



Revista Brasileira de Direito Processual
Penal

E-ISSN: 2525-510X

revista@ibraspp.com.br

Instituto Brasileiro de Direito Processual
Penal
Brasil

Almeida de Moraes, Alexandre Rocha; Costa, Rafael de Oliveira
O Processo Coletivo: primeiras impressões para a construção de uma nova dogmática
processual

Revista Brasileira de Direito Processual Penal, vol. 5, núm. 3, septiembre-diciembre,
2019, pp. 1609-1648

Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal

Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=673971417015>

- Como citar este artigo
- Número completo
- Mais artigos
- Home da revista no Redalyc

redalyc.org

Sistema de Informação Científica
Rede de Revistas Científicas da América Latina, Caribe, Espanha e Portugal
Projeto acadêmico sem fins lucrativos desenvolvido no âmbito da iniciativa Acesso Aberto


O Processo Coletivo: primeiras impressões para a construção de uma nova dogmática processual


The Collective Process: first impressions for the construction of a new procedural dogmatics

Alexandre Rocha Almeida de Moraes¹

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – São Paulo/SP

aram.mp@gmail.com


 <http://lattes.cnpq.br/9309967566132792>


 <https://orcid.org/0000-0002-8374-5694>

Rafael de Oliveira Costa²

Ministério Público do Estado de São Paulo – São Paulo/SP

rafaelcosta22000@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/4793246077898855>

 <https://orcid.org/0000-0001-9979-9382>

RESUMO: Como decorrência da coletivização dos litígios em âmbito penal e do descompasso com a tutela processual, exsurge uma nova área do conhecimento, denominada Direito Processual Penal Coletivo, instrumento do qual se vale o Estado para a imposição de sanção penal ao autor do fato delituoso que viola bens jurídico-penais coletivos, devendo primar pelo respeito aos direitos fundamentais e pela efetividade do

¹ Graduado, Mestre e Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Professor de Direito Penal da PUC/SP e da UNIFAAT; professor de diversas pós-graduações no país e Coordenador da Pós-Graduação em Direito Penal da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Promotor de Justiça em São Paulo.

² Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais; Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, em programa conjunto com a Universidade de Wisconsin-Madison (Estados Unidos); Professor na Escola Superior do Ministério Público; Professor Visitante na Universidade da Califórnia-Berkeley; Promotor de Justiça no Estado de São Paulo.

sistema criminal. O presente artigo pretende problematizar questões que demandam a construção de um novo modelo de dogmática processual penal, seja inspirada no processo civil coletivo, seja sob a ótica dos litígios estruturais, além de discutir o papel do Ministério Público na atuação criminal coletiva.

PALAVRAS-CHAVE: processo penal coletivo; bens difusos e coletivos; ministério público.

ABSTRACT: *As a result of the collectivization of litigations in the criminal sphere and of the lack of dialogue with the procedural protection, we are now facing a new branch of law, so-called Collective Criminal Procedure. It is an instrument used by the State to impose a criminal sanction on the perpetrator of the offense that violates collective rights, and is based on the respect of human rights and the effectiveness of the criminal system. The present article intends to problematize those that require the construction of a new model of procedural criminal dogmatics, whether inspired by the collective civil process or from the perspective of subsequent litigation, besides discussing the role of the Public Prosecution Service in its criminal activity.*

KEYWORDS: *Collective criminal process; Different and collective goods; Public Ministry.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Novo tempo social como causas de uma nova dogmática penal e processual penal. 2.1. Características da sociedade moderna. 2.2. Sociedade de riscos e a sensação de insegurança. 3. Tutela Penal dos Interesses Difusos. 3.1. Breve Escorço Histórico da Tutela Coletiva. 3.2. Cartas dirigentes e a proteção dos interesses transindividuais. 3.3. A nova geração de bens jurídicos. 3.4. Os bens difusos e o princípio da precaução. 4. Um novo ramo do direito: do Processo Penal Coletivo. 5. O Estado Democrático de Direito, Processo Penal Coletivo e novo modelo de Ministério Público. 5.1. A necessidade de uma política criminal mais efetiva. 5.2. Proposta de uma nova intervenção do Ministério Público para a construção de um modelo de Processo Penal Coletivo. Conclusões. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O tempo “é o árbitro supremo das épocas e das quadras históricas da sociedade humana” (DIP; MORAES, 2002, p. 252). A pós-modernidade e esse tempo social no contexto de um Estado Democrático e Social revelam que as últimas décadas foram marcantes para a transformação do papel do Estado e, em especial, do Ministério Público na proteção da sociedade.

Aliás, grande parte desse novo perfil do Ministério Público se deve ao modelo de Carta Constitucional que consagrou uma nova geração de direitos coletivos que passaram a ser, necessariamente, objeto de tutela.

É certo que qualquer tentativa de enquadrar a história em compartimentos estanques é altamente artificial, por uma única razão: as tradições clássicas do passado sobreviveram em certa medida, ainda que a sua influência contínua fosse um tanto precária e restrita.

De qualquer forma é fato que a revolução mercantil e o colonialismo (séculos XV e XVI), a revolução industrial e o neocolonialismo (séculos XVIII e XIX) e, atualmente, a revolução tecnológica, dos meios de comunicação e a globalização (séculos XX e XXI) formam três momentos diferentes do poder planetário. Os períodos de inquisição (século XV), os períodos derivados do iluminismo penal (séculos XVIII e XIX) e os períodos do positivismo *perigosista* dão lugar, agora, a um período de incertezas no Direito Penal, ou ainda, para um campo aberto para a construção de novos paradigmas (MORAES; SMANIO, 2010).

Essa assertiva é válida para a dogmática penal, processual penal e para o próprio Ministério Público na área criminal. Na área penal, as novas demandas sociais decorrentes da aceleração do processo comunicativo e tecnológico passaram a exigir uma particular flexibilização na redação dos tipos penais já logo após a metade do século XX com os problemas e as novas formas jurídicas resultantes da chamada “economia de guerra” (ALFLEN DA SILVA, 2004 p. XXII).

Nesse diapasão, as leis penais em branco, ‘cegas’ ou ‘abertas’ (idealizadas por Binding), cuja exequibilidade depende do complemento de outras normas jurídicas ou da futura expedição de certos atos administrativos (regulamentos, portarias, editais) têm marcado a moderna dogmática penal (HUNGRIA, 1955, p. 96).

No direito processual penal, novos mecanismos de prova e de obtenção de prova (interceptação telefônica, colaboração premiada, infiltração de agentes, ação controlada etc.) convivem com os mecanismos tradicionais do modelo de inspiração iluminista.

E o Ministério Público brasileiro que ajudou a construir sua própria mudança constitucional, máxime na tutela dos bens difusos e coletivos, olvidou-se de se transformar ou demandar mudanças na tutela penal dos interesses transindividuais.

Como se sabe, o Direito, como produto da cultura humana para a tutela de interesses particulares (BARRETO 2001, p. 31), elevou-se à defesa e à conservação da sociedade. Além de interesses individuais e coletivos, passou a tutelar também interesses difusos e coletivos, apresentando ao processo penal um novo conceito de vítima: a sociedade.³

Mais recentemente, falam-se, inclusive, nos direitos fundamentais de quarta geração, cujo escopo abarcaria o direito à democracia, à informação e ao pluralismo, na tentativa de englobar todos os direitos fundamentais desenvolvidos anteriormente para a sedimentação de uma verdadeira globalização política, ao lado das globalizações econômica e cultural (CAVALCANTI, 2005, p. 115).

Diante desse panorama, é inegável assumir que houve contundente transformação subjetiva e objetiva na política criminal. Subjetivamente, novos gestores da moral, novas demandas e a incessante preocupação de

³ “A summa divisio Direito Público e Direito Privado não foi recepcionada para fins de tutela jurídica e no âmbito do acesso à justiça pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A summa divisio constitucionalizada no País é Direito Coletivo e Direito Individual. Chega-se a essa conclusão porque o texto constitucional de 1988 rompeu com a summa divisio clássica ao dispor, no Capítulo I do Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, sobre os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos. Dessa forma, considerando que no contexto do constitucionalismo democrático os direitos e garantias constitucionais fundamentais contêm valores que devem irradiar todo o sistema jurídico de forma a constituírem-se a sua essência e a base que vincula e orienta a atuação do legislador constitucional, do legislador infraconstitucional, do administrador, da função jurisdicional e até mesmo do particular, conclui-se que no contexto do sistema jurídico brasileiro a dicotomia Direito Público e Direito Privado não se sustenta.” (ALMEIDA; COSTA, 2019, p. 71-72)

tutelar bens transindividuais (segurança viária, saúde pública, moralidade administrativa, criminalidade organizada e de massa, meio ambiente, patrimônio histórico, urbanismo, relações de consumo, ordem econômica etc.); já sob o aspecto objetivo, pode-se constatar a mudança de tempo e espaço (MORAES; SMANIO, 2010).

No direito penal contemporâneo, o Estado, para atender as demandas desse tempo-social tem recorrido, cada vez mais utiliza a criminalização de bens transindividuais e, nesse aspecto, o processo penal, deveria ser condizente com essa necessidade de demanda em termos de eficiência e garantias, sob a ótica do investigado e da sociedade (MORAES, 2016, p. 20).

Eis, pois, o grande dilema do Processo Penal contemporâneo: assentado no indispensável respeito aos direitos fundamentais e na eficiência do sistema criminal, ganha nova dimensão com a tutela dos bens jurídico-penais coletivos, que abrangem uma vasta gama de possibilidades: tutela dos investidores no mercado de valores mobiliários (Lei 7.913/89), do patrimônio público (Lei 8.429/92 e Lei 8.625/93), da ordem econômica e da livre concorrência (Lei 8.884/94), dentre outros.

Enfim, no recorte que interessa para o presente artigo, a Carta Política de 1988, seguindo tendência universal, reconheceu direitos e interesses de segunda (sociais) e terceira (difusos e coletivos) gerações, fornecendo – materialmente - instrumentos para garanti-los, dentre os quais e talvez o mais relevante: a nova feição e forma de intervenção do Ministério Público brasileiro.

Considerando que os bens jurídico-penais coletivos refletem efetivos direitos fundamentais e que possuem aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º, da Constituição), o Estado deve disponibilizar toda a estrutura necessária à promoção de procedimentos penais coletivos, conferindo efetiva tutela a interesses tão caros a sociedade.

Nesse sentido, partindo-se de uma visão civilista da teoria geral do processo, Almeida e Mello Neto asseveram que se verifica que a Constituição impôs uma verdadeira mudança de paradigmas, sendo “necessária a construção de um conjunto de princípios, garantias e regras processuais adequados às necessidades do direito material coletivo como direitos fundamentais, conforme será observado no próximo tópico”. (ALMEIDA; MELLO NETO, 2011, p. 82).

De outra parte, como espécie do gênero processo penal coletivo surgem em meados do século passado em julgamento pela Suprema Corte dos Estados Unidos os denominados “litígios estruturais”⁴. “Os denominados processos estruturais, diferentemente da matriz processual individual ou coletiva clássica que permeia o ambiente jurídico brasileiro, se apresentam de forma extremamente complexa, revelando um novo modelo de adjudicação de direitos, em contraposição ao modelo tradicional de resolução de disputas” (NUNES, COTA e FARIA, 2018, p. 365-367).⁵

Assim, ainda que como espécie de processo coletivo, o processo judicial de caráter estrutural seria aquele no qual “um juiz, enfrentando uma burocracia estatal no que tange aos valores de âmbito constitucional, incumbe-se de reestruturar a organização para eliminar a ameaça imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes. Essa *injunction* é o meio pelo qual essas diretivas de reconstrução são transmitidas” (FISS, 2017, p. 120).

Partindo dessas premissas, o presente artigo pretende traçar os principais aspectos desse incipiente modelo que está se formando e, antes mesmo de traçar uma escolha metodológica sobre modelo a ser seguido, almeja problematizar as questões e institutos que tornam inevitável a construção um novo modelo de processo penal que busque um ponto de equilíbrio no que se deseja chamar de “Direito Processual Penal Coletivo”, evitando os extremos do hipergarantismo e do punitivismo exacerbado.

⁴ Suprema Corte Norte Americana, caso *Brown versus Board of Education*, de 17 de maio de 1954.

⁵ “Talvez um dos mais importantes instrumentos nessa direção sejam as chamadas *structural injunctions*, concebidas pela doutrina norte-americana. Percebeu-se que muitas decisões sobre questões coletivas exigem soluções que vão além de decisões simples a respeito de relações lineares entre as partes. Exigem respostas difusas, com várias imposições ou medidas que se imponham gradativamente. São decisões que se orientam para uma perspectiva futura, tendo em conta a mais perfeita resolução da controvérsia como um todo, evitando que a decisão judicial se converta em problema maior do que o litígio que foi examinado” (ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 225, 2013, p. 03).

1. NOVO TEMPO SOCIAL COMO CAUSA DE UMA NOVA DOGMÁTICA PENAL E PROCESSUAL PENAL

2.1. CARACTERÍSTICAS DA SOCIEDADE MODERNA

O direito é produto cultural de um tempo-social e, justamente por isso, seria fácil precisar que o modelo de inspiração clássica-iluminista não existe mais em sua forma pura.

Com efeito, o modelo clássico (pena de prisão e garantias penais e processuais clássicas) já dera espaço ao Direito de *segunda velocidade* (política preponderantemente de barganha e de não persecução penal, inclusive aplicada aos bens difusos) e de *terceira velocidade* (em que se conjugam a flexibilização de garantias penais e processuais e a pena privativa de liberdade, com ênfase a uma política mais rigorista e de inimigos, como se dá na criminalidade organizada transnacional e no enfrentamento do terrorismo).⁶

Parte minoritária da doutrina, ademais, já aceita a ideia de uma quarta velocidade orientada pelo neopositivismo e pela possibilidade de aplicação de um Direito Penal internacional de um país soberano sob outro país igualmente soberano (PASTOR, 2006), assim como de uma quinta velocidade em que, em termos prospectivos, a dogmática não mais se preocupe com bens e interesses individuais, mas tão somente com bens transindividuais (STRATENWERTH, 2007).

O direito penal pós-moderno, não à toa, está carregado de um simbolismo que implica, simultaneamente, o excesso de criminalização estigmatizante e a proteção jurídica deficiente. Nessa esteira, segundo Hassemer, está se formando uma nova estrutura de Direito Penal material: caos normativo, descodificação da legislação, penas simbólicas e desproporcionais, tornando tábula rasa a ideia de fragmentaridade do direito penal (HASSEMER, 1993, p. 97).

Somente no Brasil, foram formatados mais 800 (oitocentos) novos tipos penais nos últimos trinta anos, com evidente aumento na moldura penal, criminalização territorialmente extensa e adoção de bens jurídicos

⁶ Nesse sentido: Moraes, 2008, p. 33-34.

espiritualizados (supraindividuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos) (MORAES, 2016, p. 21).

No entanto, o conjunto normativo penal editado pós-Constituição de 1988 possui pouco potencial de efetividade segundo o direito penal clássico (leia-se: aplicação da pena privativa de liberdade), pois basta ver que a transação penal é possível para cerca de 300 novos tipos; a substituição do art. 44 do CP, para mais de 600 novos tipos; o *sursis* processual para 420 tipos; e o *sursis*, para quase 630 tipos (MORAES, 2016, p. 15).

O aumento considerável das demandas penais, diante da tutela dos interesses difusos e coletivos e outros decorrentes da era pós-industrializada (crime organizado, terrorismo, delitos econômicos, de informática etc.), transformou o direito penal na principal forma de controle social.

É certo que a globalização econômica, a revolução dos meios de comunicação, a transnacionalização do crime, as novas formas de criminalidade econômico-financeira, os novos sujeitos passivos e os novos gestores da moral, aliados à evidente crise das tradicionais formas de controle social, contribuíram para esse retrato social e jurídico.

É certo, também, que o modelo de Estado Democrático Social e Constitucional, inexoravelmente, implicou movimentos de neocriminalização (FERNANDES, 2010, p. 22), máxime pelas características herdadas do modelo de bem-estar social e de uma sociedade de classes passivas (pensionistas, desempregados, destinatários de serviços públicos, consumidores etc.), que se convertem em ‘cidadãos’ e que passam a exigir do Poder Político a tutela dos seus novos interesses, até então, estranhos ao sistema jurídico de inspiração iluminista.

Mas é inevitável compreender que, ao lado da necessidade de proteção dessa nova geração de interesses e desses novos gestores da moral, um componente contribuiu, decisivamente, para a construção desse novo modelo de direito penal de bens transindividuais: a sociedade de riscos e a institucionalização de uma cultura prevencionista.

2.2. SOCIEDADE DE RISCOS E A SENSAÇÃO DE INSEGURANÇA

Os riscos sempre fizeram parte da existência humana em sociedade. Todavia, antes do advento da Revolução Industrial, os riscos eram

tidos e sentidos pela coletividade como oriundos de fatores externos e estranhos a ela.

Com a (r)evolução tecnológica, enquanto se minimizavam riscos externos, como doenças e catástrofes naturais, numa contradição apenas aparente, a sociedade humana passou a se expor a uma carga cada vez maior de riscos, inversamente proporcionais às facilidades decorrentes do desenvolvimento científico (LUHMANN, 1996, p. 17).

Se de início os riscos eram pessoais, durante a Idade Moderna Clássica os riscos assumiram uma nova dimensão, passando a atingir não mais indivíduos, mas antes coletividades; agora, na sociedade pós-moderna em que vivemos, os riscos passaram a atingir potencialmente toda a sociedade humana (MORAES, 2016, p. 35-37).

Nesse esteio, as novas demandas e os avanços tecnológicos repercutiram diretamente no bem-estar individual: a sociedade tecnológica, cada vez mais competitiva, passou a deslocar para a marginalidade um grande número de indivíduos, que imediatamente são percebidos pelos demais como fonte de riscos pessoais e patrimoniais, consolidando-se, pois, o conceito de ‘sociedade de riscos’ (BECK, 2010).

Assim, o surgimento de um ‘direito penal do risco’ (*Risikotrafrecht*) (PRITTWITZ, 2004, p. 44) que, longe de aspirar conservar o seu caráter fragmentário, como *ultima ratio*, tem se convertido em *sola ratio*, mais precisamente um direito penal expansivo, era uma consequência natural.

Os riscos modernos, acentuados pelas inovações trazidas à humanidade (globalização da economia e da cultura, meio ambiente, drogas, o sistema monetário, movimentos migratórios, aceleração do processamento de dados etc.), invariavelmente geram uma reação por parte dos atingidos: disso decorre a insegurança e o medo que têm impulsionado frequentes discursos postulantes de uma tutela da segurança pública, em detrimento de interesses puramente individuais.

É evidente que a sensação de insegurança decorrente deste modelo de ‘sociedade de riscos’, certamente é acentuada pela atuação da mídia e dos meios de comunicação que, raramente, projetam um debate público de maneira serena, equilibrada e fechada às excitações e incitações.

Enquanto, anteriormente, germinaram instrumentos de proteção da intimidade e da vida privada, o novo sistema penal do Estado, replicante do vigilantismo eletrônico, é extremamente invasivo e cultua a delação (ALFLEN DA SILVA, 2004, p. 93-94).

Em suma, os avanços tecnológicos e comunicação instantânea ensejaram uma nova vivência dos riscos e acentuaram a sensação subjetiva de insegurança o que, aliado ao discurso criminológico de baixo custo deu azo a uma considerável expansão legislativa (caos normativo de forma incongruente e desarrazoada); espacialmente, a globalização econômica, sem a consequente “Carta política mundial”, desencadeou a perda da referência de valores e das fronteiras, tornando o crime também globalizado (MORAES; SMANIO, 2010).

Segurança pública, meio ambiente, ordem urbanística, sistema financeiro, ordem tributária, segurança viária, relações de consumo dentre outros, passaram a serem temas que atingem as pessoas de forma indistinta, tornando todos, sem percepção clara de tempo e espaço, em vítimas difusas.

Se for certo que pode haver certo exagero na extensa criminalização sem racionalidade e sem a construção de uma dogmática apropriada, também é possível reconhecer que o Ministério Público, como colegitimado na tutela de interesses difusos e coletivos, necessita se afeiçoar - como verdadeiro protagonista - para uma tutela eficiente, racional e equilibrada desses novos bens, não reiterando os excessos, nem tampouco protegendo de forma deficiente essa nova geração de direitos. Além disso, vários desses novos interesses transindividuais ingressaram no ordenamento jurídico sob a forma de microssistemas (Código de Trânsito, Crimes Ambientais, Lei Maria da Penha, Estatuto da Criança e do Adolescente etc), demandando a formação de profissionais menos especialistas e com visão transversal, multidisciplinar e mais resolutivos.

Seria, nesse contexto, possível a construção de uma nova dogmática processual em âmbito penal que concilie os ideais da promoção da Justiça e da eficiência? Para enfrentar esse dilema e na eventual busca de um novo modelo, será preciso compreender como a construção histórica dos direitos de segunda e terceira gerações se confundem com a recente feição institucional do Ministério Público brasileiro dada pela Constituição de 1988.

3. TUTELA PENAL DOS INTERESSES DIFUSOS

3.1. BREVE ESCORÇO HISTÓRICO DA TUTELA COLETIVA

Não existe consenso na doutrina acerca da origem histórica da tutela coletiva (NEVES, 2016, p. 33-35). Em países que adotam o sistema do *civil law*, parcela dos estudiosos sustenta que a tutela coletiva teve seu nascedouro com as *actiones populares* do Direito Romano (ALMEIDA, 2003, p. 41). Os países que adotam o sistema do *common law*, por sua vez, sustentam que a tutela coletiva teve origem com a prolação de decisões pelas cortes inglesas que atingiam uma coletividade de jurisdicionados (*compulsory joinder rule*), nas quais ocorria a formação de situação similar a de um “litisconsórcio multitudinário” (LEAL, 1998, p. 25).

No Brasil, a ação popular é tida como a primeira manifestação da tutela coletiva. O instituto possibilitava a defesa de bens da coletividade pelo cidadão e foi prevista inicialmente pelas “Ordenações do Reino”, encontrando posterior amparo no artigo 157, da Constituição de 1824 (MANCUSO, 2002, p. 52-54). Já a Lei nº 7.347/1985, chamada de Lei da Ação Civil Pública, inovou em inúmeros aspectos, especialmente na regulamentação da legitimidade ativa.⁷

Ademais, a Constituição de 1988 consagrou os direitos materiais coletivos como direitos fundamentais, ampliou as hipóteses de cabimento da ação popular (conforme o art. 5º, LXXIII, que passou a admiti-la para: (a) anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o estado participe; (b) anulação de ato lesivo à moralidade administrativa; (c) anulação de ato lesivo ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural), estabeleceu que o Ministério Público tem como função

⁷ Ressalte-se que paira divergência na doutrina e na jurisprudência acerca da utilização das expressões “ação coletiva” e “ação civil pública”: 1) uma primeira corrente entende tratar-se de sinônimas (BUENO, 2007, v. 1, p. 210); 2) outra parcela sustenta a distinção das expressões, dividindo-se em duas subcorrentes principais: a) a “ação civil pública” é modalidade proposta exclusivamente pelo Ministério Público, enquanto as “ações coletivas” podem ser ajuizadas por quaisquer outros legitimados (MAZZILLI, 2002, p. 73-74); b) a “ação civil pública” é a que tutela direitos difusos e coletivos e a “ação coletiva” é aquela utilizada para a defesa de direitos individuais homogêneos (ZAVASCKI, 2009, p. 56-58).

institucional a promoção do inquérito civil e da ação civil pública – para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses coletivos (artigo 129, inciso III) –, e previu em seu art. 5º, LXX, “a” e “b”, o mandado de segurança coletivo.

Por fim, o Código de Defesa do Consumidor estendeu aos direitos individuais homogêneos a tutela conferida através do processo coletivo. Tudo isso sem prejuízo da legislação especial que trouxe, ainda que de forma pontual, importantes contribuições na evolução do processo coletivo.

Certo é, de qualquer forma, que essa legislação encontrou respaldo nos novos modelos de cartas constitucionais, aquilo que Canotilho (2003) denominou de “cartas dirigentes”.⁸

3.2. CARTAS DIRIGENTES E A PROTEÇÃO DOS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS

A Constituição de 1988, símbolo das novas cartas dirigentes, com índole comunitarista e analítica, buscou conferir um matiz constitucional ao direito penal. Mais que isso, procurou demonstrar a necessidade de tutela e proteção de outros interesses que já vinham demonstrando serem demandas da sociedade contemporânea (MORAES; SMANIO, 2010).

Segundo Von Liszt “é a vida, e não o Direito, que produz o interesse; mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico”; argumentando ainda que “a necessidade origina a proteção, e, variando os interesses, variam também os bens jurídicos quanto ao número e quanto ao gênero” (VON LISZT, t. I, p. 94).

O direito penal pátrio passa pela transição do modelo de delito de lesão de bens individuais para o delito de perigo de bens supraindividuais: meio ambiente, patrimônio histórico e cultural, sistema urbanístico, sistema econômico e financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, saúde pública, incolumidade pública, bioética e biossegurança, educação, relações de consumo, probidade administrativa e segurança do trânsito são exemplos dessas novas demandas e interesses (MORAES; SMANIO, 2010).

Ocorre que diante desse fenômeno de constitucionalização do ordenamento jurídico, houve evidente transformação da sistemática da

⁸ Ainda nesse sentido: Marques Neto (2005, p.72).

teoria do bem jurídico penal. A Constituição, legitimamente, é o indicador primário do bem que enseja tutela, máxime porque é, presumidamente, em termos de política criminal, onde o intérprete se socorrerá para aferir quais bens ou interesses representam maior “danosidade social” (MORAES; SMANIO, 2010).

Bricola, nesse diapasão, sustenta a “legitimidade da sanção penal somente diante da presença de uma violação a um bem que, ainda que não tenha o grau de relevância da liberdade pessoal que é sacrificada, está ao menos dotada de significação constitucional.” (BRICOLA, 1973, p. 14, tradução livre).

O respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º), a redução das desigualdades sociais (art. 3º) e a realização de justiça social são, evidentemente, questões prioritárias ao Estado brasileiro e, pois, combater aquilo que ofende tais valores e bens implica em combater o que mais lesa a sociedade, ou seja, implica reconhecer a prioridade de proteção de bens jurídicos que digam respeito a tais valores (MORAES; SMANIO, 2010).

E, como se verá, para “zonas de danosidade social inequívoca” (BELLO, 2007, p. 264), há legitimidade material para a intervenção do Poder Público e deve, por excelência, o Ministério Público ocupar esse espaço em nome da sociedade.

3.3. A NOVA GERAÇÃO DE BENS JURÍDICOS

Os bens jurídicos supraindividuais ou metaindividuais, como o próprio nome indica, transcendem ao individual. A expressão “bens espiritualizados”, “interesses metaindividuais” ou “supraindividuais” inclui das categorias de interesses públicos e interesses coletivos em sentido amplo, enquanto estes se subdividem em individuais homogêneos, interesses coletivos estrito senso e interesses difusos.

Os direitos individuais homogêneos são aqueles de natureza divisível e de titularidade plúrima, decorrentes de origem comum. Já os direitos coletivos são aqueles comuns a uma coletividade de pessoas e apenas a elas e que repousam sobre “vínculo jurídico definido que as congrega” (como a sociedade comercial, o condomínio, a associação de pais etc.) (GRINOVER, 1984, p. 30).

Os bens difusos, por sua vez, são aqueles titularizados por uma cadeia abstrata de pessoas, configurando “interesses indivisíveis de grupos menos determinados de pessoas, entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático muito preciso” (MAZZILLI, 1996, p. 7). O vínculo fático une os titulares do direito difuso, “apesar de não existir uma vinculação jurídica que unifique os inumeráveis titulares, conglomerando-os em uma massa identificável de indivíduos; entre eles existe uma vinculação fática, consistente no simples fato de que todos o são do mesmo bem jurídico”. (SMANIO, 2000, p. 108). Para Smanio:

Os bens jurídicos penais difusos são aqueles concernentes à sociedade como um todo, dos quais os seus membros, individualmente considerados, não possuem disponibilidade, e que são indivisíveis e traduzem uma conflituosidade social (exemplos: a proteção do meio ambiente, a proteção das relações de consumo, a proteção da saúde pública, a proteção da economia popular, da infância e juventude, dos idosos etc). O que nos indica se os bens são tidos por bens jurídicos penais difusos ou não é o caso concreto, ou seja, através da análise da conduta praticada [...]. Ao se buscar identificar quais bens jurídicos difusos possuem relevância (dignidade) penal e carecem de tutela penal, devemos utilizar como filtro os princípios acima abordados, tendo sempre em vista as peculiaridades do caráter difuso do bem jurídico. (SMANIO, 2000, p. 108-109).

O conceito de bem jurídico na esfera penal vem ganhando importância, uma vez que sua principal função é a de legitimar e dar validade às normas penais; daí decorre o princípio da exclusiva proteção do bem jurídico onde não pode haver norma sem proteção ao bem jurídico.

A Constituição não estabelece explicitamente todos os bens jurídicos penalmente tutelados, concedendo ao legislador ordinário certa liberdade na escolha, desde que não vá de encontro com os princípios garantidores dos direitos fundamentais, principalmente limitando o poder de punir do Estado.

Smanio ressalta que as limitações que a Constituição de 1988 estabeleceu ao legislador penal estão previstas no artigo 5º, como direitos e garantias individuais e coletivos, citando como exemplos:

1º) Princípio da legalidade estabelecido no inc. XXXIX, da seguinte forma: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

2º) Princípio da irretroatividade da lei penal estabelecido no inc. XL: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

3º) Princípio da responsabilidade pessoal disposto no inc. XLV: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação de perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

4º) Princípio da presunção da inocência disposto no inc. LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

5º) Princípio da individualização da pena, determinado no inc. XLVI: “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição de liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão. (SMANIO, 2000, p. 47).

A seleção por parte do legislador do bem ou interesse difuso que demanda especial proteção máxima pelos efeitos de sua lesão ou ameaça de lesão deveria ser feita por parcimônia, máxima porque, como se verá, calcados na ideia de precaução e prevenicionismo, alteraram profundamente a dogmática penal com a técnica de excessiva antecipação da tutela penal ou criminalização em estágio prévio.

3.4. OS BENS DIFUSOS E O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

O aumento da criminalidade, com o passar dos anos, criou um ambiente favorável a uma política criminal mais rígida, com o intuito de reduzir riscos de agressões a bens jurídicos e de transmissão de segurança à sociedade.

A antecipação da tutela penal, ou aquilo que a doutrina alemã denomina de “criminalização em estágio prévio” (*Vorfeldkriminalisierung*)⁹

⁹ V. nesse sentido: Bottini (2010, p. 50-51).

se dá basicamente pela utilização de crimes de perigo abstrato, pela criminalização autônoma de atos preparatórios, bem como pela crescente responsabilização da omissão imprópria.

Tenta-se, com isso, fazer com que o direito penal atue preventivamente com o fito de evitar danos futuros: a lesão ao bem difuso atinge o tecido social de forma difusa, gerando consequências mais sintomáticas e lesivas do que a simples violação de bens individuais ou individualizáveis.

Esse é, portanto, o paradoxo da política penal contemporânea: as novas demandas sociais e difusas e a dificuldade de se criminalizar direitos transindividuais, ou seja, a preocupação com danosidade social e fragmentariedade do direito penal em confronto com a necessidade de cautela na seleção dos bens jurídicos que mereçam tutela específica do direito penal e a forma pela qual os órgãos do sistema de justiça e segurança vêm atuando frente a esse novo modelo dogmático.

Se for certo que, dentre as instituições responsáveis pela repressão e prevenção da criminalidade, o Ministério Público teve que se aprimorar, paulatinamente, para uma proteção integral e efetiva de bens transindividuais, máxime através dos inquéritos civis, termos de ajustamento de conduta, ações coletivas etc, é certo que não se preparou para um atuar difuso e coletivo na proteção desses novos interesses em matéria criminal ou, ao menos, vem fazendo isso de forma casuística, isolada e sem uma sistematização que implique em reconhecer a necessidade de uma investigação criminal, de uma persecução e, enfim, de um processo penal coletivo.

4. UM NOVO RAMO DO DIREITO: O DIREITO PROCESSUAL PENAL COLETIVO

O paradigma coletivo acaba por promover uma nova percepção do direito penal e, conseqüentemente, do processo penal, especialmente em razão da insuficiência da tutela de bens jurídicos coletivos. E isso porque o Código de Processo Penal vigente faz incidir o direito penal de forma homogênea na tutela dos bens jurídicos individuais e coletivos, gerando situações anacrônicas, desproporcionais e injustas (ALMEIDA; COSTA, 2019).

É incongruente falar em um direito penal transindividual sem sustentar, por simetria, a ideia de um processo penal coletivo, dotado de um sistema de normas capaz de conferir respostas às demandas sociais (ALMEIDA, 2008).

Isso porque em grande parte das vezes, a solução para casos envolvendo bens transindividuais envolve a solução de litígios com alta carga de complexidade (*ex vi* os recentes casos de crimes ecológicos e crimes contra a vida nas barragens de Mariana e Brumadinho em Minas Gerais) e, pois, dilemas relevantes envolvendo a representação de interesses públicos e privados envolvidos e questões atinentes à legitimação extraordinária do Ministério Público, a própria resolução dos problemas e a efetiva proteção dos direitos envolvidos.

Nesse sentido, a proposta de (re)pensar o problema da tutela dos bens jurídico-penais coletivos se revela de grande utilidade para uma compreensão mais profunda do exercício da persecução penal, pois inaugura um novo enfoque, que prioriza o questionamento acerca do próprio fenômeno do direito processual penal. Isso porque a pretensão punitiva não pode ser exercida de forma discricionária e aleatória: ao contrário, a aplicação de uma sanção exige procedimento dotado de garantias e que assegure a adequada incidência da lei penal, inclusive no que concerne à tutela de bens jurídicos coletivos.¹⁰

No âmbito criminal, a Criminologia, a Política Criminal e o Direito Penal não são disciplinas estanques, mas complementares: representam três importantes aspectos, quais sejam, o explicativo-empírico (Criminologia), o decisional (Política Criminal) e o normativo (Direito Penal). A esses aspectos, acrescentamos ainda o viés executivo (Execução Penal) e o instrumental (Direito Processual Penal), agora dotado não apenas de um aspecto individual, mas também coletivo (Direito Processual Penal Coletivo).

Enquanto sistema único, comunica-se ainda com outras disciplinas (Medicina Legal, Sociologia, Filosofia, entre outras), compondo um saber transdisciplinar.

Nesse contexto, o Direito Processual Penal Coletivo é caracterizado pelo seu caráter dogmático e ausência de codificação própria, sendo responsável por fazer atuar o direito penal coletivo (caráter instrumental).

¹⁰ Para uma análise aprofundada do tema, conferir: ALMEIDA; COSTA, 2019.

Ocorre que, tradicionalmente, o Processo Coletivo é classificado em duas categorias: o Processo Coletivo Comum e o Processo Coletivo Especial. Cada uma das espécies apresenta características próprias que a distingue da outra. A título exemplificativo, o Direito Processual Coletivo comum adota o princípio da disponibilidade motivada da ação coletiva, ao passo que no processo coletivo especial prevalece o princípio da impossibilidade de desistência da ação.

Contudo, abrem-se agora os horizontes para uma terceira espécie e que tem sido usualmente esquecida pela doutrina: o Direito Processual Penal Coletivo. Trata-se de área do conhecimento que deve observância a um conjunto de princípios, garantias, regras e deveres constitucionais e infraconstitucionais, através do qual são realizadas investigações e a persecução penal das infrações penais que atingem bens penais de titularidade coletiva, inclusive no que concerne à execução penal.

Assim, a nota distintiva do Processo Penal Coletivo são os bens jurídicos tutelados, dotados de natureza coletiva – difusos, coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos. Não por outro motivo é que se pode sustentar que o Direito Processual Penal Coletivo possui natureza de garantia constitucional fundamental social.” (ALMEIDA; COSTA, 2019, p. 141)

Em verdade, o Direito Processual Penal Coletivo tem como fundamento:

O devido processo legal em sua dimensão social, na natureza constitucional dos bens jurídico-penais coletivos como direitos fundamentais da sociedade e no dever constitucional de organização dos procedimentos e dos processos penais coletivos. Em suma, trata-se de um novo paradigma de atuação, composto por um conjunto de princípios, regras, garantias e deveres processuais e procedimentais que disciplinam as investigações nas infrações penais que atinjam bens penais de titularidade coletiva, assim como as garantias processuais instrumentais de tutela coletiva em geral na área penal, incluída a tutela jurídica coletiva na execução penal e na defesa da segurança pública.” (ALMEIDA; COSTA, 2019, p. 142)

De forma didática, pode-se conceituar o Direito Processual Penal Coletivo, nos termos do seu objeto formal, como:

[...] a área do Direito Processual Penal composta por um conjunto de princípios, garantias, regras e deveres processuais constitucionais e infraconstitucionais que disciplina a ação penal coletiva, a jurisdição penal coletiva, o processo penal coletivo, a defesa no processo penal coletivo e a coisa julgada penal coletiva. Integra, assim, o Sistema do Direito Processual Penal Coletivo, o conjunto de princípios, garantias, regras e deveres processuais e procedimentais que disciplina as investigações nas infrações penais que atinjam bens penais de titularidade coletiva, assim como as garantias processuais instrumentais de tutela coletiva em geral na área penal, incluída a tutela jurídica coletiva na execução penal e na segurança pública. (ALMEIDA; COSTA, 2019, p. 145-146)

Partindo dessas premissas, o Processo Coletivo pode ser classificado da seguinte forma: 1. Processo Coletivo Comum, que se subdivide em a) Processo Coletivo Comum Cível e b) Processo Coletivo Comum Penal; 2. Processo Coletivo Especial, que se subdivide em: a) Processo Coletivo Especial Cível e b) Processo Coletivo Especial Penal.

Assim, o processo coletivo comum cível é caracterizado pela existência de um caso concreto a ser solucionado, ou seja, por um efetivo conflito de interesses ou uma ameaça de violação a um direito difuso, coletivo em sentido estrito, individual homogêneo ou individual indisponível. Trata-se de ramo que admite basicamente cinco diferentes espécies de ação: 1) a ação popular; 2) a ação civil pública; 3) a ação de improbidade administrativa; 4) o mandado de segurança coletivo; e 5) o mandado de injunção coletivo.

De outro modo, o processo coletivo comum penal é caracterizado pela violação *in concreto* de bens jurídico-penais de natureza coletiva. Em outras palavras, não se tutela bens jurídico-penais individuais ou a norma de forma abstrata, mas apenas casos nos quais tenha havido a violação concreta de bens jurídico-penais coletivos, *v.g.*, o meio ambiente, o patrimônio público, entre outros. Admite-se, para tanto, a utilização de diversas espécies de ações, dentre as quais se podem mencionar: 1)

a ação penal coletiva;¹¹ 2) o mandado de segurança coletivo criminal; e 3) o *habeas corpus* coletivo.

No que concerne ao processo coletivo especial, caracteriza-se pela ausência de solução de um conflito de interesses decorrente da violação ou ameaça de lesão a um direito difuso, cingindo-se à análise da constitucionalidade de lei em tese. Em outras palavras, tutela-se a coerência e integridade constitucional do ordenamento jurídico (direito difuso), preservando-o de eventuais violações, sem resolver o problema social. Divide-se em processo coletivo especial cível, quando tutela a integridade do ordenamento jurídico na esfera cível, e processo coletivo especial penal, quando analisa a constitucionalidade de norma sob o aspecto criminal.

Certo é, como brevemente salientado, que não se busca aqui traçar as linhas dogmáticas de um modelo de processo penal coletivo que poderia ser pensado sob a ótica do processo civil tradicional ou até mesmo sob a perspectiva dos processos estruturais.

De qualquer sorte, inevitável compreender que o aumento considerável de demandas complexas envolvendo bens jurídicos difusos vem exigindo do Poder Judiciário medidas que vão além de um simples julgamento de procedência ou improcedência da ação penal. No acertado dizer de Nunes, Cota e Faria, o Judiciário cada vez mais está sendo instado a decidir implementando políticas públicas ou aquilo que denominam de “medidas estruturais”:

Em suma, as medidas estruturais são aquelas que envolvem conflitos multipolares, de elevada complexidade, cujo objetivo é promover valores públicos e os direitos fundamentais pela via jurisdicional, mediante transformação de uma instituição pública

¹¹ A ação penal coletiva “[...] afigura-se como uma das principais figuras do Direito Processual Penal Coletivo, apresentando como característica distintiva da ação penal individual a tutela de direitos transindividuais. Em verdade, trata-se de demanda proposta por legitimado autônomo (Ministério Público) em defesa de um direito ou interesse coletivo amplamente considerado. A ação penal coletiva assume especial relevância quando atentamos para os crimes que afetam uma coletividade de pessoas, tal como sói acontecer com certos crimes contra a ordem econômica (v.g., dumping, combinação de preços entre concorrentes, dentre outros), contra o meio ambiente, contra as relações de consumo (v.g., crime de publicidade enganosa), os crimes de colarinho branco em geral, entre outros.” (ALMEIDA; COSTA, 2019, p. 204-205).

ou privada. Há a necessidade de reorganização de toda uma instituição, com a alteração de seus processos internos, de sua estrutura burocrática e da mentalidade de seus agentes, para que ela passe a cumprir sua função de acordo com o valor ou direito afirmado na decisão. Assim, essa nova tipologia de conflitos acaba por influenciar na conformação de um novo papel ao Poder Judiciário, de caráter gerencial e de consolidação de valores públicos. Outrossim, os litígios estruturais demandam o estabelecimento de um processo participativo e marcadamente policêntrico, que seja capaz de abarcar os diversos interesses existentes, com o intuito de estabelecer uma relação dialógica e contínua para a concretização de direitos fundamentais e quebrar a lógica processual individual bipolar que ainda domina a seara processual. (NUNES, COTA e FARIA, 2018, p. 369)

Não se pretende traçar, portanto, a forma como deve se dar a tutela de bens jurídico-penais individuais ou a tutela do próprio ordenamento, mas do exercício da pretensão punitiva estatal nas hipóteses em que tenha havido a violação concreta de bens jurídico-penais coletivos.

A esfera criminal é a forma tradicional de atuação dos Membros do Ministério Público, uma vez que a Instituição, muito antes da Constituição de 1988, já era responsável pelo ajuizamento da ação penal pública. Contudo, até recentemente sequer se fazia a diferenciação dos instrumentos utilizados para o exercício da persecução em relação à natureza dos bens jurídicos tutelados (individuais ou coletivos em sentido amplo). Diante da insuficiência desse modelo, torna-se necessário problematizar os institutos processuais que compõem e demandam um novo paradigma.

Em verdade, a mudança deve ocorrer não apenas no plano legislativo, mas também na mentalidade dos operadores do Direito e dos membros do Ministério Público de modo a encampar a indispensabilidade da tutela transindividual, priorizando a máxima efetividade dos direitos coletivos. Para tanto, a tutela processual dos direitos coletivos em âmbito criminal admite toda e qualquer espécie de demanda ou pleito judicial, incluindo não apenas aqueles previstos na Constituição, mas todo o instrumental disponibilizado pelo Código de Processo Penal, pelo Código de Processo Civil, pelo microssistema Processual Coletivo e pela legislação especial que regulamenta a matéria (ALMEIDA; COSTA, 2019).

Nesse diapasão, o Direito Processual Penal Coletivo é responsável pelo adequado tratamento das questões afetas ao exercício da pretensão punitiva no âmbito do Direito Penal Coletivo. Aborda o crime sob o aspecto normativo-adjetivo, sempre com fulcro na tutela dos bens jurídico-penais coletivos, tal como sói acontecer com os efeitos da coisa julgada material coletiva, a colaboração premiada coletiva, a competência, dentre outros institutos.¹²

Diante desse cenário, o processo hermenêutico no Processo Penal Coletivo não pode ser aquele usualmente utilizado pelas demais disciplinas. Ao regulamentar o exercício da pretensão punitiva estatal em âmbito coletivo, é necessário atentar, resguardar e promover a dignidade humana e os sujeitos de direito atingidos pela infração penal em âmbito coletivo, o que torna extremamente complexa a sua concretização. Assim, a simplificação exegética é insuficiente para a solução de feitos penais coletivos, visto que a complexidade da temática, atrelada a necessidade de se conferir um tratamento interdisciplinar, exige a integração dos aspectos jurídicos, sociais, políticos, históricos e econômicos.¹³

Apenas a título exemplificativo, merece especial atenção merece o julgamento do *Habeas Corpus* Coletivo nº 143.641/SP, pelo Supremo Tribunal Federal. Trata-se de pedido formulado em favor de mulheres presas preventivamente que ostentam a condição de gestantes, de puérperas ou de mães de crianças sob sua responsabilidade, bem como em nome das próprias crianças, em virtude da nova redação conferida ao artigo 318, incisos III, IV e V, do Código de Processo Penal, pela Lei nº 13.257/16. Vejamos:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV - gestante; V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

¹² Cf. ALMEIDA; COSTA, 2019.

¹³ Cf. ALMEIDA; COSTA, 2019.

O feito apresentou efetiva natureza coletiva, visto que a decisão abrangeu todas as pessoas “relacionadas no processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição.”

Ao final, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal concedeu a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319, do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas no processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurasse tal condição.

O julgado tutelou direito individual homogêneo, nos termos do art. 81, parágrafo único, III, do Código de Defesa do Consumidor, visto que houve a apresentação, pelo DEPEN e por outras autoridades estaduais, de listas contendo os nomes e os dados das mulheres presas preventivamente que estavam em gestação ou eram mães de crianças sob suas guardas. Contudo, o STF estendeu a ordem de ofício a todas as demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional.

Em suma, não obstante a existência de discussão doutrinária sobre a forma como utilizado o remédio heroico, o HC nº 143.641/SP representou verdadeiro marco na jurisprudência do STF, coroando o novo paradigma coletivo na tutela penal no Brasil.

Dois obstáculos, contudo, existem à implementação do Direito Processual Penal Coletivo. O primeiro deles é a ausência de sistematização legal, ou seja, de um diploma normativo que unifique o tratamento da matéria, o que dificulta a adequada aplicação desse ramo do conhecimento. O segundo é a necessidade de uma mudança de mentalidade dos operadores do Direito, de modo a vislumbrar as potencialidades e limitações dos institutos processuais em âmbito coletivo.

Com o intuito de evitar uma abordagem superficial, este trabalho promove um recorte epistemológico. A abordagem holística exigiria uma análise de alguns institutos estruturais do Direito Processual Penal Coletivo, o que envolve, necessariamente, por força da cláusula pétrea

contida no art. 129, inciso I da Carta Magna uma crítica ao papel do Ministério Público brasileiro.

5. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, DIREITO PROCESSUAL PENAL COLETIVO E NOVO MODELO DE MINISTÉRIO PÚBLICO

Na defesa do regime democrático não é necessária apenas a garantia da defesa de direitos e liberdades contra o Estado, mas se “exige também a defesa dos mesmos contra quaisquer poderes sociais de facto” (MACHADO, 2007, p. 59). Nessa linha, “poderá afirmar-se que a ideia de Estado de Direito se demite de sua função quando se abstém de recorrer aos meios preventivos e repressivos que se mostrarem indispensáveis à tutela da segurança, dos direitos e liberdades dos cidadãos” (MACHADO, 2007, p. 59).

A Revolução Francesa no século XVIII impôs a democracia, governo do povo, pelo povo e para o povo, como a forma mais adequada de governo, ainda que não houvesse outra opção legitimamente cabível.

Ocorre que uma aparente democracia ou uma ‘democracia de fachada’ pautada pelas injustiças sociais de uma sociedade competitiva, com bolsões de desemprego e marginalidade, aumenta ainda mais a exigência de uma Política legislativa e criminal que atenda a um mínimo de racionalidade (MORAES; SMANIO, 2010).

A ordem constitucional brasileira, apesar de seu aparente espírito igualitário, não é capaz, por si só, de reverter o contexto de iniquidade social nem sequer de criar as condições políticas para a inclusão de setores expressivos da população nos quadros da cidadania formalmente regulada (CAMPILONGO, 2000, p. 56).

Diante desse cenário, resta evidente que essa ilusória democracia passa por crise profunda de legitimidade, seja porque a fé na democracia brasileira está abalada, seja porque não há acordo pacífico sobre quem é o ‘povo’. Como se conceber, pois, um Estado Democrático de Direito em circunstâncias tais? (CAMPILONGO, 2000, p. 62).

A sobrevivência do Estado Democrático de Direito impõe, necessariamente, a proteção da moralidade e da probidade administrativa

nos atos administrativos em geral, exaltando as regras de boa administração e extirpando da gerência dos negócios públicos agentes que ostentam inabilitação moral para o exercício de funções públicas (MARTINS JR., 2001, p. 2). Nesse diapasão, Campilongo realiza um perfeito diagnóstico da questão:

Nossas instituições representativas caracterizam-se pela completa irresponsabilidade política. Fogem de todas formas de controle e prestação de contas. Sustentam um sistema de dominação privatizado, de troca de favores com o Executivo e de partidos oportunistas. Em última análise, a negação de todos os princípios republicanos. [...] Nas palavras de O'DONNELL, temos uma 'cidadania de baixa intensidade', onde os direitos políticos são respeitados às custas do não reconhecimento dos direitos liberais à maioria da população. (2000, p. 57-59).

5.1. A NECESSIDADE DE UMA POLÍTICA CRIMINAL MAIS EFETIVA

Como é cediço, proteger bens transindividuais implica adotar escolhas racionalmente difíceis, tanto no tocante à seleção desses bens, quanto no tocante à técnica para positivação que, como se demonstrará, tem sido utilizada na forma de antecipação da tutela: tipificação de atos preparatórios e adoção de tipos de perigo abstrato, normas penais em branco, tipos omissivos impróprios e infrações de mera conduta, entre outros (MORAES; SMANIO, 2010).

Ao tratar da ação penal para defesa de interesses difusos, Mazzilli sustenta que o direito de punir não configura interesse difuso, nem coletivo, nem individual homogêneo: como decorrência ou expressão direta da soberania estatal, seria interesse público em sentido estrito (MAZZILLI, 2004, p. 211).

Em que pese a argumentação do Ilustre jurista no sentido de que a defesa da probidade administrativa “não envolve interesse transindividual (de grupos, classes ou categorias de pessoas), mas sim interesse público primário (bem geral da coletividade)” (MAZZILLI, 2004, p. 173), parece-nos mais acertada a natureza de bem difuso, defendida pela maior parte da doutrina (MANCUSO, 1994, p. 86), eis que se verifica, nesta

hipótese, vítimas indeterminadas, além da falta de visibilidade imediata dos danos causados.

Firmadas tais premissas, reconhecida a transição do modelo de política criminal por conta dos novos bens e demandas da sociedade moderna, questiona-se: mudou o Ministério Público para a prevenção criminal e atuação criminal difusa na proteção de bens difusos e coletivos? A resposta parece ser, ao menos por ora, negativa.

No afã de se construir um direito penal consentâneo com o constitucionalismo e com os anseios sociais contemporâneos -, impende serem intensificados de forma robusta e transparente os laços de condicionamento entre Democracia e direito penal (MANCUSO, 1994, p. 86).

Além do art. 127, da Carta Política, faz-se necessário ressaltar o disposto no art. 37, da Constituição, que apresenta prescrição ao Ministério Público de caráter vinculativo: a pretensão político-normativo configura um dever-ser. Em outros termos, a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes e de qualquer dos entes federativos obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (MORAES; SMANIO, 2010).

Como se vê, o Direito já está previsto, assim como o instrumento¹⁴. Tudo legitimado materialmente, eis que previsto na Lei Maior. Falta, ao que parece, uma regulamentação jurídica através de um micro-sistema que forneça uma segurança jurídica maior para esse novo modelo de atuação, mas antes disso, como sempre foi a tradição do Ministério Público brasileiro: falta que seus membros assumam, com evidente mudança cultural, seu papel de protagonista na defesa desses interesses essenciais ao Estado Republicano, à Democracia e à sociedade (MORAES; SMANIO, 2010).

5.2. PROPOSTA DE UMA NOVA INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONSTRUÇÃO DE UM SISTEMA DE DIREITO PROCESSUAL PENAL COLETIVO

Mudou a sociedade, mudou o Direito. E o Ministério Público precisou e vem precisando se aperfeiçoar a essas transformações.

¹⁴ Art. 129, I e II c/c art. 127, CF.

Bello, nesse sentido, destaca que “instituições como o Ministério Público possuem enorme responsabilidade no exercício e na inspeção de missões republicanas de valorização da coisa pública como o combate à corrupção”, eis que, como é sabido, o pensamento republicano é tradicionalmente concebido enquanto elemento embaixador de teorias de formas de governo e da liberdade, norteadas pela ideia central de *res publica* (coisa pública ou comum a todos os cidadãos) (BELLO, 2007, p. 264-265).

Partindo dessas premissas, a nova intervenção do Ministério Público no Processo Penal Coletivo exige uma mudança cultural e, consequentemente, normativa.

Embora o tratamento dispensado à matéria pela doutrina seja incipiente, o membro do Ministério Público deve estar preparado para atuar em conformidade com os novos paradigmas. Para tanto, deve utilizar de forma eficiente e “estratégica” os instrumentos e métodos de investigação, bem como os recursos extrajudiciais e judiciais disponíveis, visando, ainda, à prevenção e à tempestiva correção dos danos causados pelos delitos que afetam bens jurídicos coletivos (BECK, 2010). E mais: é necessário atuar sob a perspectiva do “litígio estratégico”.

Os litígios estratégicos, conhecidos no Direito Norte-americano como *public interest litigation* ou *high impact litigation*, buscam realizar transformações sociais a partir da consolidação de precedentes sobre temas emblemáticos, os quais acabam por influenciar a implementação de políticas públicas:¹⁵

[...] o litígio estratégico busca por meio do uso do judiciário e de casos paradigmáticos, alcançar mudanças sociais. Os casos são escolhidos como ferramentas para transformação da jurisprudência

¹⁵ “Quanto aos demais objetivos, mudanças legislativas e nas políticas públicas, é necessário que seja possível um diálogo entre a decisão judicial e o Poder Executivo, provocando-o a ter uma atenção especial em relação à temática na gestão de suas políticas públicas, e também com o Poder Legislativo, ordenando-o ou fomentando-o a editar/alterar leis que deem aplicabilidade e concreção aos direitos discutidos em juízo. Grande exemplo dessa situação ocorre no caso do mandado de injunção (artigo 5º, inciso LXXI da CF/88 e Lei nº 13.300 de 2016) em que se busca a defesa de direitos subjetivos em face da omissão do legislador” (VINCENZI; ALVES; REZENDE, 2016, p. 224).

dos tribunais e formação de precedentes, para provocar mudanças legislativas ou de políticas públicas. (CARDOSO, 2011, p. 365-366)

As ações penais coletivas refletem bem o ideal de litigiosidade estratégica, uma vez que envolvem amplo espectro social (VINCENZI; ALVES; REZENDE, 2016, p. 226). Assim, o litígio estratégico, especialmente no âmbito do Processo Penal Coletivo, difere do andamento processual em âmbito individual. Trata-se de uma combinação de técnicas jurídicas, políticas e sociais que abrangem desde a fase pré-processual até a prolação da sentença, buscando alcançar efetivas mudanças na esfera social (COSTA, 2017, p. 13).

Como bem acentuam Almeida e Mello Neto,

A principiologia que rege o Direito Coletivo (princípio democrático, solidariedade coletiva, transformação social, aplicabilidade imediata dos direitos coletivos fundamentais, etc.) deve traçar a nova forma de atuação do Estado brasileiro e das suas instituições de defesa social, impondo o surgimento no País de um constitucionalismo inovador e comprometido com a implantação de uma sociedade mais livre, justa e solidária, nos termos dos Objetivos Fundamentais da República Federativa do Brasil, consagrados expressamente no art. 3º da CF/88. (2011, p. 84-85)

Assim, o conceito de litígio estratégico a ser adotado pelo Membro do Ministério Público deve envolver não apenas “situações de usual negativa à ampliação no reconhecimento de um determinado direito a um grupo de pessoas combinadas a uma possível inércia do Poder Legislativo” (VINCENZI; ALVES; REZENDE, 2016, p. 223) em normatizar a matéria, utilizando-se “o Poder Judiciário por meio de casos com potencial paradigmático, no intuito de: a) possibilitar a formação ou mudança de precedente junto às Cortes Supremas (STF e STJ); b) fomentar a discussão a respeito de mudanças legislativas; e c) provocar alteração nas políticas públicas” (VINCENZI; ALVES; REZENDE, 2016, p. 223), mas também a uma atuação teleológica, voltada para a uniformidade na atuação ministerial (evitando que promotores adotem posições distintas em feitos coletivos similares), a celeridade na tramitação do feito, a “desburocratização” do andamento processual (v.g., evitando a interposição de recursos que podem implicar

na mudança de decisão secundária e de somenos importância) e a máxima efetividade na tutela dos interesses da sociedade. (COSTA, 2017, p. 14).

Adotados estes fundamentos, surge a questão acerca das formas de atuação do Ministério Público no Direito Processual Penal Coletivo. Tradicionalmente, as formas de atuação do Ministério Público no Processo Coletivo são divididas em duas categorias, quais sejam, parte e fiscal da ordem jurídica.

A distinção só tem razão de ser quando o termo “parte” faz referência às “partes na demanda”. Nesse caso, o Ministério Público atua tanto como parte, como fiscal da ordem jurídica. De outro modo, quando se toma como base a ideia de “partes no processo”, todas as formas de atuação ministerial estão incluídas no conceito de parte, seja como autor, réu ou fiscal da ordem jurídica (NEVES, 2016, p. 261-262).

No que concerne ao polo ativo, o Ministério Público tem ampla legitimidade para a propositura da ação penal coletiva, em conformidade com o artigo 129, inciso I, da Constituição. Isso porque a Carta Magna sustenta expressamente que incumbe ao Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei, não fazendo qualquer distinção quanto à ação penal individual e a coletiva. Assim, inviável a realização de exegese restritiva.

Essa cláusula pétrea – monopólio da ação penal pública – não deve ter seu exercício pautado pela obrigatoriedade: é da essência do processo penal coletivo e da tutela de bens difusos e coletivos a possibilidade, à luz de uma proteção suficiente e eficiente dos interesses transindividuais, a possibilidade de acordo.

Além disso, o art. 80, do Código de Defesa do Consumidor, estabelece que no processo penal atinente aos crimes que envolvam relações de consumo, 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, se a denúncia não for oferecida no prazo legal. Assim, ao disciplinar as entidades que podem figurar como assistentes do Ministério Público ou proporem a ação penal subsidiária, o Código do Consumidor encampou a legitimidade da Instituição para a propositura da ação penal coletiva.

No que concerne à possibilidade de formação de litisconsórcio por membros de Ministérios Públicos distintos, inexistente qualquer problema,

tendo em vista que incide subsidiariamente no âmbito processual penal coletivo o art. 5º, § 5º, da Lei n. 7.347/85, em atenção ao microsistema processual coletivo.

Ademais, óbice algum existe à atuação de determinadas entidades na qualidade de assistentes de acusação. Nesse sentido, os artigos 80¹⁶ e 82¹⁷ do Código de Defesa do Consumidor dispõem expressamente que, no processo penal atinente aos crimes que envolvam relações de consumo, poderão intervir, como assistentes do Ministério Público, as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses protegidos pelo Código, e as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código.¹⁸

Do mesmo modo, o art. 26, parágrafo único, da Lei n. 7.492/86, admite a assistência da Comissão de Valores Mobiliários - CVM quando o crime tiver sido praticado no âmbito de atividade sujeita à disciplina e à fiscalização dessa Autarquia, e do Banco Central do Brasil quando, fora daquela hipótese, houver sido cometido na órbita de atividade sujeita à sua disciplina e fiscalização¹⁹.

¹⁶ Art. 80. No processo penal atinente aos crimes previstos neste código, bem como a outros crimes e contravenções que envolvam relações de consumo, 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, se a denúncia não for oferecida no prazo legal.

¹⁷ Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; IV - 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, dispensada a autorização assemblear.

¹⁸ Para uma análise aprofundada da matéria, conferir: ALMEIDA; COSTA, 2019, p. 211.

¹⁹ Art. 26, parágrafo único - Sem prejuízo do disposto no art. 268 do Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, será admitida a assistência da Comissão de Valores Mobiliários - CVM, quando o crime tiver sido praticado no âmbito de atividade sujeita à disciplina e à fiscalização dessa Autarquia, e do Banco Central do Brasil quando, fora daquela hipótese, houver sido cometido na órbita de atividade sujeita à sua

Igualmente, no âmbito dos processos penais coletivos, o Ministério Público atua como fiscal da ordem jurídica quando são ajuizadas ações penais coletivas subsidiárias, verificando a instauração e o desenvolvimento do processo, assim como o cumprimento da lei e da Constituição. Nesses casos, incumbe à Instituição aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova e interpor recursos, em exegese analógica ao estabelecido pelo artigo 29, do Código de Processo Penal.²⁰

Perceba-se que, uma vez ajuizada ação penal coletiva subsidiária e havendo negligência do autor da demanda, o Ministério Público poderá retomar a ação como parte principal, promovendo o seu devido andamento, de forma similar ao disposto no artigo 29, do Código de Processo Penal.²¹

A policentria é um paradigma de inúmeros casos envolvendo a lesão de bens individuais e, como tal, havendo vários atores direta ou mediamente envolvidos, deve o Ministério Público tornar efetiva e concreta a participação dos beneficiados e atingidos para tornar concretamente legítima sua atuação como substituto processual²². Um dos dilemas a ser enfrentado na construção de um processo penal coletivo será, portanto, franquear canais e instrumentos distintos de participação na solução da causa, muito além da própria assistência litisconsorcial, como a realização de consultas e audiências públicas obrigatórias quando se tratarem de causas com alto grau de complexidade.

Ao lado dessas questões voltadas à atuação sob a forma de litígios estratégicos e novas formas de atuação no polo ativo da demanda, é preciso repisar e reconhecer que a atuação em um processo penal coletivo tende a se dar de forma preponderantemente extrajudicial (focada na prevenção), na forma de acordos, barganhas e não persecução penal (termos de ajustamento de condutas em matéria criminal), orientados por causas (sem necessária vinculação às definições territoriais e jurisdicionais hoje

disciplina e fiscalização. Para uma análise aprofundada da matéria, conferir: ALMEIDA; COSTA, 2019, p. 212.

²⁰ Sobre o tema, conferir: ALMEIDA; COSTA, 2019.

²¹ Sobre o tema, conferir: ALMEIDA; COSTA, 2019.

²² V. nesse sentido o art. 2º, parágrafo único do PL n. 8058/2014, da Câmara dos Deputados que institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências.

existentes) e, em especial, com orientação, sobre as prioridades de atuação de forma *interdependente* por laboratórios de jurimetria²³ (MORAES; DEMERCIAN, 2017).

Nesse sentido, o modelo de Agência²⁴ já defendido em Congresso Criminal do Ministério Público de São Paulo (MORAES; DEMERCIAN, 2017) representaria uma forma adequada de agir no âmbito do Direito Processual Penal Coletivo, permitindo a discussão, a implementação e a criação do futuro Sistema de Direito Processual Penal Coletivo, como historicamente se deu nas conquistas e novas atribuições institucionais.

Como bem acentuam Nunes, Cota e Faria, há um específico rol de princípios que compõem a fundação dos processos estruturais e que devem pautar a construção dessa nova dogmática processual: “o princípio democrático; o contraditório; a máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva; a harmonização dos valores em jogo; respeito e proteção da dignidade da pessoa humana; a atipicidade dos meios executivos, entre outros” (2018, p. 373)²⁵.

²³ Define-se a jurimetria em matéria criminal como ramo da Criminologia que utiliza a metodologia estatística para investigar o funcionamento do conjunto de normas penais e extrapenais, que se prestam à proteção de bens e servem como instrumento de controle social (MORAES, 2016, p. 274). O uso da jurimetria como mecanismo automático para subsidiar a forma de atuação repressiva (eficiência no combate à criminalidade com possibilidade verificação e controle externo da atividade policial e investigação criminal subsidiária), permitirá, naturalmente, prognósticos e a identificação de causas de agir na promoção de inquéritos civis e ações civis públicas por conta da violação de direitos sociais não implementados e que contribuem para alimentar as disfunções sociais. (MORAES; DEMERCIAN, 2017, p. 25).

²⁴ O modelo de agência – com promotores e procuradores de justiça, com analistas jurídicos, técnicos (peritos), analistas de dados ou de jurimetria, com a eleição de uma atuação preventiva e repressiva simultaneamente (inclusive com a colegitimação para a ação civil pública, para o inquérito civil etc) e, finalmente, mitigando a ideia de atuação vinculada ao poder judiciário, ao território e priorizando uma atuação voltada para as causas que podem ultrapassar limites territoriais tradicionais de uma comarca – é fundamental rever e conciliar os princípios institucionais previstos no §1º do art. 127 da Constituição da República, de modo que convivam de modo harmônico na feição democrática que se espera do Ministério Público. (MORAES; DEMERCIAN, 2017, p. 25).

²⁵ Nesse mesmo sentido, buscando inovar na flexibilização dos tradicionais institutos do processo civil, veja-se o teor do PL n. 5139/2009 da Câmara dos Deputados.

Ao lado de se pensar uma forma de atuação pautada pelo membro do Ministério Público do fato (que resolva as questões de natureza cível e criminal de forma mais eficiente e resolutiva), de maior participação e consulta dos titulares diretos ou mediatos envolvidos e de uma nova estrutura de atuação do próprio Ministério Público orientada também pela discricionariedade e pela busca de acordos mais vantajosos para o interesse público e social como o mencionado modelo de agência, é preciso reconhecer que a própria ideia de execução, tal qual se dá no âmbito cível, deve ser repensada.

Nesse aspecto, relevante a sugestão de Nunes, Cota e Faria, segundo os quais, as partes estariam, dependendo do caso em litígio, autorizadas a definirem meios atípicos de execução, aptos à satisfação de direitos, desde fixados com vistas ao respeito e proteção da dignidade da pessoa humana: “a ampla participação, o contraditório pleno e a comparticipação abrem espaço para que os atores processuais negociem não apenas sobre o procedimento, mas também sobre o próprio direito material tutelado, apontando, em conjunto, para as soluções cabíveis, aplicáveis e efetivas para a mudança institucional que se espera” (2018, p. 376).

Enfim, essas primeiras ideias e problematizações almejam fomentar um repensar do processo voltado para a promoção de medidas estruturais, que permitam, por meio do Direito Processual Penal Coletivo, não só a adequada compreensão das características do litígio – em toda a sua complexidade e conflituosidade –, mas também a oitiva dos diferentes grupos de interesses, bem como a elaboração, a implementação e a fiscalização de um plano de “correção” do funcionamento das diversas instituições, tudo visando garantir efetivos resultados sociais.²⁶

²⁶ Nesse sentido, Vitorelli conceitua o processo estrutural como sendo “um processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura burocrática, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural. Essencialmente, o processo estrutural tem como desafios: 1) a apreensão das características do litígio, em toda a sua complexidade e conflituosidade, permitindo que os diferentes grupos de interesses sejam ouvidos; 2) a elaboração de um plano de alteração do funcionamento da instituição, cujo objetivo é fazer com que ela deixe de se comportar da maneira reputada indesejável; 3) a implementação desse plano, de modo compulsório ou negociado e, 4) a fiscalização dos resultados da implementação, de forma a garantir o resultado social pretendido no início do processo, que é a correção

CONCLUSÕES

1. As últimas décadas foram marcantes para a transformação do papel do Estado e, em especial, do Ministério Público na proteção da sociedade.
2. Inúmeras mudanças ainda estão por vir, especialmente nesse tempo social pós-moderno, de transição e de riscos incalculáveis, em que novas demandas ao direito penal e processual penal são constantemente apresentadas.
3. A dogmática penal pós-88 demonstra a tentativa de se adaptar a essas novas realidades, ocasionando a coletivização dos litígios também na esfera criminal.
4. Contudo, o descompasso com a tutela processual tem impulsionado a necessidade de construção de uma nova área de conhecimento, denominada Direito Processual Penal Coletivo, da qual se vale o Estado para a imposição de sanção penal ao autor do fato delituoso que viola bens jurídico-penais coletivos e que prima pelo respeito aos direitos fundamentais e pela efetividade do sistema criminal.
5. Para além da sistematização legal, seja seguindo uma concepção civilista, seja de litígios estratégicos ou estruturais, a mudança de mentalidade dos operadores do Direito é fundamental, de modo a permitir uma verdadeira ruptura paradigmática com a forma de se ver e conceber uma atuação preventiva, preponderantemente extrajudicial, com juízo de oportunidade e possibilidade de acordos, investigativa e repressiva até então atrelada ao aspecto individual e que, invariavelmente, demandará uma atuação focada em causas e desvinculada das limitações jurisdicionais e territoriais hoje existentes.
6. Não se pretende no presente artigo construir o modelo de Direito Processual Penal Coletivo, mas tão somente alertar para

da violação e a obtenção de condições que impeçam sua reiteração futura.” (VITORELLI, 2019, p. 1583).

os riscos associados à ausência de exploração dessa nova área, sob pena de prevalecer a impunidade ou ineficiência, em decorrência da ausência de efetividade e eficácia das técnicas usuais de combate à criminalidade em hipóteses de violações a bens jurídicos transindividuais, além de evidenciar a necessidade de que o Ministério Público brasileiro – como titular exclusivo da ação penal pública e como principal colegitimado a agir na tutela de bens difusos e coletivos – repense e discuta um novo modo de agir consentâneo com esse novo modelo, atuando de forma estratégica e promovendo medidas estruturais.

REFERÊNCIAS

ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. *Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco: Aspectos Críticos e Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual coletivo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA; Gregório Assagra de. COSTA, Rafael de Oliveira. *Direito processual penal coletivo - A Tutela Penal dos Bens Jurídicos Coletivos: Direitos ou Interesses Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Material Coletivo: Separação da Summa Divisio Direito Público e Direito Privado por uma nova Summa Divisio Constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de Almeida; MELLO NETO, Luiz Philippe Vieira de. Fundamentação constitucional do direito material coletivo e do direito processual coletivo: reflexões a partir da nova summa divisio adotada na CF/88 (TÍTULO II, CAPÍTULO I). *Revista TST*, Brasília, vol. 77, n. 3, jul/set 2011.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*. Revista de Processo, v. 225, 2013.

BARRETO, Tobias. *Introdução ao Estudo do Direito: Política Brasileira*. São Paulo: Landy, 2001.

BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco – Rumo a uma outra Modernidade*. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BELLO, Enzo. *Perspectivas para o Direito Penal e para um Ministério Público Republicano*. 1. ed. São Paulo: Lumen Júris, 2007.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRICOLA, Franco. *Teoria Generale del reato. Estratto dal “Nuovissimo Digesto Italiano”*. Torino: Utet, 1973, t. 9.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003.

CARDOSO, Evorah. *Ciclo de vida do litígio estratégico no sistema interamericano de direitos humanos: dificuldades e oportunidades para atores não estatais*. Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja, Ano V, número especial, 2011.

CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. *Crime e Sociedade Complexa*. Campinas: LZN, 2005.

COSTA, Rafael de Oliveira. *Do Futuro do Ministério Público: Efetividade de Políticas Públicas e Litígio Estratégico no Processo Coletivo*. In: BARBOSA, Renato Kim (Org.). *O Futuro do Ministério Público*. São Paulo: APMP, 2017.

DIP, Ricardo; MORAES Jr., Volney Corrêa Leite de. *Crime e Castigo – Reflexões Politicamente Incorretas*. Campinas: Millennium, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FISS, Owen. *As formas de Justiça*. In: WATANABE, Kazuo (et al) (org.). *O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: JusPODIVM, 2017.

HASSEMER, Winfried. *Três Temas de Direito Penal*. Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

HUNGRIA Hoffbauer, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, Tomo 1º, 1955.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2000.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia del Rischio*. Milão: Burno Mondadori, 1996.

FELDENS, Luciano. *Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MACHADO, João Baptista. *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. 1ª ed., Coimbra: Almedina, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. 8. ed. São Paulo: RT, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos – Conceito e legitimação para agir*, 3ª edição, RT, 1994.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *Canotilho e a Constituição Dirigente*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MARTINS Jr, WALLACE PAIVA. *Probidade Administrativa*, Saraiva, 1ª edição, 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito Penal Racional: Propostas para a Construção de uma Teoria da Legislação e para uma Atuação Criminal Preventiva*. Curitiba: Juruá, 2016.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito Penal do Inimigo: A Terceira Velocidade do Direito Penal*. Curitiba: Juruá, 2008.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; DEMERCIAN, Pedro Henrique. *Um novo modelo de atuação criminal para o Ministério Público brasileiro: agências e laboratório de jurimetria*, Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, v. 11 n. 1 (2017). Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/338>. Acesso em: 10 jul. 2019.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Tutela penal da moralidade e probidade administrativas*. Tese apresentada e aprovada por unanimidade no I Congresso do Patrimônio Público e Social do Ministério Público do Estado de São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.mp.sp.gov.br/porta/page/porta/Congresso%20PatPublico/Teses/Alexandre%20e%20>

Smanio%20-20TUTELA_PENAL_DA_PROBIDADEADMINIS TRATIVAtese.doc>. Acesso em: 10 jul 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo*. 3. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

NUNES, Leonardo Silva; COTA, Samuel Paiva; FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. Dos litígios aos processos estruturais: pressupostos e fundamentos. In: Juliana Cordeiro de Faria Ester Camila Gomes Norato Rezende Edgard Audomar Marx Neto (organizadores). *Novas tendências, diálogos entre direito material e processo*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

PASTOR, Daniel Roberto. *La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos*. Jura Gentium – Rivista di filosofia del diritto internazionale e dela politica globale, 2006. Disponível em: <<http://www.juragentium.org/topics/latina/es/pastor.htm>>. Acesso em: 18 nov 2018.

PRITTWITZ, Cornelius. *O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 47, mar./abr. 2004.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Tutela Penal dos Interesses Difusos*. São Paulo: Atlas, 2000.

STRATENWERTH, Gunter. *La criminalización em los delitos contra biens jurídicos colectivos*. In: HEFENDEHL, v. Hirsch e Wohlers (Orgs.). *La teoria del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

VINCENZI, Brunela Vieira de; ALVES, Gustavo Silva; REZENDE, Priscilla Correa Gonçalves de. *As ações coletivas como espécie de litígio estratégico: Um diálogo com a luta social por reconhecimento de Axel Honneth*. Revista Jurídica Direito & Paz, v. 34, 2016.

VITORELLI, Edilson (Org.). *Manual de Direitos Difusos*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Rio de Janeiro: F. Briguet & C., 1899, T. I.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo – Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4. ed. São Paulo: RT, 2009.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): os autores confirmam que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

Declaração de autoria e especificação das contribuições (declaration of authorship): todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores; todos os coautores se responsabilizam integralmente por este trabalho em sua totalidade.

- *Alexandre Rocha Almeida de Moraes:* projeto e esboço inicial, coleta e análise de dados, levantamento bibliográfico, revisão bibliográfica, redação, revisão crítica com contribuições substanciais, aprovação da versão final.
- *Rafael de Oliveira Costa:* projeto e esboço inicial, coleta e análise de dados, levantamento bibliográfico, revisão bibliográfica, redação, revisão crítica com contribuições substanciais, aprovação da versão final.

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): os autores asseguram que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atestam que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 27/01/2019
- Controle preliminar e verificação de plágio: 09/03/2019
- Avaliação 1: 21/03/2019
- Avaliação 2: 24/03/2019
- Avaliação 3: 11/04/2019
- Deslocamento para V5N3 e aviso autores: 23/05/2019
- Decisão editorial preliminar: 03/07/2019
- Retorno rodada de correções: 23/07/2019
- Decisão editorial final: 16/09/2019

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-assistente: 1 (ADR)
- Revisores: 3

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

MORAES, Alexandre R. A.; COSTA, Rafael de O. O Processo Coletivo: primeiras impressões para a construção de uma nova dogmática processual. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 3, p. 1609-1648, set./dez. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.223>.



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.