

341.5
S192p
(S493)
T674



**FACULDADE METROPOLITANA DA GRANDE FORTALEZA
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

RODRIGO XENOFONTE CARTAXO SAMPAIO

**A PROTEÇÃO DO DIREITO PENAL SOB O BEM
JURÍDICO SUPRA-INDIVIDUAL**

FORTALEZA - CEARÁ

2009

Rodrigo Xenofonte Cartaxo Sampaio

**A PROTEÇÃO DO DIREITO PENAL SOB O BEM
JURÍDICO SUPRA-INDIVIDUAL**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direitos Difusos e Coletivos da Faculdade Metropolitana da Grande Fortaleza, em convênio com a Escola Superior do Ministério Público, como requisito parcial para obtenção de grau de Especialista em Direitos Difusos e Coletivos.

Orientadora: Profa. Ms. Luciana de Aquino Vasconcelos Frota.

Fortaleza - Ceará

2009

**FACULDADE METROPOLITANA DA GRANDE FORTALEZA
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITOS DIFUSOS E
COLETIVOS**

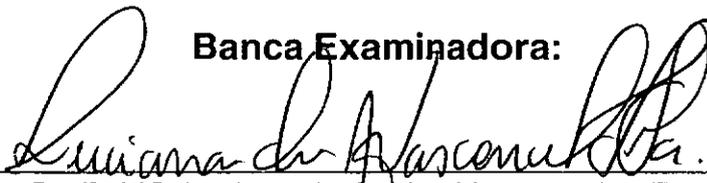
**TÍTULO: A PROTEÇÃO DO DIREITO PENAL SOB O BEM JURÍDICO
SUPRA-INDIVIDUAL.**

Autor: RODRIGO XENOFONTE CARTAXO SAMPAIO

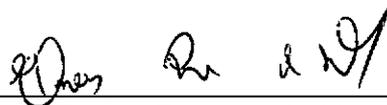
Defesa em: 16/10/2009

Conceito obtido: Satisfatório

Banca Examinadora:



Prof^a. MS. Luciana de Aquino Vasconcelos Frota
(Orientadora)



Prof^o. Ms. Enéas Romero de Vasconcelos
(Examinadora)



Prof^a. Teresa Gláucia Gurgel Gabriele Costa
(Examinador)

AGRADECIMENTOS

Á Deus, Grande força do Universo, que nos ilumina e nos guia nas veredas de nossos caminhos.

Aos meus pais, meus eternos mestres e amigos fiéis, que sempre me ajudam e me acompanham nos momentos felizes e tristes de minha vida.

A minha querida esposa Janielle, luz do meu caminho, que me incentiva e me dá carinho e coragem para continuar na luta enfrentando os obstáculos de cada dia.

RESUMO

O presente trabalho visa demonstrar através do estudo dos direitos difusos e coletivos que os mesmos albergam a proteção de um novel bem jurídico que se encontra na amplitude dos direitos supra-individuais, o bem jurídico supra-individual. Tem como objetivo demonstrar as características dos direitos difusos e coletivos; a existência do bem jurídico supra-individual inserido no contexto da sociedade contemporânea sob os influxos da teoria da "sociedade de risco", e a necessidade de sua efetiva proteção através dos instrumentos de defesa dos direitos supra-individuais; e evidenciar os parâmetros do bem jurídico supra-individual, inseridos dentro da ciência do direito penal, como ferramenta apta e eficaz para a tutela dos direitos difusos e coletivos.

Palavras-chave: Direitos difusos e coletivos. Direitos supra-individuais. Bem jurídico supra-individual. Sociedade de Risco. Direito Penal.

ABSTRACT

This paper demonstrates through a study of diffuse and collective rights that they harbor the protection of a novel legal interest which is in the range of supra-individual rights, the legal and supra-individual. It aims to demonstrate the features of diffuse and collective rights, the existence of legal and supra-individual placed in the context of contemporary society under the influence of the theory of "risk society" and the need for their effective protection through the protection instruments supra-individual rights, and highlight the parameters of the legal supra-individual, embedded within the science of criminal law, as appropriate and effective tool for the protection of diffuse and collective rights.

Key Words: Diffuse and collective rights. Supra-individual rights. Legal and supra-individual. Risk Society. Criminal Law.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 08 |
| 1 DOS DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGENEOS..... | 10 |
| 2 DA RESPONSABILIDADE PENAL QUANTO AO ENTE COLETIVO..... | 14 |
| 3 DO BEM JURÍDICO..... | 20 |
| 3.1 Do Bem Jurídico Penal..... | 22 |
| 3.2 Do Bem Jurídico Supra-Individual..... | 25 |
| 3.2.1 Da Sociedade de Risco..... | 25 |
| 3.2.2 Da Delimitação do bem Jurídico Supra-Individual..... | 27 |
| 4 A PROTEÇÃO DO DIREITO PENAL SOB O BEM JURÍDICO SUPRA- INDIVIDUAL..... | 31 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 35 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 37 |

INTRODUÇÃO

Os direitos difusos e coletivos possuem características ímpares que os distinguem e destacam dos demais direitos por possuírem uma abrangência de maior amplitude, de forma subjetiva e material, e, portanto, possuem capacidade de uma tutela diferenciada, que merece proteção diferenciada. O bem jurídico supra-individual surge como forma de albergar tais direitos no ordenamento jurídico.

A sociedade contemporânea contempla novas formas de condução em que se evidenciam riscos e perigos que possuem danos indefinidos as gerações atuais e futuras. Caberá ao direito balizar os limites de tais comportamentos da sociedade, e de forma mais relevante caberá ao direito penal proteger a sociedade e as coletividades para que não se perpetuem violações de grande monta.

O bem jurídico supra-individual se verifica como um evoluir natural do direito penal, que em sua teoria clássica voltava-se somente ao indivíduo, e agora reclama um novo prisma sob a guarida estatal, a proteção de direitos difusos e coletivos. Os atos ilícitos cometidos aos bens jurídicos supra-individuais devem sofrer a punição estatal, porém sem olvidar dos preceitos do direito penal e direitos e garantias individuais já assegurados, evitando-se o expansionismo do direito penal e sua aplicação simbólica e sem efetividade.

Para a consecução de nosso intento, devemos utilizar o método através de técnicas, como define Henriques (1999):

O método é o caminho que se segue mediante uma série de operações e regras aptas para se alcançar um resultado que se temem vista. Técnica é a forma utilizada para percorrer esse caminho.

Do exposto acima optamos pelo método dialético, observando os aspectos contraditórios, e delimitando o objeto de estudo, através de pesquisa teórica. Desta feita realizar-se-á ampla pesquisa bibliográfica e na *Internet*, expor-se-á contrapontos e submeter-se-á à demonstração do objetivo exposto. Far-se-á considerações finais que demonstrem os objetivos alcançados.

Primeiramente abordar-se-á a conceituação dos direitos difusos coletivos e individuais homogêneos. Após expor-se-á as principais teses sobre a responsabilização dos entes coletivos, estabelecendo as incongruências com o sistema penal. Apresentar-se-á a conceituação do bem jurídico, bem como do bem jurídico penal e o bem jurídico supra-individual. Definir-se-á a “sociedade de risco” e suas influências no direito penal. Por fim, estabelecer-se-á como o direito penal deverá albergar a proteção ao bem jurídico supra-individual, através dos preceitos dos direitos e garantias fundamentais.

1 DOS DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Os conceitos de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos foram identificados primeiramente no código de defesa do consumidor, Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. A identificação exata de tais conceitos perpassa por dificuldades terminológicas e ontológicas, como veremos.

As definições normativas dadas aos institutos são bastante singelas, perfazendo-se da seguinte forma: aos "interesses" ou direitos difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. De acordo com a doutrina majoritária são os direitos identificados pelo número indeterminado de pessoas, cujo direito é impossível individualizar-se perante a coletividade. São citados como exemplos o direito à saúde, ao meio ambiente, à segurança etc.

Aos denominados "interesses" ou direitos coletivos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. São citados pela doutrina como direitos dos quais seus titulares pertencem a um grupo comum, vinculados por um liame jurídico identificável através de uma relação jurídica base, que pode ser elaborada através das partes de um contrato, sócios de uma associação ou membros de um sindicato.

Por fim, "interesses" ou direitos individuais homogêneos são assim entendidos os decorrentes de origem comum, e a doutrina trata tais direitos como aqueles que são divisíveis e disponíveis, em que seus titulares podem ser identificados e determinados. Justifica-se que a finalidade de tais direitos seria permitir o acesso ao Poder Judiciário, evitando decisões diversificadas diante de um mesmo fato jurídico que una um grupo determinado de pessoas.

Expõe-se de forma idêntica ao texto do Código de Defesa do Consumidor (GRINOVER, 1999) o anteprojeto apresentado ao Poder Legislativo que versa sobre o Código Brasileiro de Processo Coletivo, em seu artigo 2º. Tal projeto fora apresentado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, com uma novel iniciativa de tentar normatizar tema tão importante para o direito na atualidade (GRINOVER, 2009).

A dificuldade de delimitação dos conceitos acima apresentados encontram-se na tênue linha que distingue cada um dos institutos. O legislador apresentou uma qualificação abstrata e ampla, pois não poderia prever cada caso "*in concreto*", deixando para a doutrina, e principalmente a jurisprudência definir o que se adequa ao texto normativo. Dessa feita, os julgados e estudos sobre os temas em questão são bastante pertinentes a fim de evidenciar a dessemelhança existente entre os institutos que a doutrina aponta em conjunto através de diversas denominações como direitos supra-individuais, direitos difusos "*latu sensu*", ações coletivas, direitos ultra-individuais, direitos meta-individuais etc.

A problemática da conceituação se dá também no obstáculo encontrado em caracterizar o objeto do estudo dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Direitos a exemplo dos direitos ao crescimento e envelhecimento sadio, à educação, à herança genética, ao livre consumo, ao meio ambiente, à moralidade e probidade administrativa, à qualidade de vida, à saúde etc, são direitos diversos de outros como à vida ou ao patrimônio, em que o objeto se verifica de pronto. Os parâmetros dos objetos defendidos pelos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos são abstratos, e por vezes confundem-se com políticas públicas ou regras administrativas, inseridas dentro do contexto do direito civil ou administrativo.

Há que se estabelecer um marco divisório perante a celeuma criada pela doutrina. O objeto em si é de difícil identificação entre os diversos conceitos normativos de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, porém não restam quaisquer objeções em diferenciar o objeto de tutela destes direitos dos denominados direitos individuais, posto que o reflexo criado é completamente

diverso. Os direitos individuais possuem objeto jurídico com tutela própria, através de meios processuais já identificados, e com coisa julgada *pro et contra*. Já os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos atingem um grande quantitativo de pessoas, e seus objetos jurídicos podem encontrar-se espalhados em diversas hipóteses a serem analisadas *in concreto*, ou como forma de prevenção, evitando-se que ocorram danos em potencial à coletividade.

Em ambas as hipóteses dos bens jurídicos a serem defendidos pelos direitos supra-individuais – a serem analisados *in concreto* ou impeditivos de dano em potencial – a coisa julgada também deverá ser diferenciada. Pode-se conceber a coisa julgada nas “ações coletivas” como coisa julgada *secundum eventum probationis* ou ainda *secundum eventum litis*¹.

A coisa julgada *secundum eventum probationis* é aquela que determina que se houver julgamento por insuficiência de provas, qualquer legitimado estará apto a intentar nova ação com idêntico fundamento. Tal dispositivo encontra-se no artigo 18 da Lei 4.717 de 29 de junho de 1965 – Lei de Ação Popular, e também, no artigo 16 da Lei 7.347 de 24 de julho de 1985 – Lei de Ação Civil Pública, e artigo 103, inciso I, da Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990 – Código de defesa do Consumidor.

Já a coisa julgada *secundum eventum litis* é aquela que determina que somente se fará coisa julgada na hipótese de procedência do pedido ao legitimado ativo. Encontra-se no artigo 103, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor.

Em cada hipótese de direito supra-individual tutelado poderá haver uma espécie de coisa julgada, conforme cita Didier, Zaneti (2007, p. 342):

¹ Modalidades de coisa julgada previstas no Código de Defesa do Consumidor: art. 103, inciso I (“...exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81”) e inciso II (“...salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81”) – definida como coisa julgada *secundum eventum probationis*; e art. 103, inciso III (“...apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81”) – definida como coisa julgada *secundum eventum litis*.

Se difuso, a extensão será *erga omnes* para atingir a massa indeterminada de sujeitos daquele direito. Se coletivo *stricto sensu*, a extensão será *ultra partes*, atingindo a todos os membros da categoria, classe ou grupo, 'perfeitamente identificáveis' (mas, não necessariamente identificados), em razão da ocorrência de relação jurídica base entre si ou com a contraparte anterior a lesão. Se *individuais homogêneos*, a extensão será *erga omnes*, atingindo a todos aqueles que comprovarem a lesão (origem comum) do direito debatido em juízo. Nesses casos, note-se que a sentença terá eficácia *erga omnes* justamente porque não se revela necessária, sendo até mesmo difícil, a individuação dos lesados na inicial. A sentença será ilíquida, não só em relação ao *quantum* devido, mas também em relação à identificação dos credores.

Diante da diversidade do tratamento dado aos direitos supra-individuais, pela sua esfera de aplicação e pela tutela diferenciada que deve ser estabelecida, devemos nos debruçar um pouco mais sobre o objeto de estudo de tais direitos e sua responsabilidade para que possamos apontar as diversas orientações que devem ser seguidas no estudo do tema.

O estudo da responsabilidade penal do ente coletivo é o primeiro passo que o estudioso deve dedicar-se, observando os caracteres e princípios que regem a matéria para definir os possíveis sujeitos passíveis da responsabilidade quando da violação dos direitos difusos "*latu sensu*". Logo após, traçaremos linhas de estudo do bem jurídico e sua aplicação na matéria dos direitos supra-individuais, para conhecermos e apreendermos mais atentamente sobre o objeto de estudo do bem supra-individual e após concluirmos sobre a proteção do direito penal sob o bem jurídico supra-individual.

2 DA RESPONSABILIDADE PENAL QUANTO AO ENTE COLETIVO

O direito penal tem como função proteger bens da mais alta relevância para o indivíduo e para a sociedade, quando não restem outros meios para fazer valer a vontade estatal. Trata-se da *ultima ratio*, o ultimo recurso a ser empregado pelo poder constituído para estabelecer a paz e segurança de uma sociedade.

Quando tratamos de responsabilidade penal e coletividade desponta inicialmente discutir a responsabilidade da pessoa jurídica como sujeito passivo da norma penal.

Nesse sentido podemos elencar duas teses ou teorias que tratam da existência da pessoa jurídica, a primeira tese, de Savigny (2004), denominada teoria da ficção, afirma que as pessoas jurídicas são entes fictos e de “pura abstração”, sendo totalmente incapazes de cometer ilícitos penais, conforme o brocardo latino “*societas delinquere non potest*”.

A segunda teoria, denominada teoria da realidade, defende que a pessoa jurídica possui independência, é portanto real, possui substância e vontade própria, sujeito de direitos e deveres.

A Constituição Federal discrimina nos artigos 173, §5º e 225, a responsabilidade direta da pessoa jurídica em virtude da exploração de atividade econômica e da responsabilidade ambiental, conforme segue abaixo:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em Lei.

(...)

§ 5º. A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida,

impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

(...)

§ 3º. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados, aplicando-se relativamente os crimes contra o meio ambiente, o disposto no art. 202, parágrafo 5º.

Apesar da estipulação constitucional que determina a responsabilidade penal às pessoas jurídicas, os postulados de aplicação do direito penal clássico não se encaixam adequadamente na responsabilização do ente coletivo, seguindo-se a teoria da ficção de Savigny. Podemos citar como princípios penais de árdua senão improvável aplicação às pessoas jurídicas os princípios da culpabilidade, da individualização da pena, da imputação subjetiva etc.

Vários países europeus adotam, de forma excepcional, diga-se de passagem, a responsabilização de empresas e pessoas jurídicas. O Conselho da Europa, através de Recomendação, admite a responsabilização direta da pessoa jurídica, aconselhando os países europeus à inclusão de um sistema penal misto em que se introduzam sanções extrapenais e penais.

Insta observar que por definição estrita do direito penal brasileiro a pessoa jurídica não possui responsabilidade penal. Prado (2005, p. 147) explana sobre o tema da seguinte forma:

O fundamento de tal orientação radia essencialmente, em que se encontram ausentes na atividade da própria pessoa jurídica os elementos seguintes: a) capacidade de ação no sentido penal estrito; b) capacidade de culpabilidade (princípio da culpabilidade); c) capacidade de pena (princípio da personalidade da pena), indispensáveis à configuração de uma responsabilidade penal subjetiva.

Destaque-se que, o debate sobre responsabilidade penal da pessoa jurídica encontra-se em ampla discussão perante os doutrinadores pátrios, mesmo sob o aspecto da responsabilidade penal tornar-se realidade no direito positivo. Aqui sobrepõe dois caminhos a serem trilhados – admitir a necessidade de responsabilizar penalmente a pessoa jurídica e, portanto rever os postulados do direito penal, principalmente sobre a culpabilidade e a conduta criminosa; ou ainda

manter-se o sistema atual de responsabilização individual e continuar com situações imprecisas de adequação da personalidade jurídica delinqüente. Não se pode fechar os olhos a alguns fatos que ocorrem na atualidade, principalmente quando se trata de atos ilícitos, que na sociedade contemporânea podem ser cometidos pelos entes empresariais.

Aponta, portanto, necessidade de penalizar a pessoa jurídica quando seus atos infringirem regras de direito, porém de forma adequada e legítima. Vale lembrar que o direito penal é a *ultima ratio* e deve albergar somente os maiores valores queridos pela sociedade e Estado, portanto deve-se sempre utilizar da ponderação e proporcionalidade na estipulação das condutas ilícitas e sanções adequadas, sob pena de se forjar um direito penal simbólico, sem efetividade e concretude.

A lição de Levorato (2006, p. 89) evidenciá a corrente adotada por muitos doutrinadores pátrios:

O direito penal apresenta-se como ineficaz na defesa contra os delitos praticados por pessoa jurídica, eis que sua finalidade é ressocializar os infratores, o que jamais acontecerá com a pessoa jurídica. Nesse sentido, reconhecer a responsabilidade penal da pessoa jurídica teria o condão de simplesmente dar resposta simbólica aos problemas da sociedade de risco, sob pena de admitir-se que o sistema penal não está preocupado com o delinqüente, mas em tranquilizar a comunidade em sua eterna busca pela segurança e normalidade social.

A doutrina alienígena demonstra como solução penal “medidas especiais” quanto a responsabilidade de entes coletivos, posto que as medidas tradicionais do direito penal devam adequar-se a realidade da personalidade jurídica. Conforme Smanio (2000, p. 120):

As *medidas especiais* que seriam aplicadas para as pessoas jurídicas diferem das medidas de segurança, que são aplicadas quando o sujeito manifesta periculosidade criminal, ou seja, capacidade de cometer fatos considerados delituosos, embora não tenham a capacidade penal de responder por eles mesmos

Opera-se então medida que equipara o ente coletivo a incapaz, por não possuir vontade própria, devendo a *voluntas* da empresa ser sempre tutelada por pessoas físicas. Porém observa-se que tal solução não se demonstra eficiente e nem mesmo adequada, pois o meio buscado ainda não define de forma exata o que pode ser imposto ao ente e o que poderá ser colocado aos seus responsáveis legais.

O sistema de “dupla imputação” também surge como manifestação da doutrina em apontar a responsabilidade da pessoa jurídica. Tal sistema indica que a responsabilidade do ente coletivo independe quanto a pessoa física, devendo até mesmo diante de um fato ilícito ser penalizado em co-autoria. A doutrina também critica tal teoria por representar dupla sanção, ou um “*bis in idem*”. A análise crítica possui fundamento teórico, ao passo que a pessoa jurídica atua conforme orientação de seus representantes, diferenciar a “atuação institucional” da “atuação representativa” tornaria a busca exata pela responsabilização de árduo auferimento.

A Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, dispõe sobre os ilícitos ambientais, e em seu artigo 3º, parágrafo único, dispõe a responsabilidade da pessoa jurídica através da tese da dupla imputação, senão vejamos:

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. **A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.**
(grifo nosso)

Apesar de estipulada positivamente, a tese colide com os preceitos do direito penal clássico, e a demonstração de um agir distinto entre ente coletivo e seu responsável, não se valida com tanta solidez em que se possa distinguir o ilícito de um ou outro personagem. Ao contrário, por vezes, a conduta é homogênea e o benefício do ilícito causado poderá fluir da empresa ao seu representante e vice versa, de forma que como defendemos, torna-se de difícil avaliação, a imputação subjetiva da conduta ilícita através da “dupla imputação”

Existe ainda como tese de imputação de responsabilidade ao ente coletivo a teoria do “atuar por outro”, adotada no direito penal alemão. Tal tese se evidencia na representação da pessoa física, administrador da pessoa jurídica, em virtude da pessoa jurídica. O “atuar por outro” amplia a possibilidade de punibilidade da pessoa jurídica que mesmo sem possuir determinados atributos necessários a caracterizar sua conduta, pode ser responsabilizada por atuar através de “outrem”.

Observa-se certa dificuldade de encaixe no modelo clássico, quanto a tese do “atuar por outro”, que difunde características do representante, pessoa física, ao representado, ente coletivo. Em nosso ordenamento, podem-se observar alguns critérios da teoria do “atuar por outro” em relação a certas obrigações de representantes, em que prepondera o interesse público, como relações consumeristas, ambientais, tributárias e público-administrativas. Porém somente nos atos em que se pode individualizar a conduta do representante que agir em desacordo com os preceitos normativos. Já em decorrência de atos empresariais e cíveis, onde prepondera o interesse privado, tal tese não se coaduna de forma perfeita, pois o Direito Penal estaria limitado em sua aplicação pelo princípio da subsidiariedade.

Em síntese, as teses demandam sempre incongruências na busca adequada da conduta a ser examinada – a conduta do ente coletivo – seja personalizado ou não. Decerto que devemos visualizar que já existem a necessidade de dispositivos que enquadrem adequadamente a responsabilização penal da pessoa jurídica e também de entes coletivos despessoalizados, que também podem cometer ilícitos.

A legislação pátria já possui algumas diretrizes normativas consagradas, protegendo valores como meio ambiente, consumo, e mercado financeiro. Deve-se equilibrar a inflação legislativa destinada ao direito penal no que tange a responsabilização da pessoa jurídica, posto que, além de descaracterizar a busca efetiva de proteção aos bens de relevo, impossibilitará o efeito educativo e psicológico que deverá surgir na imposição de sanções aos réus.

Contudo, o sistema penal de imputação subjetiva de responsabilidade ainda não possui uma tese ou teoria adequada que encaixe perfeitamente o atuar do ente coletivo dentro das premissas penais, pois responsabilidade será apontada ao representante do ente coletivo, quando o ato ilícito for da esfera penal, ou tomará a feição de sanção ilícita cível ou administrativa, punindo então o ente coletivo.

3 DO BEM JURÍDICO

O bem jurídico sofreu uma evolução no seu conceito, posto que o Direito concebe-se como ciência cultural, ligada a fatores subjetivos jungidos a valores espaço-temporais. O direito é ciência social como bem explana Prado (2005), o trinômio do direito – fato, valor e norma, destaca-se na busca de delimitação do bem jurídico.

Evidencia-se dessa feita, que um bem atualmente protegido pelo último baluarte repressivo estatal, o direito penal, em determinada época, poderá não sofrer tal abrigo em outro momento histórico. E assim deve seguir o direito sob pena de envolver no palmilhar e na evolução da humanidade.

Podemos apontar 4 (quatro) fases evolutivas relativas ao conceito de bem jurídico. A primeira fase trata de uma concepção liberal ou individual, em que a lesão ao bem jurídico identifica-se com a lesão ao bem individual, já que nos valores da época liberal prevalecia o indivíduo sob o Estado, e a tutela do bem jurídico visava proteger a esfera individual do imenso poderio estatal. A segunda fase possui um aspecto mais científico, onde o direito busca sua metodologia e cientificidade, aqui o bem jurídico fica envolto pelas doutrinas positivistas e jusnaturalistas, arraigadas de conteúdo formal. Na terceira fase, o bem jurídico serve ainda ao indivíduo, porém agora com o foco na sociedade ou coletividade, surgem os direitos de segunda geração no período posterior a revolução industrial. Por fim, a quarta e última fase, já na modernidade, volta-se para o bem jurídico em função da sociedade, possuindo uma feição funcional, caracterizando direitos de terceira geração fundados na solidariedade, visando o futuro (Smanio, 2000).

O conceito de bem jurídico, por versar sobre bens que merecem a mais relevante proteção do ordenamento, não possui uma definição exata e precisa, fato que enseja diversas dúvidas como bem aponta Souza (2006, p. 231):

Necessário faz-se deixar de logo fixado que não há, como bem se sabe, um conceito unívoco de bem jurídico. Dada a miríade de formulações definitórias, fixamo-nos, força de sua precisão e capacidade operativa, aquela elaborada por Jescheck: “É tarefa do direito penal proteger bens jurídicos ... estes cifram-se em bens vitais imprescindíveis para a convivência humana em sociedade, por isso devem ser protegidos pelo poder coativo do estado representado pela pena pública.

Dessa feita, bens reputados importantes em determinada época em uma sociedade, como o dever de prestar honra aos deuses, de pagar dízimo aos templos, de vestir-se de luto em respeito aos mortos, de bastante relevo nas sociedades primordiais, hodiernamente são considerados deveres morais, não regrados pelo direito nas sociedades democráticas.

O conceito bem jurídico deve-se postar no panorama da sociedade, considerando o indivíduo e suas condições conforme explana Pereira (2008, p. 79):

O bem jurídico deve se posicionar segundo a realidade social, formada dos conflitos estabelecidos entre as pessoas, decorrente de necessidades particulares de satisfação de interesses diversos, indicando que os bens jurídicos têm um caráter eminentemente pessoal, ligados às próprias condições de existência individuada da cada ser humano.

Portanto, deve-se voltar o estudo do bem jurídico sob o viés cultural e histórico de cada sociedade considerando o indivíduo no seu contexto, porém sem olvidar que existem bens jurídicos de suma importância que não perdem seu valor, por mais que ocorram mudanças no devir da humanidade – a vida, a liberdade, o patrimônio – valores conquistados com revoluções e ideologias liberais, e que representam núcleo intocável por qualquer Estado democrático de direito. Tais valores, devido a sua relevância no estado democrático de direito, devem ser perpetuados através da sistemática do direito penal, quando seus limites foram ultrapassados, conforme afirma Prado (2005, p. 109):

Essa característica – relatividade – baseia-se “no fato de que a avaliação dos círculos de conduta delitiva deve estar conectada à necessidade de garantia e às representações de valor da sociedade nas situações históricas singulares”. Essencialmente, há uma dependência “dos interesses mutáveis e diversos do Estado e da coletividade, pelo que cada sociedade e cada época têm seus especiais objetos de tutela”. Ademais, a substancialidade do bem jurídico põe em destaque a necessidade de uma valoração ética.

Voltemo-nos a breve estudo do bem jurídico penal para melhor compreensão da proteção jurídica dos valores mais resguardados nas sociedades modernas.

3.1 Do bem jurídico penal

Avançamos agora para uma delimitação do que se possa tratar como bem jurídico penal. Ao retratarmos a evolução conceitual de bem jurídico penal, podemos destacar de acordo com Smanio (2000, p. 68):

Primeira época: '*Crimen*' é atentado contra os deuses (...) Segunda época. '*Crimen*' é agressão de uma tribo contra outra. (...) Terceira época. '*Crimen*' é transgressão da ordem jurídica estabelecida pelo Poder do Estado(...)

Beccaria (2002), precursor do direito penal moderno, distinguiu o crime da culpa, elaborando uma divisão necessária entre o Estado e a igreja. A culpa, ou pecado, ficaria despojado da proteção estatal, retratando uma questão simplesmente moral, relativa a questões eclesiásticas

O Jusnaturalismo veio imprimir uma instrumentalização do direito penal, forjando uma nova tese sobre o bem jurídico, de acordo com Smanio (2000, p. 69):

crime, punível pelo Estado, de acordo com a natureza ou a coisa ou conforme a razão, deve entender-se como a lesão ou perigo de lesão, imputável à vontade humana, de um bem que o poder do estado tenha garantido a todos de forma igual.

O positivismo jurídico pregava que o bem jurídico era estabelecido exclusivamente pela norma jurídica penal, colocando-se uma formalidade na visão compreensiva do bem jurídico penal.

Em uma visão mais flexível, Carnelutti afirma que o bem jurídico penal, na atualidade, é aquele "protegido pelo Estado para assegurar as condições de vida em sociedade". Seguido também por Enrico Ferri, que sai em defesa de um "bem jurídico como atributo e condição necessária à vida social do indivíduo".

Silveira (2003, p. 54), em síntese, explana quais os princípios que regem o bem jurídico penal. O primeiro princípio é o da *lesividade*, pelo qual “é indispensável para a tutela penal de um bem jurídico a comprovação da lesão efetivamente sofrida por este, sem a qual não será possível a aplicação de qualquer sanção pelo Estado ao seu ofensor”. O segundo princípio é da *intervenção mínima*, “pelo qual o Direito Penal somente deverá atuar na proteção de bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não possam ser eficazmente tutelados por outros ramos do direito”. O terceiro princípio é o da *fragmentariedade*, “segundo o qual somente agressões e ataques socialmente intoleráveis a bens jurídicos de extrema relevância os sujeitam a tutela penal”. Por fim, o último princípio é o da *subsidiariedade*, pelo qual “o Direito Penal é remédio extremo, somente utilizável quando a atuação de qualquer outro dos ramos do direito, como o Direito Civil ou Administrativo, se quedar insuficiente”.

Tais princípios, como já visualizamos, imprimem reflexos na proteção efetiva do direito penal sob determinados valores. Conforme exposto acima, a responsabilização da personalidade jurídica perpassa por tais postulados do direito penal. Deve-se considerar a *lesividade* do ato, a *intervenção mínima* da atuação estatal, a *fragmentariedade* em virtude do ilícito, e a subsidiariedade da sanção a ser aplicada, quando da atuação da personalidade jurídica, a fim de fixar de forma irredutível a responsabilidade penal o ente coletivo.

Smanio (2000, p. 88), sintetiza o pensamento de Nelson Hungria, colocando que o bem jurídico penal distingue-se de maneira ímpar destacando-se sobre os demais interesses estatais,:

Bem é tudo aquilo que satisfaz a uma necessidade da existência humana (existência do homem individualmente considerado e existência do homem em estado de sociedade), e interesse é a avaliação ou representação subjetiva do bem como tal (Rocco, L’oggetto del reato). Bem ou interesse jurídico é o que incide sob a proteção do direito *in genere*. Bem ou interesse jurídico penalmente protegido é o que dispõe da reforçada tutela penal (vida, integridade corporal, patrimônio, honra, liberdade, moralidade, fé pública, organização familiar, segurança do Estado, paz internacional etc.).

Demais notáveis doutrinadores como Damásio, Mirabete, Cezar Bitencourt e outros tantos ensinam que o bem jurídico penal possui uma hierarquia

diferenciada em relação a outros bens juridicamente protegidos no ordenamento jurídico. E assim deve ser em respeito aos postulados dantes examinados e em busca da eficácia do direito penal.

Acompanhamos Smanio (2000, p. 88), sobre a conceituação do bem jurídico penal, dentro de uma perspectiva sistêmico-social:

(...) como um objeto da realidade que constitui um interesse da sociedade para a manutenção de seu sistema social, protegido pelo direito, que estabelece uma relação de disponibilidade, por meio da tipificação das condutas.

Porém, a modernidade aponta algumas vertentes que visam transmutar alguns valores dantes inobservados pela sociedade. A tecnologia, o mercado de consumo, as novas energias, a manipulação genética, chamam à atenção dos estudiosos para sua possível periculosidade e surge o debate quanto a uma possível proteção em virtude dos riscos, que em tese, podem ser causados dessas atividades.

Por outro lado, visualizamos surgir na atualidade riscos mais efetivos e concretos, e que atingem a coletividade, fundados na violação dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, como dantes examinados.

Há de se observar a coadunação dos valores violados a uma sociedade de risco, que pode afetar vários cidadãos, como a proteção dos direitos difusos e coletivos. Devemos, portanto nos voltar ao estudo do bem jurídico supra individual e sua caracterização a fim de compreendermos seus limites e definições.

3.2 Do Bem Jurídico Supra-Individual

3.2.1 Da sociedade de risco

Realizando-se o estudo do bem jurídico supra individual devemos inicialmente caracterizá-lo diante das novas realidades que o diferem do bem jurídico *strictu sensu* contemporizando-o através da análise dos problemas e obstáculos da sociedade.

A sociedade contemporânea emerge com novas problemáticas dantes olvidadas pelos estudiosos do direito. Dentre as várias obras do sociólogo alemão Ulrich Beck sobre a sociedade que se levanta na pós-modernidade aborda-se primordialmente uma "Sociedade de Risco" (*Risikogesellschaft - Auf dem Weg in eine andere Moderne* -1986) fundada do liberalismo, onde atividades de elevado risco são realizadas cotidianamente, porém devido à proporção e magnitude do mercado de consumo, as conseqüências advindas de tais atividades podem causar sérios danos às gerações atuais e futuras.

Reduz-se aqui em apertada síntese o amplo debate que o tema demanda, porém desejamos frisar a importância que deve ser dada a discussão, posto que o direito, como regulador da sociedade deve se voltar obrigatoriamente para enfrentar o tema.

O professor de Direito Penal da Universidade Complutense, Guirao (2002) comenta de forma bastante didática em artigo da Revista Electronica de Direito Penal y Criminologia o conceito de "sociedade de risco":

La sociedad del riesgo ha generado un fundamental cambio de la representación social sobre el progreso tecnológico : mientras que en sus comienzos la tecnología iba dirigida a disminuir, evitar o reparar riesgos emanados de la naturaleza, en la actualidad se ha convertido en la mayor fuente de riesgos, riesgos que adquieren una potencialidad de destrucción masiva, tanto espacial como temporalmente, capaz de afectar a poblaciones enteras, presentes o futuras. El obrar humano adquiere con ello un alcance

causal sin precedentes, orientado a un futuro todavía incierto, pero de tintes catastróficos.

A “Sociedade de Risco” representa todo um conjunto de atos e condutas que indivíduo, grupos, países e nações têm adotado na política e no comércio que podem influenciar de fato gerações atuais e futuras.

O relevo do tema aponta o questionar quais prioridades devem ser observadas diante de riscos como energia atômica, manipulações genéticas e danos ao meio ambiente. A condução de uma política positiva e afirmativa para tentar evitar danos previsíveis a gerações futuras deve ser ponderado através de regras claras e precisas, sob pena de um evoluir desgovernado e infrene de empresas mercantilistas alicerçadas por mercados vorazes e Estados obnubilados, que visam metais e recursos fáceis.

Prado (2005, p. 118) expõe a perplexidade em que se encontra o direito perante a “Sociedade de Risco”.

Assiste-se, na atualidade, a novas e ampliadas formas de tutela, resultado do processo evolutivo do Estado liberal para o Estado social, e à afirmação deste último, que engendra a assunção de novos deveres (v.g. assistência e promoção), novos riscos (v.g., manipulação genética, energia nuclear, transgênicos) e encaminhamentos, tal como o de salvaguarda de direitos que transcendem à esfera individual, e se projetam em grupos ou na sociedade globalmente considerada. Emergem nesse contexto, novos bens jurídicos, ou ampliam-se os já existentes.

A proteção desses novos bens surge como reflexo da crescente “Sociedade de Risco”, e deságua em questionamentos que vão além dos “perigos” a que todos estão expostos. Como assegurar a proteção de riscos apontados ao futuro através do direito penal? De que forma deve-se tutelar violações a um essencial limite de “riscos” a que devem ser expostos a coletividade, em detrimento da evolução e a tecnologia da humanidade?

Aqui desponta uma tradicional colisão de direitos fundamentais que deve ser resolvida através da interpretação conforme a Constituição e através de regras de proporcionalidade (Dávila, Souza, 2006), já por demasiado inclusas no labor do

Supremo Tribunal Federal, órgão a que se atribui apontar a norma constitucional que deve prevalecer em nosso ordenamento.

Resta somente evidenciar como o direito penal poderá, de forma ponderada, balizar normas e regras para que a infringência dos limites deflagrados não reste impune ao autor/autores. O bem jurídico a ser aqui protegido possui características "*sine qua non*" que o destaca de quaisquer outros – primeiro, pelo seu caractere de fluidez, segundo pela abrangência de suas vítimas e terceiro pelo dano contínuo e atemporal que pode ser causado. Discute-se tais características a seguir.

3.2.2 Da delimitação do bem jurídico supra-individual

Após ponderar pela conceituação do bem jurídico e do bem jurídico penal, devemos avançar um pouco mais sobre o objeto do presente trabalho e nos debruçarmos sobre a especificação do bem jurídico supra-individual.

De plano podemos identificar que os bens supra-individuais almejam a proteção de valores e bens que ultrapassam a esfera do indivíduo. A essência de tais bens jurídicos volta-se a esfera do coletivo, grupo ou conjunto de indivíduos, e identificam-se com valores essenciais, postando-se, em regra, em direitos da segunda e terceira geração.

Classificam-se como bens supra-individuais o meio ambiente, a proteção ao consumidor, à ordem econômica e financeira, à saúde, à educação, o patrimônio genético, entre tantos outros já citados e outros que ainda irão surgir com a evolução tecnológica e científica.

Silveira (2003, p. 29) em sua obra sobre Direito Penal Supra-individual trata a respeito da importância do bem jurídico:

Nesse aspecto, grande relevo toma a questão do bem jurídico. De fundamental importância, sobretudo a partir da ilustração, mostra-se ele hoje, como elemento básico da missão ou função do Direito Penal. Cuidando, a princípio, dos interesses individuais, passou-se, com o evoluir da sociedade moderna, à necessária inquietação também com os bens coletivos e, depois, com os bens metaindividuais. Hoje, não sem razão, diversos valores supra-individuais encontram-se penalmente resguardados, sendo, contudo, motivo de preocupação dogmática.

Há uma dificuldade na delimitação teórica do bem jurídico supra-individual (como o há relativo aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, como dantes explicado) perante doutrinadores do direito pátrio, pois a preocupação legislativa não se volta comumente a tais bens de caráter tão vasto, de definição ampla e difusa, posto que a grande leva de estudiosos e doutrinadores do direito preocupa-se com valores de cunho individual.

Insta verificar que os bens supra-individuais possuem uma fluidez, a semelhança dos bens jurídicos "*latu sensu*", devido ao aspecto cultural e histórico. Mas o grau de indefinição também se dá pela própria verificação do bem supra-individual tutelado – de complexa delimitação devido a sua indeterminada abrangência. A título de exemplo pode-se classificar como bens supra-individuais a proteção de uma floresta, evitando-se a matança indiscriminada de seus espécimes; a retirada da veiculação de propaganda enganosa; o direito de acesso ao tratamento de saúde adequado; a construção de escolas suficientes ao ensino básico de uma comunidade etc. Tais proteções não se caracterizavam em nosso ordenamento antes da Constituição de 1988, e agora mostram-se presentes e necessárias.

De se ver que tais valores são indefinidos, pois em determinado momento defende-se um direito, e noutra oportunidade se impõe um dever, porém em todas hipóteses elencadas os bens jurídicos supra-individuais carregam consigo o caractere do "interesse público" em seu maior grau de relevância. Portanto sua defesa ainda causa perplexidade no atuar do poder judiciário, que ao primeiro momento demonstra certo despreparo em desvencilhar-se do modelo individualista calcado na tutela processual, e segundo por sua tutela tratar-se de real mudança de "*status quo*", um poder inimaginável em tempos pretéritos, ao qual o magistrado ordinário ou de primeiro grau, ao julgar, pode vincular com seu *decisum* uma coletividade, Estado, ou até mesmo o País.

Por óbvio que o objeto de defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos possui também seu caráter patrimonial, pois em primeiro ponto tais bens são de valor incomensurável, ao passo que afetam uma magnitude de indivíduos, e em segundo a violação de tais direitos deve reverberar em sanção penal ao ofensor, através de pecúnia ou demais sanções, observados os limites impostos no direito penal ao ente coletivo, conforme visto dantes. O aspecto patrimonial da condenação em virtude dos direitos difusos é discriminado no artigo 13 da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985 – Lei de Ação Civil Pública:

Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

Apesar de possuir aspecto patrimonial, o bem jurídico supra-individual em essência possui o caractere da indivisibilidade, pois, em regra, não se pode dividir direitos como o acesso ao meio ambiente sadio e de qualidade, o direito à saúde, a educação etc. Por óbvio que a tutela pode ser individualizada, mas torna-se impossível prestar o bem supra individual a um indivíduo somente sem manter a pecha de tratamento não isonômico e distoante. Assim, não se imagina, em tese, que uma política pública seja elaborada e posta em prática somente para beneficiar um indivíduo, pois além de atentar aviltantemente contra o princípio da isonomia, colide com os princípios da administração e moralidade administrativa.

A delimitação do bem jurídico supra-individual sempre trará consigo a incompletude metodológica e a indefinição, posto que seu significado não remonta a única disciplina, mas sim a um multifacetado círculo de interesses, como o direito ambiental, direito ao consumidor, direito da criança e adolescente, direito do idoso etc.

A indefinição conceitual perpassa também por falta de uma codificação adequada, posto que a colcha de retalhos que existe atualmente em nosso direito positivo possui incongruências e erronias, muitas vezes causadas devido ao

desacerto do poder legislativo e executivo em elaborar transformações legislativas incompatíveis entre si.

Estudiosos do tema como Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi elaboraram anteprojeto com objetivo de estabelecer um *codex* a fim de pautar regras para o processo coletivo. O mesmo já fora apresentado ao poder executivo pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil e encontra-se aguardando tramitação.

Mesmo diante da imprecisão de um limite que possa ser estabelecido no bem jurídico supra-individual, ousamos gizar um parâmetro que possa diferenciá-lo dos demais bens jurídicos, como aquele que se caracteriza como bens de natureza difusa ou coletiva, cujos sujeitos não podem ser identificados de forma restritiva, e que enseja a proteção estatal em virtude da significativa relevância para as atuais e futuras gerações.

4 DA PROTEÇÃO DO DIREITO PENAL SOB O BEM JURÍDICO SUPRA-INDIVIDUAL

A tutela do bem jurídico reflete a garantia instrumental de obtenção dos direitos estabelecidos na Magna Carta e na legislação em vigor em nosso ordenamento. Seu aspecto formal deve transmutar em ferramenta útil ao profissional do direito nas demandas e litígios, sob pena de ser letra morta não só ao próprio recurso processual, como também ao direito a ser tutelado, em busca do bem jurídico violado.

Pode-se descrever como ferramentas processuais que servem à defesa de bens jurídicos supra-individuais a ação popular, a ação civil pública, o mandado de segurança coletivo etc.

Com a expansão do direito penal e a relevância da proteção dos bens jurídicos supra-individuais questiona-se a possibilidade de uma defesa mais expressiva desses bens que envolvem a coletividade.

De certa forma, o tema é controverso, e demonstra o debate em que se deve debruçar o estudioso sob a proteção jurídica adequada aos bens supra-individuais seja no contexto contemporâneo, seja no contexto *ad futuro*.

Antes de aprofundar-se no debate, deve-se investigar a necessidade de uma modificação nos paradigmas do direito penal com o fito de adequar-se a contento ao objeto a ser tutelado, bens jurídicos supra-individuais.

O direito penal clássico, como supra mencionado, reveste-se dos princípios da lesividade, subsidiariedade, e fragmentariedade. Tais postulados imprimem uma condição estrita ao direito penal, a punibilidade deve voltar-se, em regra ao indivíduo, pessoa humana, pois somente este é capaz de possuir o tirocínio de estabelecer uma conduta típica, antijurídica e culpável.

Decerto que ao se analisar a responsabilidade sob entes coletivos visualiza-se que o direito positivo brasileiro já possui dispositivos que consagram a responsabilidade penal da pessoa jurídica pelos crimes descritos, porém não houve mudança do paradigma penal, o que causa certa perplexidade na busca do grau de responsabilidade que deve recair sobre o ente coletivo e sobre seus representantes legais, pessoas físicas.

Os questionamentos levantados giram em torno de uma dificuldade de adequação dos princípios penais ao tema colocado e sobre um dilema – deve-se ampliar a responsabilidade penal de maneira a tutelar bens jurídicos supra-individuais?

Aqui, mais uma vez deve-se repisar o caráter mínimo que deve possuir o direito penal, que não pode e nem deve tutelar bens que não se encontrem sob a máxima proteção do Estado democrático de direito.

O que se observa atualmente é a expansão do direito penal, que de certa forma tenta abrigar normas que tutelam bens jurídicos que poderiam muito bem ser protegidos por outros regramentos que não fossem criminais, no que acompanhamos o ensinamento Pereira (2008, p. 85), professor da PUC:

Não basta que um bem esteja dotado de suficiente importância social para que a tutela penal seja necessária. Segundo um princípio de fragmentariedade, é preciso, primeiramente, que outros meios de defesa social, menos lesivos, como a intervenção administrativa ou o direito civil, não tenham alcançado êxito na solução do problema, para só então reconhecer-se a necessidade da intervenção jurídica penal para a proteção do bem jurídico.

O poder de polícia administrativo e a responsabilidade civil poderiam muito bem suplementar muitas regras normativas penais que não fazem mais sentido. Em exemplo podemos citar a Lei de Contravenções Penais, que em uma sociedade pós-moderna não representa mais interesse relevante, e, portanto não deveria mais ser objeto do direito penal.

Insta ressaltar que de forma alguma se coloca em segundo plano a importância do bem jurídico supra-individual sobre outros bens de cunho individual. Sua relevância exalta a observação de qualquer leigo, posto que seu grau de abrangência gera benefício a toda a sociedade, e sua proteção deve ser albergada pelo direito, conforme Prado (2005, p. 117):

“Todavia, cumpre observar que no contexto de proteção de alguns bens jurídicos, mormente de cunho transindividual em que as dificuldades delimitativas são ingentes, lança-se mão muitas vezes da função como parte ou elemento de um todo mais amplo, por assim dizer contextualizada, ou seja, inserta e aditada em um contexto legal definido, como meio necessário à proteção de determinado e específico bem jurídico ou para cumprir certas finalidades socioeconômicas ou jurídicas, consagradas inclusive pelo estado democrático e social de Direito. Apesar de ser reconhecidamente problemática a matéria à luz da garantia exercida pelo bem jurídico, deve-se ponderar cuidadosamente sobre sua real importância e as limitações ao seu emprego.

Porém, coloca-se que a responsabilidade penal deve ser delimitada sob hipóteses excepcionais, e quase todas já se encontram estipuladas na legislação ordinária. Ampliar o leque dessa proteção deve ser obra forjada através dos postulados interpretativos da proporcionalidade e da razoabilidade.

Novamente, com muita didática e lucidez, ensina Pereira (2008, p. 100):

“Como se pode observar, neste contexto teórico, temos a evolução da concretização da proteção dos bens jurídicos individuais através de uma expansão do âmbito de proteção do indivíduo, de forma progressiva, elevando o diâmetro de proteção até obter uma sobreposição de direitos individuais de uma mesma espécie e natureza, compondo assim um grupo homogêneo, que acaba sendo protegido “universalmente” da mesma forma, através da tutela de um bem jurídico que passa a ser supra-individual ou universal, sem perder de vista o referencial do ser humano individuado como fonte e núcleo da fundamentação da proteção jurídica penal destinada.

Caso haja violação a direitos supra-individuais, que não se encontrem sob o manto protetivo das normas positivas, deve o magistrado utilizar-se da regra geral do artigo 59, do Código Penal, que trata da fixação da pena do réu:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

A avaliação da culpabilidade de um indivíduo ou ente coletivo quanto à violação de direitos supra-individuais, sob o aspecto criminal, não deve criar um novo rol de normatividade penal, posto que a avaliação *in abstracto* já subsiste.

Novas teses surgem para tentar identificar um novel objeto, porém o que aparenta em suas conclusões são estudos que não conseguem definir e delimitar o objeto de estudo, nem sequer apontar um verdadeiro ato violado.

Como já expusemos, o bem jurídico supra-individual tem em sua essência a fluidez e a equivocidade ínsitas de uma proteção a direitos e obrigações que envolvem uma gama de garantias e preceitos que agregam um fazer, ou não fazer, de forma específica a cada direito defendido. Não se trata de casuística, mas de uma adequação plena a efetividade da tutela almejada, visando à plena prestação judiciária.

Os riscos da sociedade devem ser pautados através de regras claras e precisas, de cunho administrativo ou cível. O direito penal deve ser utilizado em caráter excepcional, em defesa de bens supra-individuais quando a sua lesão for plausível de verificação plena. Não se pode imputar a quaisquer indivíduos ou entes coletivos condutas que apesar de representarem riscos iminentes à sociedade, não se definem em condutas típicas ou ainda onde não se possa evidenciar o grau exato de culpabilidade do acusado.

Mesmo em defesa de bens excepcionalmente relevantes como os bens supra-individuais, devem sempre ser respeitados os mínimos direitos e garantias individuais, sob pena de um paradoxo causado por uma política inconseqüente, em que se violam direitos individuais a fim de proteger direitos das coletividades.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho expôs de maneira simples a conceituação de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, bem como o de bem jurídico e bem jurídico supra-individual e no cerne de seu ensejo, tentamos delimitar a proteção do direito penal ao bem jurídico supra-individual.

Ao final, certos de que a proteção que deve ser concedida ao bem jurídico supra-individual distingue-se de conjurações e alquimias doutrinárias que se acercam de momentos de instabilidade, ou que ao final restam como meros conceitos sem fundamento ou praticidade.

O bem jurídico supra-individual é conceito demasiadamente concreto, e encontra-se mais próximo de nossos lares do que pensamos. Trata-se da política governamental insipiente em questões de saúde, ou ainda em empresa na qual nos presta coleta do lixo domiciliar e que não realiza coleta seletiva, ou ainda na falta do atendimento a crianças e adolescentes vítimas de exploração sexual e que se encontram entregues a uma situação de rua.

Dessa forma retiram-se deste trabalho as seguintes conclusões:

1. A definição de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos apesar de encontrar-se fluida em nosso ordenamento destaca-se de fato dos direitos individuais, possuindo uma tutela diferenciada evidenciada perante a coisa julgada e à sua forma de proteção;
2. A responsabilidade quanto ao ente coletivo é tema controverso em nossa doutrina, e apesar de encontrar-se em alguns dispositivos normativos em nosso ordenamento, ainda causa perplexidade a incompatibilidade dos postulados do direito penal quanto à responsabilização de entes coletivos;

3. O conceito de bem jurídico não é unívoco, e depende de uma visão cultural e histórica da sociedade, pois representa os valores protegidos pelo ordenamento estatal em determinada época;

4. O bem jurídico penal representa os valores que merecem maior proteção estatal, e apesar de no decorrer histórico possuírem caráter iminentemente individual, hodiernamente devem evoluir, para a proteção de direitos supra-individuais;

5. A Sociedade de Risco caracteriza-se pelas intervenções e atividades realizadas por indivíduos, quer individual ou coletivamente, e que afetam de forma profunda e inequívoca a própria sociedade, em seu modo de agir, trazendo riscos previsíveis, mas de resultados incertos e imprecisos quanto ao futuro;

6. O bem jurídico supra individual, de conceituação fluida, se caracteriza como bens de natureza difusa ou coletiva, cujos sujeitos não podem ser identificados de forma restritiva, e que enseja a proteção estatal em virtude da significativa relevância para as atuais e futuras gerações;

7. A proteção do direito penal sobre o bem jurídico supra-individual deve obedecer aos postulados da lesividade, subsidiariedade, e fragmentariedade, bem como deve ser aplicado de forma excepcional, devendo-se a proteção, primordialmente, ser regulamentada através de regras administrativas e cíveis;

8. A proteção ao bem jurídico supra-individual deve ser instrumento para intensificar a guarda de bens e direitos que não podem ser albergados individualmente, porém ao violar direitos e garantias individuais em função de uma pseudo-proteção a direitos de cunho coletivo aponta a um paradoxo que não pode ser concebido em um Estado democrático de direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo, Ed. Martin Claret, 2002

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>, acesso em 01.07.2009.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais

_____. **Decreto - Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1970 – Código Penal**. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del2848.htm>>, acesso em 01.07.2009.

_____. Lei nº 4.717 de 29 de julho de 1965. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4717.htm>, acesso em 01.07.2009.

CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o processo Penal**. Vol 01. São Paulo, Ed. Bookseller, 2004.

D'AVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius de. **Direito Penal Secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões**. São Paulo, Coimbra ed., 2006

DIDIER, Fredie Jr.; ZANETI, Hermes Jr. **Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo**. Salvador, Ed. Podivm, 2007

GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.) et al. **Anteprojeto do Código Brasileiro de Direito Coletivo**. Instituto Brasileiro de Direito Processual, disponível em <<http://www.direitoprocessual.org.br/site/index.php?m=enciclopedia&categ=16&t=Q>>

W50ZXByb2pldG9zIGRvIEICRFAGLSBBbnRlcHJvamV0b3M=> , acesso em 01.07.2009

_____. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do anteprojeto.** 6ª ed., revista e ampliada. São Paulo : Ed. Forense Universitária, 1999.

GUIRAO, Rafael Alcácer. La proteccion del Futuro y los danos cumulativos. **Revista Eletrônica de Ciencia Penal y Criminologia.** RECPC 04-08 (2002), retirado de http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-08.pdf, acesso em 01.07.2009

HENRIQUES, Antonio. **Monografia no curso de direito: trabalho de conclusão de curso.** 2º ed., São Paulo: Atlas, 1999.

LEVORATO, Danielle Masterlari. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica nos Crimes Ambientais.** São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES; Cláudia Lima, et al. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Direitos difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio publico e outros interesses.** 19 ed. ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006 .

PEREIRA, Claudio José Langroiva. **Proteção Jurídico Penal e Direitos Universais – Tipo, Tipicidade e Bem Jurídico Universal.** São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PRADO, Luiz Régis. **Direito Penal do Ambiente.** São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema do Direito Romano Atual.** V.3. Unijuí, 2004.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual: interesses difusos.** Ciência do Direito Penal Contemporâneo, v. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

SMANIO, Gianpaolo Smanio. **Tutela Penal dos Interesses Difusos.** São Paulo, Ed. Atlas, 2000.