio ambiente de forma mais adequada, Paulo José da Costa Júnior enfatiza que “na construção da norma ecológica, deve-se em grande parte prescindir da conduta vetada, para concentrar a maior atenção nas características e nos tipos de lesão que ofendem o bem protegido.”⁵¹⁹

Conforme já salientado, neste referido terreno dogmático consistente no exame da questão do concurso de delitos e do concurso de normas penais, embora alguns estudos já tenham sido realizados, ainda permanecem muitas incertezas e indagações que colocam, de certa forma e em certa medida, em crise os postulados propostos pela dogmática penal a nível de teoria do delito e de consequências jurídico-penais decorrentes.

E discutir este tema da questão concursal no âmbito dos delitos ambientais demanda um esforço ainda maior, uma vez que a complexidade de se averiguar uma unidade ou pluralidade delitiva quando da violação de mais de uma norma penal que tutele um bem jurídico de natureza supraindividual que traz consigo toda uma particularidade própria é realmente muito desafiador e demonstra desde já a dificuldade no trato do tema mas também a necessidade de uma reflexão mais detida por parte da dogmática penal acerca da matéria.

São raros os autores que no Brasil buscam analisar o concurso *aparente* de normas penais ambientais e concurso de crimes ambientais de forma específica. Dentre eles, destaca-se os estudos de Luis Paulo Sirvinskas.⁵²⁰

Porém, basta uma breve leitura acerca de como tal discussão foi proposta pelo referido autor para verificar a insuficiência na sua análise. Há descompassos conceituais de ordem dogmático-penal com os pressupostos desenvolvidos nesta temática neste estudo em alguns momentos, o que compromete – em certa medida - e reduz a verdadeira dimensão

⁵¹⁸ ALASTUEY DOBÓN, María Carmen. *El delito de contaminación ambiental*. (Artículo 325.1 del Código penal). Granada: Comares, 2004. p. 7.

⁵¹⁹ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal ecológico*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996. p. 71.

⁵²⁰ SIRVINSKAS, Luis Paulo. *Tutela penal do meio ambiente: breves considerações atinentes à lei n. 9605, de 12-2-1998*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 36-39.

da questão concursal no âmbito dos delitos ambientais e contribui para a ausência de uma indispensável visão crítica que o tema demanda.

Apenas a título de ilustração, Luis Paulo Sirvinskaskas conceitua o princípio da alternatividade como critério de solução do concurso *aparente* de normas penais no qual “a norma penal descreve várias condutas, mas basta o agente cometer um único verbo descrito para responder pelo delito”⁵²¹ e exemplifica com o delito do art. 29 da Lei 9.605/98 (“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”).

Aqui o referido autor se equivoca ao misturar o princípio da alternatividade como critério – muito criticável e pouco aceito pela doutrina dominante, conforme já salientado – de solução do concurso *aparente* de normas penais e os tipos penais mistos alternativos.

Isto porque, conforme bem explica Frederico Horta, a concorrência *aparente* de normas penais implica uma pluralidade de normas co-incidentes sobre o fato, enquanto que o tipo penal misto alternativo constitui uma única norma penal, mas que congloba consigo uma pluralidade de formas do delito (diversas descrições típicas) que podem eventualmente concorrer em uma unidade de contexto e, caso ocorra mais de uma delas, não interferirá no reconhecimento da prática de um único injusto, isto é, será considerada a perpetração de uma mesma infração por única vez, correspondente ao respectivo tipo penal misto alternativo.⁵²²

Assim, não haveria discussão sobre concorrência de normas penais no âmbito de diversas condutas praticadas pelo agente que correspondam à pluralidade de descrições de núcleos típicos contidos no âmbito de um único tipo penal de natureza mista alternativa como, por exemplo, o já mencionado delito do art. 29 da Lei 9.605/98.

Para a realização deste estudo da unidade e pluralidade delitiva no âmbito ambiental, em razão do excesso indevido de criminalização de comportamentos - no intuito de tutelar o meio ambiente – realizado pelo legislador quando da edição da Lei 9.605/98, não se atentará para todas as possibilidades de eventual concorrência de normas penais incriminadoras ambientais contidas no referido diploma legal, mas apenas a partir da relação de alguns tipos penais ambientais selecionados que, de alguma maneira, podem

⁵²¹ SIRVINSKAS, Luis Paulo. *Tutela penal do meio ambiente: breves considerações atinentes à lei n. 9605, de 12-2-1998*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 37.

⁵²² HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Do concurso aparente de normas penais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 3-4.

apresentar conexão entre si e suscitar questões de ordem concursal pertinentes entre os mesmos.

Por isso, interessante será analisar adiante os tipos penais ambientais que foram aventados nos casos apresentados inicialmente deste estudo e que tiveram como incidentes sobre o mesmo fato jurídico – mediante uma ou mais condutas - mais de uma norma penal ambiental incriminadora em que a jurisprudência pátria teve que se manifestar acerca do reconhecimento da unidade ou pluralidade delitiva e aplicar a respectiva sanção conforme entendeu mais razoável reconhecer um concurso *aparente* ou efetivo de delitos.

Para além disso, curioso notar que os crimes contra a flora em si podem ser considerados um referencial central para concorrer com certa frequência com outros tipos penais ambientais que tutelam a fauna e até mesmo com os tipos penais que protegem o ordenamento territorial urbano, conforme verificar-se-á na análise dos casos concretos.

Com relação à flora e à fauna, o nível de relação entre eles é ínsito para a manutenção ou não do equilíbrio natural do meio ambiente quando, por exemplo, se desmata de forma significativa uma determinada vegetação, de certa forma, acaba-se ocasionando a morte de animais nativos que vivem neste espaço característico ou migração de parte dela para outros ecossistemas.⁵²³

Infere-se que será necessário examinar nos casos concretos em que medida tal relação pode influenciar a análise de concorrência normativa entre tipos penais ecológicos que possuem como objeto material a fauna e os que possuem como objeto material a flora dentro de um mesmo contexto fático.

Tais questionamentos que, de início, pareciam simples, a depender das circunstâncias do caso concreto, passam a aferir inúmeras adversidades. E aqui se torna relevante observar que a referida análise será feita a partir do conceito e do conteúdo adotados de meio ambiente enquanto bem jurídico penalmente tutelável a ser compreendido para fins de examinar o alcance do injusto por este englobado. Tanto a fauna quanto a flora estão situadas no meio ambiente em sentido natural, o que não geraria, a princípio, discussão de diversidade de bem jurídico tutelado, embora o mesmo bem

⁵²³ Cabe ressaltar as ideias de Érika Mendes de Carvalho sobre esta questão: “Nota-se, portanto, que é extremamente tênue o limite que separa os delitos contra a flora e os delitos contra a fauna, de maneira que a divisão feita grosso modo pela Lei 9.605/98 não figura como a mais adequada. Plantas e animais são componentes bióticos dos ecossistemas (biocenose), e de sua contínua e harmônica interação – como produtores e consumidores, respectivamente -, em diferentes níveis tróficos, formam-se cadeias alimentares que não poderiam subsistir na ausência de um deles.” (CARVALHO, Érika Mendes de. *Tutela penal do patrimônio florestal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 142-143.).

jurídico possa ser tutelado por aspectos distintos. Este cenário será melhor desenvolvido na proposta de solução do caso 4.

De outro modo, a flora também pode estar intimamente ligada à proteção do ordenamento do território urbano, em virtude de ser, muitas vezes, tutelada na Lei 9.605/98 através do espaço que ocupa e este contexto assinalado é muito propício para o surgimento de grandes debates acerca da possibilidade ou não de reconhecer uma unidade delitiva quando sobre o fato incidir uma violação plural de normas penais incriminadoras que tutelem preponderantemente aspectos distintos do bem jurídico meio ambiente. Este cenário será melhor desenvolvido na proposta de solução do caso 1.

Desta forma, infere-se não só a importância de estabelecer o conteúdo do bem jurídico meio ambiente a ser tutelado pelo Direito Penal nos delitos ambientais previstos na Lei 9.605/98, mas, ante a insuficiência da capacidade do bem jurídico, por si só, de diferenciar o concurso *aparente* de normas penais e o concurso de delitos, necessário se faz recorrer a outros elementos, como bem ressalva Pedro Jorge Costa:

Além disso, o bem jurídico violado, em regra, trata-se apenas de um dos fatores a analisar na fixação do conteúdo de ilícito da conduta, razão pela qual tem papel limitado nas questões concursais. Rigorosamente, ofender um bem jurídico e realizar um tipo são correlativos. A unidade do crime, efetivamente, depende do exame de todos os elementos do tipo, de suas circunstâncias e das relações com outros tipos.⁵²⁴

Outrossim, cabe ressaltar o próprio desafio em examinar as implicações e as dificuldades que podem ser identificadas quando da aplicação dos critérios de solução do concurso *aparente* de normas penais no âmbito de sobreposição normativa penal ambiental possível entre os tipos penais contidos na Lei 9.605/98.

No que diz respeito ao critério da especialidade, verificou-se que este se aplica quando entre dois tipos penais, um deles contém todos os elementos contidos no outro tipo penal e mais alguns aspectos especializantes que o torna mais ou menos reprovável e, por consequência, o legislador prevê margens penais *em abstrato* distintas para expressar essa diferenciação de maior ou menor lesão ou colocação em perigo de um determinado bem jurídico, neste caso, o meio ambiente.

A título ilustrativo pode-se citar os delitos ambientais do art. 38 (“Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou

⁵²⁴ COSTA, Pedro Jorge. *A consunção no Direito Penal Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 181.

utilizá-la com infringência das normas de proteção”) e do 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”) da Lei 9.605/98.

A relação existente entre estes dois tipos penais ambientais será objeto de análise no estudo do caso 2, mas cabe registrar que aqui não há dúvidas de que trata-se de um exemplo em que se aplicará o critério da especialidade, uma vez que o delito do art. 38-A refere-se à destruição ou danificação de uma espécie de formação de vegetação específica (vegetação primária ou secundária do Bioma Mata Atlântica) em condições peculiares (estágio de avançado ou médio de regeneração) e, portanto, diante de uma sobreposição normativa entre estes dois tipos penais ambientais, prevalecerá o crime do art. 38-A em detrimento do delito do art. 38 da Lei 9.605/98.

Contudo, considerando que, conforme já se apontou, a elaboração de tipos penais com elementos especializantes (a exemplo do art. 38-A da Lei 9.605/98 que veda a destruição e danificação específica de vegetação primária ou secundária em estágio avançado ou médio de regeneração do Bioma Mata Atlântica) em relação a um determinado tipo penal (a exemplo do presente art. 38 da Lei 9.605/98 que dispõe a vedação de destruição de floresta de preservação permanente, mesmo que em formação) revela sua importância de existir no ordenamento jurídico quando expressa uma maior ou menor reprovação penal – em termos do *quantum* da pena abstratamente cominado - pelo legislador a depender de intensidade da gravidade da conduta, infere-se que na Lei 9.605/98 isto não ocorre. Isto porque, ambos os tipos penais (arts. 38 e 38-A) possuem a mesma pena, qual seja, detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Depreende-se desta referida constatação a inutilidade prática de teoricamente diferenciar a intensidade lesiva das duas referidas condutas proibidas nos termos colocados na Lei 9.605/98, uma vez que a sanção penal prevista para cada uma delas é idêntica, não se revelando, assim, uma reprovação penal distinta.

Neste caso, o legislador teria dois caminhos a percorrer: se, de fato, reconhecer, uma maior gravidade no desvalor da conduta e do resultado de destruir vegetação primária e secundária do Bioma Mata Atlântica que estão em médio ou avançado estágio de regeneração se comparada com as demais destruições de florestas de preservação de

caráter permanente ou outras formas de vegetação, deveria diferenciar as margens penais em *abstrato* entre os referidos tipos penais; caso contrário, teria que revogar o art. 38-A, pois da forma que está prevista não implica nenhuma relevância prática e sua eventual ocorrência estaria já abarcada pela conduta proibida prevista no art. 38 da Lei 9.605/98, se apresentando hoje como uma concorrência normativa a ser resolvida pelo critério da especialidade sem que expresse concretamente uma distinção quanto ao desvalor das referidas condutas.

Contudo, aqui cumpre destacar que, embora, por exemplo, Frederico Horta admita inclusive a viabilidade da ação principal ser objeto de especialização no caso de sobreposição normativa penal,⁵²⁵ parece ser preciso restringir a extensão de alcance desta especialização quanto ao núcleo do tipo penal, em especial nos delitos ambientais ou, ao menos, examinar com mais profundidade e levando em consideração efetivamente o significado técnico no âmbito ambiental de determinadas condutas tipificadas para verificar qual a relação existente entre as mesmas com escopo de aferir, em uma eventual sobreposição normativa no caso concreto, se estamos diante de uma unidade ou pluralidade delitiva.

Uma hipótese a se pensar é o exemplo do sujeito que causa poluição hídrica em um lago mediante emissão de efluentes que acaba provocando mortandade da fauna aquática que ali vivia.⁵²⁶ Neste caso poderia se questionar acerca da possibilidade de se reconhecer unidade ou pluralidade de delito entre os crimes previstos no art. 33 da Lei 9.605/98 (“Provocar, pela emissão de efluentes ou carreamento de materiais, o perecimento de espécimes da fauna aquática existentes em rios, lagos, açudes, lagoas, baías ou águas jurisdicionais brasileiras: Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas cumulativamente”) e no art. 54 do mesmo diploma legal (“Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa”).

Nesta hipótese, embora estes tipos penais ambientais possuam núcleo do tipo distintos, é possível aferir que no caso de uma poluição hídrica de um lago, mediante emissão de efluentes que cause a morte da fauna aquática que ali vivia, o tipo penal do art. 33 da Lei 9.605/98 possui elementos especializantes em relação ao crime do art. 54 do

⁵²⁵ HORTA, Frederico. *Do concurso aparente de normas penais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 117.

⁵²⁶ SIRVINSKAS, Luis Paulo. *Tutela penal do meio ambiente: breves considerações atinentes à lei n. 9605, de 12-2-1998*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 37.

mesmo diploma legal quanto ao tipo de poluição e a espécie de fauna atingida pela conduta poluidora, uma vez que “emissão de efluentes ou carreamento de materiais” não deixa de constituir uma forma de conduta poluidora.

Ney Bello Filho reconhece a existência de uma relação de especialidade entre os crimes de poluição e de perecimento da fauna ictiológica, uma vez que o delito do art. 33 da Lei 9.605/98 sanciona uma determinada espécie de poluição com reprovação de resultados também específicos:

Assim, sempre que o agente causar poluição em águas “em níveis tais” que causem a mortandade de peixes sem perigo para a saúde humana e sem perecimento da flora, fazendo-o em razão da emissão de efluentes e carreamento de materiais para a água, será hipótese de aplicação da norma do artigo 33, e não do artigo 54.⁵²⁷

O mesmo autor defende que, em se tratando de poluição em recursos hídricos e o modo de poluir consistir em emissão de efluentes ou carreamento de materiais, mas tal poluição resultar em perigo à saúde humana ou culminar na mortandade de animais não aquáticos ou perecimento da flora, dever-se-á reconhecer o concurso formal de crimes entre os delitos dos arts. 33 e 54 da Lei 9.605/98,⁵²⁸ já que o delito do art. 33 não abarcaria os referidos resultados de perigo e de dano, os quais somente seriam compreendidos pelo crime do art. 54.

Contudo, apesar da respeitável posição deste autor, não é possível concordar com o mesmo neste ponto. Isto porque reconhecer concurso de delitos entre os art. 33 e 54 da Lei 9.605/98, que recai sobre a mesma conduta de poluir, é valorar o mesmo elemento do fato concreto pelo mesmo fundamento, este entendido como igual conteúdo da proibição, violando, claramente, o princípio do *ne bis in idem* material, pois o desvalor da conduta concreta (causar poluição que resulte em perigo à saúde humana ou em mortandade dos animais ou da flora) seria desvalorada duas vezes por igual fundamento, qual seja, proteção do meio ambiente em relação às condutas de poluição. Ainda assim, o próprio autor reconhece que a localização sistemática mais adequada para o tipo penal do art. 33 da Lei 9.605/98 seria na Seção III, a qual disciplina os crimes de poluição.⁵²⁹ Ademais, a

⁵²⁷ BELLO FILHO, Ney, *et al.* *Crimes e infrações administrativas ambientais*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 220.

⁵²⁸ *Ibid.*, p. 221.

⁵²⁹ *Ibid.*, p. 221.

aplicação apenas do crime previsto no art. 54 da Lei 9.605/98, por si só, já é idôneo para compreender a integralidade do injusto penal ambiental neste caso.

Aqui cabe indagar criticamente a razão pela qual o legislador ao criar este tipo penal do art. 33 da Lei 9.605/98 conferiu um tratamento mais brando no que diz respeito às margens penais *abstratamente* cominadas na hipótese de perecimento de espécie da fauna aquática mediante emissão de efluentes ou carreamento de materiais do que o perecimento de outras espécies de fauna ou mediante outras formas de conduta poluidora contidas no tipo de poluição do art. 54 da Lei 9.605/98 que prevê, dentre outros elementos condicionantes, mortandade dos animais (seja qual espécie for).

Nota-se uma clara falta de técnica por parte do legislador em tratar de forma desigual as hipóteses distintas de poluição que ofenda uma espécie de fauna diferente demonstrando uma ausência de sistematização que pouco contribui para uma tutela adequada do meio ambiente enquanto bem jurídico penalmente tutelável no que diz respeito, especificamente, à fauna e ao equilíbrio ecológico como um todo.

Depreende-se que o delito ambiental do art. 33 da Lei 9.605/98 está na Seção II – *dos crimes contra a fauna*, enquanto que o crime ambiental do art. 54 do mesmo diploma legal está na Seção – *da poluição e outros crimes ambientais*. Contudo, o crime ambiental do art. 54, além de já contemplar a hipótese prevista do referido delito do art. 33, confere uma proteção penal uniforme à fauna de qualquer espécie em face de qualquer conduta poluidora, inclusive em relação à “emissão de efluentes ou carreamento de materiais”, sendo que esta última constitui uma forma qualificada do delito de poluição, nos termos do art. 54, § 2º, V da Lei 9.605/98, exigindo-se, assim, uma revisão legislativa quanto a esta questão.

De outro lado, pode-se verificar que há outros grupos de tipos penais que, em uma primeira leitura, apesar de envolver verbos distintos nos seus respectivos tipos penais, *a priori*, parecem tratar-se de uma relação de especialidade, mas, a partir de uma interpretação sistemática de determinados tipos penais ambientais, é possível aferir que, na verdade, se trata mais de uma relação de subsidiariedade.

Apenas para fins ilustrativos, vale mencionar o tipo penal do art. 39 da Lei 9.605/98 consistente em “cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente” e o tipo penal do art. 38 do mesmo diploma legal que consiste em “destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção”, no qual, a princípio, cortar árvores é uma forma específica, dentre outras possíveis, idôneas para

destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente e, portanto, se poderia aventar a existência de uma relação de especialidade, mas, quando, na verdade, em uma interpretação sistemática, poderá se verificar que trata-se de uma relação de subsidiariedade, tese esta que será objeto de parte da análise do caso 2 proposto no item 4.2.

Neste sentido, percebe-se que até o mesmo critério da especialidade que se caracteriza por ter as delimitações mais precisas do que os demais critérios de solução de concurso *aparente* de normas penais, no campo de sobreposição normativa de tipos penais ambientais contidos na Lei 9.605/98 deve ser aplicado em atenção a estas questões envolvidas apresentadas.

No que diz respeito ao critério da subsidiariedade aplicado no âmbito da concorrência normativa penal ambiental também é possível identificar alguns pontos importantes. Inicialmente, não se constata na Lei 9.605/98 hipóteses de tipos penais ambientais que se sobrepõem em uma relação de subsidiariedade expressa, pois não há indicativo legal neste sentido.

Contudo, no que diz respeito ao critério da subsidiariedade tácita, a sua aplicação também exige uma análise rigorosa no que tange à relação entre os tipos penais ambientais envolvidos constituírem uma progressividade de ofensa ao bem jurídico tutelado.

Considerando que a Lei 9.605/98, em virtude do sistema de tipos penais ambientais adotado pelo legislador, possui normas penais ambientais com estrutura delitiva tanto de perigo – seja abstrato e concreto -, quanto de lesão, insta destacar que, conforme bem aponta José Luis de la Cuesta Arzamendí, que os casos de concurso *aparente* de normas penais neste contexto só devem ter lugar nas hipóteses dos bens jurídicos afetados (perigo e lesão) sejam idênticos ou ao menos quando um constitui instrumental do outro e a ação considerada perigosa há tido como destinatários os mesmos sujeitos que sofrem a lesão.⁵³⁰

Isto porque se assim não o for, segundo o referido autor, seria caso de um concurso de delitos entre o tipo penal ambiental de perigo e o tipo penal ambiental de lesão, geralmente com tendência ao reconhecimento do concurso ideal de crimes ambientais.⁵³¹ Este raciocínio dado por José Luis de la Cuesta Arzamendí é o que tem sido mais utilizado

⁵³⁰ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. Cuestiones dogmáticas relativas al delito de contaminación ambiental. *Revista Penal*, n. 4, p. 30-41. 1999. p. 35.

⁵³¹ *Ibid.*, p. 35.

na hipótese de poluição ambiental prevista no art. 325 *bis* do Código Penal Espanhol de 1995.⁵³²

No campo dos tipos penais ambientais, Frederico Horta cita como exemplos em que é possível reconhecer a aplicação do critério da subsidiariedade tácita:

Vislumbra-se subsidiariedade, por exemplo, [...] entre o crime de penetrar em Unidade de Conservação conduzindo instrumentos próprios para a caça (art. 52 da Lei 9.605/98, subsidiário) e o crime de caça irregular (art. 29, *caput*, da Lei 9.605/98, principal) ou o de dano à Unidade de Conservação (art. 40 da Lei 9.605/98).⁵³³

Embora seja possível a subsidiariedade tácita entre crimes de perigo abstrato e o crime de dano desde que o bem jurídico seja o mesmo (tal como o meio ambiente), nos tipos penais ambientais previstos na Lei 9.605/98 nem sempre tal constatação de progressividade de ofensa ao bem jurídico meio ambiente é facilmente identificada quanto à conduta praticada, pois implica um exame sistemático de determinado tipo penal em relação aos demais tipos penais ambientais que também podem incidir, conforme se examinará no caso 3 proposto no item 4.3, pois na análise deste envolve delitos de perigo concreto e de lesão previsto no crime de poluição do art. 54 da Lei 9.605/98, bem como de perigo abstrato do delito ambiental do art. 60 do mesmo diploma legal, e o caráter de perigo abstrato da estrutura delitiva deste último é possível ser apreendido, para além da sua respectiva redação típica, cotejando o seu conteúdo normativo com o contido no crime de poluição do art. 54 da Lei 9.605/98.

Quanto à eventual relação concursal entre tipos penais ambientais de perigo abstrato e de perigo concreto no âmbito da questão concursal, Mirentxu Corcoy Bidasolo afirma que, considerando que o bem jurídico supraindividual tutelado por eles é o mesmo, estar-se-á diante de um concurso *aparente* de normas penais, uma vez que o desvalor do delito ambiental de perigo abstrato estaria compreendido pelo crime ambiental de perigo concreto.⁵³⁴

Por fim, no que diz respeito à aplicação do critério da consunção no âmbito de sobreposição normativa penal ambiental nos casos em que se identifique a existência de

⁵³² DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. Cuestiones dogmáticas relativas al delito de contaminación ambiental. *Revista Penal*, n. 4, p. 30-41. 1999. p. 35.

⁵³³ HORTA, Frederico. Elementos fundamentais da doutrina do concurso de leis penais e suas repercussões no direito penal brasileiro contemporâneo. In: PACELLI, Eugênio (coord.), *et. al. Direito penal e processual penal contemporâneos*. São Paulo: Atlas, 2019. p. 49-72. p. 57.

⁵³⁴ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 360.

ato acompanhante típico ou ato posterior coapenado, a questão requer uma análise mais detalhada no estudo do caso concreto, pois aqui, embora a grande maioria dos tipos penais ambientais contidos na Lei 9.605/98 tutelam o mesmo bem jurídico, qual seja, o meio ambiente, uma vez que se adota a concepção ampla do conteúdo deste para fins de tutela penal, o legislador dividiu os crimes contra o meio ambiente em seções distintas e em cada uma delas buscou tutelar um aspecto específico do bem jurídico meio ambiente considerado uno para fins de tutela penal.

Para aplicação do critério da consunção nem sempre a mera premissa de que um delito é meio para a prática de um crime fim apresenta uma solução satisfatória e força argumentativa suficiente para o seu reconhecimento e, nos crimes ambientais, tal constatação se apresenta com bastante evidência e frequência, uma vez que deve-se somar a isso, a verificação se a potencialidade lesiva contida na norma penal *consuntiva* compreende também a prevista na norma penal *consumida*. Para que tal constatação não se torne indevidamente algo casuístico, infere-se a necessidade de examinar as limitações conferidas pelos próprios tipos penais ambientais, especialmente, no que diz respeito à análise integrada entre o bem jurídico tutelado, a estrutura típica e a redação legal conferida pelo legislador da Lei 9.605/98.

Ademais, considerando que quase a totalidade das hipóteses que se aventam no âmbito da aplicação do critério da consunção implica na prática de mais de uma conduta e que, apesar de determinados tipos penais ambientais estarem previstos em seções diferentes na Lei 9.605/98, por protegerem preponderantemente um determinado elemento do meio ambiente, é possível depreender dos seus respectivos conteúdos normativos que estes também podem tutelar concomitantemente outro aspecto deste mesmo bem jurídico. Além disso, quando estes tipos penais ambientais concorrem com outros que tutelam exclusivamente um determinado componente do complexo bem jurídico meio ambiente, a questão do concurso *aparente* de normas penais adquire relevância prática neste contexto, conforme analisar-se-á no estudo dos casos 1 e 3.

Caso contrário, na hipótese em que não seja possível aferir esta relação entre norma penal *consuntiva* e norma penal *consumida*, na qual aquela possa ter idoneidade de compreender a potencialidade lesiva desta última, o fato de se verificar uma interrelação ínsita entre determinados elementos do meio ambiente tal como a integração de interdependência entre flora e fauna, o mero argumento de que o crime meio é absorvido

pelo crime fim ou que a prática de um crime regularmente ocorre quando do cometimento de determinado delito não se apresentará suficiente para aplicação do critério da consunção, hipótese esta que será analisada com detalhes no estudo de caso 4.

Quanto ao critério da alternatividade, considerando que, conforme já apontado, é altamente discutível na doutrina o seu conteúdo, não se confere, em princípio, aplicabilidade ao mesmo para solucionar eventuais concurso *aparente* de normas penais ambientais.

Na proposta de solução a ser apresentada dos casos *inicialmente* propostos, buscar-se-á identificar se, ante a sobreposição normativa, se está diante de uma dupla valoração sobre o mesmo fato e não mais de uma valoração sobre perspectivas diferentes sobre igual fato e, portanto, nítida a necessidade de eleger apenas um dos tipos penais ambientais a ser aplicado no caso concreto, sob violação do princípio do *ne bis in idem* que constitui um fundamento limitador para evitar essa dupla valoração não autorizada, ou se está diante de um autêntico concurso de delitos.

Neste ponto buscar-se-á compreender como e se seria possível resolver as indagações no âmbito da teoria concursal dos delitos ambientais à luz dos casos inicialmente propostos de modo a propiciar uma contribuição dogmática apta a proporcionar novas reflexões para repensar a questão da unidade e da pluralidade de delitos ambientais no Brasil.

Nas palavras de Luis Greco, “tão logo a discussão passe a mover-se num plano mais concreto, percebe-se que todas as soluções radicais são inadequadas e que só um procedimento cuidadosamente diferenciador pode ser correto”.⁵³⁵ Vale dizer: é diante dos casos concretos que a dogmática penal é testada quanto à sua real capacidade de fornecer respostas coerentes e satisfatórias e é isto que buscar-se-á analisar no próximo capítulo.

⁵³⁵ GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 45.

4 PROPOSTA DE RESOLUÇÃO DOS CASOS

Por derradeiro, neste estudo serão analisadas possíveis concorrências normativas entre os tipos penais da Lei 9.605/98 à luz da doutrina estudada com base nos casos inicialmente propostos no intuito de inferir-se a existência de um mero concurso *aparente* de normas penais ou de um concurso de delitos ambientais.

Os casos inicialmente propostos – com exceção do caso 4 - foram baseados em casos reais julgados pela jurisprudência pátria e irão sinalizar a falta de uniformidade de critérios estabelecidos por esta para diferenciar o concurso *aparente* de normas penais e o concurso de delitos, o que se reflete de forma mais acentuada no âmbito dos tipos penais ambientais, uma vez que, ora apontam o bem jurídico como argumento, ora mera presunção de desvalorização de uma conduta por outra que englobaria o desvalor do injusto daquela sem qualquer fundamento consistente de ordem dogmática.

Tal contexto - em conjunto com uma reflexão mais detida sobre os argumentos trazidos nos referidos julgamentos – permitirá inferir se o modo pelo qual o posicionamento da jurisprudência foi construído está de acordo com os pressupostos dogmáticos que foram examinados neste trabalho para refletir sobre a teoria concursal no Direito Penal, em especial, no âmbito da concorrência dos tipos penais ambientais.

Considerando que este estudo visa analisar se eventual concorrência de mais de um tipo penal ambiental em um determinado caso concreto configura hipótese de incidência de todos os tipos penais ambientais que estão em jogo ou se, embora a conduta analisada se enquadre em mais de um tipo penal ambiental, apenas incidirá um deles, importante se fez examinar a relação que pode existir entre concurso de crimes e concurso *aparente* de normas penais para refletir sobre o modo de operar da questão concursal no âmbito dos delitos ambientais nos casos concretos.

Tal relevância se dá em virtude de que as consequências jurídicas são distintas, em especial, porque na hipótese de concurso de crimes haverá acumulação das penas dos respectivos tipos penais ambientais ou exasperação sobre a pena do tipo penal ambiental mais grave de um determinado *quantum* – a depender da espécie de concurso de delitos (material ou formal – próprio ou impróprio); já no caso de concurso *aparente* de normas penais somente incidirá a pena prevista no respectivo único tipo penal ambiental que efetivamente deva prevalecer em um determinado caso concreto.

4.1 CASO 1: DELITOS AMBIENTAIS PREVISTOS NOS ARTS. 48 E 64 DA LEI 9.605/98: ATO ACOMPANHANTE TÍPICO

O crime previsto no art. 48 da Lei 9.605/98 na *Seção II – Dos crimes contra a flora* consiste em “impedir ou dificultar a regeneração natural de florestas e demais formas de vegetação”.

O bem jurídico meio ambiente é tutelado neste tipo penal no seu aspecto natural, mais precisamente quanto à preservação do equilíbrio do meio ambiente como um todo ao assegurar a regeneração natural das florestas e demais formas de vegetação.⁵³⁶

Assim, cumpre destacar os ensinamentos de Carlos Ernani Constantino em relação ao bem jurídico tutelado por este crime ambiental: “é o equilíbrio ecológico advindo da necessária preservação da flora, garantindo-se à natureza a possibilidade de ela própria empregar, com êxito, sua força de regenerar as florestas e demais formas de vegetação suprimidas pela mão de homem.”⁵³⁷

O objeto da ação recai sobre as florestas e demais formas de vegetação e, segundo Luiz Regis Prado, considerando que esta última expressão pode adquirir uma abrangência bastante ampla, esta deveria “ser alvo de detida ponderação, de forma a valorar adequadamente a relevância da formação vegetal atingida.”⁵³⁸

Vladimir e Gilberto Passos de Freitas realizam a mesma advertência referente à necessidade de avaliar cuidadosamente a relevância da formação de vegetação do ponto de vista ambiental para fins penais:

A aplicação da norma deve ser adequada à realidade. Por exemplo, em local de reserva ecológica, o impedir ou dificultar a regeneração constituirá crime. Já o mesmo não se dará em uma forma de vegetação inexpressiva do ponto de vista ambiental. Por exemplo, um terreno baldio na zona urbana. Aqui o papel do juiz é de grande importância, a fim de que, interpretando a lei, venha a distinguir as situações em que ela se aplica.⁵³⁹

A conduta de *impedir* significa obstar e *dificultar* é embaraçar. Já por *regeneração natural* compreende-se o “ato ou efeito de tornar a gerar, de reproduzir o que estava

⁵³⁶ COSTA JÚNIOR, Paulo José da; MILARÉ, Edis. *Direito penal ambiental: comentários à lei 9.605/98*. Campinas: Millennium, 2002. p. 130.

⁵³⁷ CONSTANTINO, Carlos Ernani. *Delitos ecológicos*. A lei ambiental comentada artigo por artigo. Aspectos penais e processuais penais. São Paulo: Atlas, 2001. p. 163.

⁵³⁸ PRADO, Luiz Regis. *Crimes contra o ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2001. p. 136.

⁵³⁹ FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza: de acordo com o novo Código Florestal (Lei 12.651/2012 e MP 571/2012)*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 187.

destruído, dar nova vida, vivificar, reconstituir, restaurar” independentemente da ação humana.⁵⁴⁰

Ademais, deve-se entender por regeneração natural “aquela que se faz espontaneamente, sem interferência do homem. É o renascimento, o reflorestamento, a recuperação por força da própria natureza”.⁵⁴¹ Adquire relevância neste estudo, por exemplo, a regeneração natural das Áreas de Preservação Permanente (APPs).

Neste contexto, cabe destacar os ensinamentos de Paulo Affonso Leme Machado sobre a configuração típica deste delito:

A definição do crime do art. 48 da Lei 9.605/98 não obriga diretamente o proprietário ou possuidor a regenerar ou recompor a APP que perdeu sua cobertura vegetal (há meios de obrigar civilmente essa recomposição). Contudo, esse artigo encerra obrigação de um comportamento de não fazer, isto é, de impedir ou dificultar a regeneração feita pela própria Natureza. O crime do sujeito ativo consiste, entre outras ações, em ocupar a área que é destinada à APP, transformando essa área, com vocação florestal, em área para a agricultura, para a pecuária, para lazer ou para outros fins.⁵⁴²

Ao contrário do que consta nos arts. 38 e 39 da Lei 9.605/98, este delito possui como objeto material não só as florestas, mas também as demais formas de vegetação (cerrados, por exemplo).

Ademais, ainda que “o tipo penal mencione ‘impedir ou dificultar a regeneração natural de *florestas*’, a conduta de impedir ou dificultar a regeneração natural de uma só floresta já perfaz o delito; aqui, a lei refere-se ao gênero *florestas* e não à quantidade delas.”⁵⁴³

Já o crime do art. 64 da Lei 9.605/98 previsto na *Seção IV – Dos Crimes contra o Ordenamento Urbano e o Patrimônio Cultural* consiste em:

Promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida.

⁵⁴⁰ PRADO, Luiz Regis. *Crimes contra o ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2001. p. 135.

⁵⁴¹ MILARÉ, Édís; COSTA JÚNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José da. *Direito Penal Ambiental*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 121.

⁵⁴² MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 928.

⁵⁴³ CONSTANTINO, Carlos Ernani. *Delitos ecológicos*. A lei ambiental comentada artigo por artigo. Aspectos penais e processuais penais. São Paulo: Atlas, 2001. p. 164.

Este crime visa à proteção da “ordenação do território, com ênfase conferida ao patrimônio cultural histórico, artístico e arqueológico”.⁵⁴⁴ Este valor tutelado está diretamente relacionado com o conceito de cidade.⁵⁴⁵ Com relação à configuração da conduta típica cumpre destacar os ensinamentos de Luiz Regis Prado:

O núcleo do tipo é o verbo *promover* (que significa dar impulso ou andamento, fazer avançar, diligenciar para que algo se concretize) construção (obra, edifício, residência) em solo não edificável (terreno onde é vedada a realização de qualquer espécie de construção) ou no seu entorno (em seu redor, na sua circunvizinhança ou proximidades), assim considerado em virtude de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental (elementos normativos). A ação de *promover* construção não diz respeito apenas à execução direta da obra, mas compreende diversos comportamentos que realizam os elementos do tipo legal, como, por exemplo, a direção técnica da obra, que realiza *diretamente* o núcleo típico objetivo.⁵⁴⁶

Ainda assim, Luiz Regis Prado aponta que um dos aspectos importantes da construção é o caráter permanente da edificação e, portanto, restaria atípica no caso de obras temporárias removíveis ou desmontáveis. Ademais, este autor define como objeto da ação a construção e o objeto material sobre o qual recai esta última o solo que deve ser *não edificável* (seja por lei, ato administrativo ou decisão judicial).⁵⁴⁷ Este deve ser entendido como “terreno onde é proibido qualquer tipo de construção”⁵⁴⁸ e constitui elemento integrante da norma penal em branco, uma vez que esta característica é conferida pela lei, ato do Poder Público ou judicialmente.

Outrossim, destaca-se que não é só proibido edificar em solo não edificável, mas também em seu entorno, este definido como “espaço físico que circunda o terreno, que se faz indispensável à harmonização entre o local tutelado e a área que o circunda.”⁵⁴⁹

Contudo, conforme bem aponta Luiz Regis Prado, não se pode confundir a proteção da ordenação do território enquanto aspecto que compõe o bem jurídico meio ambiente com os valores que o tipo penal vincula a sua tutela, isto é, “não se deve tutelar a

⁵⁴⁴ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do Ambiente*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 352.

⁵⁴⁵ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. Sarairva: São Paulo, 2009. p. 21.

⁵⁴⁶ PRADO, *op. cit.*, p. 352.

⁵⁴⁷ *Ibid.*, p. 353. Neste mesmo sentido, cf. SOUZA, Luciano Anderson de. Dos crimes contra o meio ambiente. Seção IV – Dos crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural (arts. 62 a 65). In: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo; SOUZA, Luciano Anderson de (coord.). *Comentários à Lei de Crimes Ambientais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 271-295. p. 289.

⁵⁴⁸ COSTA JÚNIOR, Paulo José da; MILARÉ, Edis. *Direito penal ambiental: comentários à lei 9.605/98*. Campinas: Millennium, 2002. p. 185.

⁵⁴⁹ *Ibid.*, p. 185.

ordenação territorial apenas em razão desses valores, que podem ou não estar presentes, mas, sobretudo, devido às finalidades perquiridas por aquela.”⁵⁵⁰ No que diz especificamente ao *valor ecológico*, este compreende “tudo que diz respeito ao meio ambiente”.⁵⁵¹

Cumpra analisar neste momento as indagações presentes no caso proposto no âmbito da questão concursal de eventual sobreposição dos tipos penais previstos nos arts. 48 e 64 da Lei 9.605/98.

Zenildo Bodnar reconhece a impossibilidade de admitir um concurso *aparente* de normas penais porque tutelariam bens jurídicos distintos e teriam funções protetivas diferentes. Desta maneira, na visão deste autor:

Não é correto afirmar que a manutenção de uma obra que impede a regeneração é mero *post factum impunível*, ou seja, mero exaurimento do crime, pois esta definitivamente não foi a opção do legislador que elegeu também esta conduta como crime autônomo pela sua gravidade.⁵⁵²

O posicionamento deste referido autor requer algumas considerações. Já se constatou que o fato de incidir sobre o mesmo fato concreto uma multiplicidade de normas penais ambientais que se encontram sistematicamente em diversas seções do capítulo V da Lei 9.605/98 e, por consequência, tutelarem, preponderantemente, aspectos diversos do bem jurídico meio ambiente, por si só, não impede a análise de concurso *aparente* de normas penais.

Érika Mendes de Carvalho aponta que, embora a Lei 9.605/98 tenha contemplado uma seção específica para os crimes contra o patrimônio florístico no Capítulo V destinado à previsão dos crimes ambientais, verifica-se uma ausência de rigor sistemático no tratamento dos crimes contra a flora. Ademais, segundo esta autora, “exemplo dessa assertiva é o fato de que esta [flora], enquanto componente da noção do bem jurídico ambiente, é tutelada não só naquela Seção [II], mas ainda em outros dispositivos nela não arrolados.”⁵⁵³

⁵⁵⁰ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 352.

⁵⁵¹ CONSTANTINO, Carlos Ernani. *Delitos ecológicos*. A lei ambiental comentada artigo por artigo. Aspectos penais e processuais penais. São Paulo: Atlas, 2001. p. 203.

⁵⁵² BODNAR, Zenildo. O concurso de crimes ambientais: arts. 48 e 64 da Lei 9.605/1998, possibilidade e necessidade. *Revista de direito ambiental*, São Paulo, v. 16, n. 62, p. 267-283, abr./jun. 2011. p. 276.

⁵⁵³ CARVALHO, Érika Mendes de. *Tutela penal do patrimônio brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 140.

Assim, o fato das referidas normas penais ambientais serem crimes ambientais autônomos não impede a análise sistemática destas, pois já se verificou que é necessário examinar a eventual interdependência existente entre os tipos penais incriminadores ambientais em virtude da possibilidade de incidência normativa múltipla sobre determinado fato concreto para aferir se, de fato, a autonomia *previamente* conferida pelo legislador às mesmas se mantém *concretamente* e, portanto, seria caso de reconhecer um concurso de crimes; caso contrário, imperioso reconhecer a incidência do concurso *aparente* de normas penais e, por consequência, a aplicação de apenas um dos tipos penais ambientais envolvidos implicaria observar o princípio *da íntegra valoração do fato*, uma vez que uma delas já seria o suficiente para compreender o conteúdo integral do injusto praticado, bem como ao princípio do *ne bis in idem*, pois a eventual aplicação conjunta de ambos os tipos penais significaria valorar o mesmo elemento do fato concreto sob o mesmo fundamento.

Neste sentido, apesar da divisão feita pelo legislador em seções diferenciadas, esta separação não implica em vincular ao intérprete com o título atribuído com o suposto bem jurídico ambiental apontado⁵⁵⁴. Neste contexto, embora o legislador tenha estabelecido que na Seção IV trata-se de rol de crimes que lesiona o ordenamento urbano e o patrimônio cultural, isso não significa que os delitos ali elencados não possam – em certa medida – lesionar outros aspectos do meio ambiente (se considerado o meio ambiente em sentido amplo para fins de tutela penal, conforme posição adotada neste estudo) ou o meio ambiente natural (se considerado um conceito restritivo de meio ambiente), o que também influenciará na análise concursal de normas penais incriminadoras ambientais.

Assim, *impedir ou dificultar a regeneração da floresta* implica um ato acompanhante típico, pois constitui uma conduta paralela à prática do crime de *promover a edificação em solo não edificável sem autorização*, isto é, normalmente vinculada a ela.

Este também é o entendimento de Luis Regis Prado:

Muito embora a construção irregular venha a impedir ou dificultar a regeneração natural das formas de vegetação ali existentes (o que caracterizaria o tipo penal previsto no art. 48 da LCA), tal circunstância é

⁵⁵⁴ Neste sentido, Pedro Jorge Costa adverte que, muitas vezes, a “inclusão de um determinado crime em um título apenas atende um critério – nem sempre correto – de prevalência e não de exclusividade do bem jurídico tutelado”. Ainda complementa o referido autor: “A eventual falta de correspondência entre o nomen juris ou a topografia do crime e o bem realmente protegido deve ser considerada a fim de se evitarem equívocos na interpretação e na aplicação das regras do concurso aparente de normas penais (Cf. COSTA, Pedro Jorge. *A consunção no Direito Penal Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 180).

desdobramento natural da conduta típica descrita no art. 64, devendo, portanto, ser considerada impunível.⁵⁵⁵

Neste sentido poderia se argumentar que o delito do art. 48 da Lei 9.605/98 poderia constituir um crime meio para a prática do delito do art. 64 da Lei 9.605/98 e isto significaria afirmar que para a prática da conduta de edificar em solo não edificável em virtude do seu valor ecológico é necessário impedir a regeneração das formas de vegetação que ali se encontram e, portanto, quando para a prática de um crime fim seja necessária a prática de um crime meio, este seria afastado e apenas se aplicaria o tipo penal que se configurasse como crime fim.

Contudo, conforme já apontado quando do estudo do critério da consunção, muitas vezes, a premissa de que, diante deste contexto, afastaria a incidência do crime meio para aplicar apenas o crime fim apresenta-se como um argumento frágil e não proporciona uma solução satisfatória. Tal premissa também se apresenta como insuficiente para examinar a relação de tipos penais envolvidos no estudo deste caso.

Por isso, é preciso examinar algo mais substancial que consiste em verificar se o tipo penal *consuntivo* possui a idoneidade de compreender toda a potencialidade lesiva presente no tipo penal consumido, pois só assim poderá se constatar se realmente estamos diante de uma hipótese de concurso *aparente* de normas penais e, neste caso, autorizado estará o reconhecimento da aplicação do critério da consunção.

Em uma análise mais detalhada do delito do art. 64 da Lei 9.605/98 é possível depreender que, embora este tutele de forma preponderante o aspecto do ordenamento territorial urbano do bem jurídico meio ambiente, o mesmo legislador, certamente, ao inserir o elemento normativo “em virtude do valor ecológico” levou em consideração também a tutela do meio ambiente enquanto bem jurídico penal no seu aspecto natural, isto é, ao equilíbrio ecológico em relação à interação entre os elementos abióticos (neste caso, o solo) e bióticos (neste caso, a flora e eventualmente a fauna que ali se encontram) ao condicionar que somente quando tal construção ocorresse em solo não edificável em virtude de seu valor ecológico (ademais outros valores considerados relevantes para o legislador, tais como o valor paisagístico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental) sem a devida autorização é que estaria configurado o referido delito.

⁵⁵⁵ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do Ambiente*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 353.

Justamente em decorrência do valor ecológico relevante contido no solo de um determinado espaço que o torna não edificável - em virtude da fauna e da flora que eventualmente ali se encontram e que conferem para aquele espaço tal importância ecológica a ser preservada e mantida - no qual se promoveu uma determinada edificação é que se reprova penalmente esta conduta porque visa assegurar, para além de uma edificação de acordo com o Plano Diretor local e com as demais regulamentações urbanísticas, o equilíbrio ecológico ali existente e, por consequência evitar, inclusive, que haja óbice ou impedimento da regeneração de vegetação que ali se encontre.

Por isso, para configuração deste delito, é indispensável a ausência de autorização da autoridade competente ou atuar em desacordo com a ordem concedida. Assim, quando a autoridade competente autoriza o sujeito a construir em solo não edificável ainda que, em virtude do seu respectivo relevante valor ecológico, certamente, se houver vegetação naquele espaço autorizado, esta encontrará dificuldades de se regenerar naturalmente e, a depender do caso concreto, inclusive impedida de tal regeneração em virtude da edificação.

O alcance do conteúdo do injusto do art. 48 da Lei 9.605/98 está voltado para reprovar quando o indivíduo, por conduta diversa do delito previsto no art. 64 do mesmo diploma legal, impede a regeneração natural das florestas e demais formas de vegetação.

Neste contexto, cumpre salientar que o delito de impedir ou dificultar a regeneração da vegetação pode ser praticado tanto por ação quanto por omissão e são diversas as formas que determinado agente possa perpetrar tal crime:

A conduta, impedir ou dificultar, pode ocorrer por intermédio de inúmeras ações ou omissões. Citem-se os exemplos: circulação de pessoas ou animais; ausência de colocação de cercas em espaços especialmente protegidos ou com fragilidade ambiental; falta de cuidados adequados com a propriedade; ausência de medidas preventivas; abandono de entulhos e materiais como no caso dos autos, dentre outras.⁵⁵⁶

Neste sentido, de fato, não é apenas a conduta de *construir* que pode impedir ou dificultar a regeneração da vegetação, mas tal afirmação, a partir da configuração dos tipos penais envolvidos redigidos pelo legislador, não automatiza a análise de potencialidade lesiva entre as condutas. Isto porque esta mensuração da potencialidade lesiva também decorre da própria configuração típica de determinado tipo penal ambiental a partir da

⁵⁵⁶ BODNAR, Zenildo. O concurso de crimes ambientais: arts. 48 e 64 da Lei 9.605/1998, possibilidade e necessidade. *Revista de direito ambiental*, São Paulo, v. 16, n. 62, p. 267-283, abr./jun. 2011. p. 274.

própria delimitação que o legislador confere ao redigi-lo e, neste sentido, cumpre buscar no teor do tipo penal do art. 64 da Lei 9.605/98 elementos para tanto.

Assim, o legislador poderia ter estruturado o tipo penal do art. 64 no sentido de proibir a edificação em solo não edificável e não ter atrelado tal conduta ao valor ecológico e, neste caso, poderia, eventualmente, se debater se o ato de construir e em decorrência de tal edificação impedir a regeneração de determinada vegetação teria sua potencialidade lesiva abarcada unicamente pelo delito do art. 64 ou se também deveria se atribuir o crime do art 48 da Lei 9.605/98.

Tal questionamento teria sua relevância porque, de fato, promover edificação em local sem autorização em virtude dos outros valores que não o ecológico (v.g., histórico ou cultural) poderia ou não impedir ou dificultar a regeneração de vegetação que eventualmente ali se encontre.

Mesmo considerando que, normalmente, a conduta de edificar implica ao menos dificultar a regeneração de vegetação que ali está, caberia discutir se a implicação deste resultado também estaria compreendida pela potencialidade lesiva delineada pelo legislador a partir da configuração típica conferida ao crime do art. 64 caso ausente a expressão “solo não edificável ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor [...] ecológico”, já que o legislador conferiu autonomia típica ao crime ambiental de *impedir ou dificultar* a regeneração natural das florestas e demais formas de vegetação.

Isto porque estaria ausente na própria configuração típica do crime ambiental previsto no art. 64 o dado de que o legislador teria levado em conta o valor ecológico para considerar determinado solo não edificável quando ausente uma autorização da autoridade competente para tanto e se tornaria mais difícil aferir a extensão da potencialidade lesiva considerada.

Por isso, o legislador, ciente de que determinados espaços – que eventualmente sejam objeto de edificação – seriam ocupados por formas de vegetação que deveriam se manter preservadas e que naturalmente pudessem se regenerar, o qual os denominou como não edificáveis para que não ficasse excluído da proteção que visa o delito do art. 64, qual seja, garantir que a edificação territorial possa ser feita em harmonia com os demais aspectos que compõe o bem jurídico meio ambiente que é uno e, por consequência, acabou abarcando o conteúdo do injusto do art. 48 da Lei 9.605/98.

O delito do art. 48 da Lei 9.605/98 deve ser aplicado concretamente de forma autônoma quando for a hipótese de um fato lesivo ao meio ambiente que, em uma eventual sobreposição normativa, não possa se verificar que o seu conteúdo de injusto já esteja compreendido pelo tipo penal ambiental concorrente, o que não é o caso diante da relação normativa penal ambiental entre os crimes do art. 48 e 64 da Lei 9.605/98, como se pôde verificar.

O STJ julgou em datas distintas, porém, próximas e com teor de julgamentos totalmente opostos, se haveria possibilidade de considerar no caso concreto se entre o delito ambiental do art. 48 da Lei nº 9.605/98 - consistente no impedimento de regeneração natural de floresta - e o crime ambiental do art. 64 do mesmo diploma legal, consistente em construir em local não edificável, haveria um mero concurso *aparente* de normas penais, no qual a conduta do sujeito poderia ser considerado crime único ou se – na verdade – tratar-se-ia de injustos penais diversos que demandassem respostas penais independentes.

De um lado, no julgamento do REsp 1639723/PR pela Sexta Turma do STJ com relatoria do Nefi Cordeiro em julgado em 07/02/2017, sob o argumento do princípio da consunção – decidiu que “o crime de destruir floresta nativa e vegetação protetora de mangues dá-se como meio necessário da realização do único intento de construir casa ou outra edificação em solo não edificável, em razão do que incide a absorção do crime-meio de destruição de vegetação pelo crime-fim de edificação proibida”.⁵⁵⁷

De outro lado, no julgamento do Resp. n. 1.376.670 – SC pela Sexta Turma do STJ com relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz em 16 de fevereiro de 2017,⁵⁵⁸ rejeitou-se a aplicação do critério da consunção no fundamento de que os delitos dos art. 48 e 64 da Lei 9.605/98 possuem autonomia jurídica e que tutelam bens jurídicos diversos, bem como a potencialidade lesiva causada pelo entendimento regenerativo da flora não teria se esgotado com tal edificação por constituir um crime permanente.

Nota-se que na primeira decisão o STJ decidiu apenas que se trataria de mera interpretação da lei penal, mediante uso do critério que julgou mais adequado, qual seja, o da consunção com fundamento na premissa de crime meio e crime fim. Infere-se, assim, a ausência de análise dogmático-penal mais minuciosa no sentido de esclarecer a razão pela

⁵⁵⁷ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.639.723-PR*. 6ª Turma. Rel. Min. Nefi Cordeiro. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/433477829/recurso-especial-resp-1639723-pr-2014-0207650-5/inteiro-teor-433477839?ref=serp>. Acesso em: 9 maio 2018.

⁵⁵⁸ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1376670-SC*. 6ª Turma. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/465739888/recurso-especial-resp-1376670-sc-2013-0119375-3?ref=juris-tabs>. Acesso em: 9 maio 2018.

qual o desvalor da conduta de impedir a regeneração da vegetação já estaria contido no desvalor da conduta de construir em local não edificável.

Na verdade, o STJ não se valeu neste primeiro julgamento de nenhum critério dogmático-penal ao analisar os tipos penais envolvidos e seu alcance de incidência, como, por exemplo, o bem jurídico tutelado por cada um dos mesmos, o que nos leva a poder afirmar que houve uma mera presunção de desvalor de uma conduta em outra de forma superficial e não técnica, comprometendo, assim, a racionalidade jurídico-penal adequada.

No que diz respeito ao segundo julgamento referente ao mesmo objeto de análise, o STJ, *a priori*, rejeitou a possibilidade de incidência no caso concreto do critério da consunção em virtude de se tratar de bens jurídicos distintos, bem como não reconheceu que a potencialidade lesiva do delito do art. 48 da Lei 9.605/98 estaria contida no injusto penal do crime ambiental do art. 64 do mesmo diploma legal em virtude daquele constituir um crime permanente e este último um delito instantâneo.

Com relação ao caso concreto e considerando a diversidade de posicionamentos no STJ acerca do exame desta sobreposição normativa penal ambiental pela mesma Turma, cumpre realizar alguns apontamentos referente à mesma a partir das premissas desenvolvidas até o presente momento.

O fato de os tipos penais tutelarem bens jurídicos distintos, por si só, não obsta a análise da possibilidade de se aplicar o critério da consunção. Outrossim, a mera afirmação de que a prática de um determinado crime como meio necessário para o cometimento do crime fim tampouco confere um argumento satisfatório para reconhecer a aplicação do critério da consunção no caso concreto.

Embora a aplicação do critério da *consunção* implique juízos exclusivamente axiológicos, é necessário que esta encontre respaldo normativo a partir da análise dos tipos penais envolvidos concretamente a fim de evitar uma ampliação desmedida do alcance deste critério no âmbito do concurso *aparente* de normas penais.

Assim, conforme já se verificou, apesar de o delito do art. 64 da Lei 9.605/98 tutelar preponderantemente o aspecto do ordenamento territorial referente ao bem jurídico meio ambiente, é possível depreender da própria lógica normativa deste tipo penal, ao condicionar a configuração deste delito em construir em local não edificável em virtude do seu valor ecológico também acaba levando em consideração o equilíbrio ecológico

decorrente da manutenção inclusive da flora que ali eventualmente se encontre, conforme já explicado.

A mera regularidade fática consistente em que a conduta de edificar possa, normalmente, resultar na dificuldade ou mesmo no óbice de regeneração natural das formas de vegetação que ali se encontrem, por si só, não é suficiente para afirmar que o legislador teria levado isto em consideração quando da redação legal do delito ambiental previsto no art. 64 da Lei 9.605/98. É necessário mais.

Torna-se imprescindível buscar no conteúdo do injusto deste referido tipo penal ao menos um indício normativo-legal para tanto. Assim, pode-se afirmar que tal aspecto já teria sido identificado pelo legislador ao exigir a devida autorização a ser concedida pela autoridade competente quando tal edificação ocorrer em local não edificável pelo seu valor ecológico, sob pena de incorrer no presente delito.

Neste sentido, a potencialidade lesiva do delito do art. 64 da Lei 9.605/98 já abarcaria o conteúdo de injusto contido no crime ambiental do art. 48 do mesmo diploma legal. Este, apesar dos seus efeitos poderem perdurar no tempo, não necessariamente se apresenta como um crime permanente, tal como apontado tanto pelo STJ como pela doutrina.⁵⁵⁹

Isto porque é necessária uma análise crítica acerca da configuração de um determinado crime como permanente em distinção ao crime instantâneo para possibilitar a solução de casos concretos e uma aplicação jurídico-penal mais adequada do ponto de vista da dogmática penal, em especial nos casos que envolvem delitos de maior complexidade, tal como os crimes ambientais.

Neste sentido, cumpre ressaltar as observações realizadas por Helena Lobo da Costa apontando que o conceito de crime permanente não é unívoco e, em primeiro lugar, salienta que “no crime permanente, não são somente os efeitos da conduta que perduram no tempo.”⁵⁶⁰ Mario Valiante afirma que o crime permanente não é a simples protração da conduta e tampouco resume-se à persistência do efeito lesivo ao bem jurídico derivado pela prática do delito.⁵⁶¹

⁵⁵⁹ Dentre outros, cf. BODNAR, Zenildo. O concurso de crimes ambientais: arts. 48 e 64 da Lei 9.605/1998, possibilidade e necessidade. *Revista de direito ambiental*, São Paulo, v. 16, n. 62, p. 267-283, abr./jun. 2011. p. 275.

⁵⁶⁰ COSTA, Helena Regina Lobo da. Crimes instantâneos e crimes permanentes no direito penal econômico. In: ESTELLITA, Heloisa; FELDENS, Luciano; WUNDERLICH, Alexandre. *Direito penal econômico e empresarial: estudos dos grupos de pesquisa em direito penal econômico e empresarial da PUCRS e da FGV DIREITO SP*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 115-136. p. 118.

⁵⁶¹ VALIANTE, Mario. Il reato permanente: aspetti sostanziali e problemi processuali. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 42, n. 1, p. 210-227, jan./mar. 1999. p. 211-212.

Ademais, a referida autora dispõe que os critérios utilizados tracionalmente para distinguir crimes instantâneos dos crimes permanentes são, em grande medida, inadequados, sendo eles: a) premissa de que os delitos permanentes se protraem no tempo; b) “no crime permanente o bem jurídico não pode ser destruído e nem diminuído, apenas sendo passível de compressão temporária, retornando à sua integridade inicial finda a permanência criminosa.”; c) o delito permanente ocorre quando o agente tem a possibilidade de encerrar a conduta tida como crime ou na sua vontade de prorrogá-la.⁵⁶²

Dentre os critérios apontados pela doutrina para diferenciação entre um crime instantâneo e permanente cabe destacar o utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça, qual seja, a concepção bifásica, o qual é explicada por Helena Regina Lobo da Costa da seguinte maneira:

Ainda com foco na conduta proibida, uma concepção que ganhou bastante repercussão no que se refere aos crimes permanentes é a bifásica, segundo a qual os crimes permanentes conteriam dois preceitos: um inicial, comissivo, que estabeleceria um determinado estado antijurídico, seguido de um segundo preceito, relativo a um comportamento omissivo, de manutenção da situação inicial. Essa segunda fase traria o aspecto de permanência do crime. Em uma variação dessa concepção, a segunda fase seria de manutenção do estado antijurídico instaurado pela conduta da primeira fase.⁵⁶³

Segundo a referida autora, embora tal concepção tenha ganhado bastante adesão no Brasil, diversas críticas foram realizadas sobre o mesmo: a) a fase inicial também poderia abarcar as omissões; b) a fase posterior também poderia ser configurada mediante ações; c) sobre tal concepção recai um duvidoso caráter de ilegalidade, pois não haveria qualquer fonte normativa que determine a obrigação de contra agir.⁵⁶⁴

A partir das consequências normativas que derivam da configuração do delito permanente, Helena Regina Lobo da Costa propõe uma concepção deste – a qual se adota neste estudo – no sentido de “considerar que toda a estrutura delituosa deve perdurar no

⁵⁶² COSTA, Helena Regina Lobo da. Crimes instantâneos e crimes permanentes no direito penal econômico. In: ESTELLITA, Heloisa; FELDENS, Luciano; WUNDERLICH, Alexandre. *Direito penal econômico e empresarial: estudos dos grupos de pesquisa em direito penal econômico e empresarial da PUCRS e da FGV DIREITO SP*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 115-136. p. 119-120.

⁵⁶³ *Ibid.*, p. 121. Acerca desta concepção bifásica do delito permanente, cf. também PECORARO-ALBANI, Antonio. Del reato permanente. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 3, n. 2, p. 394-452, abr./jun. 1960. p. 397-399.

⁵⁶⁴ *Ibid.*, p. 121-122. Sobre uma visão crítica desta concepção da doutrina, cf. também AZEVEDO, David Teixeira de. Apontamentos sobre o crime permanente. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 24, n. 78, p. 16-20, set. 2004. p. 16-18.

tempo.”⁵⁶⁵ Portanto, o que se protraí no tempo é o crime na sua completude (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), sendo imprescindível destacar que:

Sendo a permanência única e contínua, caracterizando-se pela duração prolongada da contrariedade à norma, de forma ilícita e culpável, vê-se que a violação jurídica também é única – significa dizer que somente as concepções unitárias conseguem explicar adequadamente o crime permanente. Portanto, diferentemente do que ocorre com o crime continuado, no qual haveria uma pluralidade de condutas, porém reconduzidas a uma unidade normativa, no crime permanente haveria unidade tanto no plano fático, como no normativo.⁵⁶⁶

Giovannangelo de Francesco dispõe que quando se afirma que o delito permanente se protraí no tempo significa que o injusto penal no seu todo se protraí no tempo, isto é, todos os elementos (objetivos e subjetivos) constitutivos do crime devem ser, de fato, reconhecidos durante toda a permanência.⁵⁶⁷

Neste sentido, o que nos interessa para este presente caso é destacar que, em relação à tipicidade, é imprescindível que a descrição típica de um crime permanente contenha elementos nos quais sejam todos sujeitos à permanência, isto é, dotados de capacidade de se protraí no tempo de forma ininterrupta e não apenas a conduta - que constitui apenas um dos elementos presentes na redação típica -, isto é, “o fato concreto precisa se configurar como típico de modo ininterrupto para que o crime possa ser considerado permanente.”⁵⁶⁸

Esta descrição normativa expressa apenas a potencialidade de um delito específico se apresentar como permanente. Isto porque, conforme bem observa Helena Regina Lobo da Costa, “é preciso verificar, *in concreto*, se efetivamente houve permanência”, vale dizer, “concretamente houve permanência, porque o agente logrou protraí o fato para além do momento do aperfeiçoamento”.⁵⁶⁹

Em razão da unidade de conduta presente nos delitos permanentes, esta deve permanecer idêntica durante todo o tempo de sua ocorrência de modo que se infere apenas uma continuidade do fato típico originário, podendo, eventualmente, decorrer de uma multiplicidade de atos e, para tanto, cabe ressaltar que:

⁵⁶⁵ COSTA, Helena Regina Lobo da. Crimes instantâneos e crimes permanentes no direito penal econômico. In: ESTELLITA, Heloisa; FELDENS, Luciano; WUNDERLICH, Alexandre. *Direito penal econômico e empresarial: estudos dos grupos de pesquisa em direito penal econômico e empresarial da PUCRS e da FGV DIREITO SP*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 115-136. p. 124.

⁵⁶⁶ *Ibid.*, p. 124-125.

⁵⁶⁷ FRANCESCO, Giovannangelo de. Profili strutturali e processuali del reato permanente. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 20, n. 2, p. 558-599, abr./jun. 1977. p. 575.

⁵⁶⁸ COSTA, *op. cit.*, p. 125.

⁵⁶⁹ *Ibid.*, p. 126.

A verificação dessa unidade é feita pela conjunção de uma descrição típica de fato passível de protração e da verificação concreta da permanência. Assim, não há desenvolvimento de outras violações, a violação é a mesma, ao mesmo preceito, pelo mesmo tipo de conduta.⁵⁷⁰

Em outras palavras, no crime permanente o fato típico originário persiste em todos os seus elementos essenciais em virtude do seu potencial de produzir indefinidamente seu efeito típico e não em decorrência de uma renovação típica,⁵⁷¹ pois neste último caso estar-se-ia diante de uma pluralidade de delitos. Assim, o crime permanente é um fato unitário e constitui juridicamente uma única violação normativa quanto ao respectivo tipo penal.

Feita esta breve abordagem da concepção de crime permanente que se considera mais adequada para analisar a questão proposta. Depreende-se da redação típica do delito do art. 48 da Lei 9.605/98 a possibilidade, *em abstrato*, de revelar-se permanente, uma vez que a totalidade dos seus elementos estão sujeitos à protração ininterrupta no tempo após o aperfeiçoamento do tipo. Ademais, embora a partir da descrição típica deste delito possa se verificar a presença de efeito permanente consistente no impedimento da regeneração natural da floresta ou de outras formações de vegetação, a conduta não deve ser tida como permanente, uma vez que ela se encerrou com o fim da construção de uma edificação.

Neste sentido, Helena Regina Lobo da Costa aponta a perspectiva equivocada na afirmação de que a ação inicial (construção de uma edificação) teria culminado em um resultado (impedimento de regeneração da floresta ou outras formações de vegetação) que seria mantido por meio de uma omissão (não demolição da edificação) na qual configuraria o aspecto permanente deste delito:

É fácil notar que essa perspectiva é equivocada a partir da exigência de o crime permanente se apresentar de modo uniforme e ininterrupto, já que isso não ocorreu no caso concreto. Houve uma clara alteração da natureza da conduta – inicialmente, comissiva, por meio da construção, e, num

⁵⁷⁰ COSTA, Helena Regina Lobo da. Crimes instantâneos e crimes permanentes no direito penal econômico. In: ESTELLITA, Heloisa; FELDENS, Luciano; WUNDERLICH, Alexandre. *Direito penal econômico e empresarial: estudos dos grupos de pesquisa em direito penal econômico e empresarial da PUCRS e da FGV DIREITO SP*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 115-136. p. 127.

⁵⁷¹ VALIANTE, Mario. Il reato permanente: aspetti sostanziali e problemi processuali. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 42, n. 1, p. 210-227, jan./mar. 1999. p. 213. Neste mesmo sentido, Antonio Pecoraro-Albani afirma que: “Il reato permanente ha una struttura unitaria. Esso è costituito non da due, ma da una unica condotta, quella stessa con cui l’agente lo realizza e che, carattere della permanenza. Il reato dura finchè dura la condotta che lo integra, e si consuma, si esaurisce con la cessazione della stessa, non importa la causa, se per volontà del soggetto o per altro motivo. In breve, il reato è permanente in quanto permane la condotta che lo costituisce.” (Cf. PECORARO-ALBANI, Antonio. Del reato permanente. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 3, n. 2, p. 394-452, abr./jun. 1960. p. 416).

segundo momento, omissiva, pela não demolição. Não se pode dizer ter havido uma conduta uniforme e única, sequer se se considerar que a conduta típica pode ser composta por atos distintos. Não é possível vislumbrar identidade do fato típico entre os momentos de aperfeiçoamento e de cessação de consumação da conduta.⁵⁷²

Assim, o delito de impedimento ou dificuldade de regeneração natural pode se apresentar como instantâneo com efeito permanente, pois se verifica configurado com apenas uma única conduta de construir, mas não significa que enquanto a edificação se mantenha, o agente permaneça praticando o delito do art. 48, pois este constitui um ato acompanhante típico em relação ao delito do art. 64 da Lei 9.605/98 e não mantém *concretamente* a sua autonomia típica, *a priori*, conferida pelo legislador.

Ademais, caso o agente perpetre uma conduta diversa e posterior à prática da edificação nos termos do art. 64 da Lei 9.605/98 que impeça ou dificulte não só a regeneração natural que, além de normalmente ocorrer de maneira fática a esta, além do espaço da edificação e seu respectivo entorno (esta compreendida pelo espaço que se faz indispensável à harmonização entre o local tutelado e a área que o circunda), poderá se afirmar que a potencialidade lesiva da conduta do art. 48 da Lei 9.605/98 possui autonomia típica *concreta* e seria caso de reconhecer um concurso de crimes. Para tanto será necessária a “realização de perícia para detectar relevância do comportamento do agente na configuração do impedimento ou da dificuldade ao processo de restauração natural.”⁵⁷³

Conclui-se que a empresa ao promover - sem a devida autorização da autoridade competente - uma edificação à margem do Rio Amazonas, local este considerado não edificável em razão do seu valor ecológico, também acaba impedindo a regeneração natural da vegetação que ali se encontrava, responderá unicamente pelo delito ambiental do art. 64 da Lei 9.605/98 pelas razões já apresentadas.

Por fim, já vimos que o legislador, infelizmente, não estava atento à proporcionalidade das penas quando estabeleceu os diversos tipos penais ambientais como um todo e tal constatação revela que a gravidade da pena determinada pelo referido legislador para cada tipo penal não deve influenciar necessariamente a análise sistemática dos crimes ambientais contidos na Lei 9.605/98 no âmbito concursal para fins de examinar a gravidade de uma determinada conduta penal-ambiental relevante em relação a outra.

⁵⁷² COSTA, Helena Regina Lobo da. Crimes instantâneos e crimes permanentes no direito penal econômico. In: ESTELLITA, Heloisa; FELDENS, Luciano; WUNDERLICH, Alexandre. *Direito penal econômico e empresarial: estudos dos grupos de pesquisa em direito penal econômico e empresarial da PUCRS e da FGV DIREITO SP*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 115-136. p. 132.

⁵⁷³ BELLO FILHO, Ney de Barro *et al.* *Crimes e infrações administrativas ambientais*. 3ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 279.

4.2 CASO 2: DELITOS AMBIENTAIS PREVISTOS NOS ARTS. 38, 38-A, 39 E 46, PAR. ÚNICO DA LEI 9.605/98: ATO POSTERIOR COAPENADO

O delito de destruição de floresta de preservação permanente previsto no art. 38 da Lei 9.605/98 dispõe que constitui crime “destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção.”

Segundo Luiz Regis Prado, o bem jurídico protegido é o meio ambiente em seu sentido natural, com destaque ao patrimônio florestal,⁵⁷⁴ tutelando a biodiversidade e a natureza.

O referido autor aponta a importância de distinguir *floresta* de *flora*. Enquanto este consiste em um conjunto de plantas de uma determinada região, *floresta* “vem a ser um tipo de vegetação, formando um ecossistema próprio, onde interagem continuamente os seres vivos e a matéria orgânica e inorgânica presentes.”⁵⁷⁵

Cabe registrar a definição de floresta dada por José Afonso da Silva:

As *florestas*, as matas, constituem ecossistemas extramente complexos. Cada qual delas é um sistema de plantas, animais e microorganismos que interagem entre si e com os elementos inanimados de seu meio, do qual o solo é apenas uma parte. São sistemas vitais de suma importância para a sobrevivência humana.⁵⁷⁶

O conceito de *flora*, conforme João Marcos Adede y Castro é conferido pela NBR 9896/93, página 49,⁵⁷⁷ a qual define aquela como *conjunto de plantas da natureza ou próprias de um lugar ou região, ou que caracterizam uma época*. Neste sentido, floresta é uma espécie de flora.⁵⁷⁸

Tal diferenciação é conferida pela própria Constituição de 1988 quando atribui competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para preservar as florestas, a fauna e a flora (art. 23, VII, CF/88).⁵⁷⁹

⁵⁷⁴ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do Ambiente*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 234.

⁵⁷⁵ *Ibid.*, p. 235.

⁵⁷⁶ SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 162.

⁵⁷⁷ ADEDE Y CASTRO, João Marcos. *Crimes ambientais*. Comentários à Lei nº 9.605/98. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2004. p. 165.

⁵⁷⁸ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 157.

⁵⁷⁹ OLIVEIRA, Raul Miguel Freitas de. *Concessão florestal: exploração sustentável de florestas públicas por particular*. Leme: J. H. Mizuno, 2013. p. 15.

Neste contexto o elemento normativo “floresta” adquire relevância, uma vez que deve se indagar qual a abrangência do mesmo. Em outras palavras: *floresta* compreende um conjunto de formações vegetais, não se configurando somente por árvores, mas também por arbustos, plantas herbáceas, gramíneas, dentre outras espécies de vegetação existentes em uma determinada área de preservação permanente ou para configuração deste delito não seria suficiente que se destruía, danifique ou utilize em inobservância às normas de proteção, mas apenas *floresta* que seja considerada área de preservação permanente?

Sob o argumento de observância ao princípio da legalidade, infere-se que a jurisprudência tem se manifestado no sentido de que a expressão *floresta* utilizada pelo tipo penal deve ter uma interpretação restritiva. Assim, não seria toda espécie de flora em área de preservação que deveria integrar o tipo penal do art. 38 da Lei 9.605/98, devendo – se rejeitar uma acepção ampla do elemento normativo “floresta”.⁵⁸⁰

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, posiciona-se no seguinte sentido:

O elemento normativo "floresta", constante do tipo de injusto do art. 38 da Lei nº 9.605/98, é a formação arbórea densa, de alto porte, que recobre área de terra mais ou menos extensa. O elemento central é o fato de ser constituída por árvores de grande porte. Dessa forma, não abarca a vegetação rasteira.⁵⁸¹

O Anexo I da Portaria 486-P, de 28.10.1986, do IBDF (órgão antecessor do atual IBAMA), conceitua a floresta, no seu item 18, como a “formação arbórea densa, de alto porte, que recobre área de terra mais ou menos extensa.”

Tal conceito de *floresta* é altamente criticada por Érika Mendes de Carvalho, pois, segundo a autora, seria “pouco recomendável a determinação de um conceito jurídico de floresta, principalmente em razão da proximidade morfológica existente entre as florestas e demais formações vegetais”.⁵⁸²

Assim, tal definição se apresentaria simplista diante da verdadeira complexidade do ecossistema que constitui a floresta “em cujo cenário vicejam numerosos vegetais, todos

⁵⁸⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *RSE 0018071-80.2011.8.13.0049 MG. Sexta Câmara Criminal*. Rel. Denise Pinho da Costa Val. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/129317246/rec-em-sentido-estrito-10049110018071001-mg?ref=juris-tabs>. Acesso em: 25 nov. 2019.

⁵⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 783652 SP 2005/0150298-7*. 5ª Turma. Rel. Felix Fischer. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7157067/recurso-especial-resp-783652-sp-2005-0150298-7?ref=juris-tabs>. Acesso em: 20 nov. 2019.

⁵⁸² CARVALHO, Érika Mendes de. *Tutela penal do patrimônio florestal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 23.

eles imbricados em cadeias interdependentes”,⁵⁸³ no qual dentre outros elementos também podem-se encontrar “integrantes da flora *lato sensu* considerada, mas que, isoladamente, não caracterizam uma paisagem florestal.”⁵⁸⁴

Segundo a visão da autora seria errôneo conferir como traços essenciais das florestas em geral a altura acentuada e a divisão em grandes áreas para diferenciá-las das demais formações vegetais. Aliás, Érika Mendes de Carvalho ressalta que não é possível separá-las de forma estática:

Assim, impõe reconhecer, de primeiro, que, se diversos tipos de vegetação não apresentam forma fisionômica florestal, outros, embora não reconhecidos comumente como formações florestais, possuem de fato essa natureza. O patrimônio florestal brasileiro envolve não apenas as florestas tropicais perenifólias e caducifólias e as florestas subtropicais perenifólias, mas também alguns cerrados, cerradões e caatingas. Daí incorrerem em erro autores que separam de maneira estanque as florestas e esses tipos de vegetação, ignorando que também os cerrados e as caatingas podem adquirir, em determinadas regiões do País, conformação fisionômica típica das florestas propriamente ditas. Por outro lado, a distinção entre as florestas e as formações vegetais não florestais (certos cerrados e caatingas, savanas, campos, mangues, por exemplo) reside exatamente na densidade de suas copas, que cobrem mais de 60% do chão, quase tocando umas nas outras, e na altura do dossel arbóreo, variando entre três metros ou mais.⁵⁸⁵

José Afonso da Silva, embora defenda uma diferenciação entre floresta e demais formas de vegetação, também critica tal definição dada normalmente pela jurisprudência e prevista no Anexo I da Portaria 486-P, de 28.10.1986, do IBDF, uma vez que:

Aí está a ideia de que floresta é um conjunto de vegetação razoavelmente densa e elevada, compreendendo matas e bosques, ou seja, formações de grande ou de pequena extensão. O conceito não compreende as áreas urbanas, que ficam sob o regime dos Planos Diretores e de leis municipais de uso do solo.⁵⁸⁶

Paulo de Bessa Antunes, por sua vez, aponta que não é possível elaborar uma definição genérica de floresta, mas sim apenas estabelecer definições jurídicas para cada tipo de floresta concretamente considerado:

⁵⁸³ CARVALHO, Érika Mendes de. *Tutela penal do patrimônio florestal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 136.

⁵⁸⁴ *Ibid.*, p. 136.

⁵⁸⁵ *Ibid.*, p. 137-139.

⁵⁸⁶ SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 162.

Evidentemente que as ciências dedicadas ao estudo das florestas não podem trabalhar com uma definição *genérica* de floresta. Ao contrário, cada uma das diferentes modalidades de floresta terá sua própria definição. O Cerrado não será definido nos mesmos termos em que é definida a Floresta Amazônica, sendo esta diferente da Mata Atlântica. Enfim, o aplicador da lei florestal deverá ter presente qual o tipo de floresta que, no caso concreto, está necessitando de proteção legal.⁵⁸⁷

Assim, o conceito de *florestas de preservação permanente* é estabelecido nos arts. 4º (definidos pela lei) e 6º (assim declarados por ato do Poder Público) da Lei 12.651/2012. Esta, conforme posicionamento de Luiz Regis Prado, protege as florestas nacionais e também as demais formas vegetativas nos termos do *caput* do art. 2º deste referido diploma legal.⁵⁸⁸

Cabe ressaltar a importância das áreas de preservação permanente (APPs) para manutenção do ecossistema e da qualidade ambiental do meio:

Como se vê, as APPs têm esse papel (maravilhoso, aliás!) de abrigar a biodiversidade e promover a propagação da vida; assegurar a qualidade do solo e garantir o armazenamento do recurso *água* em condições favoráveis em quantidade e qualidade; já a paisagem é intrinsecamente ligada aos componentes do ecossistema; E mais, têm muito a ver com o bem-estar humano das populações que estão em seu entorno, contribuindo para a sadia qualidade de vida assegurada no *caput* do art. 225 da Constituição Federal.⁵⁸⁹

A definição da Área de Preservação Permanente (APP) é dada pelo art. 3º da Lei 12.651/2012:

Área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas.

O art. 8º da Lei 12.651/2012 dispõe hipóteses em que se permitem que haja intervenção ou supressão de vegetação nativa em Área de Preservação Permanente. São elas: utilidade pública, interesse social ou de baixo impacto ambiental previsto nesta referida lei. Por consequência, uma vez verificada uma destas hipóteses, não incidirá o crime do art. 38 da Lei 9.605/98.

Como bem apontado por Paulo Affonso Leme Machado é necessário distinguir *Área de Preservação Permanente (APP)* e *Floresta considerada de Preservação*

⁵⁸⁷ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 502.

⁵⁸⁸ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do Ambiente*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 235.

⁵⁸⁹ MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*. A gestão ambiental em foco. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 743.

Permanente. Isto porque, conforme se verificou, a definição da primeira no art. 3º, II da Lei 12.651/2012 passou a defini-la não só com abrangência à floresta mas também a “coberta ou não por vegetação nativa”. Esta observação é relevante para análise do crime do art. 38 da Lei 9.605/98:⁵⁹⁰

Diante desta consideração, é de se constatar que a tutela penal atual, com base no art. 38 da Lei 9.605/1998, não tem abrangência capaz de criminalizar a ausência de recomposição ou recuperação da Floresta de Preservação Permanente. Necessita-se de uma alteração deste tipo penal, para alcançar a finalidade de criminalizar a não recomposição. O art. 38 da Lei 9.605/1998 protege a floresta como um todo, isto é, tutela o conjunto de árvores existentes. É razoável entender-se que a proteção penal de uma só árvore não se enquadra neste artigo, e sim no art. 39 da lei citada.⁵⁹¹

Isso significa que a consumação do art. 38 se dá com a destruição ou danificação de uma parte da Floresta de Preservação Permanente, dispensando-se, assim, que o agente destrua ou danifique a floresta inteira. Ademais, segundo Paulo Affonso Leme Machado, “a destruição abrange a noção de supressão da vegetação e de corte de árvores da Floresta classificada como de Preservação Permanente”.⁵⁹²

Neste sentido, ante a complexidade ecológica compreendida por floresta como categoria estrutural que também abrange os sub-bosques que podem possuir outras formas de vegetação, verifica-se uma constatação importante apontada por Paulo Affonso Leme Machado:

A vegetação rasteira não é protegida penalmente se só ela compuser a APP. Entretanto, a vegetação rasteira inserida no sub-bosque, que coexista na mesma área com as árvores da Floresta de Preservação Permanente, está protegida penalmente pelo art. 38 da Lei 9.605/98.⁵⁹³

Vladimir e Gilberto Passos de Freitas também apontam que, em determinadas hipóteses, a diferença entre árvores de grande porte e a vegetação rasteira não é tão clara e aponta para a necessidade de se recorrer ao estudo da geografia para realizar tal distinção. Apenas a título exemplificativo citam o Dec. 49.141/67 do Estado de São Paulo que busca dar diretivas sobre a matéria.⁵⁹⁴

⁵⁹⁰ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 924.

⁵⁹¹ *Ibid.*, p. 924.

⁵⁹² *Ibid.*, p. 924.

⁵⁹³ *Ibid.*, p. 924.

⁵⁹⁴ FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 144.

Ademais, Luis Marcelo Mileo Theodoro aponta a necessidade de diferenciar floresta considerada de preservação permanente de áreas de reserva legal,⁵⁹⁵ pois esta não estaria abarcada pelo crime do art. 38 da Lei 9.605/98.

Torna-se relevante destacar o entendimento do referido autor sobre o conceito de floresta em formação que também integra o referido tipo penal:

Por sua vez, floresta em formação não é qualquer forma de vegetação (por exemplo, rasteira). Será necessária a elaboração de laudo pericial com o propósito de aferir a existência de diversidades vegetais e os microorganismos existentes no local.⁵⁹⁶

Já Érika Mendes de Carvalho define floresta em formação como “formação florística de médio porte e densidade capaz de, por um processo de regeneração espontânea de suas espécies constitutivas, transformar-se em floresta.”⁵⁹⁷

Em relação ao verbo *destruir*, este significa fazer desaparecer ou eliminar e *danificar* quer dizer *deteriorar ou inutilizar*.⁵⁹⁸ Já a utilização se refere tirar proveito da floresta considerada de preservação permanente de maneira indevida em inobservância às normas de proteção.⁵⁹⁹

Ante a complexidade ecológica da floresta, esta pode ser destruída ou danificada de diversas maneiras. José Afonso da Silva aponta, a título exemplificativo, que a introdução de espécies exóticas, por exemplo, pode resultar em efeitos graves para as características do ecossistema considerado.⁶⁰⁰

Érika Mendes de Carvalho apresenta os principais fatores destrutivos de florestas: desmatamento, queimada e exploração econômica indiscriminada dos recursos florestais.⁶⁰¹ Já Édis Milaré aponta que o principal fator que coloca em risco e causa danos relacionados à flora é o desmatamento.⁶⁰²

Depreende-se da interpretação deste tipo penal que se trata de um delito de lesão em relação às condutas de *destruir* e *danificar* e de um delito de perigo concreto quanto à

⁵⁹⁵ THEODORO, Luis Marcelo Mileo. Dos crimes contra o meio ambiente. Seção II – Dos crimes contra a flora (arts. 38 a 53). In: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo; SOUZA, Luciano Anderson de (coord.). *Comentários à Lei de Crimes Ambientais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 180-239. p. 185.

⁵⁹⁶ *Ibid.*, p. 184.

⁵⁹⁷ CARVALHO, Érika Mendes de. *Tutela penal do patrimônio florestal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 23.

⁵⁹⁸ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do Ambiente*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 236.

⁵⁹⁹ *Ibid.*, p. 236.

⁶⁰⁰ SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 163.

⁶⁰¹ CARVALHO, *op. cit.*, p. 54-61.

⁶⁰² MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. A gestão ambiental em foco. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 251.

conduta de *utilizar* em inobservância as normas de proteção de “floresta” em área de preservação permanente.⁶⁰³

Já o crime previsto no art. 38-A possui a seguinte dicção legal: “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” e possui como bem jurídico protegido o meio ambiente em si, em especial a conservação da flora⁶⁰⁴ (Bioma Mata Atlântica).

A criação deste tipo penal voltada exclusivamente para buscar tutelar a Mata Atlântica se deve ao fato de que esta seja, conforme aponta Paulo Affonso Leme Machado, o segundo maior Bioma mais ameaçado de extinção no mundo e, portanto, o legislador entendeu pela necessidade de elaborar um tipo pena específico para tanto.⁶⁰⁵

Edis Milaré aponta a importância da Mata Atlântica para o equilíbrio do ecossistema:

A importância da Mata Atlântica é inquestionável em razão de sua riquíssima biodiversidade, é maior até que a da Floresta Amazônica. Em vista disso, a Constituição da República, em seu art. 225, § 4º, trata-se como patrimônio nacional, cuja utilização far-se-á na forma da lei, dentro das condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.⁶⁰⁶

Depreende-se que - conforme ocorre na maioria dos tipos penais ambientais - trata-se de um tipo penal em branco, uma vez que a definição do que deve ser considerado Bioma Mata Atlântica requer remissão à Lei 11.428/2006, uma vez que esta conceitua e regulamenta sobre a utilização e proteção nativa do Bioma Mata Atlântica.

Considera-se integrante do Bioma Mata Atlântica, nos termos do art. 2º, *caput* da Lei 11.428/2006:

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

⁶⁰³ THEODORO, Luis Marcelo Mileo. Dos crimes contra o meio ambiente. Seção II – Dos crimes contra a flora (arts. 38 a 53). In: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo; SOUZA, Luciano Anderson de (coord.). *Comentários à Lei de Crimes Ambientais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 180-239. p. 183. Neste mesmo sentido, cf. MILARÉ, Édís; COSTA JÚNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José da. *Direito Penal Ambiental*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 105.

⁶⁰⁴ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do Ambiente*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 241.

⁶⁰⁵ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 952.

⁶⁰⁶ MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*. A gestão ambiental em foco. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 255.

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.

Ademais, nos termos do art. 4º desta referida lei, cabe ao Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) dispor sobre a definição de vegetação primária e vegetação secundária nos estágios inicial, médio e avançado de regeneração do Bioma Mata Atlântica, nas hipóteses de vegetação nativa localizada.

Assim, o CONAMA define vegetação primária e secundária nos estágios pioneiro, inicial, médio e avançado de regeneração da Mata Atlântica, a fim de orientar os procedimentos de licenciamento de exploração da vegetação nativa de forma específica, para cada Estado da Federação, isto é, a depender da vegetação ali existente, em Resoluções independentes, “pois não existe um conceito único sobre a matéria.”⁶⁰⁷ Contudo, através da Resolução 388/07, o CONAMA convalidou todas as Resoluções sobre esta questão para fins do disposto do art. 4º, §1º da Lei 11.428/2006.

Cabe destacar, ainda assim, o teor do art. 5º Lei 11.428/2006, o qual dispõe que “a vegetação primária ou a vegetação secundária em qualquer estágio de regeneração do Bioma Mata Atlântica não perderão esta classificação nos casos de incêndio, desmatamento ou qualquer outro tipo de intervenção não autorizada ou não licenciada”.

Importante ressaltar que o delito ambiental do art. 38-A abrange apenas a vegetação primária ou secundária que estão em estágio de médio ou avançado estágio de regeneração, não se compreendendo neste tipo penal aquela que se encontrar em estágio inicial. Por isso, a importância de se recorrer à regulamentação editada pelo CONAMA para averiguar o nível do estágio de regeneração que determinada vegetação primária ou secundária se encontra.

Ademais, cumpre destacar os ensinamentos de Paulo Affonso Leme Machado quanto à conduta deste crime:

No caso em tela, destruir é eliminar a vegetação nativa protegida de diversas maneiras, como o corte de inúmeras árvores ou sua derrubada por tratores. Lançar ou aplicar agrotóxicos sobre a vegetação primária ou secundária em estágio avançado ou médio de regeneração do Bioma Mata Atlântica tanto pode destruí-la como pode danificá-la. A destruição e a danificação têm uma intensidade diferente de dano, mas

⁶⁰⁷ MILARÉ, Édís; COSTA JÚNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José da. *Direito Penal Ambiental*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.106.

independentemente da quantificação do dano, esses comportamentos são abrangidos pelo crime do art. 38-A.⁶⁰⁸

Não há dúvidas de que entre o tipo penal do artigo 38 e o do artigo 38-A há uma relação de especialidade no sentido de que se há destruição ou danificação de vegetação primária ou secundária, em estágio avançado ou médio de regeneração do Bioma Mata Atlântica e esta se encontrar em área de preservação permanente, apesar de incorrer, *em tese*, nestes dois tipos penais, deverá ser aplicado apenas o delito do art. 38-A em decorrência do critério da especialidade.

Já o delito do art. 39 da Lei 9.605/98 refere-se a “cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente”. O bem jurídico aqui tutelado é meio ambiente natural, em especial, a conservação das formações florestais de preservação permanente.⁶⁰⁹ A permissão é dada pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Renováveis (Ibama) ou por órgão estadual que desempenhe função delegada.

Embora a dicção legal da descrição do tipo contido no art. 39 da Lei 9.605/98 possa sugerir que o corte de apenas uma árvore em floresta considerada de preservação permanente não constitui o presente crime,⁶¹⁰ Luiz Regis Prado afirma que para a configuração deste delito é indiferente o corte pelo agente de apenas uma árvore.⁶¹¹

Aqui deve-se discordar do referido posicionamento deste autor. Isto porque o delito do art. 39 da Lei 9.605/98 exige corte de “árvores” no plural e não se pode realizar uma interpretação *in malam partem* em desfavor do agente e considerar que apenas uma árvore seja o suficiente para a configuração deste referido crime ambiental em observância ao princípio da legalidade.

O que pode ocorrer é que o corte de apenas uma árvore, a depender da extensão da floresta e do impacto provocado a esta no caso concreto, danifique esta última, já que João Marcos Adede y Castro aponta que os desdobramentos do corte de apenas uma árvore

⁶⁰⁸ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 962.

⁶⁰⁹ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do Ambiente*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 245.

⁶¹⁰ Sobre este posicionamento, cf. MILARÉ, Édís; COSTA JÚNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José da. *Direito Penal Ambiental*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 107.

⁶¹¹ PRADO, *op. cit.*, p. 246. No mesmo sentido deste referido autor, cf. THEODORO, Luis Marcelo Mileo. Dos crimes contra o meio ambiente. Seção II – Dos crimes contra a flora (arts. 38 a 53). In: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo; SOUZA, Luciano Anderson de (coord.). *Comentários à Lei de Crimes Ambientais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 180-239. p. 188. Cf. também FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 156.

podem ser mais amplos do que se possa parecer e tais podem perdurar no tempo e atingir todo o ecossistema.⁶¹² Porém, neste caso, não se configurará o delito do art. 39 da Lei 9.605/98, mas sim o crime ambiental do art. 38 do mesmo diploma legal, pois aqui o corte de árvores foi uma forma que resultou na danificação da floresta.

Assim, a jurisprudência, de forma correta, também entende que o corte de apenas uma árvore, a depender do ecossistema concreto analisado e as implicações deste corte, não gera ofensividade ao bem jurídico meio ambiente, em especial, no que tange ao patrimônio florestal e ao respectivo equilíbrio ecológico decorrente.⁶¹³

Não se está a afirmar que o corte de uma única árvore é sempre irrelevante ao desequilíbrio do ecossistema relacionado à determinada floresta, mas sim que, em determinados casos, referido corte *concretamente* pode não resultar em dano à floresta considerada de área de preservação permanente penalmente relevante para fins de incidência do crime ambiental previsto no art. 38 da Lei 9.605/98 e tampouco para configurar o delito do art. 39 deste mesmo diploma legal, já que é necessário observar o princípio da legalidade e a redação conferida pelo legislador a este último, certamente, é uma demonstração da tentativa de conciliar a intervenção mínima e fragmentária do Direito Penal no âmbito ambiental.

Carlos Ernani Constantino define árvore como “toda planta lenhosa, cujo caule ou tronco, fixado no solo com raízes, é despido na base e carregado de galhos e folhas na parte superior”.⁶¹⁴ Segundo este autor, a expressão *árvore* é utilizada na sua acepção *ampla* e *genérica*, compreendendo toda e qualquer planta lenhosa desde que se encontre em floresta considerada de preservação permanente.⁶¹⁵

Com relação à conduta típica “cortar é separar, dividir o tronco da árvore, não configurando a conduta a simples ação de podar galhos, por exemplo.”⁶¹⁶ João Marcos Adede y Castro conceitua *cortar* como “ato de, mediante o uso de machados, facões e motosserras, seccionar o caule ao ponto de fazê-la tombar, total ou parcialmente, mas de forma prejudicial à continuidade de sua vida, matando-a”, retirando do ambiente um

⁶¹² ADEDE Y CASTRO, João Marcos. *Crimes ambientais*. Comentários à Lei nº 9.605/98. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. p. 169.

⁶¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 493595 ES 2014/0068382-1*. 5ª Turma. Rel. Jorge Mussi. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/524706684/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-493595-es-2014-0068382-1?ref=juris-tabs>. Acesso em: 27 nov. 2019.

⁶¹⁴ CONSTANTINO, Carlos Ernani. *Delitos ecológicos*. A lei ambiental comentada artigo por artigo. Aspectos penais e processuais penais. São Paulo: Atlas, 2001. p. 143.

⁶¹⁵ *Ibid.*, p. 143-144.

⁶¹⁶ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do Ambiente*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 245.

elemento indispensável a ele.⁶¹⁷ De outro lado, Paulo Affonso Leme Machado entende que “o corte de árvores não precisa ser raso para configurar o delito, bastando que a ação danifique a árvore.”⁶¹⁸

Cabe destacar que se o sujeito corta árvores em floresta que não está em área de preservação permanente não incidirá o delito do art. 39 da Lei 9.605/98, mas poderá incorrer, caso o referido corte seja em tal intensidade que se transforme em um dano à floresta ambientalmente relevante, no delito do art. 50 do mesmo diploma legal que consiste em “destruir ou danificar florestas nativas ou plantadas ou vegetação fixadora de dunas, protetora de mangues, objeto de especial preservação” ou, na hipótese da floresta se situar em terras de domínio público ou devolutas, no crime do art. 50-A desta Lei.

A princípio, o teor do delito do art. 39 da Lei 9.605/98 parece ser bastante semelhante ao conteúdo do art. 38 da Lei 9.605/98, em especial, no que diz respeito à conduta de causar dano à floresta considerada de preservação permanente.

Contudo, questionar se cortar árvores em floresta considerada área de preservação permanente é a mesma coisa que danificar esta última parece ser uma via equivocada para analisar a delimitação dos respectivos tipos penais no âmbito da questão concursal.

Neste contexto, considerando que se pode danificar floresta considerada área de preservação permanente de diversas formas, inclusive mediante corte de árvores, deveria se questionar a razão pela qual teria levado o legislador a conferir autonomia típica a uma forma específica, qual seja corte de árvores, tal como se depreende do art. 39 da Lei 9.605/98 para possibilitar uma análise de eventual relação que se possa vir a existir entre este e o tipo penal do art. 38 da Lei 9.605/98.

Aqui cumpre registrar os ensinamentos de Nicolao Dino Neto sobre esta questão na qual reconhece a configuração do concurso *aparente* de normas penais ambientais e não um concurso formal de crimes. Segundo este autor é necessário levar em consideração, à luz de cada caso concreto, a extensão da agressão para analisar a relação que pode existir entre os delitos dos art. 38 e 39-A da Lei 9.605/98. Se a danificação da floresta considerada área de preservação permanente for ocasionada mediante corte de árvores, o autor entende que haveria uma relação de especialidade e prevaleceria o delito do art. 39 por conter

⁶¹⁷ ADEDE Y CASTRO, João Marcos. *Crimes ambientais*. Comentários à Lei nº 9.605/98. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. p. 169.

⁶¹⁸ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 926.

elementos especializantes.⁶¹⁹ De outro lado, se o corte de árvores resultar em efetiva destruição da floresta de preservação permanente haveria a incidência de uma relação de crime meio e crime fim e, neste caso, prevaleceria o delito do art. 38 da Lei 9.605/98 em detrimento do crime ambiental do art. 39 do mesmo diploma legal, pois aquele seria mais abrangente que este último.⁶²⁰

Concorda-se apenas parcialmente com a posição deste autor, especificamente no que diz respeito a existência de um concurso *aparente* de normas penais ambientais, porém, com uma perspectiva distinta da apontada pelo mesmo.

Depreende-se que a conduta de cortar árvores, a depender da quantidade de árvores devastadas em floresta de área de preservação permanente pode não expressar um dano ambiental à referida floresta. Neste sentido, infere-se que o legislador possa ter previsto o delito do art. 39 levando em conta a prática bastante recorrente de corte de árvores, em especial, relacionada às atividades de madeireiras que podem realizar cortes de árvores nesta área em *quantidades* que, isoladamente, suas condutas não seriam passíveis de configurar um dano efetivo à referida floresta e restaria impunível este ilícito ambiental.

Assim, na verdade, é possível aferir uma relação progressiva de ofensa ao mesmo bem jurídico - meio ambiente – no que diz respeito à proteção do patrimônio florestal considerada de área de preservação permanente entre o delito de cortar árvores nesta (art. 39) e o delito de danificar ou destruir aquela (art. 38). Neste caso, se o indivíduo cortar árvores em uma dimensão tal que se possa considerar que houve danificação à floresta ou a própria destruição desta, apesar de, *em tese*, sua conduta recair sobre os tipos penais do art. 39 e 38, deverá se reconhecer apenas este último em decorrência da aplicação do critério da subsidiariedade tácita.

Por sua vez, conforme já apontado, se o corte de árvores for de vegetação primária ou secundária, em estágio avançado ou médio de regeneração, do Bioma Mata Atlântica que se encontram em floresta considerada de área de preservação permanente que resulte em danificar esta última, aplicar-se-á, apenas o delito do art. 38-A em detrimento do 38 em decorrência do critério da especialidade e tampouco se aplicará o tipo penal do art. 39 em virtude do critério da subsidiariedade tácita.

⁶¹⁹ Neste mesmo sentido, cf. BUGALHO, Nelson Roberto. Tutela penal das florestas e demais formas de vegetação consideradas de preservação permanente. *Revista de direito ambiental*, São Paulo, v. 7, n. 25, p. 152-174, jan./mar. 2002. p. 168.

⁶²⁰ BELLO FILHO, Ney de Barro, *et al.* *Crimes e infrações administrativas ambientais*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 250.

Ademais entender que o crime do art. 39 da Lei 9.605/98 constitui um meio para alcançar o crime do art. 38 da Lei 9.605/98 não significa automaticamente que se trata de uma hipótese na qual se deveria aplicar o critério da consunção, mesmo porque já se constatou que se isso fosse assim resultaria em uma ampliação desmedida do âmbito de aplicação do referido critério.

Mas, quando se verifica uma relação de progressiva ofensividade ao mesmo bem jurídico (meio ambiente) e exatamente do mesmo aspecto deste (patrimônio florestal), o mais adequado é reconhecer uma relação de subsidiariedade, na qual o delito do art. 39 da Lei 9.605/98 só terá espaço de aplicação na hipótese do corte de árvores não resultar em dano ou destruição da floresta de área de preservação permanente, pois caso culmine nestes dois resultados lesivos, dever-se-á aplicar apenas o delito do art. 38 do mesmo diploma legal.

Esta ideia de diferenciação de intensidade lesiva quanto à agressão ao patrimônio florestal de área de preservação permanente presente na relação entre os delitos dos arts. 38 e 39 da Lei 9.605/98, na qual o dano decorrente de corte de árvores do segundo já estaria compreendido pelo conteúdo do injusto do primeiro quando o corte de árvores resultar em danificação da referida floresta foi o entendimento adotado em decisão do Superior Tribunal de Justiça no julgamento de um caso concreto,⁶²¹ bem como foi utilizada como parâmetro em um caso examinado pelo Supremo Tribunal Federal⁶²² que, diante desta sobreposição normativa apontada, excluiu-se o delito do art. 39 em detrimento do crime ambiental do art. 38 da Lei 9.605/98.

Contudo, apesar de o legislador ter entendido que a conduta de cortar árvores em floresta em área de preservação permanente seja menos lesiva ao meio ambiente do que a própria danificação ou destruição desta, porém, conferindo autonomia típica àquela em virtude de sua relevância penal, tal diferenciação de gravidade, equivocadamente, não se reflete nas margens penais *abstratamente* conferidas aos respectivos tipos penais, pois possuem a mesma sanção penal, qual seja, detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

⁶²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 52722 SP*. 6ª Turma. Rel. Maria Thereza De Assis Moura. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7093600/habeas-corpus-hc-52722-sp-2006-0007632-0-stj?ref=serp>. Acesso em: 07 jan. 2020.

⁶²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 95154 SP*. 2ª Turma. Rel. Ayres Britto. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22869963/habeas-corpus-hc-95154-sp-stf?ref=serp>. Acesso em: 07 jan. 2020.

Tal constatação sinaliza a necessidade de revisão por parte do legislador, pois o *status quo* que se encontra o sistema de tipos penais ambientais da Lei 9.605/98 é bastante caótico, pois incentiva uma conduta mais lesiva ao meio ambiente com a mesma reprovação penal conferida pela ordem jurídica, já que se o indivíduo cortar algumas árvores em floresta considerada de área permanente ou danificar e até mesmo destruir esta última, será sancionado pelas mesmas margens penais *em abstracto*, o que vai de encontro com uma adequação tutela penal do meio ambiente.

Por sua vez necessário se faz analisar a conduta típica do parágrafo único do artigo 46 da Lei 9.605/98 que prevê uma forma equiparada à conduta do *caput* e possui a seguinte dicção legal:

Incorre nas mesmas penas [detenção, de seis meses a um ano, e multa] quem vende, expõe à venda, tem em depósito, transporta ou guarda madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem licença válida para todo o tempo da viagem ou do armazenamento, outorgada pela autoridade competente.

Dentre as diversas condutas previstas, o que nos interessa para solucionar o caso proposto é o fato de que ter em depósito ou guardar lenha e outros produtos de origem vegetal sem licença válida para todo o tempo de armazenamento constitui um delito autônomo em si.

Édis Milaré, Paulo José da Costa Jr e Fernando José da Costa definem *ter em depósito* como “manter o produto em local preservado e seguro” e *guarda* como “armazenar, a manutenção do produto sob seu cuidado mas em nome de outrem”.⁶²³ Estas referidas condutas puníveis são formas de crime permanente.⁶²⁴

O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) é a autoridade competente para concessão da licença exigida para não configuração do tipo penal.

A indagação que se deve realizar neste momento é que tipo de relação pode ser aferida entre os tipos penais do artigo 38, 38-A e 39 e do parágrafo único do artigo 46 da Lei 9.605/98 quando o sujeito cortar árvores consideradas de preservação ambiental que resulte também em destruir vegetação do Bioma Mata Atlântica e, em seguida, armazena ou guarda em depósito madeira oriunda deste desmatamento praticado, sem licença para tanto.

⁶²³ MILARÉ, Édis; COSTA JÚNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José da. *Direito Penal Ambiental*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 119.

⁶²⁴ PRADO, Luiz Regis. *Crimes contra o meio ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 133.

Em primeiro lugar cumpre destacar que aqui trata-se de duas condutas distintas. A primeira consiste na prática do desmatamento de floresta de área em preservação permanente que também destruindo vegetação do Bioma Mata Atlântica e a segunda consiste em, posteriormente, armazenar madeira oriunda de tal desmatamento sem licença.

Ainda que se trate de uma pluralidade de condutas, conforme posicionamento adotado neste estudo, não impede a possibilidade de analisar o concurso *aparente* de normas penais, pois o que se deve examinar é a existência de uma unidade de fato juridicamente relevante.

Com relação à primeira conduta (desmatamento de floresta considerada de área de preservação permanente mediante corte de árvores que também acaba destruindo formas de vegetação primária em estágio médio de regeneração do Bioma Mata Atlântica), a partir dos argumentos apresentados até aqui, verifica-se que há uma relação de especialidade entre a destruição de formas de vegetação do Bioma Mata Atlântica e a danificação de floresta considerada de área de preservação permanente, já que aquela é “floresta tropical latifoliada úmida de encosta”⁶²⁵ que se encontra em área de preservação permanente, podendo-se afirmar que, apesar de incidir, *em abstrato*, os crimes ambientais dos arts. 38 e 38-A, *concretamente*, prevalecerá apenas o delito do art. 38-A em virtude de uma relação de especialidade, sob pena de violar o princípio do *ne bis in idem* material por valorar o mesmo fato mais de uma vez pelo mesmo fundamento.

Ademais, não se aplicará também o delito do art. 39, pois este é um delito ambiental subsidiário em relação ao crime do art. 38-A, pois entre eles há uma relação de progressão ofensiva ao mesmo bem jurídico e, uma vez configurado o delito do art. 38-A no caso concreto, o delito do art. 39 deixa de ter espaço para aplicação no mesmo contexto fático.

Por conseguinte, é necessário analisar a eventual relação que se pode aferir entre a conduta do art. 38-A da Lei 9.605/98 no que tange à danificação de vegetação primária ou secundária, em estágio avançado ou médio de regeneração, do Bioma Mata Atlântica e a conduta do art. 46, parágrafo único do mesmo diploma legal no que diz respeito a manter em depósito madeira ou produtos de origem vegetal sem licença válida.

Neste contexto devem-se responder as seguintes indagações para que se possa seguir na análise deste presente caso: a autonomia típica conferida pelo legislador para

⁶²⁵ CARVALHO, Érika Mendes de. *Tutela penal do patrimônio florestal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 35.

cada uma destas condutas deve ser mantida *concretamente*? Em outras palavras, deve o aplicador da lei reconhecer um concurso material de crimes por ser condutas completamente independentes no que diz respeito ao conteúdo dos seus respectivos injustos? Ou, na verdade, é possível identificar entre estas condutas típicas uma relação de interdependência quanto ao conteúdo de injusto de modo que apenas um destes tipos penais ambientais deverá prevalecer *concretamente* em detrimento do outro sob pena de violar o princípio do *ne bis in idem* material?

Este caso concreto é uma proposta adaptada em relação a um julgamento que foi objeto de exame pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina⁶²⁶ no qual entendeu-se que a prática do delito do art. 38 e 38-A foram meio para a prática do crime ambiental do art. 46, parágrafo único, da Lei 9.605/98 já que o indivíduo tinha o fim de vender lenha para o seu sustento e, para tanto, cortar e danificar formas de vegetação constituíam condutas meios para alcançar seu objetivo. Neste caso, apenas adicionou-se o contexto de tal danificação do Bioma Mata Atlântica de ter sido mediante corte de árvores para possibilitar a discussão existente entre os crimes do art. 38, art. 38-A e do art. 39 da Lei 9.605/98.

Feito este parêntese, o entendimento alcançado pelo Tribunal de Santa Catarina neste caso se apresenta equivocado. Isto porque este entendeu que “a destruição de vegetação permanente e de vegetação secundária, constituem antefato impunível, já que, no caso, tratou-se de conduta necessária para que o acusado se abastecesse de lenhas, posteriormente transformadas em carvão vegetal o qual era comercializado por ele.”

Outrossim, já se apontou que o argumento de mera existência de relação meio e fim nem sempre é satisfatório para aplicar o critério da consunção, pois é necessário verificar se a potencialidade lesiva da conduta principal – *norma consuntiva* - compreende o conteúdo de injusto da conduta meio – *norma consumida*, para apenas a partir daí analisar se estamos diante de uma unidade delitiva e, portanto, seria hipótese de concurso *aparente* de normas penais mediante a aplicação do princípio da consunção ou se é caso de concurso de crimes, neste caso, material, por se tratar de uma pluralidade de condutas.

Do ponto de vista de uma proteção penal ambiental mais adequada, a conduta proibida a ser considerada como principal não deve ser a prevista no art. 46, parágrafo único da Lei 9.605/98 como entendeu o referido Tribunal para examinar a relação com as demais condutas, mas sim a conduta de danificar a floresta, neste caso, de área de

⁶²⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *APR 0003308-50.2012.8.24.0076*. Segunda Câmara Criminal. Rel. Getúlio Corrêa. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/433477829/recurso-especial-resp-1639723-pr-2014-0207650-5/inteiro-teor-433477839?ref=serp>. Acesso em: 20 out. 2019.

preservação e do Bioma Mata Atlântica, pois é a conduta mais gravosa de lesão ao bem jurídico meio ambiente no seu aspecto natural, especificamente, em relação à flora e analisar se as demais condutas praticadas são dotadas de autonomia típica *concretamente* no contexto analisado ou se são compreendidas pelo desvalor da ação e do resultado da conduta principal e, portanto, a potencialidade lesiva do fato concreto estaria compreendida na sua integralidade pela conduta principal contida na norma *consuntiva*.

Assim, neste contexto é preciso examinar se a conduta de manter em depósito lenha ou produto de origem vegetal sem licença válida pelo mesmo agente que danificou a floresta, no caso, no Bioma Mata Atlântica, mediante corte de árvores possui *autonomia típica concreta*, isto é, se possui *concretamente* um desvalor de injusto independente à potencialidade lesiva contida na conduta proibida do art. 38-A da Lei 9.605/98.

Em primeiro lugar, já se mencionou que a conduta de danificar floresta do Bioma Mata Atlântica mediante corte de árvores é evidentemente mais gravosa do que manter em depósito, sem licença válida, lenha ou produto vegetal oriundo do desmatamento já realizado pelo agente ou por outrem.

Contudo, quando o sujeito mantém em depósito, sem licença válida, lenha ou produto vegetal oriundo de desmatamento (mediante corte de árvores) que ele mesmo realizou – seja em uma floresta de preservação permanente, seja – tal como é a hipótese deste caso – do Bioma Mata Atlântica, esta conduta não extravasa à potencialidade lesiva compreendida no injusto do delito ambiental de danificar vegetação primária ou secundária em estágio médio ou avançado de regeneração do Bioma Mata Atlântica previsto no art. 38-A da Lei 9.605/98, pois o ato de manter em depósito, sem licença válida, a lenha derivada do próprio desmatamento não provoca um agravamento de lesão ao bem jurídico meio ambiente protegido no seu aspecto natural, em especial, à proteção do patrimônio florestal além do que pode ser compreendido pelo conteúdo do injusto do referido delito do art. 38-A da Lei 9.605/98.

O que ocorre, na verdade, quando o sujeito mantém em depósito lenha oriunda do corte de árvores de vegetação primária em estágio médio de regeneração do Bioma Mata Atlântica que ele próprio realizou em uma quantidade tal que culminou em danificar esta é um mero aproveitamento da sua conduta principal e, portanto, deve ser considerado um *ato posterior coapenado* e, por esta razão, deve-se reconhecer a aplicação do critério da consunção.

Conforme já se verificou, o *ato posterior coapenado* não significa que a conduta proibida considerada como tal não foi valorada, pois, ao contrário, utilizaria-se do termo impune, mas sim que, exatamente pelo fato do seu conteúdo de injusto ser compreendido pela conduta principal a sua reprovação jurídico penal já está contida no teor desta última e, portanto, ao punir a conduta principal já englobaria à punição pela conduta considerada *ato posterior coapenado*. Desta forma, infere-se uma estrita observância ao princípio da *íntegra valoração do fato* como princípio fundamentador da teoria concursal.

Apenas a título de melhor compreensão deste cenário delineado vale ressaltar que tal raciocínio é bastante semelhante ao que ocorre com relação à vedação da autorreceptação no que diz respeito ao delito de receptação do art. 180, *caput* do Código Penal, pois se exige uma diferenciação de injusto entre conduta praticada como crime antecedente e a conduta do próprio receptador, uma vez que “a receptação para eventual participante do crime antecedente constitui pós-fato impunível.”⁶²⁷ Este também é o entendimento de Luiz Regis Prado.⁶²⁸

Pierpaolo Cruz Bottini explica que não se pode imputar o crime de receptação para o autor do crime antecedente em virtude da identidade de bens jurídicos afetados no mesmo contexto fático, qual seja, o patrimônio, tendo ambos por objeto os mesmos bens. Neste sentido, caso houvesse imputação ao autor do crime antecedente também o delito de receptação configuraria uma evidente violação ao princípio do *ne bis in idem* material.⁶²⁹

De outro lado, o referido autor defende que o mesmo não ocorreria em relação ao autor do crime antecedente no que diz respeito à imputação conjunta com o crime de lavagem de dinheiro porque tratar-se-ia de delitos que tutelam bens jurídicos distintos (a receptação protegeria o patrimônio e a lavagem de dinheiro tutelaria a administração da justiça) e exatamente por isso caberia a dupla incriminação sem que viole o princípio do *ne bis in idem* material, pois segundo Pierpaolo Cruz Bottini, o conteúdo de injusto do crime de lavagem de dinheiro estaria além de tomar medidas e precauções para meramente tornar seguro o proveito dele decorrente, pois, neste delito, exige-se para a sua configuração, que

⁶²⁷ SOUZA, Luciano Anderson de. Considerações dogmáticas quanto ao crime de receptação. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo; SOUZA, Luciano Anderson de (coord.). *Direito penal na pós-modernidade: escritos em homenagem a Antonio Luis Chaves Camargo*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 285-302. p. 292. Cf. também BUSATO, Paulo César. *Direito penal*. Parte Especial (artigos 121 a 234 – c do Código Penal). 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 642.

⁶²⁸ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte Especial. v. 2. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 389.

⁶²⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998 com alterações da Lei 12.683/2012*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 128-129.

o autor “vai além, busca tal *segurança pela reciclagem, mascaramento*, reinserção dos bens na economia formal, com aparência lícita.” Assim, o referido autor conclui que “do agente do crime anterior se espera que atue para conferir a ele aparência lícita, por meio do uso de operações financeiras e comerciais de aspecto legítimo”.⁶³⁰

Neste sentido, infere-se que entre o crime de lavagem de dinheiro em relação ao crime antecedente haveria um conteúdo de injusto próprio e autônomo do primeiro que não restaria compreendido pela potencialidade lesiva ao bem jurídico tutelado pelo crime antecedente, o que implicaria aplicar em conjunto ambos os delitos ao sujeito sem que se possa aventar violação ao princípio do *ne bis in idem* material, pois não haveria a valoração múltipla sobre o mesmo elemento do fato por fundamento idêntico, bem como estaria em consonância com o princípio da *íntegra valoração do fato*, pois somente com a aplicação de ambos os tipos penais envolvidos seria possível abarcar a integridade do injusto praticado pelo sujeito, sendo possível, *em tese*, a punição pela conduta de autolavagem de dinheiro.

Já Frederico Horta e Adriano Teixeira, a partir do pressuposto de que a diversidade de bens jurídicos, por si só, não impede que se analise o concurso *aparente* de normas penais, defendem que só se deveria imputar ao autor do crime antecedente também o delito de lavagem de dinheiro sem que viole o princípio do *ne bis in idem* material se “demonstrar que o ato de lavagem do próprio autor do crime antecedente inaugura uma nova ofensa, incorpora um novo e autônomo injusto”⁶³¹ e isso ocorreria, segundo os referidos autores, quando “o ato de lavagem é concretamente idôneo a prejudicar a concorrência em determinado setor da economia formal ou quando é praticado em favor de organização criminoso.”⁶³²

Apesar de abordagens relativamente distintas realizadas por Frederico Horta e Adriano Teixeira em relação ao posicionamento de Pierpaolo Cruz Bottini especialmente no que diz respeito à unidade ou diversidade de bens jurídicos, é possível identificar um ponto convergente em ambas: a necessidade de aferir um conteúdo do injusto próprio e autônomo que não reste compreendido pela conduta principal para que se possa atribuir

⁶³⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998 com alterações da Lei 12.683/2012*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 129.

⁶³¹ HORTA, Frederico; TEIXEIRA, Adriano. Da autolavagem de capitais como ato posterior coapenado: elementos para uma tese prematuramente rejeitada no Brasil. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 19, n. 74, p. 7-49, jul./set. 2019. p. 44.

⁶³² *Ibid.*, p. 45.

todos os tipos penais, *em tese*, concorrentes para que *concretamente* não se viole o princípio do *ne bis in idem* material, bem como esteja em consonância com o princípio da *íntegra valoração do fato*.

Desta forma, a partir das ideias aqui desenvolvidas, pode-se concluir que, no caso proposto, o indivíduo que corta árvores em floresta considerada de preservação permanente em determinada intensidade que danifique esta última, bem como também resulte em danificação de vegetação primária em estágio médio de regeneração no Bioma Mata Atlântica que também se encontrava nesta área de preservação permanente e, posteriormente, venha a manter em depósito madeira ou produto vegetal oriundo da sua própria conduta de desmatamento, responderá apenas pelo crime de danificar vegetação primária em estágio médio de regeneração no Bioma Mata Atlântica previsto no art. 38-A da Lei 9.605/98, uma vez que a conduta de manter em depósito madeira oriunda de seu próprio desmatamento apresenta-se como *ato posterior coapenado*, vale dizer, impõe a sua não aplicação *concreta* de forma autônoma, pois não expressa um conteúdo de injusto próprio e distinto do já reprovado pelo delito considerado principal (art. 38-A da Lei 9.605/98). Portanto, seu desvalor já estaria contido na conduta principal, devendo-se, assim, aplicar o critério da consunção. Neste sentido, estaria se observando o princípio do *ne bis in idem* material, pois caso se aplicassem ambos os tipos penais ambientais estaria se valorando duas vezes o mesmo fato (danificar vegetação primária em estágio médio de regeneração do Bioma Mata Atlântica) pelo mesmo fundamento (tutela do meio ambiente natural quanto à proteção do patrimônio florestal) e também estaria em dissonância com o princípio da *íntegra valoração do fato*, pois a aplicação somente do delito do art. 38-A da Lei 9.605/98 já abarcaria integralmente o conteúdo do injusto praticado pelo indivíduo neste caso.

Assim, apesar da decisão concreta deste caso ter reconhecido corretamente a existência de um concurso *aparente* de normas penais, a análise da relação existente entre os tipos penais ora envolvidos se mostrou equivocada por não realizar uma análise crítica de que o pressuposto de que a prática do crime meio para o cometimento do crime fim, por si só, não é suficiente para aplicar de forma adequada o critério da consunção, conforme se argumentou ao longo deste tópico, bem como em relação à conduta principal deve ser considerada aquela que seja mais gravosa ao meio ambiente no que diz respeito ao conteúdo do injusto, ainda que a sanção não seja.

4.3 CASO 3: DELITOS AMBIENTAIS PREVISTOS NOS ARTS. 54 E 60 DA LEI 9.605/98: RELAÇÃO DE SUBSIDIARIEDADE

O delito de poluição previsto no art. 54 da Lei 9.605/98 consiste em “causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora” e possui como bem jurídico o ambiente e a saúde pública.⁶³³

Fábio Nusdeo dispõe que “poluição significa a presença de elementos exógenos num determinado meio, de molde a lhe deteriorar a qualidade ou a lhe ocasionar perturbações, tornando-o inadequado a uma dada utilização.”⁶³⁴ Tal conceito genérico amplamente difundido na doutrina ambiental deve ser limitado quando da intervenção penal, pois nem toda poluição deve possuir relevância jurídico-penal para fins de configuração do crime de poluição do art. 54 da Lei 9.605/98.

O conceito de poluição legal é definido pela Lei 6.938/81 que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente no seu art. 3º, III como “degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente”:

- a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
- c) afetem desfavoravelmente a biota;
- d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
- e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

Tecnicamente o conceito de degradação ambiental é muito mais amplo do que o conceito de poluição em si, conforme aponta Gina Copola:

A poluição, nos termos do indigitado dispositivo [art. 3º, III da Lei 6.938/81], é sinônimo de *degradação*, sendo que este último termo representa um conceito mais amplo que o primeiro, uma vez que poluição é tão-somente lançar substância, matéria ou energia ao meio ambiente, enquanto degradação exprime a ideia de retirar algo do meio ambiente, além do lançamento da matéria, substância ou energia.⁶³⁵

⁶³³ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 284.

⁶³⁴ NUSDEO, Fábio. *Desenvolvimento e ecologia*. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 23.

⁶³⁵ COPOLA, Gina. *A lei dos crimes ambientais comentada artigo por artigo*. Jurisprudência sobre a matéria. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. p. 143.

Neste sentido é necessário verificar se, de fato, o legislador ambiental ao redigir o tipo penal de poluição nos termos do art. 54 adotou ou não esta equiparação conferida pela Lei da Política Nacional do Meio Ambiente.

Para Gina Copola, o legislador teria realizado esta equiparação quando da construção do crime de poluição do art. 54.⁶³⁶ De outro lado, para Ney Bello Filho – posição que se adota também neste estudo –, deveria ser feita uma interpretação restritiva do conceito de poluição para fins de incidência do referido delito.⁶³⁷

Isto porque, conforme bem aponta Alessandra Mascarenhas, a necessidade de limitação e interpretação do conceito de poluição resulta da busca de “conciliar interesses conflitantes – proteção do meio ambiente versus desenvolvimento econômico, científico ou tecnológico”,⁶³⁸ isto é, poluição deve ser considerada apenas a degradação do meio ambiente que coloque em perigo ou dano à saúde humana ou dano à flora ou à fauna.

O elemento normativo “em níveis tais que resultem ou possam resultar” é bastante impreciso, o que permite uma indevida ampliação do referido tipo penal. Constitui uma norma penal em branco e necessita de uma remissão à normativa extrapenal para melhor delimitação deste delito.

Neste sentido, a depender do tipo de poluição (sonora, hídrica, atmosférica, *etc*), o CONAMA regulamenta em uma Resolução específica quais são os níveis de tolerabilidade admissíveis para cada tipo de poluição.

Ainda assim, conforme bem dispõe José Afonso da Silva, “há necessidade de prévia fixação técnica e legal dos índices de tolerabilidade, ou seja, dos padrões admissíveis de alterabilidade de cada ambiente, para cada atividade poluidora.”⁶³⁹

Com intuito de melhor delimitar o conteúdo deste dispositivo legal cabe destacar os critérios utilizados pela doutrina e jurisprudência espanhola quando estes interpretam o termo “gravemente” no seu respectivo delito ambiental de poluição do art. 325 do Código Penal Espanhol, pois podem também servir como uma diretriz hermenêutica para

⁶³⁶ COPOLA, Gina. *A lei dos crimes ambientais comentada artigo por artigo*. Jurisprudência sobre a matéria. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. p. 143.

⁶³⁷ BELLO FILHO, Ney de Barro, *et al.* *Crimes e infrações administrativas ambientais*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 317.

⁶³⁸ PRADO, Alessandra R. Mascarenhas. Degradação prévia ao lançamento de substâncias no meio ambiente: caracterização de crime impossível?. In: CARVALHO, Érika Mendes de; PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas (org.). *Repensando a proteção do meio ambiente: 20 anos da lei 9.605/98*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 371-391. p. 374. Neste mesmo sentido, cf. 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. 152-194, jan./fev. 2006. p. 192-193.

⁶³⁹ SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 32.

compreender o elemento normativo em questão envolvendo a estrutura típica do delito de poluição previsto no art. 54 da Lei 9.605/98.

Álvaro Mendo Estrella apresenta que três são os critérios que devem ser observados para analisar a gravidade de uma conduta poluidora: a) a toxicidade ou periculosidade dos agentes poluentes empregados; b) superação notável dos limites permitidos na normativa de referência ou pelo dado objetivo dos danos produzidos; de modo que a afetação efetiva à flora ou a fauna, por irrelevante que seja, pode ser um indício de gravidade de afetação às propriedades dos elementos abióticos; c) outras circunstâncias como a maior ou menor dificuldade de restabelecimento, a extensão da superfície ameaçada ou a permanência temporal do perigo.⁶⁴⁰

A análise conjunta de tais critérios pode orientar a análise do elemento normativo “gravidade” e, no caso, do delito de poluição previsto no art. 54 da Lei 9.605/98, certamente, o elemento normativo “em níveis tais que resultem ou possam resultar”, para que este não seja interpretado como mera e exclusiva violação dos limites estabelecidos pela normativa extrapenal.

O elemento normativo “em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana” denota que o delito de poluição na sua primeira parte (*resultem*) constitui um delito de lesão, mas já na sua segunda parte (*possam resultar*) revela um delito de perigo concreto. Neste último, significa que não basta causar qualquer poluição, mas apenas se refere àquela que possa colocar em perigo concreto à saúde humana.⁶⁴¹

No que diz respeito à estrutura do delito conformado em perigo concreto revela, segundo Álvaro Mendo Estrella, a necessidade de constatar que a efetiva chegada do agente contaminante ou prejudicial ao meio ambiente receptor e a alteração de suas propriedades não pressupõe exigir uma efetiva lesão ao bem jurídico meio ambiente, senão um efetivo perigo digno de tutela penal.⁶⁴²

Já a segunda parte do art. 54 da Lei 9.605/98 consiste em “causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que [...] provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora”. Depreende-se da redação legal que aqui o legislador se

⁶⁴⁰ MENDO ESTRELLA, Álvaro. La compleja estructura de peligro en el denominado delito ‘ecológico’ del artículo 325.1 del Código Penal: Algunas alternativas. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, n. 61, p. 237- 264, ene./dic. 2008. p. 242-243.

⁶⁴¹ MILARÉ, Édís; COSTA JÚNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José da. *Direito Penal Ambiental*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 134.

⁶⁴² MENDO ESTRELLA, *op. cit.*, p. 255.

restringiu apenas a tipificar um delito de lesão quando se refere que apenas constituirá um delito de poluição se, em decorrência da conduta poluidora, provocar a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora.⁶⁴³

No que diz respeito ao delito do artigo 60 da Lei Ambiental, este consiste em “construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes.”

Quanto a este delito de instalação de estabelecimentos potencialmente poluidores (de qualquer natureza, uma vez que o tipo penal não restringe) só é proibida na ausência de licença ou autorização dos órgãos ambientais ou se a instalação ocorrer em inobservância às normas legais e regulamentares pertinentes. Neste sentido, necessário se faz recorrer às normas administrativas para que seja possível uma compreensão adequada do conteúdo do injusto.

Assim cabe destacar que o art. 10 da Lei Complementar 140/2011 dispõe que:

A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental.

Para tanto, a referida Lei Complementar define licenciamento ambiental no seu art. 2º, I como “procedimento administrativo destinado a licenciar atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental” para que viabilize o controle prévio pela administração das atividades potencialmente poluidoras.⁶⁴⁴

Inclusive o licenciamento ambiental constitui como um dos instrumentos mais importantes para impulsionar o desenvolvimento sustentável, bem como “é o procedimento administrativo de *avaliação de impactos ambientais* para toda instalação ou realização de obra ou atividade potencialmente causadora de impacto ambiental”.⁶⁴⁵

Outrossim, a Resolução 237/97 do CONAMA regulamenta o licenciamento ambiental no seu art. 8º e dispõe que este será composto por três licenças: a) Primeira –

⁶⁴³ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do Ambiente*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 290.

⁶⁴⁴ COSTA, Helena Regina Lobo da; FERRARI, Eduardo Reale. Dos crimes contra o meio ambiente. Seção III – Da poluição e outros crimes ambientais (arts. 54 a 61). In: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo; SOUZA, Luciano Anderson de (coord.). *Comentários à Lei de Crimes Ambientais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 241-269. p. 266.

⁶⁴⁵ COPOLA, Gina. *A lei dos crimes ambientais comentada artigo por artigo*. Jurisprudência sobre a matéria. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. p. 161.

Licença Prévia (LP); Segunda – Licença de Instalação (LI); c) Terceira – Licença de Operacionalização (LO):

Artigo 8º – O Poder Público, no exercício de sua competência de controle, expedirá as seguintes licenças: I – Licença Prévia (LP) – concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação; II – Licença de Instalação (LI) – autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental, e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante; III – Licença de Operação (LO) – autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinadas para a operação.

Parágrafo Único – As licenças ambientais poderão ser expedidas isolada ou sucessivamente, de acordo com a natureza, características e fase do empreendimento ou atividade.

Isso significa dizer que se um indivíduo instala um estabelecimento industrial potencialmente poluidor, porém, previamente, obtém uma licença ambiental regular em observância à legislação extrapenal pertinente da autoridade competente para concedê-la na forma estabelecida pela Lei Complementar 140/2011 sua conduta não se amoldará ao delito previsto no art. 60 da Lei Ambiental.

Destaca-se que a natureza jurídica da licença ambiental exigida para a configuração deste crime se aproxima da autorização administrativa, “pois não tem caráter de definitividade em face da impossibilidade de se admitir um direito adquirido de poluir”.⁶⁴⁶ Neste mesmo sentido Paulo Affonso Leme Machado aponta que seria possível depreender-se do teor contido no parágrafo único do art. 170 da CF/88 que o “sistema de licenciamento ambiental passa a ser feito pelo sistema de autorizações, conforme entendeu o texto constitucional”.⁶⁴⁷

Cumprido destacar que a licença ambiental consiste em uma assessoriedade administrativa de ato na construção do tipo penal ambiental. Com relação a esta técnica, Helena Regina Lobo da Costa aponta que “a conduta objetiva descrita no tipo desrepeita

⁶⁴⁶ DESTEFENNI, Marcos. *Direito penal e licença ambiental*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2004. p. 111.

⁶⁴⁷ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 322.

uma autorização ou transgredir uma proibição fixada administrativamente, de forma específica, por meio de um ato administrativo”.⁶⁴⁸

Cabe ressaltar que o agente que realiza determinada obra sem a realização do estudo de impacto ambiental (EIA) não é compreendida pelo conteúdo do injusto deste tipo penal.⁶⁴⁹ Neste sentido, estudo de impacto ambiental e licenciamento ambiental são autônomos.⁶⁵⁰

Contudo, o estudo de impacto ambiental consiste em um procedimento administrativo imprescindível para a concessão da licença ambiental (conforme determinação da Resolução 237/97) nas hipóteses que envolvem atividade de maior envergadura que possam afetar, dentre outros aspectos, a saúde humana e os recursos naturais, pois viabiliza a “identificação das condições necessárias para a implementação da atividade empresarial possivelmente degradante”.⁶⁵¹

Paulo Affonso Leme Machado afirma que há uma relação direta entre padrões de qualidade e licenciamento ambiental, uma vez que “os padrões de qualidade previstos para o meio receptor – água, ar e solo – devem ser amplamente confrontados com o sistema de produção e efluentes da atividade que pretende obter a autorização”.⁶⁵² Ademais, o órgão público ambiental competente condiciona a concessão da licença com a condição de que o projeto da atividade a ser executada está em observância com as normas de emissão para que não cause perigo relevante para a saúde humana e/ou dano ao equilíbrio ecológico.⁶⁵³

Com relação a este tipo penal, cabe compreender o significado e debater acerca da natureza jurídica da expressão “*potencialmente poluidores*”. Verifica-se a importância de definir este último como elemento normativo do tipo ou de norma penal em branco. Isto porque caso se entenda que tal expressão denota um elemento normativo do tipo, caberá ao aplicador da lei emitir um juízo em relação ao fato de ser ou não potencialmente poluidor o estabelecimento, a obra ou o serviço nos termos do art. 60 da Lei 9.605/98. De outro modo,

⁶⁴⁸ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 74-75.

⁶⁴⁹ FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 249.

⁶⁵⁰ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 321.

⁶⁵¹ DESTEFENNI, Marcos. *Direito penal e licença ambiental*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2004. p. 83.

⁶⁵² MACHADO, *op. cit.*, p. 336.

⁶⁵³ *Ibid.*, p. 336-337.

na hipótese de se tratar de uma *norma penal em branco* deve-se buscar o que se compreende por potencialmente poluidor em legislação extrapenal complementar.⁶⁵⁴

Segundo este autor a expressão *potencialmente poluidores* é um elemento normativo do tipo, pois “o rol de obras, estabelecimentos ou serviços sujeitos a licenciamento ambiental é meramente exemplificativo”⁶⁵⁵, uma vez que seria impossível que uma legislação administrativa contenha a previsão de todas as obras, serviços e estabelecimentos que deveriam estar sujeito ao licenciamento ambiental, mas apenas seria necessário que o legislador definisse genericamente a situação que busca tutelar pela norma quando da exigência do licenciamento ambiental e tal previsão teria sido realizada pelo próprio legislador constituinte no art. 225, IV da CF quando estabeleceu para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente necessário se faz realizar um estudo prévio de impacto ambiental, sendo este pressuposto indispensável para concessão da licença ambiental.

Ante a impossibilidade de ter um rol taxativo de obras, serviços e estabelecimentos *potencialmente* poluidores, seria possível que houvesse uma legislação infraconstitucional que regulamentasse uma lista de atividades que demandariam o procedimento do licenciamento ambiental, como se depreende do Anexo 1 da Resolução do CONAMA 237/97, mas o próprio §2º do art. 2º desta estabelece o caráter exemplificativo desta ao dispor que “caberá ao órgão ambiental competente definir os critérios de exigibilidade, o detalhamento e a *complementação do Anexo 1, levando em consideração as especificidades, os riscos ambientais, o porte e outras características do empreendimento ou atividade*”.

Neste sentido, ainda que não haja a exigência de licenciamento ambiental para a instalação de um estabelecimento que exercerá alguma atividade que não esteja prevista no rol exemplificativo no Anexo I da Resolução do CONAMA 237/97 não significaria que não pudesse ser considerado como *potencialmente poluidor* no caso concreto pelo juiz, evidentemente, com auxílio de conhecimentos técnicos, a exemplo de perícia, por se tratar de um elemento normativo do tipo.

Outro é o entendimento de Paulo Affonso Leme Machado, pois, segundo ele, se trataria de norma penal em branco, uma vez que “a indicação do rol de estabelecimentos,

⁶⁵⁴ DESTEFENNI, Marcos. *Direito penal e licença ambiental*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2004. p. 147.

⁶⁵⁵ *Ibid.*, p. 149.

obras ou serviços deverá constar de normas legais ou regulamentares federais, estaduais e municipais” e que a ausência de previsão prévia em lei ou regulamento impediria que a Administração exigisse o licenciamento ou autorização.⁶⁵⁶ Concorde-se com esta posição.

Isto porque, conforme aponta Ney Bello Filho, caberia às normas administrativas definirem as obras, estabelecimentos e serviços que exigiram para a sua instalação ou execução prévia licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes por constituírem atividades potencialmente poluidoras ou estabelecer características que configurem esta última.⁶⁵⁷

Assim, caso não haja exigência legal de qualquer licenciamento ou autorização para a instalação de determinado estabelecimento, ainda que o juiz possa considerar potencialmente poluidor, não restará caracterizado este delito.

O rol de obras consideradas como potencialmente poluidoras e, portanto, sujeitas à obtenção de licenciamento estão relacionadas no mencionado Anexo I da Resolução 237 do Conama, assim como na Tabela de Atividades do Manual de Cadastro Técnico Federal. Ademais, a possibilidade de complementação desta lista de atividade, em virtude do teor contido no § 2º do art. 2º da mesma Resolução, só pode ser realizada pelo órgão ambiental competente, entendido este, como o Conselho Nacional do Meio Ambiente, a teor do disposto na Lei Federal n. 6.938/81 e no Decreto n. 99.274/90, e não pelos órgãos estaduais ou municipais.

Com relação à natureza do delito do art. 60 da Lei 9.605/98 cabe destacar que não há dúvidas de que se trata de um tipo penal de perigo, dispensando a exigência de uma efetiva lesão ao bem jurídico protegido.

Contudo, há divergência doutrinária quanto à espécie de perigo: se abstrato ou concreto.

Luiz Regis Prado entende que se trata de um delito de perigo concreto.⁶⁵⁸ Este também é o entendimento de Vladimir e Gilberto Passos de Freitas quanto à natureza de perigo concreto desta conduta:

A ausência do cadastro ambiental competente não configura, por si só, o crime previsto no art. 60 da Lei 9.605/1998, sendo necessária prova de potencialidade do fato tido como poluidor. A falta de licença para

⁶⁵⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 343.

⁶⁵⁷ BELLO FILHO, Ney de Barro, et al. *Crimes e infrações administrativas ambientais*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 358.

⁶⁵⁸ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do Ambiente*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 304.

determinada atividade não constitui fato relevante para o Direito Penal, pois passível de regularização a qualquer tempo.⁶⁵⁹

De outro lado, há autores que entendem que se trata de um crime de perigo abstrato,⁶⁶⁰ uma vez que a instalação de um estabelecimento, obra ou serviço potencialmente poluidor, sem licença ou autorização já colocaria em perigo abstrato a saúde humana e o meio ambiente natural, uma vez que se trataria de “presunção que acompanha a exigência de prévia permissão, concessão, autorização ou licença administrativa.”⁶⁶¹

Definir se se trata de um delito de perigo abstrato ou concreto é fundamental, pois caso se entenda que se trata de crime de perigo concreto, será necessário que o juiz verifique no caso concreto que houve efetivo resultado de perigo da conduta de instalar um estabelecimento potencialmente poluidor para a saúde humana, à flora ou à fauna. Por sua vez, caso se entenda pela natureza abstrata do perigo do tipo penal do art. 60 da Lei 9.605/98 não será necessário provar no caso concreto o caráter potencialmente poluidor do estabelecimento, da obra ou do serviço.

Neste contexto, Marcos Destefenni realiza uma análise distinta: nas atividades que a regulamentação administrativa exige licença ambiental (neste caso, as atividades previstas no Anexo I da Resolução do CONAMA 237/97) não será necessário que haja prova do caráter potencialmente poluidor do estabelecimento, obras ou serviço, pois o mesmo já é presumido em razão da natureza da atividade envolvida. De outro lado, “se a instalação da obra, do estabelecimento, ou do serviço não está sujeita, expresamente, a licenciamento, deve-se comprovar no caso concreto, a potencialidade poluidora.”⁶⁶²

Assim, tendo em vista que o tipo penal do art. 60 da Lei 9.605/98 veda a conduta de instalar estabelecimento potencialmente poluidor sem licença ambiental quando a lei assim o exigir, entende-se que se trata de crime de *perigo abstrato*, pois as atividades contidas no Anexo I da Resolução do CONAMA 237/97 geralmente são, de fato, *potencialmente poluidores* e, por isso, a legislação regulamentar exige a obtenção de licença.

⁶⁵⁹ FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 254.

⁶⁶⁰ DESTEFENNI, Marcos. *Direito penal e licença ambiental*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2004. p. 153. Cf. BELLO FILHO, Ney de Barro, *et al. Crimes e infrações administrativas ambientais*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 359. Cf. também CONSTANTINO, Carlos Ernani. *Delitos ecológicos*. A lei ambiental comentada artigo por artigo. Aspectos penais e processuais penais. p. 194.

⁶⁶¹ BELLO FILHO, Ney, *et al. Crimes e infrações administrativas ambientais*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 358.

⁶⁶² DESTEFENNI, *op. cit.*, p. 153.

Isto porque não se exige que a ausência de licença qualquer condição coloque o meio ambiente em perigo concreto, pois, segundo a referida redação típica, em virtude da técnica legislativa adotada pelo legislador, a ausência da licença ou da autorização competente, por si só, já seria suficiente para colocar em perigo o presente bem jurídico.

Contudo, apesar de ser considerado de perigo *abstrato*, este deve ser entendido como a necessidade de *ex ante* ter idoneidade lesiva para colocar em perigo à saúde humana, por exemplo, ainda que este perigo não se *concretize* no caso concreto, sob pena de tornar um crime formalmente ambiental, mas materialmente, uma criminalização de mera desobediência de uma norma administrativa.

Desta forma, devem-se valorar os possíveis efeitos do ato praticado sob uma perspectiva *ex ante*, isto é, a possibilidade de lesão que deriva da conduta como fonte de perigo, mas sem levar em consideração os efeitos empíricos desta sobre o bem jurídico.

Assim, o mero fato de ser exigida a licença ambiental não resulta, de forma automática, à conclusão de que, nas peculiaridades do caso concreto, a atividade desenvolvida é potencialmente poluidora. Na realidade, o que o tipo penal exige para a configuração do delito, de forma concomitante, é o desenvolvimento de atividade potencialmente poluidora, sem a correspondente licença ambiental.

O delito do art. 60 da Lei 9.605/98 também veda instalar estabelecimentos potencialmente poluidores em desacordo com as normas legais e regulamentares pertinentes, o que significa também configurar este crime o descumprimento do conteúdo da autorização e/da licença, senão “a licença e/ou autorização se converteriam em um mero formalismo, numa proteção fictícia do meio ambiente.”⁶⁶³

Cumprido salientar que o delito do art. 60 não exige que a instalação de um estabelecimento potencialmente poluidor cause de fato poluição, mas atua em um momento prévio no sentido de impedir que tal poluição ocorra.

Com relação à abrangência do teor proibitivo da conduta do art. 60 da Lei 9.605/98, Paulo Affonso Leme Machado destaca que:

O art. 60 abrange o “lançamento em corpos de água de esgotos e demais resíduos líquidos ou gasosos, tratados ou não, com o fim de sua diluição, transporte ou disposição final”, sem outorga dos direitos de uso dos recursos hídricos” (art. 12, III, da Lei 9.433/1997 – Lei de Política Nacional de Recursos Hídricos).⁶⁶⁴

⁶⁶³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 343.

⁶⁶⁴ *Ibid.*, p. 344.

No presente caso concreto em que o indivíduo além de não possuir a devida licença ambiental para a instalação do estabelecimento que era considerado potencialmente poluidor, esta ocasione efetivamente uma conduta poluidora por parte do indivíduo, este deveria responder pelos delitos dos arts. 54 e 60 da Lei 9.605/98 ou deveria se reconhecer um concurso *aparente* de normas penais?

Neste caso estamos diante de tipos penais de lesão/perigo concreto (delito de poluição do art. 54 da Lei 9.605/98) e de perigo abstrato (delito do art. 60 da Lei 9.605/98). Por isso, forçosamente, há de se verificar a diferença na estrutura típica de cada um deles senão também uma diferenciação na pena.

No que diz respeito ao delito de poluição na forma dolosa a pena cominada é de reclusão, de um a quatro anos e multa, consoante o disposto no art. 54. Cumpre registrar que há previsão de modalidade culposa no §1º deste mesmo diploma legal, cuja pena cominada é de detenção, de um mês a um ano e multa. Já o delito do art. 60 prevê uma pena de detenção, de um a seis meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Ambos os tipos penais tutelam o mesmo bem jurídico, qual seja o meio ambiente no seu aspecto naturalístico. Contudo é possível aferir uma relação de progressão de ofensividade ao mesmo bem jurídico meio ambiente no sentido de que o delito do art. 60 busca evitar a ocorrência de que a instalação de um estabelecimento potencialmente poluidor culmine em poluição que resulte ou possa resultar em danos à saúde humana da comunidade ou provoque a mortandade dos animais ou destruição significativa da flora que possam ali se encontrar.

Para tanto o legislador exige a licença ambiental ou autorização da autoridade competente, pois pressupõe que, antes da concessão destas últimas, poderá se aferir a regularidade e observância da legislação pertinente para que possa desenvolver tal empreendimento e, após tal averiguação, constará no documento respectivo, por exemplo, na licença ambiental, um conjunto de protocolos a serem observado, cuja inobservância também gera a incidência deste crime ambiental.

A instalação de um estabelecimento potencialmente poluidor pressupõe que este empreendimento, possivelmente, irá causar poluição em um determinado nível. Por isso, é necessário que conste na licença o patamar de tolerância de certo grau de poluição à atividade deste empreendimento que deve estar em harmonia com a respectiva Resolução normativa do CONAMA que prevê tais padrões de tolerância para que a licença não seja

uma carta branca para causar poluição em níveis acima do que o arcabouço normativo permitiria.

Assim, caso na licença conste a permissão de possibilidade de um determinado nível de poluição em consonância com a respectiva Resolução do CONAMA, o sujeito não responderá pelo delito do art. 60 da Lei 9.605/98 e se o sujeito observar o patamar de poluição permitido na licença ambiental também tampouco incorrerá no delito de poluição do art. 54 deste mesmo diploma legal.

Porém, neste presente caso⁶⁶⁵, o sujeito não tinha a devida licença ambiental e, ademais, a instalação do estabelecimento efetivamente ocasionou poluição em níveis tais que resultou em danos à saúde da comunidade que ali se encontrava.

Nesta hipótese concreta, em que pese a conduta do indivíduo – consistente na instalação de estabelecimento potencialmente poluidor sem a devida licença, cuja instalação efetivamente resulte em poluição penalmente relevante – possa recair sobre os tipos penais do art. 60 e 54 respectivamente, verifica-se aqui a presença de um concurso *aparente* de normas penais, pois há uma relação de progressividade ofensiva ao mesmo bem jurídico meio ambiente. Neste sentido, dever-se-ia aplicar o critério da subsidiariedade tácita neste caso e reconhecer a aplicação concreta de apenas um tipo penal ambiental envolvido, qual seja, o delito de poluição previsto no art. 54 da Lei 9.605/98.

Isto porque é possível depreender que o legislador ao elaborar o tipo penal do art. 60 buscou conferir antecipação de tutela ao meio ambiente no que diz respeito às atividades potencialmente poluidoras que realizem suas atividades sem nenhuma averiguação técnica e amparo da fiscalização da autoridade competente, pois a probabilidade de que suas atividades possam resultar em poluição que ocasione dano ou perigo concreto à saúde humana ou provoque mortandade dos animais ou destruição da

⁶⁶⁵ Este caso foi objeto de julgamento pelo Tribunal de Justiça do Amazonas recentemente, mas não teve decisão quanto ao mérito no que diz respeito a eventual sobreposição normativa entre os delitos dos arts. 54 e 60 da Lei 9.605/98, pois se reconheceu a prescrição deste último. (Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça do Amazonas. *RSE 0263395-79.2009.8.04.0001 AM*. Segunda Câmara Criminal. Rel. Onilza Abreu Gerth. Disponível em: <https://tj-am.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/615414506/recurso-em-sentido-estrito-rse-2633957920098040001-am-0263395-7920098040001?ref=juris-tabs>. Acesso em: 25 nov. 2019) Outrossim, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul também analisou estes referidos delitos de forma individualizada, embora sem adentrar à questão de concurso de delitos ou concurso aparente de normas penais (Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. *APR 0033601-67.2012.8.12.0001 MS*. Terceira Câmara Criminal. Rel. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. Disponível em: <https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/746200372/apelacao-criminal-apr-336016720128120001-ms-0033601-6720128120001?ref=juris-tabs>. Acesso em: 25 nov. 2019.). Contudo, entendeu-se que seria um caso de concorrência normativa de tipos penais ambientais pertinente para fins de análise do presente estudo.

flora que, eventualmente, ali se encontram é acentuada considerando o contexto de industrialização e desenvolvimento tecnológico em que se insere a sociedade moderna.

Assim, a exigência de licença ou a autorização da autoridade competente para as atividades que se apresentem como potencialmente poluidoras é uma forma encontrada pelo legislador de antecipar a proteção ao meio ambiente de condutas que possam efetivamente resultar em poluição.

Por isso, mesmo que a instalação de um estabelecimento potencialmente poluidor não venha efetivamente ocasionar poluição, o indivíduo iria incorrer no art. 60 da Lei Ambiental, pois, segundo depreende-se deste tipo penal, esta norma de comportamento já colocaria o bem jurídico em uma situação de vulnerabilidade penalmente relevante, configurando um tipo de perigo abstrato.

Contudo, se esta conduta concreta do indivíduo que – além de estar desamparada por uma licença ambiental ou pela autorização da autoridade competente – resultar em poluição significa que este (delito de poluição), ao constituir um delito de lesão, revela o grau máximo de ofensa ao meio ambiente no que diz respeito às condutas desta natureza previstas pelo legislador.

Por esta razão, não deverá se aplicar o tipo penal do art. 60 que apenas visava impedir a efetiva ocorrência de poluição, senão o próprio tipo penal de poluição previsto no art. 54 da Lei 9.605/98 em virtude de uma relação de subsidiariedade tácita, e, por isso, este último prevalecerá em detrimento do primeiro.

4.4 CASO 4: DELITOS AMBIENTAIS PREVISTOS NOS ARTS. 29 E 38-A DA LEI 9.605/98: CONCURSO FORMAL DE CRIMES AMBIENTAIS

O crime descrito no *caput* do art. 29 da Lei Ambiental consiste em “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”.

O bem jurídico protegido é o meio ambiente, especificamente a fauna silvestre, esta “representada pelos animais de quaisquer espécies, em qualquer fase do seu desenvolvimento e que vivem naturalmente fora do cativeiro, sejam nativos ou em rota migratória”, ⁶⁶⁶tutelando a biodiversidade e a natureza.

⁶⁶⁶ PRADO, Luiz Regis. *Crimes contra o ambiente*. São Paulo: RT, 2001. p. 55.

Vladimir Passos de Freitas e Gilberto Passos de Freitas definem fauna como “conjunto dos animais próprios de uma região.”⁶⁶⁷

Com relação às condutas típicas descritas no referido tipo penal e acerca do objeto material sobre o qual recai aquelas, Luiz Regis Prado explica:

As condutas típicas alternativas são: a) *matar* (exterminar, ceifar a vida); b) *perseguir* (incomodar, ir no encalço, importunar, seguir de perto, correr atrás, acossar); c) *caçar* (perseguir animais silvestres a fim de matar ou de os apanhar vivos); d) *apanhar* (recolher, colher, caçar com armadilhas, redes ou visgos); ou e) *utilizar* (servir-se, tirar proveito). Objetos materiais das condutas alternativamente incriminadas são os espécimes da fauna silvestre, nativos (próprios de uma determinada região) ou em rota migratória (em passagem provisória por um determinado local). *Fauna* é o conjunto de animais pertencentes a uma determinada região.⁶⁶⁸

Quanto ao conceito de fauna silvestre o próprio parágrafo 3º do referido dispositivo legal define:

Art. 29, § 3º: São espécimes da fauna silvestre todos aqueles pertencentes às espécies nativas, migratórias e quaisquer outras, aquáticas ou terrestres, que tenham todo ou parte de seu ciclo de vida ocorrendo dentro dos limites do território brasileiro, ou águas jurisdicionais brasileiras.

No que diz respeito à expressão “quaisquer outras” na definição de fauna silvestre conferida pelo art. 29, § 3º da Lei 9.605/98, esta deve ser interpretada de forma sistemática com o teor global deste dispositivo legal, conforme ensinam Vladimir e Gilberto Passos de Freitas:

Esta expressão genérica [quaisquer outras] está ligada ao restante do texto, ou seja, a que tenha seu ciclo de vida, no todo ou em parte, ocorrendo dentro do território brasileiro ou de nossas águas jurisdicionais. Por exemplo, a lei protege a capivara que transita entre o território brasileiro e o uruguaio. Mas não inclui um espécime totalmente estranho à nossa fauna, como, por exemplo, o canguru⁶⁶⁹.

Neste contexto cumpre apresentar a distinção de conceitos apresentada por Gina Copola entre espécie exótica (esta oriunda de outro ecossistema) e espécie alienígena (esta

⁶⁶⁷ FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos *Crimes contra a natureza: de acordo com o novo Código Florestal (Lei 12.651/2012 e MP 571/2012)*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 89.

⁶⁶⁸ PRADO, Luiz Regis. *Crimes contra o ambiente*. São Paulo: RT, 2001. p. 55-56.

⁶⁶⁹ FREITAS, *op. cit.*, p. 91.

oriunda de outro país)⁶⁷⁰ e, neste caso, a fauna exótica não estaria compreendida pelo tipo penal do art. 29 da Lei 9.605/98.

A fauna silvestre se apresenta como a mais ameaçada⁶⁷¹ e, por isso, tem recebido tratamento diferenciado, inclusive com a tipificação do art. 29 da Lei 9.605/98.

A configuração deste referido crime ocorrerá quando não existir a devida licença, permissão ou autorização da autoridade competente ou se a conduta perpetrada pelo agente estiver em desacordo com estas últimas.

Cabe salientar que a Lei 9.605/98 apenas revogou parcialmente a Lei de Proteção à Fauna (Lei 5.197/67), notadamente na definição dos tipos penais, esta permanece vigente:

Os conceitos, as proibições, o estabelecimento da titularidade da União, todas as matérias reguladas e não revogadas encontram tratamento na Lei 5.197/67 e alterações posteriores, razão pela qual continua sendo uma enorme fonte de subsídios para a aplicação da Lei 9.605/98.⁶⁷²

É importante reconhecer as relações bastante solidárias entre fauna e flora no que diz respeito aos seus *habitats*, nichos ecológicos e cadeia trófica, de modo que a distinção entre eles se dá mais por uma questão didática do que efetivamente à “realidade encontrada nos biomas, uma vez que ambas estão entrelaçadas na teia da vida”:

Por conseguinte, ao tratarmos de flora e fauna como parte significativa do patrimônio ambiental natural, teremos sempre como pressuposto essa espécie de cumplicidade entre elas no contexto ecossistêmico em que estão situadas. O grau máximo dessa estreita relação manifesta-se na *biodiversidade*, que é algo mais do que simples diversidade biológica e variabilidade genética, porquanto a biodiversidade inclui, no seu conceito mesmo, as relações existentes entre as espécies vivas, a sua mútua interdependência.⁶⁷³

Assim, a tutela da flora (a exemplo da Floresta Amazônica e da Mata Atlântica) é imprescindível para a própria preservação da fauna, o que nota uma relação vinculada entre flora e fauna e, portanto, os limites que os separam são de difícil elucidação:

Encontram-se, assim, estreitamente vinculadas a flora e a fauna, porquanto a destruição de uma floresta, seu incêndio ou mesmo o

⁶⁷⁰ COPOLA, Gina. *A lei dos crimes ambientais comentada artigo por artigo*. Jurisprudência sobre a matéria. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 87.

⁶⁷¹ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. A gestão ambiental em foco. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 257.

⁶⁷² BELLO FILHO, Ney de Barro, *et al.* *Crimes e infrações administrativas ambientais*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 181.

⁶⁷³ MILARÉ, *op. cit.*, p. 249.

impedimento ou óbice de sua regeneração natural trazem como consequência necessária a redução da variedade faunística outrora existente, seja em virtude de seu concomitante extermínio, seja em razão de migração de parte dela para outros ecossistemas. Essa interdependência prova que, de fato, o ecossistema florestal é ‘uma máquina vivente com mecanismo difíceis de desmontar’, já que do equilíbrio da flora local depende diretamente a sobrevivência das espécies de animais que nela habitam.⁶⁷⁴

Por esta razão, Érika Mendes de Carvalho propõe que os delitos contra a fauna e a flora sejam previstos conjuntamente na mesma seção tal como ocorre no Código Penal espanhol de 1995.⁶⁷⁵

Na realidade o que ocorre é que, conforme já apontado, a flora se interrelaciona diretamente com diversos aspectos do meio ambiente, não só no seu sentido natural, mas também com o aspecto artificial do meio ambiente, tal como, o território urbano, conforme se verificou no estudo de caso 1 e, por isso, em eventual sobreposição normativa de tipos penais ambientais sobre o mesmo fato ambiental, provavelmente, um deles estará voltado para a proteção da flora.

Em virtude dessa relação de interdependência entre a fauna e a flora que culmina no equilíbrio ecológico indispensável para o livre desenvolvimento humano e que uma ofensa à flora de um determinado espaço implicará normalmente ofensa à fauna que ali eventualmente se encontra, considerando as principais questões do delito do art. 29 da Lei 9.605/98 apontadas neste item e levando em conta que as características do crime ambiental do art. 38-A da Lei 9.605/98 já foram apresentadas no estudo do caso 2, resta examinar o caso proposto em que um indivíduo destrói vegetação primária em estágio médio de regeneração do Bioma Mata Atlântica de tal forma que também resultou na morte dos animais nativos que ali dependiam desta vegetação para sua sobrevivência.

Neste caso, *em tese*, o indivíduo teria incorrido nos delitos ambientais dos arts. 38-A e 29 da Lei 9.605/98 por ter, respectivamente, destruído vegetação primária em estágio médio de regeneração do Bioma Mata Atlântica e, em decorrência da destruição desta vegetação, promoveu a morte de espécimes da fauna silvestre, qual seja, os animais nativos que ali se encontravam.

Mas cabe indagar se a autonomia típica de cada um destes tipos penais deve ser mantida *concretamente*, isto é, se devem aplicar ambos os tipos penais ambientais

⁶⁷⁴ CARVALHO, Érika Mendes de. *Tutela penal do patrimônio brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 143.

⁶⁷⁵ *Ibid.*, p. 143-144.

envolvidos sem violar o princípio do *ne bis in idem* material ou se a aplicação de apenas um deles já seria o suficiente para abarcar a *íntegra valoração do fato* concreto examinado.

Inicialmente poderia se dizer que para danificar a vegetação primária em estágio médio de regeneração do Bioma Mata Atlântica resultaria normalmente matar os animais nativos que ali dependem desta para sobreviver e, portanto, que este seria um crime meio (art. 29 da Lei 9.605/98) para a prática do crime fim (art. 38-A da Lei 9.605/98) em decorrência desta interrelação ínsita entre a fauna e a flora que ocupam um determinado espaço.

Contudo, já se apontou que nem sempre a premissa de que quando para a prática de um determinado crime fim é necessária a prática de um crime meio para aplicar o critério da consunção é suficiente e satisfatória para fins de reconhecimento de apenas um único delito.

Isto porque é imprescindível verificar se a potencialidade lesiva da norma *consuntiva* compreende o conteúdo de injusto da norma *consumida* e, portanto, justificaria o reconhecimento e aplicação de apenas um tipo penal ambiental em observância ao princípio da *íntegra valoração do fato*.

Analisar este caso significa examinar se o conteúdo de injusto do delito do art. 29 da Lei 9.605/98 (norma consumida) - e, por consequência, a sua respectiva potencialidade lesiva - está contido no injusto do delito do art. 38-A da Lei 9.605/98 (norma *consuntiva*) e que referida potencialidade lesiva é aferida a partir da análise dinâmica entre bem jurídico tutelado, estrutura típica e redação legal dos referidos tipos penais envolvidos.

Ao contrário do que ocorre com a análise da relação dos delitos previstos nos arts. 48 e 64 da Lei 9.605/98 realizada no estudo do caso 1 em que se pôde verificar que haveria indicações conferidas pelo legislador na própria redação do tipo penal do art. 64 de que também estaria ali em conjunto com a tutela do ordenamento territorial, o ambiente natural, inclusive no que diz respeito à flora, quando se examina a relação entre os tipos penais do art. 38-A e 29 da Lei 9.605/98 não é possível apreender do teor do tipo penal do art. 38-A referência normativa alguma que indicaria que a proteção da fauna também estaria sendo tutelada por aquela. Explica-se.

O delito ambiental do art. 38-A da Lei 9.605/98 está na Seção II – *dos crimes contra a flora*, enquanto o crime ambiental do art. 29 da Lei 9.605/98 está na Seção I – *dos crimes contra a fauna*. Assim, são tipos penais que tutelam aspectos diversos do meio

ambiente enquanto bem jurídico penal uno. Justamente em virtude disso, já se examinou que, em regra geral, não se poderia aventar concurso *aparente* de normas penais.

Todavia, também se verificou que há tipo penal ambiental que, embora esteja previsto em determinada *Seção* do capítulo V da Lei 9.605/98 voltada para os crimes contra o meio ambiente, a partir da redação típica conferida pelo legislador, também inclui a desvalorização de ofensa a aspectos outros do meio ambiente que não aquela prevista na referida *Seção* e quando esta entra em concorrência com os tipos penais ambientais que tutelam exclusivamente um determinado aspecto do meio ambiente, a análise do concurso *aparente* de normas penais adquire relevância para fins concursal.

Neste sentido, quando da análise do tipo penal do art. 38-A da Lei 9.605/98 (“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”), é possível afirmar que este delito tutela apenas a flora que compõe o bem jurídico meio ambiente e nada mais, pois não é possível identificar nenhuma sinalização normativa conferida pelo legislador de que a ofensa a outro aspecto do meio ambiente também estaria englobada no conteúdo deste tipo penal.

Desta forma, quando o indivíduo, mediante uma única conduta, além de destruir a vegetação primária em estágio médio de regeneração do Bioma Mata Atlântica, também acaba matando os animais nativos que ali se encontram, este segundo resultado não está contido na potencialidade lesiva delimitada pelo delito ambiental do art. 38-A da Lei 9.605/98, sendo necessário também a aplicação conjunta do crime ambiental do art. 29 da Lei 9.605/98 em concurso formal de delitos nos termos do art. 70 do Código Penal em observância ao princípio da *íntegra valoração do fato*, pois configura concretamente um injusto autônomo e próprio.

Ademais, a aplicação de ambos os tipos penais envolvidos não implicaria violação ao princípio do *ne bis in idem* material, pois não se estaria valorando a mesma conduta em face do mesmo sujeito por fundamentos idênticos, já que estes seriam diferentes, pois a valoração da respectiva conduta mediante a incidência concomitante dos tipos penais ambientais previstos nos art. 38-A e 29 da Lei 9.605/98 seria em decorrência de lesão de aspectos distintos do meio ambiente.

Assim, considerando que o crime de matar a fauna nativa que ali se encontra só pode ser praticado a título de dolo deverá ser reconhecido o concurso *formal impróprio*, aplicando-se, desta forma, a regra do cúmulo material prevista na 2ª parte do *caput* do art. 70 do CP, isto é, somando-se as penas: detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as

penas cumulativamente (sanção esta cominada para o delito ambiental do art. 38-A da Lei 9.605/98) e detenção de seis meses a um ano, e multa (sanção esta cominada para o crime ambiental do art. 29 da Lei 9.605/98).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A concorrência normativa é objeto de grandes indagações que, para além de questões teóricas, apresentam implicações práticas relevantes, notadamente, no que diz respeito à alta probabilidade de sobreposição normativa dos tipos penais ambientais previstos na Lei 9.605/98 sobre uma determinada unidade de fato concretamente objeto de análise.

Os fundamentos que embasam o estudo da concorrência normativa de tipos penais são os princípios do *ne bis in idem* material e o da *íntegra valoração do fato*.

O princípio do *ne bis in idem* material consiste na proibição de valorar mais de uma vez o mesmo elemento do fato concreto com base no mesmo fundamento em face do mesmo agente. Para fins de análise da sobreposição normativa entre os tipos penais, adquire relevância a questão de examinar o fundamento pelo qual estes são imputados ao indivíduo para além de delimitar o próprio fato concreto que se examina. O debate acerca da identidade de fundamento não deve ser sinônimo de identidade de bens jurídicos tutelados pelos respectivos tipos penais concorrentes, senão averiguar a possível existência de identidade do conteúdo do injusto dos mesmos, pois caso isto se verifique no caso concreto será hipótese de reconhecer o concurso *aparente* de normas penais mediante aplicação de um dos critérios estabelecidos para tanto. Neste sentido, o princípio do *ne bis in idem* material consiste em fundamento limitador no âmbito concursal no que diz respeito à atuação do Direito Penal.

Por sua vez, o princípio da *íntegra valoração do fato* consiste na possibilidade de, diante de um concurso de normas penais, um único preceito penal ser capaz de captar integralmente o conteúdo do injusto e da culpabilidade de um determinado fato concreto para verificar se será hipótese de reconhecer um concurso de delitos – pluralidade de crimes – ou identificar um concurso *aparente* de normas penais – unidade delitiva. Para tanto, o bem jurídico, a estrutura do delito e a redação legal referentes aos tipos penais envolvidos constituem elementos fundamentais e imprescindíveis para proceder tal tarefa de grande relevância prática que cabe ao papel da dogmática penal. Por isso, o princípio da *íntegra valoração do fato* atua como um princípio fundamentador da questão concursal.

Os princípios do *ne bis in idem* material e o da *íntegra valoração do fato* no âmbito concursal desempenham papéis complementares e tal atuação conjunta resulta na concretização do princípio da proporcionalidade.

Assim, em eventual hipótese de sobreposição normativa de tipos penais, duas são as possibilidades: concurso *aparente* de normas penais ou concurso de delitos.

No que diz respeito ao concurso de delitos, este consiste quando o indivíduo pratica mediante uma ou mais ações dois ou mais crimes. Divide-se em duas categorias: concurso material (real) ou concurso formal (ideal) próprio ou impróprio. Estas espécies de concurso de delitos distinguem-se pela unidade ou pluralidade de ação e o critério mais adequado para tal delimitação é o da unidade *típica* de ação. Outrossim, as regras de aplicação da pena estão previstas respectivamente nos arts. 69 e 70 do Código Penal.

Em se reconhecendo o concurso *aparente* de normas penais significa dizer que, apesar de recair sobre a unidade de fato juridicamente relevante mais de um tipo penal previsto no ordenamento jurídico, apenas um deles será aplicado *concretamente* em observância ao princípio do *ne bis in idem* material, pois aplicar os demais conjuntamente revelaria uma indevida valoração plural do mesmo elemento fático sob igual fundamento em face do mesmo agente.

Para apreciar qual(is) do(s) tipo(s) penal(is) que incide(m) sobre a mesma unidade de fato juridicamente relevante deve(m) ser aplicado(s) em detrimento dos demais, a doutrina aponta quatro critérios para tanto. Sendo eles: a) especialidade; b) subsidiariedade (tácita ou expressa); c) consunção; d) alternatividade.

Ademais verificou-se que há uma grande diversidade de posicionamentos por parte da doutrina no que diz respeito ao conteúdo destes referidos critérios, bem como há uma ausência de uniformidade em relação à aceitação dos mesmos, salvo quanto ao critério da especialidade, o que dificulta significativamente a análise da unidade e pluralidade delitiva.

Por isso, a importância de delimitar o conteúdo de cada um dos critérios para que estes possam, de fato, constituir ferramentas dogmáticas *concretamente* aptos para cumprir de forma satisfatória com a função tão relevante atribuída aos mesmos.

No que diz respeito ao critério da especialidade, este se aplica quando um tipo penal contém além de todos os elementos contidos no tipo penal a qual se relaciona, porém, com alguns elementos especializantes que o torna mais ou menos reprovável a depender do conteúdo destes últimos. Por conseguinte, aplica-se apenas o tipo penal especial em detrimento do tipo básico. Cabe lembrar que o fato dos tipos penais tutelarem bens jurídicos diversos ou se encontrarem sistematicamente em capítulos e seções de determinada lei ou em leis distintas não impede o reconhecimento do critério da especialidade.

Quanto ao critério da subsidiariedade, sua aplicação incide quando há uma relação de progressão ofensiva ao mesmo bem jurídico referente aos tipos penais envolvidos e pode ser em *expressa* ou *tácita*. Com relação à subsidiariedade expressa o próprio legislador sinaliza no preceito secundário de que aquele referido tipo penal só terá espaço para sua incidência se o fato não constituir crime mais grave (*subsidiariedade geral*) ou se o fato não constituir determinado crime específico (*subsidiariedade específica*). Quanto à subsidiariedade *tácita*, esta demanda uma análise mais detida, pois não há indicação do legislador para sua aplicação, mas decorre de um exame de progressividade ofensiva ao mesmo bem jurídico dos tipos penais, na qual a aplicação *concreta* de apenas uma delas já conteria a agressão de menor gravidade presente nos demais tipos penais envolvidos.

Em relação ao critério da consunção, este se torna objeto de maiores discussões e controvérsias para além da crítica de ter uma definição demasiadamente genérica por parte da doutrina: contemplar hipóteses que envolva pluralidade de condutas e que tutelem, eventualmente, bens jurídicos distintos.

Os casos examinados no âmbito da aplicação do critério da consunção são os *atos acompanhantes típicos* e os atos posteriores *coapenados*.

Os *atos acompanhantes típicos* são aqueles que se realizam paralelamente ao tipo de delito prevalente pela mesma conduta qualificada segundo a norma consuntiva ou, ainda, por conduta diversa daquela, mas a ela normalmente vinculada.

Por sua vez, os atos posteriores *coapenados* consistem em um fato independente que realiza um novo tipo penal no qual o autor busca aproveitar ou assegurar o proveito do crime ou utiliza a posição alcançada com a realização do tipo principal. Para que seja possível o seu reconhecimento, a doutrina tem exigido três requisitos: a) objeto de ofensa e bem jurídico de ambos os fatos – principal e prévio ou posterior – sejam idênticos; b) o dano causado pela conduta antecedente não seja incrementado com o ato posterior; c) ambas as condutas afetem o mesmo titular do bem jurídico. Verificou-se que a exigência de identidade de bens jurídicos é bastante divergente tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Ademais, concluiu-se que a premissa de que a prática de um determinado crime meio para o cometimento do delito principal bem como o argumento da *regularidade fática* acerca da ocorrência conjunta dos tipos penais em análise, muitas vezes, se

apresentam muito frágeis e que, não raras às vezes, não se revelam convincentes do ponto de vista da dogmática penal.

Neste sentido é necessário buscar outros indicadores que assegurem afirmar que o conteúdo de injusto de um determinado tipo penal já está compreendido pelo conteúdo do injusto da prática do crime principal.

O critério da regularidade para fins de aplicação do critério da consunção não deve ser meramente fático, mas para que possa ter relevância, deve ser algo possível de se apreender da análise dos próprios tipos penais envolvidos que há inferência da inclusão do desvalor do acessório pelo principal.

Outrossim, a premissa de crime meio e crime fim, por si só, não se apresenta como argumento suficiente sob o ponto de vista da dogmática penal para fins de aplicação do critério da consunção, uma vez que é necessário examinar se a potencialidade lesiva da norma penal incriminadora *consuntiva* pode compreender o da *consumida*, independentemente se a sanção desta for mais gravosa do que àquela.

Ademais, a partir da experiência legislativa da Espanha e da Alemanha, verificou-se que o tratamento legislativo ou não da questão do concurso *aparente* de normas penais demonstra a insuficiência – ou até inadequação – para lidar com as questões de ordem teórica e prática que envolvem este presente tema. Neste sentido não se concorda com a previsão desta matéria no Projeto de Lei 236/2012 que atualmente está em discussão.

Por conseguinte, propõe-se uma análise integrada do concurso *aparente* de normas penais e do concurso de crimes no âmbito concursal para melhor sistematização do estudo de concorrência de normas penais, em especial, ambientais.

Assim, adotou-se neste estudo uma abordagem da questão concursal em sentido amplo compreendendo tanto o concurso de delitos (material/formal) quanto o concurso *aparente* de normas penais, bem como a premissa de que o concurso *aparente* de normas penais pressupõe que todos os preceitos penais envolvidos no caso concreto concorrem efetivamente, mas ocorre que apenas uma delas será aplicada em virtude do princípio do *ne bis in idem* material e em observância ao princípio da *íntegra valoração do fato*.

Neste sentido não é uma mera questão didática inserir o estudo do concurso aparente de normas penais ao lado do concurso de delitos, uma vez que para definir se estamos diante de uma hipótese de concurso de delitos – seja real, seja ideal –, antes é necessário definir precisamente qual a norma incriminadora que deve ser aplicada no caso concreto e, nesta etapa, tal tarefa é incumbida ao concurso *aparente* de normas na hipótese de eventual pluralidade de adequação típica sobre o mesmo fato.

Os pressupostos do concurso *aparente* de normas penais desenvolvidos devem ser aplicados no âmbito da concorrência de normas penais ambientais incriminadoras contidas na Lei 9.605/98 no intuito de identificar se em determinado caso concreto se deva reconhecer a incidência de um único delito ambiental ou um concurso de crimes ambientais.

Depreende-se que o bem jurídico, apesar de não ser o único critério suficiente para resolver, por si só, as questões suscitadas no âmbito da concorrência normativa dos tipos penais, se demonstra imprescindível. A análise deste papel atribuído ao bem jurídico no caso de incidência de mais de uma norma penal ambiental torna-se ainda mais complexa em razão da própria peculiaridade do bem jurídico meio ambiente cuja natureza é supraindividual.

A perspectiva antropocêntrica moderada é a mais adequada na tutela do meio ambiente a qual não dispensa o referencial ao ser humano para sua proteção, mas confere autonomia ao meio ambiente quanto ao seu conteúdo enquanto bem jurídico a ser protegido pelo Direito Penal e em observância ao teor constitucional.

Ademais, quanto ao conteúdo do meio ambiente para fins de tutela penal, este deve ser compreendido no seu sentido amplo. Isto porque reduzir o conceito de meio ambiente ao seu aspecto natural enquanto apenas equilíbrio da integração entre bens bióticos e abióticos é simplificar toda a complexidade de relações que envolve este bem jurídico na qual há participação do homem que se relaciona de forma interdependente com o meio ambiente que também deve ser objeto de tutela do Direito Penal no âmbito ambiental.

Outrossim, o legislador, ao elaborar os tipos penais ambientais contidos na Lei 9.605/98, em atenção à complexidade do conteúdo do bem jurídico meio ambiente, adotou um conceito amplo deste último, pois prevê como delitos ambientais não só aquelas condutas que lesionam ou colocam em perigo os aspectos naturais do meio ambiente (Seção I, II e III – crimes contra a fauna, flora, poluição e outros crimes ambientais, respectivamente) mas também os aspectos artificiais (Seção IV – crimes contra o ordenamento urbano e patrimônio cultural).

O legislador brasileiro prevê um sistema de tipos penais ambientais na Lei 9.605/98 – cuja configuração é bastante criticável –, pois insere uma série de tipos penais, ora de lesão, mas, com mais frequência, ora de perigo que busca evitar a ofensa ao bem jurídico meio ambiente. Contudo, essa autonomia típica conferida isoladamente a cada crime

previsto na Lei 9.605/98 pode não subsistir quando se verificar uma sobreposição normativa à luz do caso concreto. Neste sentido, ao estruturar um sistema de tipos penais ambientais através da Lei 9.605/98, os tipos penais não devem ser interpretados de forma isolada, senão de forma conjunta e sistemática porque somente desta forma se poderá identificar o conjunto de casos que recaem sobre o âmbito de proteção de um ou outro tipo penal e isto é fundamental para se definir se estamos diante de um concurso de normas penais ou de delitos.

Ante a complexidade do meio ambiente no que tange ao seu conteúdo e para que se possa conferir uma tutela efetiva ao mesmo, o legislador considerou diversos aspectos distintos que compõe o meio ambiente para redigir os tipos penais de forma específica também. Neste sentido, o objeto material adquire neste cenário um fator importante de limitação e diferenciação de proteção conferida em cada tipo penal pelo legislador, conforme se infere das seções do capítulo V da Lei 9.605/98 voltada especificamente para os crimes contra o meio ambiente.

Esta configuração sistemática, em regra geral, permitiria apenas o reconhecimento de concurso de crimes ambientais quando incidir uma sobreposição de tipos penais previstos em seções distintas referente ao capítulo V da Lei 9.605/98, pois, em tese, se estaria tutelando aspectos diversos do bem jurídico meio ambiente.

Mas, é preciso ir além quando se examina a redação dos tipos penais ambientais contidos na Lei 9.605/98. Isto porque é necessário se atentar para hipóteses de uma incidência múltipla de tipos penais ambientais sobre uma unidade de fato concreto que, apesar de se encontrarem em Seções diversas, e, portanto, tutelarem, em tese, aspectos diversos do bem jurídico meio ambiente, será possível identificar a partir da interpretação dos elementos contidos na própria redação conferida pelo legislador indícios normativos no sentido de que determinados tipos penais ambientais além de protegerem preponderantemente um aspecto específico do meio ambiente (por exemplo, flora, fauna, ar, ordenamento territorial) também levam em conta outros aspectos deste mesmo bem jurídico uno para sua configuração típica que, por sua vez, já é tutelado de forma preponderante por outro tipo penal ambiental que também incide sobre o caso concreto e é previsto, por consequência, em uma Seção distinta da primeira no capítulo V da Lei 9.605/98.

Nestas hipóteses torna-se relevante refletir se a aplicação conjunta de todos os tipos penais ambientais que incidem sobre o mesmo fato concreto, apesar de forma autônoma, tutelarem preponderantemente aspectos distintos do bem jurídico meio ambiente não

implicaria violação ao princípio do *ne bis in idem* no sentido de que um mesmo elemento do fato concreto ser indevidamente valorado mais de uma vez com base no mesmo fundamento, bem como a aplicação conjunta estaria em inobservância ao princípio da *íntegra valoração do fato*, já que a aplicação de apenas um dos tipos penais ambientais incidentes sobre o fato concreto seria suficiente para abarcar a integralidade do injusto deste.

Neste contexto, a aplicação dos critérios de solução *aparente* de normas penais no âmbito da questão concursal penal-ambiental deve levar em consideração as peculiaridades dos tipos penais ambientais previstos na Lei 9.605/98 para que se possa realizar um estudo da questão da unidade e pluralidade delitiva mais adequada do ponto de vista da dogmática penal e que trazem desafios importantes no âmbito de aplicação de cada critério, conforme se verificou ao longo deste estudo e que deve ser levado em consideração.

No que diz respeito às propostas de solução dos casos inicialmente apresentados:

a) *Caso 1*: No caso da empresa que instala uma edificação de forma irregular à margem do Rio Amazonas – que não é edificável em razão do seu valor ecológico, e, em virtude disso, essa edificação promovida pela empresa, por consequência, resulta em impedir que a regeneração da vegetação natural ocorresse responderá unicamente pelo delito ambiental do art. 64 da Lei 9.605/98. Apesar de o delito do art. 64 da Lei 9.605/98 tutelar preponderantemente o aspecto do ordenamento territorial referente ao bem jurídico meio ambiente, é possível depreender da própria lógica normativa deste tipo penal, ao condicionar a configuração deste delito em construir em local não edificável em virtude do seu valor ecológico também acaba levando em consideração o equilíbrio ecológico decorrente da manutenção inclusive da flora que ali eventualmente se encontre. Assim, *impedir ou dificultar a regeneração da floresta* (delito do art. 48 da Lei 9.605/98) implica em um *ato acompanhante típico*, pois constitui uma conduta paralela à prática do crime de *promover a edificação em solo não edificável sem autorização*, isto é, normalmente vinculada a ela e tal regularidade, para além de fática, é possível depreender a consideração de sua regularidade legal-normativa pelo legislador quando da análise do delito do art. 64 da Lei 9.605/98.

b) *Caso 2*: O indivíduo que corta árvores em floresta considerada de preservação permanente em determinada intensidade que danifique esta última, bem como também resulte em danificação de vegetação primária em estágio médio de regeneração no Bioma

Mata Atlântica que também se encontrava nesta área de preservação permanente e, posteriormente, venha a manter em depósito madeira ou produto vegetal oriundo da sua própria conduta de desmatamento, responderá apenas pelo crime de danificar vegetação primária em estágio médio de regeneração no Bioma Mata Atlântica previsto no art. 38-A da Lei 9.605/98, uma vez que a conduta de manter em depósito madeira oriunda de seu próprio desmatamento perpetrado apresenta-se como *ato posterior coapenado*, vale dizer, impõe a sua não aplicação *concreta* de forma autônoma, pois não expressa um conteúdo de injusto próprio e distinto do já reprovado pelo delito considerado principal (art. 38-A da Lei 9.605/98).

c) Caso 3: No presente caso concreto em que o indivíduo além de não possuir a devida licença ambiental para a instalação do estabelecimento que era considerado potencialmente poluidor, esta ocasione efetivamente uma conduta poluidora por parte do indivíduo, este deveria responder apenas pelo delito do art. 54 da Lei 9.605/98 que por constituir um delito de lesão, revela o grau máximo de ofensa ao meio ambiente no que diz respeito às condutas desta natureza previstas pelo legislador. Por esta razão, não deverá se aplicar o tipo penal do art. 60 que apenas visava impedir a efetiva ocorrência de poluição, senão o próprio tipo penal de poluição previsto no art. 54 da Lei 9.605/98 em virtude de uma relação de subsidiariedade tácita, e, por isso, este último prevalecerá em detrimento do primeiro.

d) Caso 4: quando o indivíduo X, mediante uma única conduta, além de destruir a vegetação primária em estágio médio de regeneração do Bioma Mata Atlântica, também acaba matando os animais nativos que ali se encontram, este segundo resultado não está contido na potencialidade lesiva delimitada pelo delito ambiental do art. 38-A da Lei 9.605/98, sendo necessário também a aplicação conjunta do crime ambiental do art. 29 da Lei 9.605/98 em concurso formal de delitos nos termos do art. 70 do Código Penal, pois neste caso não é possível apreender do teor do tipo penal do art. 38-A qualquer referência normativa que indicaria que a tutela da fauna também estaria sendo tutelada por aquela.

Conclui-se, desta forma, que não é necessário elaborar regras específicas de concurso *aparente* para solucionar a sobreposição de tipos penais ambientais previstos na Lei 9.605/98, mas é imprescindível levar em consideração as peculiaridades da análise sistemática e integrada do bem jurídico meio ambiente, sua estrutura típica e sua redação legal conferida pelo legislador ao elaborar o sistema de tipos penais ambientais da Lei 9.605/98 em cada âmbito de aplicação dos critérios aqui apresentados para que se possa

identificar uma unidade ou pluralidade delitiva com fundamento consistente e coerente do ponto de vista da dogmática penal no âmbito da questão concursal penal-ambiental.

Outrossim, tal atividade de definir a unidade ou pluralidade delitiva no campo de sobreposição de tipos penais ambientais é uma forma de analisar criticamente o rendimento teórico dos pressupostos apresentados ao longo deste estudo na resolução de casos concretos trazidos para discussão no campo da prática, em especial, nos debates jurisprudenciais.

Certamente as propostas de solução dos casos concretos aqui apresentadas podem ser objeto de críticas, mas este trabalho já terá alcançado seu escopo caso logre êxito em estimular o debate da questão concursal no âmbito dos crimes ambientais que se apresenta tão pouco fomentado no Brasil, mas de uma importância prática inquestionável.

REFERÊNCIAS

- ADEDE Y CASTRO, João Marcos. *Crimes ambientais*. Comentários à Lei nº 9.605/98. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2004.
- ALASTUEY DOBÓN, María del Carmen. Consideraciones sobre el objeto de protección en el derecho penal del medio ambiente. In: PRADO, Luiz Regis (coord.). *Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 209-227.
- _____. *El delito de contaminación ambiental*. (Artículo 325.1 del Código penal). Granada: Comares, 2004.
- ALTOÉ, Rafael; SANTOS, Marcel Ferreira dos. Tutela penal do ecocídio e a lei n. 9.605/98. In: CARVALHO, Érika Mendes de; PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas (org.). *Repensando a proteção do meio ambiente: 20 anos da lei 9.605/98*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 421-438.
- AMELUNG, Knut. El concepto bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 221-257.
- ANTOLISEI, Francesco. Sul concorso apparente di norme. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 1, n. 1/3, p. 1-15, jan./jun. 1948.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- AZEVEDO, André Mauro Lacerda. O bem jurídico e os crimes de perigo abstrato. In: AZEVEDO, André Mauro Lacerda; NETO, Orlando Faccini. *O bem jurídico-penal*. Duas visões sobre a legitimação do Direito Penal a partir da teoria do bem jurídico. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- AZEVEDO, David Teixeira de. Apontamentos sobre o crime permanente. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 24, n. 78, p. 16-20, set. 2004.
- BACIGALUPO, Enrique. La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente. *Estudios penales y criminológicos*, Santiago de Compostela, n. 5, p. 191-213, 1982.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998 com alterações da Lei 12.683/2012*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- BAGES SANTACANA, Joaquim. *El principio de lesividad en los delitos de peligro abstracto*. Valencia: Tirant lo blanch. 2018.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 1, p. 16-29, maio/ago. 2009.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal: Considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo*. Tese de Livre Docência. Universidade de São Paulo. São Paulo. 2017.

BELLO FILHO, Ney de Barro, *et al.* *Crimes e infrações administrativas ambientais*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

BEM, Leonardo Schmitt de. O concurso aparente de normas penais. *Revista Síntese de direito penal e processual penal*, Porto Alegre, v. 11, n. 65, p. 94-102, dez./jan. 2010/2011.

BEZERRA, Ulysses Gomes. Princípio da consunção: fundamentos e critérios de aplicação. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 87, p. 121-149, nov./dez. 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. v. 1. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BODNAR, Zenildo. O concurso de crimes ambientais: arts. 48 e 64 da Lei 9.605/1998, possibilidade e necessidade. *Revista de direito ambiental*, São Paulo, v. 16, n. 62, p. 267-283, abr./jun. 2011.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 493595 ES 2014/0068382-1*. 5ª Turma. Rel. Jorge Mussi. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/524706684/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-493595-es-2014-0068382-1?ref=juris-tabs>. Acesso em: 27 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Habeas Corpus n. 407.500 – AL*. 5ª Turma. Rel. Min. Felix Fischer. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/617612958/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-407500-al-2017-0166747-1/relatorio-e-voto-617612982?ref=juris-tabs>. Acesso em: 4 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Resp. n. 1.390.781 – PR*. 5ª Turma. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/617604285/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1390781-pr-2013-0227783-0/inteiro-teor-617604289?ref=juris-tabs>. Acesso em: 4 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 52722 SP*. 6ª Turma. Rel. Maria Thereza De Assis Moura. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7093600/habeas-corpus-hc-52722-sp-2006-0007632-0-stj?ref=serp>. Acesso em: 07 jan. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 783652 SP 2005/0150298-7*. 5ª Turma. Rel. Felix Fischer. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7157067/recurso-especial-resp-783652-sp-2005-0150298-7?ref=juris-tabs>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1376670-SC*. 6ª Turma. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/465739888/recurso-especial-resp-1376670-sc-2013-0119375-3?ref=juris-tabs>. Acesso em: 9 maio 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp n. 1.530.166 – GO*. 5ª Turma. Rel. Min. Felix Fischer. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/464942239/recurso-especial-resp-1530166-go-2015-0103096-0> Acesso em: 4 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.639.723-PR*. 6ª Turma. Rel. Min. Nefi Cordeiro. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/433477829/recurso-especial-resp-1639723-pr-2014-0207650-5/inteiro-teor-433477839?ref=serp>. Acesso em: 9 maio 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Amazonas. *RSE 0263395-79.2009.8.04.0001 AM*. Segunda Câmara Criminal. Rel. Onilza Abreu Gerth. Disponível em: <https://tj-am.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/615414506/recurso-em-sentido-estrito-rse-2633957920098040001-am-0263395-7920098040001?ref=juris-tabs>. Acesso em: 25 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 95154 SP*. 2ª Turma. Rel. Ayres Britto. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22869963/habeas-corpus-hc-95154-sp-stf?ref=serp>. Acesso em: 07 jan. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *APR 0003308-50.2012.8.24.0076*. Segunda Câmara Criminal. Rel. Getúlio Corrêa. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/433477829/recurso-especial-resp-1639723-pr-2014-0207650-5/inteiro-teor-433477839?ref=serp>. Acesso em: 20 out. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. *APR 0033601-67.2012.8.12.0001 MS*. Terceira Câmara Criminal. Rel. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. Disponível em: <https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/746200372/apelacao-criminal-apr-336016720128120001-ms-0033601-6720128120001?ref=juris-tabs>. Acesso em: 25 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *RSE 0018071-80.2011.8.13.0049 MG*. Sexta Câmara Criminal. Rel. Denise Pinho da Costa Val. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/129317246/rec-em-sentido-estrito-10049110018071001-mg?ref=juris-tabs>. Acesso em: 25 nov. 2019.

BUGALHO, Nelson Roberto. Tutela penal das florestas e demais formas de vegetação consideradas de preservação permanente. *Revista de direito ambiental*, São Paulo, v. 7, n. 25, p. 152-174, jan./mar. 2002.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal*. Parte Especial (artigos 121 a 234 – c do Código Penal). 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

_____. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BUSATO, Paulo César. Soluções para o concurso aparente de normas incriminadoras: princípio da subsidiariedade. In: BUSATO, Paulo César (org.). *Fundamentos de direito penal*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 289-306.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los bienes jurídicos colectivos. *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense: estudios de derecho penal en homenaje al profesor Luis Jimenez de Asua*, Madrid, n. 11, p. 147-164, jun. 1986.

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

CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones de derecho penal*. El delito. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1952.

CARO CORIA, Dino Carlos. El principio de "ne bis in idem" en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 66, p. 9-52, mai./jun. 2007.

_____. Presupuestos para la delimitación del bien jurídico-penal en los delitos contra el ambiente. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 267-287, set./dez. 2000.

CARRANZA TAGLE, Horário A. *Introducción al concurso de delitos*. Criterios sobre unidad y pluralidad delictiva. Buenos Aires: B de F, 2011.

CARRAZZA, Roque Antonio. Da impossibilidade jurídica de concurso material ou formal imperfeito entre os crimes de descaminho (art. 334, segunda parte, do Código Penal Brasileiro) e de sonegação fiscal (art. 1º, I a IV, da Lei n.º 8.137/90) – Questões conexas. In: COSTA, José Faria de; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais*. Visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 216-249.

CARVALHO, Érika Mendes de. Ensaio sobre o significado dogmático da acessoriedade administrativa nos delitos ambientais. *Revista Liberdades*, São Paulo, Ed. Especial, p. 23-46, dez. 2011.

_____. *Tutela penal do patrimônio florestal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CARVALHO, Érika Mendes de; KASSADA, Daiane Ayumi. Responsabilidade das pessoas jurídicas em infrações ambientais em face do princípio do ne bis in idem: uma abordagem político-criminal. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*, Maranhão, v. 3, n. 2, p. 49-67, jul./dez. 2017.

CASSOLA PEREZUTTI, Gustavo. *Medio ambiente y derecho penal*. Buenos Aires: B de F, 2005.

CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español: parte general*, v. 1. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1996.

_____. *Derecho penal*. Parte general. Buenos Aires: B de F, 2008.

CID MOLINÉ, José. Notas acerca de las definiciones dogmáticas de concurso de delitos. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid: Centro de Publicaciones, p. 29- 63, jan./abr. 1994.

COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás. *Derecho penal*. Parte general. 5. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1999.

CONSTANTINO, Carlos Ernani. *Delitos ecológicos*. A lei ambiental comentada artigo por artigo. Aspectos penais e processuais penais. São Paulo: Atlas, 2001.

COPOLA, Gina. *A lei dos crimes ambientais comentada artigo por artigo*. Jurisprudência sobre a matéria. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos. Valencia: Tirant lo blanch, 1999.

CORREIA, Eduardo Henrique da Silva. *A teoria do concurso em direito criminal: I - unidade e pluralidade de infracções; II - caso julgado e poderes de cognição do juiz*. Coimbra: Almedina, 1996.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Crimes instantâneos e crimes permanentes no direito penal econômico. In: ESTELLITA, Heloisa; FELDENS, Luciano; WUNDERLICH, Alexandre. *Direito penal econômico e empresarial: estudos dos grupos de pesquisa em direito penal econômico e empresarial da PUCRS e da FGV DIREITO SP*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 115-136.

_____. *Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Helena Regina Lobo da; FERRARI, Eduardo Reale. Dos crimes contra o meio ambiente. Seção III – Da poluição e outros crimes ambientais (arts. 54 a 61). In: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo; SOUZA, Luciano Anderson de (coord.). *Comentários à Lei de Crimes Ambientais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 241-269.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal ecológico*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da; MILARÉ, Edis. *Direito penal ambiental: comentários à lei 9.605/98*. Campinas: Millennium, 2002.

COSTA, Pedro Jorge. *A consunção no Direito Penal Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2012.

CREUS, Carlos. *Derecho penal: parte general*. 4. ed. Buenos Aires: Astrea, 1996.

CRUZ, Flavio Antônio da. *O confronto entre o concurso formal de crimes e o concurso aparente de normas penais no direito brasileiro: revisão crítica sob os influxos de uma hermenêutica emancipatória*. 2014. 940 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho penal conforme al Código Penal, texto refundido de 1944*. Barcelona: Bosch, 1953. t.1.

CUERDA RIEZU, Antonio. La unidad de delito en la jurisprudência del Tribunal Supremo. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (ed.). *Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: Bosch, 1997. p. 341-354.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. *Direito Ambiental e questões jurídicas relevantes*. Campinas: Millennium Editora, 2005.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. Contaminación ambiental, residuos e instalaciones peligrosas para los recursos naturales y el ambiente, tras la reforma de 2015. *Revista Penal México*, n. 8, p. 9-27, mar./ago 2015.

_____. Cuestiones dogmáticas relativas al delito de contaminación ambiental. *Revista Penal*, n. 4, p. 30-41. 1999.

_____. Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (capt. III, tit. XVI, libro II del nuevo Código Penal de 1995). In: ACTAS DEL CONGRESO DE DERECHO PENAL Y PROCESAL. *El nuevo código penal y la ley del jurado*. Sevilla: Fundación El Monte, 1996. p. 233-254.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis; BLANCO CORDERO, Isidoro (ed.). *Resoluciones de los Congresos de la Asociación Internacional de Derecho Penal*. 1926-2014.

DELGADO GARCIA, Joaquin. Los concursos en el derecho penal. *La ley*, Madrid, ano XVII, n. 3969, p. 1-5, 1996.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DESTEFENNI, Marcos. *Direito penal e licença ambiental*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral: questões fundamentais, a doutrina geral do crime*. 2. ed. Coimbra: Revista dos Tribunais / Coimbra Ed., 2007. t.1.

_____. Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente: um ponto de vista português. In: *Tutela jurídica do meio ambiente: presente e futuro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p.179-202.

DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis. *Derecho penal español*. Parte General. 4. ed. rev. Valencia: Tirant lo blanch. 2016.

DOTTI, René Ariel. Meio ambiente e proteção penal. *Fascículos de ciências penais*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 9-29, jan./mar. 1991.

ESCUCHURI AISA, Estrella. Comisión de delitos en el marco de organizaciones y grupos criminales. Algunos problemas que plantea la regulación del código penal español en relación con la delincuencia organizada. *Revista de Derecho y proceso penal*, Madrid, n. 37, p. 133-176, ene./mar. 2015.

ESCUCHURI AISA, Estrella. Los principios de non bis in idem y de íntegra valoración del hecho en el marco del concurso de leyes. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 6, n. 10, p. 57-99, jan./jun. 2009.

_____. *Teoría del concurso de leyes y de delitos*. Bases para una revisión crítica. Granada: Comares, 2004.

ESPANHA. *Código Penal Espanhol*. Disponível em: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/1_20121008_02.pdf. Acesso: 06 nov. 2019.

ESTEVE PARDO, José. *Derecho del medio ambiente*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

FARIAS, Alexandre Ramalho de; PIEGEL, Stella Maris. Soluções para o concurso aparente de normas incriminadoras: princípio da consunção. In: BUSATO, Paulo César (org.). *Fundamentos de direito penal*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 279-287.

FERRARI, Eduardo Reale. A nova lei ambiental e suas inconsistências. *Revista do INALUD*, San José de Costa Rica, n. 12, p. 93-97, 1998.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Crimes ambientais e bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

FRANCESCO, Giovannangelo de. Profili strutturali e processuali del reato permanente. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 20, n. 2, p. 558-599, abr./jun. 1977.

FREITAS, Gilberto Passos de. Direito Penal Ambiental. In: PHILIPPI JR., Arlindo; ALVES, Alaôr (ed.). *Curso Interdisciplinar de Direito Ambiental*. Barueri: Manole, 2005. p. 401-424.

FREITAS, Vladimir Passos de. A contribuição da lei dos crimes ambientais na defesa do meio ambiente. *Revista CEJ*, Brasília, v. 10, n. 33, p. 5-14, jun. 2006.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza: de acordo com o novo Código Florestal (Lei 12.651/2012 e MP 571/2012)*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FRISCH, Wolfgang. Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 303-332.

GALLARDO RUEDA, Alberto. Protección penal del medio ambiente cuestiones generales. *Cuadernos de política criminal*, Madrid, n. 47, p. 613-628, 1992.

GARCÍA ALBERO, Ramón. “*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales. Barcelona: Cedecs, 1995.

GARCÍA HERNÁNDEZ, María Yolanda. Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. In: MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio. *Protección penal y tutela jurisdiccional de la salud pública y del medio ambiente*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1997. p. 51-74.

GARCÍA RIVAS, Nicolás. *Delito ecológico*. Estructura y aplicación judicial. Barcelona: Editorial Praxis, S.A, 1998.

GIL GIL, Alicia, et. al. *Curso de derecho penal parte general*. 2. ed. Madrid: Dykinson, S.L., 2015.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Teoria geral da parte especial do Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2014.

GRACIA MARTÍN, Luis. *La polémica en torno a la legitimidad del Derecho penal moderno*. México: Ubijus, 2010.

_____. *La infracción de deberes contables y registrales tributarios en derecho penal*. Madrid: Editorail Trivium, S.A., 1990.

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. 152-194, jan./fev. 2006.

_____. *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *et al. Parte geral do código penal: uma proposta alternativa para debate*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

_____. Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 3, p. 47-58, jan./abr. 2010.

GUIMARÃES, Marcello Ovidio Lopes. Capítulo I: Disposições Gerais (arts.1º a 5º). In: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo; SOUZA, de Luciano Anderson (coord.). *Comentários à lei de crimes ambientais*: São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 29-49.

HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 91-100.

HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 173-190.

HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito sobre los criterios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH,

Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 279-302.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. El principio de lesividad y el delito ecológico. In: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín. *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*. Pamplona: Aranzadi, 2001. p. 1417-1428.

HORTA, Frederico. *Do concurso aparente de normas penais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

_____. Elementos fundamentais da doutrina do concurso de leis penais e suas repercussões no direito penal brasileiro contemporâneo. In: PACELLI, Eugênio *et. al* (coord.). *Direito penal e processual penal contemporâneos*. São Paulo: Atlas, 2019. p. 49-72.

HORTA, Frederico; TEIXEIRA, Adriano. Da autolavagem de capitais como ato posterior coapenado: elementos para uma tese prematuramente rejeitada no Brasil. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 19, n. 74, p. 7-49, jul./set. 2019.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal: decreto lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Arts. 1 a 27. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

HURTADO POZO, José. *Manual de derecho penal*. Parte general. 3. ed. Lima: Editora jurídica Grijley, 2005.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal parte general: Fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. 4. ed. Granada: Comares, 1993.

JORGE BARREIRO, Agustín. El bien jurídico protegido en los delitos contra el medio ambiente en el CP de 1995. In: JORGE BARREIRO, Agustín (dir.). *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*. Granada: Editorial Comares, 2005. p. 1-72.

JOSHI JUBERT, Ujala. Unidad de hecho y concurso medial de delitos. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 45, f. 2, p. 613-636, maio/ago. 1992.

KLUG, Ulrich. Sobre el concepto de concurso de leyes. In: KLUG, Ulrich. *Problemas de la filosofía y de la pragmática del derecho*. 2. ed. Barcelona: México, D. F., 1996.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Bien jurídico y objeto protegible. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid: Centro de Publicaciones, v. 60, p. 119-163, 2007.

LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal*. 4. ed. Madrid: Reus, 1999. 3. t.

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

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016.

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. El Concurso de Delitos: Bases Para su Reconstrucción en el Derecho Penal de Puerto Rico. *Revista Juridica Universidad de Puerto Rico*, San Juan, v. 74, n. 4, p. 1021-1212, 2005.

_____. El principio ne bis in idem en el Derecho penal chileno. *Revista de Estudios de la Justicia*, Santiago, n. 15, p. 139-169, 2011.

MARTÍN GARCÍA, Benigno. *La protección penal del medio ambiente y su relación con la seguridad pública y los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, S. L., 2016.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; ALMEIDA, Edson Amaral de. As normas penais em branco no âmbito dos crimes ambientais e suas consequências na política criminal brasileira. In: CARVALHO, Érika Mendes de; PRADO, Alessandra Mascarenhas (org.). *Repensando a proteção do meio ambiente: 20 anos da Lei 9.605/98*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 161-177.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt. *Lições fundamentais de direito penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria. *Derecho penal del medio ambiente*. Madrid: Iustel, 2008.

MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio. *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*. Madrid: Colex, 1998.

MATUS ACUÑA, Jean-Pierre. El Concurso (Aparente) de Leyes en la Reforma Penal Latinoamericana. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, v. 24, n. 3, p. 423-446, set./dez. 1997.

_____. Los criterios de distinción entre el concurso de leyes y las restantes figuras concursales en el código penal español de 1995 (1). *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, n. 58, f. 2, p. 463-493, maio/ago. 2005.

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz; GÖSSEL, Karl Heinz. *Derecho penal: parte general; formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*. Traducción de Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Astrea, 1995. v. 2.

MAYER, Max Ernst. *Derecho penal – parte general*. Buenos Aires: B de F, 2007.

MENDO ESTRELLA, Álvaro. La compleja estructura de peligro en el denominado delito 'ecológico' del artículo 325.1 del Código Penal: Algunas alternativas. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, n. 61, p. 237- 264, ene./dic. 2008.

MERKEL, Adolf. *Derecho penal: parte general*. Traducción de Pedro Dorado Monteiro. Buenos Aires: B. de F., 2006.

MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente. A gestão ambiental em foco. Doutrina. Jurisprudência. Glossário.* 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MILARÉ, Édís; COSTA JÚNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José da. *Direito Penal Ambiental.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general.* 7. ed. Barcelona: Reppertor, 2005.

_____. *Derecho penal. Parte General.* 9. ed. Buenos Aires: B de F, 2011.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal.* 2. ed. Madrid: Dykinson S.L., 2010.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General.* 10. ed. rev. Valencia: Tirant lo blanch. 2019.

MUÑOZ LORENTE, José. Análisis sobre la constitucionalidad de algunos tipos penales relativos a la flora y fauna. Interpretaciones para su adecuación constitucional. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 54, p. 71-141, ene./dic. 2001.

NINO, Carlos Santiago. *El concurso en el Derecho Penal. Criterios para clasificar los casos de varios hechos o de varias normas en la calificación penal de una conducta.* Buenos Aires: Editorial Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos, 1972.

NODAR MONTES, M.^a Luz de las Mercedes. Aspectos medioambientales en la legislación española. *Cuadernos de política criminal*, Madrid, n. 53, p. 563-592, 1994.

NUSDEO, Fábio. *Desenvolvimento e ecologia.* São Paulo: Saraiva, 1975.

OCHOA FIGUEROA, Alejandro. Medioambiente como bien jurídico protegido; ¿visión antropocéntrica e ecocéntrica?. *Revista de derecho penal y criminología*, Madrid, 3^a Época, n. 11, p. 253-294, jan./jun. 2014.

OLIVEIRA, Raul Miguel Freitas de. *Concessão florestal: exploração sustentável de florestas públicas por particular.* Leme: J. H. Mizuno, 2013.

OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. El legislador y el principio ne bis in idem. *Política criminal*, Talca, v. 13, n. 26, art. 8, p. 952-1002, dec. 2018.

PALMA HERRERA, José Manuel. *Los actos copenados.* Madrid: Dykinson, 2004.

PECORARO-ALBANI, Antonio. Del reato permanente. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 3, n. 2, p. 394-452, abr./jun. 1960.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos. *Lecciones de derecho penal. Parte General.* 2. ed. Madrid: Dykinson, S.L., 2018.

PIERANGELI, José Henrique. Crimes contra o meio ambiente: fauna. In: PIERANGELI, José Henrique. *Escritos jurídico-penais.* 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Do crime continuado*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

PIPAÓN PULIDO, Jorge Guillermo. Concurso de leyes. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Madrid, v. 7, n. 67, p. 25-36, jan. 2010.

PRADO, Luiz Regis. *Crimes contra o ambiente*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.

_____. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte Especial. v. 2. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

_____. *Curso de direito penal brasileiro – parte geral*. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

_____. *Direito penal ambiental (problemas fundamentais)*. São Paulo: RT, 1992.

_____. *Direito penal do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Direito penal do ambiente: biossegurança (com análise da lei 11.105/2005); meio ambiente; ordenação do território; patrimônio cultural*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PRAT GARCIA, Josep M^a; SOLER MATUTES, Pedro. *El delito ecológico*. Jurisprudencia actual comentada. Barcelona: Cedecs, 2000.

PRATES, Felipe Machado. *Do concurso formal de crimes*. 2015. 126 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015.

PUIG PEÑA, Frederico. *Colisión de normas penales: concurso aparente de leyes punitivas*. Barcelona: Bosch, 1955.

QUANDT, Gustavo de Oliveira. A aplicação da Lei Penal no projeto de Código Penal. *Revista Liberdades*, São Paulo, Ed. Especial, p. 8-34, set. 2012.

REALE JÚNIOR, Miguel. Cartel e quadrilha ou bando: bis in idem. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 3, n. 5, p. 131-143, jul./dez. 2006.

_____. Meio ambiente e direito penal brasileiro. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 67-83, jan./jun. 2005.

REYNA ALFARO, Luis Miguel. La protección penal del medio ambiente: posibilidades y límites. *Ciencias Penales Contemporáneas: Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología*, Mendoza, v. 2, n. 4, p. 207-265, 2002.

RIOS, Rodrigo Sánchez. Apontamentos a respeito do concurso de crimes e do conflito aparente de normas: a regra do antefato e do pós-fato coapenado no âmbito dos delitos econômicos. In: FRANCO Alberto Silva; LIRA, Rafael de Souza (coord.). *Direito penal econômico: questões atuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 137-199.

RODRIGUES, Anabela Maria Pinto Miranda. Direito penal do ambiente: uma aproximação ao novo direito português. *Revista de direito ambiental*, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 14-24, abr./jun. 1996.

ROIG TORRES, Margarita. *El concurso ideal de delitos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Especiales formas de aparición del delito. Traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña *et al* (dir.). Pamplona: Thomson Reuters. 2014. t. 2.

_____. *Derecho penal*. Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Thomson Reuters, 2014. t. 1.

_____. Sobre o recente debate em torloino do bem jurídico. *In*: LEITE, Alaor (org.). *Novos estudos de direito penal*. Tradução de Luis Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 41-69.

SABOYA, Keity. *Ne Bis in Idem*. História, Teoria e Perspectivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SALOMI, Maíra Beauchamp; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Cartel e quadrilha: é possível a dupla imputação?. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 20, n. 240, p. 7-8, nov. 2012.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*. Parte general. 6ª. ed. Curitiba: ICPC, 2014.

SÁNZ MORÁN, Ángel José. *El concurso de delitos: Aspectos de política legislativa*. Valladolid: Ediciones Universidad de Valladolid, 1986.

_____. Las reglas relativas a la unidad y pluralidad de delitos en el código penal de 1995. *In*: CERESO MIR, José *et al* (ed.). *El nuevo código penal: presupuestos y fundamentos: libro homenaje al professor doctor Don Ángel Torío López*. Granada: Comares, 1999. p. 505-520.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. Concurso aparente de normas penais. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, n. 33, p. 67-100, jan./mar. 2001.

SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionais de los tipos penales y de su interpretación. *In*: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 191-219.

_____. Sobre la dogmática y la política criminal del Derecho penal del medio ambiente. *In*: SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milênio*. Madrid: Tecnos, 2002. p.203-223.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Pablo Alflen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Delitos contra el medio ambiente*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Los delitos contra el medio ambiente*. Reforma legal y aplicación judicial. Barcelona: Atelier, 2012.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: RT, 2003.

SIRVINSKAS, Luis Paulo. *Tutela penal do meio ambiente: breves considerações atinentes à lei n. 9605, de 12-2-1998*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SOTO NAVARRO, Susana. Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 58, f. 3, p. 887-918, sep./dic. 2005.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. O meio ambiente (natural) como sujeito passivo dos crimes ambientais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 50, p. 57-90, set./out. 2004.

SOUZA, Luciano Anderson de. Considerações dogmáticas quanto ao crime de receptação. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo; SOUZA, Luciano Anderson de (coord.). *Direito penal na pós-modernidade: escritos em homenagem a Antonio Luis Chaves Camargo*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 285-302. p. 292.

_____. Dos crimes contra o meio ambiente. Seção IV – Dos crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural (arts. 62 a 65). In: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo; SOUZA, Luciano Anderson de (coord.). *Comentários à Lei de Crimes Ambientais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 271-295.

_____. *Intervenção jurídico-penal e modelos de tipificação*. Dissertação de Mestrado. São Paulo. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2006. 120 p.

STEVENSON, Oscar. Concurso aparente de normas penais. In: *Estudos de direito e processo penal em homenagem a Nelson Hungria*. Rio de Janeiro: Forense, 1962. p. 28-46.

SUÁREZ LÓPEZ, José María. *El concurso real de delitos*. Madrid: Comunidad de Madrid. 2001.

SZCZARANSKI, Federico. Aproximación a la reiteración delictiva y a la teoría concursal desde la teoría de la pena. *Política criminal*, Talca, v. 8, n. 16, art. 5, p. 500 -543, dez. 2013.

TAVARES, Juarez. *Bien jurídico y función en derecho penal*. Traducción de Mônica Cuñarro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

_____. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

_____. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

THEODORO, Luis Marcelo Mileo. Dos crimes contra o meio ambiente. Seção II – Dos crimes contra a flora (arts. 38 a 53). In: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo; SOUZA,

Luciano Anderson de (coord.). *Comentários à Lei de Crimes Ambientais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 180-239.

VALIANTE, Mario. Il reato permanente: aspetti sostanziali e problemi processuali. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 42, n. 1, p. 210-227, jan./mar. 1999.

VEGA RUIZ, José Augusto de. *Delitos contra el medio ambiente, ordenación del territorio, patrimonio histórico, flora y fauna: en el Código Penal de 1995*. Madrid: Colex, 1996.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual de derecho penal: parte general*. Bogotá: Temis, 2002.

VIVÉS ANTÓN, Tomás Salvador. *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*. Valencia: Universidad de Valencia, 1981.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro W. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2000.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Parte general. 11. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970.