

A FUNÇÃO CRÍTICA DO BEM JURÍDICO SUPRAINDIVIDUAL FRENTE À INTERVENÇÃO PENAL

THE CRITICAL ROLE OF SUPRAINDIVIDUAL LEGAL GOODS IN THE CRIMINAL ATRIBUTION SYSTEM

Emília Merlini Giuliani¹

RESUMO

O presente artigo versa primordialmente sobre a capacidade de rendimento da teoria do bem jurídico frente aos problemas surgidos no âmbito da contemporaneidade, mais especificamente sobre o potencial crítico do bem jurídico supraindividual. Inicialmente, aborda-se a questão sobre a legitimidade de alguns bens supraindividuais em conformar objetos dignos e carecedores de proteção penal. Nesse ponto, a Constituição mostra-se protagonista na tarefa de converter bens em verdadeiros *bens jurídicos*, reconhecendo sua imprescindibilidade à vida em sociedade e ao indivíduo. Em seguida, focaliza-se o cerne problemático da pesquisa, que se instala na possibilidade de tais bens manterem uma função crítica perante a intervenção penal, algo que requer o preenchimento de alguns requisitos. Faz-se, então, necessário perquirir sobre quais características devem revestir o bem jurídico supraindividual para que ele seja apto a operar tal função, analisando-se a possibilidade de sua manutenção como categoria crítica do direito penal.

Palavras-chave: Bem jurídico supraindividual. Ofensividade. Função crítica. Concretização.

ABSTRACT

This article analyzes the possibility of maintaining the concept of legal goods/interests as a critical category towards the criminal system, more specifically aiming the so-called collective legal goods/interests, which are known for having usually blurry concepts that make it difficult to determine the offense on each case. The article initially focuses on the legitimacy of new legal goods/interests that have risen in the context of contemporary society, questioning if they constitute actual collective legal goods; further on, the highlight is set on how to guarantee that the concept of legal good/interest is able to perform a critical function towards the criminal law. In other words, it's pursued the identification of the characteristics that it should bare in order to constitute a category that is able to point out when the criminal intervention is or is not legitimate.

Keywords: Collective Legal Good/Interest. Offensiveness. Critical Function. Ability to be Concretized/Materialized.

¹ Mestra e Doutoranda pelo Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Bolsista CAPES. Advogada.

INTRODUÇÃO

Este artigo discorre sobre a capacidade de rendimento da teoria do bem jurídico, especificamente quanto ao potencial crítico do bem jurídico supraindividual. A escolha da temática se justifica em razão da relevância que alcançou dentro do espaço de discussão jurídico-penal nas últimas décadas, nomeadamente em face das significativas mudanças que a sociedade experimentou ao longo do século passado e que, como não poderia deixar de ser, vieram a refletir fortemente na área do direito.

Com efeito, ao longo do século passado, a sociedade testemunhou mudanças de drástico tom. As duas Guerras Mundiais aniquilaram não só milhões de vidas, mas também a própria religião do progresso, desvelando a incerteza como característica inerente ao mundo em que vivemos. Os pilares da modernidade foram sendo derrocados², revelando uma época à qual sequer sabemos dar nome.³ A humanidade denuncia-se, então, numa era planetária: os riscos agora são percebidos e sentidos globalmente⁴ e a criminalidade não hesita em constantemente ultrapassar barreiras nacionais e físicas.⁵

Diante desse quadro, passamos a refletir sobre os novos e concretos riscos que agora se apresentam de maneira tão manifesta a todos nós. No direito penal, discute-se mais e mais sobre a proteção de novos bens jurídicos – muitos deles supraindividuais – e sobre a técnica de tutela mais adequada para fazer frente a novos tipos de criminalidade. Dentre outras coisas, indaga-se sobre a legitimidade dos bens jurídicos que agora figuram no eixo de novos crimes e, paralelamente, se o direito penal é de fato o meio mais adequado para proceder à proteção desses mesmos bens, ou se, ao contrário, haveria formas mais eficazes e menos custosas ao indivíduo e ao conjunto social para fazê-lo de maneira satisfatória.

² SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

³ Consoante Edgar Morin, “Estamos não só no desconhecido, mas também no inominado. O nosso conhecimento do nosso tempo somente se manifesta no prefixo sem forma ‘pós’ (pós-industrial, pós-moderno, pós-estruturalista...) ou no prefixo negador ‘anti’ (antitotalitário). Não podemos dar rosto ao nosso porvir, nem sequer ao nosso presente. MORIN, Edgar. **Para onde vai o mundo?** 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 14.

⁴ Edgar Morin chama o período do pós-Guerra Fria de “Era Damocleana”, em expressa analogia à anedota da espada de Dâmocles. Segundo o autor, agora convivemos constantemente com diversas formas de terrorismo e riscos de catástrofes nucleares que podem num mero instante eliminar a vida no planeta. O desenvolvimento descomedido da técnica descortinou uma era em que o medo de auto-aniquilamento pende sobre nossas cabeças como que por um fio. O risco tornou-se, então, componente inarredável do cotidiano da humanidade. MORIN, Edgar; BOCCHI, Gianluca; CERUTI, Mauro. **Os problemas do fim de século**. Lisboa: Editorial Notícias, 1997. p. 213.

⁵ Nas palavras de Figueiredo Dias: “Assistimos ao advento de uma nova forma de sociedade, que assumiu o significado de uma ‘ruptura epocal’ com um passado ainda recente, face à ameaça global causada por novos e grandes riscos, por ‘riscos globais’”, DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do direito penal na protecção das gerações futuras. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, n.75, p. 45-58, 2003.

Nesse sentido, tem-se manifestado uma crescente preocupação por parte da comunidade jurídica de diversos países, e mesmo no âmbito do direito internacional, com uma fundamentação material do direito penal, de forma a manter as garantias historicamente conquistadas, ao mesmo tempo em que se procura fazer frente aos problemas colocados pela contemporaneidade. Eis, pois, o ensejo deste trabalho: é possível manter a função crítica do bem jurídico também quando se fala em bens supraindividuais, considerando-se que essa função crítica somente se faz possível quando se reconhece como legítimo e se sabe qual bem se quer tutelar através da norma, assim como quando seja possível identificar a ofensa a ele? Esse questionamento afigura-se apropriado exatamente em virtude da dificuldade em se definirem os bens pertencentes a essa classe, cuja abstração parece obstaculizar sobremaneira a aplicação do princípio da ofensividade aos delitos que os envolvem e, assim, atrapalha a constatação da legitimidade da incriminação.

O conceito de bem jurídico, desde o seu surgimento,⁶ foi alçado a uma posição de destaque dentro da dogmática penal, tendo-lhe sido de pronto atribuído papel crucial no que toca à determinação daquilo que pode ou não ser legitimamente punido, isto é, quanto aos limites da intervenção penal. Com isso, o bem jurídico passou a fornecer aos diversos ilícitos-típicos contornos substanciais: na medida em que a sua construção passou a fundar-se necessariamente na ofensa de um bem jurídico-penal, o delito deveria expressar o desvalor desse resultado, ou seja, não mais poderia representar a desaprovação de um modo de ser do seu autor, nem tampouco ser simplesmente voltado a moldar moralmente o indivíduo, mas, ao contrário, deveria ser construído sobre uma base material de cunho liberal, estribada sobre um *dano alheio*, a fim de impor limites à ingerência penal relativamente às liberdades individuais.⁷

Nesse sentido, Schünemann menciona que foi com o Iluminismo que se passou a edificar bases de legitimação e, correlativamente, parâmetros de limitação do direito penal, apoiando-se à doutrina da época, especialmente na noção de contrato social.⁸

⁶ BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da teoria do bem jurídico penal no direito penal atual. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 1, p. 16-29, maio/ago. 2009 [p. 17].

⁷ MALARÉE, Hernán Hormazábal. **Bien jurídico y estado social y democrático de derecho**: el objeto protegido por la norma penal. 2. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur, 1992. p. 8-9.

⁸ Nas palavras do autor: “É verdade que esta ideia fundamental, que na época do Iluminismo era entendida como a base de qualquer teoria do Estado, foi, ao curso do tempo, manifestada em diferentes formulações, por exemplo, em Beccaria e Hommel por meio da expressão ‘dano social’, posteriormente em Feuerbach, que falava em ‘lesão a direito’, e mais tarde em Birnbaum e Liszt, que usavam o termo ‘bem’ ou ‘bem jurídico’ para caracterizar a limitação do direito penal” (SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! Sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal. Trad. Luís Greco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 13, n. 53, p. 9-37, mar./abr. 2005. p. 13.

A partir dessa ideia, o poder punitivo deveria estar circunscrito à prevenção dos “danos sociais”, não podendo ser utilizado para impregnar a sociedade com certas ideologias ou modos de vida.⁹

Durante o período que entremeou as duas Grandes Guerras, a noção de bem jurídico foi, contudo, esvaziada através de uma concepção metodológica, em que a categoria foi convertida em mero instrumento de interpretação dos tipos penais.¹⁰ Foi assim que, no seio do neokantismo, desenvolveu-se o que posteriormente ficou conhecida como “concepção metodológica de bem jurídico”, segundo a qual essa categoria nada mais seria do que um conceito auxiliar à interpretação da norma, representativa da vontade do legislador.¹¹

Ao entardecer do século passado, a temática do bem jurídico foi retomada pela doutrina de diversos países,¹² sobretudo em virtude da necessidade de arquitetar o direito penal sobre bases materiais capazes de cumprir uma função delimitadora da intervenção, que se traduz, então, na imposição de que só se tipifiquem condutas ofensivas a bens jurídicos – e nada mais. Fala-se, aqui, da principal função desempenhada pelo bem jurídico: a função crítica. Na medida em que se determina que a intervenção penal só será legítima quando estabelecida sobre o desvalor de resultado derivado da ofensa a um bem jurídico, permite-se excluir do âmbito do direito penal tudo aquilo que não se encaixa nessa exigência – tanto em termos de *lege lata* quanto de *lege ferenda*¹³. Trata-se, enfim, de uma função de garantia, porquanto capaz de indicar o que e porque se protege através da norma penal.¹⁴

Aí reside, portanto, a importância de se estabelecer critérios aptos a diferenciar devidamente os bens jurídicos supraindividuais dos individuais, bem como de se delinear parâmetros de concretização aplicáveis a esses bens, analisando-se, então, a capacidade

⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! Sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal. Trad. Luís Greco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 13, n. 53, p. 13, mar./abr. 2005.

¹⁰ BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento... Op. cit. [p. 19]; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual: interesses difusos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 46-47.

¹¹ MALARÉE, Hernán Hormazábal. **Bien jurídico y estado social y democrático de derecho: el objeto protegido por la norma penal**. 2. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur, 1992. p. 62-63; PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 36-37.

¹² SWOBODA, Sabine. Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen. **Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft**, v. 122, n. 1, p. 24-50, jun. 2010; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual: interesses difusos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 48.

¹³ MALARÉE, Hernán Hormazábal. **Bien jurídico y...** Op. cit. p. 9-10.

¹⁴ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 60-61.

do bem jurídico supraindividual de atuar criticamente quanto às intervenções penais. Esclarecidos os pontos de partida do trabalho, parte-se para uma análise mais aprofundada das bases e do cerne do problema.

1 A CONSTITUIÇÃO COMO FONTE DE LEGITIMIDADE DOS BENS JURÍDICOS SUPRAINDIVIDUAIS

A mundialização progride exponencialmente no século XIX e toma ares desenfreados através e em razão das Guerras Mundiais do século passado. Tudo ocorre, a partir de então, em nível planetário: a economia, o mercado, as tragédias, os problemas ecológicos. A ideia de progresso louvada pela modernidade é arrebatada pelas demonstrações de que a técnica cientificamente desenvolvida sobre parâmetros racionais não é completamente dominável, tampouco capaz de prever suas próprias implicações a longo prazo. A transição paradigmática iniciada em tal contexto veio a gerar não só novos riscos, mas sensações generalizadas de insegurança nas populações.¹⁵

Diante das mudanças operadas ao longo do século XX e no limiar do século XXI, veio mais uma vez à tona a discussão a respeito dos fundamentos do direito penal: deve ele se inserir nessas novas zonas de conflitos, isto é, está legitimado para intervir em tais áreas? Ou, ao contrário, deve manter-se fiel ao paradigma liberal e deixar que outros ramos do direito ocupem-se de tal tarefa? Surge, em meio a estes questionamentos, uma preocupação com o fenômeno da “expansão do direito penal”¹⁶, sintoma¹⁷ do que se chegou a designar direito penal do risco face ao significativo incremento dos tipos penais e da severidade das sanções a eles aplicadas.

Com efeito, percebe-se que diversas áreas antes reguladas essencialmente pelo direito administrativo ou civil, como os âmbitos econômico, ambiental e informático passaram a receber vigilância penal, havendo quem sustente, inclusive, a necessidade de proteção por meio do direito penal das gerações futuras frente a riscos cujas consequências

¹⁵ MORIN, Edgar; BOCCHI, Gianluca; CERUTI, Mauro. **Os problemas do fim de século**. Lisboa: Editorial Notícias, 1997. Assim também SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana**: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 112-126. Para uma maior compreensão da crise do paradigma moderno, v. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

¹⁶ A expressão é de SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Cuaderno Civitas, 1999.

¹⁷ SOUSA, Susana Aires de. Sociedade do risco: *requiem* pelo bem jurídico? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 86, p. 234, set./out. 2010.

não se deixam de imediato perceber, mas que carregam em si um potencial de acarretar após um longo espaço de tempo a eliminação das condições de sobrevivência da espécie humana.¹⁸

Com base nisso, Machado observa que o direito penal da contemporaneidade se utiliza cada vez mais de técnicas de tutela baseadas na antecipação da punição, o que se faz visível principalmente pela crescente criação de tipos de perigo abstrato e de mera conduta.¹⁹ Esses crimes têm, por excelência, natureza preventiva,²⁰ pois reprimem condutas sem que haja necessidade de produção de uma lesão concreta ao bem juridicamente tutelado e, ao que se nota, estão frequentemente estruturados sobre a crença de que com isso se propicia uma proteção mais efetiva de bens jurídicos supraindividuais. Ideia esta que parece se justificar quando se tem em mente que a manutenção de um direito penal que age apenas após a lesão ou efetiva colocação em perigo de bens jurídicos não condiz com a realidade que apresenta-se a nós, mormente porque as consequências de se aguardar a ofensa de certos bens poderiam ser catastróficas.²¹

Além disso, a combinação crime de perigo/bem jurídico supraindividual²² parece resultar da dificuldade que se tem em analisar na prática a ofensa concreta a esses bens, que não raro vêm dotados de conceitos vagos e imprecisos. Nesse sentido, percebe-se que a própria compreensão do que constitui um bem jurídico acabou sofrendo transformações na sociedade atual; agora, mais do que antes, evidenciam-se bens que transcendem o indivíduo e cuja conceituação depende de um grau maior de abstração, isto é, de um distanciamento da realidade que lhe serve de substrato – o que, indubitavelmente, torna ainda mais árdua a tarefa de determinar a causalidade e a sua ofensa no caso concreto. A esse processo denominou-se *desmaterialização do bem jurídico*²³.

¹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do direito penal na protecção das gerações futuras. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, n. 75, p. 45-58, 2003.

¹⁹ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade de risco e reflexividade**: uma avaliação jurídico sociológica de novas tendências político criminais. 2003. 231 p. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003. p. 121-126. Assim também BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da teoria do bem jurídico penal no direito penal atual. **Revista Liberdades**, São Paulo: IBCCRIM, n. 1, p. 16, maio/ago. 2009.

²⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 1, p. 138.

²¹ Ibid. p. 136.

²² HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. **Anales de Derecho**, Murcia, n. 19, p. 147-148, 2001.

²³ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade de risco**... Op. cit. [p. 121-126]. Assim também BECHARA, Ana E. L. S. O rendimento... Op. cit. p. 21, maio/ago. 2009.

Sabe-se que a noção de bem jurídico surgiu para limitar formal e materialmente o *ius puniendi*,²⁴ portando em si a base da formação do tipo penal ao traduzir juízos de valor a respeito dos bens essenciais ao ser humano e à convivência em sociedade, sendo a estrutura desse valor assentada na relação entre a pessoa e o bem, numa relação da qual é possível inferir a valoração que surge da utilidade²⁵ de certos bens para a satisfação de necessidades humanas.²⁶ Conforme salienta Machado, pode-se afirmar que “[...] o conceito de bem jurídico traduz um conteúdo material, uma certa *corporização substanciável* e que, por isso, ele é capaz de indicar o que pode ser legitimamente tutelado pelo direito penal”.²⁷

Assim, desde o momento em que a noção de bem jurídico foi criada, é possível verificar a sua estreita ligação com a realidade.²⁸ Ele revela aquilo que, dentro de um dado complexo social e numa época determinada, é imprescindível para o livre desenvolvimento do indivíduo e para a manutenção da sociedade.²⁹ De modo que o bem, ao ser alçado à categoria de *jurídico*, deve provir de uma realidade preexistente ao mundo do direito positivo, isto é, deve ser buscado, num primeiro momento, na constatação da sua imprescindibilidade daquele bem para a vida em sociedade, o que resulta numa valoração a ser realizada no instante de seu reconhecimento.

É justamente nesse sentido que D’Avila ressalta que a toda norma subjaz, necessariamente, uma valoração prévia, que há de ser, sempre, inicialmente positiva. Isso se

²⁴ D’AVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 59-67; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Bem jurídico penal e engenharia genética humana**: contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 43 ss.

²⁵ PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

²⁶ MACHADO. Op. cit. p. 121-126. Assim também BECHARA. Op. cit.

²⁷ Grifo da autora. MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade de risco**... Op. cit. p. 121-126. Assim também BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da... Op. cit.

²⁸ Apesar de, como mencionamos anteriormente, ter sido essa categoria relegada no seio das orientações neokantistas, que produziu uma espiritualização do bem jurídico ao igualá-lo à *ratio legis* da norma, despiando-o de qualquer conteúdo material e retirando-lhe a capacidade de exercer uma função crítica da legislação, retomou-se a sua concepção liberal e a busca por sua essência por volta do período que sucedeu a Segunda Guerra Mundial. PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal**... Op. cit. p. 36.

²⁹ Quanto à noção de bem, Prado leciona: “É inerente a esse conceito a peculiar utilidade do objeto, sua aptidão ou propriedade para satisfazer a necessidade humana. A ideia de bem se relaciona com a de utilidade, como condição para satisfazer uma necessidade do homem. Assim, o que é um bem, por ser útil, é útil enquanto é um bem; quer dizer que a utilidade, como predicado de relação entre um sujeito que tem necessidade e um objeto que a satisfaz, é um atributo inseparável dos bens. De sua vez, interesse expressa uma relação de ordem subjetiva-objetiva entre um indivíduo e um certo bem”. Como bem salienta o autor, o que distingue bem de interesse é que este consiste num juízo de valor a respeito da capacidade daquele em satisfazer as necessidades humanas, ao passo que o bem seria derivado de uma análise objetiva quanto à sua utilidade. *Ibid.* p. 20.

dá através da verificação daqueles objetos ou situações que se apresentam como relevantes para a vida humana e o desenvolvimento do indivíduo em sociedade. E frise-se que não se está a falar de uma valoração subjetiva, senão que de um “*valor construído* a partir de uma profunda referência histórico-comunitária”,³⁰ capaz, portanto, de apontar os valores e condições realmente imprescindíveis à realização social do ser humano naquela órbita.

Por tal motivo, Sousa adverte que “o direito penal não pode erigir-se como impulsionador da mudança das concepções sociais dominantes, como factor revelador de novas consciências sociais e colectivas carentes de tutela penal, como criador, ele próprio, dos bens jurídico-penais”,³¹ senão que lhe cabe tão somente reconhecer aquilo que já possui relevância dentro da sociedade. De maneira que o cerne do problema da criminalização de condutas assenta precisamente na identificação e individualização de bens que podem dar lugar a autênticos objetos de tutela penal, procurando-se evitar que a rápida evolução social induza ao Direito Penal uma criminalização exacerbada ou disforme.

Tarefa esta que, a nosso ver, só pode ser satisfatoriamente realizada pela Constituição,³² na medida em que esta indica os valores tidos por fundamentais à vida

³⁰ Grifo do autor. D’AVILA, Fábio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 17, n. 80, p. 16 set./out. 2009. Ainda conforme o autor: “A primeira dimensão da teoria do bem jurídico é, por essa razão, independentemente da forma através da qual se revista esse juízo ou mesmo da essência do seu objeto, sempre um momento axiológico de signo positivo, no qual a comunidade organizada, historicamente datada, reconhece a boa e desejada existência de determinadas realidades sociais, reunindo esforços em prol da sua comunidade. O que, assim entendido, nada guarda de subjetivo”.

³¹ SOUSA, Susana Aires de. Sobre o bem jurídico-penal protegido nos crimes contra a humanidade. **Boletim de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, n. 83, p. 615-637, ago. 2007. Assim também DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 73.

³² Nesse sentido, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual: interesses difusos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 50. O autor ressalta que, no seio do pós-Segunda Guerra, duas foram as teorias construídas no intuito de revigorar a noção de bem jurídico, retomando-se as bases materiais que lhe haviam sido subtraídas pela doutrina neokantista. A primeira delas buscou os fundamentos da sua construção teórica sobre o conceito material de crime em formulações sociológicas; a segunda tomou por fundamento a Constituição no delineamento dos bens jurídico-penais. Em relação às teorias de cunho sociológico, Silveira menciona que não lograram êxito no balizamento do conteúdo do bem jurídico, por não conseguirem extrair da realidade social critérios que possibilitassem saber o porquê da criminalização de certas condutas. Por tal motivo, o autor prefere a perspectiva de bem jurídico fundado na Constituição, uma vez que a esta se reconhece a legitimidade de identificar os valores fundamentais à convivência pacífica em sociedade e, por conseguinte, de elevar tais valores a bens jurídicos passíveis de tutela penal, demarcando os limites do *ius puniendi* estatal. Nesse mesmo sentido, PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 86 ss; ROXIN, Claus. **Derecho penal – parte general**. Traducción: Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. v.1. p. 55 ss. Em sentido inverso, contudo, parece ir o entendimento dominante na Alemanha; Sabine Swoboda salienta que entre os autores alemães teria fracassado a visão

em sociedade e ao livre desenvolvimento do indivíduo³³ e que, portanto, deverão ser entendidos como imbuídos de dignidade penal.³⁴ Consoante, refere Prado, “a noção de bem jurídico emerge dentro de certos parâmetros gerais de natureza constitucional, capazes de impor uma certa e necessária direção restritiva ao legislador ordinário, quando da criação do injusto penal”.³⁵

Dentro da configuração social que nos traz a contemporaneidade, é, portanto, na Lei Maior que se deve encontrar a legitimidade também dos bens jurídicos supraindividuais, especialmente daqueles cuja importância vem sendo ressaltada mais recentemente no âmbito jurídico, como as ordens econômica e tributária e o meio ambiente. Aliás, não há dúvidas de que a “comunidade reconhece hoje como valores fundamentais determinados interesses que não são pertença de alguém, mas de todos. Interesses cuja importância está hoje vertida e consagrada no texto constitucional”.³⁶

De fato, não se pode negar que se encontram hoje constitucionalmente reconhecidos como imprescindíveis ao indivíduo e à sociedade valores e situações de

constitucionalista em razão da falta de nitidez daquilo que deve ser entendido por “valores elementares da vida social” em meio ao que cabe ao direito penal proteger, sobretudo se consideradas as propositais amplitude e vagueza das cláusulas constitucionais. SWOBODA, Sabine. Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen. **Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft**, New York, v. 122, n. 1, Jan. 2010. Disponível em: <<http://www.reference-global.com/toc/zstw/122/1>>. Acesso em: 30 mar. 2011. p. 44s. Acompanhando esse entendimento, NAVARRO, Susana Soto. **La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna**. Granada: Comares, 2003. p. 50 ss.

³³ Dentro das teorias constitucionalistas, Prado menciona que se podem identificar duas vertentes: a primeira defende que o bem jurídico deve ser retirado do quadro axiológico delineado pela Constituição, atentando-se às metas colocadas ao direito penal de maneira geral. A segunda vertente, descrita como constitucionalista estrita, entende que só podem ser bens jurídico-penais aqueles valores, dados ou situações especificamente referidos no texto constitucional, a partir de prescrições sobre o que deva ser tutelado pelo direito penal (PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 62-64).

³⁴ Frise-se que não se está a afirmar aqui que todo valor consagrado na Constituição se constituirá necessariamente em bem jurídico-penal, pois o fato de ser reconhecido constitucionalmente apenas aponta para a possibilidade de que ocorra essa conversão. E, diga-se de passagem, para que isso se dê, exige-se, primeiro, que esse bem seja fundamental para a vida individual e em sociedade; e, em segundo lugar, que a proteção oferecida exclusivamente por outros ramos do direito a tais bens mostre-se insuficiente. Só assim se poderá falar em dignidade penal do bem jurídico. PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 104-105. Ver, ainda, COSTA ANDRADE, Manuel. A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referência de uma doutrina teleológico-racional do crime. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Lisboa, v. 2, n. 2, p. 173-208, abr./jun. 1992.

³⁵ PRADO, Op. cit. p. 90-91.

³⁶ SOUSA, Susana Aires de. Sociedade do risco: *requiem* pelo bem jurídico? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 87, p. 245-246, set./out. 2010.

feições supraindividuais que vêm a conformar bens cuja ofensa não atinge uma pessoa em especial, mas sim toda uma coletividade que muitas vezes sequer é suscetível de discriminação.³⁷ E isso as diversas Constituições revelam que acolhem em seu bojo como passíveis de proteção legal novos e variados âmbitos e valores da vida em sociedade, sinalizando a legitimidade desses bens pela sua introdução no texto constitucional.

Nessa mesma linha se situa o entendimento de Figueiredo Dias, que afirma que entre bem jurídico e Constituição deve haver uma relação de “analogia material”, isto é, que aquilo que estiver constitucionalmente estabelecido seja a conversão jurídico-constitucional de um bem fundamental ao ser humano e à manutenção do organismo social.³⁸ De modo que somente no âmago dessa ligação de “mútua referência”, de “correspondência de sentido” e convergência de fins entre o ordenamento jurídico-penal e a Constituição é que o bem jurídico terá força vinculante ao poder de punir do Estado. Não é outra a conclusão do autor, que remata: “É nesta acepção, e só nela, que os bens jurídicos protegidos pelo direito penal se devem considerar concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais”,³⁹ tornando-se, apenas por este caminho, verdadeiros bens *jurídico-penais*.

Ao lado da *analogia material constitucional*, Figueiredo Dias coloca outras duas exigências que devem ser dirigidas ao bem jurídico para que ele possa se erguer como padrão crítico do direito penal: a *corporização*, que cuida exatamente da conexão que o bem jurídico deve ter com a realidade, da sua palpabilidade, e a *transcendência*, que advém da compreensão de que o bem jurídico não é criado pelo direito, mas que se encontra além dele, numa realidade que lhe preexiste.⁴⁰

³⁷ Dentro dessas novas noções valorativas, encontra-se a preocupação crescente com a proteção de gerações futuras. (DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do direito penal na protecção das gerações futuras. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, n. 75, p. 45-58, 2003. Disponível em: <<http://www.defensesociale.org/02/9.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2011).

³⁸ Vale transcrever aqui as esclarecedoras e preciosas palavras de Jorge de Figueiredo Dias: “É exato ser no sistema social, enquanto tal, que se deve ver em último termo a fonte legitimadora e produtora da ordem legal dos bens jurídicos. Mas com apelo direto a tal sistema é absolutamente impossível emprestar ao conceito de bem jurídico a indispensável concretização. Com uma via para a alcançar só se depara quando se pensa que os bens do sistema social se transformam e se concretizam em *bens jurídicos dignos de tutela penal* (em *bens jurídico-penais*) através da *ordenação axiológica jurídico-constitucional*” (grifo do autor). Id. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 66.

³⁹ Ibid. p. 67.

⁴⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais...** Op. cit. p. 65.

Cumprindo tais exigências, o bem jurídico se reveste de uma operacionalidade que lhe permite atuar dentro de certa margem de volubilidade,⁴¹ ao mesmo tempo em que lhe fundamenta como categoria limitadora do *ius puniendi* estatal, ou seja, como *topos* capaz de exercer uma função crítica dentro do sistema penal, apontando as fronteiras do que é legítimo incriminar.

Nesse ponto de grande valia, a lição de D’Avila ao assinalar que, munido dessas três características – corporização substanciável, transcendência e analogia axiológico/teleológico-constitucional –, o conceito de bem jurídico se enriquece não só no que toca ao seu aspecto axiológico (*Wertaspekt*), isto é, quanto a sua orientação teleológica, como também na sua esfera existencial (*Seinaspekt*), que diz respeito ao conteúdo da matéria cuja proteção penal se pretende e que se revela exatamente através da corporização, da “expressão fenomênica” do bem jurídico capaz de sofrer a ofensa que lhe traz o fato típico.⁴² E, assim sendo, é necessário que tais condições sejam cumpridas também quando se está a falar de bens jurídicos supraindividuais, o que será tratado mais detidamente a seguir.

2 CONCRETIZAÇÃO E OFENSIVIDADE: PRESSUPOSTOS PARA A CAPACIDADE CRÍTICA DO BEM JURÍDICO SUPRAINDIVIDUAL

A concretização,⁴³ dessa forma, faz-se essencial para que o bem jurídico cumpra sua função crítica não só no que concerne à tutela de bens jurídicos individuais, mas, e principalmente, nos casos em que essa tutela está voltada a bens jurídicos supraindividuais, haja vista que estes possuem, por excelência, um conteúdo mais abstrato e demandam, por isso, um processo de corporização mais complexo.⁴⁴ Ademais, como bem salienta Hefendehl “todo bem jurídico coletivo precisa de uma legitimação especial. Afinal, inexistente qualquer bem jurídico coletivo inato; todo bem jurídico coletivo decorre de uma decisão positiva e muitas vezes instável da sociedade e ou do Estado”,⁴⁵ o que dificulta sobremaneira a verificação da dignidade penal de alguns bens jurídicos de tal categoria.

⁴¹ Ibid. p. 69.

⁴² D’AVILA, Fábio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, ano 18, n. 80, p. 7-34, set./out. 2009. p. 18.

⁴³ V. também NAVARRO, Susana Soto. **La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna**. Granada: Comares, 2003. p. 276-279.

⁴⁴ D’AVILA, Fábio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, v. 18, n. 80, p. 19, set./out. 2009.

⁴⁵ HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, v. 18, n. 87, p. 112, nov./dez. 2010.

Nas palavras de D'Avila: “[...] a manutenção do caráter crítico do bem jurídico depende fundamentalmente de um adequado processo de concretização”, capaz de traduzir caso a caso o valor que reside no seio da previsão legal e delimitando, assim, o “âmbito de incidência do tipo”, evitando-se com isso leituras exasperadamente formais que desembocam em crimes de mera desobediência.⁴⁶

Nesse ponto, parte da doutrina dedicou-se à elaboração de critérios capazes de distinguir as duas classes de bens jurídicos – individuais e supraindividuais. Hefendehl sustenta que o bem jurídico supraindividual possui duas particularidades das quais não compartilham os bens jurídicos individuais: a não exclusão no usufruto (*Nicht-Ausschliessbarkeit*)⁴⁷ e a não rivalidade no consumo (*Nicht-Rivalität*).⁴⁸ Ao lado desses dois conceitos o autor apõe um terceiro, que entende capaz de complementar a delimitação do bem jurídico supraindividual, qual seja, o da não distributividade entre os titulares (*Nicht-Distributivität*), que consiste na impossibilidade de se o dividir em partes e destiná-los a pessoas determinadas.⁴⁹

Concedendo especial atenção ao critério da não rivalidade no consumo, Hefendehl esclarece que tal característica não diz respeito à incapacidade do bem em ser lesionado, pois, se assim fosse, estar-se-ia dizendo que o bem jurídico supraindividual

⁴⁶ D'AVILA, Op. cit.

⁴⁷ Figueiredo Dias salienta que essa característica, por ele referida como não excluibilidade no gozo, é a responsável por realmente diferenciar o bem jurídico supra-individual do bem jurídico individual: “nesta possibilidade de gozo reside o interesse individual legítimo na integridade do bem jurídico colectivo”, que se ergue então como autêntico bem jurídico, isto é, autônomo em relação ao bem jurídico individual. DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2007, v. 1, p. 150-151; DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do direito penal na protecção das gerações futuras. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, n. 55, p. 45-58, 2003. Disponível em: <<http://www.defensesociale.org/02/9.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2011, p. 52-53.

⁴⁸ HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico**: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático. Madrid: M. Pons, 2007. p. 188 ss; Id. ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. **Anales de Derecho**. Murcia, n. 19, p. 149-150, 2001.

⁴⁹ Susana Navarro argumenta que a diferenciação entre bens jurídicos individuais e supraindividuais reside na titularidade compartilhada; na indisponibilidade (característica que deriva da anterior e diz respeito à impossibilidade de consentimento na lesão desses bens, justamente por serem eles pertencentes a uma coletividade indeterminada); na indivisibilidade (não distributividade); e, por fim numa quarta característica que, embora não esteja presente em todos os bens jurídicos supraindividuais, verifica-se na maioria dos novos bens nascidos no seio da contemporaneidade: a sua natureza conflitual, manifestada pelo fato de que as situações que representam perigo a tais bens muitas vezes provêm de atividades lícitas e socialmente necessárias. Essa natureza conflitual impõe sempre uma ponderação entre o bem protegido e outros direitos fundamentais do indivíduo que poderão vir a ser cerceados pela proibição de alguma atividade. NAVARRO, Susana Soto. **La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna**. Granada: Comares, 2003. p. 213.

é um ente ideal – algo a ser definitivamente rechaçado.⁵⁰ Ao contrário, a não rivalidade no consumo do bem alude ao fato de que, se o seu uso se der conforme a lei, o seu valor não se diminuirá e tampouco outras pessoas serão privadas da possibilidade de gozá-lo. Somente quando o consumo se der fora dos conformes legais é que haverá a possibilidade de lesão ou menoscabo do bem jurídico supraindividual, caso em que a tutela penal poderia se manifestar.⁵¹

Apesar de ficar clara, a partir da aplicação de tais critérios, a dicotomia bem jurídico individual/supraindividual – inclusive por ser incontestável o reconhecimento da existência desde há muito de bens que tangem uma parcela generalizada da população e que, por isso, merecem abrigo penal⁵² –, ainda é possível identificar na doutrina divergências no que toca à *relação* entre essas duas classes. Em razão dos limites deste trabalho, iremos nos ater à exposição de apenas duas das compreensões quanto a esse ponto, que temos por mais significativas aos propósitos aqui visados.

Por um lado, a corrente monista-pessoal propugna a manutenção de um direito penal reduzido ao seu núcleo clássico de proteção,⁵³ isto é, circunscrito à tutela dos direitos fundamentais do indivíduo. Segundo esse entendimento, só se justifica a intervenção penal quando no caso concreto for verificável que a ofensa ao bem jurídico supraindividual atinge diretamente um interesse ou bem individual, mantendo-se o viés estritamente liberal da categoria.⁵⁴

De acordo com essa vertente, todo bem jurídico-penal deverá ser expressão de um interesse individual, de forma que o amparo penal de um bem jurídico supraindividual depende necessariamente da demonstração de sua conexão com o indivíduo. Se tal ligação não for possível, então o direito penal não estará autorizado a intervir, devendo a proteção

⁵⁰ O bem jurídico deve ser concebido como ente real, capaz de sofrer a ofensa no caso concreto. Nesse sentido, *Ibidem*, p. 284 e ss.

⁵¹ HEFENDEHL, Roland. **Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht**. Köln: Heymanns, 2002. p. 112.

⁵² HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 87, p. 109-110, nov./dez. 2010; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 125.

⁵³ SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Bem jurídico penal e engenharia genética humana**: contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 132-133; HEFENDEHL, Op. cit.

⁵⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2007. p. 137-138; DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do direito penal na protecção das gerações futuras. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, n. 55, 2003. Disponível em: <<http://www.defensesociale.org/02/9.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2011, p. 51; NAVARRO, Susana Soto. **La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna**. Granada: Comares, 2003. p. 179-180.

ser deixada a cargo de outros ramos do direito ou de políticas públicas⁵⁵ – chega-se a cogitar, a propósito, da criação de um direito de intervenção (*Interventionsrecht*), que se pretende mais adequado para lidar com os problemas surgidos no estágio atual da sociedade.⁵⁶

Na extremidade oposta da discussão, há quem sustente que os valores supraindividuais constituem, sim, verdadeiros bens jurídicos, devendo ser concebidos não numa relação de hierarquia, mas de autonomia para com os bens jurídicos individuais.⁵⁷ Assim, a proteção de bens jurídicos supraindividuais perfila-se não como prevenção de ofensa a bens jurídicos individuais, senão como tutela que objetiva a própria manutenção daqueles bens, por reconhecê-los como imprescindíveis à vida em sociedade e ao desenvolvimento do indivíduo.⁵⁸ Acreditamos, com esteio em Figueiredo Dias, que se deve aceitar “a plena legitimidade da existência de bens jurídicos *transpessoais, coletivos, comunitários* ou *sociais*”, porquanto também estes se mostram imprescindíveis ao asseguramento das condições de vida em sociedade.⁵⁹

A partir dessa concepção de bem jurídico supraindividual podem-se extrair consideráveis consequências para a dogmática penal, em especial no que tange à

⁵⁵ SOUSA, Susana Aires de. Sociedade do Risco: requeiem pelo bem jurídico? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 87, p. 231-246, set./out. 2010.

⁵⁶ SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Bem jurídico penal e engenharia genética humana**: contributo para compreensão dos bens jurídicos supraindividuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 133. Ao lado dessa teoria, perfectibilizada pela “escola de Frankfurt” e sustentada especialmente por Hassemer, há uma versão moderada de monismo-pessoal, que reconhece a necessidade de proteção de bens jurídicos supra-individuais contanto que neles haja um “referente pessoal”, ou seja, desde que tais bens constituam uma projeção de bens individuais (DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do direito penal na proteção das gerações futuras. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, n. 55, 2003. Disponível em: <<http://www.defensesociale.org/02/9.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2011, p. 52;

SOUSA, Susana Aires de. Sociedade do Risco: requeiem pelo bem jurídico? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 87, p. 231-246, set./out. 2010, p. 239). Há, ainda, outra teoria, que mantém uma relação de hierarquia entre bens jurídicos supra-individuais e individuais, considerando aqueles apenas como instrumento para a realização pessoal e social do indivíduo. De acordo com esta elaboração, os bens jurídicos supra-individuais gozam de certa autonomia, mas somente serão legítimos enquanto puderem ser percebidos como mediadores da realização de bens jurídicos de natureza pessoal, sendo então instrumentais: “Longe de integrar um fim em si mesmo, aqueles valores representam um simples fim-meio cujo significado se esgota no estabelecimento de uma proteção mediata ou, se se preferir, de uma guarda avançada em relação à defesa de outros bens jurídicos fundamentais” (SOUSA, Susana Aires de. Sociedade do Risco: requeiem pelo bem jurídico? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 87, p. 231-246, set./out. 2010, p. 241, grifo da autora).

⁵⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O papel do direito penal na proteção das gerações futuras**. Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, n. 55, Disponível em: <<http://www.defensesociale.org/02/9.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2011, p. 52.

⁵⁸ DIAS, Op. cit. p. 73.

⁵⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 74. Grifo do autor.

conformação do objeto de proteção de alguns tipos penais.⁶⁰ Entendendo-se o bem jurídico supraindividual como autônomo, evidencia-se a sua capacidade de sustentar ou fundamentar incriminações sem que para isso se precise recorrer a um bem jurídico individual específico.

No entanto, para que cumpra a sua função crítica e trace uma fronteira a tais incriminações (já que nem tudo o que afetar o bem jurídico poderá constituir matéria da proibição), o bem jurídico supraindividual não pode ser demasiadamente abstrato. A par do natural distanciamento da realidade que a formulação do bem jurídico supraindividual acarreta, deve constatar-se a sua concretibilidade, pois é essa possibilidade de concreção que permitirá averiguar e graduar, na prática, a sua ofensa. Ou seja, também o bem jurídico supraindividual deverá respeitar os critérios antes mencionados – analogia constitucional material, transcendência e corporização substanciável.

De modo que, para que o bem jurídico supraindividual possa indicar quando uma incriminação é de fato legítima, é necessário não só que seja ele suscetível de sofrer uma ofensa, mas que esta ofensa possa ser devidamente verificada – e não somente cogitada hipoteticamente. O que significa dizer: ao formular o bem jurídico núcleo do injusto penal deve-se atentar para essa possibilidade de concretização, caso contrário, corre-se o risco de incriminar condutas que não portam em si a capacidade de ofender os objetos jurídicos que se deseja tutelar.

Há, portanto, duas etapas que se devem respeitar no processo de incriminação: a primeira é a *configuração descritiva* do bem jurídico que se deseja proteger, algo que exige atenção especial quando se está a tratar de bens jurídicos supraindividuais. Dizer que uma conduta determinada ofende a incolumidade ou segurança públicas, por exemplo, não oferece os subsídios necessários para que se infira o que se pretende de fato proteger, isto é, não permite conhecer o objeto a ser tutelado pela norma criminal. A segunda etapa, por sua vez, consiste na possibilidade de identificação de uma ofensa a tais bens, algo que decorre diretamente do seu potencial de concretização. O que equivale a dizer: é indispensável que se consiga vislumbrar objetivamente o dano que uma dada conduta é capaz de causar ao bem jurídico para que ela possa ser objeto de proibição.

Por isso é que se faz necessário separar bens jurídicos verdadeiramente supraindividuais dos assim chamados bens jurídicos aparentes. Nesse ponto, os critérios sugeridos por Hefendehl – não rivalidade no consumo, inexcluíbilidade do gozo e

⁶⁰ Id. O papel do direito penal na protecção das gerações futuras. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, n. 55, 2003. Disponível em: <<http://www.defensesociale.org/02/9.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2011. p.54.

indivisibilidade – são capazes de identificar devidamente o bem jurídico supraindividual, facilitando a demarcação da esfera lesionável. Esses parâmetros irão permitir a identificação daqueles bens que ocultam sob o adjetivo “público” uma pluralidade de bens jurídicos individuais que se deseja proteger, mas que mesmo agrupados não conformam bens jurídicos supraindividuais.⁶¹ A título de exemplo, pode-se aludir ao crime de tráfico de entorpecentes, cujo objetivo é proteger eminentemente a vida e integridade da saúde pessoal dos usuários de drogas ilícitas, muito embora se sustente corriqueiramente que tal tipo visa à proteção da “saúde pública”⁶².

O correto entendimento do bem jurídico supraindividual como autônomo é essencial, ademais, para que se possa determinar qual a estrutura delitiva mais adequada para proceder à sua tutela: se através de crimes de perigo (concreto ou abstrato) ou de lesão.

⁶¹ SOUSA, Susana Aires de. Sociedade do Risco: requiem pelo bem jurídico? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 87, p. 231-246, set./out. 2010. p. 244; HEFENDEHL, Roland. De largo aliento: el concepto de bien jurídico. O qué ha sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos**. Madrid: M. Pons, 2007, p. 464. Segundo Hefendehl, a saúde pública nada mais é do que a saúde de cada membro da sociedade, ou seja, de uma representação da soma deste bem jurídico individual; o autor ainda menciona a segurança no tráfego como mera referência à proteção da integridade física das pessoas individualmente consideradas. HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. **Anales de derecho**, Murcia, n. 19, p. 147-158, 2001. p. 154.

⁶² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 125-134.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Destarte, percebe-se que a discussão em torno da tutela penal de bens jurídicos supraindividuais, longe de estar chegando ao fim, abre novas possibilidades para se questionar a legitimidade do direito penal em alguns âmbitos da atualidade. O estabelecimento de critérios que permitam a devida identificação e individualização dos bens jurídicos supraindividuais, assim como a consciência sobre a imprescindibilidade de sua concretização, são elementos capazes de renovar a força crítica do conceito em apreço, afastando do rótulo de bem jurídico supraindividual de objetos que não o são e que, portanto, não servem para legitimar a intervenção punitiva. Acredita-se ser possível afirmar desde já que, munido de certas características, é possível que o bem jurídico supraindividual mantenha-se como categoria apta a realizar uma função crítica perante o direito penal, apontando a esfera do que pode ou não ser protegido penalmente.

REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1999.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da teoria do bem jurídico penal no direito penal atual. **Revista Liberdades**, São Paulo: IBCCRIM, n. 1, p. 16-29, maio/ago. 2009.
- COSTA ANDRADE, Manuel. A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referência de uma doutrina teleológico-racional do crime. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Lisboa, v. 2, n. 2, p. 173-208, abr./jun. 1992.
- D’ AVILA, Fábio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 17, n. 80, p. 7-34, set./out. 2009.
- _____. O ilícito penal nos crimes ambientais; algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n. 67, p. 29-58, jul./ago. 2007.
- _____. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1.
- _____. O papel do direito penal na proteção das gerações futuras. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, n. 75, p. 45-58, 2003. Disponível em: <<http://defensesociale.org/02/9.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2011.
- _____. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no Direito penal. **Revista jurídica do Ministério Público de Mato Grosso**, Cuiabá, v. 2, n. 3, p. 249-276, jul./dez. 2007.
- _____. Tem futuro a teoria do bem jurídico? reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 82, p. 165-185, jan./fev. 2010.
- HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. **Anales de Derecho**. Murcia, n. 19, p. 147-158, 2001.
- _____. **Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht**. Köln: Heymanns, 2002.
- _____. Uma teoria social do bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 87, p. 103-120, nov./dez. 2010.
- _____. (Org.). **La teoría del bien jurídico**: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático. Madrid: M. Pons, 2007.
- LAUTERWEIN, Carl Constantin. **The limits of criminal law**: a comparative analysis of approaches to legal theorizing. Burlington: Ashgate, 2010.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

_____. **Sociedade de risco e reflexividade**: uma avaliação jurídico sociológica de novas tendências político criminais. 2003. 231f. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

MALARÉE, Hernán Hormazábal. **Bien jurídico y estado social y democrático de derecho**: el objeto protegido por la norma penal. 2. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur, 1992.

MORIN, Edgar. **Para onde vai o mundo?** 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

MORIN, Edgar; BOCCHI, Gianluca; CERUTI, Mauro. **Os problemas do fim de século**. Lisboa: Editorial Notícias, 1997.

NAVARRO, Susana Soto. **La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna**. Granada: Comares, 2003.

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

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. v. 1.

_____. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Org. e trad.: André Luíz Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales. Madrid: Cuaderno Civitas, 1999.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supraindividual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SOUSA, Susana Aires de. **Sobre o bem jurídico-penal protegido nos crimes contra a humanidade**. Disponível em: <http://www.defensesociale.org/xvcongreso/pdf/cfp/01%29_Do_bem_juridico-penal_protegido_nos_crimes_contra_a_humanidade_de_Souza.pdf>. Acesso em: 27 out. 2010.

_____. Sociedade do risco: requiem pelo bem jurídico? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 87, p. 231-246, set./out. 2010.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Bem jurídico penal e engenharia genética humana**: contributo para compreensão dos bens jurídicos supraindividuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SWOBODA, Sabine. Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen. **Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft**, New York, v. 122, n. 1, p. 24-50, Juni 2010. Disponível em: <<http://www.reference-global.com/toc/zstw/122/1>>. Acesso em: 30 mar. 2011.

