

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS**

EMÍLIA MERLINI GIULIANI

**O BEM JURÍDICO SUPRAINDIVIDUAL COMO CRITÉRIO DE LIMITAÇÃO
DA INTERVENÇÃO PENAL**

Porto Alegre

2013

EMÍLIA MERLINI GIULIANI

**O BEM JURÍDICO SUPRAINDIVIDUAL COMO CRITÉRIO DE LIMITAÇÃO
DA INTERVENÇÃO PENAL**

Dissertação de Mestrado apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (Mestrado e Doutorado) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Ciências Criminais.

Área de Concentração: Sistema Penal e Violência

Linha de Pesquisa: Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos

Orientador: Prof. Dr. Fabio Roberto D'Avila

Porto Alegre

2013

G537b Giuliani, Emília Merlini

O bem jurídico supraindividual como critério de limitação da intervenção penal / Emília Merlini Giuliani. – Porto Alegre, 2013. 116 f.

Diss. (Mestrado) – Faculdade de Direito, PUCRS.
Orientador: Prof. Dr. Fabio Roberto D'Avila.

1. Direito Penal. 2. Intervenção (Direito). 3. Ofensa (Direito).
4. Bem Jurídico. I. D'Avila, Fabio Roberto. II. Título.

CDD 341.5

Ficha Catalográfica elaborada por Loiva Duarte Novak – CRB10/2079

EMÍLIA MERLINI GIULIANI

**O BEM JURÍDICO SUPRAINDIVIDUAL COMO CRITÉRIO DE LIMITAÇÃO
DA INTERVENÇÃO PENAL**

Dissertação de Mestrado apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (Mestrado e Doutorado) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Ciências Criminais.

Aprovada em 19 de dezembro de 2012.

BANCA EXAMINADORA:

Orientador: Prof. Dr. Fabio Roberto D’Avila
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Brasil

Examinador: Prof. Dr. Jayme Weingartner Neto
Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP - Brasil

Examinador: Prof. Dr. Paulo Vinícius Sporleder de Souza
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Brasil

Porto Alegre
2013

RESUMO

A presente dissertação de mestrado, vinculada à linha de pesquisa “Sistemas Jurídico-penais Contemporâneos” do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, foca-se na possibilidade de manutenção da função crítica pelo bem jurídico supraindividual. Uma investigação nesses termos releva uma vez que a teoria do bem jurídico pretende limitar a intervenção penal, determinando que todo delito esteja alicerçado sobre uma ofensa a um bem jurídico-penal. De modo que a função limitadora do direito penal só pode ser desempenhada se e quando o bem objeto da tutela possua dignidade penal e seja capaz de sofrer e expressar uma ofensa. Considerando que o bem jurídico supraindividual possui contornos menos visíveis e um conteúdo mais abstrato, assim como que têm sido postulados cada vez mais bens dessa índole como base de novas incriminações, procura-se examinar os fundamentos de sua legitimidade, as suas características próprias e a sua capacidade de concretização, no intuito de constatar se a aplicação da regra da ofensividade é possível. Por isso, a pesquisa iniciou pela busca da fonte de legitimidade do bem jurídico supraindividual, passando pelas marcas que devem estar presentes para que um bem possa se firmar como eixo do delito e chegando na identificação daquelas características que lhes são peculiares. Após, procurou-se determinar de que forma a ofensa do bem jurídico supraindividual pode ser atestada, por meio de uma análise centrada na regra da ofensividade. Ao final, concluiu-se que, munido de certas características, o bem jurídico supraindividual pode exercer uma função crítica do direito penal, na medida em que seja concretizável.

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

ABSTRACT

This dissertation, developed within the research line entitled “Sistemas Jurídico-penais Contemporâneos” of the Postgraduate Program in Criminal Sciences of the Pontifical Catholic University of Rio Grande do Sul, focuses on the possibility of the concept of collective legal good maintaining a critical function. Such an investigation is relevant since the theory of legal goods seeks to limit the criminal intervention, determining that every crime be structured on the harming of a legal good. So that the limiting function of the criminal law can only be performed if and when the object of protection has criminal dignity and is able to suffer and express this violation. Whereas the collective legal good has less visible outlines and a more abstract content, and considering that they have increasingly been promoted as basis for new crimes, the foundation of its legitimacy, as well as its characteristics and capability of concretion is also examined in order to determine whether the application of the offensiveness rule is possible. The research thus began seeking to find the source of legitimacy of the collective legal good, examining the qualities that must be present in order for it to establish itself as the foundation of a crime and culminating in the identification of his own peculiar characteristics. Afterwards, we sought to determine in what way the collective legal good can be harmed, by means of an analysis centered on the rule of offensiveness. In the end, it was concluded that, as long as equipped with certain characteristics, the collective legal good can carry out a critical function of criminal law, on the condition that it is capable of concretion.

Keywords: Criminal Intervention. Legal good. Concretion. Offensiveness. Critical function.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1. BALIZAS DO BEM JURÍDICO SUPRA-INDIVIDUAL.....	19
1.1 O AMPARO CONSTITUCIONAL COMO FONTE DE LEGITIMIDADE DO BEM JURÍDICO SUPRAINDIVIDUAL.....	25
1.2 ASPECTOS RELEVANTES À SINGULARIZAÇÃO DO BEM JURÍDICO SUPRAINDIVIDUAL E A QUESTÃO DOS BENS JURÍDICOS APARENTEMENTE SUPRAINDIVIDUAIS.....	55
2 TENTATIVA DE CONCRETIZAÇÃO DO BEM JURÍDICO SUPRAINDIVIDUAL A PARTIR DA NOÇÃO DE OFENSIVIDADE.....	83
2.1 ALGUMAS LINHAS SOBRE A OFENSIVIDADE: ESCLARECIMENTOS NECESSÁRIOS PARA A DEVIDA COMPREENSÃO DA TEORIA DO BEM JURÍDICO.....	83
2.2 A OFENSA DO BEM JURÍDICO SUPRAINDIVIDUAL.....	94
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	105
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	109

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objeto analisar se a teoria do bem jurídico é capaz de manter a sua função crítica ao direito penal no âmbito do bem jurídico supraindividual.

A delimitação do problema centrou-se na busca por parâmetros mais claros para designar os contornos do bem jurídico supraindividual, na intenção de verificar se a teoria do bem jurídico é de fato apta a se manter crítica ao direito penal. Ao estudar a problemática proposta, passamos a nos questionar: seriam os bens jurídicos desta natureza, de fato, legítimos enquanto âncoras de uma incriminação que pese sobre sua ofensa? Ou somente naquela medida em que toquem diretamente o indivíduo, este sim a figurar como única fonte de legitimidade da intervenção penal? E, uma vez que havíamos estabelecido desde o início que a ofensa ao bem jurídico deve sempre estar presente para que um crime seja legítimo, como é possível obter a concretização necessária para verificarmos a sua capacidade de sofrer tal afronta?

Destes questionamentos foram se originando muitos outros, cujos esclarecimentos tomaram, aos poucos, a forma de degraus em direção à resposta do problema inicial, qual seja se o conceito de bem jurídico supraindividual é, enquanto parte da teoria do bem jurídico, viável como critério crítico do direito penal. Isso porque se a teoria do bem jurídico não puder se fazer valer quanto aos bens jurídicos supraindividuais, então perde sua força enquanto teoria que se pretende crítica do direito penal, já que de nada adianta oferecer critérios que não possam ser aplicados justamente quando se fazem mais necessários à limitação do poder punitivo estatal.

Nesse passo, podemos dizer que a função crítica da teoria do bem jurídico manifesta-se na medida em que, ao dizer quais as condições mínimas exigidas para que a intervenção penal se institua, aponta, correlativamente, aquilo que não é passível de tutela por este instrumento jurídico, traçando, então, uma clara fronteira entre a criminalização legítima e a ilegítima. Nas palavras de von Hirsch, a sua função crítica apresenta a “possibilidade de declarar a inexistência de um bem jurídico merecedor de proteção frente a

pressupostos de penalização de condutas meramente imorais”.¹ Por isso mesmo, aliás, é que Schünemann chega a afirmar que o princípio da proteção de bens jurídicos nos oferece um verdadeiro “protótipo do crime”.²

A escolha da temática se deu em vista da especial atenção que ela adquiriu dentro do espaço de discussão jurídico-penal nas últimas décadas. Para melhor elucidar esta razão, traçaremos a seguir um sucinto panorama sobre a teoria central deste estudo.

O conceito de bem jurídico, desde o seu surgimento, foi alçado a uma posição de destaque dentro da dogmática penal, precisamente por terem lhe sido atribuídas funções cruciais no que diz respeito à determinação daquilo que pode ou não ser punido, no intuito de lhe fazer apto a fornecer aos diversos ilícitos-típicos contornos substanciais. Inspirada em teorias iluministas, a categoria foi, de início, concebida com um viés liberal, com o escopo de impor limites minimamente claros à ingerência penal das liberdades individuais.

Durante o período que entremeou as duas Grandes Guerras, a noção de bem jurídico foi, contudo, esvaziada através de uma concepção metodológica, em que a categoria foi convertida em mero instrumento de interpretação dos tipos penais. Ao entardecer do século passado, a teoria do bem jurídico foi retomada pela doutrina de diversos países, sobretudo em razão da necessidade de edificar o direito penal sobre bases materiais capazes de cumprir uma função limitadora da intervenção.

Ao longo do último século a sociedade testemunhou mudanças de drástico tom. As duas Guerras Mundiais aniquilaram não só milhões de vidas, mas também a própria fé cega no progresso, desvelando a incerteza como característica inerente ao mundo em que vivemos. Os pilares da modernidade foram sendo derrocados, revelando uma época à qual sequer sabemos dar nome. A humanidade denuncia-se, então, numa era planetária: os riscos agora

¹ Tradução livre do seguinte trecho: “[...] la inexistencia de un bien jurídico merecedor de protección frente a supuestos de penalización de conductas meramente inmorales [...]” (HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el <<principio del daño>> . In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007. P. 37-52, p. 37).

² SCHÜNEMANN, Bernd. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 25-56, p 55.

são percebidos e sentidos globalmente e a criminalidade não hesita em constantemente ultrapassar barreiras nacionais e físicas.

Nesse contexto, a comunidade jurídica passou a questionar qual seria o papel do direito penal na defesa da sociedade perante esses novos e concretos riscos, trazendo a lume a discussão sobre a proteção de novos bens jurídicos ou de bens cuja tutela ganhou contornos de urgência. Passou-se a indagar sobre a legitimidade dos valores surgidos em meio às transformações sociais para atuar na configuração de bens jurídicos, assim como sobre se o direito penal é de fato o meio mais adequado para proceder à proteção desses mesmos bens, ou se, ao contrário, há outras formas mais eficazes e menos custosas ao indivíduo, ao tecido social e ao Estado para fazê-lo.

Tais questionamentos desembocaram na reflexão sobre a possibilidade de bens jurídicos supraindividuais manterem uma função crítica em relação à incriminação, principalmente tendo em vista a configuração mais abstrata dessa classe de bens, algo que parece dificultar sobremaneira a verificação da ofensividade dos delitos que os envolvem.

A partir daí, vimos que novos desenvolvimentos dogmáticos foram responsáveis, pouco a pouco, pelo aperfeiçoamento da teoria do bem jurídico. Diante da necessidade de se delinear mais nitidamente o conceito de bem jurídico supraindividual, alguns autores se dedicaram à tarefa de criar critérios que os diferenciasssem devidamente dos bens jurídicos individuais, enquanto outros se ocuparam do problemático ponto de ligação entre bem jurídico supraindividual e técnicas de tutela, tocando a delicada questão da necessária ofensa em relação a essa classe de bens.

Não obstante, é possível identificar aspectos que demandam maior aprofundamento teórico, como a possibilidade de se encontrar parâmetros de concretização dos bens supraindividuais – passo fundamental, embora ainda não definitivamente dado, para determinar se o bem jurídico é, de fato, capaz de sofrer ofensas, quesito por seu turno indispensável para que ele possa exercer satisfatoriamente uma função crítica dentro do sistema penal.

Percebemos atualmente a existência, em vários países, de um movimento legislativo, doutrinário e jurisprudencial muito mais acentuado em defesa da tutela *penal* de bens jurídicos supraindividuais, que tem desaguado na transposição, para o campo protetivo do direito penal, de diversas áreas

antes reguladas essencialmente pelo direito administrativo ou civil, como os âmbitos econômico, ambiental e informático, e, inclusive, da noção das “gerações humanas futuras”.

A propósito, Machado observa que o direito penal da contemporaneidade se utiliza cada vez mais de técnicas de tutela como tipos de perigo abstrato e de mera conduta. Estes crimes não raro estão, ao que se nota, estruturados de modo a propiciar, em tese,³ uma proteção mais efetiva de bens jurídicos supraindividuais, o que parece num primeiro momento se justificar quando se tem em mente que manter um direito penal que age apenas após a lesão ou efetiva colocação em perigo de bens jurídicos não condiz com a realidade que se nos apresenta – mormente porque, argumentam alguns, as consequências de se aguardar uma ofensa visível a certos bens poderiam ser catastróficas.

Além disso, a combinação crime de perigo/bem jurídico supraindividual parece resultar precisamente da dificuldade que se tem em analisar na prática a ofensa concreta a esses bens, que não raro vêm dotados de conceitos vagos e imprecisos. Nesse sentido, percebe-se que a própria compreensão daquilo que configura o fundamento material do crime acabou sofrendo transformações na sociedade atual. Agora, mais do que antes, evidenciam-se bens jurídicos que transcendem o indivíduo e cuja conceituação depende de um grau maior de abstração, isto é, de um distanciamento da realidade que lhe serve de substrato, o que torna ainda mais árdua a tarefa de determinar a causalidade e a sua ofensa. Processo este a que se denominou “*desmaterialização* do bem jurídico”.

Contudo, D’Avila nos lembra que “o enfrentamento crítico primeiro dos novos problemas penais não deve se dar na dimensão político-criminal, mas em uma dimensão normativa revista. [...] uma ciência normativa que, ao aproximar-se da Constituição, ressurgiu como lugar, por excelência, de

³ Utilizamos aqui a expressão “em tese” porque, na verdade, jamais conseguiremos saber com exatidão se a criminalização de uma conduta é verdadeiramente hábil para desencorajá-la, porquanto nos faltam meios para se avaliar o real efeito que a norma penal possui sobre os indivíduos. É claro que a norma possui um efeito simbólico e isso não queremos negar, mas coisa bastante diversa é utilizar tal efeito para legitimar tipos penais. Pretendemos deixar, desde já, explícito o nosso entendimento de que, não obstante o efeito dissuasório que a norma penal possui sobre os comportamentos, ele jamais vai ser suficiente para, sozinho, justificar uma incriminação. Pelo contrário, somente se legitimará o crime que estiver fundado sobre o desvalor de resultado presente na ofensa a bens jurídico-penais.

convergência de direitos e garantias fundamentais”. Razão pela qual, com ainda maior ênfase, o trabalho de assimilação jurídica das mudanças sociais deve se dar de modo cuidadosamente refletido (e não, como se tem feito, impensadamente), atentando-se sempre aos princípios e garantias constitucionalmente firmados, na direção de uma construção dogmática responsável, conseqüente e em harmonia com a Carta constitucional.

Verificamos, desse modo, a premente necessidade de se estabelecer um conceito de bem jurídico supraindividual através de critérios que os diferenciem devidamente dos bens jurídicos individuais, bem como de se delinear parâmetros de concretização desses bens, a fim de analisar se, desta forma, o bem jurídico supraindividual é capaz de atuar como padrão crítico das intervenções penais e, através disso, de exercer uma função crítica tanto em relação à lei posta, como também quanto à elaboração de novas legislações.

Considerando todos estes aspectos, resolvemos dividir o estudo em dois grandes capítulos. No primeiro deles, procuramos estabelecer a legitimidade do bem jurídico supraindividual enquanto objeto de tutela da norma penal, através da análise das teorias existentes quanto à fonte da qual há de brotar essa mesma legitimidade; isto é, se sua origem se situa em um nível constitucional ou se é obtida por meio de concepções de cunho sociológico. Em seguida, examinamos os elementos da dignidade penal e da carência de tutela penal enquanto componentes imprescindíveis à determinação da legitimidade de todo e qualquer bem jurídico cuja ofensa pretenda sustentar alguma incriminação. Após, abordamos aquelas características peculiares ao bem jurídico supraindividual, que, portanto, são responsáveis por sua classificação enquanto tal. Neste ponto, novamente impôs-se extensa análise doutrinária a fim de averiguar, com um olhar crítico e interessado, qual a concepção que melhor se encaixa nos pressupostos por nós estabelecidos.

O segundo capítulo dedicamos à investigação acerca da ofensividade, no desiderato de melhor delinear a enquanto parte integrante e irrenunciável da teoria do bem jurídico, passando, nesta etapa, por seus fundamentos e natureza jurídica. Com isso, pudemos abordar a questão da ofensa dos bens jurídicos supraindividuais. Por fim, verificamos, a partir das constatações feitas até então, de que modo se dá e pode ser analisada a ofensa de alguns bens

jurídicos supraindividuais, a fim de testar as hipóteses firmadas com base nos desenvolvimentos levados a cabo durante toda a pesquisa.

Tendo em vista que a teoria do bem jurídico tem suas raízes na doutrina alemã da *Rechtsgutstheorie*, buscamos na literatura jurídica de tal país soluções para alguns dos problemas teóricos e práticos que com ele compartilhamos, como fica claro no decorrer deste escrito. Tomamos o cuidado, porém, ao analisar a doutrina internacional, de colocá-la nos limites da realidade do Brasil, na tentativa de evitar importações acríticas de teorias estrangeiras que não se coadunem com a situação em que aqui vivemos.

Conscientes, enfim, dos limites a que está submetido este escrito, esperamos conseguir contribuir em algum grau com o enriquecimento deste, talvez interminável, debate sobre as bases materiais do delito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegando ao estágio derradeiro deste trabalho, podemos dizer que, longe de pretender colocar um ponto final às discussões aqui abordadas, desejamos estabelecer novos pontos de partida, novos ângulos de visão para que o debate siga se aperfeiçoando através da conjugação de ideias e da superação de antigas concepções. Assim sendo, é possível, de maneira bastante objetiva e sintética, articular da seguinte maneira as conclusões às quais a pesquisa nos levou:

I. Acreditamos ser hoje inegável a legitimidade constitucional de diversos bens supraindividuais, que se mostram, dentro da configuração atual da sociedade, indispensáveis à sua manutenção enquanto tal, bem como ao livre desenvolvimento do ser humano. Bens como o meio ambiente, a administração pública e a administração da justiça, apenas para citarmos alguns, são imprescindíveis ao asseguramento de diversos direitos fundamentais e ao funcionamento de instituições fundadas com vistas a esse mesmo propósito. Não nos parece, aliás, possível sequer cogitar um Estado Social e Democrático de Direito que prescindia da proteção de certas entidades e bens que se façam essenciais à persecução dos objetivos por ele mesmo firmados, à garantia do livre desenvolvimento do ser humano e à manutenção da própria sociedade enquanto tal. A Constituição é, pois, o manancial de legitimidade dos bens jurídicos supraindividuais, na medida em que revela aquilo que, por seu valor, pode ser dotado de dignidade penal.

II. O bem jurídico supraindividual deve, necessariamente, estar numa relação de analogia material com a Constituição e ser transcendente ao ordenamento jurídico, isto é, emanar de uma realidade que se encontre além do direito. Mas não só. Para que exerça uma função crítica à intervenção penal, o bem jurídico supraindividual, deverá, também, ser corporizável, apresentar uma dimensão concreta que se faça sentir em meio à sociedade e esteja à mercê das ações individuais, podendo, deste modo, expressar a ofensa no caso concreto.

III. Portanto, os bens jurídicos – e para nós de maneira ainda mais acentuada os supraindividuais – não devem, diante da dificuldade de os definir, ser tomados como valores incorpóreos, impassíveis de expressividade no

mundo fenomênico, mas sim como fragmentos de realidade valorados, capazes de serem efetivamente ofendidos.

IV. No que tange à relação entre bem jurídico individual e supraindividual, entendemos que, no marco de um Estado Social e Democrático de Direito, deve ser ela de verdadeira autonomia. Sufragamos, assim, a teoria dualista, dentro da qual o bem jurídico supraindividual assume feições próprias e possui valor em si como condição ao exercício dos direitos fundamentais e à manutenção da sociedade.

V. O bem jurídico supraindividual, enquanto bem ao qual se reconhece autonomia valorativa, possui, desta forma, características que lhe são próprias, traços que lhe conformam e que lhe são peculiares. São eles: a não exclusão no usufruto (*Nicht-Ausschließbarkeit von der Nutzung*); a não rivalidade no seu consumo (*Nicht-Rivalität des Konsums*) e, por fim, a não distributividade (*Nicht-Distributivität*). Noutras palavras, somente constituirá bem jurídico verdadeiramente supraindividual aquele que ostentar as características acima citadas.

VI. A partir de tal constatação, passamos a ver com maior clareza quando um bem jurídico postulado pela legislação se encaixa ou não em tal modelo padrão. Ao não constituir um bem jurídico verdadeiramente supraindividual, será necessário que verifiquemos se, por trás, há de fato um bem jurídico digno de tutela penal. Ou seja, sempre que observarmos que o tipo penal se ampara em um bem jurídico apenas aparentemente supraindividual, será necessário, num segundo momento, que o analisemos de modo a compreender o que é de fato ofendido pela conduta ali descrita e se, neste caso, a lei é passível de recuperação hermenêutica sem que com isso se perca a sua legitimidade e conformidade constitucional.

VII. Julgamos, ademais, ser de grande utilidade para a constatação dessa autenticidade do bem jurídico tutelado pela norma penal a sua análise através do modo pelo qual expressa a ofensa. Neste ponto, podemos afirmar que, além das características que conformam o bem jurídico supraindividual, há um outro sinal que lhe distingue dos chamados *pseudo-bens jurídicos*: o fato de que, quando afetado por uma conduta, sua lesão ou colocação em perigo poderá acarretar prejuízos em diferentes graus a bens individuais não totalmente determináveis, mas qualitativa e quantitativamente diversos.

Inversamente, o comportamento que atinja um bem jurídico apenas aparentemente supraindividual, embora também possa apresentar efeitos difusos, normalmente irá se refletir somente em uma ou algumas classes de bens jurídicos individuais, estes sim previamente determináveis.

VIII. Acreditamos, com isso, restar evidente que a ofensividade é parte integrante da teoria do bem jurídico, representando um seu segundo degrau valorativo. Uma vez que o princípio da proteção de bens jurídicos encontra fundamento no princípio do Estado de Direito, também ali é possível descobrir uma das bases sobre as quais se firma a exigência de ofensividade, derivada do princípio constitucional de garantia implícito naqueles dois primeiros. Igualmente é possível, por um outro caminho, chegar ao seu alicerce constitucional: por meio de uma análise centrada nas regras constitucionais, conseguimos enxergar que a ofensividade se institui de maneira categórica especialmente a partir da norma da liberdade, a qual impõe um respeito ao seu núcleo fundamental que não pode ser desconsiderado pelo Estado. Deste modo, ao considerarmos que toda incriminação implica uma restrição da liberdade individual, esta restrição deverá estar justificada pela tutela de bens jurídicos constitucionalmente relevantes, evitando-se, assim, que a liberdade sofra limitações excessivas. Podemos dizer, dessa forma, que a regra da ofensividade representa também a manifestação no direito penal do postulado da proibição de excesso, compartilhando com esta seu conteúdo de sentido.

XIX. Entendemos, ainda, que a ofensividade ostenta natureza jurídica de regra, uma vez que impõe ao legislador penal que atente, na formulação de normas restritivas do direito fundamental da liberdade, à exigência de que o comportamento tipificado seja ofensivo a um bem jurídico digno de tutela penal, sob pena de sua inconstitucionalidade. Trata-se, pois, de uma norma que determina uma postura a ser tomada pelo legislador sempre que este atuar na construção de tipos penais que impliquem a restrição da liberdade individual. Assim sendo, a ofensividade assume caráter de regra constitutiva que incide sobre a produção jurídica e demarca, com isso, o conteúdo material da norma penal elaborada pelo legislador.

X. A ofensividade, enquanto regra de assento constitucional, perfaz exigência inarredável a todo delito, estando preenchida sempre que a conduta objeto da proibição penal seja ofensiva a um bem jurídico-penal. Constatamos,

ao longo do segundo capítulo que há diversas formas de ofensa, havendo contudo um limite, qual seja a *possibilidade não-insignificante de dano* ao bem jurídico tutelado.

XI. Embora, nos limites deste estudo, não seja possível estabelecer critérios propriamente ditos que levem à concretização do bem jurídico supraindividual, cremos que um primeiro passo nesse sentido já tenha sido dado. Podemos dizer, com uma certa margem de segurança, que uma melhor compreensão da estrutura do bem jurídico supraindividual auxiliará na sua verificação em situações concretas. O que pode, em termos práticos, resultar na aplicação da ofensividade e, por sua vez, na posterior análise sobre se o bem jurídico supraindividual foi efetivamente ofendido no caso concreto.

XII. Também concluímos que a concretização do bem jurídico já ao nível do tipo penal é indispensável para o atendimento do princípio da legalidade, delimitando-se, com isso, o universo daquilo que legitimamente pode ser tutelado pelo direito penal. O que, cumpre frisar, não significa que o trabalho hermenêutico perca em importância – muito pelo contrário: um desenvolvimento coerente da teoria do bem jurídico irá fornecer subsídios não só na fase legislativa, como também, e talvez até principalmente, no campo interpretativo-aplicativo da norma penal, permitindo, com isso, a limitação do poder punitivo estatal.