

O BEM JURÍDICO TRANSINDIVIDUAL NO DIREITO PENAL

Rafaella Gambogi Kurtz de Souza*

Resumo: O artigo analisa a possibilidade de criminalização de bens jurídicos transindividuais, considerando que o Direito Penal só pode atuar de forma subsidiária e fragmentária no ordenamento jurídico. Aborda a teoria dos direitos fundamentais e o especial relevo que os bens jurídicos transindividuais assumem no atual Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Bem jurídico. Bens jurídicos transindividuais. Estado Democrático de Direito. Direitos Fundamentais. Direito Penal.

Sumário: 1. Introdução. 2. A teoria geral do delito e a tentativa de conceituação de bem jurídico. 3. Os direitos fundamentais. 3.1. A teoria geral dos direitos fundamentais. 4. Titularidade dos direitos fundamentais e o bem jurídico transindividual no Direito Penal. Considerações finais. Referências.

El bien jurídico transindividual en el derecho penal

Resumen: El artículo analiza la posibilidad de criminalizar los bienes jurídicos transindividuales, considerando que el Derecho Penal solamente puede actuar de forma subsidiaria y fragmentaria en el ordenamiento jurídico. Aborda la teoría de los derechos fundamentales y el especial énfasis que asumen los bienes jurídicos transindividuales en el actual Estado Democrático de Derecho.

Palabras-clave: Bien jurídico. Bienes jurídicos transindividuales. Estado Democrático de Derecho. Derechos Fundamentales. Derecho Penal.

Sumario: 1. Introducción. 2. La teoría general del delito y el intento de conceptualizar el bien jurídico. 3. Los derechos fundamentales. 3.1. La teoría general de los derechos fundamentales. 4. Titularidad de los derechos fundamentales y el bien jurídico transindividual en el Derecho Penal. Consideraciones finales. Referencias.

* Mestre em Criminologia e Sociologia Jurídico-Penal pela Universidade de Barcelona (UB). Especialista em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP). Advogada.

1 Introdução

A determinação do que pode e deve ser regulado pelo Direito Penal está baseada na ideia de bem jurídico trazida pela Teoria do Delito e dá base à legitimação da intervenção estatal no âmbito penal. Com a transformação do Estado Democrático de Direito surge, na atualidade, um novo conceito de bem jurídico que abarca toda uma coletividade de pessoas e não apenas um indivíduo singularmente considerado, os chamados bens jurídicos transindividuais. A partir disso, passa-se a questionar a possibilidade de sua proteção pelo Direito Penal, considerando o seu caráter fragmentário e subsidiário. A Teoria Geral dos Direitos Fundamentais terá um papel fundamental nesta análise, pois a proteção dos Direitos Fundamentais vincula o Estado em todas as suas searas, inclusive o Direito Penal.

2 A teoria geral do delito e a tentativa de conceituação de bem jurídico

Embora objeto de muita controvérsia, iniciamos nossa exposição em uma tentativa de conceituação do que seria bem jurídico, ideia que dá suporte, de acordo com grande parte da doutrina, para a legitimação estatal para punir os transgressores da lei criminal.

A definição dogmática de crime surgiu na doutrina alemã da segunda metade do século XIX a partir do modelo positivista, que elaborou o que hoje consideramos o conceito clássico de crime.¹ Esse modelo, baseado no positivismo científico, afastava por completo qualquer tipo de valoração filosófica, psicológica e sociológica. Pretendia resolver todos os problemas jurídicos a partir do Direito positivo e de sua interpretação. Na formação desse pensamento é possível identificar que, além de sua pretensão científica, ele possuía também um significado político, no sentido de concretizar a realização histórica do Iluminismo. Foi, entretanto, abandonado ao longo do tempo, tendo em vista que o objeto da ciência jurídica não pode estar limitado apenas ao direito positivo.

No início do século XX nasceu, também na Alemanha, o modelo neokantista, o qual pretendia fazer uma releitura do conceito clássico de crim.² O neokantismo

¹ O conceito clássico de crime concebia a ação de forma puramente naturalística, vinculando a conduta e o resultado pelo nexo de causalidade, sendo estruturada, portanto, como um tipo objetivo-descriptivo, a antijuridicidade era entendida como puramente objetivo-normativa, e a culpabilidade como subjetivo-descriptiva. Essa teoria separava por completo os aspectos objetivos, representados pela tipicidade e antijuridicidade, e os aspectos subjetivos representado pela culpabilidade. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 254.

² O neokantismo, deixou inalterada a antiga estrutura do crime como fato típico, antijurídico e culpável, embora tenha reestruturado os seus conceitos, como é o caso da culpabilidade que ganhou um sentido de “reprovabilidade” pela formação da vontade contrária ao dever, o que facilitou a solução de questões que a Teoria Psicológica da Culpabilidade não conseguia resolver. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 257-258.

ofereceu uma fundamentação metodológica que possibilitou uma compreensão mais clara dos institutos jurídicos-penais como conceitos valorativos, mantendo, entretanto, a pretensão da corrente anterior de cientificidade. Substituiu a coerência formal do pensamento anterior para formular um conceito de delito que estivesse voltado aos fins do Direito Penal e suas perspectivas valorativas (Teoria Teleológica do Delito). Esse entendimento possibilitou a graduação do injusto de acordo com a gravidade da lesão, de modo que passou a entender-se que sem lesão de algum interesse, o fato não pode ser qualificado como antijurídico. Assim, foi adotado um conceito material de antijuridicidade, representado pela “danosidade social”, permitindo a interpretação restritiva de condutas consideradas antijurídicas.³

No que se refere propriamente à ideia de bem jurídico no neokantismo, Silva Sánchez⁴ entende que sua concepção como valor “espiritual-cultural” era incapaz de impor um fim limitador que garantisse a determinação exata do que seria considerado bem jurídico passível de proteção jurídica. Entender o bem jurídico como uma realidade valorada positivamente dá margem a inserir no campo de valoração qualquer estado, convicção ou princípio pelo setor social dominante. Entra aqui a possibilidade de o sistema tornar-se inclusive totalitário, tendo em vista que legítima a materialização de qualquer valor. Esse conceito de bem jurídico não era capaz nem de fundamentar a despenalização de fatos que fossem entendidos como puramente imorais, nem mesmo de determinar quais as características específicas do objeto de proteção do Direito Penal.

Entre 1930 e 1960 Welzel desenvolveu sua doutrina finalista, na qual sustentava a formulação de um conceito pré-jurídico de pressupostos materiais que serviriam a qualquer valoração jurídica. Oponha-se ao neokantismo, pois entendia que a ação humana é uma “estrutura lógico-objetiva”, a qual estava guiada pela finalidade humana. Ou seja, entendia que o homem, em virtude de seu saber causal, consegue prever, dentro de determinados limites, quais as consequências possíveis de sua conduta. Sendo assim, pode dirigir os atos de sua atividade de forma a orientar suas consequências a um fim desejado (finalidade ou caráter final da ação)⁵. O finalismo foi essencial para o descobrimento do “desvalor” da ação como elemento do injusto penal e colaborou para uma melhor delimitação da culpabilidade e outros pressupostos da responsabilidade no âmbito criminal.

³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 253-258.

⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Barcelona: J. M. Bosch Editor S. A., 1992. p. 268.

⁵ No conceito de crime, o finalismo retirou todos os elementos subjetivos que integravam a culpabilidade, deslocando o dolo e a culpa para o injusto. Manteve na culpabilidade uma concepção puramente normativa, limitando-se àquilo que condicionava a reprovabilidade da conduta contrária ao Direito. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 259.

Em virtude da insuficiência de determinados aspectos da Teoria Finalista, buscou-se uma reforma do Direito Penal, surgindo os modelos funcionalistas⁶, os quais caracterizaram-se pela normatização de conceitos, ou seja, elaboração de conceitos com base em juízo de valor e orientados pelas finalidades político-criminais do sistema. Esse movimento dividiu-se em duas subcorrentes distintas. A primeira, liderada por Roxin, procurava fundamentar o sistema penal com caracteres teleológicos e axiológicos (normativismo funcional teleológico). Já a segunda, liderada por Jakobs, postulava a completa renormatização do sistema penal, com fundamento sistêmico (normativismo sistêmico).

Roxin centrava-se na ideia dos fins do Direito Penal, norteados pelos princípios reitores normativos político-criminais, priorizando valores e princípios garantistas. Enquanto Jakobs preocupava-se com os fins da pena, ou seja, as consequências advindas da aplicação do Direito Penal, levando em consideração apenas necessidades sistêmicas, devendo o Direito Penal adequar-se a elas.⁷

A definição de bem jurídico trazida por Roxin,⁸ a qual utilizaremos como padrão ao longo do presente trabalho por entendermos a mais acertada frente a um Estado Democrático de Direito, é:

Podem-se definir os bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta a todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos.

Nota-se que esta ideia traz o dever de o Estado garantir não somente as condições para uma coexistência pacífica entre os cidadãos, mas também a proteção de suas próprias instituições. Nesse sentido, de acordo com o autor, esses objetos dignos de proteção da norma, chamados bens jurídicos, não precisam, necessariamente, possuir natureza material. Sendo assim, estão abrangidos no conceito de bem jurídico não apenas aqueles considerados individuais, mas também os da generalidade, quando disserem respeito aos cidadãos de determinado Estado. O autor dá como exemplos desses últimos a administração da justiça organizada e um sistema monetário estável, ambos necessários para o livre desenvolvimento de uma sociedade.

⁶ Essa teoria não traz uma grande alteração no entendimento analítico de delito, embora admita-se uma certa flexibilidade, podendo o seu conteúdo chegar a ser fragmentado e modificado em virtude das finalidades político-criminais outorgadas pelo sistema penal. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 262.

⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 258-263.

⁸ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 18-20.

Em termos mais claros, determina Callegari⁹ que: “*Bens jurídicos seriam então, resumidamente, os ‘objetos legítimos de proteção das normas’, ou seja, o que a norma penal visa tutelar*”.

Para Jakobs,¹⁰ em contrapartida, o bem jurídico possui um outro conceito e critério de aplicação. Ele parte da ideia de que a função do Direito Penal é a proteção das expectativas normativas frente a uma decepção (violação da norma), entendendo que a lesão a um bem jurídico-penal ocorre, portanto, quando há uma desobediência a uma norma que determina um fato como típico. Admite, entretanto, que nem todas as normas penais protegem um bem jurídico, como ocorre nas infrações de dever funcional provenientes de competência institucional, nas quais não há um bem jurídico protegido, tendo em vista tratar-se de uma inobservância da relação determinada (e não uma violação) quando a gente não se comporta conforme o seu papel determinado dentro de uma instituição.

A visão atual de um Estado Democrático de Direito, baseado no princípio da legalidade, determina que as normas jurídico-penais devem seguir o princípio da intervenção mínima, ou seja, deve-se utilizar do Direito Penal como *ultima ratio*, de modo a eliminar o arbítrio do legislador na elaboração do conteúdo das normas penais incriminadoras.¹¹

Magalhães Noronha¹² já trazia esse entendimento em sua doutrina clássica:

A sanção penal destina-se, em regra, às ofensas de maior vulto, que mais seriamente atentam contra os interesses sociais. Cabe ao legislador a valorização do bem jurídico, determinando quais os que devem ficar sob a égide da sanção extrema que é a pena.

De acordo com Mir Puig,¹³ deve-se reconhecer que o Direito Penal, mais além de impor sanções através de normas secundárias direcionadas ao Estado-juíz, dirige normas aos cidadãos (normas primárias – tipo penal). Diante disso, nota-se que se distingue dos outros setores do Direito não apenas pela maior gravidade das suas sanções, mas também porque os fatos acobertados pelo seu manto são mais reprováveis pela sociedade. Assim, para que o Direito Penal cumpra o seu papel, deverá haver um equilíbrio entre a reprovabilidade da conduta e sua respectiva sanção, no sentido de que o caráter penal da sanção deve corresponder ao caráter penal da infração. Isso quer dizer que o Direito Penal

⁹ CALLEGARI, André Luís. *Teoria Geral do Delito e da Imputação objetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 29.

¹⁰ JAKOBS, Gunther. *Tratado de direito penal: Teoria do injusto penal e culpabilidade*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009. p. 61-75.

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 51.

¹² MAGALHÃES NORONHA, E. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 101.

¹³ MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el Estado Social y Democrático de derecho*. Barcelona: Ariel Derecho, 1994. p. 151-157.

não deve impor uma sanção penal para qualquer tipo de norma jurídica e condutas que podem ser abrangidas por outra esfera do Direito, como por exemplo o Direito Administrativo sancionador, devendo ser selecionadas como normas penais apenas as proibições e mandamentos fundamentais para a vida social.

O autor acredita inclusive, que se uma norma penal não está tendo o impacto necessário na sociedade, este seria o caso de ser reavaliada a sua adequação no âmbito criminal. Afirma que apenas quando a ameaça da norma penal seja realmente convincente poderá gerar uma prevenção geral positiva de convicção e afirmação social, caso contrário o sistema penal sofre o risco de cair em descrédito.

Francisco de Assis Toledo¹⁴ narra os diferentes momentos do Direito e sua vinculação com a moral, afirmando que, embora entendidos hodiernamente como coisas apartadas, o Direito Penal quer contribuir para a construção de um mundo valioso, não podendo, dessa maneira, apartar-se totalmente dos valores morais dominantes. Em contrapartida, sua atuação está limitada, não devendo ser chamado a resolver todos os problemas sociais. Sua tarefa imediata é a proteção de bens jurídicos, encontrando barreiras em virtude de seu caráter subsidiário e fragmentário. Assim, o Direito Penal é subsidiário, tendo em vista que será aplicado apenas quando os outros ramos do direito falharem ou revelarem-se insuficientes para a proteção do bem jurídico; e fragmentário, uma vez que entre uma multidão de ilícitos, elege apenas aqueles mais graves para sua aplicação.

Atualmente, a ideia de bem jurídico constitui a própria base dos Códigos Penais europeus e latino-americanos, podendo-se concluir da sua própria linguagem que adotam um modelo de delito como ofensa a um bem jurídico.¹⁵

Silva Sánchez¹⁶ afirma que há na doutrina discussões sobre se bem jurídico deveria ser considerado todo o objeto que mereça a proteção do direito ou apenas aqueles bens protegidos pelo Direito Penal, escolhendo a primeira definição como a mais acertada. Zaffaroni¹⁷ entende que os bens jurídicos não são criados pela lei penal, mas sim pela Constituição, leis internacionais e demais legislação. Em virtude da sua natureza subsidiária e fragmentária, não cabe ao Direito Penal tutelar bens jurídicos ampla e plenamente. Ou seja, o Direito Penal já recebe o bem jurídico tutelado, contendo no tipo a mera previsão de castigo para

¹⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos do Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 6-15.

¹⁵ GOMES, Luiz Flávio; SANCHES CUNHA, Rogério. (Coord.). *Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 139.

¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Barcelona: J. M. Bosch Editor S. A., 1992. p. 276.

¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Editora Sociedad Anonima, 2002. p. 486-490.

determinadas condutas causadoras de lesão. O conceito de bem jurídico exige, portanto, como legitimação do poder punitivo, a afetação de um bem juridicamente tutelado pelo Direito. Entende que sendo os bens jurídicos regidos pelo princípio da lesividade, não é possível que na sua constituição se imponha a moral. Bem pelo contrário, a autonomia moral é protegida constitucionalmente, de modo que não pode ser imposta através da definição do que vai ser tutelado como bem jurídico. Há, ainda, na doutrina, quem afirme que apenas o rol taxativo dos direitos constitucionais possa definir bens jurídicos. Independentemente da corrente, importante ressaltar que não é porque determinados bens jurídicos constam no rol constitucional que eles serão passíveis de proteção pelo Direito Penal. É necessário encontrar quais deles são penalmente protegíveis, levando em consideração os princípios político-criminais que inspiram, de um modo geral, o exercício do *ius puniendi* do Estado.

Silva Sánchez,¹⁸ embora não crie um conceito fechado, determina algumas características que entende necessárias para a configuração de um conceito de bem jurídico-penal. Afirma ser necessária a lesividade social trazida pelos conceitos sociológicos-funcionalistas, interpretadas, entretanto, desde um ponto de vista em que se leve em consideração o indivíduo como referência central. Isso quer dizer, devem ser considerados bens jurídicos aqueles objetos que o homem necessita para a sua livre autorrealização na vida social, ou seja, que são dotados de valor para o desenvolvimento do ser humano em sociedade. Destaca, entretanto, que isso não deslegitima a proteção penal dos bens supraindividuais. Pelo contrário, estes constituem meios igualmente importantes para a autorrealização do indivíduo. Sendo assim, fica claro que não é necessário que a afetação do indivíduo seja direta, podendo ser também indireta, como é o caso dos bens jurídicos supraindividuais.

3 Os direitos fundamentais

Uma vez definida que a função do Direito, especialmente do Direito Penal, é a proteção de bens jurídicos, questiona-se quais são aqueles legítimos de tutela. O Estado Democrático de Direito determina como mais relevantes no ordenamento jurídico os chamados direitos fundamentais, aqueles que fundam o sistema e dão base para que outros sejam criados. Diante disso, antes de definirmos quais são os bens jurídicos que devem ser protegidos pelo Direito Penal, comecemos o estudo pela Teoria dos Direitos Fundamentais e como eles vinculam todos os poderes do Estado.

¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Barcelona: J. M. Bosch Editor S. A., 1992. p. 267-278.

3.1 A teoria geral dos direitos fundamentais

Importante iniciar o tema dos direitos fundamentais com uma diferenciação basilar entre esses direitos e os chamados direitos humanos. Embora não haja um consenso na doutrina, de acordo com Sarlet,¹⁹ a expressão “direitos humanos” diz respeito aos direitos da pessoa humana reconhecidos pela ordem jurídica internacional, os quais têm pretensão de validade universal. Não são direitos equiparados aos direitos naturais, entretanto, em uma dimensão histórica, ao menos parte deles vem desta ideia. Já os “direitos fundamentais” são aqueles reconhecidos e positivados na esfera constitucional de cada país, nascendo e morrendo a cada nova Constituição promulgada.

Deve-se atentar também para o fato de que os direitos fundamentais não são homogêneos e nem mesmo a sua estrutura normativa é coincidente em todos os casos, o que dificulta muito uma conceituação material que abranja todos eles. Há, entretanto, um consenso sobre ser o princípio da dignidade humana que concretiza os direitos fundamentais, tendo em vista que é ele que demanda fórmulas de limitações do poder, de maneira a prevenir o arbítrio e a injustiça. Assim, os direitos fundamentais em sentido material são pretensões derivadas do princípio da dignidade humana em cada momento histórico.²⁰

O desenvolvimento dos direitos fundamentais ao longo da história fez com que fossem classificados pela doutrina clássica por “gerações”. Cada geração, portanto, trouxe à tona um tipo de direito fundamental, tendo como referência os ideais da Revolução Francesa de liberdade, igualdade e fraternidade.

São entendidos como direitos de primeira geração aqueles conquistados no Estado Liberal do século XIX, os quais são chamados de direitos de liberdade, que consistem nos direitos civis e políticos. São direitos negativos, uma vez que possibilitam ao cidadão resistir à interferência estatal, demonstrando, de forma clara, a separação entre a sociedade e o Estado. Os direitos fundamentais de segunda geração dominaram o século XX, introduzidos no constitucionalismo dos Estados Sociais em virtude da ideologia e reflexão antiliberal. Estes direitos nasceram vinculados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, sendo entendidos como os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades procedentes das Constituições promulgadas após a Segunda Guerra Mundial. Por fim, os direitos de terceira geração são aqueles cristalizados no final do século XX, dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, e que têm como destinatário o gênero hu-

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2013. p. 260-263.

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. p. 139-140.

mano, não se atendo a indivíduos específicos, grupos ou a determinado Estado. São entendidos por alguns como direitos de solidariedade e não de fraternidade. Esses direitos emergiram da reflexão sobre os temas de desenvolvimento, paz, meio ambiente, comunicação e patrimônio comum da humanidade.²¹

Essas três gerações de direitos fundamentais são consideradas clássicas pela doutrina. Paulo Bonavides,²² entretanto, traz uma quarta geração de direitos fundamentais que entende advir do movimento de globalização e neoliberalismo surgidos da globalização econômica. Defende que concomitantemente emerge dessa primeira globalização uma segunda globalização, de cunho político, na esfera da normatização jurídica, a qual acaba por compor uma fase de institucionalização propriamente dita do Estado Social. Dispõe que essa nova geração traz o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Afirma que eles surgem em virtude da universalização de diversos campos de convivência na atualidade, e, também, da universalização dos direitos fundamentais. Dessa forma, advoga que esses direitos concretizariam a sociedade aberta do futuro, a qual é possível em virtude da tecnologia de comunicação, andando sempre junto com os direitos à informação e pluralismo, sendo, portanto, legitimamente sustentável por traduzir a informação correta, estando isenta das manipulações da mídia e do hermetismo de exclusão característico dos núcleos de poder. Prevê que apenas com os direitos de quarta geração será possível uma globalização política, o futuro da cidadania e a liberdade de todos os povos.

O autor também traz uma quinta geração de direitos fundamentais, da qual consta o direito à paz, que entende dever ser transladado da terceira para a quinta geração. Isto porque, o reconhecimento universal da paz é pressuposto necessário para a qualidade da convivência humana, como manutenção da espécie e segurança de direitos. Na atualidade existe uma ideia de libertação, respeito e compartilhamento das correntes moral, espiritual e social dos povos e da cultura. Para ele, este movimento, do ponto de vista juspolítico, vem calcado em uma ética que tem a probabilidade de governar o futuro, guiar, legitimar e presidir os atos de poder. Por isso a importância da paz emerge exatamente da possibilidade da preponderância da fraternidade entre os povos nas suas relações políticas.²³

Embora posteriormente parte da doutrina tenha conceituado outras gerações de direitos, limitar-nos-emos à classificação clássica das três gerações dos direitos fundamentais, e as definidas por Paulo Bonavides.

²¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 263-265; 562-570.

²² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 570-572.

²³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 579-586.

Algumas características dos direitos fundamentais que são frequentemente difundidas na doutrina são: sua universalidade e absolutividade, sua historicidade, sua inalienabilidade ou indisponibilidade, e sua constitucionalização.

No que tange à universalização dos direitos fundamentais, é certo que todos os seres humanos são titulares desses direitos. Entretanto, chama-se a atenção para o fato de que nem todos os direitos fundamentais foram previstos pelo legislador em favor de todos os indivíduos. É dizer, alguns direitos foram previstos apenas para um setor da sociedade, levando em consideração as necessidades do homem histórico em uma específica posição social, como é o caso dos direitos dos trabalhadores, por exemplo. Outro aspecto da universalização dos direitos fundamentais diz respeito ao polo passivo das suas relações jurídicas. Isto porque, dependendo da natureza do direito, há determinados casos em que ele estará sendo discutido no sentido de obrigar os Poderes Públicos e outros casos que estarão obrigando particulares. Comumente também se entende que os direitos fundamentais são absolutos e não podem sofrer nenhum tipo de restrições. Essa ideia tem premissa no pressuposto jusnaturalista, corrente que determina a proteção de direitos naturais ameaçados como o próprio sentido de ser do Estado. Admiti-los de forma absoluta levaria os direitos fundamentais a gozarem de prioridade tal no sistema jurídico que se sobreporiam a qualquer interesse coletivo. Sendo assim, tornou-se pacífico na doutrina que os direitos fundamentais podem, sim, sofrer limitações, mas apenas quando confrontarem outros direitos de ordem e valor igualmente constitucionais, inclusive outros direitos fundamentais. Importante ressaltar que a própria Constituição Federal limita expressamente alguns direitos fundamentais, como é o caso do direito à vida em tempos de guerra.²⁴

A historicidade é também uma característica dos direitos fundamentais, pois a história tem significativa importância no seu desenvolvimento e consolidação. Isso demonstra que eles não podem pretender validade universal. Os direitos fundamentais somente fazem sentido em uma determinada época e lugar, podendo aparecer em um momento da história e desaparecer em outro, estando sempre em evolução com a sociedade da qual fazem parte. É inerente aos direitos fundamentais a sua inalienabilidade. Isso significa dizer que eles não podem ser renunciados, vendidos, nem doados a ninguém. Embora os indivíduos sejam titulares desses direitos, não têm a liberdade de deles disporem. Essa restrição da liberdade individual é defendida com base no valor da dignidade humana, ou ainda, em virtude da potencialidade do homem de ser autoconsciente e

²⁴ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XLVII – não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX. BRASIL, Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 jan. 2016.

livre. Além de inalienáveis, em virtude da dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais também são considerados pela doutrina clássica como indisponíveis.

Observando-se o que foi colocado anteriormente, pode-se afirmar que os direitos fundamentais, por estarem contidos dentro da ordem jurídica de um determinado país, de um modo geral, têm um grau de efetividade e proteção maior do que os direitos humanos, tendo em vista que as ordens internas possuem mecanismos de implementação mais céleres e eficazes do que a da ordem internacional. No caso do Direito brasileiro, os direitos fundamentais são igualmente direitos constitucionais, pois estão previstos na Constituição Federal, impondo-se perante todos os poderes constituídos, inclusive o poder de reforma da própria Constituição, o qual deve observar os direitos fundamentais, conforme o que dispõe o artigo 60, §4º,²⁵ as chamadas “cláusulas pétreas”.

São previstos na Constituição como poderes do Estado o Executivo, o Legislativo e o Judiciário.²⁶ Esses poderes submetem-se aos direitos fundamentais previstos também constitucionalmente. Dessa forma, caso seja praticado um ato contrário a um direito fundamental por qualquer um desses poderes, sua consequência será a sua invalidade. Portanto, no âmbito do Poder Legislativo a atividade legiferante deve obedecer aos direitos fundamentais. Muitas vezes é necessário que para a efetivação de determinado direito fundamental deva-se criar normas infraconstitucionais, estando o legislador também vinculado neste sentido, podendo sua inércia ensejar eventual ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou mandado de injunção. Nesse sentido também é o tema da proibição do retrocesso na interpretação constitucional. Isso quer dizer, em relação aos direitos fundamentais que necessitam de desenvolvimento legislativo para se concretizarem, uma vez obtido determinado grau de proteção, não podem ter diminuídos seu grau de proteção por legislação posterior. Portanto, a sua definição como direito fundamental pelo legislador seria a própria barreira para que a proteção fosse desfeita sem algum tipo de compensação.

No Poder Executivo, em que estão abrangidos pelo termo “Administração” tanto as pessoas jurídicas de direito público quanto as pessoas jurídicas de direito privado que disponham de poder público, também se está vinculado às normas de direitos fundamentais, uma vez que ao interpretar a lei e aplicá-la, a

²⁵ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: §4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais. BRASIL, Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 jan. 2016.

²⁶ Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao Compilado.htm>. Acesso em: 10 jan. 2016.

sua discricionariedade deverá respeitar esse limite. Sobre este tema discutiu-se por muito tempo sobre a possibilidade ou não de os chefes do Poder Executivo deixarem de aplicar uma lei por entendê-la inconstitucional em virtude de ferir um direito fundamental, de forma que o administrador acabasse por fazer um juízo próprio de inconstitucionalidade. Hoje existe um consenso doutrinário no sentido de que, como regra geral, os agentes administrativos não possuem competência para fazer esse juízo de valor, devendo levar a discussão ao judiciário. Por outro lado, admite a doutrina que se deixe de aplicar a lei nos casos em que a violação ao direito fundamental coloque alguém em imediato risco de vida ou exista a possibilidade de lesão à sua integridade física, e a aplicação da lei importe o cometimento claro de um crime.

Por fim, a vinculação do Poder Judiciário aos direitos fundamentais é bastante óbvia, tendo em vista que essa é a essência da sua função. Sendo assim, a doutrina entende que as Cortes, nas suas decisões, devem conferir o máximo possível de eficácia a esses direitos. Além disso, o dever de observância dos direitos fundamentais engloba também a sua aplicação no curso do processo, observado o correto procedimento e garantias.²⁷

É solar, portanto, que uma vez imposta ao Estado o dever de proteção dos direitos fundamentais, vinculam-se todos os poderes estatais, seja o Legislativo ao elaborar as leis, seja a Administração Pública ao governar, seja o Judiciário na solução de conflitos.²⁸

A dupla perspectiva dos direitos fundamentais, subjetiva e objetiva, demonstram que esses direitos possuem diversas funções na ordem jurídica. Além disso, importante levar em consideração que o Constituinte de 1988, quando da formatação do catálogo de direitos fundamentais, foi influenciado por diferentes teorias formuladas a respeito desses direitos, motivo pelo qual a doutrina defende uma multifuncionalidade dos direitos fundamentais, que atualmente já não se restringem apenas àqueles que tinham a função de direito de defesa do indivíduo contra o Estado.²⁹

3 Titularidade dos direitos fundamentais e o bem jurídico transindividual no direito penal

Atualmente é aceito na doutrina a noção de bem jurídico como pressuposto de incriminação de uma conduta pelo Direito Penal. A doutrina é unânime em

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. p 147-153.

²⁸ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 593-594.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 155.

assentir que o bem jurídico penal tem como titular o indivíduo, ou seja, sua proteção se dá em uma esfera de eventual lesão de um bem jurídico que atinja um indivíduo singularmente considerado. Já no que tange à possibilidade de proteção de bens jurídicos que transcendam o indivíduo, que protejam uma coletividade, há muita divergência na doutrina. Apresentaremos essa discussão através das correntes que tratam do assunto.

Importante, antes de tudo, determinar que embora exista na doutrina uma diferenciação entre os conceitos de bens jurídicos “coletivos” e bens jurídicos “difusos”, utilizaremos ao longo deste trabalho esses conceitos como sinônimos, no sentido de direitos transindividuais, ou seja, que transcendem o indivíduo, de forma a evitar divergências formais em matéria de mesmo conteúdo.

No que tange ao bem jurídico penal, atualmente existem basicamente duas correntes que discorrem sobre o tema: a Teoria Monista-Pessoal do bem jurídico e a Teoria Dualista do bem jurídico. A primeira tem uma visão antropocêntrica, difundida pela Escola de Frankfurt, mais precisamente por Hassemer, a qual aceita apenas a noção de bem jurídico tutelável pelo Direito Penal quando estejam em discussão direitos fundamentais pessoais do indivíduo. Não admite, portanto, um bem jurídico coletivo autônomo, sendo este reconhecido apenas quando atingido diretamente bens jurídicos essencialmente individuais.³⁰

Hassemer³¹ trata do bem jurídico dentro da perspectiva do Direito Penal simbólico. Esclarece que todas as normas de Direito Penal são simbólicas em maior ou menor medida, mas para que isso seja algo negativo é necessário o fator adicional de engano, no qual há uma oposição entre aparência e realidade. Conceitua Direito Penal simbólico, portanto, como aquele que realiza, através das normas jurídicas, outros objetivos que não aqueles expressos na norma. Afirmar que o papel do Direito Penal na proteção de bens jurídicos ficou prejudicada com o engrandecimento do Direito Penal simbólico. Daí surgiram dois grandes problemas: os interesses político-criminais na incriminação de bens jurídicos universais e a incapacidade da doutrina de definir um conceito sistemático e limitador do que seja efetivamente bem jurídico. Critica a pretensão de incriminação de bens jurídicos universais, pois entende que essa incriminação é feita de maneira vaga. Afirmar que se trata, na verdade, de uma criminalização antecipada de uma lesão a um bem jurídico no intuito de se proteger o bem-estar dos homens mais do que o próprio bem jurídico, gerando a criação de crimes de perigo abstrato. Aduz que os atuais interesses em minimizar na maior medida do possível as consequências da chamada “sociedade de risco” afetaram

³⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *O papel do direito penal na proteção das gerações futuras*. BFD LXXV, 2002. Disponível em: <<http://www.defensesociale.org/02/9.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

³¹ HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos*. Disponível em: <http://juareztavares.com/textos/hassemer_bem_juridico.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2016.

não apenas a política criminal, mas também a Teoria Penal e a doutrina do bem jurídico. Conclui que o Direito Penal simbólico trai os princípios do Direito Penal liberal, e principalmente a função do princípio da proteção exclusiva de bens jurídicos, enfraquecendo também a confiança da população na administração da justiça.

Na mesma linha, está a Teoria Monista-Pessoal Moderada do bem jurídico, a qual admite a existência de bens jurídicos coletivos quando estes forem reconduzidos à proteção de bens jurídicos individuais. Sarlet³² defende essa linha e afirma que a dimensão coletiva dos bens jurídicos não pode excluir a sua dimensão individual, tendo em vista que o indivíduo é considerado como inserido em determinado grupo ou comunidade, não podendo ser deles isolado. Aduz que o mesmo ocorre com os direitos transindividuais em virtude da possibilidade de execução individual da sentença obtida em eventual ação coletiva ou ainda, pela possibilidade de cada pessoa individualmente considerada poder deduzir em juízo eventual pretensão calcada em um dano sofrido que possui natureza difusa, como por exemplo seria o caso de danos pessoais invocados por impacto ambiental. Esclarece que hoje em dia não se diferenciam mais direitos individuais e direitos sociais, tendo em vista que a sua distinção não repousa na titularidade desses direitos, mas sim na natureza de seu objeto, uma vez que foram separados na definição de dimensões dos direitos fundamentais, os individuais como sendo de primeira geração e os sociais de segunda geração. Entende que a não exclusão da dimensão individual de bens jurídicos não nega em absoluto o reconhecimento de sua pretensão coletiva e até mesmo difusa, embora afirme que os direitos fundamentais sejam sempre referidos em primeiro plano a uma pessoa individualmente considerada, sendo essa pessoa a sua titular por excelência. Corroborar seu entendimento em atuais decisões do Supremo Tribunal Federal em relação aos direitos sociais, mais especificamente sobre o direito à saúde, no sentido de admitir que sua titularidade é tanto individual quanto coletiva, assumindo que, embora muitas vezes a tutela coletiva deva ter preferência sobre direitos individuais, a limitação da tutela individual pode, por si só, caracterizar uma violação a direitos fundamentais.³³

A segunda corrente advoga à autonomia do bem jurídico coletivo, uma vez que a sua tutela objetiva a sua própria manutenção. Nas palavras de Figueiredo Dias:³⁴

³² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2013. p. 215-218.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito à proteção e promoção da saúde entre tutela individual e transindividual. *Revista de Processo*, São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Processual, n. 199, p. 13-39, 2011.

³⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *O papel do direito penal na proteção das gerações futuras*. BFD LXXV, 2002. Disponível em: <<http://www.defensesociale.org/02/9.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

[...] a verdadeira característica do bem jurídico coletivo ou universal reside pois em que ele deve poder ser gozado por todos e por cada um, sem que ninguém deva ficar excluído desse gozo: nessa possibilidade de gozo reside o legítimo interesse individual na integridade do bem jurídico coletivo.

Sousa³⁵ admite uma estreita relação entre o Direito Penal e a realidade social, afirmando que este, como os demais ramos do Direito, deve seguir a evolução e mudanças sociais, não podendo ficar estanque frente a novas e diferentes necessidades de proteção. Observa que isso passa a conferir ao bem jurídico suma importância na conformação social do ilícito, e determina, ainda, seu fundamental papel na delimitação da tutela penal. A questão de como o Direito Penal responderá aos novos anseios sociais acaba por travar um confronto entre garantismo e funcionalismo. Isto porque parte da doutrina entende que o surgimento de novos fenômenos criminais acarreta a necessidade de renovação da tutela penal, a qual demandará uma tutela antecipada do bem jurídico, repousada, na maior parte das vezes, na criação de crimes de perigo abstrato. Outra parte da doutrina, em contraposição, critica a exacerbada criação de novas normas incriminadoras, afirmando que o Direito Penal perdeu seu caráter limitador da intervenção penal, antigamente considerado uma barreira intransponível para a política criminal, tornando-se um instrumento dela, em uma função meramente simbólica, amoldando-se às suas necessidades, de forma que passou a ser o próprio critério fundamentador da intervenção penal. Nesse cenário torna-se clara a divergência de entendimentos, sendo impossível negar que com uma concepção funcional e promocional do Direito Penal corre-se o risco de que as normas penais se tornem instrumentos de poder, mas, ao mesmo tempo, está comprovado que o garantismo iluminista exacerbado não consegue dar uma resposta adequada às novas exigências de tutela trazidas pela evolução social.

Ela também discorre sobre o atual processo de globalização e assimilação entre as legislações dos diversos países em virtude do compartilhamento e consequentes mudanças cultural e social que isso acarreta, traduzindo uma mesma civilização sociopolítica que se movimenta em conjunto no sentido de compartilhar os mesmos valores. Afirma que atualmente compartilha-se uma maior atenção e sensibilidade sobre a questão dos direitos humanos e, também, dos direitos coletivos, como é o caso do Direito Ambiental e do Direito Econômico. Assim, entende que possui também o Direito Penal legitimidade para a proteção dos bens jurídicos violados, desde que os limites e princípios da sua intervenção sejam obedecidos.

³⁵ SOUSA, Susana Aires de. *Sobre o bem jurídico-penal protegido nos crimes contra a humanidade*. Agosto, 2007. 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: 12 de abr. 2016.

A autora reconhece a existência, autenticidade, autonomia e necessidade de proteção de bens jurídicos coletivos, transindividuais, transpessoais, transociais, os quais podem-se resumir no termo “bens coletivos” e que surgiram exatamente desse novo contexto de evolução social. Fixa como critério determinante dos bens jurídicos coletivos um princípio trazido da economia, qual seja, o princípio da não exclusão, definindo-se bens jurídicos coletivos como aqueles que a utilidade aproveita a todos, sem que ninguém possa ficar excluído, sendo imprescindível o reconhecimento desse bem como valioso pela sociedade. Entende que simples caráter subsidiário do Direito Penal não afasta a sua tutela quanto às novas necessidades de proteção advindas da evolução social, mas para a legitimação desta criminalização se faz necessário que a existência do bem jurídico seja prévia à incriminação da conduta.³⁶

Sobre o tema, Streck³⁷ critica o fato de que, ainda neste momento histórico, em plena vigência de um Estado Democrático e Social de Direito, tanto o legislador, quanto a doutrina e jurisprudência, seguem atrelados a um paradigma liberal-individualista, o que faz com que nosso ordenamento jurídico só esteja preparado para o enfrentamento de conflitos que tenham índole individual, faltando ainda as condições necessárias para o enfrentamento de delitos transindividuais como proteção de bens jurídicos coletivos. Afirmar somente com uma adequada pré-compreensão pelo intérprete do direito do que é Constituição é possível interpretar qualquer norma jurídica. A partir disso, entende que não é possível uma correta interpretação da Constituição Federal de 1988 enquanto estivermos dominados por uma compreensão inautêntica do Direito. Defende ser necessária a proteção de bens jurídicos coletivos, tendo em vista que são eles que compõem majoritariamente o cenário desta fase de desenvolvimento social brasileiro e afirma que existe uma crise que envolve a concepção de bem jurídico no atual Estado Democrático de Direito, sendo necessário um redimensionamento de sua hierarquia para que fossem adaptados à sua dignidade constitucional.

Afirma que a Constituição Federal apresenta uma atuação diretiva para o Estado e as normas constitucionais (as quais têm eficácia) vinculam a atividade do legislador, na sua atuação, e por isso, ele deve buscar promover os objetivos

³⁶ SOUSA, Susana Aires de. *Sobre o bem jurídico-penal protegido nos crimes contra a humanidade*. Agosto, 2007. 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: 12 de abr. 2016.

³⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. Disponível em: <<https://ensaiosjuridicos.wordpress.com/2013/04/20/bem-juridico-e-constituicao-da-proibicao-de-excesso-ubermassverbot-a-proibicao-de-protecao-deficiente-untermassverbot-ou-de-como-nao-ha-blindagem-contra-normas-penais-inconstitucionais-lenio-lu/>>. Acesso em: 4 set. 2015.

determinados pelo constituinte. Não há, portanto, uma liberdade absoluta do legislador, inclusive em matéria penal. Dessa forma, para a criminalização de determinadas condutas e a proteção de bens jurídicos pelo Direito Penal é necessária uma análise dos deveres de proteção do Estado, utilizando-se como parâmetro a proporcionalidade, especialmente nos seus referentes de proibição de excesso e proibição de proteção deficiente. Esta análise, portanto, direcionar-se-ia ao combate de crimes que impedem a concretização de direitos fundamentais nas suas diversas dimensões. Entende, inclusive, que existe uma obrigação implícita de criminalizar determinadas ações para a proteção de bens jurídicos ao lado dos deveres explícitos constantes do texto constitucional.³⁸

No mesmo sentido, entendendo ser possível a criminalização de bens jurídicos transindividuais, Zaffaroni³⁹ usa como exemplo o direito ao meio ambiente saudável, o qual está baseado no princípio da sua preservação às gerações futuras e afirma que, embora existam discussões sobre o assunto, é possível que seja reconhecido aos seres humanos das futuras gerações sua condição de sujeitos de direito, em favor dos quais, embora não apenas, protege-se o bem jurídico meio ambiente.

Nota-se que grande parte da doutrina defende a ideia de que a evolução e a manutenção da ordem social influenciam na conceituação de bem jurídico. Nesse sentido, é possível dizer que aqueles bens jurídicos que afetam uma coletividade de indivíduos, além de possuírem imensa relevância social, legitimam a sua proteção criminal no ordenamento jurídico.

Considerando a importância dos bens jurídicos transindividuais, inclusive para a manutenção da própria vida, podendo-se afirmar que a omissão nesta proteção poderia causar a própria extinção da raça humana, tornam-se necessárias algumas mudanças nos dogmas tradicionais para permitir a atuação do Direito Penal na proteção desses bens jurídicos, justificada pela gravidade de eventual violação e efetiva proteção dos direitos e garantias fundamentais em pauta.⁴⁰

³⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. Disponível em: <<https://ensaiosjuridicos.wordpress.com/2013/04/20/bem-juridico-e-constituicao-da-proibicao-de-excesso-ubermassverbot-a-proibicao-de-protecao-deficiente-untermassverbot-ou-de-como-nao-ha-blindagem-contra-normas-penais-inconstitucionais-lenio-lu/>>. Acesso em: 4 set. 2015.

³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Editora Sociedad Anonima, 2002.p. 494.

⁴⁰ SMANIO, Gianpaolo Poggio. O conceito de bem jurídico penal difuso. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 437, 17 set. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5714>>. Acesso em: 5 de mar. 2016.

Considerações finais

Levando-se em consideração as discussões doutrinárias trazidas neste artigo, podemos concluir que:

- I. Diante das mudanças sociais geradas pela globalização, atualmente é possível falar-se em bens jurídicos transindividuais, o que significa que há uma necessidade de uma proteção de bens jurídicos que ultrapassam a esfera individual do cidadão e levam em consideração toda uma coletividade de pessoas.
- II. Ainda que objeto de discussão doutrinária, uma corrente formada por doutrinadores internacionalmente reconhecidos defende que os bens jurídicos transindividuais são autônomos. Isso quer dizer que não precisam necessariamente refletir direitos individualmente considerados. Essa afirmação baseia-se na ideia de que alguns direitos não possuem titulares determinados, sendo interesse de toda a coletividade a sua proteção e preservação.
- II. Em sendo o papel do Direito Penal a proteção de bens jurídicos, quando se trata de bens jurídicos transindividuais, ele poderá protegê-los desde que existam previamente no ordenamento jurídico, respeitando-se, ainda, o caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal, o qual deve ser a última alternativa para tutelar bens jurídicos entre os outros ramos do Direito.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- CALLEGARI, André Luís. *Teoria Geral do Delito e da Imputação objetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *O papel do direito penal na proteção das gerações futuras*. BFD LXXV, 2002. Disponível em: <<http://www.defensesociale.org/02/9.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2016.
- GOMES, Luiz Flávio; SANCHES CUNHA, Rogério. (Coord.). *Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos*. Disponível em: <http://juareztares.com/textos/hassemer_bem_juridico.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2016.
- JAKOBS, Gunther. *Tratado de direito penal: Teoria do injusto penal e culpabilidade*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el Estado Social y Democrático de derecho*. Barcelona: Ariel Derecho, 1994.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1972.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

_____. O direito à proteção e promoção da saúde entre tutela individual e transindividual. *Revista de Processo*, São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Processual, n. 199, 2011, p. 13-39.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Barcelona: J. M. Bosch Editor S. A., 1992. p. 267-278.

SOUSA, Susana Aires de. *Sobre o bem jurídico-penal protegido nos crimes contra a humanidade*. Agosto, 2007. 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: 12 de abr. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. *Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. Disponível em: <<https://ensaiosjuridicos.wordpress.com/2013/04/20/bem-juridico-e-constituicao-da-proibicao-de-excesso-ubermassverbot-a-proibicao-de-protecao-deficiente-untermassverbot-ou-de-como-nao-ha-blindagem-contra-normas-penais-inconstitucionais-lenio-lu/>>. Acesso em: 4 set. 2015.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. O conceito de bem jurídico penal difuso. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 437, 17 set. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5714>>. Acesso em: 5 de março de 2016.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos do Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Editora Sociedad Anonima, 2002.

