

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO - UNICAP
COORDENAÇÃO GERAL DE PÓS-GRADUAÇÃO
PRÓ-REITORIA ACADÊMICA
MESTRADO EM DIREITO

ÉRICO BRUNO GALVÃO DE FREITAS

A ação penal (privada) subsidiária nos crimes contra a natureza: reflexões sobre a possibilidade da legitimidade extraordinária coletiva penal e sua operacionalidade sistêmica

RECIFE
2016

ÉRICO BRUNO GALVÃO DE FREITAS

A ação penal (privada) subsidiária nos crimes contra a natureza: reflexões sobre a possibilidade da legitimidade extraordinária coletiva penal e sua operacionalidade sistêmica

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Sérgio Teixeira Torres.

**RECIFE
2016**

A ação penal (privada) subsidiária nos crimes contra a natureza: reflexões sobre a possibilidade da legitimidade extraordinária coletiva penal e sua operacionalidade sistêmica

ÉRICO BRUNO GALVÃO DE FREITAS

Dissertação defendida e aprovada no dia 26 de fevereiro de 2016 no Programa de Mestrado da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, pela banca examinadora composta pelos seguintes professores:

Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira (Presidente)
UNICAP

Prof. Dr. Alexandre Freire Pimentel (Examinador interno)
UNICAP

Prof. Dr. Roberto Wanderley Nogueira (Examinador interno)
UNICAP

Prof. Dr. Hamilton da Cunha Iribure Júnior (Examinador externo)
PUC/SP

AGRADECIMENTOS

Entre os muitos diálogos que tive com meus colegas de mestrado, certamente, para mim, um tem um significado especial, que foi a seguinte frase da minha querida amiga Louise Dantas: “o projeto acadêmico é um trabalho lento e solitário”.

Se, de fato, as horas dedicadas ao levantamento bibliográfico; a coleta de dados e a escrita da dissertação são dotadas de uma considerável introspecção pessoal, o caminhar pelas ruas e esquinas do mestrado é conjunto, por isso, é chegada a hora de agradecer a estes que me acompanharam nesta trajetória.

Primeiramente, a Deus pelo dom da vida e pela oportunidade de, nesta vida, poder crescer como ser humano, bem como aos meus pais, meus irmãos e todos os meus familiares queridos, em especial a minha tia Ieda (em memória), por todo carinho, amor, paciência e compreensão neste período de ausência.

A minha noiva Ana Cândida, companheira de todas as horas, por todo amor e contribuição nos momentos difíceis, cujo colo caridoso e amável tantas vezes me foi ofertado.

Aos amigos de toda uma vida os professores Fernando Alves, José Roberto Castro, Elder Bringel, Isaac Luna, Felipe Leal, Antônio Ribeiro Júnior, Carolinne Brito, Rosalina Freitas e Daniel Diniz, por toda importante contribuição e apoio para a construção deste trabalho.

Ao meu orientador Sérgio Torres, por ter me guiado nesse caminho, bem como aos demais professores que contribuíram de alguma forma para as linhas deste projeto, tais como os Drs. Roque de Brito, Paulo César Busato, Vladimir Passos, Flavia Santiago, Alexandre Pimentel, Roberto Wanderley e Marília Montenegro.

Por fim, aos amigos e colegas da nona turma do mestrado, em especial a Fabio Paiva, Ivna Feliciano, Pedro Neto, Louise Dantas, Manoel Correia, Eloy, Avner, Sérgio Ludmer, Daniel Carneiro Leão e Carol Salazar, por dividir suas experiências acadêmicas e dividir as angústias dessa conquista.

Sentir juridicamente é implicar-se com o Direito vigente, com o todo ou com parte dele, dando-lhe apoio. Às vezes, a não-implicação indica que se prefere um Direito distinto, o Direito anterior ou outro melhor e/ou mais justo. Desse modo, o sentimento jurídico aparece como afeto mais ou menos intenso pelo justo equitativo na convivência.

(VERDÚ)

RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo analisar a instrumentalidade da ação penal privada subsidiária nos crimes contra a natureza, por se tratar de uma garantia constitucional que possibilita o controle externo da ação penal pública. O processo, dentre eles o penal, constitui uma das bases da estruturação do controle social penal, o qual detém a importante missão de funcionar como um campo dialético que visa à correta aplicação da norma penal, a proporcionalidade das sanções, e, sobretudo, a verificação da efetiva lesão e legitimidade do bem jurídico tutelado pela lei, mormente aqueles indivisíveis e que se referem a sujeitos indetermináveis, como é o caso do bem jurídico ambiental. Para tanto, analisar-se-á a adequação dos institutos processuais penais, em especial a legitimação extraordinária pela ação penal (privada) subsidiária nos crimes contra a natureza. Sob este enfoque, são analisadas as bases estruturantes que orientam a relação entre o cidadão e o Estado na formação do controle social penal, estudando-se os fatores sociais que impuseram a superação da concepção individualista do bem jurídico-penal para uma proteção penal de bens jurídicos supraindividualista, que culminaram em mudanças na esfera processual, especialmente no tocante à titularidade para o exercício do direito de ação. Em seguida, com o intuito de delimitar o objeto de estudo do presente trabalho, tratar-se-á a questão da tutela jurídica do meio ambiente através da análise da formação do bem jurídico ambiental e do reconhecimento da sua dignidade penal através da lei dos crimes ambientais. Ao final, após uma revisitação teórica sobre o direito de ação, é discutida a instrumentalidade do acesso à justiça pela legitimação extraordinária da ação penal subsidiária, com intuito de verificar a viabilidade da substituição processual nos crimes ambientais, os possíveis legitimados extraordinários coletivos para sua promoção e sua operacionalidade sistêmica.

Palavras-chave: Ação penal. Meio ambiente natural. Legitimação extraordinária coletiva.

ABSTRACT

This research aims to examine the practical instrumentality of prosecution (private) subsidiary in crimes against nature, because it is a constitutional guarantee that enables external control of public prosecution. The process, including criminal, is one of the foundations of the structure of the penal social control, which has the important mission to functioning as a dialectical field that aims to correct application of criminal law, the proportionality of the sanctions, and, above all, verification of effective injury and legitimacy of the legal interest protected by the law, especially those indivisible and that refer to indeterminate subjects, such as the environmental legal interest. Therefore, the adequacy of the criminal procedure institutes will be examined in particular the extraordinary legitimation by the prosecution (private) subsidiary in crimes against nature. Under this approach, the structural bases will be analyzed to guide the relationship between the citizen and the state in the formation of the penal social control, by studying the social factors that imposed to overcome the individualistic conception of the legal-criminal fine for a criminal protection of property legal supraindividualista, which resulted in changes in the procedural sphere, especially regarding the entitlement to exercise the right of action. Then, in order to delimit the object of study of this work will address the issue of legal protection of the environment by analyzing the formation of the environmental legal interest and recognition of the criminal offense by the law of environmental crimes. At the end, after a theoretical study on the right of action, the instrumentality of access to justice by the extraordinary prosecution subsidiary legitimacy will be discussed, in order to verify the feasibility of the replacement procedure on environmental crimes; possible collective extraordinary standing to their promotion; and its systemic operation.

Keywords: Criminal prosecution. Natural environment. Extraordinary collective legitimation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 O DIREITO PENAL E A MISSÃO DE PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS PELO CONTROLE SOCIAL.....	13
2.1 AS BASES POLÍTICO-FILOSÓFICAS DO ESTADO NA ESTRUTURAÇÃO DO CONTROLE SOCIAL PENAL	Erro! Indicador não definido.
2.2 O DIREITO PENAL "CLÁSSICO" E A CONCEPÇÃO DO BEM JURÍDICO-PENAL.....	Erro! Indicador não definido.
2.3 O DIREITO PENAL "MODERNO" E A CONCEPÇÃO SUPRAINDIVIDUALISTA DO BEM JURÍDICO-PENAL	Erro! Indicador não definido.
3 A TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE NATURAL	64
3.1 A FORMAÇÃO DO BEM JURÍDICO AMBIENTAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	64
3.2 A DIGNIDADE PENAL DO BEM JURÍDICO AMBIENTAL.....	77
3.3 A SISTEMATIZAÇÃO DOS CRIMES CONTRA A NATUREZA DADA PELA LEI Nº 9.605/98	86
4 A AÇÃO PENAL (PRIVADA) SUBSIDIÁRIA NOS CRIMES CONTRA A NATUREZA.....	103
4.1 O DIREITO AUTÔNIMO DE AÇÃO E O ACESSO À JUSTIÇA PELA LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA	103
4.2 A INSTRUMENTALIDADE DA AÇÃO PENAL (PRIVADA) SUBSIDIÁRIA E O NECESSÁRIO FORTALECIMENTO DO SENTIMENTO DE PERTENÇA DO INSTITUTO	126
4.3 PROPOSTA DE DEFINIÇÃO LEGAL DOS LEGITIMADOS EXTRAORDINÁRIOS COLETIVOS NOS CRIMES CONTRA O MEIO AMBIENTE NATURAL E DE SUA OPERACIONALIDADE SISTÊMICA	137
6 CONCLUSÃO	169
7 REFERÊNCIAS.....	183

1 INTRODUÇÃO

Desde que o homem e sua relação com o meio passou a ser objeto de reflexão pela filosofia, já se reconhecia que, por sua natureza gregária, há uma necessidade natural do convívio social, sendo tal convivência, inclusive, uma das características inerente à condução humana, a qual é constantemente exercitada pela política. O convívio social e o gerenciamento das relações humanas dão origem à figura do Estado, que na antiguidade era tido como um ente moral e, posteriormente, torna-se uma criação artificial que funcionaria como um postulado da razão através do contrato social.

O ideal político contratualista traz consigo a concepção de que a existência do Estado esta condicionada à gestão das liberdades cedidas pelo povo através do contrato social, o qual deve assegurar as expectativas comportamentais, funcionando ao mesmo tempo como limitador das liberdades pessoais, mas também do seu próprio poder de império, já que a legitimidade de suas decisões é aferida pelo seu comprometimento com os ideais a que representa.

Incumbe ao Estado exercer o controle social das expectativas comportamentais, e, dentro dessa tarefa, são identificáveis três bases estruturantes que definem não apenas o controle social formal, mas também o informal, que são: a norma, a sanção e o processo. Este trinômio representa a estrutura pela qual se impõe a logística do controle social, onde para cada conduta haverá uma norma permissiva ou proibitiva, cuja desobediência acarreta consequências (sanção), a qual somente poderá ser aplicada mediante a instauração de um processo, cuja de decorrência esta atrelada ao exercício do Direito de ação.

O controle social formalizado pelo Estado é exercido através do Direito que, por meio dos seus diversos ramos, busca assegurar o padrão de comportamento de determinada sociedade em um determinado momento histórico. Dentre as formas de controle social pelo Direito, a norma penal surge como aquela a ser aplicada como última opção para as condutas desviadas

mais graves dentro do contexto social, sendo pressuposto de toda norma penal a efetiva proteção a um bem jurídico, cuja defesa seja fundamental para o desenvolvimento humano.

Partindo do método proposto por Hassemer e Muñoz Conde para a efetiva análise do fenômeno jurídico-penal, o presente trabalho busca analisar, através dos aspectos materiais e processuais, a possibilidade da legitimação extraordinária pela ação penal (privada) subsidiária nos crimes contra a natureza, bem como a sua operacionalidade sistêmica no ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, por sua inegável correlação teórica, inicialmente, se analisa a relação entre o indivíduo e o Estado através do controle social e a sua influência na eleição dos bens a serem tutelados pelo Direito penal. Sob esse enfoque, se apresenta a evolução histórica da teoria do bem jurídico; as correntes de pensamentos que nortearam a missão do Direito penal para a proteção de bens jurídicos individuais e os fatores sociais que impuseram o avanço da tutela penal a proteção dos bens jurídicos supraindividuais, que culminou na divisão conceitual entre o que se convencionou chamar de Direito penal “clássico” e Direito penal “moderno”. Tal abordagem se justifica na necessidade de se saber se a teoria do bem jurídico, após a expansão do Direito penal para a proteção de bens jurídicos difusos, ainda serve como referencial prático no âmbito processual.

Em seguida, com o intuito de delimitar o objeto de estudo do presente trabalho, a pesquisa busca demonstrar a receptividade do meio ambiente como bem merecedor de tutela jurídica, analisando o caminho percorrido na formação do bem jurídico ambiental no ordenamento jurídico brasileiro, a sua dignidade penal imposta expressamente pelo texto constitucional, que exige a sua alocação entre os bens jurídico-penal; e a sistemática dada aos crimes contra a natureza pela Lei nº 9.605/98 (Capítulo V, seções I, II e III). Esta análise é fundamental para o método proposto para o estudo do controle social, pois evidencia a inserção do bem jurídico ambiental na norma penal, e informa as possíveis consequências (sanções) decorrentes do seu descumprimento, sendo certo que ambos se referem, diretamente, ao exercício

da ação penal, posto que não só estabelece a natureza da ação penal e, por conseguinte, sua titularidade, como também orienta qual o procedimento adequado para a averiguação da lesividade ao bem jurídico protegido pela norma.

Posteriormente, vencida a análise do acolhimento da proteção penal dos bens jurídicos supraindividuais pelo ordenamento jurídico, que no presente trabalho se restringe ao estudo do meio ambiente natural, bem como a sua inserção no sistema jurídico pela norma penal e a escolha das suas consequências previamente estabelecidas em lei, pretende-se, após um breve histórico sobre o direito de ação e do acesso à justiça pela legitimidade extraordinária, demonstrar que a ação penal privada subsidiária é uma garantia constitucional pouco utilizada e, até mesmo, pouco estudada, em razão da ausência do sentimento de pertença do instituto, tanto por parte da sociedade quanto por parte do legislador, o qual não fomenta a sua viabilidade sistêmica e nem apresenta mecanismos que favoreçam o manejo do instituto.

Ao final, com base nas inovações trazidas ao ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil), em especial no tocante à definição da legitimidade extraordinária, pretende-se tentar identificar os possíveis legitimados extraordinários para a propositura da ação penal (privada) subsidiária nos crimes ambientais, enfrentando a questão se esta se dá de forma individual ou coletiva; para, em seguida, propor, através das peculiaridades de cada procedimento, a sua operacionalidade sistêmica no ordenamento jurídico-penal brasileiro.

Em linhas gerais, todo entendimento erigido no presente trabalho segue uma metodologia bem específica, adequada aos problemas apresentados a partir das hipóteses levantadas. Desta feita, *a priori*, esta pesquisa se propõe qualitativa, já que de alguma forma tenta descrever e compreender a complexidade do problema proposto, compreendendo e classificando os processos dinâmicos experimentados em sociedade, estabelecendo uma possível relação entre essa realidade factual e o objeto de estudo, em análise não numérica. Ademais, como é natural em toda pesquisa científica, foi feita uma vasta revisão da literatura (bibliográfica e documental)

que permeia o tema, sendo este o procedimento de coleta de dados proposto por este trabalho.

Quanto ao objeto de estudo, esta pesquisa se propôs descritiva e exploratória, vez que foram levantados e estudados dados teóricos e jurisprudenciais aptos a corroborar suas hipóteses; por fim, todas as conclusões apresentadas seguem um raciocínio dedutivo, edificadas a partir das premissas apresentadas na sequência dos capítulos.

2. O DIREITO PENAL E A MISSÃO DE PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS ATRAVÉS DO CONTROLE SOCIAL

2.1 AS BASES POLÍTICO-FILOSÓFICAS DO ESTADO NA ESTRUTURAÇÃO DO CONTROLE SOCIAL PENAL

Antes de qualquer empreendimento sobre as questões processuais acerca da legitimidade extraordinária para a propositura da ação penal (privada) subsidiária¹ nos crimes ambientais, mais especificamente aqueles contra a natureza, cabe delinear os contornos de como se estrutura o controle social penal através do Estado, pois acredita-se que a compreensão das bases político-filosóficas que norteiam a relação humana é imprescindível para se verificar a posição do Direito na sociedade e sua inafastável comunicação com a ordem social através dos tempos.

Embora o Direito penal e o Direito processual penal sejam ramos autônomos do saber jurídico, a instrumentalidade do processo penal passa impreterivelmente pela clareza da “missão” a que se propõem os fundamentos², a estrutura e a política adotada pelo Direito penal, por isso, concorda-se com o pensamento de Francisco Muñoz Conde (2005, p. 12), que, na esteira da doutrina de Winfried Hassemer, catequiza que os aspectos

¹ Em razão da inadequação terminológica da “ação penal privada subsidiária”, por tratar-se, em sua essência, de uma ação penal eminentemente pública, neste trabalho, ao nos referirmos a essa espécie de ação penal, a classificação “privada” estará entre parênteses, pois, reputamos que o termo mais adequado para definir o referido instituto seria: “ação penal subsidiária”. Nesse mesmo sentido é a correção proposta pelo Poder Legislativo através do Projeto de Lei nº 8045/2010, também conhecido como “Novo Código de Processo Penal”, onde em seu Capítulo III, ao tratar da Ação Penal, dispõe em seu art. 46: “Se o Ministério Público não intentar a ação penal no prazo previsto em lei, poderá a vítima, ou no caso de sua menoridade civil ou incapacidade, o seu representante legal, no prazo de 06 (seis) meses, contado da data que se esgotar o prazo do órgão ministerial, ingressar com a ação penal subsidiária” (BRASIL, 2014).

² O termo “missão”, aqui empregado, corresponde à definição dada por Hassemer e Muñoz Conde (2008, p. 100), pela qual “missão” e “função” do Direito Penal são conceitos que não se confundem, já que, por “função”, na linguagem sociológica, se entende como “a soma das consequências objetivas de uma coisa”, ou seja, o que se produz objetivamente, quer queria, quer não. Enquanto que o que se entende por “missão”, seria “as consequências desejadas e buscadas pelo sistema penal”. A referida distinção científica é fundamental para a construção do presente trabalho, já que nem sempre as funções desempenhadas pelo Direito penal correspondem com a missão que lhe é atribuída, que seriam necessariamente as consequências desejadas e buscadas pelo sistema penal. Nesse mesmo sentido é a correta doutrina de Paulo César Busato: “pode-se dizer que as funções do Direito penal são as consequências inevitavelmente produzidas pela aplicação do Sistema, enquanto que as missões do Direito penal são aqueles efeitos que ele se propõe em princípio, a produzir” (BUSATO, 2013, p. 31). Também adepto dessa distinção, Luiz Flavio Gomes, em sua tese de doutoramento, ressalta a importância de que: “Com o intuito de se descobrir qual seria a missão (ou missões) do Direito penal, conviria sublinhar, em primeiro lugar, tudo que não faz parte (ou não deveria fazer) das suas finalidades” (GOMES, 2002, p.45-46).

materiais e processuais devem ser considerados em conjunto para uma análise correta do “fenômeno jurídico-penal”.

Neste primeiro capítulo, de forma introdutória e não pormenorizada³, tenta-se apresentar os fundamentos jusfilosóficos que permeiam a construção do Estado⁴ e suas bases estruturantes no controle social penal através da ordem jurídica, com o intuito de aclarar as missões do Direito penal, mais especificamente aquela referente à proteção de bens jurídicos, para, assim, melhor compreender o objeto a ser tutelado, com suas devidas particularidades, na esfera processual.

Historicamente, desde que o homem e sua relação com o meio passaram a ser objeto de reflexão, já se reconhecia a necessidade humana de conviver em sociedade. É certamente através da clássica concepção aristotélica de que “o homem é um animal político” (ARISTOTÉLES, 2002, p. 14), que o convívio social passa a ser tido como uma característica da condição humana, pois, embora o homem nasça biologicamente pronto e formado com tudo que precisa para sua existência, este somente se constitui humano nas relações desenvolvidas em sociedade⁵.

O pensamento aristotélico sobre a sociabilidade humana avançou sobre a história⁶. Em seu tempo, a proposta de Aristóteles é a de que o homem somente se torna humano a partir da sua interação com o Estado (*pólis*), onde passa a distinguir o bem e o mal na busca da sua felicidade. Contudo,

³ Esclarecer as missões do Direito penal, dentre elas a de proteção de bens jurídicos, é fundamental para entender a intrínseca relação comunicativa entre o indivíduo e o Estado através da ação penal, porém, para evitar que o estudo se perca no emaranhado de contribuições teóricas sobre o Direito penal, não iremos nos dedicar profundamente no estudo pormenorizado da dogmática penal, dedicando este espaço ao tema da vinculação da norma penal a Teoria do bem jurídico, sem descuidar das contribuições críticas oriundas dos estudos da Criminologia e da Política criminal.

⁴ Conforme leciona Fausi Hassan Choukr, na esteira da lição de Pirangelo Schiera, é certo que: “Estado não é um conceito universal, mas serve apenas para indicar e descrever uma forma de ordenamento político surgida na Europa a partir do século XIII até os fins do século XVIII ou XIX, na base de pressupostos e motivos específicos da história europeia, e que após esse período se estendeu – libertando-se, de certa maneira, das suas condições originais e concretas de nascimento – a todo mundo civilizado” (CHOUKR, 1999, p. 311). Contudo, também será apresentada neste capítulo a perspectiva aristotélica sobre a necessidade humana de convivência social, em razão da sua inegável influência, direta ou indireta, na construção do pensamento político ocidental.

⁵ O filósofo de Estagira, ao construir o conceito do animal político (*zôon politikón*) diferencia-o dos demais animais, igualmente sociáveis, pela capacidade da sociabilidade humana ser construída pela palavra e pelo pensamento, uma vez que, por ser um animal racional (*zôon logikón*), consegue “entender o que é útil ou prejudicial, e, conseqüentemente, o que é justo e o injusto” (ARISTOTÉLES, 2002, p. 14).

⁶ Ainda na antiga Roma, é possível se verificar a influência da concepção social de Aristóteles através dos ensinamentos de Cícero, ao propagar que: “a primeira causa da agregação de uns homens a outros é menos a sua debilidade do que um certo instinto de sociabilidade em todos inato”, por isso “a espécie humana não nasceu para o isolamento e para a vida errante, mas com uma disposição que, mesmo na abundância de todos os bens, a leva à procurar o apoio comum” (DALLARI, 1973, p. 8).

conforme assevera Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2003, p. 179), na concepção aristotélica o Estado é considerado “um ente moral, menos do que jurídico, cujo fim é prover uma vida feliz para o homem”, daí a conclusão de que o “bem” é inerente à própria essência humana, constituindo-se tanto a origem como o fim do Estado⁷.

Hassemer (1999, p. 3) classifica a tradição aristotélica como um “direito natural cosmológico”, fundado na dedução do “dever” a partir do “ser”, que pode ser definido como um “monismo metódico”, já que a ordem do “dever humano” derivava diretamente da natureza.

Por sua vez, a teologia de Tomás de Aquino, fortemente influenciada pelo pensamento político aristotélico, adaptou a racionalidade aristotélica à concepção religiosa predominante em sua época⁸ e reforçou a distinção entre sociedade política e religiosa, traduzindo o conceito de “animal político” para *animal politicum et societ*⁹.

Aquino, partindo das mesmas bases do monismo metódico empregado na obra de Aristóteles, constrói o que Hassemer denomina de “direito natural de origem divina”, pois com o fortalecimento do Cristianismo e a inserção da Igreja no poder político, firma-se a ideia de que o destino do Direito esta

⁷ Norberto Bobbio (2000, p. 222-223) afirma que os gregos conheciam apenas a distinção entre a esfera social (a política), onde se encontra a “vida ativa” que se desenvolve em sociedade; e a esfera individual (a ética), que pertencia a “vida contemplativa”, que diz respeito ao indivíduo isolado. Desse modo, diferencia-se o que Aristóteles chamava de sociedade “perfeita”, que seria a *pólis*, da sociedade “política propriamente dita”, que seriam as associações, ou as sociedades dentro da sociedade.

⁸ Sobre a racionalidade aristotélica no pensamento tomista, explica José Reinaldo Lopes que: “Quanto à racionalização, nela se insere com clareza uma idéia de ser humano que Tomás vai recriar tanto de pressupostos filosóficos trazidos de Aristóteles, quanto da tradição cristã. Da filosofia aristotélica, Tomás traz a confiança na razão, na razoabilidade, um certo otimismo; traz também uma certa concepção de mundo que afinal afirma a compreensibilidade e inteligibilidade do real, tanto da natureza quanto do homem e da história. Da tradição cristã traz, no entanto, a idéia de pecado e de queda. A natureza humana tem um ideal e uma potência para o bem, mas o pecado a torna suscetível de fazer o mal (LOPES, 2009, p. 125).

⁹ Bobbio esclarece que a distinção grega entre sociedade política e individual, com o decorrer do tempo, é rompido pelo caráter universal empregado pelo cristianismo: “O pensamento antigo tem diante de si uma única sociedade ‘perfeita’ (o adjetivo é do próprio Aristóteles), a *polís*, ou a sociedade política propriamente dita, que abraça em seu seio as sociedades menores e não tem nenhuma outra sociedade além de si: a república universal dos estóicos, à qual pertencem os sábios, é um ideal de vida, não uma instituição, e, aliás independente de qualquer instituição, e nisso consiste a sua universalidade. Somente com o surgimento do cristianismo, religião tendencialmente universal, e com a institucionalização da sociedade religiosa que o difunde, as *societates perfectae* tornam-se duas, a Igreja e o Estado. Dessa diferenciação nasce o problema da distinção entre ambas, da delimitação dos seus respectivos poderes, o poder espiritual e o poder temporal: um problema ao qual a doutrina política pós-clássica se dedica incessantemente em busca de uma solução. O poder político precisa continuamente enfrentar um poder distinto que, além do mais, afirma desde o início a própria supremacia dos poderes terrenos [*potestá terrene*], através do princípio ‘*imperator intra ecclesium, non supra ecclesium*’ – (o imperador está dentro da Igreja, não acima da Igreja)” (BOBBIO, 2000, p. 223).

“indisolublemente unido al destino de una divindade imanente; de un ser, por tanto, que no solo era la fuente incuestionable de puro deber, sino también la que revelaba este deber a las pernonas” (HASSEMER, 1999, p. 3).

Para Hassemer, a superação do direito natural clássico (cosmológico e divino) se deu com o surgimento da Teoria Crítica do Conhecimento que, como fruto da filosofia idealista alemã, tinha Emanuel Kant como principal expoente. Desse modo, embora a filosofia e a teologia do século XVIII aceitassem, de uma forma ou de outra, a ideia de Deus, já estava claro que este Deus não era diretamente o legislador da ordem humana que estabelecia os deveres dos indivíduos em sociedade. Sendo assim, passou-se a aceitar que a ordenação dos deveres era um produto da “razão humana”, *“colocando por primera vez en la historia al hombre, como ser responsable y autónomo, en nel centro de la antropologia filosófica”* (HASSEMER, 1999, p. 3).

Com efeito, ao separar o “ser” e o “dever-ser”¹⁰, a filosofia idealista alemã rompe com a perspectiva aristotélica e inaugura-se o que Hassemer (1999, p. 3) denomina de “dualismo metódico”, que, juntamente com o reconhecimento da “razão humana” na ordenação dos deveres, formam as bases de outra classe de direito natural, conhecida como “direito natural racionalista”.

Através do dualismo metódico, a concepção aristotélico-tomista de que o homem é, por natureza, “bom”, bem como a ideia de que a finalidade da existência humana (e, por consequência, do Estado) é sempre fazer o bem para a comunidade, é contraposta através da concepção kantiana de que: “Não é possível pensar nada no mundo, e em geral também nada fora dele, que possa ser considerado como bom sem restrição, a não ser somente uma boa vontade” (BOBBIO, 2000, p. 86-87)¹¹.

¹⁰ Em sua obra “Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant”, Norberto Bobbio apresenta de forma clara e didática toda a complexidade do pensamento kantiano, sendo oportuno a sua explicação sobre a diferenciação kantiana entre moralidade e legalidade: “No âmbito da conduta humana regulada pelas morais, que Kant chama de leis da natureza, em contraposição às leis da necessidade, que regulam os fenômenos do universo natural, o primeiro e mais grave problema a ser enfrentado é o da distinção entre duas formas diversas de legislação e de ações: quer dizer, a distinção entre legislação moral propriamente dita e legislação jurídica. Trata-se do clássico problema da distinção entre moral e direito, que é considerado como problema preliminar de qualquer filosofia do direito” (BOBBIO, 2000, p. 86).

¹¹ Bobbio explica que a expressão “boa vontade” empregada por Kant seria aquela vontade que não está determinada por nenhum interesse, mas somente pelo respeito ao dever. Essa ação, por uma distinção meramente formal, era chamada de “ação moral” (devo porque devo). Apresentada como primeiro critério da filosofia kantiana, Bobbio (2000, p. 89) explica que: “De fato, a distinção não diz respeito ao

Muito embora o reconhecimento da “razão humana” como ordenador dos deveres tenha sido fundamental para o desenvolvimento da filosofia e para toda a discussão sobre a legitimidade do poder no século XIX, vale ressaltar que a sua utilização desmedida serviu como justificação de diversos ordenamentos jurídicos, por vezes completamente distintos, sendo tal “razão”, portanto, alvo de severas e oportunas críticas¹².

A resposta adequada à crítica do conhecimento se deu através da filosofia política iluminista e suas numerosas teorias sobre o contrato social, uma vez que foi por meio das bases filosóficas do Iluminismo que a visão do papel do legislador se modificou consideravelmente, o qual deixa de ser um simples intérprete do Direito (cosmológico ou divino) e se converte em seu legítimo criador.

Para a racionalidade iluminista, o legislador não podia legitimar suas prescrições por sua correspondência com um direito inquestionavelmente justo de caráter suprapositivo, mas sim pelo dever de demonstrar a justiça das suas escolhas por seu próprio conteúdo.

Com o Iluminismo e as teorias do contrato social instituiu-se que a legitimidade do poder estatal deriva das pessoas que estão submetidas à relação social, transformando-se, assim, o “estado de natureza” em “estado jurídico”, onde o cidadão adulto (capaz de conhecimento) renuncia a uma parte

conteúdo das ações, mas somente à forma ou à maneira de obrigar-se. É muito mais fácil pensar num dever que seja comum tanto à moral quanto ao direito. O que faz da ação conforme a esse dever sucessivamente uma ação moral ou jurídica é a diferente motivação da ação: a mesma ação é moral se foi cumprida unicamente por respeito ao dever, é meramente legal se foi cumprida por inclinação ou por cálculo. O fato de manter as promessas é um dever; mas eu cumpro uma ação moral se mantenho a promessa não sendo determinado por outro impulso a não ser o dever (devo porque devo); cumpro uma ação meramente jurídica ou legal se mantenho a promessa porque disso vou receber alguma vantagem. O que diferencia os dois casos, e justifica a distinção, não é a lei (em ambos os casos a lei prescreve manter as promessas), mas a maneira pela qual estou conforme à lei, no primeiro caso por respeito à lei, no segundo caso por interesse”.

¹² Winfried Hassemer, em sua obra *Persona, mundo y responsabilidad*, registra que o êxito da “razão humana” como resposta ao direito natural clássico se deu muito mais pela sua “vagueza” do que pela sua viabilidade jurídico-filosófica, e conclui: “La “razón humana” es más un topos argumentativo que una fuente del derecho. Como bien demuestra la propia historia y la moderna etnología, la razón humana ha dado lugar a muy diversos ordenamientos jurídicos no siempre coincidentes e incluso contradictorios en el tempo y en el espacio. Esta forma de entendimiento del derecho natural quizás pudo satisfacer la necesidad que en aquella época había de encontrar un criterio material para determinar el derecho justo, pero era totalmente insuficiente desde el punto de vista de las exigencias metodológicas que se derivaban de las críticas de la razón pura y la razón práctica” (HASSEMER, 1999, p. 4).

da sua liberdade natural para poder conviver em liberdade com outros cidadãos que, igualmente, renunciaram a uma parcela de suas liberdades¹³.

Dessa maneira, compreender os fundamentos da filosofia política Iluminista é compreender toda racionalidade que circunda e norteia o controle social penal no Estado de Direito. É evidente, porém, que, com o decorrer dos tempos, várias influências se somaram aos ideais Iluministas no controle social, entretanto, é inegável que, até hoje, o sistema jurídico penal, em especial o brasileiro, se funda através dos princípios forjados sobre esta “herança do Iluminismo”¹⁴.

As bases filosóficas para a construção do “Estado Moderno”¹⁵, iniciam-se com a superação da ideia do Estado como um “ente moral” oriundo da bondade humana.

Tomas Hobbes, motivado por um período turbulento de lutas internas que vivia a Inglaterra, afirmava que a salvação do Estado somente seria possível por um poder que fosse capaz de dominar, com autoridade, todas as lutas e paixões individuais¹⁶. Desse modo, os homens que viviam, até então, no “estado de natureza”, necessitavam firmar um contrato, no qual todos os pactuantes abdicariam as vontades particulares (liberdade) em nome de um

¹³ Sobre a relação entre o cidadão e o Estado pelo contrato social, Hassemer (1999, p. 4-5) afirma que: “*En un plano horizontal el contrato social significa, por tanto, el acuerdo – imaginario – de los ciudadanos en un orden jurídico vinculante para todos. En el plano vertical el contrato social tiene que ser garantizado institucionalmente. Esta garantía se produce instituyendo contractualmente una autoridad superior a la que le corresponde vigilar que las cláusulas contractuales se cumplan realmente*”.

¹⁴ O termo “herança do iluminismo” é empregado por Hassemer, para quem: “Desde os tempos da Filosofia política do Iluminismo, temos experimentado retrocessos no Direito penal do estado de Direito e em suas teorias em tempos ruins. Também pudemos perceber que os princípios ideais do Direito penal do estado de Direito só se concretizam aproximativamente, mesmo em tempos bons, e sua observância corre perigo permanente. Mas, em todos esses tempos, ainda não conseguimos encontrar uma justificação para o Direito penal capaz de substituir a que nos é fornecida pela Filosofia iluminista. Sobre essa filosofia se fundam os princípios do Direito penal do estado de Direito até hoje. Em nossa cultura jurídica, não existe qualquer alternativa filosófica para legitimar o Direito penal” (HASSEMER, 2008, p. 37).

¹⁵ Vários são os pensadores que contribuíram para a fundação do que se convencionou chamar de Estado Moderno, entretanto, por se tratar de um paradigma consolidada, neste trabalho iremos apresentar, sem pretensão de esgotamento do tema, apenas as bases filosóficas presentes no pensamento contratualista de Hobbes, Locke, e Rousseau, por serem os pilares da racionalidade tida como a legitimadora da relação entre o Estado e o cidadão, e, conseqüentemente, do controle social.

¹⁶ A questão da ausência da bondade humana no pensamento de Hobbes é muito bem retratada na lição de Giorgio Del Vecchio: “o homem não é sociável por natureza: *homo ad societatem non natura, sed disciplina aptus factus est* (= o ‘o homem não é feito para a sociedade pela natureza, mas pela disciplina’); homem é naturalmente egoísta, busca apenas o seu bem, é insensível ao bem dos outros, considera-se governado somente por sua natureza, vive como se devesse reconhecer inevitável uma guerra permanente entre todo indivíduo e os seus semelhantes, razão pela qual cada um procura levar vantagem com prejuízo dos outros (*homo homini lúpus* = ‘o homem é um lobo para o homem’)” (DEL VECCHIO, 2006, p. 75).

Soberano (Estado), culminando, assim, com a criação do “Estado Civil”, onde seria assegurada a verdadeira liberdade¹⁷.

A esse “Estado salvador”, detentor de poder ilimitado, caberia ao Soberano governar utilizando-se de todos os artifícios necessários para manter a paz¹⁸, competindo-lhe, inclusive, a produção normativa e sua aplicação¹⁹. Sobre essa perspectiva, o Estado deixa de ser um “ente moral” e se torna uma “criação artificial”, funcionando como uma “máquina onipotente”, que detém poder ilimitado sobre os indivíduos, não sendo legítimo nenhum cidadão alegar direito contra ele.

Segundo Del Vecchio (2006, p. 85), embora seja reconhecida a importância do pensamento de Hobbes na construção do Estado Moderno, foram as críticas feitas aos seus argumentos pelo contratualismo de John Locke e, posteriormente, por Rousseau, que melhor definiu a relação entre a liberdade individual e o Estado.

Em seu “Segundo Tratado do Governo Civil”, John Locke tem como válida a concepção do estado de natureza e a necessidade de um pacto social entre os cidadãos, mas tal necessidade não se dá para fundamentar o

¹⁷ Tomas Hobbes, em sua obra *Leviatã*, vaticina que: “A única forma de constituir um poder comum, capaz de defender a comunidade das invasões dos estrangeiros e das injúrias dos próprios comuneiros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que mediante seu próprio trabalho e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda a força e poder a um homem, ou uma assembléia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade. Isso equivale a dizer: designar um homem ou uma assembléia de homens como representantes deles próprios, considerando-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquele que os representa praticar ou vier a realizar, em tudo o que disser respeito à paz e segurança comuns. Todos devem submeter suas vontades à vontade do representante e suas decisões à sua decisão. Isso é mais que consentimento ou concórdia, pois resume-se numa verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens, de modo que é como se cada homem disse que a cada homem: “Cedo e transmito me direito de governar a mim mesmo a este homem, ou a esta assembléia de homens, com a condição de que transfiras a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações”. Feito isso, à multidão assim unida numa só pessoa se chama Estado, em latim *civitas*” (HOBBS, 2001, p. 130-131).

¹⁸ Hobbes sustenta que sem a instituição do governo, haveria uma “guerra de todos contra todos” (*bellum omnium contra omnes*), vez que, no estado de natureza, o direito é individual e ilimitado, o que caracterizaria um “direito de todos contra todos” (*jus omnium in omnia*). Sendo assim, defende que é conveniente que todo homem saia desse estado de natureza, e, para tanto, é preciso “um contrato, que tenha por conteúdo a renúncia de todos àquela liberdade sem freios própria do estado de natureza”, por isso todo homem deve despojar-se de seu direito originário de liberdade e “deferir-lo a um soberano, que imponha as leis e defina o justo e o injusto, o lícito e o ilícito”. (DEL VECCCHIO, 2006, p. 77).

¹⁹ A função do Soberano é evidenciada nesta passagem do *Leviatã*: “cabe ao poder soberano a autoridade judicial. Quer dizer, o direito de ouvir e julgar todas as controvérsias relacionadas às leis, tanto civis quanto naturais, ou referentes aos fatos” (HOBBS, 2001, p. 137). Sobre a utilização da Lei como instrumento do poder soberano no Estado hobbesiano, é oportuna a lógica empregada por Chevalier (1991, p. 71): “porque só a lei obriga, e ele faz e desfaz a lei”.

Absolutismo do príncipe, como queria Hobbes, servindo, na verdade, para demonstrar os limites do poder soberano²⁰, pelo que propõe a criação de um “governo limitado”, que “seja o remédio para os inconvenientes do estado de natureza” (LOCKE, 2004, p. 28), como por exemplo, os ataques aos direitos naturais. Para tanto, estabelece que “a primeira providência positiva e fundamental é estabelecer o poder legislativo” (LOCKE, 2004, p. 98), o qual ficará incumbido do dever de criar a lei fundamental da comunidade, que irá reger, além dos cidadãos, o próprio poder legislativo, pois sua finalidade precípua será a preservação da sociedade²¹.

A partir de então, a obediência dos súditos esta vinculada à observância do contrato social pelos governantes, já que o contrato “está seguro no conceito de reciprocidade ou bilateralidade da obrigação política” (DEL VECCCHIO, 2006, p. 87). Por essa perspectiva, a subordinação do cidadão ao poder público não é incondicionada, por estar atrelada ao cumprimento das exigências fundamentais que motivou todo indivíduo a adentrar no regime de convivência política, sendo a garantia das liberdades a sua exigência principal.

Notadamente, tendo-se a vontade popular como soberana, a legitimidade²² do governo passa a ser medida pelo consenso entre os

²⁰ Locke parte da ideia de que o homem é naturalmente sociável, pois não existe estado de natureza sem sociedade, sendo assim, no estado de natureza o homem já possui certos direitos, como liberdade, trabalho e principalmente propriedade, o que falta é a autoridade (Estado) que possa garanti-los, organizando-os politicamente, por isso, os indivíduos devem renunciar, por meio de um “contrato”, a uma parte dos seus direitos naturais e consentir em certas limitações, sendo que se o Estado abusar da confiança do povo ou violar o contrato, o povo poderá retomar a sua soberania originária, já que o Estado não é uma negação, mas sim uma reafirmação da liberdade natural (DEL VECCCHIO, 2006, p. 86/87).

²¹ O poder legislativo é considerado por Locke um poder supremo, sagrado e intocável, que deve ser exercido, por um só, ou por um grupo, o qual determinará as leis da sociedade. Contudo, esse poder soberano não pode ser visto como arbitrário ou absolutista, pois, por representar a comunidade, suas decisões são o reflexo da vontade da coletividade, conforme se verifica nessa passagem de sua obra: “Embora o poder legislativo possa estar nas mãos de um ou mais de um, quer se reúna permanentemente ou a intervalos, e ser o poder supremo em qualquer comunidade, todavia não pode, nem poderia ser, completamente arbitrário sobre a vida e a fortuna das pessoas. Este é simplesmente o poder do conjunto de todos os membros da sociedade, confiado à pessoa ou grupo de pessoas como legislador, e não poderá ser maior do que tais pessoas tinham no estado de natureza, antes de se constituírem em sociedade e o outorgarem a comunidade [...]” (LOCKE, 2004, p. 99). Cabe frisar ainda, que Locke também previu outros dois poderes (o Executivo e o Federativo), os quais apesar de distintos eram exercidos pela mesma pessoa, sendo um o peso de igualdade da balança do outro. O poder executivo era responsável pela execução da lei civil, e o federativo detinha o “poder de guerra e de paz, de fazer ou desfazer ligas e alianças, e todas as transações com as pessoas e comunidades estranhas à sociedade [...]” (LOCKE, 2004, p. 107).

²² Segundo Antônio Carlos Diniz (2006, p. 42), a etimologia da palavra legitimidade “deriva do latim *legitimus* (*de Lex*), significando o que é estabelecido por lei, o que é conforme a lei”. Entretanto, se ater ao conceito etimológico é, até certo ponto, negar a polissemia da palavra legitimidade, pois o caráter de

cidadãos. Dessa maneira, o Estado deixa de ser uma mera expressão de poder e deve, por sua natureza, estar voltado para a garantia dos direitos individuais.

Contudo, é através do Contrato Social de Jean-Jacques Rousseau que a ideia de reciprocidade das obrigações políticas firma-se perenemente. Inspirado pelas teorias de Locke²³, Rousseau afirma que o Estado é formado pela união das vontades de todos, que, somadas, formam a “vontade geral”, que, por sua vez, seria representada pela lei²⁴.

O contrato social, portanto, serviria como a forma ideal de garantia da liberdade e da igualdade²⁵ dos indivíduos (felicidade primitiva), uma vez que a inserção de cada pessoa em um corpo político não destruiria a liberdade de cada um.

Por isso, o conteúdo do contrato deve ser determinado *a priori*, sendo imprescindível “encontrar uma forma de associação, que defenda e proteja de toda força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual cada um, unindo-se a todos, obedeça, assim, a si mesmo, e permaneça livre daí por

legalidade da legitimidade exprime apenas uma das suas conotações. Sendo assim, acreditamos que quando se fala em legitimidade numa perspectiva política, quer-se externar o sentimento de justificação ou fundamento de uma ação realizada por alguém, sendo, por essa razão, o substrato de validade de uma ação (comissiva ou omissiva) realizada por uma instituição ou por uma pessoa. Nesse sentido é a lição do Prof. João Maurício Adeodato: “A noção de legitimidade do poder, como traço comum entre os diversos enfoques dados pelo pensamento e pela prática políticos de nossa civilização, parece sempre consistir numa tentativa para justificar determinado tipo de ação política, isto é, estabelecer uma ponte entre as expectativas do destinatário e determinada orientação na condução comunidade: já que aqueles que exercem efetivamente esse poder de condução formam uma minoria em relação aos que obedecem, é preciso que estes sejam convencidos de que não há necessidade de uma constante aplicação de força para manter a convivência, em que pesem desigualdades na divisão do bojo social e na participação política” (ADEODATO, 1989, p. 1).

²³ O filósofo de Genebra, ao analisar a origem da civilização, afirma que esta é um desvio, uma corrupção do estado de natureza, por ter sido imposta por homens mais fortes aos outros, por isso asseverou em seu “Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens”, que: “Aquele que por primeiro fechou um campo e disse: ‘este é meu’ foi o primeiro ator da infelicidade humana” (DEL VECCCHIO, 2006, p. 104). Por isso, reconhece, de maneira prática, que após o estado de civilização seria impossível um retorno ao estado de natureza, “da mesma forma que não é dado a um velho retornar à juventude”, por isso conclui que a sociedade política deve ser aceita como um “fato irrevogável”. Para Del Vecchio (2006, p. 105), a filosofia de Rousseau tenta buscar um equilíbrio entre estes dois estados, com o intuito de poder resgatar o que constituía a “felicidade primitiva” (natural), que em sua concepção seriam a liberdade e a igualdade (DEL VECCCHIO, 2006, p. 105).

²⁴ Sobre a vontade geral e sua manifestação através da lei, assim se manifestou Rousseau em sua obra: “[...] quando todo o povo estatui sobre todo o povo, só a si mesmo considerada; e se forma então uma relação, é do objeto inteiro sob um ponto de vista ao objeto inteiro, sob outro ponto de vista, sem nenhuma divisão do todo. Então, a matéria sobre a qual estatuímos passa a ser geral, como a verdade que a estatui. A esse ato é que eu chamo uma lei” (ROUSSEAU, 2003, p. 48).

²⁵ Para Rousseau, a liberdade e a igualdade eram os objetivos principais da existência do contrato social. “Se se procura saber em que consiste precisamente o maior dos bens, que deve ser o objetivo de todo sistema de legislação, achar-se-á que se reduz a estes dois objetos principais: liberdade e igualdade. A liberdade, porque toda independência particular é outra tanta força subtraída ao corpo do Estado; a igualdade, porque a liberdade subsistir sem ela” (ROUSSEAU, 2003, p. 60).

diante”, pois o direito de liberdade e igualdade constitui o ponto de partida e a base da construção política de Rousseau (DEL VECCHIO, 2006, p. 105-107).

Sendo assim, o contrato social é em sua essência um “postulado da razão, uma verdade não histórica, mas normativa e reguladora”, onde o Estado somente existe para garanti-los, já que, só assim, ele será um verdadeiro Estado natural e legítimo²⁶.

A concepção da lei como “vontade geral” e não como um comando arbitrário (pois nenhum comando será legítimo se não se fundar sobre a lei), traz consigo o princípio inalienável, imprescritível e indivisível da soberania popular, sendo sobre este valor, e pelos ideais de uma sociedade livre e igualitária, que se fundou o programa da Revolução Francesa²⁷.

É com a superação do direito natural e, conseqüentemente, da ideia de Estado como um ente moral (visão aristotélica) ou como instrumento de interpretação e aplicação da vontade divina (visão tomista), que se reconhece a relevância do Estado como uma “criação artificial”, cujo objetivo primordialmente é regular a ordem social. Tal finalidade não se dá por ser o homem autodestrutivo (visão hobbesiana), mas por estar o Estado legitimado a organizar politicamente uma pequena parcela das liberdades individuais (visão lockesiana), que lhe foi conferida através de um contrato social condicionante e orientado pela vontade geral do povo (visão rosseniana), o qual vincula a sua existência fática a promoção e garantia de dois princípios fundamentais: a liberdade e a igualdade no convívio social (ideais iluministas).

²⁶ Com isso percebe-se que o Estado não tem sua origem no contrato social, mas dele deve se supor originado, para que a liberdade e a igualdade sejam nele reconhecidos. Dessa forma, o contrato social não pode ser visto como um fato, mas sim como um “resultado necessário de termos dados objetivamente e fixados pela natureza das coisas”, devendo funcionar do seguinte modo: “é necessário que os indivíduos, em determinado momento, confirmem os seus direitos ao Estado, o qual, depois, os retorna a todos, mudado o nome (não serão mais direitos naturais, mas direitos civis)” (DEL VECCHIO, 2006, p. 106-107).

²⁷ Segundo Rousseau (2003, p. 51), apesar de a lei ser fruto da vontade humana de todo o povo (vontade geral) não caberia ao povo editar suas leis, sendo necessária a eleição de um “homem extraordinário”, o qual deveria conhecer as paixões e a natureza humana em seu íntimo, mas que com elas não tivesse relação, para exercer a função de legislador, pois “contraria a ordem natural, o grande número governar, e ser o pequeno governado” (ROUSSEAU, 2003, p. 73). Entretanto, Rousseau é enfático ao afirmar que a democracia representativa não deve se fundar na vontade individual do legislador, sob pena de rompimento do pacto fundamental do contrato social, uma vez que: “Quem redige as leis não tem, portanto, ou não deve ter nenhum direito legislativo, e o próprio povo não pode, mesmo se o quisesse, despojar-se desse incomunicável direito, porque, de acordo com o pacto fundamental, a vontade geral é a única que obriga os particulares, e nunca se pode afirmar que uma vontade particular está conforme a vontade geral, senão depois de havê-la submetido aos livres sufrágios do povo” (ROUSSEAU, 2003, p. 51-52).

É sobre esse “postulado da razão” contratualista que se firma a necessidade do **controle social estatal** das expectativas comportamentais, e, dentre elas, aquelas com consequências penais, que serão tuteladas pelo Direito penal e instrumentalizadas pelo Direito processual penal.

Segundo Hassemer (1999, p. 5-8), para que o controle social estatal pudesse (e possa), cumprir sua tarefa de asseguramento das liberdades renunciadas pelo contrato social, foi (e permanece sendo), necessário o respeito a quatro fatores estruturantes: I - A adoção do princípio da legalidade, que, atrelado à ideia da codificação, constitui o elemento básico de uma filosofia do direito penal influenciada pelos ideais da Ilustração, já que os limites das liberdades dos cidadãos, bem como do poder coercitivo estatal, devem ser definidos legalmente de forma escrita (*lex scripta*), clara (*lex certa*) e prévia (*lex praevia*)²⁸; II - A orientação pelas consequências, já que a imposição da sanção deve cumprir a finalidade específica de desencorajar o infrator a cometer novos delitos²⁹, tendo a adoção desta “teoria da coação

²⁸ O princípio da legalidade encontra-se enraizado no controle social penal através do princípio do *nullum crimen, nulla poena sine lege* (não há crime e nem pena sem lei anterior que o defina), o qual garante que os limites das liberdades dos cidadãos, assegurados através da generalidade da lei, sejam os mesmos e apliquem-se a todos sem exceção, constituindo-se em um dos símbolos mais característicos do Estado de Direito, pois nele se concentram as esperanças de que tanto o sistema como a administração da justiça penal sejam transparentes, controláveis e sinceros (HASSEMER, 1999, p. 5). Luiz Flávio Gomes assevera que, hoje, o princípio da legalidade em sua expressão e extensão constitucional mais elevada, comporta oito dimensões de garantia: (a) *lex scripta* (não há crime sem lei); (b) *lex populi* (somente o Parlamento pode legislar matéria penal e processual penal); (c) *lex certa* (o tipo penal deve definir com precisão o âmbito do ilícito); (d) *lex clara* (a letra da lei deve ser compreensível e inteligível ao povo), (e) *lex stricta* (a lei não admite analogia contra o réu); (f) *lex praevia* (a lei penal é anterior ao fato e irretroativa, salvo quando beneficiar o réu); (g) *lex determinata* (a lei penal deve contemplar fatos que possam ser comprovados em juízo); (h) *lex proportionalis* (a lei esta vinculada a exigências de proporcionalidade) (GOMES, 1999, p. 221); mas, ao relacionar o princípio da legalidade com o que ele denominou “princípio da ofensividade”, ele identifica mais uma dimensão de garantia: (i) *nulla lex sine iniuria* (a lei penal deve, com clareza, tanto quanto possível, permitir a definição das normas penais e do bem jurídico, assim como contemplar o tipo penal em termos de uma ofensa intolerável a esse bem jurídico), identificando essa dimensão como “um axioma que complementa a natureza garantista do princípio da legalidade”, por acreditar que, por força de todas as exigências constitucionais e político criminais, “não há dúvidas de que o *nullum crimen, sine lege* não se esgota na simples descrição de uma conduta ‘materialmente neutra’ diante do bem jurídico protegido. Um autêntico e garantista tipo penal deve contemplar expressamente a modalidade da ofensa para que dessa constatação possa ser melhor delineado o bem jurídico” (GOMES, 2002, p. 37).

²⁹ Hassemer (1999, p. 6) identifica a origem da reestruturação do Direito penal na filosofia iluminista de Paul Johann Anselm Feuerbach, que, especificamente no que diz respeito à orientação pelas consequências do controle social penal, considerava que a missão da pena não consistia em alcançar a justiça, mas sim alcançar um fim empírico bastante específico: impedir que os possíveis delinquentes cometessem crimes no futuro. Segundo Hassemer, Feuerbach defendia que: “*al individuo inclinado al mal debería atársele a una cadena para que no pudiera llevar a cabo sus perversas inclinaciones; pero como esto, decía, es imposible, habrá que buscar una especie de cadena psicológica que determinara que el individuo que racionalmente calcula las ventajas e inconvenientes de su hecho se abstuviera de cometer delitos. Ello se conseguiría haciendo que la gravedad de la pena que pudiera imponerse fuera más determinante que el posible provecho que pudiera obtenerse con la comisión del delito*” (HASSEMER, 1999, p. 6).

psicológica” pela filosofia jurídico-penal do iluminismo, representado o abandono do conceitualismo orientado pelo *input* (próprio da filosofia idealista), para a vinculação de um Direito penal com orientação pelo *output*³⁰. Com isso, a estruturação preventiva do Direito penal, juntamente com as teorias ressocializadoras, modifica substancialmente o problema da legitimação do poder punitivo estatal, já que passam a considerar que a pena, tanto no momento da cominação legal quanto no da imposição, cumprem um interesse social. III - O princípio da proteção de bens jurídicos, o qual assegura que somente os interesses humanos (Feuerbach), ou seja, os bens jurídicos (Birnbaum e Von Litz)³¹, podem ser objeto de proteção pelo Direito penal, sendo imprestável e ilegítimo o uso da tutela penal para proteger a moral, a ética, a religião ou a obediência divina (ideologias sociais), pois a proteção do bem jurídico (seja ele individual ou supraindividual) funciona, também, como uma crítica empírica do Direito penal, já que permite visualizar se o direito esta efetivamente protegendo o que se propõe proteger. IV - A formalização do

³⁰ Nesse ponto, Hassemer emprega os termos *input* e *output* como referência a orientação da pena no Direito penal, que deixa de referir apenas ao indivíduo que comete o delito e passa a ser adotado critérios de relevância social. Sobre a origem das terminologias *input/output*, basicamente suas raízes repousam na Sociologia, mais especificamente na estruturação da Teoria dos Sistemas, tendo como paradigma as concepções do biólogo austríaco Karl Ludwig von Bertalanffy, que, em resposta a perspectiva aristotélica, elaborou um conceito de sistema que pretendia ser aplicável a todo campo de investigação científica, afirmando que o sistema continua sendo mais do que a mera soma das partes, mas a perspectiva da relação parte/todo é substituída pela perspectiva da diferença entre sistema/entorno. Tal concepção constituiu uma verdadeira mudança de paradigma no seio da teoria dos sistemas, pois, agregou-se ao paradigma tradicional aristotélico (diferenciação sistêmica “para o interior”) a distinção entre sistema e ambiente (diferenciação sistêmica “para o exterior”). Diante desse contexto, a teoria geral dos sistemas recebeu as contribuições oferecidas pelo desenvolvimento da cibernética, que tem todo sistema (seja uma máquina, seja um ser vivo) como capaz de auto-regulação, de modo que sua estabilidade e orientação dependem de mecanismos internos de controle. É através da “primeira cibernética”, que se firma a ideia conceitual de um sistema aberto, que trabalha unicamente com o modelo de relação input/output (entrada ou imissões/saída ou emissões) entre sistema e entorno. Com o surgimento da “segunda cibernética”, inclui-se nessa relação entre sistema e entorno a “seletividade”, onde é o próprio sistema que decide processar ou não a informação externa, através de estruturas especializadas. A distinção entre sistema e entorno; bem como a diferença entre complexidades e a ideia de seletividade, fornecem a Niklas Luhmann o ponto de partida fundamental da sua construção metodológica denominada: “uma teoria geral dos sistemas de segunda geração: *Second Order Cybernetics*, ou Teoria dos sistemas que Observam (*Observing Systems*)”. Trata-se da teoria dos sistemas autorreferentes e autopoieticos (MACHADO; MOURA; CAETANO, 2009).

³¹ A ideia de bem jurídico tem sua origem na metade do século XIX e foi criada sobre a influência do contrato social, de que com ele surge um direito a ser respeitado e um dever de respeitar, pelo que o delito seria uma lesão a esse direito. Partindo desses pressupostos, Feuerbach sustentou que o Direito penal protege “direitos subjetivos” dos particulares. Por sua vez Birnbaum rechaçou essa tese, pois o Direito não pode ser diminuído nem subtraído, isso pode suceder somente com o que é objeto de um direito, isto é, “um bem que juridicamente nos pertence” e que nasce da própria natureza ou pelo resultado do desenvolvimento social. A partir daí, passou-se a compreender que se a pretensão é considerar o delito uma lesão, este não deve estar referido a direitos, mas sim a bens que pertencem aos cidadãos e que o Estado é chamado a proteger. Diante disso, segundo Busato: “com essa posição Birnbaum situa os bens jurídicos para além do Direito e do Estado. O Estado não os pode criar e somente os pode garantir a todos por igual” (BUSATO, 2013, p. 45-46).

controle social jurídico-penal, que, através das considerações sociológicas, passa a se reconhecer que todas as sociedades se caracterizam pelo fenômeno do “controle social”, o qual não só estabiliza a ordem social, como também legitima o Direito penal, pois fornece, concomitantemente, a possibilidade de controle (assegurado pela a transparência e a clareza dos instrumentos jurídico-penais disponibilizados) e a obediência a determinados princípios valorativos (que conduzem e orientam os seus procedimentos).

Na vida cotidiana, o controle social se dá espontaneamente em todas as suas esferas, seja na família, no trabalho, na escola ou na igreja, constituindo-se em um fator imprescindível para os processos de socialização e enculturação dos indivíduos, bem como para a autodefinição do grupo³².

Por ter o homem uma natureza gregária, onde sua sobrevivência está situada no marco social, esse convívio grupal gera necessariamente regras de convivência que configuram a “ordem social”, que é promovida por instituições sociais, fora do Direito e também fora do Estado, capazes de sancionar, a seu modo, um comportamento que não corresponda às expectativas daquele determinado meio social³³.

Vários sistemas contribuem para a efetivação desse controle social, tais como a família, a escola, as associações religiosas, o trabalho, dentre outros, funcionam como “agentes de controle social informal”, conforme acertada lição de Antonio García-Pablos de Molina (BUSATO, 2013, p. 66). Entretanto, esse controle social espontâneo e informal não basta para a manutenção da ordem social, razão pela qual se faz necessário uma “ordem jurídica”, devidamente “formalizada”, que se impunha de forma mais intensa perante os conflitos sociais, sendo que, dentro dessa ordem jurídica, incumbe ao Direito penal e, conjuntamente, ao Direito processual penal, a tarefa de se ocupar dos “desvios de conduta” mais graves.

³² Para Busato (2013, p. 64): “Dentro do conceito de controle social estão compreendidos todos os recursos de que uma sociedade determinada dispõe para conseguir a submissão de determinados comportamentos de seus membros a um conjunto de regras e princípios reconhecidos e estabelecer suas respostas em caso de transgressão a essas regras e princípios”.

³³ Segundo García-Pablos de Molina: “os agentes de controle social informal tratam de condicionar o membro do grupo, de adaptar-lhe às normas sociais, de disciplinar-lhe através de um largo e sutil processo que começa em seus núcleos primários (família), passa pela escola, a profissão e a instância laboral e culmina com a obtenção de sua atitude conformista, interiorizando no indivíduo as pautas de modelos de conduta transmitidos e aprendidos” (BUSATO, 2013, p. 66).

É na formalização do controle social que se evidencia o papel do Estado como regulador incumbido de organizar politicamente a parcela das liberdades cedidas no contrato social, o qual deve funcionar como um “agente de controle formal”, uma que vez que fara uso do sistema jurídico, e suas divisões (direito civil, administrativo, trabalhista, tributário e, como *ultima ratio*, o penal), dentro de uma escala de gravidade.

Preferencialmente, a orientação dos comportamentos no convívio social deve ser exercida pelos “agentes de controle social informal” e, só depois, pelo sistema jurídico estatal (agente de controle formal).

Percebe-se, assim, que a diferença entre os agentes de controle informais (família, escola, etc.) e os agentes de controle formal (Direito penal e processual penal) não está em seus objetivos, já que ambos destinam-se à proteção da ordem social³⁴. A diferença se evidencia no grau de danosidade social da conduta e no nível de formalização a que se submete o controle, pois, em um Estado Democrático de Direito fundado sobre ideais Iluministas, a intervenção penal só é admitida de forma subsidiária (princípio da intervenção mínima), apenas quando o conflito não possa ser resolvido por outras formas de controles, jurídicas ou não, e somente nos casos emergências e de alta danosidade social (princípio da lesividade), que são aqueles “identificados como os ataques mais graves aos bens jurídicos mais importantes para o desenvolvimento do indivíduo em sociedade” (BUSATO, 2013, p. 67).

Hassemer e Muñoz Conde (2008, p. 165) ressaltam que a criminalidade é inevitável³⁵ e, até certo ponto, pode ser considerada normal em

³⁴ Considerando que o Direito penal não apenas combate como também cria a criminalidade, já que o crime somente se constitui crime quando passa a ser previsto em lei, muitas são as críticas ao “controle social penal” como uma forma de manutenção da ideologia dominante. Nestes termos é o posicionamento de Nilo Batista (2011, p. 21) ao afirmar, na esteira das lições de Lola Aniyar de Castro, que o controle social “não passa da predisposição de táticas, estratégias e forças para construção da hegemonia, ou seja, a busca da legitimação ou para assegurar o consenso; em sua falta, para a submissão forçada daqueles que não se integram à ideologia dominante”. O controle social informal exercido pela escola também é criticado por Juarez Cirino dos Santos e Alessandro Baratta, os quais identificam que a primeira instância da aparelhagem de seleção, discriminação e marginalização é o sistema escolar, sendo um reflexo da estrutura vertical da sociedade que contribui para a sua conservação (MADEIRA DA COSTA, 2005, p.24). Yasmim Madeira da Costa (2005, p. 24), ao analisar a ideologia do sistema punitivo brasileiro, discorre que: “Punições e recompensas dentro do sistema escolar têm representação significativa na ordem institucional. As recompensas revalidam os comportamentos desejados pelas classes dominantes, enquanto as punições ‘transfeririam culpas para minorias estigmatizadas, reprimindo o medo do insucesso e de redução de status”.

³⁵ Para Hassemer e Muñoz Conde (2008, p. 7-9), o papel da Criminologia na reação social do delito é fundamental, mormente com relação à sua função crítica perante um Direito penal orientado pelas consequências, por isso esclarecem que é preferível, nessa perspectiva, a utilização do termo

uma sociedade, por mais civilizada e evoluída que esta seja. Por isso é inviável que a reação social busque sua total eliminação, pois a história já demonstrou ser essa tarefa impossível, devendo seus esforços, portanto, objetivar a sua redução para limites suportáveis pela convivência.

Diante disso, pode-se afirmar que assim como a liberdade é um elemento essencial para o desenvolvimento dos indivíduos em sociedade, a segurança de que estes mesmos indivíduos não serão expostos a perigos e ataques provenientes de outros indivíduos, é tão quão importante³⁶. Portanto, o estudo da “conduta desviada”³⁷ e das suas formas de controles sociais é fundamental para que e possa separar quais as condutas que devem ser objeto da tutela do sistema jurídico penal³⁸.

Por tudo que se expõe, no que tange a relação entre o Direito penal e o controle social, reputa-se correta a conclusão de Muñoz Conde (2005, p. 11) de que: “a ordem jurídica e o Estado não são, por conseguinte, mais que um

“criminalidade” (caráter social) em vez de “delito” (caráter individual), já que o objeto da Criminologia, como ciência de caráter social, é o estudo empírico da criminalidade, que conceituam como sendo o “conjunto de todas as ações e omissões puníveis dentro de um determinado âmbito temporal e espacial”.

³⁶ Valioso é o alerta feito por Hassemer e Muñoz Conde (2008, p.165) que: “do mesmo modo que não há uma liberdade absoluta, tampouco se pode pretender uma segurança absoluta e a qualquer preço que, apesar de certamente acabar com a criminalidade, converteria a paz social na paz dos cemitérios e terminaria por eliminar todo o vestígio de liberdade do ser humano”.

³⁷ Por “conduta desviada” compreende-se um conceito mais amplo do que aquele empregado a “criminalidade”, já que naquele estão inseridos todo tipo de comportamento contrário à ordem social, ainda que não sejam legalmente declarados como criminais. Daí a importância do estudo dessas condutas e, conseqüentemente, das formas de seu controle social (formal e informal) pela Criminologia, como forma de contribuir para a adequação do Direito penal a realidade que o circunda. Ressalvadas a importância da função crítica e contributiva da Criminologia, Hassemer e Muñoz Conde sustentam que está “não pode substituir o Direito penal e ignorar determinados procedimentos que em um Estado de Direito são vinculantes no momento de determinar legislativamente quais fatos devem ser elevados à categoria de delito e, juridicamente, a forma e o modo em que essa regulamentação legal deve aplicar-se ao caso concreto” (HASSEMER; MUÑOZ CONDE, 2008, p. 9).

³⁸ Sobre o controle social jurídico-penal, Winfried Hassemer e Francisco Muñoz Conde, afirmam que este estabelece: “publicamente e por escrito, com toda a precisão possível e antes de que se tenha cometido a infração concreta, a qual é a conduta que qualifica de desviada, qual é a pena com que sancionará a referida conduta, qual é a forma que será imposta, que autoridade será competente para impô-la e as garantias ou, em seu caso, os recursos que se concedem. O processo através do qual se impõe a sanção é público, mas também protegido das pressões que nele possa exercer a opinião pública. O controle social jurídico-penal restabelece a ordem jurídica perturbada, indeniza as vítimas, ainda que não definitivamente o autor do delito do grupo social, impõe uma pena que, ao mesmo tempo que é um castigo, expressa uma desaprovação do fato que tenha realizado. Também estabelece um cenário no qual o acusado tem a oportunidade de se defender e intervir, de participar do discurso institucional e controlar se são respeitadas as normas estabelecidas para ele. Neutraliza, ao mesmo tempo, a reação da vítima e de seus familiares. Constrói muros de contenção aos seus próprios fins políticos e aceita o risco de que estes fins não sejam alcançados quando se suponha um sacrifício excessivo de direitos que se consideram fundamentais” (HASSEMER; MUÑOZ CONDE, 2008, p. 305).

reflexo ou superestrutura de uma determinada ordem social incapaz, por si mesma, de regular a convivência de um modo organizado”³⁹.

Desse modo, entre vantagens e desvantagens inerentes a toda proposta de modelo político de controle social, um sistema penal formalizado garante, dentre outras coisas, um controle social com relação à criminalidade; a publicidade dos atos da administração pública (princípio da publicidade); a descrição do comportamento considerado ilícito de forma escrita, clara e anterior ao fato (princípio da reserva legal); os critérios da consequência jurídica do comportamento (princípio da culpabilidade); o tempo e o lugar onde será cumprida a referida consequência (princípio da individualização da pena); a autoridade competente para julgar o conflito social, previamente estabelecida em lei (princípio da inafastabilidade da jurisdição e do juiz natural); que decidirá somente quando for provocado (princípio da iniciativa das partes); mediante um processo público (princípio da institucionalização do conflito) e que garanta as mesmas oportunidades para as partes (princípio do contraditório e da ampla defesa); bem como o direito de pedir a revisão desta decisão a órgãos superiores (princípio do duplo grau de jurisdição); servindo assim não só como mecanismo de restabelecimento das expectativas na ordem social, como também como limitador do *jus puniendi* estatal, evitando, por conseguinte, a espontaneidade e a surpresa das reações sociais.

É baseado nessa perspectiva garantista⁴⁰ do sistema jurídico-penal, que Hassemer e Muñoz Conde (2008, p. 303) identificam o que eles

³⁹ Correta e oportuna, também, é a conclusão do referido autor em suas “doze teses criminológicas básicas: “[...] A criminalidade e a conduta desviada são manifestações do comportamento humano que somente podem ser entendidas, valoradas e explicadas com relação a um determinado sistema social de convivência. Não há um conceito de criminalidade ou de conduta desviada “a-histórico”, ontológico ou natural. Cada sistema social determina sua própria criminalidade e a conduta desviada. Não há, tampouco, um conceito social único de criminalidade e de conduta desviada. Somente as transformações do sistema social produzem transformações na criminalidade e na conduta desviada. Não é possível imaginar um sistema social sem conduta desviada e, portanto, sem criminalidade. Tampouco é possível imaginar um sistema social sem controle social. Nenhuma sociedade renuncia ao controle social da conduta desviada e da criminalidade [...]” (HASSEMER; MUÑOZ CONDE, 2008, p. 307-308)

⁴⁰ O “garantismo penal” é um parâmetro de racionalidade, de justiça e de legitimidade da intervenção punitiva, identificado por Luigi Ferrajoli em três significados: Como um modelo normativo de direito, regido pela estrita legalidade própria de um Estado de Direito, que: “no plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos”. Como uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si mas, também, pela “existência” ou vigor das “normas”; “nesse sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o “ser e o “dever-ser” no direito; e, aliás, põe

denominam de: “estrutura básica das instâncias de controle”, pois todo controle social se assenta no trinômio fundamental: “**Norma, Sanção e Processo**”.

Essa estruturação não é uma exclusividade do sistema penal, mas sim de toda instância de controle social, já que em toda forma de controle (família, escola, trabalho, religião, associações, etc.) existe uma regra (norma social) que, quando é violada, implica uma consequência (sanção), cuja aplicação sempre se estabelecerá mediante um **processo** (social ou jurídico).

Com efeito, a norma jurídica é o gênero do qual decorre a norma penal, sendo os textos legislativos um dos veículos das normas. Gomes (2002, p. 15) identifica duas categorias de normas penais: as normas de conduta (também chamadas normas primárias ou de valoração), que definem ou delimitam o âmbito do proibido, dirigindo-se a todas as pessoas indiscriminadamente e são responsáveis pela demarcação das liberdades cedidas no contrato social; e as normas de sanção (ou normas secundárias), que delimitam o âmbito do punível e têm como destinatário o juiz⁴¹.

Dentro de uma perspectiva penal, toda norma deve conter um conteúdo descritivo e uma consequência jurídica, sendo as normas penais, portanto, valorativas (porque sua existência esta condicionada a tutela de algum bem ou interesse consubstanciados em relações sociais valoradas positivamente pelo legislador) e imperativas (porque impõe coativamente uma pauta de condutas a todos)⁴².

como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendentemente antiguarantistas), interpretando-a com a antinomia – dentro de certos limites fisiológicos e fora destes patológicas – que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas”. Por fim, Como uma filosofia política, que “requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o ‘ser’ e o ‘dever-ser’ do direito. E equivale à assunção, para fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista externo” (FERRAJOLI, 2010, p. 785-788).

⁴¹ Luiz Flávio Gomes destaca que é “fundamental perceber que o legislador, quando elabora as normas de conduta (normas proibitivas ou fundamentais), enfoca a realidade numa perspectiva ex ante (antes do conhecimento de qualquer infração); quando elabora as normas de sanção (punitivas), enfoca a mesma realidade desde uma perspectiva ex post (o raciocínio é o seguinte: se descumprida a norma primária, qual será a consequência jurídica para o infrator?). Tudo isso significa que o legislador, para levar adiante o processo de criminalização, está compelido a tomar duas decisões político-criminais importantíssimas: a primeira diz respeito ao âmbito do proibido (o que deve ser proibido); a segunda concerne ao âmbito do castigo (da sanção)” (GOMES, 2002, p. 16).

⁴² Para Gomes (2002, p. 17), “A construção de um Direito penal regido pelo paradigma da ofensividade, de cunho constitucional, material e garantista, de qualquer modo, parte da premissa básica de que norma penal (primária) possui caráter (acentuada e prioritariamente) valorativo”; e completa seu

Por outro lado, não é admissível que dentro de um Estado Democrático de Direito o objeto da proteção penal seja, *per si*, a “norma penal” (enquanto imperativo de dever). Por isso correto é o entendimento de Luiz Flávio Gomes (2002, p. 23), para quem a norma penal é tão-somente o “meio” ou “instrumento” de salvaguardar bens jurídicos fundamentais para o desenvolvimento do homem em sociedade, e, por isso, deve-se sempre verificar (através do processo penal) se a norma efetivamente esta protegendo um bem jurídico legítimo.

Sendo assim, a norma penal surge dentro da estrutura do controle social, como um “juízo acerca da realidade”, que reflete: “setores da realidade que adquirem relevância para vida social, sejam condutas humanas ou simplesmente acontecimentos naturais” (GOMES, 2002, p. 22); sendo que tal juízo, na ordem penal, deve conduzir-se pela concepção do injusto “como lesão objetiva das normas de valoração, como lesão ou perigo para os interesses qualificados pela referida norma de bens jurídicos”⁴³.

Com isso, partindo do trinômio fundamental de toda instância de controle social proposto por Hassemer e Muñoz Conde, resta claro que a tarefa de perceber o conteúdo valorativo da **norma penal** e a importância da lesividade da conduta externada contra o bem jurídico protegido pelo texto legal, traz consigo não só reflexos no âmbito da política-criminal (ao vincular o legislador a criminalizar apenas condutas ofensivas a bens jurídicos), mas também, e principalmente, no âmbito processual, por ser através do **processo**, como estrutura básica do controle social, que se instrumentaliza os comandos normativos, o que vincula não só o legislador (que estará obrigado a descrever

raciocínio afirmando que “admitir, entretanto, desde logo, o caráter preponderantemente valorativo da norma penal, não significa concluir (peremptoriamente) que dela tenha de ser excluída a característica de imperatividade (a norma penal, portanto, dúvida nenhuma pode existir, é uma norma de valoração, bem como norma de determinação, de imposição de condutas)” (GOMES, 2002, p. 18).

⁴³ Gomes (2002, p. 24-25), parte da doutrina de que a intervenção penal somente encontra sua justificação quando a conduta externa praticada pelo agente, não só concretiza a descrição legal (típica), mas também que ofenda concretamente (lesão ou perigo) o bem jurídico protegido (princípio da ofensividade), consubstanciado numa relação social, por isso, sustenta que para não correremos o risco de que o Direito penal do bem jurídico seja liberal em suas formulações e arbitrário em seu conteúdo, tem-se que partir do reconhecimento de que o delito (injusto penal) não se esgota na violação do aspecto imperativo da norma (antinormatividade), senão na “infração do Direito”, que seria a antijuridicidade em sentido material, ou seja, na afetação inarredável do bem jurídico. Entende-se, assim, o injusto penal não só como infração “formal” da norma (pura violação do aspecto imperativo), mas sim como conduta “materialmente ofensiva” a um bem jurídico (violação primordial do aspecto valorativo da norma), pelo que, considera inútil a distinção entre antijuridicidade “formal” (contradição do fato com a norma imperativa da conduta) e “material” (contradição com os bens ou interesses sociais protegidos).

com clareza e precisão o bem jurídico a ser tutelado), mas também o intérprete (Ministério Público, vítima, sociedade, juiz, etc.) na verificação/comprovação da afetação concreta do bem jurídico pela prática do delito, o que contribui para o exercício da ponderação, em detrimento da mera subsunção, no tocante a análise da necessidade ou não do controle social mediante a **sanção**⁴⁴.

Desse modo, se a premissa fundamental, dentro de uma perspectiva garantista e liberal é a de que o sistema penal exerce o controle social para organizar politicamente as liberdades cedidas no contrato social através da proteção de bens jurídicos fundamentais para o desenvolvimento do homem e do seu convívio em sociedade faz-se necessária a compreensão do que efetivamente se entende por “bem jurídico” penalmente tutelável, bem como da sua importante função dentro do sistema, sendo que tal debate nos remete, inafastavelmente, para o embate teórico entre o que se convencionou chamar de “Direito penal clássico” e de “Direito penal moderno”.

2.2 O DIREITO PENAL “CLÁSSICO” E A CONCEPÇÃO INDIVIDUALISTA DO BEM JURÍDICO-PENAL

Entende-se por Direito penal clássico, o conjunto de idéias limitadoras do exercício do poder punitivo estatal, surgidas entre a segunda metade do século XVIII e a primeira metade do século XIX, que, inspiradas pela filosofia Iluminista e fundadas na ideia do contrato social, construiu um direito penal voltado para a tutela dos direitos fundamentais da pessoa contra as

⁴⁴ A obrigatoria demonstração da ofensividade da conduta favorece e fortifica o Direito penal, não apenas em sua missão de proteger os bens jurídicos fundamentais para o desenvolvimento social da humanidade, mas também sua estruturação formal de controle social, permitindo uma maior participação dos sujeitos processuais na verificação ou não da ocorrência do delito. Para isso, Gomes (2002, p. 14), defende que é necessário “uma radical mudança de método e de paradigma no Direito penal. O provecto método formalista e meramente subsuntivo deve ceder lugar ao método da ponderação, do exame do caso concreto, com a preocupação de que prevaleça (sempre e em cada caso) o valor justiça. Do método ontológico caminha-se para o deontológico, que parte da ideia de que o delito é essencialmente um fenômeno valorativo. Do paradigma subjetivo-formal-*ex ante*, passa-se ao objetivo-material-*ex post*. Da antijuridicidade formal (que concebe o delito como infração de um dever – *Pflichtverletzung* –) se avança para a antijuridicidade material (ou melhor, antijuridicidade teleológica), que fundamenta a concepção do delito como ofensa concreta a um bem jurídico (*Rechtsgutsbeeinträchtigung*) e ocupa o centro nuclear do injusto penal”.

intervenções punitivas do Estado, com o intuito de reduzir a violência, o despotismo e a arbitrariedade que caracterizavam o *Ancien Règime*⁴⁵.

Com efeito, o pensamento político Iluminista influenciou diretamente a forma como se via o direito de punir do Estado, não apenas com relação à legitimidade do poder estatal derivada do pacto social, mas, sobretudo sobre a proporcionalidade das sanções, já que até a obra “Dos delitos e das penas” de Cesare Beccaria⁴⁶ era corriqueiro o uso da pena de morte como forma de controle social das expectativas.

Em seu tempo, Beccaria (2005, p. 43) afirmava que nenhum homem entregou gratuitamente parte da sua liberdade visando o bem comum, pois, se fosse possível, “cada um de nós desejaria que os pactos que vinculam os outros não no vinculassem”, sendo o contrato social, portanto, uma necessidade do ser humano para viver em sociedade, pois cada indivíduo apenas quer colocar o mínimo possível das suas liberdades no “depósito público” (Estado), ou seja, colocaria apenas a liberdade que bastasse para induzir os outros a defendê-la⁴⁷.

Sob a influência das tradições liberais e de várias escolas penais, o Direito penal clássico foi construído sobre bases dialéticas que visava cumprir

⁴⁵ Segundo Gomes e Yacobucci (2005, p. 19-20), o Direito penal construído por pensadores do movimento filosófico humanista do Iluminismo, tais como Beccaria, Bentham, Carrara, Feuerbach, Montesquieu, Condorcet, Pufendorf, Thomasius, Lardizál, etc., é denominado pela doutrina como clássico, tradicional ou liberal, por retratar um período histórico em que se concebia o homem como sujeito de direitos naturais (vida, patrimônio, liberdade) e o Estado como guardião desses direitos, mas, que se desconfiava tanto do poder punitivo estatal quanto do próprio Direito penal, pois se este “por um lado é um instrumento de proteção de bens jurídicos, de outro não deixa de ser uma forma (civilizada ou incivilizada) de violência”. A terminologia “Direito penal clássico”, adotada neste trabalho, repousa nas concepções da Escola Clássica assim como a chamada Escola “social” (ou sociológica-naturalista) do Direito penal, que, segundo Alessandro Baratta, são “*el origen de una conexión funcional entre la concepción del derecho como garantía del delincuente y del ciudadano que todavía no ha delinquido*” (GOMES; YACOBUCCI, 2005, p. 17).

⁴⁶ Para Beccaria (2005, p. 39-42), até o Iluminismo, as leis não passavam de “instrumentos das paixões de uns poucos”, ou eram oriundas das necessidades “fortuita e passageira”, que jamais foram elaboradas por um “frio examinador da natureza humana, capaz de aglomerar as ações de muitos homens num só ponto e de considerá-las de um único ponto de vista: a máxima felicidade compartilhada pela maioria”. Por isso, o povo deve ser grato aos filósofos que tiveram “a coragem de lançar à multidão as primeiras sementes por longo tempo infrutíferas das verdades inúteis”, revelando as “verdadeiras relações entre súditos e soberanos”, mas, ressalta o filósofo que poucos examinaram e combateram as crueldades das penas (pena de morte) e as irregularidades dos procedimentos (tortura), referindo-se a ao trabalho de Montesquieu, que discorreu sucintamente sobre esta matéria ao afirmar: “toda pena que não derive da necessidade absoluta é tirânica”.

⁴⁷ Para o filósofo, é exatamente a agregação dessas “mínimas porções” de liberdades que forma o direito de punir estatal, sendo certo que “tudo o mais é abuso e não justiça, é fato, mas não é direito”. Com essa concepção de que o Estado, por ser o detentor do direito de punir, somente estaria legitimado a controlar penalmente o mínimo das liberdades cedidas no contrato social, é que Beccaria afirma: “por justiça eu não entendo mais que o vínculo necessário para manter unidos os interesses particulares, que, do contrário, se dissolveriam no antigo estado de insociabilidade” (BECCARIA, 2005, p. 43).

duas finalidades: 1) servir de instrumento para a proteção de direitos subjetivos, que posteriormente viriam a ser chamados de bens jurídicos; e 2) servir de garantia para a liberdade dos cidadãos através da intervenção estatal.

Sem pretensão de esgotamento do tema, por fugir ao objeto desse trabalho, destacam-se algumas características estruturais do Direito penal clássico, não só por sua importância histórica na formação de toda a ciência penal, mas, sobretudo, por ser a base fundamental do Direito penal brasileiro.

Primeiramente pode-se afirmar, dentro de certa abstração, que o Direito penal “clássico” tem seu núcleo axiológico em um modelo publicista, onde a ordem estatal era constituída de relações de subordinações exigidas pelo respeito a uma autoridade política legitimada pela legalidade ou racionalidade do Estado Moderno. Por consequência disto, o Direito penal aparece substancialmente formalizado, sendo a jurisdicionalidade um produto do respeito a processos impessoais na tomada de decisões, que gozavam de total validade e legitimidade pelo apego às formas legalizadas pela distribuição do poder estatal⁴⁸.

Passa-se, então, a entender que o poder punitivo estatal está diretamente vinculado à formalidade das leis e à tutela de bens jurídicos, sendo sobre este valor jurídico-social que se originou o princípio da legalidade, constituído pela legitimação da autoridade estatal sancionadora, pois toda validade penal repousava, como ainda repousa, na fórmula de Feuerbach: “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” (não há crime nem pena sem lei anterior que o defina). A partir daí, o sistema penal passa a atuar, em um primeiro momento, por uma expectativa de prevenção geral negativa⁴⁹, onde a ameaça da pena contramotivaria determinados comportamentos, e, em um segundo momento, quando da execução da pena imposta pela jurisdição, passava-se a uma prevenção especial, caracterizada pela tarefa de ressocialização do indivíduo.

⁴⁸ Como bem assevera Gomes e Yacobucci (2005, p. 33), é por essa garantia da “jurisdicionalidade das formas” e não do conteúdo da norma que “o direito penal da modernidade exprime características básicas da sua natureza pública, isto é, o formalismo – legalidade – e a tutela de bens jurídicos”.

⁴⁹ “Diz-se negativa porque sua força (a força da ameaça da pena) intenta contramotivar o impulso individual para o delito. Fala-se nesse caso de uma prevenção geral em sentido negativo. A esta deve somar-se outra finalidade, de ordem preventiva especial, sobretudo na etapa de aplicação concreta das consequências penais” (GOMES; YACOBUCCI, 2005, p. 34).

Desse modo, a inserção axiológica de que finalidade da pena esta na perseguição desta “prevenção” aos ataques às liberdades (bens jurídicos) dos cidadãos integrantes do pacto social, nada mais é do que uma decorrência direta desse modelo de Direito penal público, formalizado e valorado pelo princípio da legalidade.

Nesse contexto, a pena não se destinava a reparação dos danos sofridos pela vítima, pois estava voltada para a recomposição da afetação da ordem normativa ou a pacificação da sociedade, uma vez que “o indivíduo estava vinculado socialmente por laços contratuais de ordem política que o obriga a respeitar a lei como requisito básico de sua própria tranquilidade” (GOMES; YACOBUCCI, 2005, p. 35). Vigorava, portanto, a concepção de que o delinquente é alguém que rompe com suas obrigações sociais livremente assumidas no contrato social e, por isso, deve sofrer as consequências.

A codificação das normas em um único sistema jurídico surgiu como a melhor maneira para que o Direito penal clássico e os fins da pena conseguissem cumprir suas promessas de prevenção e paz social. Por isso, as normas codificadas deveriam ser compreensíveis a todos para servir de contramotivação dos comportamentos indesejados⁵⁰.

Na perspectiva do Direito penal clássico o injusto penal basicamente era uma conduta voluntária externa, que lesionava um objeto protegido sob a noção de bem jurídico. A teoria do delito firmou os seus conceitos fundamentais nesta noção/modelo de injusto penal⁵¹.

⁵⁰ Lúcio Grassi de Gouveia (2000, p. 27/30), ao analisar a função interpretativa do julgador, destaca que foi com Revolução Francesa e sua proposta política de assegurar os direitos individuais e subjetivos dos homens contra o despotismo dos reis, que se procurou, através do Direito, construir um sistema normativo garantidor das liberdades, partindo-se de “normas derivadas racionalmente de princípios eternos da natureza”, surgindo assim a Escola da Exegese, onde juristas ultralegalistas como Laurent, Bugnet e Mourlon, defendiam o fetichismo da lei e o culto ao Código, ao ponto que Bugnet, em uma de suas cátedras na Universidade de Paris chegou a afirmar: “*Je ne connais pas le Droit Civil. Je n’enseigne que le Code Napoléon*” (Eu não conheço o Direito Civil. Eu só ensino o Código Napelônico). Por sua vez, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior, ao estudar sobre a influência da Revolução Francesa na formação do *civil law*, leciona que a codificação seria a estratégia política ideal para anular o Poder Judiciário, já que o mesmo não apoiou a revolução. Portanto, “a supremacia do parlamento, na França, foi vista como sujeição do juiz à lei e ao legislativo, vez que a magistratura, por não merecer confiança dos setores a partir de então dominantes, foi proibida de interpretar as leis” (ATAÍDE JÚNIOR, 2012, p. 24/25).

⁵¹ Segundo Gomes e Yacobucci (2005, p. 36), o paradigma da ilicitude se forma, originalmente, sobre a ideia de que o delito era uma conduta dolosa comissiva que produzia uma lesão ao bem jurídico, e paulatinamente, foi integrando, não sem certas dificuldades teóricas, a omissão e a culpa como uma forma especial de ação. Pela dificuldade de se verificar, por critérios empíricos, a existência de uma omissão, o autor considera a inclusão da omissão na teoria do delito como “uma primeira concessão à

Inicialmente, o injusto penal partia de uma concepção naturalística ou empírica, acreditava-se que todos os conceitos da teoria do delito poderiam ser verificados por parâmetros das ciências naturais. O Causalismo de Von Liszt e Beling, como primeira corrente teórica do delito, partia da noção de que ação era tudo que se relacionava a produção de resultados e se fundava em processos causais (causa e efeito), e não propriamente em critérios de imputação (objetiva e subjetiva)⁵².

Posteriormente, em oposição ao Causalismo e ao Neokantismo, surge o Finalismo de Welzel, que, partindo de pressupostos ontológicos ou reais, e baseando-se em uma visão aristotélica da realidade, passa a defender que a realidade possui um sentido próprio (*telos*), existindo uma ordem que independe do sujeito que conhece ou observa a natureza. Por essa ótica, a realidade tem um sentido independente da ação da pessoa humana, e, por isso, o homem, pelo seu livre-arbítrio, é capaz de dirigir ou ordenar os processos causais para determinados fins, através do exercício da sua “vontade final”.

Gomes e Yacobucci (2005, p. 38) destacam que o homem pode dirigir e mudar os cursos causais, pois se antecipa intelectualmente às suas consequências. Desse modo, enquanto para o Causalismo a realidade é um *factum* sem nenhum valor incorporado, já que a ideia de natureza tem sentido empirista; para o Finalismo a realidade é um valor independente, que é juridicamente reconhecido pela norma.

Como derivação natural do princípio da legalidade, surge a culpabilidade, a qual tenta assegurar a relação pessoal entre o sujeito e o fato como condição para a aplicação da pena. Com o princípio da culpabilidade, abandona-se a mera responsabilidade objetiva (mera subsunção do fato a norma) e passa-se a adotar a responsabilidade subjetiva (o evento danoso deve ser uma expressão pessoal do sujeito que se manifesta pelo dolo ou pela culpa).

normativização da teoria penal”, pois o sujeito, nesse caso, responde pelo crime por não ter cumprido o mandamento normativo exigido.

⁵² Para Gomes e Yacobucci (2005, p. 37), a teoria causalista dominou boa parte das noções fundamentais do Direito penal, mesmo após as correntes neokantistas e a aceitação do valor como conceito científico.

Porém, dentre todas as características estruturantes do Direito penal clássico é a noção de bem jurídico que, particularmente, interessa nesse momento, por ser a matriz da ordem pública estabelecida.

O bem jurídico é caracterizado, em sua concepção inicial, por fortes referências aos direitos individuais (vida, integridade física, patrimônio, etc.), constituindo-se no “no valor central de justificação da normatividade penal” (GOMES; YACOBUCCI, 2005, p. 33), cuja função foi (e ainda é), servir de limite à atividade legislativa sancionadora, pois não poderia, bem como hoje ainda não deve, haver lei penal sem bem jurídico a ser tutelado.

Por sua inarredável importância na missão do Direito penal, dedicam-se as próximas linhas para traçar a origem e a posição no sistema do bem jurídico, não apenas para compreender-se as influências filosóficas que construíram a sua conceituação e finalidade, mas também, e sobretudo, para que tenhamos uma postura crítica diante do Direito Penal, pois a noção de bem jurídico oferece uma imprescindível função dentro do sistema penal como um todo, seja no âmbito da política criminal, seja no âmbito dogmático do fato punível. Diante disso, a necessidade de ofensa ao bem jurídico se impõe desde o momento da criação da norma pelo legislador ao momento da sua aplicação pelo juiz no processo.

Como bem nos ensina Juarez Tavares (2004, p. 11-12), o tipo penal, em seu sentido estrito, “se compõe normalmente de um núcleo representado por uma ação ou omissão de seu objeto, sendo sua base à lesão ou perigo de lesão de um determinado bem jurídico”. Na perspectiva do Direito Penal clássico a ação típica, por ser uma norma de conduta, esta associada à finalidade de delimitar o poder de intervenção do Estado, daí a necessidade de vincular o crime a ofensa de um bem jurídico, para que este funcione como um pressuposto material que traga contornos de estabilidade⁵³.

Da mesma forma que o Direito Penal “clássico” é um conglomerado de correntes filosóficas que influenciaram na concepção do seu objeto de atuação, sendo certo que a construção do conceito de bem jurídico também é um

⁵³ Para Paulo César Busato (2013, p. 42): “O princípio do bem jurídico estabelece um limite material ao poder punitivo estatal, pois impede que se estabeleçam delitos e penas que não tenham em sua estrutura de base a proteção de um bem jurídico. Na verdade trata-se de reação inspirada pelo ideário iluminista, no sentido de suplantar a visão do Direito penal do Ancien Régime que pretendia que a pena fosse vinculada a ideia de pecado e desobediência da vontade divina”.

somatório destas correntes conceituais, as quais, no curso da história, tentaram defini-lo e delimitá-lo de acordo com as convicções de suas épocas, por isso, há um consenso entre os doutrinadores que é praticamente impossível uma conceituação exaustiva do bem jurídico.

Tomando por base a classificação dada por Juarez Tavares (2004, p. 15), é possível identificar cronologicamente quatro correntes conceituais do bem jurídico: uma positivista, uma neokantista, uma ontológica e uma funcionalista⁵⁴, as quais demonstram que a criação do bem jurídico não é uma elaboração puramente jurídica, mas, sobretudo, fruto do contexto político e econômico de determinada época.

Quanto à origem da noção do bem jurídico, existem duas concepções que funcionam como marco histórico do seu surgimento no sistema penal. A primeira decorre dos ideais Iluministas e assenta-se na doutrina de Feuerbach e a segunda repousa nas críticas de Birnbaum a este modelo contratualista do bem jurídico.

Na primeira metade do Século XIX, predominava a ideia de que o Direito penal protegia Direitos. Pela influência do contrato social, acreditava-se que o pacto social e a garantia das liberdades eram um “direito” a ser respeitado e um “dever” de respeitar, por isso o delito era concebido como a “lesão de um Direito”. É sobre esse contexto que Feuerbach, supera a ideia de que a norma penal funciona como um dever do cidadão para com o Estado e cria a concepção de que o Direito penal protege os “direitos subjetivos” dos particulares, sendo a função do Estado conservar estes direitos subjetivos⁵⁵.

Segundo Feuerbach, o delito, como violação de direitos subjetivos, significava mais do que uma lesão de um dever para com o Estado, tratando-

⁵⁴ Segundo Busato (2013, p. 45) “todas essas tendências podem ser classificadas e duas: aquelas tendências que encontram sua posição além do Direito positivo (transcendentalistas), de corte jus naturalista ou político criminal, nas quais o bem jurídico pode ser encontrado no Direito natural ou na natureza das coisas ou ainda na vida social ou cultural. Por outro lado, existem as que situam o bem jurídico dentro do sistema jurídico, na própria norma jurídica (immanentistas), quer dizer, as que sustentam que o bem jurídico não tem existência própria antes da norma, mas sim, nasce com ela. As tendências foram se sucedendo sempre voltadas a uma ou outra perspectiva”. Esta divisão dúplici do autor se dá pela adoção da metodologia de analisar o bem jurídico pela sua relação com a norma penal.

⁵⁵ Na esteira dos ensinamentos de Bustos Ramirez, Paulo César Busato (2013, p. 46) destaca que “tudo se esgotava no jurídico, não havia nada mais que isso (tudo surgia do ato formal do contrato), com o qual se o Estado era o Direito (o contrato), não havia outra possibilidade de limitá-lo que sua própria vontade”. E conclui o autor: “A partir de então, o Estado não poderia incriminar nenhuma conduta que não implicasse na violação de um direito subjetivo individual. Era, pois, uma proposta que pretendia dar concreção a um ideal contratualista” (BUSATO, 2013, p. 46).

se, na verdade, de uma lesão ao direito individual do ofendido de não poder exercer sua própria liberdade em razão da ação de outro indivíduo. Desta maneira, a criação do delito pelo Estado seria, *a priori*, “um estado de igualdade de direitos de liberdades entre o autor e a vítima, igualdade esta que se via quebrada pelo delito” (TAVAREZ, 2004, p. 18). Por esta concepção originária, o conceito de delito estaria subordinado à existência de um princípio material, qual seja: a preservação da liberdade individual, o qual consistiria numa forma de delimitação da incriminação estatal e da configuração dos tipos penais, pois os direitos subjetivos seriam o símbolo da demarcação do dano social.

Em oposição à tese Iluminista de Feuerbach de que o delito seria uma lesão a um direito subjetivo, Birnbaum apresenta a concepção de que o Direito penal não pode proteger “direitos subjetivos”, pois Direitos em si não podem ser diminuídos e nem sequer subtraídos. Por esse raciocínio, o que pode ser diminuído ou subtraído seria apenas o “objeto” de um direito, que seria “um bem que juridicamente nos pertence e que nasce da própria natureza ou pelo resultado do desenvolvimento social” (BUSATO, 2013, p. 46). Desse modo, se é certo que o delito é uma lesão, esta lesão não é a Direitos, mas sim a “bens”, que pertencem aos cidadãos e que o Estado tem o dever de protegê-los juridicamente através do Direito.

Costuma-se atribuir a posição de Birnbaum a origem do conceito de bem jurídico, por ter situado o bem jurídico para além do Direito e do Estado, já que, por sua concepção, os bens jurídicos não seriam criados pelo Estado, mas sim reconhecidos e assegurados a todos por igual⁵⁶.

⁵⁶ Valiosa é a crítica de Juarez Tavares (2004, p. 20) aos propósitos de Birnbaum ao construir o conceito de bem jurídico fora do Direito e do Estado, para o autor, o sentido material de bem jurídico como fundamento de qualquer incriminação não nasce na concepção de Birnbaum, pois a sua intenção era adequar a teoria jurídica do delito as normas do Direito penal vigente, que estavam em conflito com a ideia de violação de direitos subjetivos, principalmente em relação aos delitos contra a Religião, o Estado ou a comunidade. Assim, com a introdução do conceito de violação do bem jurídico em substituição do conceito de violação de direitos subjetivos como fundamento do delito, permitiu se reconhecer interesses comunitários ou religiosos como bens jurídicos, entretanto, o que se ganhava em clareza se perdia a vinculação dessas incriminações com os pressupostos de legitimidades, que estavam, de qualquer modo, presentes na estrutura idealizada por Feuerbach. E enfatiza: “*Como todo concepto, el bien jurídico sólo puede servir a una auténtica teoría democrática del injusto, en la medida en que corresponda a sus fines limitativos y no sólo a propósitos punitivos. De ahí la necesidad de su formulación dentro de un sentido de lenguaje que exprese, en su propio origen y elaboración, los contornos exactos de las ‘zonas’ de intervención del Estado, a partir de la crítica de esa misma intervención sobre los presupuestos de su legitimidad*” (TAVAREZ, 2004, p. 20-21).

Nilo Batista (2011, p. 92) ressalta que a partir destas duas concepções, inúmeras teorias foram elaboradas para compreensão do bem jurídico, com o intuito de identificar com precisão o que o crime efetivamente ofende. Tais teorias oscilavam constantemente na definição do seu alcance, “ora se retornava aos direitos subjetivos, ora se propunha um direito público subjetivo do Estado, aqui o próprio direito objetivo, ali uma obrigação jurídica, logo os interesses, adiante os valores”⁵⁷.

De todo modo, o que se revelou é que a criação do bem jurídico é uma escolha/reconhecimento política de determinada comunidade sobre a influência histórica do pensamento do Direito em seu tempo.

Partindo, ainda, da divisão teórica de Juarez Tavares, após as referidas concepções, surge a corrente conceitual **Positivista**⁵⁸ do bem jurídico, tendo Binding como seu primeiro referencial, o qual, em contraposição a tese de Birnbaum, propõe que o bem jurídico não pode se estabelecer para além do Direito e do Estado, pois o delito era uma infração culpável de uma norma ameaçada com uma pena, e, por isso, “o bem jurídico ficava estabelecido e não reconhecido dentro do conteúdo da norma jurídica: o bem jurídico é um ‘estado valorado pelo legislador’” (BUSATO, 2013, p. 46).

Para Binding o que realmente importa na estrutura do injusto é a norma, sendo sua desobediência uma lesão jurídica a um “Direito subjetivo do Estado”. Dessa maneira, o delito é tido como uma “infração do direito subjetivo

⁵⁷ Destaca o autor que: “para uns o bem jurídico é criado pelo direito, através de seleção exercida pelo legislador (Binding); para outros, o bem jurídico é um ‘interesse da vida’, que o legislador toma de uma realidade social que lhe impõe (Von Liszt). Houve quem deslocasse o bem jurídico estritamente para a tarefa de critério de interpretação teleológica da norma, movimento que ficou conhecido como ‘direção metodológica’ (Honig). O direito penal nazista procurou na violação do dever de obediência ao Estado (o chamado ‘direito penal da vontade’) e, para isso, desfez-se, em sua fase inicial, do conceito de bem jurídico (Schaffstein). Posteriormente, retoma-se a perspectiva lisztiana do ‘interesse a vida’, seja através de um conceito idealista de ‘situação social desejável’ (Welzel), seja vendo no bem jurídica uma ‘fórmula normativa sistemática concreta de uma relação social dinâmica determinada’ (Bustos). Recentemente, intenta-se ‘positivar’ os bens jurídicos, deduzindo-os do texto constitucional (Angioni). Ainda que por vias metodologicamente diversas, o funcionalismo sistêmico (Jakobs) coincide com o penalismo nazista na recusa do bem jurídico” (BATISTA, 2011, p. 92-93).

⁵⁸ Juarez Tavares alerta que não se pode traçar com precisão o conceito positivista de bem jurídico, seja num plano puramente jurídico, seja num plano sociológico, sem os contornos da ciência do Direito, a qual não pode ser feita em poucas linhas. Entretanto, o autor argumenta que basta considerar sua postura fundamental: toda norma incriminadora deve possuir um antecedente causal. Este antecedente causa poderá ser a vontade do Estado ou da autoridade (positivismo jurídico propriamente dito) ou as condições da vida (positivismo sociológico ou naturalístico). A concepção do bem jurídico varia conforme essas duas vertentes do positivismo. Para o positivismo jurídico somente a lei expressa os objetos jurídicos, pois encerra a vontade declarada do Estado, essa noção reduz o bem jurídico a um elemento da própria norma, que tanto pode ser sua finalidade quanto a *ratio* do seu sistema. Já para o positivismo sociológico ou naturalístico, o Direito tem sua fonte não somente na lei, mas principalmente nos costumes ou no espírito do povo, com síntese de uma vontade geral. (TAVARES, 2004, p. 23-24).

de obediência” (BUSATO, 2013, p. 46), mas, por entender que norma e bem jurídico se confundem, já que ambas são decisões políticas, para ele o crime também é uma ofensa ao bem jurídico⁵⁹.

Ainda dentro da visão positivista, surge a concepção sociológica ou naturalística de Von Liszt que, partindo de uma perspectiva privatista e transcendentalista⁶⁰, rompe com a ideia de que o bem jurídico somente se estabelece através do conteúdo da norma proposta por Binding, estabelecendo que “todos os bens jurídicos são interesses vitais, interesses dos indivíduos ou da comunidade” (BUSATO, 2013, p. 47). Por esse caminho reconhece-se que é na vida e não no direito que produzem os “interesses” humanos, sendo que somente com a proteção jurídica é que estes “interesses” se convertem em bem jurídico.

Segundo Von Liszt, os “interesses” que originam o bem jurídico são preexistentes ao conteúdo da norma, estando localizados na vida social, cabendo ao Direito apenas incluí-los como seu “objeto de proteção”, desde que se trate de uma condição vital da comunidade estatal. Defende, ainda, que, sobre essa conjuntura, para se identificar e localizar os bens jurídicos é

⁵⁹ Vale ressaltar que pela proposta de Binding, o bem jurídico perde o seu caráter autônomo e sua função limitadora do poder punitivo estatal, já que o Estado é o autorregulador dos seus limites, podendo incriminar toda e qualquer conduta que julgar inconveniente.

⁶⁰ A noção de bem jurídico proposta por Von Liszt é um produto da ideia privatista que se incorporou na formulação da teoria do injusto a partir de Von Jhering. Sobre essa perspectiva, o marco penal encontra suas delimitações em um momento “subjetivo”, que consistiria na materialização do exercício da capacidade de contratar por parte do sujeito, pois, a proteção dos interesses subjetivos era fundamental para a vida social, já que esta nada mais era do que uma resultante das pretensões individuais, que, dependendo da importância de tais pretensões, seriam garantidas pelo Direito penal (TAVARES, 2004, p. 24). Juarez Tavares ressalta ainda que, independentemente da origem privatista do conceito de Von Liszt, deve se reconhecer uma ideia utilitarista da norma penal sobre a base de uma realidade, pois o que interessa não é algo imaginário, mas sim algo bastante perceptível (vida, integridade física, patrimônio, honra, etc.), sendo que é exatamente a proposta desse fundamento utilitarista para o objeto de proteção da norma penal que abre caminho para considerar Von Liszt como um positivista naturalista.

necessário recorrer a Política Criminal⁶¹, pois o Direito não pode nem determinar e nem fundamentar a existência do bem jurídico⁶².

Como resposta às propostas positivistas, ante à sua incapacidade de se estabelecer um conceito material de bem jurídico que limitasse o legislador na criação das normas penais, surge a visão **Neokantista**⁶³ do bem jurídico.

Com o neokantismo se inaugurou outra fase da evolução política, onde a medida do individual cede lugar a posições e situações “preferenciais”. A proposta era eliminar definitivamente o “sujeito” e trabalhar com a noção de “totalidade” que provinha de um puro juízo normativo, aparentemente neutro, mas em geral de perfil autoritário, que se firma sobre a substituição da noção material de “bem” pela noção de “valor”, mas não um valor individual e sim um “hipotético valor cultural”, que nasce e vive nos imperativos e proibições da norma (TAVARES, 2004, p. 26).

Para Busato (2013, p. 48), na esteira das lições de Peña Cabrera, o neokantismo se divide em dois momentos. No primeiro momento se destaca a “natureza teleológica do bem jurídico”, onde o bem jurídico seria um critério de interpretação, conforme se verifica na doutrina de Honig, para quem o bem jurídico “é o fim reconhecido pelo legislador nos preceitos penais individuais em sua fórmula mais sucinta”, funcionando “como uma síntese categorial com o

⁶¹ A Política Criminal pode ser entendida como uma “atividade do Estado” ou como uma “atividade científica”. Como “atividade do Estado”, a política criminal faz parte da política geral estatal e pode ser identificada como “o conjunto de opções políticas dentro da esfera criminal”, que tem como finalidade, para um Estado Social e Democrático de Direito, oferecer meios para uma convivência pacífica em sociedade e permitir, a partir dela, o desenvolvimento de suas demais atividades, sendo o instrumento jurídico-penal um desses meios. Por sua vez, como “atividade científica”, a política criminal é analisada sobre o enfoque da determinação dos fins que se pretende alcançar, de como é empregado o recurso do Direito penal e de como tem se submetido aos princípios limitadores estabelecidos pelo Direito positivo, tratando-se do estudo do Direito penal não como ele é, mas como ele deveria ser para alcançar os seus fins propostos (BUSATO, 2013, p. 20-22).

⁶² Em que pese à intenção de Von Liszt em trazer uma tendência limitadora, sua concepção de que o bem jurídico estaria localizado fora do ordenamento jurídico sofre severas críticas por não definir claramente o que são “interesses vitais” ou “condições de vida”. Para Hassemer, em razão dessa vagueza conceitual, Von Liszt erra ao aceitar empiricamente a existência do “interesse” sem nenhuma consideração valorativa sobre seu significado ou sobre a legitimidade do Estado na definição do bem jurídico (TAVARES, 2004, p. 26).

⁶³ Essa corrente de pensamento, sobre a base da filosofia kantiana, define que a totalidade dos valores e sua conexão sistemática é o que determina a vida humana, que se converte em uma “vida humana cultural” (Rickert). Desse modo, o bem jurídico seria, em síntese, um valor que se identifica com a própria finalidade da norma e, ao mesmo tempo, seria o elemento de todos os pressupostos do complexo total de cultura da qual emana o Direito (Mezger). Para Tavares essa ideia de derivar o bem jurídico da própria elaboração normativa coincide com a proposta do positivismo jurídico, por estabelecer o bem jurídico apenas como um pressuposto formal de incriminação (TAVARES, 2004, p. 27).

qual o pensamento jurídico se esforça em captar o sentido e o fim das prescrições penais particulares”⁶⁴.

O segundo momento neokantista, está associado às teorias desenvolvidas pela Escola de Kiel, a qual, representada por George Dahm e Friedrich Schaffstein, estabelece que no sistema penal o principal seria o povo, sendo este compreendido como a totalidade real (sangue, solo, gerações passadas, presentes e futuras). Por essa concepção, o Direito é o “ordenamento da vida do povo”, tendo como fonte primária e originária o “espírito do povo”. Para Bustos Ramirez, o Estado, sobre essa concepção constitui-se no “intérprete desse ‘espírito do povo’”. Nessa ordem de coisas, o indivíduo deve fidelidade ao povo, portanto, o delito não constitui uma lesão ao bem jurídico, senão uma lesão de um dever” (BUSATO, 2013, p. 48).

Sobre o fundamento de que o delito era a “lesão de um dever”, a Escola de Kiel qualificou o bem jurídico como um “conceito inútil”, pois o que interessa é somente o social e não o individual, cabendo ao Chefe de Estado interpretar a representação social pelo “espírito do povo”.

Entender o bem jurídico como mera “lesão de um dever”, retira-lhe completamente qualquer utilidade garantista dentro do sistema, pelo contrário, fortalece a intervenção estatal ilimitada, tanto é que foi essa conjuntura teórica que deu sustentação ao regime nacional-socialista na Alemanha que culminou na 2ª. Guerra Mundial.

É exatamente como reflexo a essa estruturação jurídica e política de conceber o Chefe de Estado como intérprete do “espírito do povo”, bem como pelas consequências nefastas da sua aplicação no nazismo, que o Direito muda sua concepção através do retorno às tendências científicas jurídico-penais de vincular o bem jurídico como garantia do indivíduo, surgindo, assim, a visão **Ontológica**⁶⁵ do bem jurídico.

⁶⁴ Por essa postura o bem jurídico também perde sua função crítica e garantidora, servindo apenas como um princípio metodológico para legitimar os tipos penais da parte especial do Código Penal, sendo, infelizmente, uma das posturas mais comuns na formação jurídica brasileira, os quais costumam identificar o bem jurídico sem, contudo, questionar a sua legitimidade funcional.

⁶⁵ O ontologismo, particularmente o doutrinado por Welzel, representa uma mescla entre a filosofia neokantiana e de valores, sem, contudo, assumir uma preferência nem por uma nem por outra, onde se afirma existir um imperativo categórico transcendente (consciência jurídica), que constitui a fundamentação da ação humana. Sendo assim, as normas não se orientam por princípios de universalidade e dignidade da pessoa humana, mas sim por um “projeto social de proteção de pressupostos elementares de sua existência”, que passam a ser tratados como valores éticos-sociais.

Essa mudança de postura científica entre os pensadores do Direito é muito bem visualizada no conjunto da obra de Gustav Radbruch, que abandona o positivismo jurídico e passa a adotar uma postura neonaturalista após a 2ª. Guerra⁶⁶.

Contudo, foi na doutrina de Welzel que a concepção ontológica do bem jurídico voltou a conservar seu sentido de proteção da norma. Este autor, filiando-se a filosofia kantiana do imperativo categórico, afirma que a missão do Direito penal, além de proteger o bem jurídico, é, sobretudo, proteger aos “valores elementares da consciência”, ou melhor, “valores ético-sociais”. Por isso pontua que “mais essencial que a proteção de determinados bens jurídicos concretos é a missão de assegurar a real vigência, (observância) dos valores da consciência jurídica” (WELZEL *apud* BUSATO, 2013, p. 37-36), pois, para ele, este “valor” seria o fundamento mais sólido que sustenta o Estado e a sociedade.

Sobe essa perspectiva, cabe ao Direito penal influenciar a consciência dos cidadãos, orientando-os, pedagogicamente, para a proteção dos bens jurídicos essenciais. Percebe-se, assim, que a proteção do bem jurídico em si é colocada em segundo plano, pois o que realmente se pretende com a norma penal é dirigir as consciências, ou seja, a vontade final.

A postura ontológica do bem jurídico pode ser considerada uma resposta à racionalidade jurídica imposta pela Escola de Kiel, sendo a primeira

Sendo assim, embora a pessoa se veja integrada nas condições de existências desses valores ético-sociais (vida, integridade física, patrimônio, honra, etc.), não são eles produtos nem de um ato voluntário nem arbitrário do homem, pois estes valores estariam condicionados empiricamente a três aspectos do ser: a falibilidade física do homem; sua diferença sexual e sua sociabilidade. Como consequência desses aspectos, conclui-se que se situam como elementos básicos de qualquer projeto social de proteção, e também da pessoa humana, as instituições do patrimônio, da família e da comunidade política (TAVARES, 2004, p. 30-31).

⁶⁶ Sobre essa virada científica, oportuna é a lição de Luiz Villar Borba: “O positivismo jurídico teve em GUSTAV RADBRUCH, um dos mais eminentes juristas da República de Weimar, um de seus representantes mais conspícuos. Em sua Filosofia do Direito e em sua Introdução à ciência do direito dava clara preferência do direito no caso de conflito com a justiça, ‘pois é mais importante a existência da ordem jurídica que sua justiça, já que a justiça é a segunda grande missão do direito, sendo a primeira a segurança jurídica, a paz’. [...] Os horrores do nazismo, do qual Radbruch foi vítima ao ver-se destituído de toda a atividade acadêmica e política e reduzido ao exílio interior, que suportou com a maior integridade e dignidade, mudaram radicalmente sua posição a respeito do positivismo. [...] A nova posição de Radbruch foi muito mais radical. Patenteou-se em vários escritos, mas sobretudo no famoso ensaio A arbitrariedade legal e o direito suprallegal [...]. A tese central é: o conflito entre a justiça e a segurança jurídica deve resolver-se com primazia do direito positivo sancionado pelo poder, ainda quando o seu conteúdo seja injusto ou inconveniente, a não ser que a contradição da lei positiva com a justiça alcance uma medida tão insuportável que se deve considerar falso direito e ceder passo à justiça. [...] ‘Medidos nessa escala, pedaços inteiros do direito nacional-socialista nunca alcançariam a dignidade de direito válido’” (VILLAR BORDA *apud* BUSATO, 2013, p. 49).

reação no período do pós-guerra que tentou reverter a maneira como se entendia o bem jurídico, já que este passa a ser tido como todo “estado social desejável que o Direito quer resguardar de lesões” (WELZEL *apud* BUSATO, 2013, p. 49).

Por outro lado, como bem salienta Juarez Tavares (2004, p. 32-33), a proteção de valores ético-sociais nada mais é do que a incriminação da anti-sociabilidade, por isso não é incoerente que seus adeptos (Cerezo Mir, Stratenwerth, Jescheck) conceitue o bem jurídico como um “estado social”, ou seja, como uma determinada ordem que se impõe como um bem vital do indivíduo e da comunidade⁶⁷.

Por fim, contrariando a postura ontológica, surge a visão **Funcionalista** do bem jurídico, a qual defende que o fim do Direito penal esta situada na estabilidade da norma penal como instrumento adequado para a manutenção do sistema normativo. Se as visões neokantistas e ontológicas do bem jurídico já marcam uma ruptura com o modelo individualista clássico do Direito penal, é, certamente, na perspectiva funcionalista que este modelo é amplamente questionado, sendo certo afirmar que esta corrente conceitual seria um dos marcos teóricos do chamado “Direito penal moderno”.

Vários são enunciados oriundos do funcionalismo, contudo, no que se refere ao tratamento que esse modelo dispensa aos bens jurídicos, pode-se, na esteira das lições de Juarez Tavares (2004, p. 34), reduzir os diversos modelos funcionalistas em três grupos: o funcionalismo estrutural, o funcionalismo próprio e o funcionalismo impróprio.

No funcionalismo estrutural, estão aqueles que entendem a norma penal como um instrumento de controle social, que tem a dupla função de assegurar e legitimar o autocontrole do poder político para a manutenção do “Estado de estabilidade”, que pode ser tanto os fundamentos do convívio social como a simples organização do sistema⁶⁸. Já o funcionalismo próprio, parte do

⁶⁷ Juarez Tavares (2004, p. 33) acentua que o problema central da visão ontológica é conceber ao Direito penal um conteúdo programático de orientação de condutas, deixando de concebê-lo dentro de seus limites e garantias.

⁶⁸ Para Juarez Tavares (2004, p. 34-35), como o propósito da norma é exercer o controle social, é preciso que seja comunicado a todos, em um fluxo permanente, as imposições ou proibições para evitar a perturbação do sistema, as quais devem ser aceitas e atendidas pela comunidade. Com isso, se garantiria ao mesmo tempo, a reprodução do sistema e sua estabilidade, bem como a convivência social. Estas ideias, em parte, são representadas por Muñoz Conde, que defende uma integração

pressuposto de que a norma penal só interessa para assegurar as expectativas, identificando o bem jurídico com a validade fática das normas, não como fundamento material da incriminação, mas sim como princípio informador da estabilidade da norma⁶⁹. Por fim, o funcionalismo impróprio, defende a relativização do conceito de bem jurídico a partir de uma base de política criminal amparada nos preceitos da Constituição⁷⁰.

Dessa maneira, percebe-se que as transformações políticas existentes na sociedade contribuíram historicamente para a construção da concepção individualista do bem jurídico-penal no que se convencionou chamar de Direito penal clássico.

Com efeito, as bases político-filosóficas que formaram e instituíram o Estado Moderno reacenderam a distinção entre o público e o privado, e, somado aos ideais Iluministas e Racionalistas, fizeram do modelo liberal o campo perfeito para o renascimento do espaço público sem comprometer o espaço privado, o que foi sentido mais nitidamente no âmbito penal com a cunhagem da dualidade Estado/indivíduo.

A postura política baseada nesta dualidade (Estado/Indivíduo) é sentida na construção da noção de bem jurídico-penal e na própria estruturação do Direito penal como Direito Público. A ideia de que a norma penal limita o poder punitivo estatal, bem como a necessidade de proteção de “direitos subjetivos”, inauguram a preocupação do “Direito penal clássico” com o indivíduo e os seus bens juridicamente protegidos. Estabelece-se, portanto, a

conceitual entre as exigências da realidade social e a perspectiva funcionalista, através de uma relação sistemática de input e output, pois os conflitos (input) geram a necessidade de uma intervenção (output) para proteger os bens jurídicos que a pessoa necessita para sua autorealização e para o desenvolvimento de sua personalidade na vida social.

⁶⁹ Segundo Busato (2013, p. 50), o funcionalismo sistêmico, com a pretensão de dar alguma correção à ideia de bem jurídico, levou alguns autores a buscarem socorro na teoria do sistema social de Niklas Luhmann e nas ideias de dano social de Talcott Parsons, o que levou a determinar o bem jurídico pela “disfuncionalidade sistêmica do comportamento”, que deveria ser enfrentado pela sanção penal. Essa categoria do funcionalismo é representada pela doutrina de Jakobs, para quem a proteção do bem jurídico, como função do Direito penal, é insuficiente para enfrentar disfuncionalidade sistêmica causada pelo dano social, e estabelece, como fato primordial, a manutenção da credibilidade da norma.

⁷⁰ Sob a ótica do funcionalismo impróprio, o conceito de bem jurídico não pode ser dissociado do pressuposto de liberdade como valor da pessoa, mas a proteção do bem jurídico pelo Direito penal serve para a manutenção do sistema, por isso a necessidade da interferência da política criminal. Roxin, como principal expoente dessa corrente, assevera que a “submissão ao direito e adequação a fins político-criminais (*kriminalpolitische Zweckmäßigkeit*) não podem contradizer-se, mas devem ser unidas numa síntese, da mesma forma que Estado de Direito e Estado Social não opostos inconciliáveis, mas compõem uma unidade dialética” (ROXIN, 2002, p. 20).

compreensão de que todo crime atinge o cidadão em sua esfera pessoal, tais como vida, patrimônio, integridade física, dignidade sexual, honra, etc.

Notadamente, o que se individualiza não é o bem jurídico em si, pois esse, por seu caráter universal, não é tratado de forma personalizada, daí a pertinência da clássica separação entre bem jurídico-penal (vida) e objeto do delito (vida de Pedro, Paulo, etc.), mas sim a possibilidade da pessoa atingida pelo crime ser determinada ou determinável.

A concepção individualista é claramente identificável nas propostas de Feuerbach e Birnbaum, mas compreende-se que o alcance da concepção também se estende as correntes positivistas de Binding e Von Liszt, pois embora este último adote uma postura transindividualistas do bem jurídico, ao reconhecer a proteção dos “interesses vitais” da sociedade, sua concepção de vida social nada mais era do que um resultante das pretensões individuais.

Vale ressaltar que a opção de apresentar as posturas neokantistas e ontológicas dentro do universo pertencente ao “Direito penal clássico”, se deu não por sua postura individualista em si, já que o Neokantismo, embora em seu primeiro momento faça referência à proteção dos “preceitos penais individuais” (Honig), também difundiu, pela Escola de Kiel, uma postura transindividual do bem jurídico ao afirmar que o Direito Penal deve proteger “espírito do povo”. Da mesma forma, Welzel, por meio da visão Ontológica, também contribuiu para a ampliação da concepção de bem jurídico ao pretender a proteção penal de um “estado social desejável”. Desse modo, pode-se afirmar que tanto o neokantismo quanto o ontologicismo representam um período intermediário entre o Direito penal “clássico” e o chamado Direito penal “moderno”, posto que se baseiam na manutenção da dualidade entre Estado e sociedade, reforçando a ideia de um modelo clássico de garantismo penal negativo⁷¹.

Notadamente, por ser o presente trabalho de cunho processual, a opção em apresentar as visões positivistas, neokantistas e ontológicas dentro da concepção individualista do “Direito penal clássico” se dá em razão da

⁷¹ O termo “garantismo penal negativo” é apresentado por Lênio Streck como característica fundamental do Estado Liberal fundado na contraposição Estado-Sociedade, onde a lei exerce uma função meramente ordenadora, cuja finalidade é proteger o débil cidadão contra a “maldade” do Leviatã. Este modelo liberal-individualista, em que o Estado é tido como inimigo do indivíduo/cidadão está ancorado no “princípio da proibição de excesso” (*Übermassverbot*), decorrente do princípio da proporcionalidade, e que traduz a garantia (negativa) de que a lei exerce uma função limitadora do *jus puniendi* estatal (STRECK, 2012, p. 35-37).

análise do bem jurídico no processo penal, pois, embora estes autores defendam um relativo transindividualismo do bem jurídico, os mandamentos processuais relativos à titularidade da ação e a legitimação para a causa ainda consideram a vítima como um sujeito determinado ou ao menos determinável.

Quanto às correntes funcionalistas, estas não guardam nenhuma relação com a concepção individualista aqui apresentada, mas, por ser o ponto a que se chegou após o período intermediário supramencionado, merecia ser referendada, porém seus reflexos processuais serão apresentados ao tratarmos sobre as particularidades do Direito penal “moderno”.

Assim, considerando que a concepção do bem jurídico-penal acompanha, historicamente, as escolhas ou reconhecimentos políticos do Estado, identificamos, por essa perspectiva integrada, que o “Direito penal clássico” sofreu injunções tanto das concepções políticas do Estado liberal, absenteísta, quanto do Estado social, onde, idealmente, se exige que o Estado passe a intervir na esfera individual e privada das pessoas.

Percebe-se, ainda, que a “modernidade” esta atrelada as concepções políticas do Estado mínimo, que trouxe consigo o chamado “neoliberalismo”, e as propostas de desestatização e desregulamentação da economia, a redução das proteções sociais ao trabalho, a abertura de mercado e a inserção internacional dos países, principalmente através do comércio. Dentro desse contexto, acertada e oportuna é a afirmação de Luis Roberto Barroso (2013, p. 89): “O neoliberalismo pretende ser a ideologia da pós-modernidade, um contra-ataque do privatismo em busca do espaço perdido pela expansão o papel do Estado”.

Notadamente, aponta Juarez Tavares (2004, p. 34) que é sobre a influência do Estado mínimo, cujas tarefas essenciais se encontram, em grande escala, privatizadas, que a corrente funcionalista do bem jurídico se forma, trazendo consigo a “modernização” do Direito penal.

2.3 O DIREITO PENAL “MODERNO” E A CONCEPÇÃO SUPRAINDIVIDUALISTA DO BEM JURÍDICO-PENAL

A divisão entre “Direito penal clássico” e “Direito penal moderno”, não é tida por um fato histórico isolado ou por uma mudança de um paradigma político-social determinado, sendo sua separação um conjunto de fatores que não se restringem a conceituação e o alcance do bem jurídico, mas que alcança, sobretudo, as particularidades jurídico-processuais de uma determinada sociedade no enfrentamento da criminalidade moderna.

Comumente, atribui-se à Hassemer a construção do termo “Direito penal moderno”. O autor, partindo de um “modelo ideal do direito penal de um estado de direito” (GRECO, 2011, p. 16), entende que o Direito penal se divide em duas categorias: o Direito penal bom (clássico) e o Direito penal ruim (moderno). Desse modo, o modelo ideal seria o “Direito penal clássico”, por ser uma instância de controle devidamente formalizada e forjada sobre os ideais iluministas de proteção do indivíduo, onde apenas os bens jurídicos individuais (vida, patrimônio, integridade física) seriam o “núcleo base” da proteção jurídico-penal; enquanto que o “Direito penal moderno”, por se afastar desse modelo, seria inadequado e ilegítimo, já que é caracterizado pela flexibilização das formas e pela hipertrofia da proteção jurídico-penal, a qual se expande para além do indivíduo, por reconhecer os bens jurídicos supraindividuais (coletivos ou difusos) como passíveis da tutela penal.

Para além da adoção de um modelo ideal que divida o Direito penal em bom e ruim, pode se reconhecer, como um dado histórico da sua existência, que a modernização do Direito penal se deu, dogmaticamente, com as reformas penais ocorridas após as décadas de 60 e 70 (GRECO, 2011, p. 1), onde, influenciados por mudanças sociais e políticas como o reconhecimento da “sociedade de risco”⁷², contribuíram para uma fase que Silva Sánchez denomina de “expansão do direito penal”.

⁷² Marta Machado (2005, p. 1), ecoando os ensinamentos de Ulrich Beck, esclarece que “o processo de industrialização é indissociável do processo de produção de riscos, uma vez que uma das principais consequências do desenvolvimento científico industrial é a exposição dos indivíduos a riscos e a inúmeras modalidades de contaminação nunca observados anteriormente, constituindo-se em ameaças para as pessoas e para o meio ambiente. Portanto os riscos acompanham a distribuição dos bens, decorrentes da industrialização e do desenvolvimento de novas tecnologias. Estes riscos foram gerados sem que a produção de novos conhecimentos fosse capaz de trazer a certeza de que estes riscos diminuiriam ou seriam passíveis de controle e monitoramento eficazes. Esta certeza nos controles favorecidos pela ciência e pela tecnologia teve sua base na modernidade clássica onde os riscos eram compreendidos como fixos e restritos a determinados contextos localizados, e mesmo que atingissem à coletividade, estes seriam frutos do desenvolvimento de novas tecnologias. Já na sociedade de risco, os riscos ultrapassariam os limites temporal e territorial, e seriam produtos dos excessos da produção (...)”.

Com intuito de revelar os fatores que levaram a expansão do Direito penal⁷³, Silva Sánchez (2013, p. 30-31) reconhece que o avanço do Direito penal não se resume a “perversidade estatal”, o qual buscaria a solução dos problemas sociais através do constante uso do recurso da legislação penal, o que de pronto já reconhece como indesejável⁷⁴, mas sim em causas mais profundas, que estão diretamente ligadas ao modelo social que vem se configurando no decorrer das últimas décadas, que seria uma verdadeira “demanda social por mais proteção”, sendo importante entender e aceitar que essa “demanda real” requer uma resposta também real por parte do Direito Penal.

O dado histórico fundamental que guarda relação com o que se instituiu como Direito penal “moderno” é a sociedade pós-industrial, a qual é caracterizada por um avanço tecnológico sem precedentes que proporciona repercussões diretas no bem-estar individual, mas que também possui consequências negativas, já que, em contrapartida, instituem a configuração do “risco de procedência humana como fenômeno social cultural”, pois boa parte das ameaças a que os cidadãos estão expostos provém precisamente de decisões que outros concidadãos adotam no manejo desses avanços tecnológicos. Desse modo, o progresso tecnológico modifica a racionalidade da delinquência tradicional, uma vez que o crime não se resume mais a um dolo direto da conduta contra um indivíduo determinado, dando espaço para uma delinquência não intencional, não individualizável, em que o problema “não radica mais nas decisões humanas que *geram* os riscos, senão também nas decisões humanas que os *distribuem*” (SÁNCHEZ, 2013, p. 37).

⁷³ Para Silva Sánchez (2013, p. 28): “não é nada difícil constatar a existência de uma tendência claramente dominante em todas as legislações no sentido da introdução de novos tipos penais, assim como um agravamento dos já existentes, que se pode encaixar no marco geral da restrição, ou a ‘reinterpretação’ das garantias clássicas do Direito Penal substantivo e do Direito Processual Penal. Criação de novos ‘bens jurídicos-penais’, a ampliação dos espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político criminais de garantia não seriam mais do que aspectos dessa tendência geral, à qual cabe referir-se com o termo ‘expansão’”.

⁷⁴ O autor já introduz sua obra com a pertinente citação de Carl Ludwig von Bar: “Ali onde chovem leis penais continuamente, onde por qualquer motivo surge entre o público um clamor geral de que as coisas se resolvam com novas leis penais ou agravando as existentes, aí não se vivem os melhores tempos para a liberdade – pois toda lei penal é uma sensível intromissão na liberdade, cujas consequências serão perceptíveis também para os que a exigiram da forma mais ruidosa –, ali se pode pensar na frase de Tácito: ‘pessima respublica, plurimae leges’”(SÁNCHEZ, 2013).

Vários são os fatores que levaram o Direito penal a alcançar uma gama de condutas que não traduzem de forma clara a relação causa-efeito, tais como o emprego da tecnologia industrial, a comercialização de produtos, bem como a utilização de substâncias cujos efeitos nocivos ainda são desconhecidos e que se manifestarão anos depois, que introduziram na sociedade um forte fator de incerteza social⁷⁵.

Com a necessidade de cooperação e de divisão funcional, a interação individual alcançou níveis desconhecidos, o que proporciona um uso maior do recurso aos tipos de perigo abstrato, pois a interdependência dos indivíduos em sociedade complexa faz com que a integridade de determinado bem jurídico individual dependa de controle de riscos por parte de terceiros. Desse modo, a “própria convivência aparece como uma fonte de conflitos individuais” (SÁNCHEZ, 2013, p. 40).

Paralelamente a estes fatores históricos e sociais, também foram determinantes na construção conceitual do bem jurídico as mudanças políticas ocorridas no século XX, mais especificamente, a partir da 1ª Guerra Mundial, pois não mais se esperava uma postura absenteísta por parte do Estado, tornando-se este, ao menos idealmente, um instrumento da sociedade para combater injustiças sociais, conter o poder abusivo do capital e prestar serviços públicos para a população, inaugurando o que se convencionou chamar de Estado Social, que, posteriormente, por suas insuficiências, seria substituído pelo discurso da volta do modelo liberal, onde o Estado não interferiria na esfera individual e privada das pessoas, também chamado de Estado Mínimo⁷⁶.

Para Silva Sánchez (2013, p. 39), a sociedade europeia pós-industrial é uma sociedade que expressa a “crise do modelo do Estado de bem-estar”, ou

⁷⁵ Sobre esse problema, é bastante coerente e atual é a afirmação de Silva Sánchez ao indicar que o questionamento fundamental da sociedade contemporânea ocorre quando o cidadão diz: “Estão nos ‘matando’, mas não conseguimos ainda saber com clareza nem quem, nem como, nem a que ritmo” (SÁNCHEZ, 2013, p. 36).

⁷⁶ Segundo Luiz Roberto Barroso (2013, p. 88): “Como natural e previsível, o Estado social rompeu o equilíbrio que o modelo liberal estabeleceu entre o público e o privado. De fato, com ele se ampliou significativamente o espaço público, tomado pela atividade econômica do Estado e pela intensificação de sua atuação legislativa e regulamentar, bem como pelo planejamento e fomento a segmentos considerados estratégicos. Esse estado da busca do bem-estar social, o *welfare state*, chegou ao final do século amplamente questionado na sua eficiência, tanto para gerar e distribuir riquezas como para prestar serviços públicos. A partir do início da década de 80, em diversos países ocidentais, o discurso passou a ser o da volta ao modelo liberal, o Estado mínimo, o neoliberalismo”.

seja, uma sociedade extremamente competitiva, com altos índices de desemprego, com sérios problemas de “vertebração interna”⁷⁷, o que torna a sociabilidade ainda mais complexa, pois nos leva à uma outra dimensão, não tecnológica, que é a “criminalidade de massa”, onde o próprio indivíduo é tido como um risco, causando uma sentimento geral de insegurança (sociedade do medo)⁷⁸.

O Direito penal atual e seu expansionismo não é obra do acaso, os elementos dogmáticos que compõem o sistema penal envolvem, implícita ou explicitamente, os conflitos que nascem de uma organização social estruturada de determinado modo, em determinado contexto histórico. Sendo assim, o Direito penal e seus institutos, por serem mecanismos de controle social, também recebem estes novos os valores e devem cumprir os objetivos do modelo social em que se inserem, e é por isso que o risco passa a ser considerado um elemento nuclear da organização social contemporânea.

Segundo Bottini (2007, p. 29), o termo “risco” não é preciso, mas está diretamente relacionado à ideia de “perigo”, pois “risco” “é o adjetivo que se coloca ao agir humano diante do perigo, ou da possibilidade de perigo. Não há risco sem potência de perigo, sem iminência de perigo”.

Sobre o contexto positivista clássico, o perigo é conceituado como uma construção da subjetividade do ser humano, o qual poderia ser evitado através do conhecimento absoluto das conexões naturais entre causas e efeitos que resolveriam o problema do perigo. Porém, com o decorrer dos tempos, constatou-se cientificamente que não há regularidade entre causas e efeito na natureza, como pretendia o positivismo. O perigo, então, é deslocado do

⁷⁷ A ausência de “vertebração interna” é uma das características de uma “sociedade de riscos pluralistas”, onde, “o homem deve comportar-se arriscadamente também em um sentido moral, isto é, sem poder certificar-se a partir das normas bem assentadas sobre se sua conduta é correta ou não” (SÁNCHEZ, 2013, p. 39).

⁷⁸ Marta Machado (2005, p. 1), ecoando os ensinamentos de Ulrich Beck, esclarece que “o processo de industrialização é indissociável do processo de produção de riscos, uma vez que uma das principais consequências do desenvolvimento científico industrial é a exposição dos indivíduos a riscos e a inúmeras modalidades de contaminação nunca observados anteriormente, constituindo-se em ameaças para as pessoas e para o meio ambiente. Portanto os riscos acompanham a distribuição dos bens, decorrentes da industrialização e do desenvolvimento de novas tecnologias. Estes riscos foram gerados sem que a produção de novos conhecimentos fosse capaz de trazer a certeza de que estes riscos diminuiriam ou seriam passíveis de controle e monitoramento eficazes. Esta certeza nos controles favorecidos pela ciência e pela tecnologia teve sua base na modernidade clássica onde os riscos eram compreendidos como fixos e restritos a determinados contextos localizados, e mesmo que atingissem à coletividade, estes seriam frutos do desenvolvimento de novas tecnologias. Já na sociedade de risco, os riscos ultrapassariam os limites temporal e territorial, e seriam produtos dos excessos da produção (...)”.

campo do subjetivo para uma realidade objetiva, onde, por possuir conteúdo real, externo ao ser humano, pode ser medido e quantificado⁷⁹.

O reconhecimento de que o perigo possui uma realidade objetiva o torna uma situação fática e permite caracterizar o risco como uma situação que antecede o perigo, ou seja, o risco é “a tomada de consciência do perigo futuro e às opções que o ser humano faz ou tem diante dele” (BOTTINI, 2007, p. 32), tornando-se, portanto, uma qualidade do agir do humano diante de várias opções colocadas.

Notadamente, o perigo e o risco sempre estiveram presentes na atividade humana, porém sempre eram tidos como elementos alheios à ordem social, pois o cotidiano não exigia constantes avaliações de riscos. Bottini (2007, p. 33), catequiza que os riscos do passado caracterizavam-se pela “pessoalidade, pela regionalidade, pela concretude e pela facilidade de medição ou previsão”. E conclui, com acerto, que: “não é a existência do risco que caracteriza a sociedade atual, mas a nova dimensão deste risco”.

As relações econômicas e sociais impulsionadas pelas novas técnicas oriundas do período pós-industrial (tais como o avanço da tecnologia de produção, de comunicação e de consumo), são características fundamentais da sociedade atual e comprovam que a própria atividade humana produz riscos para o desenvolvimento social⁸⁰.

Esse conflito de interesses econômicos, políticos e sociais, em que se enaltecem e incentivam o desenvolvimento tecnológico acelerado e dinâmico, e, ao mesmo tempo, pretendem aplicar e aprimorar instrumentos para redução desse mesmo desenvolvimento, no sentido de reduzir os riscos a ele atrelados, exigem a criação de mecanismos de “gerenciamento dos riscos”. Para Bottini (2007, p. 51), a gestão de riscos é uma atividade generalizada na sociedade

⁷⁹ “Com o decorrer dos tempos, a constatação científica, especialmente pelas teorias modernas da física quântica – de que as relações naturais não seguem uma lógica causal estável – coloca em crise a proposta subjetivista do perigo. Não há mais como admitir a possibilidade de conhecimento absoluto dos nexos de causalidade, porque não há regularidade entre causas e efeito na natureza, como pretendia o positivismo. Logo, o perigo deixa o campo do subjetivo e passa a ostentar uma realidade objetiva. O caráter objetivo do perigo é preenchido pela probabilidade fática da ocorrência da lesão ou do dano que se quer evitar, ou seja, é um dado natural, uma situação de fato, decorrente do contexto de crise que se insere um bem valorado” (BOTTINI, 2007, p. 31-32).

⁸⁰ Para Bottini (2007, p. 36), foi no início da década de 80, que se ganhou força a ideia de tornar o Direito penal um instrumento para prevenir as novas dimensões do risco, em razão da ocorrência de tragédias de grandes proporções oriundas do manejo inadequado de novas tecnologias, como, por exemplo, as mortes ou contaminações de milhares de pessoas em Bophal (Índia, 1984) e a explosão da usina nuclear em Chernobyl (Ucrânia, 1986).

atual, onde podem funcionar como gestor diversos personagens, seja na esfera pública, seja na esfera privada⁸¹.

A necessidade de gerenciamento dos riscos também é sentida na esfera jurídica, e o Direito penal, por ser um instrumento formal de controle social, também é afetado pela complexidade do manejo dos riscos da sociedade contemporânea, a qual exige a análise do risco e a definição dos riscos penalmente permitidos e não permitidos.

Dentro desse contexto, é importante ressaltar que a incapacidade da ciência em oferecer respostas diante dos novos contextos tecnológicos não exime o gestor de riscos de empreender sua tarefa, pois o fato de não estar comprovado o risco não significa que este não exista. É sobre essa realidade de incertezas que se impõe ao gestor de riscos a obediência ao “princípio da precaução”⁸² (também chamado de princípio da prudência ou da cautela), que passa a servir como diretriz para a adoção de medidas de regulamentação de atividades, nos casos em que inexistam dados ou informações sobre a potencialidade danosa da referida atividade. Em contrapartida, para os casos em que haja comprovação científica da periculosidade da atividade, deve incidir o princípio da “prevenção”⁸³.

Desse modo, sendo o Direito penal um instrumento utilizado pelo gerente de riscos para fazer valer medidas restritivas, é fundamental que se identifique as condutas que serão passíveis de incidência de “regras de

⁸¹ “O termo gerente de risco indica qualquer pessoa encarregada de avaliar riscos e tomar decisões de acordo com esta avaliação que, no âmbito público, pode ser o legislador ao fixar os limites para a execução de determinadas atividades, o administrador público nos espaços discricionários conferidos à sua avaliação, e a própria autoridade judicial, ao se deparar com um conflito concreto. No âmbito não governamental, a atividade de gerenciamento de riscos também se faz presente. (...) Instrumentos de auto-regulamentação, de incentivo ao controle de riscos, de desenvolvimento sustentável pautam a atuação de organizações privadas” (BOTTINI, 2007, p. 51).

⁸² O princípio da precaução (*Vorsorgeprinzip*) surgiu na Alemanha, nos anos 60, como instrumento de proteção ambiental, servindo como princípio norteador da política de meio ambiente, que determinava às autoridades a obrigação de agir perante uma ameaça de danos ambientais irreversíveis, mesmo que os conhecimentos científicos até então acumulados não confirmassem tal risco (BOTTINI, 2007, p. 65-66).

⁸³ A incidência do princípio da precaução está diretamente ligado ao grau de incerteza no que se refere aos efeitos danosos de determinada atividade. Diante disso, o gerente de riscos pode se deparar com três situações: 1) Estar comprovada, cientificamente, a ausência de riscos da atividade, neste caso, em razão da atividade não oferecer riscos ao bem jurídico protegido, não há espaço para a gestão de riscos, nem para medidas de contenção de atividades; 2) Estar comprovada, cientificamente, a periculosidade da atividade, nesse caso o controle de riscos se faz necessário, entretanto, não há que se falar em princípio da precaução, pois existem dados e informações precisas sobre os riscos potenciais, devendo ser aplicado o princípio da prevenção; e 3) Não comprovação científica ou estatística da periculosidade da atividade, nessa situação faz se necessário o uso do princípio da precaução (BOTTINI, 2007, p. 63-64).

prevenção” (cuja periculosidade encontra-se comprovada e são passíveis de ameaças e sanções mais graves), e aquelas sobre as quais devem incidir as “regras de precaução” (onde não há comprovação de periculosidade, devendo a proteção ser exercida com sanções mais brandas), para com isso não haver uma tutela penal desproporcional das atividades sociais.

É através desse “paradoxo do risco”, ou seja, dessa contingência perene entre a necessidade de modernização das tecnologias para o conforto da sociedade e a necessidade de proteger, a própria sociedade, das consequências, conhecidas e desconhecidas, destas atividades, que o risco, como elemento central da organização social contemporânea, se torna um fator determinante da política criminal e incorpora-se no Direito penal através da forte presença de tipos penais de perigo abstrato, da normatização dos nexos causais pela teoria da imputação objetiva, bem como pela criação de bens jurídicos difusos ou coletivos (supraindividuais)⁸⁴.

De fato, a velocidade do avanço tecnológico, faz com que a sociedade reconheça novos valores, ou evidenciem aqueles que até então não eram protegidos por sua abundância, que passam a fazer parte do rol de bens jurídicos fundamentais para o desenvolvimento humano, exigindo que o Direito penal passe a tutelar interesses difusos ou coletivos, tais como a ordem econômica, a saúde pública, os direitos do consumidor e, especialmente, o meio ambiente.

Partindo de uma perspectiva funcionalista, o Direito penal tem o objetivo de preservar o funcionamento do modelo social no qual ele é criado, e tem a função de garantir as expectativas de convivência. Os princípios e os valores formadores do modelo político de Estado, que garantem a funcionalidade das relações nele desenvolvidas, são o objeto da tutela dos instrumentos de controle social. Sendo assim, os institutos que compõem o sistema penal, como a ação, a relação de causalidade, os critérios de imputação, o conteúdo do dolo, da antijuridicidade, da culpabilidade, e suas respectivas injunções e reflexos nos institutos que instrumentalizam o processo penal, não são conceitos fechados e absolutos, que se aplicam ao caso

⁸⁴ Para fins desse trabalho trata-se os bens jurídicos difusos e coletivos como sinônimos e como espécie do gênero bens supraindividuais, muito embora alguns doutrinadores entendam que há uma distinção entre essas duas categorias de bens jurídicos, conforme leciona Renato Silveira (2003, p. 56).

concreto por meio de uma mera operação lógico-formal, devendo, na verdade, serem construídos e interpretados de acordo com a finalidade de manter a estabilidade da organização social sobre a qual se projetam⁸⁵.

O Direito penal “moderno” e suas teorias funcionalistas não refutam (em sua maioria) que a missão da tutela penal ainda é proteção de bens jurídicos, o que se altera substancialmente são os seus titulares, que, com o evoluir da sociedade moderna, extrapolam a concepção de interesses individuais e passa a reconhecer interesses supraindividuais, tais como o caso do meio ambiente e do consumidor, que necessitam da intervenção do controle social penal⁸⁶.

Ocorre, portanto, uma mudança de paradigma dentro do Direito penal, que, gradativamente, deixa de se referir, unicamente, as considerações quanto ao indivíduo e passa a proteger interesses supraindividuais. Assim, ao lado de bens jurídicos de cunho clássico (de caráter individual ou, em alguns casos, supraindividual, mas percebidos sobre um espectro tradicional)⁸⁷, surgem, junto com a sociedade de risco pós-industrial, os bens jurídicos supraindividuais (difusos ou coletivos), por serem reconhecidos como interesses fundamentais da vida social da pessoa.

A existência dos bens jurídicos supraindividuais e a missão do Direito penal em protegê-los através de crimes de perigo abstrato é motivo de grandes divergências doutrinárias, havendo posicionamentos favoráveis, contrários e intermediários sobre a sua legitimidade como objeto de tutela do Direito penal moderno, pois retiraria do bem jurídico a sua função garantista dentro do sistema penal, sendo válido, portanto, alguns apontamentos da doutrina alemã sobre o tema, já que tendem a influenciar diretamente o Direito penal brasileiro.

⁸⁵ Segundo Bottini (2007, p. 171): “O Direito penal é um sistema teleológico que cria, desenvolve e utiliza seus elementos para uma perspectiva valorativa, orientada à sua missão funcional. Todos os institutos que integram a dogmática serão preenchidos normativamente, para sua adequação aos fundamentos de um determinado modelo de organização política e social”.

⁸⁶ Para Renato Silveira (2003, p. 30), a diferenciação entre “vítima” e “prejudicado” possui transcendência dogmática, político-criminal e processual, onde a “vítima” configura-se como o titular do bem jurídico ameaçado ou posto em perigo, enquanto que o “prejudicado” é aquele que se vê diretamente afetado pelo delito, sem, contudo, ser titular desse bem. Entretanto, ressalta que no caso de interesses difusos, por óbvio, estas figuras, quase sempre, se confundem.

⁸⁷ Von Liszt, em sua época, já havia mencionado a existência de uma diversidade de portadores de bens jurídicos, pois, ao lado dos portadores individuais, sobressaíam os supraindividuais, entre os quais se encontra o Estado, portador dos interesses coletivos (SILVEIRA, 2003, p. 30).

Entre os posicionamentos doutrinários favoráveis à tutela penal de bens jurídicos supraindividuais, estão autores como Tiedman, Kratzsch, Kindhäuser, Stantenwerth e Kuhlen.

Tiedmann, através do seu reformismo pragmático, entende que cabe ao Direito penal exercer uma “função de pioneirismo” (*Vorreiterfunktion*), podendo e devendo contribuir para a sedimentação de novos valores na sociedade. Segundo o autor, uma das funções do Estado moderno (que é também Estado Social) é a proteção de algumas tarefas intervencionistas (como a ordem econômica ou o meio ambiente), que, por gozarem de natureza autônoma, são irreconduzíveis ao indivíduo isoladamente considerado⁸⁸.

Para Kratzsch, o Direito penal se vale de uma série de técnicas de regulamentação que visam à proteção de bens jurídicos por meio de uma cuidadosa “distribuição de deveres e competências”, e, por isso, é aconselhável o uso da técnica dos crimes de perigo abstrato no controle social penal⁸⁹.

Por sua vez, Kindhäuser apresenta uma tentativa de reformular a teoria do crime de perigo abstrato com o intuito de compatibilizá-la com a ideia de proteção de bens jurídicos. Em sua proposta os delitos de perigo abstrato teriam um objeto de proteção próprio, que seria o “bem jurídico segurança”, o qual estaria justificado pela necessidade de ausência de preocupação ao dispor de outros bens jurídicos⁹⁰.

⁸⁸ Para Tiedmann é preciso revisar o dogma do princípio da subsidiariedade ou *ultima ratio*, pois nem se pode dizer que a pena será a intervenção estatal mais gravosa, face à rede de controle e sanções administrativas. Defende, ainda, que assiste ao legislador uma extensa discricionariedade ou prerrogativa de avaliação (*Einschätzungsprärogative*) no que se refere à escolha do meio mais idôneo para proteger os novos bens, por isso, para a proteção de bens jurídicos coletivos é mais importante revelar a violação do dever (desvalor da ação), do se averiguar a lesão ou perigo do delito, pelo que recomenda encará-los como delitos de mera conduta (*Tätigkeitsdelikten*) (GRECO, 2011, p. 5-6).

⁸⁹ Kratzsch sustenta que para realizar a proteção de bens jurídicos, não basta concentrar-se no comportamento do autor, mas sim retirar deste possibilidades de ação, por isso recomenda a utilização dos crimes de perigo abstrato, já que essa espécie de delito libera o autor de grande parte da tarefa de dominar os cursos causais por ele livremente criados, sendo essa avaliação transferida ao legislador que proíbe, genericamente, a prática da ação (GRECO, 2011, p. 7-8).

⁹⁰ Para Kindhäuser, uma vez que o bem jurídico é entendido como uma condição para o livre desenvolvimento do indivíduo, a “ausência de preocupação” torna-se constitutiva para o bem jurídico, pois a lesão da segurança passa a ser compreendida como um dano *sui generis*. Por essa perspectiva, o perigo concreto e abstrato não se referem mais à estágios prévios da lesão de um mesmo bem, mas sim a um objeto autônomo, sendo o perigo abstrato o dano à segurança, enquanto que o perigo concreto o dano a uma certa disposição do bem pelo titular. Para tanto, justifica que a segurança tem papel importante tanto na história da filosofia política quanto na teoria dos direitos fundamentais, portanto, nada impede seu reconhecimento como bem jurídico-penal (GRECO, 2007, p. 8-9).

Já Stantenwerth, partindo dos grandes perigos das modernas sociedades industriais, cujo potencial lesivo pode eliminar por completa a vida na terra, sugere a criação de um “direito penal do futuro”. Para o referido autor as tradicionais figuras dogmáticas foram construídas levando conta apenas danos individuais (X mata Y), estando tal fórmula, portanto, obsoleta para responder aos enfrentamentos trazidos pelos novos “delitos referidos ao futuro” (*Zukunftsbezogene Delikte*), especialmente aqueles contra o meio ambiente, que tem como vítima as gerações futuras. Sendo assim, sua recomendação é que não só as gerações futuras, mas a natureza em si mesma seja reconhecida como merecedora de proteção penal independentemente da postulação de qualquer bem jurídico, através dos chamados “delitos de comportamento”⁹¹.

Por fim, em resposta as críticas formuladas pelos autores da Escola de Frankfurt, Kuhlen propõe um “relativismo democrático” ao afirmar que inexistente qualquer razão para supor que penalistas formulam juízos de valor melhores ou mais corretos que o legislador ou o cidadão comum, por isso entende que, numa democracia, o legislador pode e deve escutar o povo. Segundo o autor, a “objeção do populismo”, tão difundida entre os penalistas, é fruto da arrogância daqueles que se julgam mais capazes do que todo o restante da população. Sua recomendação, portanto, é que ao invés de recusar os recentes desenvolvimentos, devem os juristas se esforçar na “busca de uma nova dogmática”, uma vez que o direito está não apenas autorizado, como também obrigado, a lidar adequadamente com os novos problemas sociais, por isso, propõe a criação dos “delitos de cumulação”⁹².

Em sentido contrário, os professores da Escola de Frankfurt (Hassemer, Nauke, Lüderssen, Peter-Alexis Albrecht) apresentam-se como

⁹¹ Stratenwerth afirma que é necessário abandonar a cosmovisão antropocêntrica herdada do Iluminismo, a qual reduz a ideia de bem jurídico a meros objetos de interesses humanos, por isso propõe que, ao invés de bem jurídico, deve-se falar da existência de uma determinada “ordem da vida”, que merece proteção não por corresponder aos interesses de quaisquer indivíduos, mas sim a concepções comuns de o que seja uma vida boa. Sustenta, ainda, que se houver uma chance, ainda que mínima, de que o Direito Penal contribua para a vida na terra, é nosso urgente dever não a deixar escapar. (GRECO, 2007, p. 10-12).

⁹² Kuhlen, ao investigar o tipo da poluição das águas, propõe uma nova estrutura do delito para além da distinção entre delitos de lesão e de perigo, que seriam os “delitos de cumulação”, os quais abarcariam condutas, em si, inofensivas, mas que podem provocar resultados lesivos se cumuladas com outras condutas também inofensivas em si. Dessa maneira, entende que os bens jurídicos coletivos, especialmente o meio ambiente, devem ser reconhecidos por seu caráter autônomo, através de uma “teoria dualista do bem jurídico” (GRECO, 2007, p. 12-13).

fortes opositores do uso do Direito penal para a proteção de bens jurídicos coletivos (supraindividuais), porém cada proposta possuem pontos de partida distintos.

Hassemer, compreende o Direito penal como uma instância de controle social, caracterizada fundamentalmente por sua formalização, sendo sua principal finalidade a proteção de bens jurídicos, que seriam apenas interesses humanos individuais, os únicos legitimados a serem protegidos pela tutela penal (teoria pessoal ou monista-pessoal do bem jurídico). Suas críticas contra o Direito penal “moderno” se dividem, fundamentalmente, em quatro aspectos: 1) a constante criação de novo bens jurídicos coletivos, sem referência individual; 2) a incriminação de meros perigos abstratos, por intervir na liberdade do cidadão ainda que nada de ruim aconteça no caso concreto; 3) os déficits de implementação do Direito penal “moderno”, que ocasionam cifras negras gigantescas na resposta da tutela penal; e 4) a desformalização penal, que ocasiona uma substancial perda das garantias que caracterizam o Direito penal do Estado de Direito. O autor apresenta duas saídas como solução para esses problemas: I. a volta ao Direito penal “clássico”, de cunho individualista, que conduziria a extensas descriminalizações; ou II. a criação de um “direito de intervenção”, que seria um novo ramo do direito, situado entre o direito público e o privado, mais flexível que o direito penal e, em contrapartida, menos severo, onde deveriam se situar a maior parte dos bens jurídicos coletivos.

Já Nauke, partindo de uma particular interpretação da filosofia jurídica de Kant, tenta instituir uma “cultura penal isenta de política”⁹³, onde a legalidade penal seria determinada apenas pela razão, sem qualquer ingerência política. Segundo o autor, a política, com seu pensamento utilitarista, tende sempre a restringir cada vez mais a liberdade dos cidadãos em nome do controle do crime, por isso o Direito penal não deve ser perpetrado por quaisquer considerações político-criminais, reduzindo-se o

⁹³ Partindo do que Kant denominava “direito penal negativo”, que seria uma exigência de se disciplinar a razão punitiva, a qual, como qualquer uso da razão, tenta expandir-se continuamente, Nauke leciona que “o direito penal negativo representa um ceticismo fundado em razões de princípios em face do direito penal vigente, ceticismo que chega até a uma total recusa a esse direito penal vigente” (NAUKE, 2012, p. 474).

âmbito do punível ao que ele denomina de “direito de restrição ao combate ao crime”, o qual não se prestaria para a tutela de bens jurídicos coletivos⁹⁴.

Entretanto, é na doutrina de Lüderssen que se encontra a crítica mais radical, já que, em seu entender, o Direito penal “clássico” não passa de uma quimera, um direito penal classista, e, por isso, sustenta que a melhor maneira de se resolver os problemas modernos seria abolir as penas como um todo, por considerar que toda punição é irracional e contrária ao Estado de Direito. Para o autor, os únicos interesses merecedores de proteção são os da vítima e do autor, os quais são solucionáveis, respectivamente, pela reparação do dano e pela ressocialização, mas, como nenhuma destas soluções é pena, o direito penal deveria ser substituído por um “direito de intervenção não punitivo”, o qual manteria a teoria do delito como garantia do cidadão (GRECO, 2007, p. 20-21).

Por fim, também merece referência a crítica de Peter-Alexis Albrecht, para quem o Direito penal “moderno” é meramente simbólico e não instrumental, pois promete solucionar problemas que não tem capacidade de enfrentá-los, portanto, exige que o Direito penal se restrinja a um “direito penal nuclear”⁹⁵, aproximando-se, neste ponto, das pretensões de Hassemer e Nauke.

Quanto à proteção de bens jurídicos supraindividuais pelo Direito penal, há ainda posicionamentos intermediários, onde alguns autores reconhecem a legitimidade de algumas tendências modernas, mas recusam alguns aspectos específicos referentes à sua implementação e aplicabilidade.

Segundo Greco (2007, p. 24), os primeiros trabalhos de Jakobs, publicados em 1985, tentou fixar limites materiais para criminalizações de

⁹⁴ Nauke, assim como Hassemer, propõe a volta do Direito penal “clássico”, mas com um conteúdo ainda mais restrito, pois somente seriam crimes os fatos que, pela sua própria gravidade, legitimariam uma pena estritamente retributiva. Partindo da teoria de Feuerbach do delito como lesão a direito subjetivo, o autor considera crime apenas a lesão dolosa da liberdade ou dignidade da pessoa, as agressões a propriedade somente serão crimes se praticados por fraude ou coação e se provocarem danos consideráveis, não há delitos culposos e nem omissivos, e os bens jurídicos coletivos só serão reconhecidos para os delitos de proteção do Estado (GRECO, 2007, p. 19-20).

⁹⁵ Para Albrecht, a mudança do direito penal do estado liberal para o estado social intervencionista leva a que o direito penal, através de um discurso preventivo de caráter ideológico, prometa encontrar soluções para muitos problemas da sociedade moderna, mas tais promessas são impassíveis de cumprimento, porque esses problemas decorrem de um sistema social fundado na competição e no consumo, e o direito penal pouco mais pode do que fazer de alguns indivíduos bodes expiatórios, individualizando falsamente o problema, tratando-o como se fosse um conflito particular e não sistêmico (GRECO, 2007, p. 22-23).

estágio prévio à lesão de um bem jurídico através da divisão entre “Direito penal do cidadão” e “Direito penal do inimigo”. A proposta parte da premissa de que o Direito penal deve ser caracterizado pela imagem do agente, ou seja, o Direito penal pode definir o agente como “cidadão”, o qual goza de liberdade interna e privada, pois seus comportamentos não representam nenhuma perturbação social; ou o Direito penal pode definir o agente como “inimigo”, que seria aquele que rompeu com o pacto social e representa uma fonte de perigo para bens jurídicos individuais e coletivos⁹⁶.

Por sua vez, partindo de um contratualismo pós-moderno, Schünemann propõe uma tentativa de combinar ideais Iluministas (como as teorias do contrato social) com as concepções pós-moderna (tais como a recusa ao individualismo consumista). Para o autor deve ser mantida a ideia de contrato social, contudo, não devem ser considerados como partes desse contrato apenas os “seres humanos atuais”, mas também as “gerações futuras”, de modo que a sobrevivência da humanidade, enquanto espécie, e a preservação do meio ambiente se tornem dois valores supremos. Em sua considerações, Shünemann considera a teoria pessoal do bem jurídico (individualista) extremante atávica, pois o Estado não pode permanecer inerte aos constantes ataques contra a natureza, por isso sustenta que os bens jurídicos coletivos (supraindividuais) devem ter sua legitimidade reconhecida, para que possa exercer sua função garantista dentro do Direito penal⁹⁷. A proposta do autor é que deve se buscar mais estratégias de cumulação do que de substituição do Direito penal por outros instrumentos de controle social.

Já Frisch, partindo das consequências político-criminais da pena, sugere a criação dos “critérios de determinação do comportamento penalmente proibido”, por acreditar que o bem jurídico, por sua indeterminação conceitual, não é suficiente para limitar o poder punitivo do legislador. Tendo a pena como uma censura ético-social, o autor entende que somente poderiam ser puníveis

⁹⁶ Jakobs entende que o direito penal do inimigo otimiza a proteção de bens, enquanto o direito penal do cidadão otimiza esferas de liberdade, portanto, criminalizações antecipadas somente serão legítimas na medida em que respeitarem os limites da esfera privada dos cidadãos (GRECO, 2007, p. 24-25).

⁹⁷ A aceitabilidade da legitimidade do bem jurídico supraindividual na proposta de Shünemann parte de uma regra prática para evitar a construção de “falsos bens jurídicos”, segundo a qual só se deve postular um bem jurídico coletivo quando não for possível conceber o respectivo delito como um crime de perigo abstrato para a proteção de um concreto bem jurídico individual, pois, na dúvida, deve se admitir apenas o bem jurídico individual (GRECO, 2007, p. 29-30).

aqueles comportamentos que possam fazer recair sobre si um juízo de censura, por isso reforça a ideia de necessidade de lesividade da conduta (perigo concreto) em detrimento do uso da técnica dos crimes de perigo abstrato. O autor também é simpatizante da ideia da criação de um “direito de intervenção”.

Notadamente, é através da doutrina de Hefendehl que os bens jurídicos coletivos (supraindividuais) ganham uma moldura geral. O autor, partindo de uma concepção dualista do bem jurídico, afirma que existem bens jurídicos individuais e bens jurídicos coletivos, sem que qualquer um desses grupos possa ser deduzido do outro. Os bens jurídicos coletivos seriam caracterizados pela não distributividade, já que não há como afirmar que parte deles assiste a cada indivíduo⁹⁸. O autor admite, ainda, uma terceira categoria de delito, que seriam aqueles não referidos a bens jurídicos, denominados de “delitos de comportamento”, os quais estariam legitimados em casos excepcionais, quando existir uma enraizada convicção da obrigatoriedade da norma de comportamento, como no caso dos crimes de maus tratos de animais e bigamia. Hefendehl sustenta que os bens jurídicos coletivos necessitam de uma própria estrutura do delito, propondo a ideia do “delito de cumulação” como uma opção instrumental (GRECO, 2007, p. 34/35).

Por fim, é com as lições de Roxin que a missão de proteção do bem jurídico (seja ele individual ou coletivo), passa, categoricamente, a ser compreendida como a finalidade existencial do Direito penal⁹⁹, mas enfatiza o autor a necessidade de se evitar os “bens jurídicos falsamente coletivos”, que nada mais é do que o somatório de bens jurídicos individuais. Para o autor é completamente inaceitável a figura do “delito de cumulação” proposta por Kuhlen e Hefendehl¹⁰⁰, por levar a punição do agente por ações de terceiros,

⁹⁸ O critério da não distributividade proposto por Hefendehl é bastante visível nos casos dos bens jurídicos ambientais, pois se a vida, como um bem individual, pertence a cada um de nós; a pureza do ar, enquanto um bem coletivo, pertence a todos, sem que seja possível dizer que parte do ar assiste a cada indivíduo.

⁹⁹ Roxin define o bem jurídico como: “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseie nestes objetivos. A diferenciação entre realidades e finalidades indica aqui que os bens jurídicos não necessariamente são fixados ao legislador com anterioridade, como é o caso, por exemplo, da vida humana, mas que eles também possam ser criados por ele, como é o caso das pretensões no âmbito do Direito Tributário” (ROXIN, 2013, p. 18-19)

¹⁰⁰ A figura do “delito de cumulação” também é defendida por Wohlers, para quem existe uma categoria de crimes, fundadas em expectativas realistas, onde o comportamento, por si só, não mostra perigo,

bem como rejeita a utilização globalizada da técnica dos crimes de perigo abstrato.

A proteção dos bens jurídicos supraindividuais é, evidentemente, uma das características marcantes do denominado Direito penal “moderno”, e representa, em parte, a quebra do paradigma individualista no Direito penal, por trazer consigo o reconhecimento de que há interesses na sociedade que não podem ser apropriados por pessoas determinadas.

Inegavelmente, a conjuntura política e social contemporânea apresenta novos desafios para a clássica tarefa de controle social por parte do Estado, o qual não pode se furtar em garantir as expectativas comportamentais e, ao mesmo tempo, deve assegurar as liberdades dos seus cidadãos no convívio social. O reconhecimento da existência de interesses supraindividuais dentro da sociedade, e sua conseqüente tutela na esfera penal, também produzem inevitáveis reflexos na esfera processual, mormente no tocante à legitimidade *ad causam*, já que a existência de um interesse coletivo leva à conclusão que também poderá (ou deverá) conduzir e uma legitimidade processual coletiva.

No catálogo de bens jurídicos supraindividuais penalmente tutelados, existem delitos cuja legitimação goza de ampla aceitação doutrinária (tais como os crimes contra a administração pública), outros, por sua vez, são bastante questionados e refutados (a exemplo dos crimes contra a saúde pública), e ainda há aqueles que são, ao mesmo tempo, criticados e festejados, como é o caso dos crimes ambientais, pois embora exista um nítido reconhecimento da sua importância para o desenvolvimento humano, há quem questione a efetividade de sua proteção pelo controle social penal.

Para além do embate teórico entre aqueles que acreditam que somente são legítimos os bens jurídicos que reflitam os interesses humanos (teoria monista-pessoal) e aqueles que acreditam na autonomia da existência dos bens jurídicos coletivos (teoria dualista), reputa-se correta a lição de Shünermann (2013, p. 42) de que o princípio da proteção de bem jurídico possui um papel fundamental no processo de interpretação e que é

mas será perigosa quando o mesmo comportamento passe a ser repetido por um número maior de pessoas, pois há, nesse caso, um “dever de cooperação” (GRECO, 2007, p. 34). Para Roxin a “solução correta é reconhecer que também nos delitos coletivos há uma lesão a bem jurídico já em cada ação típica individual (independentemente do que façam os outros). Quem modifica negativamente as propriedades de certas águas, lesiona o meio ambiente (...)” (ROXIN, 2014, p. 58).

exatamente em sua abstração que ele pode desempenhar um papel dinâmico-constitutivo, pois, sendo ele uma “fórmula em branco privada de conteúdo” pode, ao mesmo tempo, exercer sua função garantista e crítica dentro do sistema jurídico penal.

O bem jurídico, como centro da estrutura dogmática na construção da norma, cumpre três funções essenciais: 1) a função dogmática, porque a transgressão da norma se explica como lesão ou colocação de perigo de interesses tutelados em lei; 2) a função sistemática, que se traduz no uso do bem jurídico por referência, possibilitando a proporcionalidade das penas através da comparação dos bens atingidos pelo crime e o valor dado a esse bem dentro do sistema; e 3) a função interpretativa, por ser de onde se inicia o labor exegético, sendo a tarefa da hermenêutica jurídico-penal moderna, reinterpretar as categorias dogmáticas pela ótica da política criminal¹⁰¹.

Um sistema jurídico orientado pela proteção do bem jurídico não só vincula o legislador a indicar a sua existência no momento de criação da norma, como também, e sobretudo, permite a verificação da sua existência e lesividade dentro do processo penal, o qual passa a funcionar, instrumentalmente, como um campo dialético que possibilita não apenas provar que a conduta imputada não lesionou o bem jurídico ou lesionou de forma irrelevante (princípio da insignificância), bem como questionar a própria legitimidade do bem jurídico estabelecido na norma (controle difuso ou concentrado de constitucionalidade). Por essas razões é que se faz necessário entender o objeto da ação penal, não apenas no que diz respeito à sua estrutura dogmática, mas também às suas bases teóricas, para que, com isso, se possa exercer adequadamente o diálogo processual.

¹⁰¹ Para Jescheck: “o conceito de bem jurídico não deve equiparar-se sem mais com a *ratio legis*, mas deve possuir um conteúdo de sentido real próprio, anterior à norma penal e concludente em si mesmo, pois em outro caso não poderia cumprir sua função sistemática como leme do conteúdo da delimitação do preceito penal e como contraponto das causas de justificação nas colisões valorativas” (JESHECK *apud* BUSATO, 2013, p. 63).

3. A TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE NATURAL

3.1 A FORMAÇÃO DO BEM JURÍDICO AMBIENTAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Como visto, a natureza gregária do ser humano conduziu o indivíduo ao convívio em sociedade, que, conseqüentemente, se deparou com a necessidade de regular as expectativas comportamentais atinentes às liberdades individuais daqueles que fazem parte do pacto social. A evolução do convívio social levou a superação da ideia de Estado como um ente moral, oriundo da bondade humana, o qual passa a ser reconhecido como um verdadeiro postulado da razão cujo objetivo primordial é regular a ordem social, sendo o único legitimado a organizar politicamente a parcela das liberdades individuais que lhe foi conferido por meio de um contrato social condicionante e orientado pela vontade geral do povo.

Dentre dessa perspectiva político-filosófica, a orientação das expectativas comportamentais é de competência do Estado, o qual não apenas regula como também assegura a pacífica convivência entre os indivíduos por meio do controle social estatal, cuja estruturação básica se assenta no trinômio: norma, sanção e processo. Sendo assim, toda instância de controle social se dará, *a priori*, por meio de uma regra (norma), que, quando violado, implica em uma consequência (sanção), cuja aplicação é condicionada a abertura de um processo.

Será objeto das normas que fundam o controle social todo e qualquer valor que seja reconhecido como fundamental para o desenvolvimento do indivíduo em sociedade. Esses valores de extrema relevância para a ordem social são considerados “bens”, que, uma vez recepcionado pelo controle social, passam a serem considerados “bens jurídicos”, passíveis de tutela pelas diversas instâncias do controle jurídico estatal (civil, penal, administrativo, etc.).

Viu-se, ainda, que a concepção do bem jurídico evoluiu através da história, acompanhando as mudanças da realidade social que redesenharam o papel do Estado na organização política das liberdades. Com efeito, no decorrer do tempo, o bem jurídico deixa de ter uma referência meramente individualista, destinados à proteção de interesses individuais, e passam a se referir também a interesses gerais, sociais, públicos e, posteriormente, coletivos, dando ao controle social a tarefa de regular e proteger interesses supraindividuais que, assim como os interesses individuais, são essenciais para o desenvolvimento da sociedade¹⁰².

Notadamente, acredita-se, não sem razão, que a análise processual da ação penal (privada) subsidiária perpassa pela necessidade de identificação do bem jurídico penalmente tutelado, mesmo quando se tratar de crimes que tutelem bens jurídicos supraindividuais, como é o caso do conjunto de normas referentes à proteção penal do meio ambiente natural¹⁰³.

Partindo do trinômio fundamental da estruturação básica do controle social estatal (norma, sanção e processo), faz-se necessária a compreensão da formação do bem jurídico ambiental no ordenamento jurídico, bem como a análise da sua dignidade penal, e, por conseguinte, a verificação das condutas

¹⁰² Nesse sentido é a valiosa lição de Rui Carvalho Piva: “A preocupação egoística, privada e pública, na proteção dada pelo direito aos bens, desloca-se para as necessidades coletivas. As suas propriedades econômicas, capazes de qualificar um bem como sendo jurídico, vão dividindo espaço com as suas propriedades afetas a valores da vida” (PIVA *apud* FAZOLLI, 2009, p. 21).

¹⁰³ Segundo José Afonso da Silva (2012, p. 21) é possível identificar três aspectos no conceito de meio ambiente, que pode se dividir em: “I – *meio ambiente artificial*, constituído pelo espaço urbano construído, consubstanciado no conjunto de edificações (*espaço urbano fechado*) e dos equipamentos públicos (ruas, praças, áreas verdes, espaço livres em geral: *espaço urbano aberto*); II – *meio ambiente cultural*, integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que, embora artificial, em regra, como obra do Homem, difere do anterior (que também é cultural) pelo sentido de valor especial que adquiriu ou de que se impregnou; III – *meio ambiente natural* ou físico, constituído pelo solo, a água, o ar atmosférico, a flora; enfim, pela interação dos seres vivos e seu meio, onde se dá a correlação recíproca entre as espécies e as relações destas com o ambiente físico que ocupam. É este o aspecto do meio ambiente que a Lei 6.938, de 31.8.1981, define em seu art. 3º, quando diz que, para os fins nela previstos, *entende-se por meio ambiente o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas*”. Sendo certo que somente este último será objeto de estudo do presente trabalho.

típicas distribuídas na Lei nº 9.605/98 (lei dos crimes ambientais) e suas respectivas penas (sanção), que serão aplicadas através da competente ação penal pública (processo).

A formação do bem jurídico ambiental passa, impreterivelmente, pelo reconhecimento político de que o meio ambiente é um valor fundamental para o desenvolvimento do homem em sociedade, posto que somente com a sua devida inclusão normativa no ordenamento jurídico é que se poderia exercer o controle social estatal. Vale frisar, porém, que embora, hoje, pareça obvio a condição do meio ambiente como um valor fundamental da humanidade, tal reconhecimento, em termos históricos e político, é considerado um fato recente.

O meio ambiente¹⁰⁴ faz-se presente em toda a história humana, entretanto, ele somente veio ser observado como valor essencial para o desenvolvimento humano em sociedade a partir da década de 70¹⁰⁵. De fato, a crença de que a natureza era uma fonte inesgotável de recursos alimentou a ideia de que era desnecessária a incidência do controle social estatal sobre sua utilização.

¹⁰⁴ “A expressão ‘meio ambiente’ (milieu ambiente) foi, ao que parece, utilizada pela primeira vez pelo naturalista francês Geoffroy de Saint-Hilaire na obra *Études progressives d’un naturaliste*, de 1835, tendo sido perfilhada por Augusto Comte em seu *Curso de filosofia positiva*” (MILARÉ, 2013, p. 133). Embora seja redundante o emprego conjunto dos termos “meio” e “ambiente”, esclarecedora é a lição de José Afonso da Silva sobre a opção do legislador na utilização do termo “meio ambiente”: “[...] essa necessidade de reforçar o sentido significativo de determinados termos, em expressões compostas, é uma prática que deriva do fato de o termo reforçado ter sofrido enfraquecimento no sentido de destacar, ou, então, porque sua expressividade é mais ampla ou mais difusa, de sorte a não satisfazer mais, psicologicamente, a ideia que a linguagem quer expressar. Esse fenômeno influencia o legislador, que sente a imperiosa necessidade de dar aos textos legislativos a maior precisão significativa possível; daí por que a legislação brasileira, incluindo as normas constitucionais, também vem empregando a expressão ‘meio ambiente’, em vez de ‘ambiente’, apenas” (SILVA, 2012, p. 20).

¹⁰⁵ Segundo Fazolli (2009, p. 21-23), já em 1798, Thomas Robert Malthus publicou o ensaio *Essay of Population*, onde delineava uma curva demográfica, correlacionando-a a outra, que representava os alimentos disponíveis no planeta para o consumo humano. O resultado obtido foi que enquanto a população mundial cresce em progressão geométrica, a produção de alimentos cresce em progressão aritmética, o que destacava, cientificamente, os futuros problemas de subsistência da humanidade, ensejados pelo desigual crescimento populacional em comparação à quantidade de alimentos produzidos. O referido autor destaca que “talvez, por não apresentar evidências práticas imediatas, o alerta de Malthus deixou de gerar maiores preocupações à população mundial. As grandes guerras e catástrofes, dizimando significativa parte da população mundial, também contribuíram para o insucesso ocasional da teoria malthusiana”. Entretanto, identifica-se como o marco oficial da preocupação com a crise ambiental a Convenção Internacional sobre o Meio Ambiente, promovida pela Organização das Nações Unidas – ONU, em Estocolmo (Suécia), em 1972, por ter resultado no reconhecimento do “direito fundamental do homem ao meio ambiente de qualidade”.

Segundo Milaré (2013, p. 50-51), é possível, através de uma reconstituição dos fatos, constatar por meio dos “tempos históricos”¹⁰⁶, que a atividade humana interfere diretamente no ecossistema terrestre, sendo esta relação paradoxal entre o ser humano e o meio ambiente a raiz da questão ambiental, fica evidente que há uma responsabilidade inequívoca e intransferível dos seres humanos, mormente através do Direito.

Sobre a relação do ser humano com o meio ambiente, bastante oportuno é o registro do historiador H. G. Wells: “A história é cada vez mais uma corrida entre a educação e o desastre” (WELLS *apud* MILARÉ, 2013, p. 51). A educação ambiental encontra-se ligada ao avanço da Ecologia¹⁰⁷, posto que esta é ciência responsável pelo estudo das relações dos seres vivos entre si e com o seu meio físico. Contudo, dada a interação da Ecologia com as demais ciências e as alterações trazidas pelas investigações científicas, econômicas e sociais, levaram esta ciência a novas denominações, tais como a Ecologia Humana, a Ecologia Social e a Ecologia Urbana, sendo certo que estes impulsos também levaram a ciência ecológica a versar sobre relações entre a sociedade moderna e a natureza; explicando as consequências das ações dos agentes sócias sobre a base natural do meio ambiente; e analisando as relações de causa e efeito para colaborar na busca de soluções corretivas dos excessos humanos (MILARÉ, 2013, p. 131-132). O amadurecimento desta relação vital entre o indivíduo e o meio ambiente através da Ecologia

¹⁰⁶ Milaré (2013, p. 50), ao proceder com a reconstituição dos fatos, identifica a existência de três tempos. Os tempos geológicos, que são longuíssimos (bilhões de anos) e com poucos registros que nos permitem hoje tirar conclusões definitivas sobre as origens e etapas do Planeta. Os tempos biológicos, que já não são tão remotos (dezenas ou centenas de milhões de anos), mas ainda com pouca precisão, que trata dos registros da vida, onde se constata a formação e alteração do ecossistema. E, por fim, os tempos históricos, que começaram a ser contados a partir da identificação e da presença da espécie humana nos ecossistemas naturais. Destaca o referido autor que “uma coisa é certa: os tempos históricos atestam a presença e as atividades do Homem, assim como a ocupação do espaço. Mais do que isso, testemunham as alterações por ele imposta ao ecossistema terrestre: desta vez, não são apenas as causas físicas naturais; aparecem também as mudanças intencionais produzidas pelo homo sapiens. Os tempos históricos, estes sim, são os mais recentes e manifestam uma aceleração progressiva da evolução por que passa a Terra” (MILARÉ, 2013, p. 50).

¹⁰⁷ “O termo ecologia foi cunhado em 1866 pelo biólogo e médico alemão Ernst Heinrich Haeckel (1834-1917), em sua obra *Morfologia geral dos seres vivos*, como proposta de uma nova disciplina científica, a partir dos radicais gregos oikos (casa) e logia/logos (estudo). Ecologia é, assim, o ‘estudo da casa’, compreendida em sentido lato como o local de existência, o entorno, o meio [...]” (MILARÉ, 2013, p. 130).

conduziria o pensamento moderno a uma drástica reformulação do próprio contrato social, o qual daria lugar a um “contrato natural”¹⁰⁸.

O avanço científico da Ecologia impõe a existência de uma “Ética ambiental”, que assim como qualquer Ética é uma “a ciência ou o tratado dos costumes que, pelo seu caráter eminentemente prático, pode definir-se como o exercício dos bons hábitos e comportamentos morais” (MILARÉ, 2013, p. 147), no entanto, a “Ética ambiental” realiza esse intento regulando as relações humanas (individuais, profissionais, sociais, institucionais e políticas) com o ecossistema¹⁰⁹.

Como bem coloca Milaré (2013, p. 233-236) a devastação ambiental não é marca exclusiva de nossos dias, o que é recente é a percepção jurídica deste fenômeno como consequência de um bem jurídico novo denominado “meio ambiente”. O autor, na esteira dos relatos de Ann Helen Wainer, destaca que já nas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas era possível verificar a existência de regras que tutelavam os recursos naturais, contudo, sua proteção se dava muito mais por conta da sua condição de propriedade da nobreza e da Coroa¹¹⁰. Da mesma forma, são perceptíveis algumas referências legislativas à proteção ambiental no período pré-republicano brasileiro, a

¹⁰⁸ O pensador moderno Luc Ferry apresenta um pensamento filosófico-ambiental que esclarece a questão: “Pois é exatamente disso que trata essa última versão da ecologia, em que se presume que o antigo ‘contrato social’ dos pensadores políticos dê lugar a um ‘contrato natural’ no qual o universo inteiro se tornaria sujeito de direito: não mais o homem, considerado o centro do mundo e precisando antes de mais nada ser protegido de si mesmo, mas o cosmos em si é que deve ser defendido dos homens. O ecossistema – a ‘biosfera’ – é desde logo investido de um valor intrínseco bem superior ao de uma espécie em última análise pernicioso, a espécie humana” (FERRY *apud* MILARÉ, 2013, p. 133).

¹⁰⁹ Para Milaré (2013, p. 147-155) a ética ambiental pode ser aplicada por três aspectos: primeiro através de uma perspectiva social, onde pugna a superação da ideia do meio ambiente como patrimônio da coletividade, pois, sob o substrato ético, “o meio ambiente *não* é um patrimônio da coletividade, nem fonte de recursos naturais para o desenvolvimento da humanidade. Os proprietários de recursos e bens ambientais, seja a que título for, sob o ponto de vista ético não são senão meros gestores desse patrimônio, com a agravante de serem tanto mais cobráveis quanto mais manipularem e utilizarem tais recursos e bens, usufruindo deles em detrimento dos interesses coletivos de hoje e de amanhã”. O segundo aspecto versa sobre uma perspectiva política, onde o autor aborda a questão do meio ambiente como objeto de gestão do Poder Público e da comunidade, destacado que: “a fusão entre Ciência, Direito e Ética ensejará novas e diferentes percepções dos problemas ambientais, que a gestão precisa traduzir em atitudes e medidas práticas adequadas a cada caso concreto”. Por fim, o terceiro aspecto trata de uma perspectiva humanista, onde propõe a necessária superação do enfoque antropocêntrico para o ecocêntrico do meio ambiente, como requisito de sobrevivência humana e planetária, uma vez que “a natureza precede ao próprio ser humano. Por isso as demais formas de vida apresentam um significado próprio em si mesmas. Com efeito, nem tudo o que existe foi criado para a utilidade imediata do homem; há outros fins, outras razões criadoras que escapam à nossa sensibilidade e aos nossos cálculos”.

¹¹⁰ “Toda essa legislação, antiga, complexa, esparsa e inadequada, deixava imune (se é que não o incentivava) o esbulho do patrimônio natural, despojado do seu caráter de bem comum e tratado ignominiosamente como propriedade privada, gerido e explorado sem escrúpulos, com discricionariedade acima de qualquer legislação coerente, de qualquer interesse maior” (MILARÉ, 2013, p. 235).

exemplo do Código Criminal de 1930, que penalizava o corte ilegal de madeiras e da Lei nº 601/1850, que versava sobre o uso do solo.

No período republicano, além do Código Civil de 1916, começou a florescer as primeiras legislações permeadas por algumas regras específicas atinentes a fatores ambientais, tais como: Decreto n. 16.300/1923 (Regulamento do Departamento de Saúde Pública); Decreto nº 23.793/1934 (Código Florestal); Decreto nº 24.114/1934 (Regulamento de Defesa Sanitária Vegetal); Decreto nº 24.643/1934 (Código de Águas); Decreto-lei nº 25/1937 (Patrimônio Cultural); Decreto-lei nº 794/1938 (Código de Pesca); e Decreto-lei nº 1.985/1940 (Código de Minas). Na década de 60, com a emergência do movimento ecológico, alguns textos legislativos também apareceram com o intuito de prevenir e controlar a degradação ambiental, quais sejam: Lei nº 4.504/1964 (Estatuto da Terra); Lei nº 4.771/1965 (Código Florestal); Lei nº 5.197/1967 (Proteção à Fauna); Decreto-Lei nº 221/1967 (Código de Pesca); Decreto-Lei nº 227/1967 (Código de Mineração); Decreto-Lei nº 248/1967 (Política Nacional de Saneamento Básico); Decreto-Lei nº 303/1967 (Criação do Conselho Nacional de Controle de Poluição Ambiental); Lei nº 5.318/1967 (Política Nacional de Saneamento – revogou os Decretos-lei nº 248/67 e 303/67); e Lei nº 5.357/1967 (Estabelece penalidades para embarcações e terminais marítimos ou fluviais que lançarem detritos ou óleo em águas brasileiras) (MILARÉ, 2013, p. 237/238).

Porém, em razão do crescimento econômico e do processo de industrialização predatória, é realizado em julho de 1972, em Estocolmo (Suécia) a maior e mais decisiva conferência sobre o meio ambiente, a qual envolvia a participação de 113 países e 250 organizações não-governamentais, que resultou na criação do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA e a aprovação da Declaração sobre o Meio Ambiente Humano, que continha 26 princípios referentes a comportamentos e responsabilidades destinados a nortear os processos decisórios de relevância para a questão ambiental¹¹¹.

¹¹¹ Vladimir Passos de Freitas (2012, p. 23), ao informar sobre a importância da influência da Convenção de Estocolmo no Direito e sua influência incisiva nos ordenamentos jurídicos, destaca que, na década de 70, “iniciava-se um amplo processo de democratização com a consequente alteração das

No Brasil, embora José Bonifácio, já em 1815, tenha alertado publicamente sobre a importância do meio ambiente e a necessidade de adequar a economia à ecologia¹¹², houve impedimentos culturais que inviabilizavam a aceitação da ética ambiental, posto que a exploração irracional dos recursos naturais era tida como sinônimo de riqueza e progresso social. Em nome do “direito ao desenvolvimento”, houve forte resistência ao reconhecimento do bem jurídico ambiental¹¹³. Ainda assim, em resposta as severas críticas internacionais, o governo brasileiro editou o Decreto nº 73.030/1973, instituindo a Secretaria Especial do Meio Ambiente – SEMA, que atuaria, na época, no Ministério do Interior, cujo objetivo era a orientação de uma política de conservação do meio ambiente e o uso racional dos recursos naturais. A partir daí, outros diplomas legais para a tutela jurídica do meio ambiente foram incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, à exemplo da Lei nº 6.151/1974 (II Plano Nacional de Desenvolvimento); do Decreto-lei nº 1.413/1975 (Controle da poluição do meio ambiente provocada por atividades industriais); da Lei nº 6.453/1977 (Responsabilidade civil por danos nucleares e responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares); da Lei nº 6.513/1977 (Criação de áreas especiais e locais de interesse turístico); e da Lei nº 6.766/1979 (Parcelamento do solo urbano – Lei Lehmann) (MILARÉ, 2013, p. 239).

Entretanto, é ao instituir a Política Nacional do Meio Ambiente, através da edição da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que o legislador brasileiro apresenta ao ordenamento jurídico brasileiro a definição legal de meio ambiente como objeto específico de proteção, considerando-o como: “o

constituições federais. Portugal, em 1976, e Espanha, em 1978, são dois bons exemplos – ambos promulgaram novas constituições e nelas expressamente protegeram o meio ambiente”.

¹¹² “A primeira manifestação de um homem público sobre o meio ambiente foi, certamente de José Bonifácio de Andrade e Silva, em 1815. Sintetizando com rara felicidade a importância do assunto e a necessidade de adequar a economia à ecologia, afirmou o patriarca da Independência: ‘Se a navegação aviventa o comércio e a lavoura, não pode haver navegação sem rios, não pode haver rios sem fontes, não há fontes sem chuvas, não há chuvas sem umidade, não há umidade sem florestas” (FREITAS, 2012, p. 19).

¹¹³ Fazolli (2009, p. 25) destaca que o governo brasileiro, através de programas como “desenvolvimento a qualquer custo” ou “cinquenta anos em cinco” demonstram a existência de um “paradigma antropocêntrico-utilitarista”, por meio do qual “o conceito de dano e as estruturas de imputação existentes passam por uma hipervalorização do pensamento racional e pela hipertrofia da propriedade privada e do individualismo, em detrimento do coletivo”. Segundo o autor, tal paradigma é fruto do liberalismo iniciado após a Segunda Guerra Mundial, e, portanto, o Brasil fazia uso do princípio do “direito ao desenvolvimento”, pelo qual os Estados justificavam a utilização dos recursos naturais de acordo com suas conveniências internas.

conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (art. 3º, I). Afora a definição do meio ambiente como bem jurídico, a referida lei estabelece diretrizes para a preservação, melhoria e recuperação do meio ambiente, então considerado um patrimônio público (art. 2º, I); traça objetivos específicos a serem perseguidos (art. 4º); institui o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISAMA (art. 6º), apto para o planejamento de uma ação integrada de diversos órgãos governamentais e da sociedade civil; fixa os instrumentos da política nacional do meio ambiente (art. 9º); e estabelece a responsabilidade objetiva do poluidor para a reparação do dano ambiental (art. 14, § 1º).

Para Freitas (2012, p. 19), a Lei nº 6.938/81 restringe, indevidamente, o bem jurídico ambiental à categoria dos recursos naturais (meio ambiente natural). No entanto, por sua inegável importância para a matéria ambiental no direito brasileiro, Milaré (2013, p. 240) considera a referida lei o “primeiro marco” da tutela do ambiente, que será sucedido por mais três relevantes marcos.

O segundo marco seria a edição da Lei 7.347/1985, que disciplinou a ação civil pública como instrumento processual específico e adequado para a tutela jurídica do meio ambiente e outros interesses difusos, possibilitando, de forma inovadora, que a atividade jurisdicional seja provocada por entes colegitimados (art. 5º) que gozam, concorrentemente, de legitimidade para agir em juízo em prol do meio ambiente¹¹⁴.

O terceiro marco seria a promulgação da Constituição Federal de 1988¹¹⁵ que, ao tratar da ordem social, dedicou um capítulo próprio ao meio ambiente, garantindo a todos, indistintamente, o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, que é um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida (art. 225); determinando, expressamente, que

¹¹⁴ Sobre a importante mudança das regras da legitimidade *ad causam* no Brasil, Milaré (2013, p. 240-241) destaca que: “para bem dar dimensão real e a importância efetiva do afrouxamento das regras de legitimação para agir, basta lembrar que países mais desenvolvidos da União Europeia e tão próximos de nossa tradição jurídica, como Alemanha, França, Bélgica, Portugal e Espanha – para citar alguns –, ainda buscam, sem resultados concretos mais evidentes, um sistema de acesso coletivo à Justiça”.

¹¹⁵ “Na década de oitenta, com a abertura política em escala continental, novas constituições entraram em vigor e sempre revelando preocupação com a questão ambiental. Tal fato foi observado por Raul Brañas, ao dizer que ‘neste último quarto de século assistimos a um everdecimento (*greening*) das Constituições Políticas da região, que paulatinamente estão ocupando-se mais e mais de estabelecer as bases para o desenvolvimento de uma legislação ambiental moderna” (FREITAS, 2012, p. 24).

condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, sejam pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, bem como a obrigação de reparação do dano ambiental (art. 225, § 3º). Tais medidas, além de “esverdear” o ordenamento jurídico brasileiro, tornou possível a defesa de um Direito Constitucional Ambiental¹¹⁶.

O reconhecimento do meio ambiente como um valor constitucional se tornou uma tendência mundial¹¹⁷ e impulsionou diversas manifestações internacionais que incluíam a proteção ecológica na esfera dos Direitos Humanos. “esverdear” constitucional do meio ambiente, tais como a Declaração de Estocolmo das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano (1972), o Protocolo de San Salvador Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988), a Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (1992), a Convenção sobre Diversidade Biológica (1992), a Declaração e Programa de Ação de Viena, promulgada na 2ª. Conferência Mundial sobre Direitos Humanos (1993), o Protocolo de Quioto (1997), o Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança (2000), a Convenção de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes (2001) e a Convenção de Aarhus sobre Acesso à Informação, Participação Pública na Tomada de

¹¹⁶ Sarlet (2013, p. 29) utiliza-se da expressão cunhada por Vasco Pereira da Silva para afirmar que inclusão constitucional do meio ambiente abriu as portas se “esverdear” a Teoria da Constituição, o Direito Constitucional e a ordem jurídica como um todo, que edifica a existência de uma Teoria Constitucional Ecológica e a defesa de um Direito Constitucional Ambiental. De forma pioneira, desde 1994, José Afonso da Silva, em sua obra *Direito Ambiental Constitucional*, tem se dedicado a essa nova ótica constitucional, e destaca: “O título – *Direito Ambiental Constitucional* – precisa ser no mínimo esclarecido. A primazia do qualificativo *ambiental* pretende denotar que se trata de um livro de *Direito Ambiental*, não de Direito Constitucional, e só no sentido daquilo que se tem chamado de meio ambiente natural, pois o cultural foi objeto de outro volume. Mas o qualificativo *constitucional* no título não é mero enfeite, pois com ele se quer dizer que o tratamento da matéria parte da matriz constitucional. Se o título fosse *Direito Constitucional Ambiental*, possivelmente inadequado, significaria que estaríamos estudando apenas os fundamentos constitucionais da matéria ambiental. Em tal caso, nossos limites seriam a compreensão e sistematização das normas constitucionais sobre a matéria, e só isso, sem entrar no campo mais vasto da legislação ordinária. Isso também feito em certo sentido, mas não só isso, porque se quis fazer *Direito Ambiental* e não apenas Direito Constitucional sobre a proteção do meio ambiente” (SILVA, 2012, p. 17-18).

¹¹⁷ Desde a Declaração de Estocolmo (1972), a proteção do meio ambiente, gradativamente, passou a incorporar diversas constituições, tais como a de Portugal (1976), Espanha (1976), Brasil (1988), Alemanha (reforma constitucional de 1994), Colômbia (1991), África do Sul (1996), Suíça (2000), França (Carta do Meio Ambiente de 2004), Equador (2008) e Bolívia (2009) (SARLET, 2012, p. 30).

Decisões e Acesso à Justiça em Matéria Ambiental (2001); todas impondo um necessário “diálogo de fontes” sobre a proteção ambiental¹¹⁸.

Dentre os diversos mecanismos destinados ao enfretamento da crise ecológica, merece destaque o novo arranjo social e político acerca da participação popular. De fato, a Constituição da República de 1988, a exemplo de outros cenários constitucionais, institui que a proteção do meio ambiente como uma tarefa do Estado (Estado-Legislator, Estado-Administrador e Estado-Juiz) e, sobretudo, da sociedade, consagrando que a proteção ecológica é “um direito (e dever) fundamental ao ambiente, ou seja, um *direito do indivíduo e da coletividade a viver em um ambiente equilibrado, seguro e saudável*” (SARLET, 2012, p. 31).

Notadamente, o movimento ambientalista¹¹⁹ fez com que a sociedade civil organizada reivindicasse e ocupasse um novo espaço político, o qual, amparado na própria reformulação do modelo democrático, estabeleceria mecanismos mais diretos de participação política, que, posteriormente, também seria sentidos na proteção jurídica do meio ambiente, tais como o direito a ação popular (art. 1º, da Lei nº 4.717/65, e art. 5º, LXXIII, da CR/88) e a legitimação ordinária na ação civil pública (art. 5º da Lei 7.347/85), matérias que voltaremos a tratar com mais profundidade no capítulo seguinte.

A Constituição da República de 1988 representa um dos marcos mais importantes da proteção ambiental, posto que, com a superação da anacrônica perspectiva individualista¹²⁰, passa a reconhecer, em seu art. 225, o “direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado” como um direito fundamental, em

¹¹⁸ Para Sarlet (2012, p. 1), “até por força de um diálogo de fontes, cada vez mais necessário, e da ideia de ‘interconstitucionalidade’ aventada por alguns autores, é importante sinalizar para essa ‘sintonia fina’ existente entre os planos normativos internacional, comunitário e constitucional no tocante à tutela ecológica, todos eles a afirmar a essencialidade da qualidade do ambiente para o desfrute de uma vida digna, segura e saudável, inclusive na perspectiva das futuras gerações”.

¹¹⁹ Segundo Sarlet (2012, p. 35), a crise ecológica motivou a mobilização de diversos setores e grupos sociais na defesa da Natureza, o que levou ao surgimento de novos valores e práticas no âmbito comunitário, sendo assim, a sociedade civil organizada é resultado, em grande medida, das mobilizações sociais verificadas de modo emblemático a partir da Década de 1960 (revolta estudantil de Maio de 1968, na França). Sarlet, com base no estudo sobre o movimento ambientalista realizado por Sérgio B. Tavoralo, que “a sociedade civil passa a se caracterizar como uma terceira arena de poder, a fim de fazer frente ao Estado e ao Mercado, reforçando o seu papel na integração social”.

¹²⁰ Em sua obra destinada ao estudo da eficácia dos direitos fundamentais, Sarlet (2015, p. 67) afirma que “a própria terminologia ‘direitos e garantias fundamentais’ constitui uma novidade, já que as Constituições anteriores costumava utilizar-se a denominação ‘direitos e garantias individuais’, desde muito superada e manifestamente anacrônica, além de desafinada em relação à evolução recente no âmbito do direito constitucional e internacional”.

seu sentido formal e material¹²¹. Com efeito, a Carta Magna brasileira de 1988, ajustando-se a realidade imposta pela crise ecológica, mantém as suas duas maiores tradições políticas ao assegurar o direito fundamental à liberdade individual (pensamento liberal) e à igualdade (pensamento social), e, conjuntamente, passa a reconhecer uma “nova categoria” de direito fundamental, a qual, segundo Sarlet (2015, p. 46), na esteira das lições de Bosselmann, “radica a ideia de serem eles essencialmente coletivos (transindividuais), expressando direitos coletivos ou de grupos”, e, por isso, dependem fortemente de mecanismos de cooperação substancial de todas as forças sócias para a sua realização, transformando o Brasil em um Estado Democrático e Socioambiental de Direito.

O direito ao meio ambiente equilibrado (art. 225, da CR/88) é comumente classificado pela doutrina como um direito de “terceira dimensão” (ou geração)¹²². Por essa qualidade, o meio ambiente seria um direito fundamental transindividual que necessariamente deve estar ancorado no princípio da solidariedade, onde se faz necessária cooperação entre os indivíduos que escapa a esfera das liberdades individuais, exigindo-se, portanto, uma conscientização coletiva do constitucionalismo ecológico, o qual,

¹²¹ “A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos, devidamente adaptados ao nosso direito constitucional pátrio: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, de tal sorte que – nesse sentido – se cuida de direitos de natureza *supralegal*; b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) de reforma constitucional (art. 60 da CF, cuidando-se, portanto (pelo menos num certo sentido) e como leciona João Passos Martins Neto, de *direitos pétreos* [...]; c) por derradeiro, cuida-se de norma diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata entidades públicas e privadas (art. 5º, § 1º, da CR). A fundamentalidade material, por sua vez, decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade. Inobstante não necessariamente ligada à fundamentalidade formal, é por intermédio do direito constitucional positivo (art. 5º, § 2º, da CF) que a noção de fundamentalidade material permite a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes de seu texto e, portanto, apenas materialmente fundamentais, assim como o direito a direitos fundamentais situados fora do catálogo, mas integrantes da Constituição formal” (SARLET, 2015, p. 75-76).

¹²² A primeira referência ao conceito de direitos humanos de terceira dimensão é creditada a Karl Vasak, tendo sido empregado pela primeira em seu ensaio intitulado “*For the Third Generation of Human Rights: The Rights of Solidary*”, apresentado em 1979, na aula inaugural da 10ª Sessão de Estudos do Instituto Internacional de Direitos Humanos, em Estrasburgo, na França (SARLET, 2013, p. 46). Sobre sua origem histórica, esclarece Sarlet (2015, p. 55) que “os direitos de primeira, segunda e de terceira dimensões (assim como os da quarta, se optarmos pelo seu reconhecimento), consoante lição já habitual na doutrina, gravitam em torno dos três postulados básicos da Revolução Francesa, quais sejam, a liberdade, a igualdade e a fraternidade, que, considerados individualmente, correspondem às diferentes dimensões”. Vale frisar que não são poucas as críticas dedicadas a essa classificação.

para além da dignidade humana, deve ser reconhecido através da “dignidade das futuras gerações”¹²³.

Em relação ao meio ambiente, o alcance do princípio da dignidade da pessoa humana também é objeto de discussão no tocante a superação do paradigma antropocêntrica pelo ecocêntrica na regulação das relações jurídico-ambientais. Segundo Dias (2007, p. 9) a questão reside na escolha de qual “pré-compreensão” deve fundamentar politicamente a tutela jurídica do meio ambiente, aquela que defende que o meio ambiente deverá ser protegido em face do valor que ele tem em si mesmo, sendo, portanto, um bem jurídico autônomo (visão ecocêntrica); ou aquela que sustenta que o bem jurídico ambiental deve estar se referir sempre à ofensa de um bem jurídico pessoal, tais como a vida e a saúde dos indivíduos (visão antropocêntrica)¹²⁴.

Sarlet (2013, p. 74-75) explica que a matriz filosófica moderna para a concepção de dignidade radica essencialmente no pensamento kantiano¹²⁵, e, por ser uma filosofia excessivamente antropocêntrica, sustenta-se ser a dignidade um atributo exclusivo da pessoa humana, pois, em razão da sua

¹²³ “Conforme alerta Bosselmann, ‘o tempo passou’, e agora, não obstante os seres humanos continuarem a ser uma ameaça para seus ‘companheiros’ de espécie humana, eles, além disso, passaram a representar uma ameaça para as condições naturais da vida, o que demanda um conceito alargado de solidariedade, incorporando a dimensão ecológica à já existente dimensão social, de modo a alcançar uma adequada compreensão dos direitos humanos e fundamentais. [...] vinculado à dimensão ecológica da dignidade humana, diz respeito o reconhecimento da dignidade (e direitos?) às futuras gerações humanas, ampliando-se a dimensão temporal da dignidade para as existências humanas futuras. Deve-se, nesse sentido, reforçar a ideia de responsabilidade e *dever jurídico* (para além do plano moral) para com as gerações humanas futuras [...]. A partir da sua dimensão intergeracional, o *princípio (e dever) da solidariedade* aponta para um complexo de responsabilidades e deveres das gerações contemporâneas ‘viventes’ em resguardar as condições existenciais para as pessoas que virão a habitar o planeta [...]. O reconhecimento da *dignidade das futuras gerações*, assim como da dignidade dos animais não humanos e da Natureza em si, surge como mais um elemento a formatar e ampliar a noção (e o alcance da proteção e reconhecimento pelo Direito) da noção de dignidade humana característica da tradição ocidental, especialmente desde Kant, e que nos tem servido como guia ate o atual estágio do pensamento humano” (SARLET, 2013, p.47-52).

¹²⁴ “[...] assinalam-se habitualmente duas grandes pré-compreensões da tutela jurídica do ambiente: – *pré-compreensão antropocêntrica*: a defesa do ambiente é feita com o objectivo principal – ou mesmo único – de proteger a vida humana; – *pré-compreensão ecocêntrica*: o ambiente (tanto na sua globalidade, enquanto bem unitário, como quanto aos seus componentes) é tutelado em si mesmo, procurando-se a defesa e promoção da natureza como um valor novo. [...] Independentemente da opção que se tome, deve sublinhar-se que se vem sentido paulatinamente o trânsito de uma visão antropocêntrica do direito para uma outra em que também as ‘coisas’ passam a merecer a tutela da ordem jurídica (substituição ou complemento do princípio antropocêntrico pelo princípio ecocêntrico ou biocêntrico)” (DIAS, 2007. p. 9).

¹²⁵ “Embora não se possa aprofundar a discussão, enfatiza-se que a formulação central do pensamento kantiano, tal qual apontado anteriormente, coloca a ideia de que o ser humano não pode ser empregado *como simples meio* (ou seja, *objeto*) para a satisfação de qualquer vontade alheia, mas sempre deve ser tomado *como um fim em si mesmo* (ou seja, *sujeito*) em qualquer relação, seja em face do Estado seja em face de outros indivíduos. Com tal entendimento, está-se a atribuir um valor intrínseco a cada existência humana, demarcando o respeito à sua condição de sujeito nas relações sociais e intersubjetivas” (SARLET, 2013, p. 74).

racionalidade, deve ocupar um lugar superior e privilegiado em relação aos demais seres vivos. Sendo assim, todo o universo “não humano” (biótico ou abiótico) estaria enquadrado no conceito de “coisas” e não de “pessoas”, tendo, portanto, um “valor relativo”, o qual é mensurado na medida em que se prestariam (em maior ou menor grau) como “meio” para a satisfação humana.

É exatamente em oposição a esta concepção, que os partidários da “Ecologia Profunda” (*Deep Ecology*)¹²⁶ defendem que o meio ambiente natural também possui dignidade, e, por isso, buscam romper radicalmente com o paradigma antropocêntrico, sob o argumento de que a natureza é “ser” formado pela totalização dos microbens (ar, solo, água, fauna, flora, etc.) que a integram, sendo passíveis de direitos que lhe seriam ínsitos, os quais, inclusive, podem ser opostos aos humanos (FAZOLLI, 2009, p. 42).

Alguns países receberam essa tendência ecológica em seus textos constitucionais, adotando expressamente uma pré-compreensão ecocêntrica da tutela jurídica do meio ambiente, a exemplo da Constituição da Suíça, que em seu art. 24 reconhece a “dignidade da criatura”¹²⁷; e da Constituição do Equador que dedicou um capítulo específico sobre os “Direitos da Natureza (ou Pacha Mama)”¹²⁸, reconhecendo a dignidade da vida não humana.

No Brasil, a matéria ainda é bastante divergente, principalmente por conta do próprio texto constitucional, onde se verifica uma visão antropocêntrica no *caput* do art. 225, quando dispõe: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”; e, ao mesmo tempo, percebe-se uma

¹²⁶ “O desenvolvimento da Escola Profunda ocorreu, principalmente, nos Estados Unidos da América do Norte; contudo, contudo, com representantes na Noruega, Inglaterra, Alemanha e Austrália – dentre os seus idealizadores, destacam-se: Arne Naess, A. Leopold, R. Carson, J. Ioverlock, D. Thoreau, Stone, Capra e os brasileiros Aveline, Pelizzoli, Unger e Boff” (FAZOLLI, 2009, p. 42).

¹²⁷ “O idealizador do ‘movimento’ suíço de reforma constitucional, Peter Saladin, sustenta um novo perfil constitucional para o tratamento da questão ambiental baseado em três principais princípios éticos: a) *princípio da solidariedade* (justiça intrageracional); *princípio do respeito humano pelo ambiente não humano* (justiça interespecies); *princípio da responsabilidade para com as futuras gerações* (justiça intrageracional). Tal ideia traduz uma concepção de justiça ecológica, enfatizando o respeito e os deveres que o ser humano deve observar quando da sua interação com o meio natural e as formas de vida não humana” (SARLET, 2013, p. 78-79)

¹²⁸ A Constituição Equatoriana dispõe expressamente em seu art. 71 que: “*La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema*” (EQUADOR, 2016, p. 52).

concepção ecocêntrica na literalidade do disposto no inciso VI, do §1º, do art. 225: “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”. Por essa razão, tem-se consolidado o entendimento entre os constitucionalistas brasileiros de que Constituição de 1988 adotou um “antropocentrismo ecológico”¹²⁹.

Por fim, tem-se a edição da Lei nº 9.605/1998, também conhecida como “Lei dos crimes ambientais”, considerada o quarto marco da tutela jurídica do meio ambiente, a edição da Lei nº 9.605/1998, já que prevê sanções penais e administrativas aplicáveis a condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, conforme disposição expressa do art. 225, § 3º, da CR/88. Trata-se de uma inovação no ordenamento jurídico, posto que a referida lei além de inaugurar uma sistematização das sanções administrativas e tipificar organicamente os crimes ecológicos, torna realidade a promessa constitucional de incluir a pessoa jurídica como sujeito ativo dos crimes ambientais.

Por outro lado, se a dignidade do bem jurídico ambiental encontra-se devidamente reconhecida no âmbito civil e administrativo do controle social estatal, o mesmo não pode se dizer no âmbito penal. A tutela penal do meio ambiente tem dividido opiniões entre aqueles que aceitam e os que não aceitam o meio ambiente como um bem jurídico-penal.

3.2 A DIGNIDADE PENAL DO BEM JURÍDICO AMBIENTAL

A estruturação do controle social estatal e sua tarefa de regulação das expectativas comportamentais exige uma fragmentariedade das instâncias (ou âmbitos) do controle social no seara jurídica, cabendo ao Direito penal a

¹²⁹ “Pereira da Silva defende o conceito de ‘antropocentrismo ecológico’, o qual rejeita também uma visão meramente instrumental, economista ou utilitária da Natureza, considerando que o ambiente deve ser tutelado pelo Direito, ao passo que a sua preservação é condição para a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, em que pese a manutenção de uma compreensão antropocêntrica do Direito, na medida em que se propõe a sua moderação ou alargamento, já se coloca uma nova ótica para a compreensão da relação ser humano-Natureza, uma vez que o meio natural se passa a atribuir um valor intrínseco, reconhecendo a Natureza e os bens ecológicos, para usar a formulação kantiana, como *um fim em si mesmo*, apesar de esta relação ser relacional em face do ser humano, e não totalmente autônoma, como há de ser no contexto de um Estado Socioambiental de Direito” (SARLET, 2013, p. 87-88).

missão de garantir às pessoas uma vida em sociedade com as condições mínimas de existência através da exclusiva proteção de bens jurídicos.

O bem jurídico, afora as dificuldades e incertezas da sua conceituação, pode ser definido como os “interesses” mais essenciais de uma dada sociedade, cuja preservação é fundamental para garantir as condições mínimas da existência em sociedade (dada à natureza gregária do ser humano) e do pleno desenvolvimento da pessoa humana, não sendo, portanto, uma escolha aleatória, já que a definição dos bens jurídicos se dá na medida da sua importância para a vida do homem em sociedade, tendo como parâmetro o conceito de dignidade da pessoa humana¹³⁰.

Como visto no capítulo anterior, o bem jurídico é histórico e, por isso, os “interesses relevantes” passíveis da tutela penal podem sofrer alterações ao longo dos tempos, pelo que, dentro de uma mesma sociedade, a história pode realizar profundas alterações no tocante a legitimidade dos bens jurídico-penais protegidos (por exemplo, a descriminalização do adultério), como também no conteúdo e na abrangência de bens que já gozam de proteção.

Notadamente, a evolução da realidade social e da função política do Estado proporcionou diversas alterações ao conteúdo do bem jurídico-penal na tarefa de garantir a liberdade, a igualdade e a fraternidade na ordem social, sendo certo que cada uma destas garantias modificam o alcance do conceito da “dignidade da pessoa humana”¹³¹.

O caminho do bem jurídico através dos pensamentos positivistas, ontologicista, neokantista e funcionalistas, permitem perceber que há uma nítida superação da concepção individualista para a supraindividualista, o que

¹³⁰ “[...] bens jurídicos são valores éticos-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas” (TOLEDO *apud* CRUZ, 2008, p. 45). No mesmo sentido: “A conceituação material de bem jurídico implica o reconhecimento de que o legislador eleva à categoria de bem jurídico o que já na realidade social se mostra como um valor” (PRADO, 2013, p. 99).

¹³¹ Ecoando a lição de Barbosa de Melo, Prado (2013, p. 87-88) destaca que: “No pensamento democrático ‘a eminente dignidade da pessoa humana aparece desenvolvida, numa primeira explicitação, através do princípio da liberdade, da igualdade e da fraternidade. O primeiro – a liberdade – traduz a autonomia da razão pessoal existente em cada ser humano e a sua inviolabilidade na regência de sua própria conduta social. Equivale à autodeterminação da pessoa na sociedade. O segundo – igualdade – reconhece como inerente a todo ser humano a mesma dignidade, atribuindo a todos os mesmos direitos essenciais, independentemente do ofício ou função social que exerçam; negativamente, proíbe a utilização de certos critérios de diferenciação no tratamento entre as pessoas em qualquer domínio da ordem jurídica (...). Finalmente, a fraternidade – princípio sistemático ignorado pelo individualismo – afirma o sentido essencialmente dialógico e convivente do ser humano e prescreve a solidariedade de todas as pessoas no gozo das vantagens e na partilha dos riscos produzidos na vida em sociedade”.

reforça a ideia de que todo bem jurídico é sempre um bem jurídico da coletividade, e, por mais individual que ele possa parecer, o que se protege são valores com expressão coletiva, ainda que possua um preponderante caráter individual (como no caso da proteção penal da vida, da integridade física, do patrimônio, etc.).

Entretanto, é pacífico o entendimento doutrinário de que a proteção penal não se dá apenas pela condição de bem jurídico atribuída a um determinado valor social, já que, por conta da necessária fragmentariedade e subsidiariedade do Direito penal, cabe a este tutelar somente os bens jurídicos mais relevantes de uma determinada sociedade, quando restar verificado que a aplicação da sanção penal é fundamental para resguardar o referido bem jurídico¹³².

Sendo assim, um dos critérios para que determinado bem jurídico seja protegido pela incidência da tutela penal é a sua “dignidade penal”, a qual esta condicionada a relevância do referido bem jurídico para o desenvolvimento da pessoa humana sob as condições mínimas de uma existência digna¹³³. No entanto, quais são os critérios para se atribuir dignidade criminal a um determinado bem jurídico, dentre eles o bem jurídico ambiental?.

Segundo Busato (2013, p. 51), as tendências atuais dominantes buscam fundamentar o bem jurídico desde a política-criminal, ou seja, “se vincula a teoria do bem jurídico com os fins do ordenamento jurídico-penal e com os fins do Estado”. Dentro desta tendência, na lição de Cristiane dos Santos, surgem três correntes principais do pensamento dogmático: as teorias constitucionalistas, as teorias sociológicas, e as teorias ecléticas (CRUZ, 2008, p. 45).

Na concepção da teoria constitucionalista, os valores constitucionais são tomados como ponto de referência para a definição dos bens jurídicos. Desse modo, somente será considerado um bem jurídico, inclusive com

¹³² “o conceito material de crime vem assim a resultar da função do direito penal de *tutela subsidiária (ou de ‘ultima ratio’) de bens jurídicos dotados de dignidade penal (de ‘bens jurídicos-penais’)*; ou, o que é dizer o mesmo, de *bens jurídicos cuja lesão se revela digna de pena*” (FIGUEIREDO DIAS *apud* CRUZ, 2008, p. 44).

¹³³ “O Direito penal somente vai incidir sobre bens jurídicos *já protegidos por outras normas* quando existir ali um interesse digno desta forma de tutela e a sanção penal for a única suficiente para lhe dar efetiva proteção, não obtida plenamente por outras formas de tutela” (CRUZ, 2008, p. 47).

dignidade penal, aqueles valores que estejam implícita ou explicitamente resguardados pelo texto constitucional¹³⁴.

Prado (2013, p. 96-97) é um dos mais enfáticos defensores da teoria constitucionalista no Brasil, no seu entender, a noção de bem jurídico emerge de certos parâmetros gerais de natureza constitucional, por isso a tarefa legislativa deve estar vinculada a determinados critérios positivados na Lei Maior “que operam como um marco de referência geral ou de previsão específica – expressa ou implícita – de bens jurídicos e a forma de sua garantia”. E conclui: “Em um Estado democrático de Direito, a determinação dos valores elementares da comunidade deve estar, em princípio, delineada na Constituição”.

Adotando um posicionamento contrário, Busato (2013, p. 52) entende que a Constituição não pode servir como uma referencial positivo para a criação de bens jurídico-penais, pois a norma, mesmo que constitucional, “nem sempre pode ser identificada com os interesses primordiais da sociedade”, por entender que “não há identidade absoluta entre a previsão normativa constitucional e os bens jurídicos essenciais ao desenvolvimento social do indivíduo”. Em sua perspectiva não se deve confundir direitos fundamentais constitucionais com bens jurídicos, posto que suas funções são completamente distintas¹³⁵. Por tais razões, o autor admite, como muito, que a Constituição seja um referencial negativo, sendo utilizada para a exclusão da proteção jurídico-penal de determinado bem jurídico.

Já a teoria sociológica, parte da premissa de que os bens vitais ou culturais constituem fontes a serem protegidas pelo Direito. Sob essa perspectiva o bem jurídico é considerado na sua dimensão social, por isso

¹³⁴ Essa é a posição adotada por Jorge de Figueiredo Dias (2012, p. 252): “[...] os bens jurídicos protegidos pelo direito penal devem considerar-se concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais e à ordenação social, política e econômica. Sendo por esta via que os bens jurídicos <se transformam> em *bens jurídicos dignos de tutela penal ou com dignidade jurídico-penal*, numa palavra, em *bens jurídicos penais*”.

¹³⁵ Sobre a diferença funcional entre os direitos fundamentais constitucionais e os bens jurídicos, Busato apresenta a seguinte lição de Bustos Ramírez: “Na Constituição e no Direito constitucional os Direitos fundamentais cumprem uma função muito específica, de regular as relações entre a sociedade política e a sociedade civil e, portanto, constitui um limite à intervenção do Estado junto aos cidadãos. Ao contrário, os bens jurídicos têm a função muito mais ampla e complexa, pois implicam relações sociais concretas dos indivíduos a respeito de todos os possíveis sujeitos ou objetos que podem entrar nesta relação, nesse sentido também o Estado, mas não só este” (BUSTOS RAMÍREZ *apud* BUSATO, 2013, p. 52).

partem do critério que o bem jurídico está constituído pela danosidade social¹³⁶.

Novamente Busato (2013, p. 54) alerta que existem certos riscos ao tentar alinhar o bem jurídico ao sistema social, uma vez que a consciência social nem sempre expressa em termos normativos, o permite a conclusão de que a “eleição do bem jurídico socialmente essencial não pode se confundir com uma simples adesão irrestrita à expressão normativo-constitucional”.

Por fim, no que se refere à teoria eclética, Cruz (2008, p. 46), na esteira da lição de Cristiane dos Santos, informa que seus defensores concebem a Constituição e seus princípios como um norte, entretanto, mantém o critério da danosidade social, de maneira que apenas os bens ou interesses constitucionalmente legítimos e socialmente relevantes poderão ensejar uma tutela penal.

Entende-se que está última corrente teórica se demonstra aceitável aos problemas atuais a serem enfrentados pelo sistema jurídico. Ademais, no caso do meio ambiente natural, independentemente da teoria adotada, este mereceria o status de bem jurídico, já que existe expressa previsão constitucional o reconhecendo como um valor fundamental para o desenvolvimento da sociedade (art. 225, da CR/88), bem como a crise ecológica vivenciada nos últimos tempos, evidenciada por diversos estudos científicos, atesta a danosidade social oriunda da sua degradação.

Partindo-se exclusivamente da teoria constitucionalista, a dignidade penal do bem jurídico ambiental estaria prevista, expressamente, no art. 225, § 3º, do CR/88, quando determina que condutas ou atividades lesivas ao meio ambiente estão sujeitas a sanções penais, e, portanto, caberia ao legislador ordinário, simplesmente, sistematizar a tipicidade das condutas que atentam contra o meio ambiente.

¹³⁶ “Entre seus defensores figura Amelung, que sustenta que o bem jurídico está constituído pela ‘danosidade social’. Ou seja, se toma como objeto de proteção da norma as condições necessárias para se conseguir a estabilidade e o desenvolvimento do sistema. [...] Nesse mesmo sentido, Jescheck sustenta que ‘os bens jurídicos são interesses vitais da comunidade aos que o Direito penal outorga sua proteção’, repetindo, em seguida, que ‘o bem jurídico há de entender-se como um **valor abstrato e juridicamente protegido da ordem social**, em cuja manutenção a comunidade tem um interesse, e que pode atribuir-se como titular, à pessoa individual ou à coletividade’. Também nesse sentido, Aníbal Bruno identificou os bens jurídicos com os “interesses fundamentais do indivíduo ou da sociedade e que, pelo seu valor social, a consciência comum do grupo ou das camadas sociais nele dominantes eleva à categoria de bens jurídicos” (BUSATO, 2013, p. 53).

Contudo, a proteção penal do meio ambiente natural, e, por conseguinte, da dignidade penal do bem jurídico ambiental, passa impreterivelmente pelo enfrentamento do embate entre a visão antropocêntrica ou ecocêntrica, ou seja, é preciso saber se a dignidade penal dada ao meio ambiente permite a sua tutela enquanto bem autônomo (ecocentrismo) ou o bem tutelado tem que se referir à proteção de algum valor individual da pessoa humana, como a vida ou saúde (antropocentrismo).

Dentre aqueles que defendem uma visão antropocêntrica do Direito penal, comumente denominada de teoria monista-personalista, certamente Hassemer é o seu principal expoente. Para o referido autor o meio ambiente não deve ser tutelado pelo Direito penal por ser contraproducente¹³⁷, posto que o “déficit de execução” da tutela penal do ambiente é evidente não se alcançando, portanto, a proteção que se esperava.

Aduz, ainda, que o tutela penal do meio ambiente torna o Direito penal em um instrumento auxiliar do Direito administrativo, ocorrendo o que ele denomina de “acessoriedade administrativa (*Verwaltungsakzessorietät*), já que exige que o Direito penal exerça tarefas preventivas, quando, na verdade, sua função é eminentemente repressiva. Por isso, entende o autor que deveria ser criado um novo ramo do Direito, denominado “direito de intervenção” (*Interventionsrecht*), o qual iria reunir, em si mesmo, todas as características dos outros ramos do direito que têm relação com o chamado direito ambiental¹³⁸ (HASSEMER, 1998, p. 28-34).

Também adepto a teoria monista-personalista, Tavares (2004, p. 40) defende que todo bem jurídico, por ser uma “qualidade de valor”, não cumpre uma função de proteção de si mesmo, mas sim da pessoa humana, que é o objeto final de proteção de todo o ordenamento jurídico. Por isso, o bem

¹³⁷ “O direito penal, considerando o seu papel no tocante à política ambiental, tem-se revelado amplamente contraproducente. Se eu quisesse reformular esta mesma ideia de maneira ainda mais radical, então diria o seguinte: quanto mais direito penal do ambiente, menos proteção ambiental; quanto mais ampliarmos e agravarmos o direito penal do ambiente, tanto mais estaremos a dar maus passos, pois que, a persistir nessa senda, só viremos produzir efeitos contrários aos pretendidos: ou seja, acabaremos contribuindo para uma inexorável diminuição da produção efetiva do ambiente” (HASSEMER, 1998, p. 28).

¹³⁸ “Este novo ramo de direito deveria condensar os seguintes elementos: a) Direito penal; b) Fatos ilícitos civis; c) Contravenções (*Überschreitungen*); d) Direito de polícia (*Polizerrecht*); e) Direito fiscal; f) Medidas de matriz econômico e financeiro; g) Planejamento de território; h) Proteção da natureza; e i) Direito municipal (*Kommunalrecht*)” (HASSEMER, 1998, p. 33-34).

jurídico só tem validade quando o seu referencial de proteção é a pessoa, pois apenas esta condição é que o inclui na norma como valor.

Em sentido completamente oposto, partindo de uma visão dualista do bem jurídico, Shünemann considera a teoria pessoal do bem jurídico (individualista) extremamente atávica, pois o Estado não pode permanecer inerte aos constantes ataques contra a natureza, por isso sustenta que os bens jurídicos coletivos (supraindividuais) devem ter sua legitimidade reconhecida, para que possa exercer sua função garantista dentro do Direito penal¹³⁹. A proposta do autor é que deve se buscar mais estratégias de cumulação do que de substituição do Direito penal por outros instrumentos de controle social. Em sua proposta, deve se tentar combinar os ideais iluministas (como as teorias do contrato social) com as concepções pós-moderna (tais como a recusa ao individualismo consumista). Para o autor deve ser mantida a ideia de contrato social, contudo, não devem ser considerados como partes desse contrato apenas os “seres humanos atuais”, mas também as “gerações futuras”, de modo que a sobrevivência da humanidade, enquanto espécie, e a preservação do meio ambiente se tornem dois valores supremos (GRECO, 2007, 29-30).

No mesmo sentido, Greco (2007, p. 87) entende que “a teoria-monista-pessoal, por mais interessante que seja, não pode ser aceita”. Para o autor, a referida teoria “lança sobre os bens jurídicos coletivos um estigma que não lhes faz verdadeira justiça”, posto que estes não foram introduzidos pelo direito penal ambiental, a exemplo dos crimes de falsidade de moeda e corrupção, que já existem no Direito penal desde muito tempo. Por isso, sustenta que a teoria dualista, a qual reconhece o bem jurídico coletivo de forma autônoma, seria a melhor opção a ser seguida, abrindo-se caminho para uma concepção ecocêntrica do bem jurídico penal.

Vale destacar o posicionamento de Ulfrid Neumann que também defende a proteção penal dos animais, contudo, parte de um raciocínio distinto

¹³⁹ A aceitabilidade da legitimidade do bem jurídico supraindividual na proposta de Shünemann parte de uma regra prática para evitar a construção de “falsos bens jurídicos”, segundo a qual só se deve postular um bem jurídico coletivo quando não for possível conceber o respectivo delito como um crime de perigo abstrato para a proteção de um concreto bem jurídico individual, pois, na dúvida, deve se admitir apenas o bem jurídico individual (GRECO, 2007, p. 29-30).

daquele apresentado por Luís Greco¹⁴⁰. Neumann (2012, p. 530-531) entende que os bens jurídicos são “interesses” merecedores de proteção jurídica, e, por isso os “maus-tratos aos animais podem ser penalizados por lesar o interesse dos animais de estarem imunes à imposição de dor”. Para o autor, cumpre ao bem jurídico tutelar não apenas interesses humanos, mas também interesse de outros seres vivos¹⁴¹.

Guilherme Figueiredo (2013, p. 143-144), reputa tanto adoção de uma visão antropocêntrica pura ou de uma visão ecocêntrica são prejudiciais para a instrumentalidade da tutela penal do bem jurídico ambiental. O autor, primeiramente entende que somente o meio ambiente natural seria passível da tutela penal e que a melhor maneira seria protegê-los através de um “antropocentrismo moderado”, onde o meio ambiente seria considerado um bem jurídico coletivo autônomo, porém as pessoas humanas seria o “valor principal, enquanto não derivado, mas originário e fundante”. Contudo, em sua doutrina, as pessoas devem ser entendidas numa dimensão coletiva (ou comunizada), o implica o “completo e autônomo acolhimento dos bens jurídicos supra-individuais como interesses de titularidade coletiva – interesses da pessoa humana entendida como ser social, e, nessa medida, socialmente responsável”.

Embora todos os argumentos até aqui apresentados sobre o modo de se perceber o bem jurídico ambiental, reputa-se que o antropocentrismo moderado, seria o mais condizente com o teor da Constituição. De fato, embora o constituinte tenha adotado uma visão antropocêntrica ao dispor que

¹⁴⁰ “No que diz respeito à proteção penal dos animais, Greco demonstrou, com persuasão, que sua fundamentação através da ideia de proteção de sentimentos ou interesses humanos não é convincente. Os animais são protegidos em razão deles mesmos. [...] O ponto de partida é o de que não apenas os seres humanos, mas também animais são vulneráveis a lesões. Greco vê essa vulnerabilidade, no entanto, não na sensibilidade à dor, como seria natural, mas na sensibilidade em face de determinação heterônoma. O ato de infligir dor aos animais seria, por isso, relevante (apenas) do ponto de vista da violação de sua capacidade de autodeterminar-se; como tal, ele não seria objeto do cuidado estatal, mas tão-somente quando <o suplício causado atingir uma tal intensidade, que um ser capaz de autodeterminação passe a ser determinado por outrem, ou seja: que já não reste absolutamente nada de sua capacidade de autodeterminação>. Se o ponto de partida de Greco é, de fato, convincente – quer dizer: que o crime de maus-tratos aos animais se trata da proteção destes, e não de interesses e sentimentos humanos –, parece-me discutível, por outro lado, a fundamentação em que ele se apoia para afirmar a necessidade de proteção penal dos animais” (NEUMANN, 2012, p. 529).

¹⁴¹ “Essa argumentação se sustenta em dois pressupostos, os quais carecem de fundamentação mais detalhada. O primeiro é que o bem jurídico seja coerentemente definido como um *interesse* (juridicamente protegido). O segundo, que seja possível levar em consideração, no marco de uma teoria bem fundamentada, não apenas interesses *humanos*, mas também interesses de outros seres vivos” (NEUMANN, 2012, p. 530).

o meio ambiente equilibrado é um “bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida” (225, *caput*, da CR/88), percebe-se uma nítida tendência em se atribuir um bem jurídico coletivo autônomo, quando o constituinte protege a “função ecológica” da fauna e da flora, bem como a extinção da espécie ou a crueldade para com os animais (art. 225, § 1º, VII, da CR/88).

Percebe-se, ainda, que orientado pelos princípios da precaução e da prevenção, o legislador ordinário, ao editar a Lei nº 9.605/98 (Lei dos crimes ambientais), adotou uma perspectiva muito aproximada da proposta de um “Direito penal de duas velocidades” de Silva Sánchez, posto que a maioria dos crimes contra a natureza são infrações de menor potencial ofensivo, os quais estão sujeitos ao procedimento sumaríssimo dos juizados especiais, onde os objetivos principais é a reparação do dano ambiental e a imposição de penas restritivas de direitos, que são mais adequados a responsabilização penal da pessoa jurídica¹⁴².

A toda evidência, entende-se que por ser o meio ambiente um direito fundamental em sentido formal e material, cuja tutela penal é determinada expressamente pelo texto constitucional (art. 225, § 3º, da CR/88), e, portanto, a dignidade penal do bem jurídico ambiental deve ser observada sobre a ótica do princípio da proteção deficiente¹⁴³, que impõe ao Estado a proteção penal da natureza.

Com efeito, a nova face do Estado Democrático de Direito (e Socioambiental) apresenta uma dupla face, onde, em nome da liberdade e da igualdade, deve exercer o papel de guardião das “liberdades negativas”; por outro lado, em nome da fraternidade, deve o Estado atuar de forma positiva,

¹⁴² “[...] Seria razoável que em um Direito Penal mais distante do núcleo do criminal e no qual se impusessem penas mais próximas às sanções administrativas (privativas de direitos, multas, sanções que recaem sobre pessoas jurídicas) se flexibilizassem os critérios de imputação e as garantias político-criminais. A característica essencial de tal setor continuaria sendo a judicialização (e a consequente imparcialidade máxima), da mesma forma que a manutenção do significado ‘penal’ dos ilícitos e das sanções, sem que estas, contudo, tivessem a repercussão pessoal da pena de prisão” (SÁNCHEZ, 2013, p. 189).

¹⁴³ Streck (2012, p. 40) identifica a existência de duas faces do princípio da proporcionalidade na regulação da relação indivíduo-Estado, que seriam: o princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*), oriundo da perspectiva liberal-clássica, e o princípio da proibição da proteção deficiente (*Untermassverbot*), que decorre do Estado Social. Quanto à origem do princípio da proibição de proteção deficiente (ou insuficiente), o autor informa que este “adveio da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, decidindo sobre a obrigatoriedade de conferir-se proteção jurídico-penal à vida intrauterina sob determinados pressupostos [...]”.

como protetor dos direitos fundamentais, incluindo-se o meio ambiente natural¹⁴⁴.

Reconhecida a dignidade penal da proteção jurídica do bem jurídico ambiental, resta agora analisar a sistemática adotada pela Lei nº 9.605/98 na tipificação dos crimes ambientais, com o intuito de verificar a efetiva proteção penal dada pela referida, como também observar as sanções impostas para cada conduta típica, uma vez que é através desta que se define o rito procedimental que rege o processo penal, e, por consequência, influencia diretamente no momento da promoção da ação penal (privada) subsidiária.

3.3 A SISTEMATIZAÇÃO DOS CRIMES CONTRA A NATUREZA DADA PELA LEI Nº 9.605/98

No presente tópico iremos fazer, sem pretensão de aprofundamento da matéria, alguns breves apontamentos sobre os crimes contra o meio ambiente, especificamente aqueles contra a natureza, posto que, além da necessária delimitação do tema, constituem o objeto da possível ação penal (privada) subsidiária; matéria que iremos tratar no capítulo seguinte.

Observando-se a estruturação da matéria penal na Lei nº 9.605/98, verifica-se que esta se encontra dividida em duas partes: (I) uma “parte geral”, compreendida entre os arts. 2º e 28 da referida Lei, que versam sobre versam sobre critérios de imputação das pessoas físicas e jurídicas, suas sanções e alguns aspectos processuais; e (II) uma “parte especial”, onde se encontram as infrações penais, dentre as quais estão os crimes contra o meio ambiente natural, distribuídos entre os crimes contra a fauna (Seção I), os crimes contra a flora (Seção II) e os crimes de poluição e outros crimes ambientais (Seção III).

Em razão do veto presidencial do art. 1º da Lei dos crimes ambientais¹⁴⁵, o referido diploma se inicia com o comando normativo do art. 2º,

¹⁴⁴ “Isso significa afirmar e admitir que a Constituição determina – explícita e implicitamente – que a proteção dos direitos fundamentais deve ser feita de duas formas: a uma, protege o cidadão *frente ao* Estado; a duas, *através do* Estado, – e inclusive através do direito punitivo – uma vez que o cidadão também tem o direito de ver seus direitos fundamentais protegidos, em face da violência de outros indivíduos” (STRECK, 2012, p.38).

o qual dispõe, em sua primeira parte que: “Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade”. Percebe-se que o legislador fez uma repetição da redação do art. 29 do CP, trazendo para os crimes ambientais a admissão da coautoria e da participação, sem prever, no entanto, a possibilidade de redução da pena pela participação de menor importância e pela cooperação dolosamente distinta (art. 29, §§ 1º e 2º, do CP), as quais poderão ser aplicadas, subsidiariamente, nos termos do art. 79 da Lei nº 9.605/98¹⁴⁶.

Em sua segunda parte, o art. 2º relaciona as pessoas físicas que, como integrantes de pessoas jurídicas, podem ser, juntamente com elas, responsabilizadas pela prática de crimes ambientais, que seriam: o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário, que “sabendo da conduta criminosa de outrem, deixa de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la”. Trata-se, portanto, de previsão semelhante àquela contida no art. 13, § 2º, do CP, que trata da punição pelo comportamento omissivo penalmente relevante¹⁴⁷.

Em seguida, em cumprimento a determinação constitucional contida no art. 225, § 3º, da CR/88, o art. 3º prevê que: “as pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei”, a qual será atribuída nos casos em que a infração penal for cometida “por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado,

¹⁴⁵ “o artigo 1º, vetado, tinha a seguinte redação: “As condutas e atividades lesivas ao meio ambiente são punidas com sanções administrativas, civis e penais, na forma estabelecida nesta lei. Parágrafo único – as sanções administrativas, civis e penais poderão cumular-se, sendo independente entre si”. Segundo Toshio Mukai, o Presidente da República vetou este artigo porque sua redação permitia concluir, erradamente, que todos os demais dispositivos punitivos de delitos ambientais, existentes em outras leis, ficariam revogados. [...] O dispositivo vetado era efetivamente restritivo. Agiu bem o Presidente da República ao vetá-lo. Com isto, ficou certo que não apenas a Lei 9.605/98 descreve tipos penais ambientais, mas outras leis, tal como o Código Penal (expor a vida ou a saúde de outrem a perigo – artigo 132; causar incêndio – artigo 250; causar epidemia – artigo 267; envenenar água potável – artigo 270; e corrupção ou poluição de água potável – artigo 271)” (ADEDE y CASTRO, 2004, p. 9/10).

¹⁴⁶ “[...] em virtude da previsão constante no art. 79 da Lei 9.605/98, entendemos ser possível a aplicação subsidiária dos dispositivos referidos. Ademais, o art. 2º indica a expressão ‘na medida da sua culpabilidade’, o que nos leva a crer que os institutos previstos no Código Penal que visam atingir essa medida também possam ser aplicados aos crimes previstos na Lei Ambiental especial” (FIORILLO, 2012, p. 28).

¹⁴⁷ Segundo Fiorillo (2012, p. 28/29), “trata-se do chamado crime omissivo impróprio, espúrio ou comissivo por omissão, isto é, *aquela em que o tipo penal descreve uma ação, mas a inércia do agente, que podia e devia agir para evitar o resultado naturalístico, conduz a produção*”. Para o autor, o rol de “garantidores” apresentados pelo art. 2º da Lei 9.605/98 é taxativo, “tendo em vista que as disposições que sinalizam responsabilidade penal devem ser interpretadas restritivamente”. Em sentido contrário, Adede y Castro (2004, p. 14) entende que o referido rol é exemplificativo.

no interesse ou benefício da sua entidade”. Assim, enquanto o art. 2º se refere à responsabilidade penal das pessoas físicas que compõe a pessoa jurídica, o art. 3º inova com a previsão da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Segundo Fiorillo (2012, p. 31), o art. 3º da Lei dos crimes ambientais criou uma espécie de “responsabilidade reflexa ou por ricochete”, também chamada de responsabilidade indireta ou dupla imputação, que busca justificar a responsabilidade penal da pessoa jurídica através da “teoria da responsabilidade social”¹⁴⁸. Entretanto, vale frisar que desde o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário nº 548.181 (DJe 29.10.2014), ocorreu uma relevante mudança de entendimento na jurisprudência, a qual tem abandonado a teoria da dupla imputação nos crimes ambientais, ao firmar o entendimento de que não é necessária a imputação da pessoa física para que ocorra a persecução criminal em face da pessoa jurídica¹⁴⁹.

O parágrafo único, do art. 3º, faz referência à possibilidade do concurso de agentes entre as pessoas físicas e jurídicas, ao dispor que: “A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, coautoras ou partícipes do mesmo fato.

Por sua vez, o art. 4º da Lei nº 9.605/98 prevê que: “poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que a sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio

¹⁴⁸ “Certamente que, para a punição da pessoa jurídica, não se poderá trabalhar com as tradicionais noções de culpabilidade, tipicidade e ilicitude, de que se referem à conduta individual da pessoa humana. Na nova lei de crimes ambientais, a estrutura tradicional da teoria do delito foi preservada, mas a responsabilidade recebeu uma ampliação para alcançar a pessoa moral. *A responsabilidade penal dos entes coletivos não pode ser entendida à luz da responsabilidade penal tradicional, baseada na culpa, na responsabilidade individual, subjetiva, mas deve ser entendida à luz de uma responsabilidade social.* A pessoa jurídica age e reage através de seus órgãos, cujas ações e omissões são consideradas como da própria pessoa jurídica. Dessa forma, não é necessário rebater um por um os argumentos desenvolvidos pelos que entendem não ser possível a sua responsabilização, pois que o ponto de partida é distinto” (RIBEIRO *apud* FIORILLO, 2012, p. 31/32).

¹⁴⁹ No mesmo sentido é a jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça: “DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. DESNECESSIDADE DE DUPLA IMPUTAÇÃO EM CRIMES AMBIENTAIS. É possível a responsabilização penal da pessoa jurídica por delitos ambientais independentemente da responsabilização concomitante da pessoa física que agia em seu nome. Conforme orientação da Primeira Turma do STF, “O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação” (RE 548.181, Primeira Turma, DJe 29/10/2014). Diante dessa interpretação, o STJ modificou sua anterior orientação, de modo a entender que é possível a responsabilização penal da pessoa jurídica por delitos ambientais independentemente da responsabilização concomitante da pessoa física que agia em seu nome. Precedentes citados: RHC 53.208-SP, Sexta Turma, DJe 1º/6/2015; HC 248.073-MT, Quinta Turma, DJe 10/4/2014; e RHC 40.317-SP, Quinta Turma, DJe 29/10/2013” (RMS 39.173-BA, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 6/8/2015, DJe 13/8/2015).

ambiente”. A lei dos crimes ambientais, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor¹⁵⁰, adotou a teoria da desconsideração da pessoa jurídica com o intuito de ignorar a personalidade da pessoa jurídica para responsabilizar os seus sócios ou administradores, quando estes se protegerem através daquela para se esquivar do ressarcimento dos prejuízos causados ao meio ambiente.

O art. 5º da Lei nº 9.605/98, que versava sobre a responsabilidade objetiva do degradador ambiental, também foi vetado pelo Presidente da República, ante a evidência da sua semelhança com a redação do art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81, a qual “já contava em seu favor com uma ampla jurisprudência”¹⁵¹ (ADEDE y CASTRO, 2004, p. 25).

O art. 6º da Lei nº 9.605/98 apresenta um sistema de dosimetria com regras específicas para a determinação das sanções aplicáveis aos crimes ambientais, determinando que a autoridade competente observará: I. a gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas consequências para a saúde pública e para o meio ambiente; II. os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental; e III. a situação econômica do infrator, no caso de multa. Notadamente, o legislador apresenta três novas circunstâncias judiciais que devem ser valorados na fixação da pena-base. A doutrina entende que a dosimetria da pena nos crimes ambientais também estaria sujeita às circunstâncias judiciais do art. 59 do CP.

Por seu turno, o art. 7º da Lei nº 9.605/98, determina que “as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade”, quando (I) tratar-se de crime culposo ou for aplicada a pena privativa de liberdade inferior a quatro anos; e quando (II) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do crime indicarem que a substituição seja suficiente para

¹⁵⁰ Dispõe o art. 28, do CDC que: “O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”. Para Adede y Castro (2004, p. 22) embora o Lei 9.605/98 apenas faça referência ao requisito do “obstáculo ao ressarcimento de prejuízos ambientais”, não há impedimentos para a utilização das premissas contidas no art. 28 do CDC nos crimes ambientais.

¹⁵¹ “O artigo 5º vetado, tinha a seguinte redação: “Sem prejuízo do disposto nesta Lei, o agente, independente da existência de culpa, é obrigado a indenizar ou reparar os danos por ele causados ao meio ambiente e a terceiros afetados por seus atos” (ADEDE y CASTRO, 2004, p. 24).

efeitos de reprovação e prevenção do crime; sendo que a duração das penas restritivas de direito a que se refere este artigo terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída. Como se percebe, o legislador disciplinou as penas restritivas de direitos aplicáveis às pessoas físicas, desde que praticadas sobre as condições acima elencadas, assemelhando-se a determinação contida no art. 44 do CP.

Coube ao art. 8º da Lei nº 9.605/98 elencar as espécies de penas restritivas de direito, que são: (I) a prestação de serviço à comunidade; (II) a interdição temporária de direitos; (III) a suspensão parcial ou total de atividades; (IV) a prestação pecuniária; e (V) o recolhimento domiciliar, as quais são devidamente esclarecidas através dos arts. 9º, 10, 11, 12 e 13 da Lei nº 9.605/98. Com se vê, o legislador ambiental teve o cuidado de optar pela espécie punitiva mais adequada para as particularidades dos crimes ambientais e para os princípios de prevenção e precaução do meio ambiente¹⁵².

As circunstâncias atenuantes e agravantes foram distribuídas nos arts. 14 e 15 da Lei nº 9.605/98. O art. 14 dispõe que serão consideradas atenuantes: (I) o baixo grau de instrução ou escolaridade do agente; (II) o arrependimento do infrator, manifestado pela espontânea reparação do dano, ou limitação significativa da degradação ambiental; (III) a comunicação prévia pelo agente do perigo iminente de degradação ambiental; e (IV) a colaboração com os agentes encarregados da vigilância e do controle ambiental. Por sua vez, o art. 15 considera como circunstância agravante: (I) a reincidência nos crimes de natureza ambiental; (II) o cometimento da infração dentro das situações previstas entre alíneas “a” e “r”, do inciso II¹⁵³. Vale ressaltar que as

¹⁵² “Especialmente, no que se refere à legislação ambiental, onde se tem, como regra, criminosos diferentes, por estarem incorporados e não marginalizados à sociedade, e crimes sem violência direta à pessoa, a opção pelas penas restritivas de direito, desde que bem aplicadas, parece mesmo ser o adequado para a sociedade moderna” (ADEDE y CASTRO, 2004, p. 39).

¹⁵³ “São circunstâncias que agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I- reincidência nos crimes de natureza ambiental; II - ter o agente cometido a infração: a) para obter vantagem pecuniária; b) coagindo outrem para a execução material da infração; c) afetando ou expondo a perigo, de maneira grave, a saúde pública ou o meio ambiente; d) concorrendo para danos à propriedade alheia; e) atingindo áreas de unidades de conservação ou áreas sujeitas, por ato do Poder Público, a regime especial de uso; f) atingindo áreas urbanas ou quaisquer assentamentos humanos; g) em período de defeso à fauna; h) em domingos ou feriados; i) à noite; j) em épocas de seca ou inundações; l) no interior do espaço territorial especialmente protegido; m) com o emprego de métodos cruéis para abate ou captura de animais; n) mediante fraude ou abuso de confiança; o) mediante abuso do direito de licença, permissão ou autorização ambiental; p) no interesse de pessoa jurídica mantida, total ou

agravantes que constituírem ou qualificarem o crime não podem ser valoradas no momento da fixação da pena, sob pena de incorrer em *bis in idem*. Entende-se, também, que devem ser aplicados aos crimes ambientais, subsidiariamente, as atenuantes e agravantes previstas nos arts. 61, 65 e 66 do CP.

O art. 16 da Lei nº 9.605/98 prevê a possibilidade de aplicação da suspensão condicional da pena (*sursis*) no caso de condenação a pena privativa de liberdade não superior a 3 anos, a qual será regida pelos pressupostos e condições dos arts. 77 e 78 do CP. Já o art. 19 determina que a verificação da reparação a que se refere o § 2º, do art. 78 do CP será mediante laudo de reparação do dano ambiental, e as condições a serem impostas pelo juiz deverão se relacionar com a proteção do meio ambiente.

Percebe-se, portanto, que o legislador dedicou um cuidado especial a comprovação da reparação do dano ambiental, a qual constitui um dos objetivos principais desta lei, tanto que se verifica a possibilidade da sentença penal condenatória fixar o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, onde serão levados em consideração os prejuízos sofridos pelo ofendido (quando envolver a propriedade privada) ou pelo meio ambiente (art. 20).

A Lei dos crimes ambientais dedicou atenção as penas aplicáveis as pessoas jurídicas. O art. 21 determina que as espécies de penas, que poderão ser aplicadas isoladas, cumulativa ou alternativamente as pessoas jurídicas, são: (I) multa; (II) restritivas de direitos; (III) prestação de serviço à comunidade. Por seu turno, o art. 22 elenca que as penas restritivas de direito são: (I) a suspensão parcial ou total de atividades; (II) a interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade; e (III) a proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações. O art. 23 esclarece que a prestação de serviços à comunidade pela pessoa jurídica consistirá em: (I) custeio de programas e de projetos ambientais; (II) execução de obras de recuperação e de áreas degradadas; (III) manutenção de espaços públicos; e (IV) contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas.

parcialmente, por verbas públicas ou beneficiada por incentivos fiscais; q) atingindo espécies ameaçadas, listadas em relatórios oficiais das autoridades competentes; r) facilitada por funcionário público no exercício de suas funções”.

Por fim, o art. 24 da Lei nº 9.605/98 determina que a pessoa jurídica ou utilizada, preponderantemente, com a finalidade de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime ambiental terá decretada a sua liquidação forçada¹⁵⁴, sendo seu patrimônio considerado instrumento do crime e, como tal, perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional.

Os artigos 26, 27 e 28 da Lei dos crimes ambientais são dedicados a ação penal e ao processo penal. O art. 26 institui que os crimes ambientais são de ação penal pública incondicionada, e, portanto, compete, privativamente (art. 129, I, da CR/88), ao Ministério Público oferecer a denúncia, não fazendo qualquer referência a possibilidade da ação penal (privada) subsidiária, caso o Ministério Público não ofereça a denúncia no prazo legal. O art. 27 é dedicado ao instituto da transação penal, o qual somente será proposto se houver a prévia composição do dano ambiental, salvo em caso de impossibilidade. Por fim, o art. 28 trata da suspensão condicional do processo, determinando que a extinção da punibilidade dependerá de laudo de constatação da reparação ambiental, salvo impossibilidade; na hipótese do laudo de constatação comprovar que a reparação não foi completa, o prazo máximo da suspensão do processo poderá ser prorrogado por mais 1 ano, com a devida suspensão do prazo prescricional; e, esgotado o prazo máximo de prorrogação, a extinção da punibilidade estará dependerá de laudo de constatação que comprove que o acusado tomou todas as providências necessárias para a reparação integral do dano ambiental.

Notadamente, constata-se que mesmo que alguns crimes ambientais sejam considerados infrações de menor potencial ofensivo, cujo processamento se fará através do procedimento sumaríssimo dos juizados, o legislador trouxe algumas alterações em seus principais institutos (transação penal e suspensão condicional do processo) para salvaguardar a necessidade da reparação do dano ambiental, colocando-o como uma condicionante tanto para a proposta como para extinção da punibilidade.

¹⁵⁴ “A liquidação forçada é espécie de pena adaptada à natureza do sujeito ativo do crime ambiental e se aplica quando a pessoa jurídica tiver sido criada ou estiver sendo utilizada com a finalidade de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crimes ambientais. Em outras palavras, a pessoa jurídica não passa de um ‘escudo’ ou de um ‘instrumento’ para a prática de condutas ilícitas ambientais por parte das pessoas físicas” (FIORILLO, 2012, p. 77).

A Seção I dos crimes contra o meio ambiente trata dos “crimes contra a fauna¹⁵⁵”, onde o art. 29 criminaliza a conduta de “matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória”, que não tenha permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou, ainda que tenha, que pratique a conduta em desacordo com ela. A pena imposta é de detenção de 6 meses a 1 ano, e multa.

O § 1º, do art. 29, inclui outras condutas que, igualmente, incorrerão na mesma pena, que são: (I) impedir a procriação da fauna, sem licença, autorização ou em desacordo com a obtida; (II) modificar, danificar ou destruir ninho, abrigo ou criadouro natural; e (III) vender, expor à venda, exportar ou adquirir, guardar, ter em cativeiro ou depósito, utilizar ou transportar ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como produtos e objetos dela oriundos, provenientes de criadouros não autorizados ou sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente.

O § 2º, do art. 29 determina que o juiz poderá deixar de aplicar a pena no caso de guarda doméstica de espécie silvestre não considerada ameaçada de extinção. O § 3º, do art. 29, define que são espécimes da fauna silvestre todas às espécies nativas, migratórias e quaisquer outras, aquáticas ou terrestres, que tenham o ciclo de vida ocorrendo, no todo ou em parte, dentro dos limites do território brasileiro, ou águas jurisdicionais brasileiras.

O § 4º, do art. 29 apresenta algumas causas especiais de aumento de pena, que incidirão quando o crime for praticado: (I) contra espécie rara ou considerada ameaçada de extinção, ainda que somente no local da infração; (II) em período proibido à caça; (III) durante a noite; (IV) com abuso de licença; (V) em unidade de conservação; e (VI) com emprego de métodos ou instrumentos capazes de provocar destruição em massa.

Por fim, o § 5º, do art. 29 eleva a pena até o triplo no caso de caça profissional¹⁵⁶; e o § 6º dispõe que as causas de aumento acima referidas não

¹⁵⁵ “A palavra fauna significa o conjunto de animais próprios de uma região. Os animais dividem-se em invertebrados, mamíferos, aves, répteis, anfíbios. Peixes são considerados animais e, por isso, incluem-se na fauna aquática” (FREITAS, 2012, P. 89).

¹⁵⁶ “Na Lei 5.197/67, a caça profissional era objeto de tipo penal específico (art. 2º), punido com pena de dois a cinco anos de reclusão. A caça como profissão era permitida no Código de Caça de 1943. Foi proibida pela Lei 5.197/67, porque seus efeitos são maléficos e incontroláveis. Aquele que se dedica a

se aplicam em caso de pesca, evitando-se, assim, interpretações contraditórias.

O art. 30 da Lei nº 9.605/98 tipifica a conduta de “Exportar para o exterior peles e couros de anfíbios e répteis em bruto, sem a autorização da autoridade ambiental competente”, a qual é punida com reclusão de 1 a 3 anos, e multa. Este dispositivo é a repetição do art. 18 da Lei nº 5.197/67, cuja sanção era de 2 a 5 anos de reclusão.

Por sua vez, o art. 31 considera crime o ato de “Introduzir espécime animal no País, sem parecer técnico oficial favorável e licença expedida por autoridade competente”, cuja pena é detenção de 3 meses a 1 ano, e multa. Tal texto foi reproduzindo o art. 4º da Lei 5.197/98, sendo valioso o exemplo de Freitas (2012, p. 107) sobre a necessidade do controle de migração dos coelhos.

O crime de maus-tratos de animais encontra-se positivado no art. 32 da Lei nº 9.605/98, que considera ilícito penal “praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos”, atribuindo-lhe a pena de detenção de 3 meses a 1 ano, e multa. Segundo Marcão (2015, p. 84) este artigo revogou tacitamente o art. 64 da Lei das Contravenções Penais. O § 1º, do art. 32, determina que a mesma pena será aplicada a “quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos”; e o § 2º, do mesmo dispositivo, dispõe que, em caso de morte do animal, a pena, tanto para a conduta descrita no *caput* quanto no § 1º, será aumentada de um sexto a um terço.

O art. 33 da Lei nº 9.605/98 inicia a proteção penal da fauna aquática, ao criminalizar o ato de “provocar”, por meio da 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”, que será punido com detenção de 1 a 3 anos, ou multa, ou ambas cumulativamente. O parágrafo único do art. 33, estabelece que irá incorrer na mesma pena quem: (I) causar degradação em viveiros, açudes ou estações de

tal tipo de comércio visa lucro e esse só existirá pela morte em série dos animais. Tal conduta, de todo injustificável, foi abolida do ordenamento jurídico brasileiro” (FREITAS, 2012, p. 104/105).

aquicultura de domínio público; (II) explorar campos naturais de invertebrados aquáticos e algas, sem licença, permissão ou autorização da autoridade competente; e (III) fundeiar embarcações ou lançar detritos de qualquer natureza sobre bancos de moluscos ou corais, devidamente demarcados em carta náutica.

O art. 34 da Lei nº 9.605/98 considera ilícito penal “pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente”, cuja pena é de detenção de 1 a 3 anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente. O parágrafo único do mesmo dispositivo impõe a mesma pena a quem: (I) pescar espécies que devam ser preservadas ou espécimes com tamanhos inferiores aos permitidos; (II) pescar quantidades superiores às permitidas, ou mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos; e a quem: (III) transportar, comercializar, beneficiar ou industrializar espécimes provenientes da coleta, apanha e pesca proibidas.

Segundo Freitas (2012, p. 125), os atos administrativos que regulam a pesca e complementam a norma penal eram editados pelo Ibama, contudo, agora são da atribuição do Ministério da Pesca e da Agricultura, sendo usual que o titular do referido Ministério elabore Instruções Normativas junto com o Ministério do Meio Ambiente.

A forma da pesca também foi objeto de tutela penal, prevendo o art. 35 da Lei nº 9.605/98 que constitui crime “pescar mediante a utilização de”: (I) explosivos ou substâncias que, em contato com a água, produzam efeito semelhante; e (II) substâncias tóxicas, ou outro meio proibido pela autoridade competente, o qual é punido com pena reclusão de 1 a 5 anos.

Com intuito de esclarecer o conceito de pesca para os efeitos da Lei dos crimes ambientais, o legislador, através do art. 36, define a pesca como “todo ato tendente a retirar, extrair, coletar, apanhar, apreender ou capturar espécimes dos grupos dos peixes, crustáceos, moluscos e vegetais hidróbios, suscetíveis ou não de aproveitamento econômico”, entretanto, faz a ressalva de que nesse conceito não se inclui as espécies ameaçadas de extinção, constantes nas listas oficiais da fauna e da flora.

Por fim, o art. 37 da Lei nº 9.605/98 traz as hipóteses de exclusão da antijuridicidade, ao dispor que “não é crime o abate de animal”, quando o ato for realizado: (I) em estado de necessidade, para saciar a fome do agente ou de sua família; (II) para proteger lavouras, pomares e rebanhos da ação predatória ou destruidora de animais, desde que legal e expressamente autorizado pela autoridade competente; (III) por ser nocivo o animal, desde que assim caracterizado pelo órgão competente.

A Seção II dos crimes contra o meio ambiente trata dos “crimes contra a flora”¹⁵⁷. A proteção penal da flora se inicia com o art. 38 da Lei nº 9.605/98, que tipifica a conduta de “destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção”, atribuindo-lhe pena de detenção de 1 a 3 anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente. O parágrafo único do mesmo disposto traz a previsão de que se o crime for cometido na modalidade culposa, a pena será reduzida à metade.

Segundo Marcão (2015, p. 161/162), os tribunais superiores têm acolhido o entendimento de que será considerada floresta “a aglomeração densa, de árvores de alto porte, que recobre área de terra mais ou menos extensa”, sendo a condição de “preservação permanente” atribuída à floresta que se enquadre nas situações dos arts. 4º a 6º da Lei nº 12.651/2012 (Código Florestal).

Já o art. 38-A da Lei nº 9.605/98, ao tratar da preservação da vegetação, tipifica o ato de “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”, cuja pena é de detenção de 1 a 3 anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente. Da mesma forma, a conduta culposa terá a pena reduzida à metade (parágrafo único, do art. 38-A). Este dispositivo foi incluído pela Lei nº 11.428/2006 que

¹⁵⁷ “O legislador da Lei dos Crimes Ambientais utilizou a palavra flora em vez de floresta. Tal fato não altera em nada a aplicação da Lei. Mas, de qualquer forma, os conceitos são distintos. Flora é ‘o conjunto de plantas de uma determinada região ou período listadas por espécies e consideradas como um todo’. Incluem-se na flora os fungos, as bactérias do solo, musgos, bromeliáceas, podendo ela ser encontrada nas matas, nos pântanos e no meio marinho, flutuante (por exemplo, possidônia) ou fixa no fundo das águas (por exemplo, algas). Portanto, flora se refere a plantas e florestas, à extensão de árvores” (FREITAS, 2012, p. 143).

dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica.

O art. 39 da Lei dos crimes ambientais transforma em ilícito penal o ato de “cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente”, que será punido com detenção de 1 a 3 anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente. Este dispositivo reproduz o teor do art. 26, alínea “b” do Código Florestal de 1965, tendo, portanto, apenas tornado a conduta, que até então era uma contravenção, em crime.

O art. 40 da Lei nº 9.605/98 considera crime a conduta consistente em “causar dano direto ou indireto às Unidades de Conservação e às áreas de que trata o art. 27 do Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990, independentemente de sua localização”¹⁵⁸, punindo-a com pena de reclusão de 1 a 5 anos. Esclarece, ainda, que se entende por Unidades de Conservação de Proteção Integral as Estações Ecológicas, as Reservas Biológicas, os Parques Nacionais, os Monumentos Naturais e os Refúgios de Vida Silvestre (§ 1º); e estabelece que a ocorrência dos danos que afetem espécies ameaçadas de extinção no interior das Unidades de Conservação de Proteção Integral será considerada circunstância agravante para a fixação da pena (§ 2º). Por fim, estabelece que se o crime for culposos, a pena será reduzida à metade (§ 3º).

Para Freitas (2012, p. 160), a compreensão do tipo penal previsto no art. 40 da Lei dos crimes ambientais perpassa pela análise do conceito do que seria uma Unidade de Conservação, o qual nos é dado pela art. 2º, inciso I, da Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC¹⁵⁹, sobre o qual deve ser acrescentada a área de entorno das unidades de conservação. Destaca o autor que a Lei nº 9.985/2000 dividiu as unidades de conservação em dois grandes grupos, que seriam o grupo de proteção integral e o grupo de uso sustentável, cuja distinção é simples, já que o grupo de proteção integral objetiva a preservação absoluta do meio ambiente; e o grupo de uso

¹⁵⁸ Dispõe o art. 27 do Decreto 99.274/90 que: “Nas áreas circundantes das Unidades de Conservação, num raio de dez quilômetros, qualquer atividade que possa afetar a biota ficará subordinada às normas editadas pelo Conama”.

¹⁵⁹ Dispõe o art. 2º, I, da Lei do SNUC: “unidade de conservação: espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção”.

sustentável procura conciliar a proteção ambiental com a utilização dos recursos naturais da área em benefício, principalmente, da poluição do local.

O art. 41 da Lei nº 9.605/98 trata da conduta criminosa de “provocar incêndio em mata ou floresta”, atribuindo-lhe uma pena de reclusão de 2 a 4 anos, e multa. Por sua vez, em seu parágrafo único, estabelece que sendo o crime culposo, a pena será de detenção de 6 meses a 1 ano, e multa. Percebe-se que este dispositivo se inspirou no art. 250 do CP, onde, ao tratar da conduta de causar incêndio que exponha a perigo a integridade física ou o patrimônio de outrem, trouxe como qualificadora o incêndio em mata ou floresta (art. 250, § 1º, “h”, do CP). Entretanto, Freitas (2012, p. 169) alerta que enquanto que no Código Penal a objetividade jurídica é a incolumidade pública, no dispositivo em análise a objetividade jurídica é o meio ambiente, não havendo a necessidade de que o incêndio coloque em perigo a vida ou a integridade alheia ou o patrimônio de terceiro.

O art. 42 da Lei nº 9.605/98 proíbe o ato de “fabricar, vender, transportar ou soltar balões que possam provocar incêndios nas florestas e demais formas de vegetação, em áreas urbanas ou qualquer tipo de assentamento humano”, o qual será punido com pena de detenção de 1 a 3 anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

O art. 44 da Lei nº 9.605/98 (art. 43 foi vetado) considera ilícito penal a conduta de “extrair de florestas de domínio público ou consideradas de preservação permanente, sem prévia autorização, pedra, areia, cal ou qualquer espécie de minerais”, punindo-a com pena de detenção de 6 meses a 1 ano, e multa.

O art. 45 da Lei nº 9.605/98 traz a efetiva proibição penal da atitude de “cortar ou transformar em carvão madeira de lei, assim classificada por ato do Poder Público, para fins industriais, energéticos ou para qualquer outra exploração, econômica ou não, em desacordo com as determinações legais”, cuja pena de reclusão é 1 a 2 anos, e multa. Este dispositivo é inspirado na alínea “q” do art. 26 do Código Florestal, sendo acrescentado, contudo, o verbo “cortar” (FREITAS, 2012, p. 179).

Por sua vez, o art. 46 da Lei nº 9.605/98 tipifica a conduta específica de “receber ou adquirir, para fins comerciais ou industriais, madeira, lenha, carvão

e outros produtos de origem vegetal, sem exigir a exibição de licença do vendedor, outorgada pela autoridade competente”, estabelecendo, ainda, a obrigação de “munir-se da via que deverá acompanhar o produto até final beneficiamento”, a qual será punida com detenção de 6 meses a 1 ano, e multa. O parágrafo único do referido dispositivo estabelece que incorre na mesma pena 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”, ambas outorgadas pela autoridade competente.

O art. 48 da Lei nº 9.605/98 (art. 47 foi vetado) define que é crime “impedir ou dificultar a regeneração natural de florestas e demais formas de vegetação”, o qual será punido com detenção de 6 meses a 1 ano, e multa.

Já o art. 49 da Lei nº 9.605/98 traz a criminalização do ato de “destruir, danificar, lesar ou maltratar, por qualquer modo ou meio, plantas de ornamentação de logradouros públicos ou em propriedade privada alheia”, punindo-o com de detenção 3 meses a 1 ano, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente. Em seu parágrafo único estabelece que a conduta culposa será apenada com detenção de 1 a 6 meses ou multa.

O art. 50 da Lei nº 9.605/98 estabelece que é crime “destruir ou danificar florestas nativas ou plantadas ou vegetação fixadora de dunas, protetora de mangues, objeto de especial preservação”, cuja pena será de detenção de 3 meses a 1 ano, e multa.

Por sua vez, o art. 50-A da Lei 9.605/98, incluído pela Lei nº 11.284/2006, define como crime o ato de “desmatar, explorar economicamente ou degradar floresta, plantada ou nativa, em terras de domínio público ou devolutas, sem autorização do órgão competente”, atribuindo-lhe pena de reclusão de 2 a 4 anos e multa. O seu § 1º traz a ressalva de que não será considerado crime a conduta praticada “quando necessária à subsistência imediata pessoal do agente ou de sua família”. Por outro lado, o § 2º do mesmo dispositivo determina que “se a área explorada for superior a 1.000 ha (mil hectares), a pena será aumentada de 1 (um) ano por milhar de hectare”.

O art. 51 da Lei nº 9.605/98 define como crime o ato de “comercializar motosserra ou utilizá-la em florestas e nas demais formas de vegetação, sem

licença ou registro da autoridade competente”, punindo-o com detenção de 3 meses a 1 ano e multa.

Por fim, o art. 52 da Lei nº 9.605/98 considera criminosa a conduta de “penetrar em Unidades de Conservação conduzindo substâncias ou instrumentos próprios para caça ou para exploração de produtos ou subprodutos florestais, sem licença da autoridade competente”, cuja pena será de detenção de 6 meses a 1 ano e multa.

Os crimes contra a flora estão sujeitos a algumas causas específicas de aumento de pena previstos no art. 53, ao determinar que os crimes previstos na Seção II terão a pena aumentada de um sexto a um terço se: (I) do fato resulta a diminuição de águas naturais, a erosão do solo ou a modificação do regime climático; e (II) o crime é cometido: (a) no período de queda das sementes; (b) no período de formação de vegetações; (c) contra espécies raras ou ameaçadas de extinção, ainda que a ameaça ocorra somente no local da infração; (d) em época de seca ou inundação; (e) durante a noite, em domingo ou feriado.

Por fim, a Seção III da Lei dos crimes ambientais trata da “Poluição”¹⁶⁰ e de outros crimes ambientais, sendo inaugurado pelo o art. 54, que tipifica o ato de “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”, punindo-o com reclusão de 1 a 4 anos e multa. O §1º estabelece que a conduta culposa será punida com detenção de 6 meses a 1 ano e multa.

Por sua vez, o § 2º, do art. 54 da Lei nº 9.605/98 elenca algumas circunstâncias qualificadoras do crime, quando este: (I) tornar uma área, urbana ou rural, imprópria para a ocupação humana; (II) causar poluição atmosférica que provoque a retirada, ainda que momentânea, dos habitantes

¹⁶⁰ Freitas (2012, p. 215), ecoando a lição de Hely Lopes Meirelles, define poluição como sendo “toda alteração das propriedades naturais do meio ambiente, causada por agente de qualquer espécie, prejudicial à saúde, à segurança ou ao bem-estar da população sujeita aos seus efeitos”. O conceito de poluição e de poluidor também é encontrado no art. 3º da Lei nº 6.938/81: “Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: III - poluição, a 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; IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental”

das áreas afetadas, ou que cause danos diretos à saúde da população; (III) causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade; (IV) dificultar ou impedir o uso público das praias; ou (V) ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos; nesses casos, a pena será de reclusão de 1 a 5 anos. O § 3º, do art. 54 estabelece que incorrerá na mesma pena do § 2º quem “deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível”.

O art. 55 da Lei nº 9.605/98 considera ilícito penal a conduta de “executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida”, punindo-a com pena de 6 meses a 1 ano e multa. O seu parágrafo único determina que incorrerá na mesma pena quem deixar de “recuperar a área pesquisada ou explorada, nos termos da autorização, permissão, licença, concessão ou determinação do órgão competente”.

O art. 56 da Lei nº 9.605/98 define como ato criminoso a conduta de “produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente”, quando estas estiverem em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos; cuja pena será de reclusão de 1 a 4 anos e multa. A Lei nº 12.305/2010 incluiu no referido dispositivo o § 1º, o qual determina que incorrerá na mesma pena quem: (I) abandona os produtos ou substâncias referidos no *caput* ou os utiliza em desacordo com as normas ambientais ou de segurança; ou (II) manipula, acondiciona, armazena, coleta, transporta, reutiliza, recicla ou dá destinação final a resíduos perigosos de forma diversa da estabelecida em lei ou regulamento. O § 2º estabelece que a pena deverá ser aumentada de um sexto a um terço “se o produto ou a substância for nuclear ou radioativo”. Por fim, o § 3º determina que o crime culposo será punido com detenção de 6 meses a 1 ano e multa.

O art. 58 da Lei nº 9.605/98 (art. 57 foi vetado) elenca algumas causas específicas de aumento de pena para os crimes Seção III, estabelecendo que as penas serão aumentadas: (I) de um sexto a um terço, se resulta dano irreversível à flora ou ao meio ambiente em geral; (II) de um terço até a metade, se resulta lesão corporal de natureza grave em outrem; e (III) até o dobro, se resultar a morte de outrem. O parágrafo único determina que as causas de aumento previstas neste artigo só serão aplicadas se do fato não resultar crime mais grave.

O art. 60 da Lei nº 9.605/98 (art. 59 foi vetado) tipifica a conduta de “construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores”, desde que não haja licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes, a qual será punida com detenção de 1 a 6 meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Por fim, o art. 61 da Lei nº 9.605/98 encerra a Seção III definindo como crime o ato de “disseminar doença ou praga ou espécies que possam causar dano à agricultura, à pecuária, à fauna, à flora ou aos ecossistemas”, punindo-o com reclusão de 1 a 4 anos e multa.

Como o presente trabalho se dedica a análise dos crimes contra o meio ambiente natural, não iremos adentrar na sistemática atribuída aos crimes contra o ordenamento urbano e patrimônio cultural (Seção IV) e aos crimes contra a administração ambiental (Seção V), contudo, as considerações processuais que serão apresentadas a seguir também se aplicam, da mesma forma, a essas modalidades criminosas.

Realizados esses breves apontamentos sobre a disposição normativa e suas respectivas sanções dos crimes contra o meio ambiente natural, passaremos agora ao estudo da sua incidência na esfera processual penal, mais especificamente à questão da viabilidade da ação penal (privada) subsidiária no âmbito ambiental.

4. A AÇÃO PENAL (PRIVADA) SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA NOS CRIMES CONTRA A NATUREZA

4.1 O DIREITO AUTÔNOMO DE AÇÃO E O ACESSO À JUSTIÇA PENAL PELA LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA.

Compreendida a missão do Direito penal no controle social, em especial aquela destinada a exclusiva proteção de bens jurídicos, que, como visto, no decorrer da história deixa de se referir apenas à proteção de bens individuais e, juntamente com a abrangência do poder estatal, passam a agasalhar em sua esfera de proteção os bens jurídicos supraindividuais (metaindividuais ou transindividuais), muitos com expressa determinação constitucional de proteção, como é o caso do meio ambiente, que constitui o objeto de estudo desta pesquisa, sendo válido frisar que, diante das espécies que compõem o conceito de meio ambiente, o presente trabalho encontra-se restrito à análise dos crimes contra a natureza (meio ambiente natural).

Feitas as devidas considerações no tocante aos aspectos materiais da tutela penal do meio ambiente natural, para a concretização da análise do fenômeno jurídico-penal, faz-se necessário nesse momento, nos termos proposto Hassemer e Muñoz Conde, um mergulho nos aspectos processuais que instrumentalizam a efetividade da proteção jurídica da natureza, em especial àquelas relacionadas à viabilidade da legitimidade extraordinária como meio apto para o exercício do direito de ação.

O controle social penal, em qualquer das suas fases evolutivas, encontra-se assentado no trinômio fundamental: norma, sanção e processo. Sendo assim, uma vez explicadas e definidas as normas e as sanções criadas pelo Estado para a tutela penal do meio ambiente, nos resta adentrar agora na última etapa da instância básica de controle social – o processo – para, assim, compreender a sua função instrumental dentro do sistema como meio eficaz de acesso à justiça penal, ou, conforme a lição de Watanabe, de “acesso à ordem jurídica”¹⁶¹.

¹⁶¹ Tal expressão se fortificou na doutrina brasileira após a aceitação de que o acesso à justiça não se resume apenas a mera admissão ao processo ou a possibilidade de ingresso em juízo, pois, para que

Desde a segunda metade do século XIX, quando se reconheceu a autonomia científica do direito processual e se delimitou os temas que constituem o seu objeto de estudo, tem-se que este ramo do Direito se funda em três “institutos fundamentais”¹⁶², que se materializam nos conceitos de **jurisdição**, **ação** e **processo**. Tais institutos estão de tal forma inter-relacionados, que um não pode ser concebido sem a existência do outro, sendo, portanto, oportuna a afirmação de Ramiro Podetti que seus conceitos constituem a “trilogia estrutural do direito processual”¹⁶³.

Embora esses três institutos estejam presentes em todos os ramos do Direito processual, há uma parcela da doutrina que repudia efusivamente a existência de uma Teoria Geral do Processo, por entender, dentre outros argumentos, que há uma diferença inconciliável entre os direitos tutelados pelo Direito processual penal e o Direito processual civil, o que inviabiliza por completo a ideia de uma teoria geral que seja capaz de nutrir, como unidade, toda a instrumentalidade do processo. Esse posicionamento é perceptível na Teoria do Direito Processual Penal proposta por Rogério Lauria Tucci (2002, p. 55), o qual afirma que: “é hora, já, de visualizar o Direito Processual Penal com ótica própria, conferindo-lhe a dignidade científica que faz por merecer!”.

Com efeito, dúvidas não há que a transposição acrítica de alguns institutos do Direito processual civil para o Código de Processo Penal trazem alguns inconvenientes para o desenvolvimento operacional do processo penal, bem como para a consolidação prática de alguns de seus princípios

haja a efetiva institucionalização do acesso à justiça é indispensável que “o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e defender-se adequadamente (inclusive em processo criminal), sendo também condenáveis as restrições quanto a determinadas causas (pequeno valor, interesses difusos)” (CINTRA; *et all*, 2014, p. 52).

¹⁶² A Teoria Geral do Processo utiliza-se desses três institutos fundamentais como base teórica, conforme se verifica na doutrina de Cintra, Grinover e Dinamarco (2014, p. 29): “Como todo ramo do direito e também como toda ciência, essa teoria geral incide sobre certos *institutos fundamentais* ou categorias jurídicas constantes em todo campo da processualidade. Conhecer o processo e conhecer essa teoria geral é estar consciente de que toda essa ciência gira em torno da *jurisdição* exercida pelo juiz, da *ação* que o demandante exerce ao provocar o exercício da jurisdição, da *defesa* que o demandado tem o direito de opor à pretensão do demandante e do *processo* mediante o qual o juiz exerce a jurisdição, o autor exerce a *ação* e o réu, a defesa. Esses são os institutos fundamentais da nossa ciência”.

¹⁶³ Sobre a correlação desses institutos, aponta Podetti, que: “sob o prisma genético-histórico, talvez tenha surgido primeiro a ação, no seu exercício matéria; depois o processo; e, por último, a jurisdição; mas sob o aspecto lógico-doutrinário, primeiro vem a jurisdição, como órgão-função, depois a ação, como nexos entre o órgão e os sujeitos do processo, e, por último, o processo, que se faz possível e se desenvolve graças à conjugação harmônica da jurisdição com a ação” (PODETTI *apud* ALVIM, 2014, p. 36).

informadores¹⁶⁴, o que denota a necessidade de uma racionalização do Direito processual penal dentro de critérios que fortaleçam as suas bases sistêmicas através de suas particularidades próprias, tais como a de evitar o retorno à figura do juiz-inquisidor. Saudável, portanto, que o estudo do processo penal seja guiado por uma postura crítica no que se refere à transposição de alguns institutos do processo civil, entretanto, entende-se que a existência desse cuidado metodológico não impede que o estudo do Direito processual penal parta, como marco teórico dos conceitos lógico-jurídicos processuais, da Teoria Geral do Processo, uma vez que a sua utilização como referência instrumental da sistemática processual em nada fere a independência do Direito processual penal enquanto ciência.

A viabilidade da Teoria Geral do Processo como ponto de partida lógico-jurídico processual para o Direito processual penal é defendida por Fredie Didier Jr. (2012, p. 110/112), o qual leciona que, em nome do princípio da adequação do processo, não se pode transpor regras do direito processual civil para o direito processual penal sem se ater as consideráveis diferenças que há entre os seus respectivos objetos, contudo, enfatiza que a Teoria Geral do Processo não é um “Direito processual único”, mas sim uma teoria formal, composta por conceitos e não por normas, as quais servem aos cientistas do processo independentemente do tipo de processo investigado, pois “para que se saiba o que é o ‘processo penal’, é preciso saber, antes, o que é *processo*”. Sendo assim, conclui o referido autor que qualquer proposta de construção de uma Teoria do Direito Processual Penal justificada pela necessidade do desenvolvimento do conceito de “jurisdição penal” (como as formuladas por Lauria Tucci e Lopes Jr.), dirige-se muito mais ao “objeto do processo penal” do que aos conceitos lógico-jurídicos oriundos da Teoria Geral do Processo. Por

¹⁶⁴ A prevenção do juiz é um exemplo claro de aplicação inapropriada de um instituto processual civil no Código de Processo Penal, posto que o art. 83 do CPP considera preventivo todo juiz que praticar um ato no processo ou medida a este relativa, “ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa”. Por esse dispositivo, um juiz que pratique qualquer ato de jurisdição (como a decretação da prisão preventiva) na fase de inquérito será considerado preventivo para o processamento da ação, contudo, embora a norma esteja em consonância com as diretrizes civis da prevenção, no processo penal, em respeito ao princípio da imparcialidade do juiz, o ideal é que o juiz que tenha atuado durante a fase de investigação não deve ser o mesmo que irá atuar na fase de ação, por isso, um ato de jurisdição na fase inquérito não deveria ser uma causa de prevenção, mas sim uma causa de impedimento. Entretanto, tal equívoco tende a ser corrigido pelo Projeto de Lei nº 8045/2010 (Novo CPP), o qual institui em seu art. 16 que: “O juiz, que na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 14, ficará impedido de funcionar no processo”.

isso, assevera Didier que “Lauria Tucci erra o alvo em sua crítica” e Aury Lopes Jr. “‘acerta o quartel vizinho’ àquele que pretendia acertar”, pois, mirando suas críticas à Teoria Geral do Processo, terminam por alvejar o “direito processual jurisdicional único”¹⁶⁵.

De todo modo, ainda que a separação teórica entre o Direito processual penal e civil não seja uma unanimidade entre os mais renomados doutrinadores brasileiros¹⁶⁶, acredita-se que o ponto de partida para a ciência processual passa, impreterivelmente, pela evolução dos conceitos desta trilogia fundamental (jurisdição, ação e processo), especialmente no tocante ao Direito de ação, já que é a partir dos ricos debates científicos em torno da sua conceituação, bem como da definição da sua natureza jurídica perante o sistema jurídico, que diversas doutrinas, por vezes até antagônicas entre si, formulam e solidificam as suas propostas para a operacionalização do sistema jurídico¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Segundo o autor: “o argumento de que é necessário construir um conceito de jurisdição penal, distinto dos conceitos de jurisdição contenciosa e de jurisdição voluntária. Esse conceito seria construído pela Ciência (dogmática) do Processo Penal. Para tanto, será preciso saber a que gênero próximo pertence esse conceito e, em seguida, esclarecer as suas peculiaridades. A coerência do raciocínio impõe considerar a jurisdição penal, a jurisdição contenciosa e a jurisdição voluntária espécies do mesmo gênero: *jurisdição*, conceito lógico-jurídico construído pela Teoria Geral do Processo” (DIDIER, 2012, p. 113). Indo mais longe, Didier Jr. fecha a sua análise afirmando que: “A autonomia da ciência processual penal justifica-se pela individualização do objeto investigado (o processo penal). A qualidade da ciência processual penal dependerá do rigor metodológico, que, dentre outros atributos, deve zelar pela correta compreensão e aplicação dos conceitos jurídicos fundamentais, especialmente daqueles mais proximamente relacionados ao direito processual penal – enfim, dos conceitos da Teoria Geral do Processo”.

¹⁶⁶ Segundo José Frederico Marques (2001, p. 5-9): “Na atualidade, raros, senão raríssimos, são aqueles processualistas que negam a existência de uma teoria geral do processo a que se subordinam tanto o direito processual civil como o direito processual penal. Nem poderia ser de outra forma, porque o *processo*, como instituto jurídico, é um só, quer quando tenha por conteúdo uma lide penal, quer quando focalize uma lide de direito privado, ou de direito administrativo, ou de direito fiscal. O que pode variar é a forma de procedimento. [...] O isolamento em que alguns penalistas pretendiam manter o processo da justiça penal, em face do processo civil, nem mesmo entre os cultores do direito penal é atualmente sustentado. ANGELOTTI e GRISPIGNI, LEONE e GUARNERI, para só citar alguns, constituem disso eloquente testemunho. E isso sem trazer à colação o nome excelso de CARNELUTTI [...]”. Em sentido contrário, Rogério Lauria Tucci (2002, p. 53), na esteira dos ensinamentos de Figueiredo Dias, diz que: “No que toca ao processo, os resultados de uma teoria geral em nada conseguiriam esbater ou minorar as extensas divergências entre cada um dos principais tipos processuais, [...]. Daí que o próprio CARNELUTTI (sempre tão propenso às grandes construções e as teorias generalizadoras, tendo começado por ver o conceito de ‘lide’ o elemento comum a todos os tipos processuais, que só por si permitiria a construção de uma ‘teoria geral do processo’, tenha acabado por reconhecer em absoluto a profunda diversidade e autonomia, mesmo ‘científica’, do direito processual penal”. Por fim, Tucci (2002, p. 54) ressalta: “[...] um dos poucos aspectos negativos da grandiosa obra de JOSÉ FREDERICO MARQUES, ao transplantar (sem, ou, às vezes, com modestos, ávaros, retoques) institutos do processo civil para o processo penal, numa nítida adaptação dos *Elementos de direito processual penal* às *Instituições de direito processual civil* (este, indubitavelmente, seu mais importante e acurado labor magisterial)”.

¹⁶⁷ A vasta gama de doutrinas que buscam definir a natureza jurídica do “Direito de ação” pode interferir diretamente na organização da referida “trilogia fundamental do direito processual”, contudo, não o descaracteriza como conceito lógico-jurídico processual. Como exemplo, a doutrina de Aury Lopes

Tendo como correta a lição do Prof. José Eduardo Carreira Alvim (2014, p. 101) de que: “a evolução da ação não se pode dizer encerrada, tão grande é ainda a discussão em torno do seu conceito”, acredita-se que o Direito de ação (ou Direito à jurisdição) não é um conceito pronto e acabado. Pelo contrário, percebe-se que a sua concepção e a forma de seu exercício variam, e hão de variar, de acordo com o momento histórico, com a opção da política estatal (sobretudo a criminal), e com o nível de influência das diversas obras dedicadas ao seu estudo em seu tempo, por isso reputa-se ser de extremo valor a revisitação panorâmica de algumas destas teorias que possibilitaram a compreensão da ação como um direito autônomo, por ser o período intermediário entre as fases imanistas e instrumental do processo.

Quanto à origem do conceito de ação, costuma-se identificar o seu marco teórico na polêmica sobre a “*actio*” romana, ocorrida entre os anos de 1856 e 1857, através das publicações de Bernhard Windscheid e Theodor Muther que, conseqüentemente, resultou na completa distinção entre o Direito de ação e o Direito subjetivo material e rompeu, definitivamente, com a concepção de Celso, até então tida como incontestável¹⁶⁸.

Entre os anos 529 a 534 da Era Cristã, foram instituídas as publicações ordenadas por Justiniano, que tornaram conhecidas a definição de ação elaborada por Celso (e, mais tarde, reproduzida, quase que textualmente, por

Júnior (2015, p. 242-244), partindo da concepção sobre o processo de James Goldschmidt e de ação de Eduardo Couture, entende que o processo penal se fundamenta na “Santa Trindade: acusação-jurisdição-processo”; substituindo o instituto da ação pelo da “pretensão acusatória”.

¹⁶⁸ Durante as três etapas da história de Roma (monarquia, república e império), o direito romano agasalhou três procedimentos que respondiam aos conflitos de interesses, sendo, respectivamente, o sistema das ações da lei (*legis actiones*), o sistema formulário (*per formulas*) e o sistema da *cognitio* extraordinária (*cognitio extra ordinem*), entretanto, o conceito de “*actio*” variava de acordo com cada procedimento. No período das “ações da lei”, o procedimento caracterizava-se por um “ritualismo”, muito próximo da religiosidade, onde palavras, gestos e atitudes prescritas pela Lei das XII Tábuas haviam de ser adotadas pelas partes, que deveriam ser reproduzidos diante dos pretores, sendo que o mais insignificante erro conduzia à perda do litígio. No sistema “formulário”, o processo se constituía nas fórmulas que o pretor redigia e entregava aos litigantes, de acordo com a ação que se pretendia instaurar para a proteção do direito, tratando-se, na verdade, de uma instrução escrita com a qual o pretor nomeava o juiz (*iudex*) ou o árbitro (*arbiter*) e fixava os elementos sobre os quais deveria basear o seu juízo, outorgando-lhe um mandato relativamente determinado. Tanto o sistema das “ações da lei” quanto o sistema formulário eram compostos por duas fases, a fase *in iure*, onde o pretor organizava o julgamento, escolhia a fórmula e decidia se a proposta das partes deveria ir a julgamento, encerrando-se com a *litiscontestatio*; e a fase *in iudicio*, que ocorria perante o juiz ou árbitro, onde se colhiam as provas e terminava com a sentença. Por fim, o sistema do “*cognitio* extraordinário” caracterizava-se pela junção das duas fases do procedimento (*in iure* e *in iudicio*) numa só instância, onde os litigantes compareciam perante o pretor, que conhecia a demanda, colhia as provas e proferia a sentença, pois, por estar o Estado bastante fortalecido, este fazia sentir sua presença no processo através do pretor, que se transformou em um juiz, deixando de ser um mero concessor das ações (ALVIM, 2014, p. 101/103).

Upiano), que era catequizada pela máxima contida no Digesto. 44, 7, 51: “*actio autem nihil aliud est quam ius persecuendi in iudicio quod sibi debeat*” (a ação nada mais é do que o direito de perseguir em juízo o que nos é devido) (CAMARGO, 2001, p. 134). Percebe-se, assim, que a “ação”, na concepção de Celso, confundia-se com o próprio direito subjetivo material, e é sob essa confusão conceitual que se originou a “escola imanetista da ação”¹⁶⁹.

A concepção romana do direito de ação somente foi enfrentada em 1856, quando Windscheid, ao publicar sua obra “*Die Actio des römischen Civilrechts von Standpunkte des heutigen Rechts*” (A *actio* do direito civil romano [encarada] do ponto de vista do Direito Moderno)¹⁷⁰, parte da dualidade existente entre os conceitos de *actio* (ação romana) e *Klage* (ação germânica) para afirmar que a *actio* era a justiça tomada pelas próprias mãos, enquanto que a *Klage* era dirigida ao Estado, pois o direito de ação seria, na verdade, uma pretensão (*anspruch*) para estar em Juízo com o intuito de solucionar um determinado conflito de interesses. Assim, concluiu o respeitado romanista que o ordenamento jurídico romano não dizia ao indivíduo que este seria portador deste ou daquele direito, mas sim desta ou daquela ação, “tratando-se de um ordenamento das pretensões que podem ser perseguidas em juízo, [...]. Se assim era, a *actio* corresponderia ao conceito de pretensão entre os alemães (*anspruch*)” (KUHLMANN, 2001, p. 153).

A polêmica se inicia quando, em 1857, Muther publica sua obra “*Zur Lehre von der römischen Actio, dem heutigen Klagerecht, der Litiscontestation und des Singular-succeSSION in Obligationen*” (Sobre a teoria da *actio* romana, do moderno direito de queixa [direito de ação], da litiscontestação e da sucessão singular nas obrigações)¹⁷¹, onde, contrariando as conclusões de Windscheid, concebe que a *actio* para os romanos, guardadas suas devidas peculiaridades, muito se aproximava do termo alemão *klagerecht* (queixa), que correspondia ao Direito de ação para o Direito alemão.

¹⁶⁹ Segundo Alvim (2014, p. 104), essa doutrina era chamada de imanetista por ser a ação algo imanente ao próprio direito material, sem ter vida própria, que resultou na clássica proposição: “não há direito sem ação; não há ação sem direito; a ação segue a natureza do direito”. Bastante influente no Direito civil, esta concepção foi a base das teorias de Savigny, que, em razão da dominação Napoleônica, foi a responsável pela difusão deste conceito por toda a Europa, inclusive, na Alemanha.

¹⁷⁰ Tradução de Hélio Tornaghi (1959, p. 222).

¹⁷¹ Tradução de Hélio Tornaghi (1959, p. 228).

No mesmo ano, Windscheid publica sua resposta intitulada: “*Die actio. Abwehr gegen Dr. Th. Muther*” (A *actio*, defesa contra o Dr. Theodor Muther)¹⁷², pela qual, embora refute alguns pontos conceituais do trabalho publicado por Muther, concorda com o seu posicionamento de que a ação é dirigida contra o Estado, firmando-se, assim, o maior contributo da referida polêmica, já que, desde então, a ação passa a ser reconhecida como um direito a ser exercido contra o Estado e não contra o réu (KUHLMANN, 2001, p. 160/161).

A autonomia da ação como um direito público subjetivo¹⁷³ traz consigo o valor de que a sua existência não se confunde com a relação jurídica material que objetiva solucionar através da jurisdição, porém, a definição da natureza jurídica do direito de ação foi objeto de debates intensos entre aqueles que, historicamente, se dispuseram a defini-la através de teorias, as quais podem ser divididas em duas grandes vertentes: 1) a teoria do direito concreto à tutela jurídica e 2) a teoria do direito abstrato de agir¹⁷⁴. Embora a teoria abstrata anteceda a teoria concreta no curso da história, por uma questão lógico-didática, iniciaremos a apresentação pela teoria concreta da ação.

O surgimento da teoria do direito concreto à tutela jurídica se dá em 1889, quando Adolph Wach publica sua obra *Der Feststellungsanspruch* (Da pretensão de declaração)¹⁷⁵, onde, partindo da concepção de Muther, assenta a doutrina de que a ação é um direito autônomo que independe do direito subjetivo material para o seu exercício (à exemplo da ação declaratória). Entende o autor que ação seria composta por um “caráter público”, pois, como uma pretensão à proteção de um direito (*Rechtsschutzanspruch*), se dirige

¹⁷² Tradução de Hélio Tornaghi (1959, p. 244).

¹⁷³ Para Tucci (2002, p. 76/77), há uma intrínseca diferença entre “direito à jurisdição” e “direito de ação”. O primeiro seria um direito subjetivo material, assegurado constitucionalmente no Brasil pelo art. 5º, XXXV, ao garantir que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito”; já o segundo, seria um direito subjetivo processual, que se caracteriza pela efetivação do exercício do direito à jurisdição, por isso, reputa importante não se confundir a “ação judiciária”, concernente à atuação dos órgãos jurisdicionais, juízes e tribunais na realização do direito, com a “ação da parte” que é conferida aos sujeitos parciais da relação jurídica.

¹⁷⁴ Rogério Lauria Tucci constata que, no tocante a natureza jurídica do direito de ação, já em 1834, ou seja, antes da polêmica entre Windscheid e Muther, já havia uma teoria, pouco conhecida, formulada por Johann Christian Hasse, que, em seu trabalho “*Über das Wesen der Actio, ihre Stellung im System des Privatrechts und über Gegensatz der in personam und in rem actio*”, já formula o conceito de que a ação se dirige não perante o adversário, mas, principalmente, perante o Estado, ao afirmar que: “(...) a ação é o direito de pedir que a vontade do Estado, mediante o juiz, se afirme e atue relativamente aos direitos dos particulares. Trata-se de um direito de natureza especial, sobretudo por não poder existir sem o direito positivo, ao passo que os outros direitos existem independentemente deste, por ostentarem um substrato diverso. A *actio* não pode ser entendida sem o estado, em razão de constituir, simplesmente, na iniciativa de pedir a ação do Estado” (TUCCI, 2002, p. 65/66).

¹⁷⁵ Tradução de José Eduardo Carreira Alvim (2014, p. 111).

contra o Estado (obrigado à prestação da tutela jurisdicional por meio de decisão e coerção); e por um “caráter concreto”, já que também é dirigida contra o adversário (por ser quem irá sofrer o ato de coação estatal). Desse modo, defende que a tutela jurisdicional somente se satisfaz através de uma proteção concreta, e, por isso, o direito de ação só existiria quando a sentença for procedente, sendo o direito de ação, portanto, o “direito a uma sentença favorável”.

Tal teoria também esta presente na doutrina de Oskar Von Bullöw, que, em 1868, já havia publicado a sua importantíssima obra “*Die Lehre von den Prozessreden und die Prozessvoraussetzungen*” (A teoria das exceções processuais e dos pressupostos processuais)¹⁷⁶, onde afirmava que “a ação como direito subjetivo anterior ao juízo não existe, pois só com a demanda judicial nasce o direito de obter uma sentença justa” (BULLÖW *apud* ALVIM, 2014, p. 109), o que contraria, em parte, a ideia da ação como um direito a uma sentença favorável, já que esta se funda na convicção do juiz, que, por sua vez, pode não corresponder à realidade dos fatos¹⁷⁷. Vale frisar que Bullöw foi o primeiro teórico a falar na existência de uma “relação jurídica processual”, bem como a definir os pressupostos processuais.

Por fim, ainda entre os concretistas¹⁷⁸, merece destaque a doutrina de Giuseppe Chiovenda, que, ao discorrer sobre “A ação no sistema dos direitos” em uma conferência na Universidade de Bolonha, ocorrida em 1903, integra a ação na categoria dos chamados “direitos potestativos”, por entender ser esta “o poder de criar a condição para a atuação da vontade da lei”¹⁷⁹. Chiovenda parte da ideia de que a ação é um direito autônomo, contudo, repudia o caráter

¹⁷⁶ Tradução de Rogério Lauria Tucci (2002, p. 61).

¹⁷⁷ Sobre a ideia da ação como um “direito a uma sentença justa”, Alvim (2014, p. 109) traz a seguinte e oportuna crítica: “Esta teoria, mais que uma teoria sobre a ação, é a negação da própria ação e do próprio direito subjetivo. É verdade que com a demanda judicial, nascem direitos de natureza pública para ambos os litigantes, mas uma coisa são estes direitos públicos *processuais*, e outra, o direito público ou privado de agir, que compete a quem tem razão *antes do processo*. Se existe ou não existe esse direito de agir, só se fica sabendo por ocasião da sentença, mas o mesmo acontece quanto à existência do direito de agir, quer dizer, de pedir a atuação de uma vontade da lei, e quanto à existência da mesma vontade cuja atuação pede. Negar a ação é negar todo o direito”.

¹⁷⁸ Segundo Cintra, Grinover e Dinamarco (2014, p. 271) e Tucci (2002, p. 66), também figuram como destacados partidários da teoria concretista Hellwig, Stein, Holder, Gierke, Schmidt, Pohle e Simoncelli, e, no Brasil, Botelho de Mesquita e Celso Agrícola Barbi.

¹⁷⁹ Para Chiovenda a ação “é um poder que nos assiste em face do adversário em relação a quem se produz o efeito jurídico da atuação da lei. O adversário não é obrigado a coisa nenhuma diante desse poder; simplesmente lhe é sujeito. Com o seu próprio exercício exaure-se a ação, sem que o adversário nada possa fazer, quer para impedi-la, quer para satisfazê-la” (CHIOVENDA *apud* COSTA, 2005, p. 24).

publicístico dado a ela pela doutrina de Wach, pois sustenta que a ação não é dirigida contra o Estado, mas sim “em face do adversário”, por isso, seria a ação um “direito de poder” (*Kann Rechte*) que objetiva “à produção de um determinado efeito jurídico a favor de um sujeito, e com ônus para o outro, que nada deve fazer, mas, por sua vez, nada pode fazer a fim de evitá-lo” (TUCCI, 2002, p. 66). Sendo assim, considerando-se que tal concepção tem a ação como um poder jurídico exercido pelo seu titular através de uma mera declaração de vontade de quem tem razão contra quem não tem, pode-se, em última análise, considerá-la também como um direito a uma sentença favorável.

A maior crítica atribuída à teoria concreta da ação repousa na sua proposta de vinculação da fruição do Direito de ação à existência de uma sentença favorável ou justa, o que dificulta a justificativa dos atos praticados em uma ação que, ao final, é julgada improcedente, uma vez que, segundo tal concepção, somente haveria direito de ação quando o processo fosse julgado procedente¹⁸⁰.

Quanto à teoria abstrata da ação, antes mesmo da doutrinação de Wach, já em 1877, Degenkolb, influenciado pela teoria da relação jurídica processual de Bullöw, apresenta na Alemanha sua obra “A disputa sobre o conceito de ação”, onde define a ação como um direito abstrato de agir sem vínculo com qualquer fundamento positivo que legitime a pretensão de quem a exercita, sendo, assim, o primeiro doutrinador a conceituar a ação como um “direito subjetivo público, correspondente a todo aquele que de boa-fé creia ter razão, para ser ouvido em juízo e obrigar o adversário a se apresentar” (DEGENKOLB *apud* ALVIM, 2014, p. 110)¹⁸¹. Por essa concepção, a existência do direito de ação independe se a sentença é procedente ou improcedente, pois o direito de ação esta relacionado à obrigação do Estado em exercer a

¹⁸⁰ Para Cintra, Grinover e Dinamarco (2014, p. 274): “A teoria da ação como direito concreto à tutela jurídica é inaceitável. Para refutá-la basta pensar nas ações julgadas improcedentes, onde, pela teoria concreta, não seria possível explicar satisfatoriamente os atos processuais praticados até a sentença. A mesma situação ocorre quando uma decisão injusta acolhe a pretensão infundada do autor. Quanto aos *direitos potestativos* (que configurariam uma exceção à concepção clássica de que a todo direito corresponde uma obrigação correlata), parece caracterizar mais meras faculdades ou *poderes*, aos quais, por definição, não corresponde nenhuma obrigação, do que direitos. Em última análise, a construção de Chiovenda não difere substancialmente, em suas conclusões, da teoria concreta à ação como direito à sentença favorável”.

¹⁸¹ Curiosamente, em 1880, Pólsz apresentava na Hungria o seu trabalho intitulado “Contribuições à teoria do direito de queixa (ou ação)”, onde admitia a natureza pública e abstrata do direito de ação, a qual se dirige a obter uma sentença independentemente de o petionário ter ou não um direito subjetivo a ser declarado na sentença (PLÓSZ *apud* ALVIM, 2014, p. 110).

função jurisdicional, tratando-se, portanto, de um direito de comparecer em juízo, ainda que não tenha razão.

Muito embora Degenkolb, alguns anos mais tarde, tenha aderido à formulação de Wach e abandonado a sua tese original¹⁸², sua concepção serviu de base para vários outros doutrinadores que reafirmaram a natureza abstrata do direito de ação e a perpetuaram até a atualidade.

Para uma melhor apresentação da concepção abstrata do Direito de ação, iremos adotar a divisão proposta por Susana Henriques da Costa (2005, p. 28), a qual subdivide a teoria abstratista em três correntes de pensamento que sintetizam a sua evolução: 1) a teoria abstrata pura; 2) a teoria de Liebman (moderada) e 3) a teoria assertista¹⁸³.

Segundo os abstratistas puros, o direito de ação é autônomo e independe de qualquer requisito para sua operacionalidade, tratando-se, portanto, de um direito incondicionado. Para Josef Kohler a ação não é uma emanção da pretensão procedente e nem tão pouco uma expressão do direito público geral de acionar, mas sim uma “emanção dos direitos da personalidade”, sendo, na verdade, um direito de agir em juízo, que, por se tratar de um direito individual facultativo, assemelha-se ao direito de andar, comercializar e etc¹⁸⁴.

Eduardo Couture, através de uma perspectiva semelhante, entende que a ação é um “poder jurídico” que o sujeito tem, ou seja, é um “direito de recorrer aos órgãos jurisdicionais, para reclamar deles a satisfação de uma pretensão” (COUTURE *apud* ALVIM, 2014, p. 114). Desse modo, o direito de

¹⁸² Em 1905, Degenkolb publica sua obra “*Der streit uberden Klagerechbegriff*”, onde não só passa a considerar que o denominado direito de ação, conferido a qualquer pessoa que creia ter razão, não é um direito subjetivo, mas uma simples “faculdade jurídica”, mas também passa a entender que a ação é uma “pretensão jurídica” de obter, em face do adversário, uma sentença favorável no processo (TUCCI, 2002, p. 68).

¹⁸³ Há quem sustente que a teoria assertivista seria, na verdade, uma ramificação da teoria de Liebman, contudo, adotamos esta divisão por concordar com as ponderações realizadas por Susana Henriques da Costa (2005, p. 42-43): “Difícil, portanto, classificar esse novo entendimento. Há quem sustente que os assertivistas são partidários da teoria de Liebman; por outro lado, defendem outros que suas ideias se aproximariam mais da teoria abstrata pura. Diante dessa dificuldade de enquadramento, preferiu-se estudar a construção assertivista separadamente, sem inseri-la como ramificação de nenhuma das duas teorias acima expostas”.

¹⁸⁴ Em seu trabalho intitulado *Recht und Prozess e Ueber Einlassung und Klagerecht, Gesammelle Beitrage zur Zivilprozess*, Kohler afirma que: “a ação não pode ser considerada como emanção de anterior pretensão, mesmo porque o ser ela fundada, ou não, somente a sentença poderá afirmar; nem a expressão do direito público geral de demandar. Representa, isso sim, precipuamente, emanção dos direitos da personalidade; na mesma medida, todavia, em que o são os demais atos jurídicos: acionar consiste, portanto, num direito individual coo o de andar, comercializar etc.” (KOHLER *apud* TUCCI, 2002, p. 68).

ação corresponderia a um “direito de petição”, também incondicionado¹⁸⁵. No mesmo sentido é a doutrina de Ugo Rocco, que entende a ação como um direito público subjetivo do cidadão frente ao Estado-juiz, a qual funcionaria como um “direito cívico”.

Ainda dentre os abstrativistas puros, têm-se a doutrina de Francesco Carnelutti, o qual estabelece que a ação como um “direito subjetivo processual das partes” de obter do Estado a composição do litígio, entretanto, afirma que a ação não é dirigida contra o Estado, e sim contra o juiz, que figurará como sujeito passivo no processo, por ser aquele a quem compete prover a demanda da parte¹⁸⁶.

Por sua vez, Alfredo Rocco também considera a ação um direito abstrato e incondicionado, por isso afirma que: “o direito de ação compete a todo sujeito de direito, como tal, independentemente de qualquer pressuposto” (ROCCO apud COSTA, 2005, p. 29); entretanto, para este autor, a ação se dirige contra o Estado, pois entende que existem duas classes de interesses na ação, que seriam o interesse principal (correspondente aos direitos juridicamente protegidos pelo Estado) e os interesses secundários (que seria o direito de proteção daqueles direitos assegurados pelo Estado)¹⁸⁷.

¹⁸⁵ José Roberto dos Santos Bedaque ensina que Couture faz uma distinção ente direito, pretensão e ação, lecionando que: “Pretensão é a afirmação de um sujeito de direito, de que é merecedor da tutela jurisdicional; é a atribuição de um direito para si. Ação seria o poder jurídico do autor, de fazer valer a pretensão. Este poder de recorrer à jurisdição existe sempre, com direito material ou sem ele, com pretensão ou sem ela (...). o poder de acionar é um poder de todo indivíduo enquanto tal, existindo mesmo quando não exercido (...) é o direito à prestação da jurisdição. O direito de ação é a forma típica do direito de petição, integrando o poder jurídico que tem todo indivíduo de solicitar o que considera justo” (BEDAQUE apud COSTA, 2005, p. 30).

¹⁸⁶ Sobre a doutrinação de Carnelutti sobre a ação, Carreira Alvim, na esteira dos ensinamentos de Carlos Ramirez Arcila, sintetiza com muita propriedade, os postulados carneluttiano: “I – A ação é um direito subjetivo processual das partes; II – Este direito é diferente do direito subjetivo material; III – Para exercitar a ação, não é necessário ter o direito subjetivo material, pelo que pode exercitá-la qualquer cidadão; IV – A ação não é um poder de obter uma sentença favorável, senão unicamente o poder de obter a decisão; V - A ação é diferente da pretensão. Aquela é uma relação; a pretensão é um fato, uma manifestação de vontade; é a exigência de subordinação de um interesse alheio a outro próprio; VI – A ação não tem como sujeito passivo o adversário, senão o juiz ou, em geral, o membro do ofício a quem corresponde prover sobre a demanda proposta pela parte; VII – A legitimação não é um requisito do sujeito da ação, necessário para que esta possa ter consequências jurídicas, senão um pressuposto dos atos processuais e, como tal, da pretensão; VIII – O interesse individual do autor é diferente do interesse da ação. O daquele está na solução favorável do litígio e o desta está na composição do litígio. O interesse da ação não é o interesse individual das partes, senão o interesse coletivo: o interesse da sociedade, de que os litígios sejam dirimidos mediante o exercício da ação (ALVIM, 2014, p. 114).

¹⁸⁷ Fábio Gomes enfatiza que Alfredo Rocco “vislumbra duas classes de interesses: o interesse principal, que forma o conteúdo dos vários direitos de determinado sujeito, e o interesse secundário, distinto do primeiro e que se resolve na eliminação dos obstáculos que se antepõem à obtenção direta do interesse principal (...). Para Alfredo Rocco, qualquer pessoa é titular do direito a que o Estado intervenha para que o interesse principal seja satisfeito. E o interesse pela intervenção estatal existirá enquanto perdurar

Com o intuito de superar as críticas existentes contra as teorias concreta e abstrata puras, Enrico Liebman, partindo de uma postura considerada mais moderada, apresenta a ação como direito subjetivo condicionado, por ser “abstrata com relação ao seu resultado, mas concreta no tocante ao seu nascimento, posto que emerge de uma situação concreta, decorre de uma causa concreta” (LIEBMAN *apud* TUCCI, 2002, p. 79). Diante dessa constatação o autor estabelece que a ação é um direito subjetivo público, autônomo e abstrato, porém “instrumentalmente conexo a uma pretensão de direito material”, cuja existência estaria diretamente ligada ao cumprimento de determinados requisitos, que seriam as chamadas “condições da ação” (possibilidade jurídica do pedido, legitimidade *ad causam* e interesse de agir).

Liebman define as condições da ação como as “condições de admissibilidade do julgamento do pedido, ou seja, como condições essenciais para o exercício da função jurisdicional com referência à situação concreta (*concreta fattispecie*) deduzida em juízo” (LIEBMAN *apud* COSTA, 2005, p. 32). Dessa forma, o direito de ação somente poderá ser exercido quando o autor preencher determinados requisitos que autorizariam o juiz a se manifestar sobre a sua pretensão, sendo certo, porém, que tais requisitos (condições) não se relacionam com o mérito do processo, servindo apenas como pressuposto para a sua análise.

Tendo como certo que a verificação das condições se dá após o exame dos pressupostos processuais, estas não se confundem, por isso, concorda-se com o entendimento de Costa (2005, p. 35), de que é possível concluir que, para a teoria de Liebman, as condições da ação são “o segundo objeto de cognição do juiz”, já que somente ocorrerá após a análise dos pressupostos processuais¹⁸⁸.

a proibição à defesa privada; ele nasce justamente com essa proibição e consiste no interesse secundário, que constitui verdadeiro e próprio direito subjetivo, cujo sujeito passivo é só o Estado. A autonomia desse direito não poderá ser negada, pois a obrigação do Estado não decorre de qualquer outro direito ao cidadão” (GOMES *apud* COSTA, 2005, p. 29).

¹⁸⁸ Tal conclusão se extrai das próprias palavras de Liebman, o qual entende que as condições da ação “são os requisitos de existência da ação, devendo por isso ser objeto de investigação no processo, preliminarmente ao exame do mérito (ainda que implicitamente, como costuma ocorrer). Só se estiverem presentes essas condições é que se pode considerar existente a ação, surgindo para o juiz a necessidade de se julgar sobre o pedido (*domanda*) para acolhê-lo ou rejeitá-lo” (LIEBMAN *apud* COSTA, 2005, p. 35).

Para a teoria de Liebman, a decisão do juiz a respeito das condições da ação não é uma decisão de mérito, já que estas possuem uma natureza pré-processual¹⁸⁹, por isso a decisão que reconhecer a carência da ação (ausência de qualquer das condições) não fará coisa julgada material, tratando-se, na verdade, de uma decisão terminativa.

Notadamente, o posicionamento das condições da ação na teoria de Liebman é o objeto de uma das suas principais críticas. Afinal, se somente existe ação quando preenchidas as condições da ação, como explicar o fenômeno processual ocorrido entre a propositura da demanda e o reconhecimento da carência de ação. Diante deste dilema, Liebman elaborou uma construção teórica onde afirma existir dois estágios distintos do direito de ação: o primeiro estágio seria referente ao “direito constitucional de ação” (ou direito de demandar, ou direito de petição) que seria totalmente abstrato e incondicionado; o segundo seria o chamado de “direito processual de ação”, que estaria vinculado à situação jurídica de direito material trazida aos autos pelo autor, sendo exatamente neste momento que o exercício do Direito de ação estaria condicionado à existência das “condições da ação”. Por tal concepção, quando o processo é extinto por ausência das condições da ação, percebe-se que o autor efetivamente exerceu seu direito constitucional de ação (ou direito de demandar), mas não teria exercido o chamado direito processual de ação, tendo em vista que não obteve do Estado o pronunciamento sobre a situação jurídica de direito material trazida pela demanda.

É exatamente no tocante às condições da ação que surge uma terceira via da teoria abstrata, a chamada visão assertista, a qual tenta superar as críticas sofridas pela teoria de Liebman, sem, contudo, adotar totalmente as ideias dos abstrativistas puros. Segundo a teoria da asserção, a presença das condições da ação deve ser analisada no direito afirmado pelo autor na petição inicial, ou seja, o juiz deve verificar, *in statu assertionis*, se o pedido é possível, se a parte é legítima e se há interesse no processo.

A partir desta concepção, tem-se que a carência de ação é diferente de improcedência do pedido, por isso, propõe-se que a análise das condições da

¹⁸⁹ Segundo Liebman: “Toda decisão sobre as condições da ação é decisão sobre o processo, devendo aplicar a *lex fori*, seja qual for a lei que rege a relação controversa” (LIBEMAN *apud* COSTA, 2005, p. 36).

ação é uma questão estranha ao mérito da causa que deve ser verificado na prolação do juízo de admissibilidade que será realizado no início do procedimento, com base unicamente nas alegações realizadas pelo autor na exordial, tratando-se, assim, de uma decisão oriunda de uma “cognição sumária”, sem que haja qualquer espécie de instrução¹⁹⁰.

A visão assertista conta com vários adeptos no Brasil, tais como Kazuo Watanabe, Hélio Tornaghi, José Carlos Barbosa Moreira, Alexandre Câmara, Flávio Luiz Yarshell, Leonardo Greco, José Roberto dos Santos Bedaque, Sérgio Cruz Arenhart, Leonardo José Carneiro da Cunha, Araken de Assis, Luiz Guilherme Marinoni¹⁹¹.

Para alguns defensores da visão assertista, as condições da ação não seriam requisitos para a existência do Direito de ação, mas sim requisitos para o julgamento do mérito da causa. Esse é o entendimento de Kazuo Watanabe, para quem as condições da ação “seriam ‘condições’ para o julgamento do mérito da causa”, que seriam impostas basicamente por questões de economia processual e não como condições para a existência da ação (COSTA, 2005, p. 54).

Dentre as críticas existentes contra a teoria assertista, talvez a principal diga respeito ao fato de que não há como separar a análise das condições da ação do mérito da causa, por isso independe se a decisão sobre elas se dá no início ou no fim do procedimento. Entretanto, é bastante esclarecedora a colocação de Suzane Costa, ao pontuar que, na verdade, o que os assertistas levam em consideração não é o momento da admissibilidade das condições da ação, mas sim o grau de cognição realizado pelo juiz¹⁹².

¹⁹⁰ A proposta da Teoria da Asserção sobre a cognição do juiz ao proferir a decisão que reconhece ou não a existência das condições da ação é explicada com muita propriedade por Didier Jr. (2012, p. 217): “(...) O juízo definitivo sobre a existência das condições da ação far-se-á nesse momento: se positivo o juízo de admissibilidade, tudo o mais seria decisão de mérito, ressalvados fatos supervenientes que determinassem a perda de uma condição da ação. A decisão sobre a existência ou não de carência da ação, de acordo com esta teoria, seria sempre definitiva. Chama-se de teoria da asserção ou da *prospettazione*”.

¹⁹¹ Fredie Didier Jr. tem um posicionamento de que as condições da ação, ao menos na tutela individual, não tem como ser separada do mérito da causa, pelo que propõe a sua abolição como categoria jurídica, contudo, ao tratar da legitimidade extraordinária, entende que neste caso não poderá a decisão de carência da ação conduzir à resolução do mérito, *in verbis*: “A inexistência de legitimação extraordinária não leva à resolução do mérito da causa. Trata-se de análise puramente do direito de condução do processo, sem que haja investigação dos fundamentos” (DIDIER JR., 2012, p. 259).

¹⁹² Para Costa (2005, p. 55): “Há um certo equívoco, neste aspecto, em relação ao que defende a teoria assertista. Para os adeptos desse entendimento, o que importa para a caracterização ou não de uma

Compreendidas as particularidades de cada teoria e suas imensuráveis contribuições para a evolução do conceito do Direito de ação, tem-se que as teorias concretas e abstratas não se tratam de duas vertentes que devem ser obrigatoriamente escolhidas isoladamente. Nesse ponto, concorda-se com a lição de Calamandrei de que o conceito de ação não é absoluto, mas sim relativo, pois esta diretamente ligada à evolução histórica das relações entre o cidadão e o Estado, de sorte que se pode afirmar que cada teoria, considerada em si mesma, não é nem absolutamente verdadeira e nem absolutamente falsa¹⁹³. Desse modo, reputa-se correta a afirmação de que “a ação, antes de ser uma construção dogmática dos teóricos, é uma realidade prática aceita pelo direito de todos os Estados civilizados” (ALVIM, 2014, p. 119).

Por outro lado, é inegável que a doutrina de Liebman foi a que mais influenciou a doutrina processual brasileira, sendo perceptíveis resquícios da sua concepção em todos os ramos do direito processual, inclusive no Direito Processual Penal, já que a ação penal é agasalhada constitucionalmente como um direito autônomo e abstrato, cujo exercício é incondicionado (art. 5º, XXXV, da CR/88), porém, seu exercício, como ação processual, está condicionado à existência da possibilidade jurídica do pedido, da legitimidade *ad causam* e do interesse de agir (art. 395, do CPP).

Com efeito, a legislação processual penal condiciona o recebimento da denúncia e da queixa-crime a um prévio juízo de admissibilidade que deve ser realizado pelo juiz, o qual está obrigado a superar as causas de rejeição da exordial antes de dar prosseguimento ao feito, para tanto, deve ser verificado que se a peça inaugural não é inepta (art. 41 do CPP), se estão presentes os pressupostos processuais¹⁹⁴ e as condições da ação (gerais e específicas) e,

condição da ação não é o momento do seu conhecimento, mas sim o grau de cognição realizada pelo juiz quando da sua aferição”.

¹⁹³ Sobre a doutrina da relatividade proposta por Calamandrei, esclarece Alvim (2014, p. 119) que: “Num artigo intitulado ‘Relatividade do conceito de ação’, Calamandrei procura demonstrar que as várias teorias que lutam em torno do conceito de ação encontram justificação histórica no momento presente, enquanto cada uma delas deve entender-se relativa a uma dentre as diversas concepções ou fases do amadurecimento das relações entre cidadão e Estado, que convivem hoje em zonas limítrofes do ordenamento jurídico, de sorte que cada uma das teorias não pode ser considerada em si mesma, *nem absolutamente verdadeira*, nem *absolutamente falsa*, porque serve para recolher, de um diverso ponto de vista, uma porção de verdade, e para fazer brilhar um instante, antes de ser superada, uma das imensuráveis facetas desse metal em fusão, que penetra na armação do Estado”.

¹⁹⁴ O estudo acurado dos pressupostos processuais, por si só, demandam esforço próprio para um trabalho exclusivo, e, por estar a presente pesquisa ligada a questão da legitimidade extraordinária como condição da ação, não iremos nos aprofundar as particularidades dos pressupostos processuais,

por fim, se há justa causa para o processamento da causa, conforme exigência expressa do art. 395 do CPP.

No que toca a possibilidade jurídica do pedido, embora sua existência seja um ponto polêmico entre os civilistas¹⁹⁵, no processo penal ela é aceita como a presença da tipicidade, já que o pedido condenatório tem que estar amparado por uma conduta proibitiva previamente estabelecida em lei, daí ser esta condição conceituada como: “a adequação do pedido do autor à ordem jurídica a que o juiz é submisso, de sorte a poder pronunciar a espécie de ato decisório por aquele solicitado” (TUCCI, 2002, p. 91). Já Lopes Jr. (2015, 233-235) tem que o termo não é adequado para as particularidades do processo penal e reputa que a condição da possibilidade jurídica do pedido deve ser substituída pelo *fumus commissi delicti*, ou seja, pela necessidade de comprovação da prática de um fato aparentemente criminoso.

O interesse de agir ou interesse processual também não encontra resistência no processo penal, posto que após a criminalização da vingança privada (art. 345 do CP) e da vingança pública (crime de abuso de autoridade), com a conseqüente monopolização do *jus puniendi* pelo Estado, o conflito

mas, pela sua inegável importância para o Direito processual, serve, nesse momento, a brilhante lição de Fredie Didier Jr que, em sua obra dedicada exclusivamente à análise dos pressupostos processuais, busca criar uma teoria geral dos pressupostos processuais, *in verbis*: “Já se viu que o pressuposto processual é a designação que somente deve ser utilizada para referir-se ao ato complexo procedimento; viu-se também que ‘pressuposto processual’ pode referir-se a qualquer procedimento, mas que isso não é conveniente, pois os regimes jurídicos do juízo de admissibilidade de cada procedimento são diversos. ‘Pressuposto processual’ deve ser compreendido, em sentido restrito, como tudo quanto se refira ao procedimento principal, instaurado pelo ato que deu origem à própria relação jurídica processual. (...) Mas ainda não é o bastante, pois é necessário estabelecer um critério para identificar quais são esses pressupostos. Para tanto, é fundamental partir da seguinte premissa: a relação jurídica processual, como qualquer relação jurídica processual, surge da incidência da hipótese normativa em determinado fato. Há, pois, um fato jurídico que gera a relação processual. Esse fato jurídico é um ato jurídico e corresponde ao ato inicial do procedimento. Os ‘pressupostos processuais’ sempre estão relacionados a esse ato jurídico: o exame da sua validade levará ao exame de admissibilidade (validade) do procedimento por esse mesmo ato instaurado; o fato superveniente que de algum modo referir-se a esse ato jurídico afetará todo o procedimento. Esse ato-jurídico instaurador do processo traz em seu bojo o objeto litigioso do processo, que é o problema a ser resolvido pelo magistrado. O procedimento é instaurado com esse objetivo, todos os atos que condicionam a existência ou validade (admissibilidade) do procedimento e o impeçam de atingir o seu objetivo, delimitado pelo ato originário, podem ser considerados ‘pressupostos processuais’” (DIDIER JR., 2012, p. 104-105). O referido autor (2012, p. 110), partindo das lições de José Orlando Rocha de Carvalho, classifica os pressupostos processuais em pressupostos de existência subjetivos (órgão investido de jurisdição e autor com capacidade jurídica) e objetivo (existência de demanda através de ato inicial do procedimento); e requisitos de validade subjetivos (existência de juiz competente e imparcial e partes com capacidade processual e postulatória) e objetivos (respeito ao formalismo e inexistência de perempção, litispêndia e coisa julgada).

¹⁹⁵ Segundo Didier Jr. (2012, p. 222), esta condição da ação já se fazia presente na doutrina de Chiovenda, para quem era necessário a demonstração da “existência do direito”, porém foi Liebman quem criou a possibilidade jurídica do pedido com manifesta preocupação de extremá-la do mérito da ação, contudo, a partir da 3ª edição do seu *Manuale*, Liebman retirou a possibilidade jurídica do pedido do rol das condições da ação, passando o seu conceito a integrar o conceito do interesse de agir.

penal encontra-se institucionalizado como resultante da inafastabilidade da jurisdição penal (*nulla poena sine iudicio*), sendo o processo, portanto, sempre necessário, como único caminho, para se chegar à sanção penal, pois o Direito penal somente se realiza no processo penal, por isso a pena não é tida somente como um efeito jurídico do delito, mas também como um efeito jurídico do processo¹⁹⁶.

A justa causa também é uma condição obrigatória para o exercício da ação processual penal. Trata-se de um conceito aberto que, segundo Maria Tereza Rocha Assis Moura (2001, p. 119) exerce uma função mediadora entre a realidade social e a realidade jurídica, funcionando como um “antídoto, de proteção contra o abuso do Direito” (MOURA, 2001, p. 173). Com efeito, por ser um conceito aberto, a justa causa funciona como um filtro para os casos em que esteja extinta a punibilidade (art. 107 do CP), bem como para a verificação da existência de indícios razoáveis de autoria e da materialidade do delito, justificando a aplicação do princípio da insignificância aos crimes de bagatela, funcionando efetivamente como um mecanismo de controle processual do caráter fragmentário da intervenção penal.

Por fim, a legitimidade *ad causam* (ou capacidade de conduzir o processo) é a única condição que goza de total aceitação entre os processualistas penais, inclusive entre aqueles mais críticos¹⁹⁷. Trata-se da “pertinência subjetiva da ação” (BUZAID *apud* TUCCI, 2002, p. 96), pois não basta a existência da capacidade jurídica, processual ou postulatória, é preciso que “os sujeitos da demanda estejam em determinada posição jurídica que lhes autorize a conduzir o processo em que se discute aquela relação jurídica de direito material” (DIDIER JR., 2012, p. 228).

Notadamente, a legitimidade *ad causam* trata de uma situação jurídica regulada pela lei (ou pelo ordenamento jurídico) em que se atribui o poder

¹⁹⁶ Para Lopes Jr. (2015, p. 232) é exatamente essa necessidade imprescindível de se fazer uso do processo penal para se aplicar a pena que torna o conceito de interesse de agir completamente imprestável para o Direito processual penal, pois o “processo não é efeito do delito, senão da necessidade de impor a pena ao delito por meio do processo”. Sendo assim o interesse de agir é inerente a ação processual penal, por isso reputa que tal condição deve ser substituída pela “existência de punibilidade concreta”.

¹⁹⁷ Segundo Lopes Jr. (2015, p. 231): “esse é um conceito que pode ser aproveitado, pois se trata de exigir uma vinculação subjetiva, pertinência subjetiva, para o exercício da ação processual penal”, porém o referido autor não aceita o termo “substituição processual” no caso da ação penal de iniciativa privada.

jurídico de conduzir determinado processo, sendo, portanto, uma qualidade jurídica que se refere a ambas as partes (legitimidade ativa e passiva) e que é aferida pelo bem jurídico que fora lesado pela conduta criminosa.

Na doutrina processual civil, a principal classificação dada à legitimidade *ad causam* (ou capacidade de conduzir o processo)¹⁹⁸ é a que se baseia na relação entre o legitimado e o objeto litigioso: a legitimação ordinária e a legitimação extraordinária (legitimação anômala ou substituição processual).

Entende-se por legitimado ordinário aquele que defende em juízo interesse próprio, enquanto que o legitimado extraordinário é aquele que defende em nome próprio interesse alheio.

Transportados esses conceitos para o processo penal, deve-se ressaltar que o interesse no processo penal está atrelado ao interesse público de aplicar as penas da lei aquele que comete um fato delituoso, sendo assim, a diferenciação dos legitimados entre aqueles que defendem interesse próprio ou interesse alheio no processo resta sem sentido lógico quando o interesse em questão é o Direito de punir do Estado¹⁹⁹.

Com efeito, o “objeto litigioso” no processo penal é a necessária consequência penal que deve ser aplicada através do processo aquele que ofendeu relevantemente um bem jurídico (individual ou difuso) protegido pela norma penal. Dessa maneira, quando ocorre um crime e a Jurisdição Penal é provocada para solucionar o caso, é o Estado-Juiz que detém o poder de punir (*jus puniendi*), por isso, quando o direito de ação é exercido, seja pelo

¹⁹⁸ Ensina Didier Jr. (2012, p. 229), na esteira das lições de Donaldo Armelin, que a “doutrina alemã desenvolveu o conceito de ‘direito de conduzir o processo’ (*Prozessführungsrecht*) para tentar resolver as intrincadas questões relacionadas à legitimação extraordinária. Os alemães distinguem a legitimidade, que é questão de mérito, do direito de conduzir o processo, que seria um requisito processual. A expressão, todavia, é bastante sugestiva e eloquente, pois sintetiza o poder jurídico que é atribuído ao sujeito: conduzir o processo. Leo Rosenberg afirmava que tanto o titular do direito quanto um terceiro podem ter o poder de condução do processo”.

¹⁹⁹ Nesse ponto concordamos plenamente com a lição de Lopes Jr. (2015, p. 237), ao dispor que: “Nas ações pênis de iniciativa privada, caberá à vítima ou seu representante legal (arts. 30 e 31 do CPP), assumir o polo ativo da situação processual. A doutrina brasileira, na sua maioria, entende que nessa situação ocorre uma *substituição processual*, verdadeira legitimação extraordinária, nos termos do art. 6º do CPC, na medida em que o querelante postularia em nome próprio um direito alheio (*jus puniendi* do Estado). É um erro bastante comum daqueles que, sem atentar para as categorias jurídicas próprias do processo penal, ainda pensam pelas distorcidas lentes da teoria geral do processo. Compreendido que o Estado exerce o poder de punir no processo penal não como acusador, mas como juiz, tanto o Ministério Público como o querelante exercitam um poder que lhes é próprio (*ius ut procedatur*, pretensão acusatória), ou seja, o poder de acusar. Logo, não corresponde o poder de punir ao acusador, seja ele público ou privado, na medida em que ele detém a mera pretensão acusatória. Assim, em hipótese alguma existe substituição processual no processo penal”.

Ministério Público, ou pelo querelante, nenhum destes legitimados estão defendendo em juízo interesse próprio, mas sim interesse público.

Vale frisar, que tanto a doutrina, quanto a jurisprudência, têm avançado consideravelmente no sentido de reconhecer o interesse público da vítima no processo penal, pois, ao atuar como assistente da acusação, seu interesse não se restringe ao mero ressarcimento cível do dano, mas também na correta aplicação da norma penal ao caso concreto²⁰⁰.

De fato, ao inserir o inciso LIX, no art. 5º da Constituição da República de 1988, o legislador concede à vítima o direito à iniciativa processual penal nos crimes de ação penal pública, seja ela condicionada ou incondicionada, o que denota a preocupação legislativa com a participação do ofendido na reprovação estatal à prática do fato delituoso, além de evidenciar o interesse jurídico da vítima na própria aplicação da sanção penal, ante a evidência de que, mesmo em relação à matéria penal, os atos do Poder Público (incluindo o exercício tempestivo da ação penal pública pelo Ministério Público), devem se submeter ao controle pelos administrados, tanto que a norma esculpida no art. 5º, LIX da CR/88, não se refere expressamente ao ofendido, mas sim ao particular²⁰¹.

A existência da legitimação extraordinária na ação penal não é questionada e, muito embora a origem dessa classificação esteja na doutrina processual civil, é tida como correta até pelos críticos da Teoria Geral do Processo, sendo, portanto, certa a lição de José Carlos Barbosa Moreira de que a legitimidade é a “condição do legítimo exercício do direito de ação”, a qual deve ser analisada no início da ação penal com certa abstração, tendo

²⁰⁰ Eugênio Pacelli (2015, p. 483-485) destaca que o assistente da acusação no processo penal também atua como *custos legis*, pois “embora relevante o interesse jurídico do ofendido na condenação do acusado, para fins de satisfação do dano civil causado pela infração penal, não é este o único interesse a justificar a sua intervenção na ação penal”. Partindo da garantia constitucional que o art. 5º, LIX, dá a vítima o direito à iniciativa processual penal nos crimes de ação penal pública, o autor afirma que é evidente a preocupação legislativa com a participação do ofendido na reprovação estatal. Esse mesmo entendimento foi adotado pelo Plenário do STF no julgamento do HC 102.085 (DJe 27.08.2010), pelos precedentes do STJ (HC 137339/RS, DJe 01.02.2011 e REsp 605302/RS, DJe 07.11.2005) e do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: “(...) o assistente da acusação possui não só o interesse jurídico de obter um título executivo, como também de cooperar na busca da verdade substancial para a exata aplicação da sanção penal” (TJ/RJ, RSE 01748296920118190001, DJe 18.02.2014).

²⁰¹ O Plenário do STF, no julgamento do HC no julgamento do HC 102.085 (DJe 27.08.2010), ao reconhecer o interesse público do assistente da acusação no processo penal, também tomou como ponto de partida do seu entendimento a garantia constitucional dada ao cidadão para ação penal subsidiária da pública, tendo, na oportunidade, enfatizado o Ministro Ayres Britto que o Ministério Público é um órgão público, e, como tal, precisa estar sujeito à constante vigilância do cidadão.

como referencial a relação jurídica *in status assertionis*, ou seja, a vista do que foi afirmado na denúncia ou na queixa²⁰².

Há legitimação extraordinária quando não houver correspondência total entre a situação legitimante e as situações jurídicas submetidas à apreciação do juiz (*res deducta in iudicio*). Por isso, o legitimado extraordinário é aquele que detém o poder jurídico de conduzir o processo que versa sobre direito que não é o titular ou que não é titular exclusivo. Segundo Barbosa Moreira a legitimação extraordinária pode ser dividida em autônoma, a qual pode ser exclusiva ou concorrente, e subordinada²⁰³.

A legitimação extraordinária autônoma exclusiva se dá quando apenas o legitimado extraordinário pode ser parte principal do processo, cabendo ao protagonista da situação litigiosa, se não fizer parte da demanda, intervir no processo na condição de assistente litisconsorcial. Já a legitimação extraordinária autônoma concorrente, se constitui numa co-legitimação, pois a demanda pode ser proposta pelo legitimado ordinário, extraordinário ou por ambos (DIDIER, 2005, p. 250-251).

No processo penal, por determinação expressa do art. 129, I, da CF, compete privativamente ao Ministério Público exercer a titularidade da ação penal pública. Observa-se, portanto, que o constituinte não elegeu o *parquet* como o titular exclusivo para o exercício da ação penal pública, mas sim privativo, já que, constitucionalmente, é dada ao cidadão a iniciativa da ação penal pública através da ação penal subsidiária.

Sendo assim, entende-se que durante o prazo estabelecido em lei para o oferecimento da denúncia (art. 46 do CPP) o Ministério Público detém a legitimidade exclusiva para o oferecimento da ação penal. Porém, ultrapassado o prazo legal, a legitimidade para o exercício da ação penal pública passa a ser

²⁰² Afrânio Silva Jardim (2013, p. 104-106), na esteira dos ensinamentos de Hélio Tornaghi, tem a ação como um direito pré-conceitual, portanto, anterior ao processo, que não se confunde com o seu objeto, que é a pretensão. Sendo assim, “será penal a ação se a pretensão manifestada tiver que ser julgada ou atendida praticamente à luz da norma penal ou da norma processual penal”, sendo o mérito, por sua vez, o exame que afirma se a pretensão deduzida em juízo é fundada ou não, por isso, “o processo cria – não é ele próprio – uma relação jurídica entre os sujeitos que nele atuam, (...). O processo é continente, enquanto a *res deducta em iudicio*, é o seu conteúdo”.

²⁰³ Didier (2005, p. 250-252), partindo da classificação dada por Barbosa Moreira, define a legitimação extraordinária autônoma como aquela em que o legitimado está autorizado a conduzir o processo independentemente da participação do titular do direito litigioso. Já a legitimação subordinada ocorre quando a participação do titular da relação jurídica controvertida for essencial para a regularidade do contraditório, como é no caso do assistente da acusação.

concorrente, já que pode ser intentada tanto pelo *parquet*, quanto pelo particular através da ação penal subsidiária, que funciona como uma legitimação concorrente subsidiária.

Quanto aos legitimados para exercer a legitimação extraordinária em juízo, por se tratar de uma excepcionalidade, tinha-se que somente a lei poderia autorizar alguém a pleitear em juízo direito alheio, conforme regra esculpida no art. 6º do CPC/73²⁰⁴, cuja aplicação subsidiária no Código de Processo Penal é inegável.

Tendo como verdadeira a ideia de que os Códigos de Processo Civil e de Processo Penal não são compartimentos estanques, pois necessitam se relacionar com os demais ramos do ordenamento jurídico para superar os problemas do processo, é que se percebe que em várias oportunidades o Código de Processo Penal recorre às normas do Código de Processo Civil, como, por exemplo, as regras dos arts. 139, 362 e 790, todos do CPP.

Dessa maneira, com fundamento no art. 3º do CPP, o qual autoriza a aplicação analógica do art. 6º do CPC/73 em matéria processual penal, somente os legitimados expressamente autorizados por lei poderão exercer a legitimação extraordinária no âmbito penal, sendo que a exegese do art. 30 e seguintes do CPP apontam que os legitimados extraordinários são: o ofendido, o seu representante legal, ou os sucessores em caso e morte, devendo todos ter capacidade postulatória.

Percebe-se, assim, que as normas processuais penais contidas no Código de Processo Penal ainda encontram-se eivadas de um conteúdo individualista da ação penal, posto que identifica como legitimados extraordinários apenas sujeitos de bens jurídicos penais individuais, trazendo consigo a ideia de que todo crime é passível de uma determinação da vítima/ofendido, e que incumbe a este o exercício da ação penal subsidiária.

Infelizmente essa perspectiva individualista da legitimação extraordinária também se faz presente no Projeto de Lei nº 8045/2010 (“Novo Código de Processo Penal”), onde em seu Capítulo III, ao tratar da Ação Penal, diz claramente em seu art. 46, que se o Ministério Público não intentar a ação

²⁰⁴ Didier (2005, p. 253), destaca que Arruda Alvim e Barbosa Moreira já doutrinavam a possibilidade de atribuição de legitimação extraordinária sem previsão expressa na lei, desde que fosse possível identificá-la no ordenamento jurídico, visto como um sistema.

penal no prazo previsto em lei, “poderá a vítima, ou no caso de sua menoridade civil ou incapacidade, o seu representante legal, ingressar com a ação penal subsidiária”.

Contudo, com o advento da Lei nº 13.105, publicada em 16 de março de 2015, também conhecida como Novo Código de Processo Civil, algumas alterações significativas e correções históricas foram realizadas no âmbito do processo civil, e, impreterivelmente, não de ser sentidas, também, no processo penal, principalmente no tocante à legitimação extraordinária, já que a regra do art. 6º do CPC/73 foi substituída pelo comando normativo do art. 18 do NCPC, que prevê: “Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”.

Percebe-se, assim, que o legislador agasalhou a ideia de que há uma comunicação das fontes do direito no ordenamento jurídico, o qual se retroalimenta, preenchendo as lacunas e respondendo aos problemas processuais como um todo e, por isso, a questão da legitimidade extraordinária não mais deve ser determinada pela lei, mas, sim, pelo ordenamento jurídico, o qual é visto como um sistema.

Tal alteração legislativa permite uma abertura no tocante ao emprego da técnica da legitimidade extraordinária para causas referentes a direitos e interesses supraindividuais, o que se apresenta como um avanço extremamente necessário em face da transmigração da perspectiva individual para o coletivo ou difuso de alguns bens jurídicos tutelados pelo sistema, representando, ainda, uma das características mais importantes da evolução do direito processual no Brasil.

Com a positivação da fixação da legitimidade extraordinária pelo ordenamento jurídico, abre-se caminho para a possibilidade da legitimidade extraordinária coletiva penal nos crimes que protegem bens jurídicos supraindividuais, mormente os crimes ambientais, que passam a ganhar evidência e relevância teórica sobre seus possíveis legitimados extraordinários, já que tal concepção traz consigo a viabilidade de se reconhecer os possíveis legitimados extraordinários para além do Código de Processo Penal. A tutela coletiva de direitos difusos, tais como o meio ambiente, modifica muitas particularidades do processo, incluindo a própria legitimidade do Ministério

Público, pois, como constitucionalmente é o defensor do interesse público, na proteção de interesse difuso sua legitimidade também seria extraordinária²⁰⁵.

Vale frisar que a Lei nº 13.105/2015 também é paradigmática por abandonar as expressões “condições da ação” e “carência de ação”. Com efeito, o Código de Processo Civil não mais reconhece a existência de uma categoria autônoma (condições da ação) entre o juízo de admissibilidade (pressupostos processuais) e o juízo de mérito (decisão), pois passa a definir o interesse de agir e a legitimidade *ad causam* como pressupostos processuais para postular em juízo, conforme se depreende do seu art. 17: “para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”. Notadamente, observa-se que o legislador não só retirou do juízo de admissibilidade a possibilidade jurídica do pedido, a qual passa a ser questão de mérito, como também reconhece a existência de um novo pressuposto objetivo (interesse de agir) e de um novo pressuposto subjetivo (legitimidade extraordinária), já que sua apreciação não se confunde com a análise do mérito²⁰⁶.

Entretanto, embora tais modificações legislativas representem uma forte mudança nas bases conceituais da Teoria Geral do Processo, resolve-se tratar as condições da ação por seu formato clássico em razão do art. 395 do CPP ainda agasalhar esse conceito.

Por fim, antes de qualquer análise sobre a possibilidade da legitimidade extraordinária coletiva nos crimes contra a natureza e sua operacionalidade, entende-se que é fundamental a compreensão do que representa a garantia

²⁰⁵ Costa (2005, p. 68), ecoando as lições de Dinamarco, transcreve que: “é crescente o emprego da técnica da legitimidade extraordinária para causas referentes a direitos e interesses supra-individuais. Tal é o sinal da transmigração do individual para o coletivo, que se revela como uma das características mais destacadas das recentes evoluções do direito processual no Brasil (Barbosa Moreira) (supra, nn. 60, 98, 107). O Ministério Público tem legitimidade ativa para a defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, sem ser titular deles, porque é por definição um ente destinado à defesa do interesse público (LACP, art. 5º, e CDC, art. 82, inc. I) (supra, n. 369); o cidadão é legitimado à ação popular, sem ter poderes de representação para estar em juízo em nome do Estado, porque o regime democrático quer a participação e fiscalização dos membros do povo em relação ao patrimônio estatal ou à moralidade administrativa (Const., art. 5º, inc. LXXIII; lei n. 4.717, de 29.6.65, art. 1º)”. Da mesma forma, ao tratar do procedimento da jurisprudência brasileira no tocante a aplicação dos princípios constitucionais em sua obra sobre a instrumentalidade do Processo, Cândido Dinamarco (2013, p. 28), afirma que, independentemente de lei específica, tem-se dado uma maior amplitude da legitimidade *ad causam*, “seja para dar um elastério maior ao significado da locução direito individual, contida na garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional, seja repudiando o individualismo da regra da legitimação individual”.

²⁰⁶ A evidência legislativa de que o interesse e a legitimidade extraordinária não se referem ao mérito da causa esta inserida nas Disposições Gerais do Capítulo XIII da Lei 13.105/2016, ao dispor que: “art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: VI – verificar a ausência de legitimidade ou interesse processual”.

constitucional da ação penal subsidiária; sua relevância instrumental dentro do sistema; e a imperiosa necessidade do sentimento de pertença deste instituto pela sociedade.

4.2 A INSTRUMENTALIDADE DA AÇÃO PENAL (PRIVADA) SUBSIDIÁRIA E O NECESSÁRIO FORTALECIMENTO DO SENTIMENTO DE PERTENÇA DO INSTITUTO.

Esclarecidas as divergências em torno do conceito do Direito de ação e as variações conceituais que decorrem da evolução histórica da relação entre indivíduo e Estado; atualmente, como bem nos ensinou Calamandrei, é correto afirmar que a ação é um direito público, autônomo e abstrato constitucionalmente, cujo exercício regular e concreto é condicionado à existência de alguns requisitos de admissibilidade.

Independentemente de ser a ação um direito subjetivo público ou um poder jurídico, ela se destina a invocar a prestação jurisdicional do Estado em face de determinada pretensão lastreada em norma penal ou processual penal. Contudo, é de se ressaltar que o papel da vítima (ou vítimas) no exercício do direito de ação, principalmente no que tange a legitimidade *ad causam*, passa por três momentos: a privatização do processo; a neutralização da vítima e o redescobrimto da vítima.

Com efeito, observa-se que desde a polêmica sobre a *actio* romana, onde a ação possui uma eminentemente natureza privada, até o advento da ação penal pública, cuja obrigatoriedade da institucionalização do conflito passou a sua titularidade, privativamente, ao Ministério Público, percebe-se que a participação da vítima e da sociedade no processo penal oscila historicamente entre momentos de supervalorização à de completa neutralização.

Lopes Jr. (2015, p. 211), ecoando as lições de Gómez Orbaneja e Quemada, destaca que o conceito de “ação penal” é privativo do processo penal acusatório, o que significa que a ação não se confunde com o direito de punir.

Com efeito, com a superação do modelo inquisitivo (caracterizado pela sobreposição entre os órgãos julgadores e aquele responsável pela acusação) para o modelo acusatório (o qual é marcado pela nítida separação entre o órgão acusador e julgador, além de reconhecimento do réu como um sujeito de direitos dentro da relação processual), a titularidade da ação penal ganhou relevante destaque na construção dogmática processual, o que, inevitavelmente, conduziu para um equívoco terminológico, que foi a divisão da ação penal em pública e privada²⁰⁷.

A classificação da ação penal em “pública” e “privada” não encontra amparo na natureza da ação no Estado Moderno, pois, evidentemente, com a institucionalização do conflito, toda ação é de natureza pública, mesmo que a pretensão deduzida em juízo seja de extremo interesse particular (como no caso dos crimes contra a honra)²⁰⁸.

Notadamente, a “pretensão acusatória” (*ius ut procedatur*)²⁰⁹ é direcionada contra o Estado e não contra o réu especificamente, pois, o que se objetiva com a ação penal não é a reparação do delito, que por vezes é irreparável em sua própria natureza, mas sim o reconhecimento, através da

²⁰⁷ Sobre esse equivocado método de classificação, Juarez Tavares (2004, p. 47/48) explica que essa divisão também se fez presente no tocante a classificação dos bens jurídicos, que também passaram a ser identificados pela doutrina pelos seus possíveis titulares, conforme se verifica em suas próprias palavras: “Normalmente, para los efectos delimitativos, los bienes jurídicos perscinden de cualquier clasificación, porque todos deben tener origen em la persona humana. Algunas veces la doctrina los clasifica segiendo criterios puramente aleatorios. O, según quien fuera el titular, habría beijos jurídicos individuales – vida, integridade física, honor, libertad, patrimônio – colectivos – incolumidade pública, medio ambiente, fe pública, paz pública – o estatales – administración pública, administración de justicia, soberanía, orden público económico –. [...] Se debe alertar que esta clasificación es meramente metodológica y sirve solamente para, en determinado contexto y limitadamente, identificar la clasificación del bien que se presupone lesionado o puesto en peligro por la acción del agente. Mas adelante veremos como la modalidad de clasificación – entre bienes jurídicos individuales e colectivo – puede conducir a confusión entre bien jurídico y función”.

²⁰⁸ Muito bem vinda, inclusive, é a correção sistemática proposta pelo Poder Legislativo através do Projeto de Lei nº 8045/2010, também conhecido como “Novo Código de Processo Penal”, o qual, ao tratar da ação penal em seu Capítulo III, dispõe o art. 45: “A ação penal é pública, de iniciativa do Ministério Público, podendo a lei, porém considerá-la à representação da vítima ou de quem tiver qualidade para representá-la, segundo dispuser a lei civil, no prazo decadencial de 06 (seis) meses, contado do dia em vier a saber quem é o autor do crime” (BRASIL, 2014). Desse modo, verifica-se não apenas a intenção do legislador em reconhecer a natureza pública de toda ação penal, como também em afastar a chamada “ação penal privada”, a qual passará a ser ação penal pública condicionada à representação, à exemplo do que ocorreu com os crimes contra a dignidade sexual com o advento da Lei nº 12.015/2009, continuando, porém, passíveis de interposição da ação penal subsidiária (art. 48, PL 7045/2010).

²⁰⁹ Aury Lopes Jr., na esteira Jaime Guasp e Eduardo Couture, defende que o “objeto do processo penal” é a pretensão acusatória e não punitiva, correspondente ao que se conhece por “acusação”, sendo a função da ação a satisfação jurídica das pretensões ou resistências existentes no processo; pois, dessa maneira, “mediante a acusação se cumpre a jurisdição, se realiza efetivamente o direito. Ademais, principalmente no processo penal, a ação como invocação corporificada na acusação, leva à estrita observância do princípio ‘*nemo iudex sine actore*’, corolário do sistema acusatório”. (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 351-352).

jurisdição, de que um bem jurídico penalmente tutelado pelo Estado, foi efetivamente ofendido de forma relevante, o que denota uma obrigação legal ao ente estatal de impor as consequências penais previstas em lei ao autor do delito. Sendo assim, uma classificação correta para ação penal seria a sua divisão em ação penal pública “de iniciativa pública” e “de iniciativa privada” (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 355).

Segundo Fausi Chouckr (1999, p. 312), desde o momento em que o modelo acusatório se firmou no sistema jurídico, paulatinamente começa a emergir um organismo específico dentro das agências oficiais, que se encarregaria da promoção da ação penal: o Ministério Público. Esta instituição assume progressivamente as funções inicialmente atribuídas aos juízes ou organismos policiais, e se constitui numa das fontes da política criminal do Estado que, dentro dessas características, passa a ser adjetivado de democrático, pois traz consigo a ideia de que é preciso se ter mecanismos que, necessariamente, possam servir de controle da ação penal pública²¹⁰.

Ao fazer referência à necessidade da criação de mecanismos de controle da ação penal, cuja incumbência, inicialmente, foi dada ao Ministério Público, Chouckr (1999, p. 313) informa que o “conjunto de mecanismos” a que se refere, seria o uso de algumas “técnicas”²¹¹, que comumente são chamadas de princípios: da obrigatoriedade, da indisponibilidade e da indivisibilidade.

Contudo, vale destacar a valiosa lição de Chouckr (1999, p. 313), ao destacar que dentre todos os princípios informadores da ação penal, o princípio que sempre deve ser aplicado na ação penal é o da inafastabilidade da jurisdição.

É em detrimento destes princípios, ou “técnicas”, mais especificamente aquele que assegura que o órgão oficial responsável pela pretensão acusatória pública, ao tomar conhecimento de um fato criminoso e estando diante de elementos suficientes para o oferecimento da acusação, é obrigado a fazê-lo

²¹⁰ Para o autor: “Desde o momento em que o modelo é assim apresentado e vem sendo ajustado em seus pontos fundamentais, e levando-se em conta que a democracia política se projeta para o direito como um sistema de freios e contrapesos, naturalmente se pensa em um conjunto de mecanismos que possa servir de controle ao exercício da ação penal, sobretudo na sua feição pública, buscando-se adaptar o desempenho da agência oficial aos padrões democráticos que inspiram sua atuação” (CHOUCKR, 1999, p. 312).

²¹¹ Para Chouckr (1999, p. 313): “técnica, na lição de Ferraz Júnior, é ‘o conjunto dos instrumentos, variáveis conforme os objetos e temas’, ao passo que os princípios, estes de ordem geral, dão coesão ao sistema”.

(princípio da obrigatoriedade), que surge a ação penal (privada) subsidiária da pública²¹², como forma de controle externo da atividade do Ministério Público.

Introduzida em nosso sistema jurídico no Código Penal de 1940²¹³, no art. 102, §3º, cujo comando legislativo ditava que: “a ação privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal”, sendo, posteriormente, completado pelo comando do art. 29 do CPP²¹⁴, a ação penal (privada) subsidiária, já era um instituto bastante utilizado na legislação alienígena, a exemplo dos Códigos de Processo Penal Austríaco de 1873, que prevê a “*subsidiaranklage* (§ 48)”, Norueguês de 1887, que estabelecia “*a privat forfolgning* (§ 94)” e o Húngaro de 1896, que também estabelecia o instituto através do “*ersatz-privatankläger* (§ 42)”²¹⁵ (ROMEIRO, 1978, p. 270).

Romeiro (1978, p. 275), ressalta a opinião de ilustres processualistas germânicos como Karls Peters e Eduard Kern, os quais afirmam que muito embora na prática seja o instituto focado de “raro uso” (*kam praktisch selten vor*), ele serve de garantia ao princípio da legalidade. Informando, ainda, que o instituto é amplamente utilizado em países como a Suécia, onde o Ministério Público é o titular da ação penal, de acordo com a primeira e última parte do art. 20, § 8º, do Código Único de Processo Civil e Penal (*Rättegångsbalk*) de 18.07.1942, mas é permitido ao ofendido (*malsägande*) exercer o direito de

²¹² Por uma coerência metodológica, já que a referida ação é inteiramente pública, nesse texto, em substituição ao termo ação penal (privada) subsidiária da pública, por sua completa inadequação para definir o instituto, iremos adotar o termo “ação penal subsidiária”, conforme, acertadamente, está se referindo o Projeto de lei 8.045/2010 (Novo CPP) em seu art. 48: “Se o Ministério Público não intentar a ação penal no prazo previsto em lei, poderá a vítima, ou, no caso de sua menoridade civil ou incapacidade, o seu representante legal, no prazo de 06 (seis) meses, contado da data em que se esgotar o prazo do órgão ministerial, ingressar com ação penal subsidiária”.

²¹³ Para Antonio Scarance os antecedentes históricos da ação penal privada subsidiária da pública repousam já no Código de Processo Criminal do Império já admitia a “ação supletiva” do ofendido quando o promotor deixava de acusar, agindo ele como qualquer do povo; e, posteriormente, com as limitações aos crimes inafiançáveis impostas pelo art. 407, §3º do Código de 1890 e na maioria dos Códigos Estaduais, tinha a vítima, em caso de inércia do promotor, condições de pedir ao juiz que instaurasse procedimento *ex officio*. (FERNANDES, 2010, p. 221).

²¹⁴ Art. 29 do CPP: “será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal”.

²¹⁵ Jorge Romeiro não inclui no referido rol de antecedentes históricos da ação penal (privada) subsidiária da pública, a intervenção privada na ação penal pública (*Klageerzwingungsverfahren*) prevista nos arts. 171 a 177 do Código de Processo Penal Alemão de 1877 e atualizado em 07.01.1975, por não considerá-la semelhante ao instituo brasileiro, já que, na Alemanha, a referida intervenção do ofendido não vai além da possibilidade do uso de Recursos contra o não início da ação penal pelo órgão do Ministério Público, dirigidos ao superior hierárquico deste (o Tribunal Superior Regional [*Oberlandesgericht*] – art. 172) e, na hipótese de provimento do recurso, seria o Ministério Público que intenta a ação penal (art. 175). (ROMEIRO, 1978, p. 270).

ação nos crimes de ação pública quando o acusador conclui que para o fato denunciado nenhuma acusação tem lugar. Da mesma forma, em Portugal, onde também o exercício da ação penal, por força constitucional (art. 224, nº 1, da CF/1976), pertence exclusivamente ao Ministério Público, sendo que a jurisprudência constante e uniforme do Supremo Tribunal de Justiça tem admitido ao assistente acusar em crime de ação penal pública, quando não o faça o parquet. Até mesmo na França, onde vigora o monopólio da ação penal pelo Ministério Público, a qual é sempre pública, também é permitido ao ofendido movimentar a ação penal nos casos de infrações penais que comportem obrigatoriamente instrução probatória, através de citação direta.

No caso do Brasil de 1940, elevava-se o Ministério Público à condição de praticamente dono da ação penal, sendo o ofendido relegado ao segundo plano, por isso, o surgimento da ação penal (privada) subsidiária não foi um consenso entre os doutrinadores da época.

Segundo Dirceu de Melo (1976, p. 207), a doutrina brasileira, influenciada pelo recém editado estatuto processual penal italiano (1930), rogava pelo sistema do exclusivismo da ação penal pelo Ministério Público. Entretanto, prevaleceu a orientação da comissão organizadora do novo Código, que, em seu tempo, tinha Nelson Hungria como um dos mais enfáticos defensores²¹⁶. Segundo Afrânio Jardim (1985, p.16-17), o posicionamento de Hungria foi muito bem recebido por outros grandes nomes da doutrina, tais como Hélio Tornaghi, José Barbosa Moreira, Basileu Garcia e Aníbal Bruno²¹⁷.

Por outro lado, o instituto da ação penal (privada) subsidiária, naquela época, também encontrou fortes opositores, como Magalhães Noronha,

²¹⁶ Segundo Nelson Hungria: “De modo geral, seja qual for o crime, cumpre que não fique sem eficiente corretivo a possível desídia ou relapsia do Ministério Público, e a solução lógica, num regime democrático, é permitir que o ofendido, participando da atividade jurídico-penal, supra a omissão do órgão oficial” (MELO, 1976, p. 208). Contudo, ao apresentar seu anteprojeto do Código Penal, Hungria muda o seu entendimento e propõe o fim da ação penal privada subsidiária, conforme nota explicativa do art. 98: “É suprimida a ação privada subsidiária, que, na prática, quase sempre, deixa de atender ao interesse da Justiça, para somente servir a sentimentos de *vindita*, quando não a objetivo de chantagem” (DAL POZZO, 1985, p. 15).

²¹⁷ Em sua doutrina, Aníbal Bruno (1984, p. 238-239) afirma que: “se o Estado, pelo órgão competente, que é o Ministério Público, deixa de prover à ação, impedindo-a por não oferecer a denúncia no devido tempo, é exigência do Direito que se reconheça ao ofendido capacidade para provocá-la, mediante queixa. Desse modo se impede que a inércia, o mau entendimento ou má-fé da autoridade pública faça malograr a persecução do fato punível. [...] O acesso do ofendido a promover a ação, quando fundamentado, restaura a proteção que o Direito assegura à norma e aos bens jurídicos que ela tutela, contra a violação pelo crime. A decisão do Ministério Público não pode ter essa intangibilidade, que a sobreponha ao interesse da Justiça. É essa, aliás, a solução mais liberal, consoante com o espírito que anima os fundamentos das nossas instituições jurídicas [...]”.

Damásio de Jesus, Espínola Filho, Tourinho Filho, Frederico Marques e Afrânio Jardim²¹⁸.

Entretanto, após o advento da Constituição da República de 1988²¹⁹, a ação penal (privada) subsidiária foi reconhecida e agasalhada como uma garantia fundamental em seu art. 5º, LIX, o qual dispõe que: “será admitida ação privada, nos crimes de ação pública, quando esta não for intentada no prazo legal”. Promovida ao *status* de cláusula pétrea, atualmente não é mais cabível qualquer discursão sobre a sua existência, já que com o advento do Constitucionalismo, a Carta Magna passou a ser a fonte primária da aplicação das normas processuais.

Em razão da sua origem constitucional, esta que impõe ao legislador infraconstitucional a obrigatoriedade do disciplinamento da matéria, é possível afirmar que a ação penal (privada) subsidiária representa um dos pilares do chamado “processo penal constitucional”²²⁰, pois ilustra a verdadeira intenção política do Estado em permitir a participação popular na busca pela correta aplicação da lei penal, o que, em contrapartida, traz o reconhecimento de que a atuação em juízo da vítima (ou da coletividade) também é impulsionada pelo interesse público, não se resumindo a mera reparação civil do dano sofrido, sendo esta interpretação, inclusive, a adotada pelo Plenário do STF ao tratar sobre a legitimidade recursal do assistente da acusação²²¹. Tal entendimento

²¹⁸ Em seu artigo intitulado “crítica à ação penal privada e popular subsidiárias”, Afrânio Jardim (1985, p. 114) entende que: “sob o ponto de vista ético-jurídico não há que se reconhecer ao ofendido qualquer pretensão punitiva em se tratando de crime de ação penal pública, vez que apenas o seu interesse patrimonial na reparação do dano causado pelo delito legitima a sua intervenção no processo penal. [...] O interesse que move o Ministério Público não se liga a pessoa do ofendido, mas é um interesse não personificado: difuso. Em uma ordem jurídica que se deseja democrática não há espaço para um processo penal derivado de interesses individuais, ainda que relevantes, pois o crime atinge valores coletivos reinantes na sociedade como um todo”.

²¹⁹ Conforme ensina Scarance, o tratamento dado a o instituto até a vigência da Constituição de 1988 foi bastante diversificado, no anteprojeto do Código de Processo Penal de Tornaghi ela foi ampliada, onde o art. 40 permitia sua utilização inclusive quando o promotor pedia o arquivamento do inquérito. No Código Penal de 1969, que não chegou a vigorar, foi eliminada. O mesmo aconteceu com o anteprojeto de Frederico Marques e o Projeto 633/75 dele derivado, contudo, o referido projeto foi retirado e revisado, sendo elaborado novo Anteprojeto em 1981, o qual reviveu a ação subsidiária, sendo esta mantida no Projeto 1.665/83. (FERNANDES, 2010, p. 224).

²²⁰ A imposição definitiva da ação penal subsidiária no sistema jurídico brasileiro e sua representatividade no chamado “processo penal constitucional” é enfatizado por Antonio Scarance Fernandes (2010, p. 224): “As discussões sobre a sua conveniência acabaram de certa forma superadas pelo ressurgimento da vítima no processo penal, e principalmente, pela expressa consagração da ação subsidiária no texto constitucional. [...] Ninguém dúvida da possibilidade da vítima oferecer queixa subsidiária quando o promotor, mantendo-se silente, deixa escoar o prazo para denunciar”.

²²¹ Conforme apontamento supra, o Plenário do STF, no julgamento do HC 102.085 (DJe 27.08.2010), reconheceu o interesse público do assistente da acusação no processo penal, tomando como ponto de partida para o seu entendimento, o fato do constituinte ter assegurado a ação

também é compartilhado por Eugênio Pacelli, um dos principais redatores do Projeto de lei nº 8.045/2010, que visa ser o novo Código de Processo Penal²²².

Sobre o interesse que move o ofendido a promover a ação penal (privada) subsidiária, oportunos são os apontamentos realizados por Schott (2008, p. 210): “a iniciativa do particular pode estar motivada e relacionada a questões pessoais afetas ao seu estado de dignidade perante a sociedade”. O referido autor constata, ainda, que há uma lógica sobre a iniciativa do ofendido na ação penal subsidiária que merece destaque, qual seja: o fato de que a intervenção do particular na ação penal não está relacionado ao que ele quer, mas ao que produz. Sendo assim, pouco importa que esteja motivado por razões egoísticas ou de Justiça (razões estas que, por vezes, coincidem)²²³, a relevância da possibilidade do cidadão poder assumir a titularidade da ação penal pública se deve, objetivamente, ao fato de poder fiscalizar o empenho funcional do Ministério Público, em específico, no que se refere ao cumprimento do prazo para o oferecimento da exordial acusatória.

Vale frisar que, certamente influenciado por sua época, o texto constitucional também se refere à ação penal subsidiária como uma “ação privada”, quando na verdade já não restam dúvidas de que se trata de uma ação pública interposta por iniciativa privada²²⁴.

penal (privada) subsidiária como garantida individual de todo cidadão. Na oportunidade o Ministro Ayres Britto enfatiza que o Ministério Público é um órgão público, e, como tal, precisa estar sujeito à constante vigilância do cidadão.

²²² Segundo Pacelli (2015, p. 165): “A ação privada subsidiária da pública, conforme se encontra na história da evolução dos sistemas processuais do mundo ocidental, nada mais é, então, que o reconhecimento explícito da existência do interesse também privado na imposição da sanção penal ao autor do fato criminoso. E uma vez que atingido pela inércia e inação do órgão estatal acusatório, abre-se ensejo à iniciativa do ofendido, ou, na hipótese de sua morte ou ausência, aos sucessores processuais arrolados no art. 31 do CPP, para o exercício de verdadeiro direito ao início da persecução criminal”.

²²³ Sobre a relevância jurídica da importância de se considerar as razões egoísticas, quando estas coincidem com a Justiça, afirma John Rawls (2002, p. 632) que: “Um egoísta é aquele indivíduo compromissado com o ponto de vista de seus próprios interesses. Seus objetivos finais se relacionam à sua própria pessoa: sua riqueza e posições, seus prazeres e prestígio social, e assim por diante. Esse homem pode agir de forma justa, ou seja, fazer as coisas que um homem justo faria; mas enquanto permanecer um egoísta, não pode fazê-la pelos mesmos motivos que movem o homem justo. O egoísta não pode ser coerente seguindo esses motivos. Simplesmente, acontece que, em algumas ocasiões, o ponto de vista da justiça e de seus próprios interesses determinam o mesmo curso de ação. [...] devemos analisar esse desejo não a partir do ponto de vista do egoísta, qualquer que venha a ser, mas à luz da teoria restrita do bem”.

²²⁴ Para Alexandre Schott (2008, p. 219), a evidência da natureza pública da ação penal subsidiária conduz, inclusive, a proposta de que a “queixa-subsidiária”, como normalmente é chamada, nesse caso, a acusação feita pelo ofendido, seja denominada de “denúncia subsidiária”, pois, “é aquela mesma que deveria ter sido oferecida pelo Ministério Público e não o foi por inércia sua”. Contudo, o autor entende que uma vez oferecia a “denúncia-subsidiária” e evitada a inércia por parte do Ministério Público, deveria este conduzir a ação penal, por força do princípio da institucionalização do conflito. Sérgio

Desse modo, irremediavelmente, por força do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CR/88) e do princípio da obrigatoriedade, uma vez que o constituinte atribuiu ao Ministério Público competência privativa, e não exclusiva, sobre a ação penal pública (nos termos do art. 129, I, da CR/88)²²⁵, é inegável que a ação penal subsidiária é uma forma de controle externo desta atividade específica do *parquet* e, se hoje, este instituto ainda é considerado uma *avis rara* do ordenamento jurídico, uma de suas razões é o fato de o cidadão brasileiro, seja em sua dimensão pessoal ou social, ainda não ter a ação subsidiária como algo que lhe pertença, o que denota uma forte ausência do “sentimento constitucional”²²⁶.

Certamente, não há como dissociar o sentimento constitucional do exercício da cidadania, pois somente quem possui condições amplas de cidadania pode valorar o que é o Direito. Conforme leciona Vieira (2013, p. 4): “o sentimento jurídico não se pretende isoladamente considerado dever ser apreendido no contexto social de integração”. Ainda que não integre o discurso jurídico como foco central da consciência, “o sentimento encontra-se interligado ao atuar humano”.

Pablo Lucas Verdú em sua fundamental obra sobre sentimento constitucional, sustenta a intrínseca relevância dos cidadãos na consciência de seus direitos constitucionais, o qual deve interpretá-la e senti-la como sua²²⁷.

Demoro Hamilton (2008, p. 278) destaca que, em diversas passagens do Código de Processo Penal, o legislador se refere adequadamente a iniciativa do particular na ação penal, a exemplo do arts. 500, § 2º, 564, III, “d” e 384, todos do CPP.

²²⁵ A atribuição constitucional, em sua modalidade privativa, da competência da titularidade da ação penal ao Ministério Público, demonstra a escolha do constituinte em permitir a participação da vítima no processo penal, sendo oportuna a lição de Ney Fayet Júnior (2014, p. 103): “A vítima do delito não pode ser convertida, pelo formalismo do procedimento criminal, a uma mera abstração, a um mero instrumento a serviço de uma instauração mais eficaz do processo. Além do mais, mitigar o caráter puramente estatal da persecução é forma de integrar o corpo social. Deve almejar-se, portanto, conciliar as conquistas modernas de publicização da persecução penal, à ideia contemporânea de que a vítima do delito, de alguma forma, pode ter seu papel reavaliado no âmbito da justiça criminal”.

²²⁶ Pablo Lucas Verdú (2004, p. 53) associa o sentimento constitucional ao sentimento jurídico, mas alerta que não se trata de um fenômeno concomitante, mas sim algo inerente aos “sujeitos afetivamente implicados”. Segundo o autor: “Sentir juridicamente é implicar-se com o Direito vigente, com o todo ou com parte dele, dando-lhe apoio. Às vezes, a não-implicação indica que se prefere um Direito distinto, o Direito anterior ou outro melhor e/ou mais justo. Desse modo, o *sentimento jurídico aparece como afeto mais ou menos intenso pelo justo equitativo na convivência*. Quando tal afeto versa sobre a ordem fundamental daquela convivência, temos o *sentimento constitucional*”.

²²⁷ Para Verdú (2004, p. 111): “Em um plano menos técnico, mas também de indubitável interesse, a interpretação constitucional não só importa aos operadores jurídico-constitucionais específicos, como o Tribunal Constitucional, a judicatura ordinária, as autoridades administrativas ou os partidos políticos, entre outros. Interessa, outrossim, aos cidadãos, quando estes possuam uma mínima preocupação cívico-política ante a norma básica de nosso ordenamento jurídico, sentindo a Constituição como sua, compreendendo sua comum integração na comunidade nacional”.

Essa conscientização constitucional do papel do cidadão perante a sociedade e o ordenamento jurídico requer uma compreensão para além da inteligência teórica da Constituição enquanto texto normativo, devendo o corpo social sentir aderir a Carta Maior²²⁸.

Diante disso, acredita-se que um dos motivos que tornam a ação penal (privada) subsidiária um instituto de rara utilidade é ausência do sentimento de pertença, uma vez que a vítima não tem consciência do seu papel dentro do processo penal, e nem das garantias processuais que lhe são disponibilizadas no texto constitucional.

Evidentemente, considerando os entraves teóricos e os debates históricos sobre a aceitação da ação penal subsidiária pela doutrina brasileira, a inserção da ação penal subsidiária entre as garantias constitucionais é praticamente uma convocação política para que o cidadão participe ativamente do processo penal, atuando em prol da inafastabilidade da jurisdição, já que o referido instituto funciona como um controle externo da observância do princípio da obrigatoriedade dentro do prazo legal²²⁹.

O fortalecimento da ideia sobre o papel da vítima no processo penal também é sentido no plano político internacional, sendo a edição da Resolução 40/34, de 11 de dezembro de 1985, da Assembleia Geral das Nações Unidas²³⁰, uma demonstração de que o ofendido é parte essencial do sistema jurídico-penal, o qual possui interesse público na persecução criminal, não mais por questões de vingança privada, mas sim na efetiva proteção dos bens jurídicos por parte do Estado.

²²⁸ Sobre a necessária aderência da comunidade ao sentimento constitucional, sustenta o autor: “o conceito de Constituição é completo quando, à sua inteligência teórica, une-se sua compreensão emocional através do sentimento que adere ao conceito. O ensino do Direito Constitucional não se esgota na explicação de suas evidentes e necessárias conexões lógicas e técnicas. Requer, além disso, que se insista na necessidade de que a sociedade adira à Constituição, sentindo-a como coisa própria” (VERDÚ, 2004, p. 74).

²²⁹ Notadamente, outras formas de controles e fiscalização do princípio da obrigatoriedade também estão previstas no ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo: a permissão dada ao juiz, pelo art. 28 do CPP, em caso de discordância do pedido de arquivamento do inquérito, remeter os autos ao Procurador Geral de Justiça, bem como a criação, pela Emenda Constitucional nº 45/2004 do Conselho Nacional do Ministério Público, no entanto, tais mecanismos se dirigem a momentos distintos, sendo o primeiro caso aplicado quando o parquet oferece a denúncia, e, portanto, encontra-se superada a possibilidade da ação penal subsidiária; e o segundo caso trata-se de um controle administrativo verticalizado, opção esta que não afasta a escolha do controle pela ação subsidiária.

²³⁰ Resolução 40/34 define como vítima “pessoas que, individual ou coletivamente, sofreram dano, incluindo injúria física ou mental, sofrimento emocional, perda econômica ou substancial, prejuízo de seus direitos fundamentais, através de atos e omissões que ocorram em violações às leis criminais operantes nos Estados Membros, incluindo-se as que proíbem o abuso criminal de poder” (CHOUCKR, 1999, p. 320).

Por outro lado, é importante ressaltar que não é somente a ausência do sentimento de pertença do instituto que contribui para a pouca efetividade instrumental da ação penal (privada) subsidiária. Desde a concepção da ideia de infração como uma ofensa ao próprio Estado, fortaleceu-se a crença de que o crime é um dano causado não apenas a vítima, mas, sobretudo, à própria lei penal, e, por isso, criou-se o princípio da institucionalização do conflito como superação da autodefesa e da vingança pública (SCHOTT, 2008, p. 53). Em outras palavras, a pretensão acusatória na esfera penal deve ser exercida por um órgão desvinculado tanto da vítima quanto do Estado; órgão este que estaria incumbido da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, da CF/88), sendo a partir daí que surge a importante missão do Ministério Público perante a ação penal pública e a consequente neutralização da vítima.

A concepção enraizada de que o ofendido não possui interesse público na solução do conflito penal e, aliada a isso, a ideia de que a ação penal pertence exclusivamente ao Ministério Público, são fatores que contribuem para a ausência de efetividade da ação penal subsidiária, bem como podem ser identificados como um dos obstáculos para o acesso à justiça penal.

Pensar democraticamente é pensar pela participação, pois, democracia é participação, sendo assim, em um Estado que almeja ser Democrático e de Direito, deve assegurar a participação, não apenas pela via política do voto ou ocupação eletiva de cargos públicos, mas sim pelo acesso à jurisdição.

Notadamente, toda a sistemática processual foi construída sobre a herança clássica da concepção individualista do bem jurídico. O processo penal, embora seja regido pela batuta do interesse público, também é orientado sobre a visão individualista do delito, tanto é que os legitimados para atuarem como assistentes da acusação são: o ofendido, seu representante legal ou os sucessores (art. 268, CPP). A forma como se encontra alocado no sistema o assistente da acusação, traz consigo a ideia de que todo delito é passível de verificação do nexo de causalidade entre o bem jurídico afetado e seu legítimo detentor individualizado. Tal concepção individualista também é

tida como um fator de engessamento do processo e de descrença na Justiça²³¹.

Pouco se escreve ou se discute sobre a ação penal subsidiária, e crendo-se que isso se dá em razão do instituto ser visto como um corpo estranho dentro do sistema jurídico, como uma “*persona non grata*” cuja operacionalidade encontra-se vestida sobre o manto do individualismo e que, por isso, não carece de maiores atenções da doutrina e da jurisprudência.

Acredita-se que o surgimento dos bens jurídicos supraindividuais, por seu caráter difuso, como é o meio ambiente, exige da comunidade jurídica um novo esforço na forma como se é pensado o processo penal, sendo sempre bem vinda a revisitação dos institutos processuais e o debate sobre a possibilidade sistêmica do seu alcance.

O reconhecimento do interesse difuso traz consigo uma nova realidade política que supera a ideia da relação indivíduo/Estado. O ente estatal passa a conviver com corpos intermediários (associações, sindicatos, etc.) que representam interesses (difusos, coletivos e individuais homogêneos) que não se resumem a concepção individualista, os quais devem ser tutelados pelo direito, e, sobretudo, incluídos na relação jurídica processual.

Novos pressupostos para o exercício do direito de ação, como o interesse legítimo, a representatividade adequada e a pertinência temática circundam o direito processual (incluindo o processo penal) no caso de conflitos envolvendo bens jurídicos que não pertençam a ninguém e, ao mesmo tempo, pertencem a todos indistintamente, como é o caso do meio ambiente natural.

É diante dessa realidade fática e jurídica, que se apresenta necessária a reflexão sobre a possibilidade da substituição processual pela legitimidade extraordinária nos crimes contra o meio ambiente natural, a qual se daria através do manejo da ação penal subsidiária.

²³¹ Segundo Dinamarco (2010, p. 332): “Seja pelo custo do processo, exigências de adiantamento, honorários, pobreza, deseducação para o exercício dos direitos, legitimidade *ad causam* individual, eficácia estrita dos julgados – por todas essas observações chega-se à conclusão de que muito existe ainda a reformar. E, como é natural, esses males somados, de natureza jurídica ou sócio-econômica, geram a *descrença na Justiça*”.

4.3 PROPOSTA DE DEFINIÇÃO LEGAL DOS LEGITIMADOS EXTRAORDINÁRIOS NOS CRIMES CONTRA O MEIO AMBIENTE NATURAL E DE SUA OPERACIONALIDADE SISTÊMICA.

Verificada a evidente escolha político-estatal de monopolizar o combate a criminalidade pela institucionalização do conflito através da jurisdição penal; percebe-se que esta é provocada pelo processo que, por sua vez, é formado pelo exercício do Direito de ação.

Observa-se, também, que a *persecutio criminis* (persecução criminal) é orientada por princípios processuais (ou técnicas) que informam a necessidade da existência de órgãos oficiais que serão responsáveis pela investigação do delito (polícia judiciária – art. 144, §§ 1º e 4º, da CR/88); pela iniciativa da ação penal pública (Ministério Público – art. 129, I, da CR/88); e pelo exercício da jurisdição penal (Capítulo III, da CR/88), sendo que todos, ao se depararem com a comprovação da existência do crime e da sua autoria, estão obrigados a agir, e, por isso, o sistema oferece formas de controle externo que visam assegurar a eficiência destes princípios e a sua tempestividade, sendo certo que, no que tange à inafastabilidade da jurisdição penal pelo direito de ação, o controle externo do princípio da obrigatoriedade se dá por meio da ação penal (privada) subsidiária, quando comprovada a inércia do *parquet* e a existência dos requisitos mínimos para o processamento da causa.

Como visto, o ordenamento jurídico brasileiro assegura, constitucionalmente, a autonomia do direito de ação (ou direito à jurisdição), contudo, seu exercício, nos termos do art. 395 do CPP, é vinculado ao cumprimento de alguns pressupostos (objetivos e subjetivos) e de algumas condições (possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade *ad causam*), os quais objetivam delimitar aqueles que detêm legitimidade para pleitear, em juízo, direito próprio (legitimidade ordinária) ou alheio (legitimidade extraordinária), pois o processo tem a função instrumental de funcionar como um campo dialético de pretensões que visam proteger bens jurídicos (individuais ou supraindividuais).

As grandes teorias a respeito da jurisdição, da ação e do processo, representaram efetivamente uma importante ruptura com a fase imanentista. A

consciência da autonomia da ação, e de todos os institutos que integram o modo de ser do processo, garantiu a independência da ciência processual e a distinguiu da relação do direito material pelos sujeitos, pressupostos e objeto. Entretanto, a constatação de que a técnica é um meio e não um fim em si mesmo, a qual deve ser ajustada ao alcance de metas que possibilitem a implementação do acesso à ordem jurídica justa, inaugurou o terceiro momento metodológico do direito processual: a fase instrumentalista do processo²³².

No momento atual da evolução processual, a visão instrumentalista traz consigo a consciência de que a importância do processo está no alcance de seus resultados e, por isso, é fundamental que seus institutos sejam “revisitados”, para que seus conceitos sejam aproveitados e adequados às “sintonias” das novas relações sociais e processuais²³³. Esta perspectiva já é visível nas disposições do constituinte e do legislador brasileiro nas últimas décadas, sendo, portanto, fundamental que os intérpretes (juízes, promotores, advogados e sociedade) também sejam tocados e possam aprimorar o serviço jurisdicional prestado através do processo, dando-lhe a devida “condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo”²³⁴.

A necessidade de se reconhecer que as técnicas processuais cumprem uma importante função social alia-se à tarefa básica dos processualistas modernas de superar as barreiras que impedem o direito à jurisdição, e consistem nos pilares do movimento denominado: “acesso à Justiça”²³⁵.

²³² “[...] o *terceiro momento metodológico* do direito processual caracterizado pela consciência da *instrumentalidade* como importantíssimo pólo de irradiação de ideias e coordenador dos diversos institutos, princípios e soluções. O processualista sensível aos grandes problemas jurídicos sociais e políticos do seu tempo e interessado em obter soluções adequadas sabe que agora os *conceitos* inerentes à sua ciência já chegaram a níveis mais do que satisfatórios [...]. O que conceitualmente sabemos dos institutos fundamentais deste ramo jurídico já constitui suporte suficiente para o que queremos, ou seja, para a construção de um sistema jurídico-processual apto a conduzir aos resultados práticos desejados. (DINAMARCO, 2010, p. 22-23).

²³³ As expressões cunhadas neste parágrafo sobre atinentes a revisão dos institutos processuais para sintonizá-los as necessidades do método instrumental do processo pertencem a José Barbosa dos Santos Bedaque: “A conscientização de que o processo vale não tanto pelo que ele é, mas fundamentalmente pelos resultados que produz, tem levado estudiosos a reexaminar os institutos processuais, a fim de sintonizá-los com a nova perspectiva metodológica da ciência” (LEONEL, 2013, p. 24).

²³⁴ Dinamarco (2010, p. 25) identifica como importantes conquistas da visão instrumental a Lei dos Juizados Especiais, a Lei da Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente, os quais consagram valores constitucionalmente estabelecidos e contribuem processualmente para o valor justiça.

²³⁵ Dentre os autores que trataram sobre o acesso à Justiça credita-se ao trabalho de Mauro Cappelletti e Bryan Garth forte influência a esse movimento que visa reformar o processo para enfrentar as dificuldades para se alcançar uma ordem jurídica justa. Ao identificaram três “ondas”: a assistência judiciária (primeira onda); a representação judicial dos interesses difusos e coletivos (segunda onda); e

Dinamarco (2010, p. 323-325) afirma que a “admissão em juízo” é um dos aspectos positivos da instrumentalidade do processo e, por isso, devem ser enfrentadas as causas de estreitamento da via de acesso à ordem jurídica justa, identificados através de questões econômicas (pobreza e alto custo do processo); psicossociais (desinformação e descrença) e jurídicas (legitimidade ativa individual).

No tocante à legitimidade *ad causam*, como causa de estreitamento, o referido autor entende que a perspectiva individualista que se herda e se pratica consiste em uma “interpretação acanhada e insuficiente da garantia constitucional da ação e da inafastabilidade do controle jurisdicional”, já que, na atualidade, “importa menos *dar a cada um o que é seu*, do que promover o bem de cada um através do bem comum da sociedade” (DINAMARCO, 2010, p. 328-329), por isso proclama que, no que se refere a legitimidade ativa processual, deve-se abandonar o tratamento tradicionalmente “atômico” dado aos conflitos, e cogitar uma dimensão supraindividual que requer uma “molecularização do direito e do processo”²³⁶.

Dentro dessa temática, uma das questões que merecem relevância é a reflexão sobre a íntima relação entre o interesse de agir e a legitimidade para estar em juízo. O direito processual se fundou sobre a visão clássica de que a legitimidade estaria subsumida ao interesse, uma vez que ambas correspondem ao aspecto pessoal e direto do direito material violado. Certamente, partindo de uma perspectiva individualista, a legitimação ativa

o novo enfoque do acesso à Justiça (terceira onda), os referidos autores proclamam que “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” (CAPPELLETTI, 1988, p. 12). Tendo a perspectiva individualista da legitimidade *ad causam* como uma das barreiras do acesso à ordem jurídica justa, os referidos autores destacam que “O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre as partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadrava bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares”, e concluem: “[...] é preciso que haja um ‘representante adequado’ para agir em benefício da coletividade, mesmo que os membros dela não sejam ‘citados’ individualmente. Da mesma forma, para ser efetiva, a decisão deve obrigar a todos os membros do grupo, ainda que nem todos tenham tido a oportunidade de ser ouvidos” (CAPPELLETTI, 1988, p. 49-50).

²³⁶ Sobre a necessidade de molecularização do direito e do processo, Dinamarco (2010, p. 329) destaca que: “Aquela linha de legitimação individual, válida na maioria dos casos, corresponde ao tratamento *atômico* tradicionalmente dado aos conflitos, sem cogitar da dimensão supraindividual que estes podem muitas vezes apresentar; sucede-lhe agora o impulso doutrinário no sentido da *molecularização* do direito e do processo, ou seja, do tratamento dos conflitos a partir de uma ótica solidarista e mediante soluções destinadas também a grupos de indivíduos e não somente a indivíduos enquanto tais”.

pressupõe o interesse de agir, pois, será legitimado para estar em juízo o titular do direito violado/ameaçado, por ser este quem detém o interesse de superar o conflito pela via jurisdicional.

Por outro lado, existem situações que revelam e exigem a autonomia desses dois conceitos, sendo oportuno o alerta de Rodolfo Mancuso (2013, p. 177) sobre a existência de hipóteses “nas quais o legislador, dentre várias pessoas que têm *interesse* na solução de um dado litígio, *escolhe* uma, outorgando-lhe o poder de agir”. Assim, embora outras pessoas preteridas nessa escolha preservem o interesse de agir, estas não gozam do poder de pleitear tal interesse em juízo²³⁷, o que denota uma considerável autonomia da verificação destes institutos no processo.

Através de valioso estudo sobre as diversas acepções da palavra “interesse”²³⁸, Mancuso (2013, p. 30) ensina que o interesse pode se apresentar sob certas conotações que tangenciam o “social” e o “jurídico”, tais como os interesses social, público e geral. Para o autor, os referidos interesses têm em comum o fato de se referirem a interesses metaindividuais e, portanto, transcendem ao indivíduo isoladamente considerado, não sendo incomum o seu emprego como sinônimos²³⁹. Entretanto, Mancuso (2013, p. 79) faz um alerta de que estes conceitos não esgotam o “universo dos interesses”, e

²³⁷ Mancuso (2013, p. 178-179) define que, nos conflitos de cunho intersubjetivo, “o conteúdo da legitimação ativa decorre da titulação jurídica da *fattispecie*, isto é, decorre da *coincidência* entre o autor da ação e a pessoa que aparece numa situação de vantagem no ordenamento jurídico”, como uma verdadeira “pertinência subjetiva do interesse”, por isso, afirma o autor que a legitimidade *ad causam* caracteriza-se por essa “relação de *pertinência* ou por essa *coincidência* na equação em que um dos termos é formado pelo binômio ‘titular da pretensão/pessoa favorecida pela norma = Autor’; e o outro termo é composto pelo binômio ‘titular da resistência/pessoa em situação de sujeição a norma = Réu’”.

²³⁸ “Sendo o ‘interesse’ uma palavra plurívoca, ela se faz presente em mais de um ramo do conhecimento, podendo esse termo apresentar-se sob o enfoque econômico, com o significado de ‘lucro’, ‘renda’, ‘ganho’, ‘benefício pecuniário’, ou, mais especificamente, ‘juros’, isto é, remuneração do capital. Sob esse prisma, ter ‘interesse’ em realizar certo negócio ou operação financeira significa ter uma perspectiva favorável a uma dada situação de vantagem. Esse interesse *material* é levado em conta pelo Direito como necessário à formação do interesse *processual* (art. 3º. do CPC), visto este como a *necessidade* e a *utilidade* do recurso ao Judiciário para se obter o reconhecimento ou a fruição de um certo direito, valor ou bem da vida” (MANCUSO, 2013, p. 29).

²³⁹ Segundo Mancuso (2013, p. 31-37), o conceito de “interesse social” seria aquele que consulta à *maioria* da sociedade civil, “como se nota quando uma ulterior e eventual positividade de um dado valor, interesse ou ocorrência é antes submetido a um *plebiscito* (CR, art. 14, I)”. O conceito de “interesse geral” seria muito próximo do conceito de “interesse social”, pois é “intuitivo que o ‘geral’ se opõe ao ‘individual’”. Por sua vez, ao contrário do que se passa com os interesses sociais e gerais, ambos ligados às noções de “coletividade”, “sociedade civil”, o conceito de “interesse público” predomina a presença e a vontade do Estado, pois, nesse caso, “É como se ao Estado coubesse não só a ordenação normativa do ‘interesse público’, mas também a soberana indicação do seu conteúdo”, o que, com base nos fundamentos político-filosóficos demonstrados no Capítulo 2 deste trabalho, confunde-se com o “interesse geral”.

afirma que no plano da “existência-utilidade” onde se situam os interesses, há também outra espécie que merece atenção: o “interesse legítimo”.

Em sua doutrina, Mancuso (2013, p. 81), esclarece que o “interesse legítimo” não é qualificado pelo referencial de sua aplicação a um número maior (interesse coletivo) ou menor (interesse individual) de sujeitos, pois se caracterizam pelo fato de “serem *indireta* ou *reflexivamente* protegidos pelo ordenamento jurídico”. Desse modo, por conta da sua equidistância entre os “interesses simples” e os “direitos subjetivos”²⁴⁰, os interesses legítimos são corriqueiramente utilizados para o enfrentamento da problemática dos interesses difusos.

A absorção do interesse difuso pelo ordenamento jurídico reclama dos processualistas uma atenção especial à questão do acesso à justiça e, conseqüentemente, a legitimidade ativa, a qual resta evidenciada em grandes avanços legislativos como a Ação popular (Lei nº 4.717/65), a Ação civil pública (Lei nº 7.347/85), o Mandado de segurança coletivo (Lei nº 12.016/2009) e as alterações ocorridas no Código de Defesa do Consumidor (Lei 9.008/1995). Contudo, tal preocupação não é percebida entre os debates em torno do Direito processual penal.

Identificam-se dois principais argumentos podem explicar o desinteresse da doutrina processual penal brasileira no surgimento dos bens jurídicos dotados de interesse difuso (supraindividuais, metaindividuais ou transindividuais). O primeiro argumento é o fato de que os bens jurídicos protegidos pela norma penal (individuais ou supraindividuais) e instrumentalizados pelo processo penal são tutelados pelo “interesse público”, o qual impõe a titularidade da ação penal pública, exclusivamente, ao

²⁴⁰ Para Mancuso (2013, p. 81): “Entre os dois extremos – o direito subjetivo e o interesse simples – abre-se espaço para o *interesse legítimo*. Não há, propriamente, uma diferença *essencial*, e sim, uma diferença em termos de *intensidade* quanto à proteção estatal: enquanto os direitos subjetivos se beneficiam de uma proteção máxima, e os interesses simples são praticamente ‘ignorados’ pelo sistema, os interesses legítimos se apresentam a meio caminho: embora não se constituam em prerrogativas ou títulos jurídicos oponíveis *erga omnes*, beneficiam de uma proteção *limitada*, ao menos no sentido de não poderem ser ignorados ou preteridos”. Explica o autor que os interesses legítimos decorrem por via “indireta ou reflexa”, pois, nesse caso, a norma não visa exatamente tutelar a “situação individual”, mas pode ocorrer que o sujeito esteja de tal forma situado no raio de abrangência dessa norma que passe a merecer uma certa proteção “diferenciada”, em comparação aos demais. Mancuso (2013, p. 81) utiliza-se do seguinte exemplo: “a norma jurídica que protege os mananciais de água potável é direcionada à *generalidade* da população, uma vez que intenta preservar a *qualidade de vida*; todavia, acaba conferindo uma proteção *especial* àquela parcela da população que habita nas proximidades desses mananciais, e que, por isso mesmo, é mais afetada por tudo que concerne à proteção desse bem ambiental, tendo, inclusive, uma carga maior de responsabilidade.

Ministério Público e, por isso, a tutela penal de bens jurídicos supraindividuais não reclama nenhuma alteração em sua prática processual. A segunda razão é a expectativa de que a excepcionalidade da provocação da jurisdição penal pela via da ação penal privada seja extirpada do sistema pelas alterações legislativas propostas nos arts. 45 e 46 do Projeto de lei nº 8.045/2010 (novo CPP), os quais transformam as ações penais privadas em ações penais públicas condicionadas.

No tocante à transformação dos crimes de ação penal e iniciativa privada em crimes de ação penal pública condicionada, deve-se frisar que remanesce no Projeto de Lei nº 8.045/2010, por expressa imposição constitucional (art. 5º, LIX, CR/88), à possibilidade do manejo da ação penal subsidiária (art. 48) quando a denúncia não for intentada no prazo legal pelo Ministério Público, mantendo-se, portanto, a legitimidade do intento da ação penal pública (incondicionada ou condicionada) pela iniciativa privada. Tal constatação, por si só, já justificaria a importância de se debater a possibilidade da substituição processual pela legitimação extraordinária nos crimes em que o bem jurídico tutelado seja difuso, como é o caso dos crimes contra o meio ambiente natural, que constitui o objeto do presente trabalho.

Quanto à irrelevância do conceito de “interesse difuso” para o Direito penal, utiliza-se como parâmetro os argumentos apresentados pela Professora Juliana Santos em seu artigo intitulado: “a irrelevância conceitual do interesse difuso ou do ‘bem jurídico supraindividual’ para o Direito penal brasileiro”. A autora, após analisar a extensão da tutela penal aos novos núcleos valorativos da contemporaneidade, destaca que a tutela penal dos interesses difusos visa à efetiva proteção do “bem público” (termo que engloba o meio ambiente e a relação de consumo), porém, por conta do caráter público do Direito penal, afirma que “tanto a criminalidade tradicional quanto as modernas modalidades delinqüenciais ofendem bens, cuja agressão e tutela, de qualquer modo, dizem respeito ao Estado”, e, partindo dessa consideração, em detrimento a qualquer

referência sobre “interesses difusos”, seria “mais adequado, então, falar em ‘interesse público’ ou ‘interesse geral’”²⁴¹ (SANTOS, 2013, p. 597-598).

Ainda em sua obra, a autora enfrenta o impacto dos interesses difusos no processo penal brasileiro e, com base na tese de doutoramento de Márcio Leal, sustenta que “o conceito de interesses difusos tem relevância para as ações coletivas correspondentes, na medida em que serve para compensar a falta de um legitimado ativo ordinário” (LEAL *apud* SANTOS, 2013, p. 594-595). Sendo assim, defende que o conceito de interesse difuso é “meramente funcional”, constituindo-se em uma “ferramenta funcional” para permitir a apreciação judicial do interesse ou política pública “que não se titulariza em um sujeito”, e, por isso, não admite substituição processual²⁴². Por esses motivos, sustenta a autora que a tutela penal de interesses difusos não enseja consequências práticas que reclamem a necessidade de ritos procedimentais diferenciados, pois o Ministério Público continua como único legitimado para promover a persecução criminal através da ação penal pública.

Com efeito, quando o legislador reconhece a proteção jurídica penal de um determinado bem (individual ou supraindividual), surge o *jus puniendi* estatal, o qual está atrelado diretamente às acepções políticas e jurídicas do conceito de interesse público²⁴³.

A existência do interesse público na criação e na aplicação da lei penal é verificada através da constatação de que o Estado é o titular do interesse material de impor sanção pelo descumprimento da lei criminal que ele próprio

²⁴¹ Por pertencer a tutela penal dos interesses públicos, Santos (2013, p. 596) entende que “é juridicamente injustificável o entusiasmo pela compreensão do fenômeno criminal pela ótica da emergência dos interesses difusos, categoria jurídica, nesse prisma, estranha ao Direito Penal.

²⁴² Juliana Santos traz em seu artigo a seguinte tese geral apresentada pelo Dr. Márcio Leal: “A teoria do conceito do interesse difuso deve, nesse sentido, possibilitar uma abordagem funcional e processual – e não ontológica – para apreciar alguns conflitos sem a necessidade de se atribuir um direito material a um indivíduo ou exigir uma violação direta a uma posição jurídica individual. III – Na tutela de interesses difusos, aos atores são conferidas pretensões autônomas, que possibilitam a propositura de ações chamadas *coletivas*. A exigência de se proteger um *interesse difuso* desempenha um papel de desencadeador dessa legitimação, sem que seja necessária uma *substituição processual*” (LEAL *apud* SANTOS, 2013, p. 595).

²⁴³ Mancuso (2013, p. 38-39), na esteira das lições de Georges Vedel e Pierre Devolvé, explica que o conceito de “interesse público” comporta uma acepção política e outra jurídica. Em sua acepção política, dois erros devem ser evitados para a compreensão do conceito de interesse público: 1) supor que o interesse é a soma dos interesses particulares; e 2) supor que o interesse público nada tem a ver com os interesses individuais ou dos grupos sociais; pois, sob essa acepção, o interesse público se apresenta como um árbitro entre os diversos interesses particulares. Com relação a acepção jurídica do interesse público, esta tem por base a questão da competência para a arbitragem entre os interesses particulares, assim, o legislador não só deve indicar os fins de interesse público, mas também estabelecer as regras para a consecução desses fins, indicando a autoridade competente e os meios de que esta pode se utilizar.

tenha, previamente, editado. Por isso, mesmo que o objeto de uma ação penal pressuponha uma violação a interesses difusos, ainda assim seu objeto não será a defesa direta de interesses supraindividuais, os quais serão certamente protegidos indiretamente, mas sim o exercício do “direito de punir” do Estado²⁴⁴.

Com base na lição de Mazzilli (2015, p. 54), vale ressaltar que ainda que alguns interesses difusos sejam tão abrangentes que cheguem a se confundir com o interesse público (como o meio ambiente), não é correto afirmar que os interesses difusos são uma mera subespécie do interesse público. Muito pelo contrário.

Seguindo esta mesma linha, Mancuso (2013, p. 91) defende que os interesses podem ser ordenados através de uma “escala crescente de coletivização”, a qual possibilita o seu agrupamento pelo critério de sua atribuição a um número maior ou menor de titulares. E, sob esse enfoque, se percebe a seguinte ordem gradual dos interesses: 1º) interesse individual, 2º) interesse social, 3º) interesse coletivo, 4º) interesse geral ou público, e 5º) interesses difuso²⁴⁵.

Sendo assim, se o conceito de interesse difuso apresenta-se irrelevante para o Direito penal, posto que a tutela penal do Estado orienta-se pelo interesse público na correta aplicação da pena, o mesmo não se pode

²⁴⁴ A evidência do interesse público na tutela penal dos interesses transindividuais (metaindividuais ou supraindividuais) é muito bem ponderada por Hugo Nigro Mazzilli (2015, p. 285), que esclarece: “o direito de punir não é interesse de difuso, nem coletivo, nem individual homogêneo: como decorrência ou expressão da soberania estatal, é interesse público, em sentido estrito. [...] O legislador criminaliza diversos comportamentos que violem interesses transindividuais (como alguns danos ao meio ambiente ou aos consumidores, globalmente considerados). Entretanto, ainda que o objeto dessas ações penais pressuponha uma violação a interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, na verdade o objeto da ação penal daí decorrente não será a defesa direta de interesses transindividuais, mas sim o exercício do *jus puniendi* estatal. Na ação penal, os interesses transindividuais são defendidos apenas indiretamente”.

²⁴⁵ Segundo Mancuso (2013, p. 91), partindo da escala crescente de coletivização, a ordem dos interesses “evolui-se desde os interesses ‘individuais’ (susceptíveis de captação e fruição pelo indivíduo isoladamente considerado), passando pelos interesses ‘sociais’ (os interesses *pessoais* do grupo visto como pessoa jurídica); ainda um passo, chega-se aos interesses ‘coletivos’ (que deparam as esferas anteriores, mas se restringem a valores concernentes a grupos sociais ou categorias bem definidos); no grau seguinte temos o interesse ‘geral’ ou ‘público’ (referido primordialmente à coletividade representada pelo Estado e se exteriorizam em certos padrões estabelecidos, ou *standards* sociais, como *bem comum*, *segurança pública*, *saúde pública*). Todavia, há ainda um grau seguinte nessa escala, isto é, haveria certos interesses cujas características não permitiriam, exatamente, sua assimilação a essas espécies. Referimo-nos aos interesses ‘difusos’”. E conclui o referido autor: “Desse modo, os interesses difusos ‘excedem’ ao interesse público ou geral, configurando-se no quinto e último grau daquela ordem escalonada, notabilizando-se por um alto índice de desagregação ou de ‘atomização’, que lhes permite referirem-se a um contingente indefinido de indivíduos e a cada qual deles, ao mesmo tempo” (MANCUSO, 2013, p. 92).

dizer no que toca ao Direito processual penal, em especial ao exercício do direito de ação, onde o conceito de interesse difuso e de bem jurídico supraindividual ganham considerável relevância para o sistema jurídico processual²⁴⁶.

Embora o Estado brasileiro tenha atribuído ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública, tal competência não se deu de forma exclusiva, mas sim de forma privativa (art. 129, I, CR/88), pois, caso o *parquet* não provoque a jurisdição penal no prazo previsto em lei, poderá ser intentada, através da iniciativa privada, a ação penal subsidiária, conforme garantia expressa do art. 5º, LIX, da Constituição da República de 1988.

Desse modo, nota-se que o constituinte optou por uma democracia participativa, inclusive na via judicial penal. Ao permitir a legitimidade extraordinária na ação penal pública, o constituinte reconheceu que o interesse público não afasta a possibilidade de a vítima pleitear em juízo a correta aplicação da lei penal, sendo, particularmente, neste momento, que se evidencia a importância do conceito de interesse (individual, coletivo ou difuso) como referencial para a definição dos legitimados para a condução do processo.

Como a lei penal, amparada no interesse público, visa proteger um bem jurídico (individual ou supraindividual), cuja manutenção é fundamental para o desenvolvimento da sociedade, pode-se afirmar que efetivamente não há crime sem vítima²⁴⁷. Dessa maneira, assim como o “interesse individual”

²⁴⁶ Floriano de Azevedo Marques Neto, ao tratar da função do processo como o núcleo da “teoria geral do processo de exercício do poder estatal”, desvenda essa relação ao destacar que: “O que seria, então, o núcleo dessa *teoria geral do processo de exercício do poder estatal*? Primeiro, temos a função do processo que a meu ver é comum a todos os campos de sua manifestação. Trata-se de reger o exercício do poder estatal, fazendo-o distinguir do mero exercício da vontade do agente e de permitir o envolvimento do indivíduo (cidadão, administrado, jurisdicionado) no exercício de atividade estatal. Em suma, o processo, em todas as suas acepções, cumpre esse duplo objetivo: servir de regramento para fundamentação e controle da decisão judicial (aplicação do poder extroverso em concreto) e, de outro lado, envolver o interessado (é dizer, aquele que de alguma forma será alcançado pela manifestação de poder) na formação da decisão, de modo a que esta seja tomada com observância (não necessariamente aderência) à vontade daquele. Daí podemos dizer que o processo assegura mais objetividade, responsividade e imparcialidade no exercício do poder (jurisdicional, administrativo e mesmo legislativo). Em suma, o processo é condição *sine qua non* para a legitimidade do exercício do poder num Estado Democrático de Direito” (MARQUES NETO, 2007, p. 271).

²⁴⁷ Por essa constatação é que reputamos completamente inadequada a classificação dos chamados “crimes vagos” ou “crimes sem vítima”, pois se a missão fundamental do Direito penal é a exclusiva proteção dos bens jurídicos que garantem o desenvolvimento do ser humano na sociedade, ainda que a conduta atinja um número indeterminável de pessoas, isso não permite afirmar que se trata de um crime sem vítima, mas sim que as vítimas daquela conduta delituosa não são passíveis de individualização. Nesse mesmo sentido é a doutrina de Renato Silveira (2003, p. 176/177), que, ao se debruçar sobre a

denota sua relevância como referencial para a definição da legitimação extraordinária em crimes que tutelam bens jurídicos individuais, o conceito de interesse difuso também evidencia sua relevância para o processo penal quando passa a ser o referencial obrigatório para a definição da legitimação extraordinária nos crimes que protegem bens jurídicos difusos, posto que todo ordenamento jurídico processual que pretende intitular-se democrático, deve admitir a substituição processual pela legitimidade extraordinária²⁴⁸.

Notadamente, a tutela penal de interesses difusos reclama a necessidade de se revisitar os institutos processuais existentes, que devem se adequar às novas realidades sociais acolhidas pelo sistema jurídico, uma vez que o exercício de uma democracia participativa pela via judicial reclama uma abertura do ordenamento jurídico, que faz com a ação e o processo modifiquem seus conceitos e passem a funcionar como meio efetivo de participação política²⁴⁹.

Tudo o que foi até esse momento apresentado, nos leva a afirmar que a vinculação estabelecida entre interesse processual e a situação jurídica de direito material (direito subjetivo) deve ser repensada por conta do atual estágio de evolução da ciência processual, não podendo o Direito processual penal se

existência dos “crimes sem vítima”, afirma que: “Não parece, de todo correta, essa denominação. Tendo, de um lado, a noção de que os interesses difusos, como já se viu e demonstrou, configuram-se, propriamente, em bens jurídicos intermediários (em que são violados bens individuais e coletivos) e, de outro, a noção de que é aceita, na doutrina, a afirmação de que o sujeito passivo do delito não é, necessariamente, uma pessoa física, torna-se, por certo, perigosa a assertiva de se tratar de ‘crimes sem vítima’”.

²⁴⁸ Partindo de uma análise *a contrario sensu* do dispositivo processual que autoriza a legitimação extraordinária no ordenamento jurídico (art. 6º do CPC, atualmente alocado no art. 18 do Novo CPC), Mazzilli (2014, p. 35) afirma que: “Mesmo no tocante aos interesses difusos (em que o grupo não é determinado), ainda assim temos a substituição processual do grupo por um legitimado extraordinário, e nosso Direito não exige que a substituição processual se faça somente em relação a pessoa determinada (CPC, art. 6º, *a contrario sensu*).

²⁴⁹ Sob o novo papel da ação e do processo perante as novas realidades sociais, afirma Ada Pellegrini Grinover que: “[...] em primeiro lugar, é o dado político que altera o conceito de processo, não mais entendido como clássico instrumento de solução de lides intersubjetivas, mas transformado em meio de solução de conflitos metaindividuais, por isso mesmo tipicamente políticos. Assim como se modifica o conceito de processo, muda o de ação, a qual se transforma em meio de participação política, numa noção aberta de ordenamento jurídico, em contraposição à fechada rigidez que deriva das situações substanciais tradicionais. Nesse contexto, a ação se consagra uma operação política do direito, provocada pela inadequação das técnicas tradicionais. E a jurisdição, atuando através de instrumentos renovados e impulsionada por um distinto poder, tem transmutada a sua própria finalidade funcional, que se desloca, de mera atuação do direito objetivo, para o papel promocional da aquisição de uma consciência do *coletivo* e do *social*. A tutela jurisdicional de situações não mais meramente individuais transforma-se na expressão de um modo de apropriação coletiva de bens comuns e, contemporaneamente, na manifestação de uma necessidade de participação, por intermédio da justiça. Em segundo lugar, a tutela jurisdicional dos interesses difusos exige uma superação do modelo tradicional do processo, com a adoção de novas técnicas que permitam a proteção adequada de interesses metaindividuais [...]” (GRINOVER apud SILVEIRA, 2003, p. 173/174).

furtar a essa tendência, pois, como bem pondera Mancuso (2013, p. 174), o prisma atual da ciência processual impõe que o “conteúdo do interesse processual” seja buscado na “legitimidade e relevância da *pretensão* deduzida em juízo”, sem a exigência que ela configure um direito subjetivo material pertencente a um titular determinado.

A ação pode até configurar um “direito subjetivo processual”, mas não necessariamente será o conteúdo do interesse que a justifica, a qual pode derivar da violação ou ameaça a um “interesse legítimo”²⁵⁰. É nesse diapasão que Ada Pellegrinni Grinover reclama que: “ao lado do direito subjetivo é preciso considerar o interesse legítimo, que deve ser tutelado pelo ordenamento em geral, e não apenas em caráter excepcional” (GRINOVER *apud* MANCUSO, 2013, p. 175), o que exige, inclusive, uma interpretação mais ampla da garantia constitucional do art. 5º, XXXV, da CF/88, a qual deve ser entendida que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a Direito ou interesse legítimo²⁵¹.

A inclusão do interesse legítimo como conteúdo da pretensão que será deduzida em juízo nos parece estar em total sintonia com o chamamento constitucional para a proteção jurídica do meio ambiente, já que, nos termos do art. 225, da CF/88, “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”, o qual é reconhecido como um “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”, e, portanto, incumbe, conjuntamente, “ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as

²⁵⁰ Sobre a proximidade conceitual entre direito subjetivo e interesse legítimo, discorre Leonel (2013, p. 79): “Imprescindível, assim, indagar se a distinção entre direito subjetivo e interesse traz algum proveito prático para a análise da tutela jurisdicional coletiva. Do ponto de vista do processo, a distinção entre direitos subjetivos e interesses jurídicos é de difícil constatação. Assim como os direitos subjetivos configuram situações de vantagem reconhecidas pelo legislador, aos interesses jurídicos também é conferido idêntico tratamento, pois recebem a proteção até mesmo em sede constitucional. [...] Isto, evidentemente, não afasta a distinção mais visível, que existe no plano do direito material. Tanto os direitos subjetivos como os interesses jurídicos geram no âmbito do processo semelhante resultado, qual seja a possibilidade de proteção jurisdicional. Mas a diversidade pode ser identificada no grau de definição da situação jurídica, ou na flexibilidade maior ou menor dos conceitos indicados pelo legislador. [...] O próprio legislador admite que a natureza do direito subjetivo e do interesse jurídico ou legítimo é a mesma, pois assegura a respectiva tutela”.

²⁵¹ Nesse sentido é a constatação de Ricardo Leonel (2013, p. 80): “Exemplos claros disso são o art. 24 da Constituição italiana, prevendo o direito constitucional de ação para a tutela de direitos e interesses, e ainda a Constituição brasileira, ao estabelecer o mesmo direito de forma mais ampla possível no art. 5º, inc. XXXV, determinando que tanto a lesão como a ameaça ao direito (que não é direito propriamente dito, mas sim, nos termos da distinção formulada pela doutrina, interesse) não podendo ser excluídos da apreciação jurisdicional”. Ada Pellegrinni também defende que o referido dispositivo constitucional deve ser interpretado como a garantia que compreenda “na inafastabilidade da proteção judiciária os *interesses* legítimos” (GRINOVER *apud* MANCUSO, 2013, p. 175).

presentes e futuras gerações”, sendo certo que, em matéria processual penal, a defesa jurídica do meio ambiente pela coletividade se dará por meio da legitimidade extraordinária, que, por sua vez, encontra-se materializada no instituto da ação penal subsidiária.

Superada a questão sobre a possibilidade da substituição processual nos crimes contra o meio ambiente natural, a qual se operacionalizará por meio da legitimação extraordinária²⁵², sendo certo que, uma vez que todos os crimes ambientais são de ação penal pública incondicionada (art. 26, Lei nº 9.605/98), compete, privativamente, ao Ministério Público intentar, como legitimado ordinário, a ação penal pública no prazo previsto em lei (art. 46, CPP), sob pena de ser esta intentada pela iniciativa privada através da ação penal subsidiária (art. 5º, LIX, CF/88 e art. 29, CPP).

Surge, assim, a necessidade de se identificar através do ordenamento jurídico e não exclusivamente da lei²⁵³, os legitimados para o oferecimento da ação penal subsidiária nos crimes contra o meio ambiente natural, e, dentro das peculiaridades procedimentais do sistema jurídico processual penal brasileiro, propor uma possível viabilidade operacional do referido instituto.

Para a definição dos legitimados extraordinários a oferecer a ação penal (privada) subsidiária nos crimes contra o meio ambiente natural, levaremos em consideração alguns aspectos.

Primeiro, assim como ocorre na definição da legitimação extraordinária dos crimes tradicionais, de cunho individualista (homicídio, lesão corporal, roubo, furto, etc.), a qual utiliza como referencial o “interesse individual” presente na conduta, será utilizado o “interesse difuso” como referencial para ação penal subsidiária nos crimes contra a natureza.

²⁵² Acreditamos que a vasta discussão doutrinária sobre a natureza jurídica da legitimidade de agir no processo civil coletivo referente à tutela dos interesses difusos, especialmente no tocante ao oferecimento da Ação Civil Pública, a qual é definida, a depender do autor, como uma legitimação ordinária (Kazuo Watanabe e Ada Pellegrinni); ou como uma legitimação mista, tida como uma posição jurídica própria ou autônoma (Rodolfo Mancuso); ou como uma legitimação extraordinária (Fredie Didier Jr.), não parece influir no âmbito do processo penal. Com efeito, por pertencer exclusivamente ao Estado o *jus puniendi*, o qual incumbe a um órgão oficial (Ministério Público) a promoção da ação penal pública como legitimado ordinário, certamente, a substituição processual pela iniciativa privada (ação penal subsidiária) se dará por meio da legitimação extraordinária.

²⁵³ Neste trabalho, a análise dos possíveis legitimados para a propositura da ação penal subsidiária se dará dentro dos novos parâmetros impostos pelo art. 18 da Lei 13.105/2015, o qual estabelece que a legitimação extraordinária seja verificada através da sua previsão no ordenamento jurídico, e não mais na lei (art. 6º, do CPC/73), o que denota um reconhecimento do ordenamento jurídico como sistema e impõe uma valiosa comunicação das fontes do direito, incluindo do Direito processual penal.

Segundo, em respeito à sistemática adotada pelo direito processual brasileiro, os legitimados extraordinários para os crimes contra a natureza devem estar autorizados a atuar em juízo por previsão legal do ordenamento jurídico²⁵⁴ (art. 6º, do CPC/73; art. 18, da Lei 13.105/2015), cuja aplicação, no processo penal, se dará pelo art. 3º do Código de Processo Penal²⁵⁵, que autoriza a comunicação das fontes do direito em matéria processual penal.

Por fim, pela própria origem da lesão, da indeterminação dos titulares e da indivisibilidade do objeto²⁵⁶, a legitimação extraordinária dos crimes contra o meio ambiente natural deve ser determinada dentro dos critérios atinentes ao processo coletivo, pelo qual serão considerados aspectos relativos à representação adequada, à pertinência temática e à possibilidade do controle judicial destes pressupostos.

Tomando os interesses difusos como referencial para a definição dos legitimados extraordinários nos crimes contra a natureza, o primeiro problema a ser enfrentado é saber se a ação penal subsidiária poderá ser intentada individualmente (qualquer pessoa do povo) ou coletivamente (entidades e órgãos da Administração Pública direta; associações; etc.).

Com a conscientização de que a defesa e a proteção do meio ambiente é dever de todos, e o devido afastamento da ideia simplista de que “o que pertence a todos não pertence a ninguém”²⁵⁷, surge a questão sobre a viabilidade da proteção dos interesses difusos se dar também por uma legitimação difusa, a qual permitira que todo e qualquer pessoa poderia pleitear

²⁵⁴ Considerando que embora o art. 18 da Lei 13.105/2015 tenha ampliada a possibilidade da legitimação extraordinária, condicionando-a a autorização do ordenamento jurídico e não mais da lei; não iremos tratar neste trabalho das alterações propostas pelo Projeto de Emenda Constitucional nº 194/2012, uma vez que o referido projeto encontra-se arquivado, nos termos do art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, desde 31.01.2015.

²⁵⁵ Dispõe o art. 3º do CPP que: “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito”.

²⁵⁶ Segundo Mazzilli (2015, p. 50): “Tanto os interesses difusos como os coletivos são indivisíveis, mas se distinguem não só pela origem da lesão como também pela abrangência do grupo. Os interesses difusos supõem titulares indetermináveis, ligados por circunstâncias de fato, enquanto os coletivos dizem respeito a grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, ligadas pela mesma relação jurídica básica”.

²⁵⁷ A superação da ideia de que os interesses difusos são “interesses sem dono” é pontuada por Mancuso (2013, p. 193): “A tutela jurisdicional dos interesses difusos se situa no plano gera da “participação popular através da justiça”, isto é, admite-se a existência de um grande contingente humano, cujos interesses, por serem *difusos*, não se enquadram no esquema tradicional da legitimidade, referida à *titularidade do direito* e assim *tendem a ficar marginalizados do processo jurídico*. [...] Assim é que, gradualmente, foi se reconhecendo a premência de se dar ‘voz e voto’ a esses *interesses sem dono*, até então esquecidos ou ignorados, por conta da consideração simplista e equivocada de que *o que pertence a todos não pertence a ninguém*, e assim torna-se inviável sua tutela”.

a tutela jurisdicional em matéria ambiental, cujo exercício se daria por instrumento semelhante à *actio popularis*²⁵⁸ do direito romano.

No Brasil, do ponto vista histórico, a ação popular instituída pela Lei nº 4.717/65 pode ser considerada a primeira grande mudança no tocante a criação de instrumentos para a proteção difusa do meio ambiente (visto com patrimônio público artístico, histórico e turístico), cujo manejo estaria condicionado apenas a comprovação da cidadania pelo pleno gozo dos direitos políticos. Contudo, na ação popular o cidadão-eleitor não é “representante” da coletividade, pois na ação popular o que é exercido é um “direito subjetivo público”²⁵⁹, que visa assegurar uma eficaz administração da coisa pública. A qualidade de cidadão-eleitor do autor da ação popular é evidenciada pela natureza da tutela jurisdicional que lhe foi conferida, a qual se limita aos aspectos restaurativos ou ressarcitórios da ordem jurídica, não possuindo, portanto, a possibilidade de exercer uma tutela inibitória, com obrigações de fazer ou de não fazer, tal qual foi conferida à Ação civil pública.

Partindo de uma análise comparada, pode se afirmar que há um “núcleo comum” entre a ação popular e a ação de classe (*class actions*) do direito norte americano, posto que ambas podem ser intentadas individualmente. Em contrapartida, há uma visível distinção no que tange à “legitimação por categoria” nas referidas ações, uma vez que o modelo americano permite que uma única pessoa se apresente em juízo como “representante ideológico”²⁶⁰ de toda uma categoria social. Mancuso (2013, p.

²⁵⁸ Segundo Mancuso (2013, p. 193), *actio popularis* na antiga Roma permitia aos cidadãos (*cuivis de populo*) participar da *res publica*, englobando o erário, a ordem pública, a família, a *gens* e os valores morais e religiosos (as *reas sacrae* da comunidade). O referido autor ressalta que a doutrina destaca dois aspectos da *actio popularis* romana: “o de ser um instrumento ‘posto a serviço dos membros da coletividade para o controle permanente da legitimidade extrínseca (ou às vezes intrínseca) do procedimento administrativo’ (cf. Miguel de Seabra Fagundes. Da ação popular. RDA, n. 6, p. 1-19); e a circunstância ‘de se dar a legitimidade *ad causam* a qualquer pessoa do povo – *cuivis de populo*’ (José Afonso da Silva. *Ação popular...*cit., p. 15)”.

²⁵⁹ “[...] na ação popular brasileira o autor não é ‘representante’, mas exerce o *seu* direito subjetivo público à proba e eficaz administração da coisa pública (ou, se se quiser, a sua *quota-parte* nesse interesse geral). No caso brasileiro, a ação é aberta a ‘qualquer cidadão’, isto é, a *causa* está na cidadania devendo o autor ser *cidadão-eleitor*, isto é, estar no gozo dos *direitos políticos*, porque ‘todo poder emana do *povo*, que o exerce por meio de seus representantes eleitos, ou *diretamente*, nos termos desta Constituição’ (CF, par. único do art. 1º)” (MANCUSO, 2013, p. 201). A constatação derradeira de que a ação popular é um “direito subjetivo público” foi sua inclusão como garantia individual do cidadão no art. 5º, LXXIII, da CF/88.

²⁶⁰ Mancuso (2013, p. 198/199) utiliza-se da *class actions* como um bom exemplo de “legitimação por categoria”, pois nesse caso existe a figura de um “autor popular” que Louis Jaffe chamou *ideological plaintiff*, que representa a categoria social afetada. A legitimação para agir nesse caso não pode ser buscada na técnica da “coincidência” entre titularidade do direito material e o autor da ação, sendo

201) esclarece que o indivíduo, nesse caso, poderá pleitear em juízo a defesa de interesse difuso, desde que demonstre que tal representação é adequada (*adequacy of representation*), passando a funcionar no processo como “parte ideológica” (*ideological plaintiff* ou *non-hohfeldian plaintiff*)²⁶¹.

Para Alexandre Schott (2008, p. 231), a ação penal (privada) subsidiária nada mais seria do que uma “ação penal popular subsidiária”, cuja legitimidade de agir deixou de autorizar “qualquer do povo” a promover a ação penal para legitimar apenas “um do povo” (a vítima). O autor, neste caso, parte de uma concepção individualista, pois entende que, embora haja um interesse público na persecução criminal, a legitimação extraordinária é definida por um interesse pessoal e direto da vítima do delito, a qual é identificada como a “parte legítima” para pleitear em nome próprio direito alheio (*jus puniendi*).

Tal raciocínio, embora correta pela perspectiva individualista, é passível de alguns apontamentos importantes. Primeiro que a interpretação dada ao conceito de “vítima” ou “ofendido” no processo penal brasileiro deve estar de acordo com a Resolução 40/34 da Assembleia Geral das Nações Unidas²⁶², a qual impõe que o conceito de “vítima” engloba pessoas isolada ou coletivamente consideradas. E segundo que a ação penal subsidiária não é uma ação privada, mas sim uma ação pública, cuja iniciativa, nos termos dos art. 30 do CPP, cabe: “ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo”; sendo certo que, diferentemente dos casos de sucessão (art. 31 do CPP), a “representação”, no âmbito dos crimes de ação penal pública, não será, necessariamente, feita por um familiar ou uma pessoa determinada, mas

definida por “critérios objetivos” que demonstrem se a “parte ideológica” representa adequadamente a “class” nas ações que têm por objeto interesses difusos, sobretudo em matéria de proteção à natureza (*environmental lawsuits*). No modelo americano, tais critérios devem ser verificados caso a caso pelo juiz através do exercício do “*defining function*”, que seria a função de definir se se trata ou não de uma *class actions* e se a representação é adequada.

²⁶¹ A expressão “*hohfeldian*” foi empregada por Louis J. Jaffe em referência a um artigo publicado em 1913 por Wesley Newcomb Hohfeld, intitulado “*Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*”. O termo “*non-hohfeldian plaintiff*” se dá pelo fato de Luis Jaffe constatar que em tema de interesses difusos o autor não pode ser movido por interesses pessoais, como bem explica Antonio Gidi: “Autor hohfeldiano. É a pessoa que vai a juízo em busca de uma determinação de que ele tem um direito, um interesse, um privilégio ou um poder. Ele vai a juízo em proteção dos seus interesses pessoais. É o contrário de *ideological plaintiff* e *non-hohfeldian plaintiff*” (GIDI *apud* MANCUSO, 2013, p. 201).

²⁶² Resolução 40/34 define como vítima “pessoas que, individual ou coletivamente, sofreram dano, incluindo injúria física ou mental, sofrimento emocional, perda econômica ou substancial, prejuízo de seus direitos fundamentais, através de atos e omissões que ocorram em violações às leis criminais operantes nos Estados Membros, incluindo-se as que proscvem o abuso criminal de poder” (CHOUCKR, 1999, p. 320).

sim por aquele que tenha qualidade para funcionar como assistente da acusação (art. 268 do CPP), que, por conta do interesse público envolvido nas ações públicas, o rol de legitimados não se limita aos titulares da possível ação civil reparatória pelos danos causados pelo delito²⁶³.

Desse modo, embora o modelo norte americano traga a possibilidade de o indivíduo, isoladamente considerado, atuar como “parte ideológica” em matéria de interesses difusos através da *class actions*; a toda evidência, esta não parece ser a opção agasalhada pelo ordenamento jurídico brasileiro²⁶⁴. Com efeito, se ao instituir a ação popular pela Lei nº 4.717/65 o legislador deu ao cidadão-eleitor o direito subjetivo público da tutela jurisdicional restaurativa contra atos da Administração Pública, percebe-se através da edição da Lei nº 7.347/85, que institui a Ação Civil Pública no ordenamento jurídico.

Ao definir os legitimados ordinários para promover a ação civil pública, o legislador brasileiro optou em não incluir no rol do art. 5º da Lei 7.347/85 o cidadão, isoladamente considerado, negando-lhe, portanto, o poder de pleitear ordens judiciais inibitórias representadas por obrigações de fazer e não fazer, em matéria ambiental e outros interesses difusos.

Pela exegese do art. 5º da Lei nº 7.347/85 são legitimados à promoção da ação principal ou ação cautelar: I. Ministério Público; II. Defensoria Pública, III. União, Estados, Distrito Federal e Municípios; IV. autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; e, por fim, V. associação que, concomitantemente, esteja constituída há pelo menos 01 (um) ano nos termos da lei civil e inclua entre suas finalidades institucionais a proteção, dentre outros interesses difusos, do meio ambiente, que é o objeto deste estudo.

²⁶³ A 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Pernambuco, em consonância com vários precedentes do STJ (HC 137339/RS, REsp 1104049/RS, REsp 828418/AL, HC 99857/SP, REsp 696038/RJ, REsp 605302/RS), inovou no julgamento da Apelação criminal nº 328353-0, publicado em 22.10.215, ao reconhecer a legitimidade e o interesse da Província Carmelitana de Pernambuco para atuar, na qualidade de assistente da acusação, em processo cujo objeto era o homicídio de um de seus membros: “A legitimidade do assistente de acusação para apelar justifica-se pelo desejo legítimo de buscar justiça, e não apenas para eventual reparação cível, sendo irrecurável, nos termos do art. 273 do CPP, o despacho do juiz que, após parecer favorável do parquet, admite a habilitação do assistente da acusação”.

²⁶⁴ Segundo Leonel (2013, p. 152): “A solução mais adequada para o modelo de legitimação varia conforme as peculiaridades de cada sistema. A postura legislativa adorada em determinado local pode ou não ter o mesmo sucesso se simplesmente transplantada para outro ordenamento. Mas as experiências do direito comparado devem ser aproveitadas”.

Ao conceder legitimidade de agir às associações, em detrimento do indivíduo isoladamente considerado, o legislador reconhece que os interesses difusos exigem uma demanda coletiva que deve se afastar dos resquícios da concepção tradicional individualista, bem como que a existência de corpos intermediários, aptos a compartilhar o poder com o Estado²⁶⁵, são vitais para a defesa de interesses supraindividuais dentro de uma concepção política orientada pela democracia participativa²⁶⁶.

Através da evidente escolha do legislador pela legitimação coletiva para a tutela judicial dos interesses difusos, é possível, na esteira das lições de Didier (2005, p. 262), identificar algumas características da legitimação coletiva no ordenamento jurídico brasileiro: I) é regulada, inicialmente, por lei (art. 5º da Lei nº 7.347/85; art. 82 do Código de Defesa do Consumidor); II) é conferida a entes públicos, privados e despersonalizados (excepcionalmente e de forma limitada ao cidadão na ação popular; III) o legitimado coletivo atua em nome próprio na defesa de direitos que pertencem a um agrupamento humano (comunidade, coletividade ou grupo de pessoa); IV) esse agrupamento humano não tem personalidade judiciária, portanto não pode atuar em juízo para proteger os seus direitos, por isso serão representados adequadamente pelos legitimados coletivos.

Diante das ponderações até aqui expostas, podemos concluir que o ordenamento jurídico brasileiro optou pela legitimação coletiva para a tutela judicial do meio ambiente natural, o que, por uma interpretação teleológica, afasta a possibilidade do indivíduo, isoladamente considerado, promover a ação penal subsidiária nos crimes contra a natureza.

²⁶⁵ Discorrendo sobre o temor da doutrina e da jurisprudência da proliferação dos corpos intermediários, Mancuso (2013, p. 77) destaca que: “Na verdade, na base dessa resistência estava ainda e sempre o temor de que a proliferação desses ‘corpos intermediários’ seria nociva, na medida em que se estabeleceria uma ‘concorrência’ com o Estado, na tutela do bem comum. [...] Também temia-se pelo *monopólio* assegurado ao Ministério Público, visto que a ação de grupos reunidos em associação poderia, em certo modo, *antecipar-se* à atuação do *Parquet*, infirmando assim o princípio da livre apreciação da oportunidade na persecução dos delitos. (Hoje se sabe que este temor é infundado, não havendo motivo para qualquer sorte de *reserva de mercado* entre instituições e entidades credenciadas a tutelar em Juízo os interesses metaindividuais; muito ao contrário, trata-se de uma colegitimação, em modo concorrente-disjuntivo, nada impedindo, por exemplo, o manejo de uma ação civil pública tendo no polo ativo o Ministério Público e uma associação ambientalista)”.

²⁶⁶ “A legitimação para a demanda coletiva deve afastar-se dos resquícios da concepção tradicional, firmada em decorrência do liberalismo que se seguiu ao absolutismo, preconizando a impossibilidade da existência de corpos intermediários – aptos a compartilhar o poder com o Estado –, na ideia de que das ‘coisas’ coletivas somente este último é que deveria cuidar. A importância da ampliação da legitimação para a defesa dos interesses metaindividuais em juízo reflete-se na própria concepção política do Estado, implicando a implementação da democracia participativa” (LEONEL, 2013, p. 153).

Cumpra-nos, agora, identificar os possíveis legitimados coletivos para promover a ação penal subsidiária nos crimes contra a natureza, para tanto, tomaremos por base a nova orientação do art. 18 da Lei 13.105/2015 (Novo CPC), que institui uma mudança significativa na aferição da legitimação extraordinária, a qual não mais é autorizada por lei, mas sim pelo ordenamento jurídico.

Notadamente, a alteração legislativa trazida pela Lei 13.105/2015 (Novo CPC) passa a reconhecer uma necessária comunicação das fontes processuais, as quais não mais são vistas como um conjunto de códigos isolados que funcionam como compartimentos de disciplinamento estanques, pois, ao considerar o ordenamento jurídico como um sistema jurídico único, suprimem-se os eventuais espaços deixados pelas lacunas existentes na lei.

Não há lacunas no ordenamento jurídico e, por isso, ainda que o Código de Processo Penal não estabeleça expressamente em seus artigos quais os legitimados extraordinários para a propositura da ação penal subsidiária, mormente no tocante aos crimes contra o meio ambiente natural; os legitimados coletivos podem ser identificados da imensa gama legislativa que compõe o corpo do ordenamento jurídico brasileiro.

Como visto no terceiro capítulo deste trabalho, os crimes contra o meio ambiente natural estão elencados na Lei 9.605/98, a qual determina em seu art. 79 a aplicação subsidiária das disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal, sendo, neste último, que se encontra a autorização legal para ação penal (privada) subsidiária nos casos em que o Ministério Público não promover ação penal pública no prazo previsto em lei.

Dentro do ordenamento jurídico, observa-se que tutela penal de bens jurídicos supraindividuais atinentes a interesses difusos também está presente no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), que ao disciplinar sobre os crimes contra o consumidor (arts. 61 a 74, do CDC), também determinou uma mudança relevante no processo penal brasileiro ao instituir que aos crimes que envolvam relações de consumo (bem jurídico metaindividual), “poderão intervir, como assistentes do Ministério Público, os legitimados indicados no art. 82, inciso III e IV, aos quais também é facultado propor ação penal subsidiária” (art. 80, do CDC).

Ao trazer essa importante alteração sistemática para o processo penal, o legislador brasileiro reconhece expressamente a possibilidade de a ação penal subsidiária ser utilizada para o controle externo da ação penal pública em crimes cujo bem jurídico tutelado seja supraindividual. E mais, define com clareza os seus legitimados coletivos, que são: “as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica” (art. 82, III, do CDC); e “as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código” (art. 82, IV, do CDC).

Por tudo que foi exposto neste capítulo, podemos afirmar que os interesses (social, público, difusos e legítimos) e direitos (*jus puniendi* estatal, no âmbito penal) protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor são idênticos aos interesses e direitos protegidos na Lei dos crimes ambientais (Lei nº 9.605/98), e, por isso, nada justifica que o sistema jurídico autorize o manejo da ação penal subsidiária exclusivamente aos crimes contra a relação de consumo, deixando os crimes ambientais sob a regência da concepção individualista do Código de Processo Penal. Por isso, tem-se sustentado que como o art. 80 do CDC é uma norma processual, seria admitida a sua aplicação, por analogia, nos crimes ambientais, dando aos colegitimados do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública a legitimidade para promover a ação penal subsidiária²⁶⁷.

Particularmente, acreditamos que dentro das regras de legitimação extraordinária imposta pelo enunciado do art. 6º do CPC/73, que usava a “lei” como referencial, a analogia se apresenta como a melhor opção de integração do Direito. Entretanto, partindo da nova regra esculpida no art. 18 da Lei 13.105/2015 (Novo CPC), pela qual a legitimação extraordinária deve ser

²⁶⁷ Esse é o entendimento esposado por Hugo Mazilli (2015, p. 291): “Como o art. 80 do CDC é norma processual, admite aplicação analógica. Assim será possível que, em caso de inércia do Ministério Público na área penal, os colegitimados ativos do art. 5º da LACP ajuízem ação penal privada subsidiária, pela prática de crime que viole interesses transindividuais, mesmo que esta violação não envolva relação de consumo (lesão ao meio ambiente, ao patrimônio cultural, a interesses de pessoas com deficiência, idosos, crianças e adolescentes, etc.)”. No mesmo sentido é a lição de Renato Silveira (2003, p. 178): “Como se trata de norma processual, surgem, mesmo, posições afirmando pela possibilidade do uso da analogia, por onde seria de se admitir que, havendo lesão a interesse transindividual de qualquer ordem, mesmo que não relativa a consumidores, caberia a intervenção de entes coletivos como assistentes ou co-legitimados ativos. A mesma posição é defendida para a assistência a ser dada ao Ministério Público, cabível a entes representativos da coletividade, nos moldes do art. 268 do CPP”.

definida pelo ordenamento jurídico, tudo indica que o ideal seria que a aplicação se desse através do método de interpretação sistemática, posto que o sistema (ordenamento jurídico) autoriza a ação penal subsidiária nos crimes que visam a tutela de interesses difusos, estando os legitimados identificados pelo art. 80 do CDC (parte integrante do sistema jurídico processual brasileiro)²⁶⁸.

Os interesses difusos também estão presentes no interesse público que rege a necessidade da proteção penal do meio ambiente natural, contudo, como não há uma definida situação subjetiva a ser assegurada, já que a ninguém isoladamente pertence o direito à natureza ou ao equilíbrio ecológico, a relação jurídica se formará com base em circunstâncias de fato, conjunturais, que reclamam da ordem jurídica mecanismos processuais aptos para a sua efetiva instrumentalidade, exigindo dos juristas modernos que o processo penal seja repensado para que seus institutos sejam capazes de absorver as novas realidades sociais²⁶⁹.

Devidamente definidos através do ordenamento jurídico os legitimados extraordinários para o oferecimento da ação penal subsidiária nos crimes contra o meio ambiente natural, percebe-se que a condição de “justa parte” não se restringe apenas na referência legislativa de “quem” pode exigir a tutela jurisdicional para a proteção penal do meio ambiente²⁷⁰. Com efeito, a legitimidade de agir no caso do meio ambiente natural não pode ser

²⁶⁸ “O método lógico-sistemático visa justamente a resolver esses dois problemas e a manter a integridade e coerência da legislação, na medida em que exige uma interpretação de cada norma particular em conjunto com o todo do ordenamento. No caso da lacuna, a metodologia lógico-sistemática visará a encontrar uma norma no ordenamento que a preencha sob uma ótica pragmática. Já na antinomia, a metodologia avaliará as leis incompatíveis e excluirá uma delas” (MAZZOTI, 2010, p. 60).

²⁶⁹ A ausência de subjetividade na tutela jurídica de bens jurídicos supraindividuais, entre os quais está o meio ambiente, é muito bem trabalhada na reflexão de Caio Tácito: “Em verdade, não há nos chamados *direitos difusos* uma definida situação subjetiva a ser assegurada. A ninguém especificamente pertence o direito à natureza, ao equilíbrio ecológico, à regularidade do consumo, à preservação de bens históricos ou artísticos, ao planejamento urbanístico, ou à produtividade do solo rural. Todavia, é inegável que a violação de tais valores da sociedade é nociva a cada qual de seus membros que venha a sofrer os efeitos danosos. A ordem jurídica não pode ficar indiferente ao desafio de tais ilegalidades, cuja potencialidade é exacerbada pela tecnologia e a massificação da vida” (TÁCITO *apud* MANCUSO, 2013, p. 155).

²⁷⁰ Segundo Édis Milaré (2013, p. 1437): “[...] no que se refere à tutela do meio ambiente, a liberalização dos mecanismos de legitimação *ad causam* foi uma das grandes inovações introduzidas pela Lei 7.347/1985, que rompeu com o princípio tradicional da obrigatoria coincidência entre os sujeitos da relação jurídico-material controvertida e os sujeitos do processo. De fato, além de conferi-la ao Ministério Público (que já a tinha desde a Lei 6.938/1981), estendeu-a também a outras entidades públicas e privadas, entre as quais merece relevo lembrar as associações que tenham um mínimo de representatividade”.

encontrada a partir da relação de titularidade entre autor e pretensão, uma vez que seus titulares são indeterminados e seu objeto é fluído, mas sim “com base na aptidão ou idoneidade do portador desses interesses em representá-los adequadamente” (MANCUSO, 2013, p. 186).

Sendo assim, além da previsão legal ou do ordenamento jurídico daqueles que podem promover a ação penal subsidiária nos crimes ambientais, indicando “quem” tem o poder de agir; a legitimidade daquelas figuras elencadas nos incisos III e IV do art. 82 do CDC também deve ser verificada através da análise dos pressupostos relativos à representação adequada e à pertinência temática.

O pressuposto da “representação adequada” do portador do interesse difuso foi expressamente previsto na PL 3.034/84²⁷¹, que seria o embrião da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), porém tal terminologia não foi incluída no texto final da lei que regula a ação civil pública, a qual, embora não faça menção ao termo, impõe alguns quesitos que devem ser preenchidos para poder agir, que seriam: I - estar constituída há pelo menos 01 ano nos termos da lei civil (art. 5º, V, “a”, da Lei 7.347/85); e II - incluir entre as suas finalidades institucionais a proteção do meio ambiente (art. 5º, V, “b”, da Lei 3.347/85).

Para Leonel (2013, p. 168), a adequação da representação pelo legitimado (ou parte ideológica) não é um mero requisito formal no processo coletivo, mas sim um “pressuposto de efetividade da tutela coletiva”, já que possibilita o respeito às garantias constitucionais do processo, pois, com adequação da representação “o autor se apresenta em juízo como portador dos interesses de classe, grupo ou categoria, ostentando efetivamente condições de representa-los de forma aceitável”. Sendo assim, se a representatividade adequada não substitui as garantias constitucionais do processo, assegura, por via transversal, a sua efetiva presença, mormente no que se refere aos titulares ausentes que foram representados em juízo²⁷².

²⁷¹ Mancuso (2013, p. 213) esclarece que embora a fórmula da “representatividade adequada” estivesse presente na PL 3.034/1984, “dos debates que se seguiram, porém, resultaram alterações no texto final, e a lei afinal promulgada (Lei 7.347/1985) ampliou o prazo em questão para um ano e não reteve a fórmula da ‘representatividade adequada’ (v. art. 5º)”.

²⁷² Ada Pellegrinni Grinover afirma que “o que vale frisar é que, assim como repugna às garantias constitucionais a sujeição, *ex post*, ao julgado de terceiros que permanecem estranhos ao contraditório, coaduna-se com elas a ideia de ‘representatividade adequada’ dos interesses da categoria por parte de pessoas e sobretudo de entes exponenciais. Não só porque reconhece que o esquema ‘representativo’

Quanto à pertinência temática²⁷³ a, este pressuposto é verificável através da exigência da inclusão da proteção do meio ambiente entre as finalidades institucionais da associação. Essa exigência se dá em razão da necessidade de pertinência entre o interesse do legitimado pelo legislador e o objeto da ação proposta em juízo, por isso, é salutar que a representação será adequada quando determinada associação civil se destinar, institucionalmente, à defesa do meio ambiente, tendo, portanto, estofamento moral e técnico para promover a tutela coletiva²⁷⁴.

Muito se discute se há necessidade de verificação do pressuposto da pertinência temática na atuação dos entes públicos legitimados pelo art. 82, III, do CDC. Tendo em vista a natureza pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios, bem como das autarquias, fundações públicas, empresas públicas ou sociedades de economia mista, é presumível que sua atuação esteja amparada pela existência de interesse material; entretanto faz-se necessária a verificação da pertinência temática entre “a atuação do legitimado e a hipótese concretamente considerada”, uma vez que devem ser consideradas as peculiaridades da própria existência de cada ente, os limites da sua atuação e as suas finalidades institucionais²⁷⁵.

é o mais idôneo para assegurar aos interessados a melhor defesa judiciária; mas sobretudo porque a orientação dominante é francamente no sentido da compatibilidade entre o ‘devido processo legal’ e as técnicas dos limites subjetivos da coisa julgada nas ações coletivas” (GRINOVER *apud* LEONEL, 2013, p. 169).

²⁷³ Segundo Didier (2005, p. 267) o STF atribuiu o nome de “pertinência temática” a necessidade da existência de um vínculo de afinidade temática entre o legitimado e o objeto litigioso, sendo suscitado no julgamento da Ação direta de inconstitucionalidade nº 2482/MG que não reconheceu a legitimada ativa da Confederação Nacional das Profissões Liberais em matéria relacionada aos notários e registradores, momento em que a Suprema Corte afirmou: “Sendo a pertinência temática requisito implícito da legitimação, entre outros, das Confederações e entidades de classe, e requisito que não decorreu de disposição legal, mas de interpretação que esta Corte fez diretamente do texto constitucional, esse requisito persiste não obstante ter sido vetado o parágrafo único do artigo 2º da Lei 9.868, de 10.11.99”.

²⁷⁴ Sobre a importância da representação adequada como forma de evitar o desvirtuamento das demandas coletivas, destaca Leonel (2013, p. 170), que, pela pertinência temática, “evita-se, *v.g.*, o ajuizamento de ações temerárias, sem fundamento razoável, por entidades que não tenham estofamento moral ou técnico para promover a defesa coletiva em juízo e proponham a ação por motivos simplesmente políticos ou emulatórios”.

²⁷⁵ Leonel (2013, p. 164) esclarece a questão ao utilizar como exemplo os Municípios, os quais, embora sejam constitucionalmente habilitados para promover a defesa em juízo de interesses difusos relacionados ao meio ambiente (art. 23, VI, da CF/88), resta “presumível seu interesse concreto em atuar, não havendo necessidade de demonstrar pertinência entre sua legitimação e o objeto da tutela. Entretanto, somente poderá fazê-lo dentro do âmbito material e geográfico de suas competências constitucionais. Está habilitado a promover a demanda coletiva para a defesa dos atos que ocasionem danos a rios, florestas, parques situados na sua própria área territorial, mas não em outro Município. Salvo se o dano não for exclusivo àquele ente (*v.g.* o dano regional), caso em que o equacionamento do problema poderá ser diverso, dependendo de outras regras relacionadas à competência e à prevenção”. Debruçando-se, ainda, sobre o problema, Leonel (2013, p. 166) explica que “uma autarquia ou fundação pública é legitimada, presumindo-se o respectivo interesse concreto pela sua natureza ‘pública’.

Por fim, uma vez compreendidos que a adequação da representação e a pertinência temática constituem pressupostos fundamentais para a legitimação coletiva, resta saber se tais critérios estão sujeitos ao controle judicial.

Segundo Didier (2005, p. 265/266), há autores que sustentam que, no Brasil, não há espaço para o controle judicial da legitimação coletiva. Assim sendo, não poderia o magistrado afirmar que um ente legalmente legitimado não tem o direito de conduzir o processo em determinado caso, posto que haveria uma presunção absoluta, oriunda da lei, daqueles considerados “representantes adequados”. Para outros, não basta a previsão legal da legitimação, uma vez que não é razoável que um entidade seja considerada legitimada sem a devida apreciação das suas peculiaridades institucionais, sendo, portanto, dever do juiz verificar se o legitimado coletivo reúne os atributos que o tornem o representante adequado para a condução do processo específico sobre sua análise. Esses atributos seriam analisados por critérios gerais, mas “sempre à luz da situação jurídica litigiosa deduzida em juízo”.

Alguns dos critérios que deveriam ser verificados pelo magistrado no controle judicial da representação adequada estão previstos no art. 2º, § 2º, do Código Modelo de Processo Coletivo para Ibero-América, o qual prevê: a) a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado; b) seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe; c) sua conduta em outros processos coletivos; d) sua capacidade financeira para a condução do processo coletivo; e) a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda; f) o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe²⁷⁶ (DIDIER, 2005, p. 268).

Entretanto, deve haver nexos entre o fundamento da demanda coletiva e a natureza, características, ou ramo de atuação daquela entidade. A princípio, não é possível que determinada autarquia da área do ensino público proponha demanda relacionada ao consumo, mas sim questões ligadas ao próprio ensino. Não é viável que certa fundação pública ligada a pesquisas na área da saúde e medicamentos demande com relação a interesses, exclusivamente, do meio ambiente”.

²⁷⁶ “O Código Modelo de Processo Coletivo é um projeto do Instituto Ibero-americano de Direito Processual. Foi elaborado por uma comissão composta pelos seguintes juristas: Ada Pellegrini Grinover, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Anibal Quiroga Leon, Antonio Gidi, Enrique M. Falcon,

A opção da possibilidade do controle judicial da representatividade adequada nos parece ser a mais correta, sendo, inclusive, verificada sua permissão no § 4º, do art. 5º, da Lei 7.347/85, ao dispor que o requisito da pré-constituição da associação “poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido”, denotando que este critério legal pode ser relativizado pela circunstância de fato apresentada no processo.

No que tocante ao processo penal, uma vez reconhecida a “escolha política”²⁷⁷ pela legitimação coletiva para a proteção jurídica do meio ambiente natural, a qual se dará no âmbito penal por meio da analogia (art. 3º do CPP) ou por meio de interpretação sistemática²⁷⁸ (art. 18 da Lei 13.105/2015) do art. 80 do CDC, que identifica como legitimados extraordinários coletivos para o oferecimento da ação penal subsidiária os entes públicos previstos no art. 82, III, do CDC (e art. 5º, II e III, da Lei 7.347/85) e as associações legalmente constituídas há pelo menos 1 (um) ano e que esteja incluída em sua finalidade institucional a proteção do meio ambiente (art. 82, IV, do CDC; art. 5º, IV, “a” e “b”, da Lei 7.347/85), não vislumbramos obstáculos para a possibilidade do controle judicial da representatividade adequada e da pertinência temática, o qual será feito com base no art. 395, II, do CPP, posto que são verdadeiros pressupostos da legitimação coletiva.

José Luiz Vázquez Sotelo, Kazuo Watanabe, Ramiro Bejarano Guzmán, Roberto Berizonce e Sergio Artavia” (DIDIER, 2013, p. 268). Previsão idêntica à proposta do referido código, encontra-se inserida no art. 20, § 1º, do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, elaborado por Ada Pellegrini Grinover.

²⁷⁷ A doutrina opções no que se refere à outorga da legitimação para agir nos interesse supraindividuais. Leonel (2013, p. 152) entende que “a determinação para a legitimação de agir é antes um problema técnico-jurídico do que uma questão de política legislativa”. Por outro lado, Mancuso (2013, p. 208) afirma que, “em última análise, a outorga da legitimação para agir nos interesses supraindividuais reveste-se sempre de um caráter político, uma ‘escolha política’, ainda que sob as vestes do tecnicismo jurídico”. Reputamos que essa última posição retrata mais fielmente a questão da outorga da legitimação no direito processual, sendo, nesse mesmo sentido, valiosa a lição de Joselita Napomuceno Borba: “a transcendência política conduz o direito de associação a perder o caráter de direito individual absoluto, sujeitando-se à regulação indispensável à convivência harmônica e pacífica com todas as garantias individuais e coletivas do conjunto da sociedade democrática” (BORBA *apud* MANCUSO, 2013, p. 208).

²⁷⁸ “É a interpretação lógico-sistemática instrumento poderosíssimo com que averiguar a mudança de significado por que passam velhas normas jurídicas. Sua atenção recai sobre a norma jurídica, tomando em conta, como já evidenciava Enneccerus, ‘a íntima conexão do preceito, do lugar em que se acha e da sua relação com os demais preceitos’, até alcançar ‘o laço que une todas as regras e instituições num todo coerente” (BONAVIDES, 1997, p. 405).

Por tudo que foi até agora apresentado, verifica-se que o reconhecimento da legitimação extraordinária coletiva no processo penal brasileiro é uma possibilidade sistematicamente viável para a questão da tutela penal do meio ambiente natural, sendo válido, portanto, adentrarmos nas particularidades dos ritos procedimentais que conduzem o processamento dos crimes contra a natureza, para verificar a real operacionalidade da ação penal subsidiária nesses casos.

Inicialmente, cumpre destacar que a lei dos crimes ambientais (Lei 9.605/98) não prevê nenhum procedimento especial para os crimes contra a fauna e a flora, os quais, por expressa determinação dos arts. 79 da Lei 9.605/98 e 394, § 2º, do CPP, terão seus procedimentos definidos através da pena máxima fixada pelo legislador, dividindo-se entre o procedimento comum ordinário, sumário e sumaríssimo (art. 394, § 1º, do CPP).

Analisando as penas estabelecidas para os crimes contra o meio ambiente natural (Seções I, II e III, do Capítulo V, da Lei 9.605/98), verifica-se que 06 (seis) condutas serão processadas e julgadas pelo procedimento ordinário (arts. 35; 40; 41; 50-A; 54; 56 e 61 da Lei 9.605/98) e 07 (sete) condutas pelo procedimento sumário (arts. 30; 33; 34; 38; 38-A, 39; e 42 da Lei 9.605/98). Sendo assim, percebe-se que a imensa maioria dos crimes contra o meio ambiente natural são infrações de menor potencial ofensivo, posto que 18 (dezoito) condutas (arts. 29; 31; 32; 38, parágrafo único; 41, parágrafo único; 44; 45; 46; 47; 48; 49; 50; 51; 52; 54, §1º; 55; 56, § 3º; e 60, todos da Lei 9.605/98) serão submetidas ao procedimento sumaríssimo previsto na Lei 9.099/95 (juizados criminais estaduais) e na Lei 10.259/2001 (juizados criminais federais), ambas sujeitas as alterações trazidas pela Lei 11.313/2006.

Como a ação penal (privada) subsidiária nos crimes ambientais se dá por meio da “queixa subsidiária”²⁷⁹, a qual funciona, nesse caso, como peça

²⁷⁹ Alexandre Schott reputa que é completamente inadequado o termo “queixa subsidiária” para se denominar a peça inicial ofertada pelo ofendido (ou pelos legitimados extraordinários coletivos do art. 80 do CDC) na ação penal subsidiária, uma vez que, como fora demonstrado, não se trata de uma ação penal privada, mas sim de uma ação penal pública que não oferecida pelo órgão oficial dentro do prazo legal, pelo que, no seu entender, deveria trata-se de uma “denúncia subsidiária”. Em suas palavras: “Na ação penal subsidiária, não há qualquer sentido falar de queixa subsidiária, pois aqui a ação penal é pública e não privada, ou seja, a ação penal é aquela mesma que deveria ter sido promovida pelo órgão oficialmente incumbido desta tarefa e não aquela cuja titularidade é exclusiva do ofendido. Como a ação penal pública é iniciada por *denúncia*, trata-se aqui de *denúncia subsidiária*, ou seja, é aquela mesma que deveria ter sido oferecida pelo Ministério Público e não o foi por inércia sua, que por iniciativa da

inicial do processo, nossa análise se irá se direcionar para esse momento específico do procedimento.

Nos procedimentos ordinário e sumário, os crimes sob sua competência são passíveis de instauração de inquérito policial (art. 5º do CPP), e, por se tratar de crime contra o meio ambiente, também é passível de instauração de inquérito civil (art. 129, III, da Cf/88 e art. 8º, § 1º, da Lei 7.347/85), que, igualmente, poderá oferecer elementos informativos que justifiquem, de imediato, a propositura da ação penal, ficando dispensada a instauração de inquérito policial (arts. 12; 39, § 5º e 46, § 1º, todos do CPP).

Na hipótese dos crimes processados pelo procedimento comum ordinário e sumário, teremos duas situações concretas que incidem sobre a viabilidade de operacionalização da ação penal subsidiária.

A primeira se dará no caso de instauração de inquérito policial, já que, nesse caso, após a elaboração do relatório pela autoridade policial, deverá o inquérito ser encaminhado para o juiz competente²⁸⁰ (art. 10, § 1º; art. 23, ambos do CPP). Nessa hipótese, acreditamos que os legitimados extraordinários coletivos poderão, junto à secretária judiciária, ter ciência da data em os referidos autos foram recebidos pelo Ministério Público, a qual funcionará como marco inicial para a contagem do prazo para o oferecimento da denúncia, previsto no art. 46 do CPP²⁸¹. Embora esta seja a opção viável

vítima toma e ocupa seu lugar para dar início à ação penal pública” (SCHOTT, 2008, p. 219). Vale destacar, porém, que Schott (2008, p. 224) entende que, por força do princípio da institucionalização do conflito, uma vez ofertada a ação penal subsidiária pela vítima, deveria o Ministério Público conduzir a ação penal, pois, “uma vez suprida a deficiência não há razão para que prossiga na condução da ação penal, em razão do ônus que a própria vítima tem que suportar, como da maior garantia para o acusado e para os fins do sistema penal”. Nesse ponto, particularmente, entendemos que essa opção não foi agasalhada pelo art. 29 do CPP, o qual garante que o Ministério Público, além de aditar e repudiar a queixa, bem como oferecer denúncia substitutiva, deverá “intervir em todos os termos do processo”; o que denota a efetiva participação do legitimado extraordinário na ação penal.

²⁸⁰ Nesse trabalho, estamos analisando o envio do inquérito policial para a autoridade competente dentro da interpretação dada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal em 03.04.2014, que, no julgamento da ADI 2886/RJ, reconheceu a inconstitucionalidade, por vício formal, do inciso IV, do art. 5º, da Lei Complementar estadual 106/2003, e reputa que o Código de Processo Penal em vigor exige o envio dos autos de inquérito para o “juiz competente” e não diretamente para o Ministério Público, conforme se depreende do acórdão do julgamento: “[...] No entanto, apesar de o disposto no inc. IV do art. 35 da LC 106/2003 se coadunar com a exigência de maior coerência no ordenamento jurídico, a sua inconstitucionalidade formal não está afastada, pois insuscetível de superação com base em avaliações pertinentes à preferência do julgador sobre a correção da opção feita pelo legislador dentro do espaço que lhe é dado para livre conformação. Assim, o art. 35, IV, da Lei Complementar estadual nº 106/2003, é inconstitucional ante a existência de vício formal, pois extrapolada a competência suplementar delimitada no art. 24, §1º, da Constituição Federal de 1988”.

²⁸¹ Conforme orientação pacífica os Tribunais superiores, no processo penal, a contagem dos prazos processuais atinentes ao Ministério Público se dá no momento da certificação em cartório da sua intimação pessoal, o que certamente também tem aplicabilidade ao caso do art. 46 do CPP, permitindo

pela atual conjuntura normativa do Código, reputamos que o ideal seria que os legitimados extraordinários (individuais ou coletivos) da ação penal subsidiária pudessem requerer tanto a autoridade policial no curso do inquérito policial (art. 14 do CPP), quanto ao juiz (a exemplo do art. 19 do CPP), o envio de cópia dos autos do inquérito policial para o seu endereço institucional, já que sob estes ainda incide o prazo decadencial de 06 meses à que alude o art. 38 do CPP.

Vale frisar que, de acordo com o art. 8º da Lei 7.347/85, os legitimados para a propositura da ação civil pública (que são os legitimados extraordinários coletivos para o oferecimento da ação penal subsidiária), podem requerer as autoridades competentes certidões e informações que julgar necessárias, as quais serão fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias, ressalvados os casos em que lei impuser sigilo, que, nesse caso, poderá a ação principal ser oferecida sem os referidos documentos, cabendo ao juiz requisitá-los.

Percebe-se, assim, que para a proteção de interesses difusos, dentre eles o meio ambiente, o legislador optou pela valorização do direito à informação²⁸² daqueles que podem eventualmente participar diretamente do processo, sendo louvável que tal valorização também pudesse ser sentida no processo penal, mormente àquele que pretende se intitular democrático²⁸³.

A segunda hipótese se refere à possibilidade do Ministério Público ter recebido pelos legitimados extraordinários coletivos informações que comprovem a autoria e materialidade delitiva. Nesse caso, nos termos do art. 46, § 1º, do CPP, o *parquet* poderá dispensar o inquérito policial, sendo o prazo para o oferecimento da denúncia contado a partir da data do recebimento das

a interpretação de que a certificação pela secretária judiciária da entrega dos autos do inquérito policial ao Ministério Público funcionará como o marco inicial do prazo para o oferecimento da denúncia.

²⁸² Com o intuito de assegurar a efetividade do acesso à informação, foi instituída a Lei 12.527/2011, que, dentre outras providências garante acesso a informações dos órgãos públicos integrantes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como o Ministério Público (art. 1º, parágrafo único, inciso I), os quais tem o dever de promover a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas (art. 8º).

²⁸³ No que se refere ao direito de informação no processo penal, um pequeno avanço pode ser sentido com a recente promulgação da Lei 13.245/2016, que concedeu aos advogados, através da alteração do inciso XIV, do art. 7º, do Estatuto da OAB, o direito de “examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital”. Como tal dispositivo trata-se, na verdade, de uma prerrogativa da advocacia, e não um direito do acusado, entendemos que ele pode ser invocado também pelo mandatário das associações civis quando da busca por informações que justifiquem o oferecimento de uma eventual ação penal subsidiária.

informações. Notadamente, o referido comando normativo não impõe ao Ministério Público o dever de oferecer imediatamente a denúncia, mas sim de analisar a sua possibilidade, podendo, entretanto, entender pela requisição da instauração do inquérito. Contudo, como a lei não estabelece um prazo para a requisição do inquérito policial, entendemos que deve ser aplicado ao caso o prazo previsto no caput do art. 46 do CPP, o qual deverá ser contado da entrega das informações (art. 46, § 1º, do CPP), assim, uma vez configurada a inércia, seja pelo não oferecimento da denúncia, seja pela não requisição do inquérito policial, surgirá a possibilidade de oferecimento da ação penal subsidiária.

Quanto aos crimes processados pelo procedimento sumaríssimo, *a priori*, deve ser ressaltado que a lei dos crimes ambientais (Lei 9.605/98) trouxe algumas alterações as infrações ambientais sujeitas aos juizados especiais, tais como: a transação penal (art. 76 da Lei 9.099/95) está condicionada a prévia composição do dano ambiental, salvo em caso de comprovada impossibilidade (art. 27 da Lei 9.605/98); e a declaração de extinção da punibilidade pela suspensão condicional do processo (art. 89, § 5º, da Lei 9.099/95) dependerá de laudo de constatação de reparação do dano ambiental (art. 28, I, da Lei 9.605/98), sendo que, caso o laudo de constatação comprove que a reparação não foi completa, o prazo máximo da suspensão (4 anos) pode ser acrescido de mais 1 (um) ano, com a devida suspensão da prescrição (art. 28, II, da Lei 9.605/98)²⁸⁴.

Nota-se, portanto, que a composição do dano ambiental é um fator determinante para a aplicação dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo nos juizados especiais criminais em matéria ambiental, pois, nesse caso, a proposta do Ministério Público está condicionada a efetiva reparação do dano ambiental. Importante lembrar que a suspensão condicional do processo pode ser aplicada a todo e qualquer crime cuja pena mínima seja igual ou inferior a 1 (um) ano, sendo, portanto, aplicável aos crimes afeitos aos procedimentos ordinário e sumário.

²⁸⁴ Como a suspensão condicional do processo somente se dará após o oferecimento da denúncia, não é pertinente qualquer debate sobre a viabilidade da ação penal subsidiária, posto que não houve inércia do *parquet*. Sendo assim, por fugir ao objeto de estudo deste trabalho, não iremos nos debruçar sobre questões atinentes a operacionalidade deste instituto processual.

A viabilidade da ação penal subsidiária nos crimes ambientais processados pelo procedimento sumaríssimo necessita de maior atenção, posto que tal procedimento possui uma fase preliminar antes do oferecimento da denúncia (Seção II da Lei 9.099/95), que deve ser observada cuidadosamente para se identificar qual momento poderá ser intentada a ação penal subsidiária, a qual poderá contribuir com a efetividade do procedimento sumaríssimo na questão ambiental.

Com base no art. 69 da Lei 9.099/95, quando a autoridade policial tomar conhecimento de um crime ambiental, que seja considerado por lei uma infração de menor potencial ofensivo (art. 61 da Lei 9.099/95), deverá lavrar o termo circunstanciado de ocorrência que será encaminhado para o juizado especial criminal, o qual designará dia e hora para audiência preliminar (art. 70 da Lei 9.099/95).

Em que pese o art. 70 da Lei 9.099/95 determinar que a vítima deve ser cientificada da audiência preliminar por comparecimento, é certo que nos crimes ambientais, cuja vítima é a coletividade como um todo, não é possível a participação da vítima neste momento do procedimento, nem tão pouco que seja cientificado um ou todos os colegitimados do art. 5º da Lei 7.347/85, posto a finalidade a que se destina a audiência preliminar, estando a sociedade, neste ato, representada pelo Ministério Público. Entretanto, o fato dos legitimados extraordinários coletivos da ação penal subsidiária não serem notificados para a audiência preliminar não afasta a possibilidade do exercício do controle externo da ação penal pública nesses casos.

Com efeito, não sendo oferecida a proposta de transação penal pelo Ministério Público, este deverá oferecer denúncia oral ainda na audiência preliminar (art. 77, da Lei 9.099/95), o que, de pronto, inviabiliza a possibilidade do oferecimento da ação penal subsidiária, porém, podem ocorrer duas situações que podem conduzir a abertura da legitimação extraordinária.

A primeira seria o caso do Ministério Público não oferecer a denúncia oralmente, por entender ser necessária a realização de diligências imprescindíveis (art. 77, da Lei 9.099/95). Nesse contexto, uma vez realizadas e encaminhadas as diligências requisitadas pelo *parquet*, da data do seu recebimento, por interpretação extensiva do art. 46, § 1º, do CPP, dar-se-á

início ao prazo para oferecimento da denúncia, e, caso não seja cumprido, abre-se aos legitimados extraordinários coletivos a possibilidade de promover a ação penal subsidiária.

A segunda situação seria o caso de o Ministério Público propor a transação penal ao autor do fato, e este vir a aceitá-la, o que conduzirá para a sentença homologatória do juiz (art. 76, §§ 3º e 4º da Lei 9.099/95). Com a edição da súmula vinculante nº 35²⁸⁵, uma vez descumpridas as cláusulas impostas na proposta de transação penal pelo Ministério Público, abre-se a possibilidade deste oferecer denúncia ou requisitar a abertura de inquérito policial, sendo certo que a partir da intimação do Ministério Público do descumprimento da transação, inicia-se a contagem do prazo do art. 46 do CPP, e, em caso de inércia, surge a viabilidade do exercício da legitimação extraordinária coletiva para a promoção da ação penal subsidiária.

Como a lei não determina a comunicação dos legitimados extraordinários em caso de descumprimento das cláusulas da transação penal, nada obsta, ao nosso sentir, que em matéria ambiental, os legitimados extraordinários coletivos, com base no art. 8º da Lei 7.347/85 e nos arts. 1º e 8º da Lei 12.527/2011, solicitem informações junto ao juízo das execuções, órgão responsável pela fiscalização das penas restritivas de direito impostas no momento da transação penal, sobre o fiel cumprimento do acordo firmado com o Ministério Público, o que, além de otimizar a participação da sociedade na fiscalização na reparação do dano ambiental, valorizar-se-á, mais uma vez, o direito à informação.

Evidentemente que as propostas aqui apresentadas não pretendem desvalorizar ou diminuir a importância do Ministério Público na ação penal pública, especialmente nos crimes ambientais. O que se pretende demonstrar é que o exercício do direito constitucional da promoção da ação penal subsidiária passa, impreterivelmente, por tais particulares procedimentais que necessitam

²⁸⁵ Com o intuito de por fim aos debates acerca da natureza da decisão que homologa a transação penal no procedimento sumaríssimo, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula vinculante nº 35 com o seguinte enunciado: “A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial”.

ser revisitadas e analisadas para que se possa visualizar o momento adequado para o controle externo do princípio da obrigatoriedade.

Ademais, a proposta aqui apresentada considerou apenas as opções processuais positivadas no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, o direito posto. Certamente que o presente estudo não tem a pretensão de esgotar todas as possibilidades da instrumentalidade do referido instituto, pelo contrário, acreditamos que novos olhares acadêmicos sobre o sistema, bem como futuras alterações legislativas serão sempre oportunas, e, inclusive, necessárias.

A ação penal subsidiária é uma garantia constitucional que convoca a sociedade a participar da tutela penal do interesse público e, por conseguinte, do interesse difuso, cuja operacionalidade perpassa obrigatoriamente pelo fortalecimento do sentimento constitucional, pois cabe à sociedade, isolada ou coletivamente considerada, ter consciência de que tal instituto é um instrumento que lhe pertence e que deve ser usado, sobretudo nos crimes ambientais, onde há uma verdadeira convocação da nação, a qual deve participar efetivamente da proteção deste importante direito fundamental.

Uma sociedade devidamente organizada, sabedora dos seus direitos, e consciente do seu papel no controle externo da ação penal pública, é o primeiro passo para uma democracia participativa. No entanto, tais atributos não são suficientes, deve se somar a essa conscientização o importante papel da comunidade jurídica, a qual é incumbida de visitar, constantemente, os institutos processuais do ordenamento jurídico, adequando-os à realidade social e suas necessidades. Assim sendo, quem sabe um dia a ação penal subsidiária deixe de ser uma *avis rara* do direito processual brasileiro.

6 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou comprovar a viabilidade da ação penal subsidiária nos crimes contra o meio ambiente natural, apontando a ideia de que a positivação de crimes que tutelam bens jurídicos supraindividuais relacionados a interesses difusos exigem do Direito processual penal uma revisitação dos seus institutos a fim de adequá-los as novas realidades tuteladas pelo Direito penal.

Para tanto, vimos que a partir do momento em que o homem e sua relação com o meio passaram a ser objeto de reflexão existe, por sua natureza gregária, uma necessidade de se conviver em sociedade, que culminou na constatação filosófica aristotélica-tomista de que o homem é um animal político e social, cabendo ao Direito, naquele momento natural (cosmológico e divino), a tarefa de preservar a ordem social através do reconhecimento dos valores fundamentais da comunidade.

O reconhecimento da razão humana como ordenador dos deveres, e proposta de separação entre o “ser” e o “dever-ser”, inaugurou um novo olhar político sobre o papel do Direito na sociedade, que alcançou o seu ápice através da filosofia política iluminista e suas inúmeras teorias sobre o contrato social, posto que, para a racionalidade iluminista, a legitimidade das prescrições do legislador não estava em sua correspondência com um direito inquestionavelmente justo de caráter suprapositivo, mas sim na demonstração da justiça das suas escolhas por seu próprio conteúdo, instituindo-se, assim, que a legitimidade do poder do Estado deriva das pessoas que estão submetidas à relação social, que deixa de ser um “estado de natureza” para se tornar um “estado jurídico”, onde o cidadão adulto (capaz de conhecimento) renuncia a uma parte da sua liberdade natural para poder conviver em liberdade com outros cidadãos que, igualmente, renunciaram a uma parcela de suas liberdades.

É com a superação do direito natural e, conseqüentemente, da ideia de Estado como um ente moral (visão aristotélica) ou como instrumento de interpretação e aplicação da vontade divina (visão tomista), que se reconhece

a relevância do Estado como uma “criação artificial”, cujo objetivo primordialmente é regular a ordem social. Tal finalidade não se dá por ser o homem autodestrutivo (visão hobbesiana), mas por estar o Estado legitimado a organizar politicamente uma pequena parcela das liberdades individuais (visão lockesiana), que lhe foi conferida através de um contrato social condicionante e orientado pela vontade geral do povo (visão rosseniana), o qual vincula a sua existência fática a promoção e garantia de dois princípios fundamentais: a liberdade e a igualdade no convívio social (ideais iluministas).

Notadamente é sobre esse “postulado da razão” contratualista que se firma a necessidade do controle social estatal das expectativas comportamentais, e, dentre elas, aquelas com consequências penais, que serão tutelados formalmente pelo Direito penal e instrumentalizadas pelo Direito processual penal, pois todo controle social se assenta no trinômio fundamental: “Norma, Sanção e Processo”, o qual não é uma exclusividade do sistema penal, mas sim de toda instância de controle social, já que em toda forma de controle (família, escola, trabalho, religião, associações, etc.) existe uma regra (norma social) que, quando é violada, implica uma consequência (sanção), cuja aplicação sempre se estabelecerá mediante um processo (social ou jurídico), que irá derivar do exercício do Direito de ação.

É sobre essa visão garantista penal, enquanto parâmetro de racionalidade, de justiça e de legitimidade da intervenção punitiva, que o Direito penal assume a sua missão de proteção de bens jurídicos, sendo estes compreendidos como os interesses fundamentais de uma determinada sociedade cuja proteção é necessária para o desenvolvimento do homem em sociedade, sendo, sobre essa perspectiva individualista e antropocêntrica que se firmou o que Hassemer denominou de Direito penal “clássico”.

O Direito penal clássico inicialmente foi desenvolvido para servir de instrumento de proteção de direitos subjetivos, que posteriormente viriam a ser chamados de bens jurídicos; e de garantia para a liberdade dos cidadãos através da intervenção estatal. Como não poderia deixar de ser, o Direito penal “clássico” é um conglomerado de correntes filosóficas que influenciaram na concepção do seu objeto de atuação, sendo certo que a construção do conceito de bem jurídico também é um somatório destas correntes conceituais,

as quais, no curso da história, tentaram defini-lo e delimitá-lo de acordo com as convicções de suas épocas.

Como visto, o conceito e o alcance da esfera de proteção do bem jurídico-penal podem ser divididos, cronologicamente, em quatro correntes conceituais: uma positivista, uma neokantista, uma ontológica e uma funcionalista, as quais demonstram que a criação do bem jurídico não é uma elaboração puramente jurídica, mas, sobretudo, fruto do contexto político e econômico de determinada época.

É baseada nesta dualidade Estado/Indivíduo que se constrói a estruturação do Direito penal como Direito Público, bem como a ideia de que o dever da norma penal se destina, exclusivamente, a limitação do poder punitivo estatal, através da compreensão de que todo crime, ainda que seja de interesse público, atinge o cidadão, direta ou indiretamente, em sua esfera pessoal, configurando-se, assim, um modelo de Estado Liberal.

Por outro lado, com o advento de relevantes mudanças sociais e políticas oriundas de fatores econômicos decorrentes do avanço industrial e tecnológico que findou no reconhecimento da “sociedade de risco”, iniciou-se, a partir das décadas de 60 e 70, uma série de reformas penais que expandiram a esfera de proteção do controle social penal do Estado, inaugurando-se novas tendências que Hassemer denominou de Direito penal “moderno”.

Estes fatores sociais são expressões da crise do modelo do Estado de bem-estar, que culminaram em uma sociedade extremamente competitiva, com altos índices de desemprego e com sérios problemas de “vertebração interna”, já que o indivíduo não consegue, moralmente, saber se sua conduta, diante da norma imposta, é certa ou errada. A complexidade da sociedade pós-industrial conduzem os conflitos sociais à outra dimensão, que é a “criminalidade de massa”, onde o próprio indivíduo é tido como um risco, causando-se, assim, um sentimento geral de insegurança (sociedade do medo).

Partindo de uma concepção positivista clássica, o perigo é conceituado como uma construção da subjetividade do ser humano, que poderia ser evitado através do conhecimento absoluto das conexões naturais entre causas e efeitos que resolveriam o problema do perigo. Porém, com a constatação científica de que não há regularidade entre causas e efeito na natureza, como

pretendia o positivismo, o perigo é deslocado do campo do subjetivo para uma realidade objetiva, onde, por possuir conteúdo real, externo ao ser humano, pode ser medido e quantificado, o que o torna uma situação fática que permite caracterizar o risco como uma situação que antecede o perigo, e sendo o Direito penal e seus institutos mecanismos de controle social, o risco passe a ser considerado um elemento nuclear da organização social contemporânea.

Com efeito, o perigo e o risco sempre estiveram presentes na atividade humana, entretanto eram tidos como elementos alheios à ordem social, pois o cotidiano não exigia constantes avaliações de riscos, posto que estes eram caracterizados pela pessoalidade, pela regionalidade, pela concretude e pela facilidade de medição ou previsão. No entanto, os conflitos de interesses econômicos, políticos e sociais, exigem que ao mesmo tempo em que se deve enaltecer e incentivar o desenvolvimento tecnológico acelerado e dinâmico, também se deve aplicar e aprimorar instrumentos que visem a redução desse mesmo desenvolvimento, no intuito de reduzir os riscos a ele atrelados, o que ressalta a necessidade da criação de mecanismos de “gerenciamento dos riscos”.

A necessidade de gerenciamento dos riscos também é sentida pela esfera jurídica, e o Direito penal, por ser um instrumento formal de controle social, também é afetado pela complexidade do manejo dos riscos da sociedade contemporânea, o qual passa a ser utilizado pelo gerente de riscos (legislador) como meio de concretização de medidas restritivas, sendo fundamental que se identifique as condutas proibitivas que serão passíveis de incidência de “regras de prevenção” (cuja periculosidade encontra-se comprovada e são passíveis de ameaças e sanções mais graves), e aquelas sobre as quais devem incidir as “regras de precaução” (onde não há comprovação de periculosidade, devendo a proteção ser exercida com sanções mais brandas), para com isso não haver uma tutela penal desproporcional das atividades sociais.

É através desse “paradoxo do risco”, caracterizado pela contingência perene entre a necessidade de modernização das tecnologias para o conforto da sociedade e a necessidade de proteger, a própria sociedade, das consequências, conhecidas e desconhecidas, destas atividades, que o risco

passa a ser tido como o elemento central da organização social contemporânea, tornando-se um fator determinante da política criminal que irá se incorporar no Direito penal através da forte presença de tipos penais de perigo abstrato, da normatização dos nexos causais pela teoria da imputação objetiva, bem como pela criação de bens jurídicos difusos ou coletivos (supraindividuais).

O funcionalismo penal defende que o Direito penal tem o objetivo de preservar o funcionamento do modelo social no qual ele é criado, e, por isso os princípios e os valores formadores do modelo político de Estado, que garantem a funcionalidade das relações nele desenvolvidas, é o objeto da tutela dos instrumentos de controle social na modernidade. Sendo assim, os institutos que compõem o sistema penal, como ação, a relação de causalidade, os critérios de imputação, o conteúdo do dolo, da antijuridicidade, da culpabilidade, e suas respectivas injunções e reflexos nos institutos que instrumentalizam o processo penal, não são conceitos fechados e absolutos, que se aplicam ao caso concreto por meio de uma mera operação lógico-formal, devendo, na verdade, serem construídos e interpretados de acordo com a finalidade de manter a estabilidade da organização social sobre a qual se projetam.

Entretanto, mesmo diante das novas realidades sociais impostas ao Direito penal, o bem jurídico, seja ele individual ou supraindividual, ainda permanece como o centro da estrutura dogmática na construção da norma, e cumpre três funções essenciais: a função dogmática, porque a transgressão da norma se explica como lesão ou colocação de perigo de interesses tutelados em lei; a função sistemática, que se traduz no uso do bem jurídico por referência, possibilitando a proporcionalidade das penas através da comparação dos bens atingidos pelo crime e o valor dado a esse bem dentro do sistema; e a função interpretativa, por ser de onde se inicia o labor exegético, sendo a tarefa da hermenêutica jurídico-penal moderna, reinterpretar as categorias dogmáticas pela ótica da política criminal.

É sobre essa realidade funcional que o meio ambiente natural, dentre outros interesses difusos, passa a ser objeto de gerenciamento de riscos, ante a constatação da evidente ameaça ao equilíbrio ecológico. O avanço científico

da Ecologia impõe a existência de uma “Ética ambiental”, que impõe o exercício dos bons hábitos e dos comportamentos morais, no intento de regular as relações humanas (individuais, profissionais, sociais, institucionais e políticas) com o ecossistema.

No Brasil, embora já houvesse referência ao meio ambiente natural nas Ordenações do reino do período colonial e no Código Criminal de 1930 do período pré-republicano, estas se dava exclusivamente por conta da sua condição de propriedade da nobreza e da Coroa ou por uma visão antropocêntrica pura. Sendo assim, costuma-se identificar a Declaração de Estocolmo de 1972 como o marco inicial da formação do bem jurídico ambiental, a qual evidencia a questão ambiental e exige de todos os Estados o esforço conjunto na promoção da efetiva proteção do meio ambiente, tendo em vista os comprovados riscos aos quais estão sujeitos.

Identificamos quatro marcos fundamentais que caracterizam a inclusão do meio ambiente como bem jurídico afeito ao controle social pelo ordenamento jurídico brasileiro. O primeiro seria a edição da Lei 6.938/1981, que, ao instituir a Política Nacional do Meio Ambiente, trouxe a definição legal do meio ambiente com objeto específico de proteção.

O segundo marco seria a edição da Lei 7.347/1985, que disciplinou a ação civil pública como instrumento específico e adequado para a tutela jurídica do meio ambiente e outros interesses difusos.

O terceiro marco seria a promulgação da Constituição Federal de 1988, que, ao tratar da ordem social, “esverdeou” o ordenamento jurídico brasileiro, ao dedicar um capítulo próprio ao meio ambiente que garante a todos, indistintamente, o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, que passa a ser considerado como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida (art. 225); bem como pela determinação expressa de que condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, sejam pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, além da necessária obrigação de reparação do dano ambiental (art. 225, § 3º), atribuindo-lhe, ainda, o *status* de direito fundamental em sentido formal e material.

O quarto marco seria a edição da Lei 9.605/1998, que, atendendo ao comando constitucional do art. 225, §3º, da CF/88, passa a disciplinar os crimes ambientais e suas respectivas sanções penais e administrativas.

Analisando a dignidade penal dos crimes ambientais no ordenamento jurídico, percebe-se que embora o constituinte tenha adotado uma visão antropocêntrica no *caput* do art. 225, da CF/88, ao considerar o meio ambiente ecologicamente equilibrado um bem de uso comum de povo e essencial à sadia qualidade de vida, percebe-se uma nítida tendência em se considerar o meio ambiente, também, um bem jurídico coletivo autônomo, ao determinar no art. 225, § 1º, VII, da CF/88 a proteção da “função ecológica” da fauna e da flora; bem como proteção da extinção da espécie ou a crueldade para com os animais.

Percebeu-se, portanto, que o constituinte adotou um antropocentrismo ecológico que impõe a necessidade da tutela penal tanto no âmbito material quanto processual do meio ambiente, a qual deve ser orientada por um “antropocentrismo moderado”, onde o meio ambiente será considerado um bem jurídico coletivo autônomo, porém as pessoas humanas seria o valor principal, originário e fundante. Contudo, na tutela ambiental, a pessoa humana deve ser entendida numa dimensão coletiva, o implica o acolhimento dos bens jurídicos supraindividuais como interesses de titularidade coletiva, ou seja, interesse da pessoa humana entendida como ser social, e, nessa medida, socialmente responsável.

Em consonância como o antropocentrismo ecológico adotado pela Constituição e com em respeito ao princípio da proibição de proteção deficiente (ou insuficiente), a Lei 9.605/98 sistematiza a tutela penal do meio ambiente natural através de seções destinadas aos crimes contra a fauna, a flora e a poluição, cujas sanções penais são proporcionalmente orientadas pelos princípios da prevenção e da precaução, posto que a maioria das condutas típicas são consideradas infrações de menor potencial ofensivo e, portanto, sujeitas ao procedimento previsto na Lei 9.099/95 e seus respectivos institutos processuais, tais como a transação penal e a suspensão condicional do processo, os quais, em matéria ambiental, sofreram alterações pontuais em

sua aplicação com intuito de otimizar o objetivo principal da reparação do dano ambiental.

Quanto aos aspectos processuais, a Lei 9.605/98 institui que todos os crimes ambientais serão de ação penal pública incondicionada (art. 26), e que o seu processamento se dará, subsidiariamente, através das regras contidas no Código de Processo Penal (art. 79).

Apresentada a estruturação do controle social penal do meio ambiente natural atinentes à “norma” e a “sanção”, as quais são verificadas, respectivamente, através das regras proibitivas sistematizadas pela Lei dos crimes ambientais e suas penas legais, onde se constatou que o meio ambiente ecologicamente equilibrado, enquanto direito fundamental sem seu sentido formal e material, é um interesse difuso essencial para o desenvolvimento da pessoa humana em sociedade, sendo, portanto, um bem jurídico-penal supraindividual que deve ser instrumentalizado através de institutos processuais adequados à sua realidade, o que nos remete ao último elemento da estruturação do controle social, qual seja, o processo, mais especificamente a ação penal (privada) subsidiária, que o objeto do presente estudo.

Tomando como marco os conceitos lógico-jurídicos dos três institutos fundamentais da Teoria Geral do Processo: a jurisdição, a ação e o processo; após revisitarmos os debates teóricos que tanto contribuíram para a compreensão do Direito de ação, verificamos que a ação é um direito autônomo assegurado constitucionalmente com uma garantia fundamental (art. 5º, XXXV, da CF/88), cujo exercício é condicionado à demonstração do interesse de agir e da legitimidade para estar em juízo, a qual pode se dar através da legitimação ordinária ou extraordinária.

No tocante à legitimidade *ad causam* no processo penal brasileiro, tendo em vista que a persecução criminal do crime é de interesse público, o art. 129, I, da CF/88 estabelece que compete – privativamente – ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública, sendo, portanto, o legitimado ordinário para a sua promoção. Entretanto, verifica-se através do art. 5º, LIX, da CF/88 considera uma garantia fundamental, que não se confunde com uma garantia individual, o direito à ação penal (privada) subsidiária nos casos em

que o *Parquet* não promover a ação penal pública no prazo legal, a qual se dará por meio da legitimação extraordinária.

Afora o equívoco terminológico dado ao instituto, posto que não se trata de uma ação penal privada, mas sim de uma ação penal pública cuja promoção se dará por iniciativa privada do povo, seja em sua dimensão pessoal seja em sua dimensão social, percebe-se nitidamente que o constituinte reconhece que a participação popular no processo penal não se justifica pelo interesse individual de uma eventual reparação civil pelos danos sofridos pelo delito; pelo contrário estar reconhecido o interesse público da vítima (determinada ou indeterminada) na correta aplicação da lei penal, conforme entendimentos mais recentes da doutrina especializada como também da jurisprudência dos tribunais.

Observamos que a ação penal (privada) subsidiária foi objeto de calorosos debates na doutrina brasileira os quais se encerraram com a condição de garantia fundamental que lhe foi dada pela Constituição de 1988, entretanto percebemos que não é dado ao referido instituto a devida atenção pela doutrina processual penal, ante uma evidente tendência de neutralização da vítima incompatível com a ordem constitucional estabelecida, bem como pela sociedade civil, onde há uma evidente ausência de sentimento de pertença do instituto, cujo avanço perpassa impreterivelmente pela conscientização da sociedade de que esta garantia constitucional lhe pertence e, portanto, deve ser exercitada.

Evidentemente que o Código de Processo Penal brasileiro, como reflexo do seu próprio tempo, posto que é datado de 1941, é caracterizado por sua manifesta concepção individualista, mormente no tocante a legitimação extraordinária pela ação penal subsidiária e a assistência da acusação no âmbito processual, exigindo, portanto, que seus institutos sejam revisitados para que possam atender as novas realidades sociais que estão sujeitas a sua incidência.

É diante desse contexto que tentamos responder aos questionamentos desse trabalho, que busca saber se é possível a substituição processual nos crimes contra o meio ambiente natural por meio da ação penal subsidiária; sendo possível, quem seriam os legitimados extraordinários para sua

promoção pelo ordenamento jurídico; e, por fim, definidos os legitimados, como seria a operacionalidade do referido instituto diante das particularidades de cada procedimento dos crimes contra a natureza.

Primeiramente cumpre destacar que partimos da ideia de que no momento atual da evolução processual, a visão instrumentalista traz consigo a consciência de que a importância do processo está no alcance de seus resultados e, por isso, é fundamental que seus institutos sejam “revisitados”, para que seus conceitos sejam aproveitados e adequados às “sintonias” das novas relações sociais e processuais; para tanto, entendemos que é necessário o reconhecimento de que as técnicas processuais cumprem uma importante função social e alia-se a tarefa básica dos processualistas modernas de superar as barreiras que impedem o direito à jurisdição, sendo um dos pilares do movimento de acesso à Justiça.

Assim, de acordo com a necessidade da tutela efetiva do meio ambiente exigido pela Constituição Federal de 1988, a qual impõe ao Poder Público e a coletividade o dever de proteger o equilíbrio ecológico, inclusive no âmbito penal; bem como a inegável proteção penal do meio ambiente natural sistematizada pela Lei 9.605/98, a qual, a partir de um antropocentrismo moderado, reconhece o meio ambiente como um bem jurídico supraindividual autônomo. Entendemos que é necessário que o comando constitucional: “será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal” seja interpretado de modo a admitir a legitimação extraordinária pela ação penal (privada) subsidiária seja aplicado a todos os crimes de ação penal pública, inclusive aqueles que tutelam bens jurídicos supraindividuais, como é o caso do meio ambiente.

Uma vez admitida a viabilidade da ação penal (privada) subsidiária nos crimes contra o meio ambiente natural, e sabendo que tanto o Poder Público e a coletividade estão incumbidos do dever de proteger o meio ambiente, resta saber quais entes públicos gozam de legitimidade e, no caso da coletividade, se esta deve ser entendida em sua dimensão pessoal, onde legitimidade de agir seria atribuída à qualquer pessoa do povo, individualmente considerado; ou em sua dimensão social, sendo a legitimidade atribuída aos corpos intermediários.

Para responder a essa questão, primeiramente, constatamos que houve uma importante mudança na regra de atribuição da legitimação extraordinária no ordenamento jurídico brasileiro. Com efeito, a regra esculpida no art. 6º do CPC/73, que condicionava a legitimação extraordinária à previsão em lei, foi modificada pelo art. 18 da Lei 13.105/2015 (Novo CPC), a qual passou a permitir a legitimação extraordinária quando esta estiver prevista no “ordenamento jurídico”, o qual impõe um necessário diálogo de fontes, cuja incidência no processo penal é inegável.

Tomando por base a logística processual empregada para a definição dos legitimados extraordinários nos crimes que tutelam bem jurídicos individuais (vida, integridade física, patrimônio), verificamos que nestes casos o interesse individual é utilizado como referencial para definição dos legitimados, que são o ofendido, seu representante legal ou sucessores. Sendo assim, para a definição dos legitimados extraordinários nos crimes ambientais entendemos que, a partir de um antropocentrismo moderado, deve ser utilizado o interesse difuso como referencial, que por sua indeterminabilidade, de logo, não legitimaria a promoção da ação penal (privada) subsidiária pelo o indivíduo, isoladamente considerado, posto que na tutela penal do meio ambiente este deve ser considerado em sua dimensão coletiva ou social.

Sob esse enfoque, constatamos que a legitimidade ordinária dada ao cidadão para promover a ação popular pela Lei 4.717/65 contra ato lesivo ao meio ambiente da Administração Pública, se dá em razão da sua condição de cidadão-eleitor. Desse modo, na ação popular o cidadão-eleitor não é “representante” da coletividade, e, portanto, não é considerado em sua dimensão coletiva ou social, pois na ação popular o que é exercido é um “direito subjetivo público”.

Notadamente, o legislador brasileiro, em matéria de interesse difuso, demonstrou através da edição da Lei da Ação Civil Pública que adotou uma posição intermediária, posto que não concedeu legitimidade exclusiva para o Ministério Público, nem tão pouco se baseou nas *class actions* do modelo norte americano, atribuindo legitimidade à qualquer cidadão indistintamente; preferindo legitimar a participação popular através das associações cuja finalidade institucional seja a defesa do meio ambiente.

Por outro lado, verificamos que no ordenamento jurídico brasileiro a relação de consumo, que também é um interesse difuso, foi tutelada penalmente pelo Código de Defesa do Consumidor (arts. 61 a 74), sendo previsto expressamente no art. 80 do CDC, que estão legitimados a propor ação penal subsidiária: (I) as entidades e órgãos da Administração Pública direta e indireta, ainda que sem personalidade jurídica; (II) as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa do interesse difuso específico.

Sendo assim, com base no art. 18 da Lei 13.105/2015, concluímos que os legitimados extraordinários previstos no art. 80 do CDC, com base no art. 79 da Lei 9.605/98, também estão legitimados para promover a ação penal subsidiária nos crimes contra a natureza, por analogia com base no art. 3º do CPP ou por meio de interpretação sistemática, que reputamos ser a mais correta diante da alteração trazida pelo novo CPC, que passa a entender o ordenamento jurídico como sistema único.

Constatamos ainda, que por se tratar de uma legitimação extraordinária coletiva, cabe ao juiz verificar se estão presentes os requisitos da representatividade adequada e da pertinência temática, os quais também estão sujeitos ao controle judicial.

Por fim, ao analisar as particularidades dos procedimentos ordinário, sumário e sumaríssimo, trouxemos algumas propostas que tentam identificar o momento em que os legitimados extraordinários coletivos poderiam promover a ação penal subsidiária e os meios para o exercício do acesso a informação, certamente um dos maiores obstáculos a ser enfrentado.

Nos procedimentos ordinário e sumário teremos duas situações concretas que incidem sobre a viabilidade de operacionalização da ação penal subsidiária.

A primeira se dará no caso de instauração de inquérito policial, que ao ser encerrado, por lei, deve ser enviado ao juiz, nessa hipótese, acreditamos que os legitimados extraordinários coletivos poderão, junto à secretária judiciária, ter ciência da data em os referidos autos foram recebidos pelo Ministério Público, a qual funcionará como marco inicial para a contagem do prazo para o oferecimento da denúncia, previsto no art. 46 do CPP. Entretanto

reputamos que, por se tratar de interesse difuso, deve ser valorizado o direito a informação, passo, inclusive, que foi dado através da recente edição da Lei 13.245/2016, que concedeu aos advogados a prerrogativa de examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital.

A segunda hipótese se refere à possibilidade do Ministério Público ter recebido por parte dos legitimados extraordinários coletivos informações que comprovem a autoria e materialidade delitiva. Nesse caso, nos termos do art. 46, § 1º, do CPP, o *parquet* poderá dispensar o inquérito policial, sendo o prazo para o oferecimento da denúncia contado a partir da data do recebimento das informações. Notadamente, o referido comando normativo não impõe ao Ministério Público o dever de oferecer imediatamente a denúncia, mas sim de analisar a sua possibilidade, podendo, entretanto, entender pela requisição da instauração do inquérito. Contudo, como a lei não estabelece um prazo para a requisição do inquérito policial, entendemos que deve ser aplicado ao caso o prazo previsto no caput do art. 46 do CPP, o qual deverá ser contado da entrega das informações (art. 46, § 1º, do CPP), assim, uma vez configurada a inércia, seja pelo não oferecimento da denúncia, seja pela não requisição do inquérito policial, surgirá a possibilidade de oferecimento da ação penal subsidiária.

No caso do procedimento sumaríssimo, na audiência preliminar, não sendo oferecida a proposta de transação penal pelo Ministério Público, este deverá oferecer denúncia oral ainda na audiência preliminar (art. 77, da Lei 9.099/95), o que, de pronto, inviabiliza a possibilidade do oferecimento da ação penal subsidiária, porém, podem ocorrer duas situações que podem conduzir a abertura da legitimação extraordinária.

A primeira seria o caso do Ministério Público não oferecer a denúncia oralmente, por entender ser necessária a realização de diligências imprescindíveis (art. 77, da Lei 9.099/95). Nesse contexto, uma vez realizadas e encaminhadas as diligências requisitadas pelo *parquet*, da data do seu recebimento, por interpretação extensiva do art. 46, § 1º, do CPP, dar-se-á

início ao prazo para oferecimento da denúncia, e, caso não seja cumprido, abre-se aos legitimados extraordinários coletivos a possibilidade de promover a ação penal subsidiária.

A segunda situação seria o caso de o Ministério Público propor a transação penal ao autor do fato, e este vir a aceitá-la, o que conduzirá para a sentença homologatória do juiz (art. 76, §§ 3º e 4º da Lei 9.099/95). Com a edição da súmula vinculante nº 35, uma vez descumpridas as cláusulas impostas na proposta de transação penal pelo Ministério Público, abre-se a possibilidade deste oferecer denúncia ou requisitar a abertura de inquérito policial, sendo certo que a partir da intimação do Ministério Público do descumprimento da transação, inicia-se a contagem do prazo do art. 46 do CPP, e, em caso de inércia, surge a viabilidade do exercício da legitimação extraordinária coletiva para a promoção da ação penal subsidiária.

Como a lei não determina a comunicação dos legitimados extraordinários em caso de descumprimento das cláusulas da transação penal, nada obsta, ao nosso sentir, que em matéria ambiental, os legitimados extraordinários coletivos, com base no art. 8º da Lei 7.347/85 e nos arts. 1º e 8º da Lei 12.527/2011, solicitem informações junto ao juízo das execuções, órgão responsável pela fiscalização das penas restritivas de direito impostas no momento da transação penal, sobre o fiel cumprimento do acordo firmado com o Ministério Público, o que, além de otimizar a participação da sociedade na fiscalização na reparação do dano ambiental, valorizar-se-á, mais uma vez, o direito à informação.

A ação penal subsidiária é uma garantia constitucional que convoca a sociedade a participar da tutela penal dos interesses difusos. Sendo assim, uma sociedade devidamente organizada, sabedora dos seus direitos, e consciente do seu papel no controle externo da ação penal pública, é o primeiro passo para uma democracia participativa. No entanto, tais atributos não são suficientes, deve se somar a essa conscientização o importante papel da comunidade jurídica, a qual é incumbida de revisitar, constantemente, os institutos processuais do ordenamento jurídico, adequando-os à realidade social e suas necessidades. Assim, quem sabe um dia a ação penal subsidiária deixe de ser uma *avis rara* do Direito processual brasileiro.

7 REFERÊNCIAS

ADEDE y CASTRO, João Marcos. **Crimes ambientais**: comentários à Lei 9.605/98. Porto Alegre: Antonio Fabris Ed., 2004.

ADEODATO, João Maurício Leitão. **O problema da legitimidade**: no rastro do pensamento de Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 16 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ARISTÓTELES. **Política**; trad. Torrieri Guimarães, São Paulo: Martin Claret, 2000.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal; Curitiba: Juruá, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2011, 2013.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**; trad. Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. 3. ed., São Paulo, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. São Paulo: RT, 1993.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos; trad. Daniela Beccaccia Versani, Rio de Janeiro: Campus, 2000.

_____. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Trad. Alfredo Fait, 2. ed., São Paulo: Mandarin, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil: promulgada em 24 de janeiro de 1967**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em 09 set. 2015.

_____. **Decreto-lei 2.848, de 7 de setembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acessado em 01 set. 2015.

_____. **Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acessado em 01 set. 2015.

_____. **Lei 4.717, de 29 de junho de 1965.** Regula a ação popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4717.htm>. Acessado em 05 out. 2015.

_____. **Lei 5.689, de 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acessado em 05 out. 2015.

_____. **Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acessado em 10 set. 2015.

_____. **Lei 7.347, de 24 de julho de 1985.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347orig.htm>. Acessado em 08 dez. 2015.

_____. **Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acessado em 08 dez. 2015.

_____. **Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acessado em 21 jan. 2016.

_____. **Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm>. Acessado em 08 dez. 2015.

_____. **Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011.** Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acessado em 20 jan. 2016.

_____. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acessado em 08 dez. 2015.

_____. **Lei 13.245, de 12 de janeiro de 2016.** Altera o art. 7º da Lei no 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13245.htm>. Acessado em 20 jan. 2016.

_____. **Projeto de lei nº 8.045/2010.** Revoga o Decreto-lei nº 3.689, de 1941. Altera os Decretos-lei nº 2.848, de 1940; 1.002, de 1969; as Leis nº 4.898, de 1965, 7.210, de 1984; 8.038 de 1990; 9.099, de 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; 11.343/2006. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=49026>>. Acessado em 01 set. 2015.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral.** Tomo 3º: pena e medida de segurança. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático.** 4. ed., São Paulo: Atlas, 2013.

CAMARGO, Acir Bueno de. Windscheid e o rompimento com a fórmula de Celso. *In: Crítica à teoria geral do processo penal*; coordenador Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CHOUKR, Fausi Hassan. Ação penal privada nos crimes de ação penal pública não intentada no prazo legal. *In: Justiça penal*, 6: críticas e sugestões: 10 anos da constituição e a justiça penal. Coord. Jaques de Camargo Pentead, São Paulo: RT, 1999, p. 310-332.

COSTA, Susana Henrique da. **Condições da ação.** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. **A culpabilidade nos crimes ambientais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DAL POZZO, Antônio Araldo Ferraz. **Ação penal popular.** Revista Justitia, São Paulo, 47 (129), abr./jun. 1985, p. 9-33.

DALLARI, Dalmo de Abre. **Elementos de teoria geral do Estado.** 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1973.

DEL VECCHIO, Giorgio. **História da filosofia do direito**; trad. João Bapista da Silva, Belo Horizonte: Ed. Líder, 2006.

DIAS, José Eduardo Figueiredo. **Direito constitucional e administrativo do ambiente**. 2. ed., Coimbra: Edições Almedina, 2007.

DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Sobre a teoria geral do processo**, essa desconhecida. Salvador: Juspodium, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. **Teoria da legitimidade do direito e do Estado**: uma abordagem moderna e pós-moderna. São Paulo: Landy, 2006.

EQUADOR. **Constitución del Ecuador: Registro Oficial n. 449 de 20 de outubro de 2008**. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf>. Acessado em 20 jan. 2016.

FAYET JÚNIOR, Ney; VARELA, Amanda Gualtieri. **A ação (penal) privada subsidiária da pública**: das vantagens ou desvantagens da participação do ofendido na atividade jurídico-penal. Porto Alegre: Revisão Textual, 2014.

FAZOLLI, Silvio Alexandre. **Bem jurídico ambiental**: por uma tutela coletiva diferenciada. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed., São Paulo: RT, 2010.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal; trad. Ana Paula Zomer Sica [et al]. 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes ambientais e bem jurídico-penal**: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. O <Direito penal do bem jurídico> como princípio jurídico-constitucional à luz da jurisprudência constitucional portuguesa. *In*: **Direito penal como crítica da pena**. org. Luís Greco, Antônio Martins, trad. Almor Leite [et al], São Paulo: Marcial Pons, 2012.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Crimes ambientais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Crimes contra a natureza**. 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. **Interpretação criativa e realização do direito**; Recife: Bargaço, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal**: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Princípio da legalidade (ou da reserva legal) e os limites das “medidas provisórias”**; Direito penal, responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias em direito penal. São Paulo: RT, 1999.

_____. **Princípio da ofensividade no direito penal**: não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico (*nullum crimen sine injuria*), funções político-criminal e dogmático-interpretativa, o princípio da ofensividade como limite do *ius puniendi*, o princípio da ofensividade como limite do *ius poenale*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **As grandes transformações do direito penal tradicional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

HAMILTON, Sérgio Demoro. A queixa subsidiária: questões controversas. *In: Estudos criminais em homenagem a Weber Martins Batista*; coord. Marcellus Polastri Lima. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 279/295.

HASSEMER, Winfried. **A preservação do ambiente através do direito penal**. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 6, n. 22, abr./jun., 1998, p. 27/35.

_____. **Direito penal**: fundamentos, estrutura, política. org. e rev. Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos; trad. Adriana Beckman Meireles [et al], Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

_____. **Introdução aos fundamentos do Direito penal**; trad. de Pablo Rodrigo Alflen da Silva, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.

_____. **Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal**; trad. Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita. Santa Fé de Bogotá – Colômbia: Editorial Temis S. A., 1999.

_____; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introdução à criminologia**; trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

HOBBS, Tomás. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2001.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**: estudos e pareceres. 12. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

_____. **Crítica à ação privada e popular subsidiárias**. Revista Justitia, São Paulo, 47 (130), jul./set. 1985, p. 112-121.

KUHLMANN, Sylvio Roberto Degasperi. **A actio sob a ótica de Muther**, a partir da definição de Celso. *In*: **Crítica à teoria geral do processo penal**; coordenador Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

LOCKE, Jonh. **Segundo tratado sobre o governo civil**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal**. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula; MOURA, Bruno de Oliveira; CAETANO, Matheus Almeida. **O Direito sobre a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Revista Sociologia Jurídica, jul/dez, 2009. Disponível em: <<http://www.sociologiajuridica.net.br/numero-9/227-o-direito-sob-a-perspectiva-da-teoria-dos-sistemas-de-niklas-luhmann>>. Acessado em 01 dez. 2014.

MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. **Sociedade de Risco e Direito Penal**: uma evolução de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MADEIRA DA COSTA, Yasmin Maria Rodrigues. **O significado ideológico do sistema punitivo brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

MARCÃO, Renato. **Crimes ambientais** (anotações e interpretação jurisprudencial da parte criminal da Lei n. 9.605/98). 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

MARQUES, José Frederico. **Estudos de direito processual penal**. 2. ed., Campinas: Millennium, 2001.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Ensaio sobre o processo como disciplina do exercício da atividade estatal. *In: Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Coordenação de Eduardo Ferreira Jordão, Fredie Souza Didier Jr., Salvador: JusPodium, 2007, p. 261-285.

MAZOTTI, Marcelo. **As escolas hermenêuticas e os métodos de interpretação da lei**. Barueri: Minha Editora, 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa de interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 28. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Tutela dos interesses difusos e coletivos**. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

MELO, Dirceu de. **Ação penal privada subsidiária: origem, evolução e efeitos de sua extinção, em perspectiva, no campo da desídia funcional do Ministério Público no direito brasileiro**. *In: Revista de processo*, São Paulo, ano I, n. 2, abr./jun., 1976, p. 207/213.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 8. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MOURA, Maria Tereza Rocha Assis. **Justa causa para ação penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito penal e controle social**; trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NAUKE, Wolfgang. Direito penal negativo. *In: Direito penal como crítica da pena*. org. Luís Greco, Antônio Martins, trad. Alaor Leite [et al], São Paulo: Marcial Pons, 2012.

NEUMANN, Ulfrid. Bem jurídico, Constituição e os limites do Direito penal. *In: Direito penal como crítica da pena*. org. Luís Greco, Antônio Martins, trad. Alaor Leite [et al], São Paulo: Marcial Pons, 2012

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 19. ed., São Paulo: Atlas, 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

RAWLS, Jonh. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rimoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROMEIRO, Jorge Alberto. **Da ação penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal**; org. e trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. Luís Greco, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: **Novos estudos de direito penal**; org. Alaor Leite; trad. Luís Greco [et al]; São Paulo: Marcial Pons, 2014.

SANTOS, Juliana Pinheiro Damasceno e. A irrelevância conceitual do interesse difuso ou do “bem jurídico supraindividual” para o Direito penal brasileiro. In: **Temas de direito penal e processual penal: estudos em homenagem ao juiz Tourinho Neto**; coordenadores Antonio Oswaldo Scarpa e Gamil Föpel El Hireche. Salvador: Jus podium, 2013, p. 585-616.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. **Direito constitucional ambiental**. 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SCHOTT, Alexandre Viana. **Ação penal (privada) em face da institucionalização do conflito**. Curitiba: Juruá, 2008.

SCHÜNEMANN, Bernd. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. In: **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**; coordenação Luis Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 10. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SILVEIRA, Renato de Melo Jorge. **Direito penal supra-individual: interesses difusos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomas de. **O que é isto? – as garantias processuais penais?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**, vol. III, Rio de Janeiro: Forense. 1959.

TUCCI, Rogério Lauria. Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VIEIRA, Andréa Maria dos Santos Santana. **A importância do sentimento constitucional como substrato para a construção da cidadania no Brasil**. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/dpwnload/index/15907093>. Acessado em 05 out. 2015.