



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O PATERNALISMO JURÍDICO RÍGIDO COMO ASPECTO DESLEGITIMADOR DA  
TEORIA DO BEM JURÍDICO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Luciana Quintanilha Pessôa

Rio de Janeiro  
2017

LUCIANA QUINTANILHA PESSÔA

O PATERNALISMO JURÍDICO RÍGIDO COMO ASPECTO DESLEGITIMADOR DA  
TEORIA DO BEM JURÍDICO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Artigo científico apresentado como  
exigência de conclusão de Curso de Pós-  
Graduação Lato Sensu da Escola de  
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro  
Professores Orientadores:  
Mônica C. F. Areal  
Néli L. C. Fetzner  
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2017

## O PATERNALISMO JURÍDICO RÍGIDO COMO ASPECTO DESLEGITIMADOR DA TEORIA DO BEM JURÍDICO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Luciana Quintanilha Pessôa

Graduada pela Universidade Candido Mendes Ipanema. Advogada.

**Resumo** – No ordenamento jurídico brasileiro se observa uma indevida utilização do Direito Penal como modulador das relações sociais; ao invés de *ultima ratio*, aquele é usado como solução de todos os problemas. Essa desvirtuação do caráter residual do Direito Penal é consequência da postura paternalista rígida do legislador pátrio, que, sob o pretexto de criminalizar todas as condutas que visualiza lesivas à ordem social, acaba por alçar à categoria de bens jurídicos valores que não correspondem a interesses penalmente relevantes. A essência do trabalho é abordar o impacto negativo do Paternalismo Jurídico rígido na Teoria do Bem Jurídico.

**Palavras-chave** – Direito Penal. Paternalismo Jurídico. Teoria do Bem Jurídico.

**Sumário** – Introdução. 1. A política paternalista exacerbada do legislador penal brasileiro. 2. A função limitadora do jus puniendi estatal conferida ao bem jurídico. 3. A inconstitucionalidade da utilização do modelo paternalista rigoroso como instrumento de profusão de bens jurídicos. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a legitimidade, dentro do Estado Democrático de Direito, da Teoria do Bem Jurídico, na sua função de limitadora do jus puniendi estatal, quando utilizada como um instrumento do Paternalismo Jurídico Rígido. Procura-se demonstrar que a postura paternalista extremada do legislador acarreta uma profusão de bens jurídicos penais, o que não se coaduna com determinados postulados basilares do Estado Democrático de Direito Estado.

Para tanto, abordam-se determinados tipos penais, que revelam uma postura claramente paternalista do legislador, sob a ótica da doutrina nacional e estrangeira contemporâneas sobre a Teoria do Bem Jurídico e o Paternalismo Jurídico. O objetivo é verificar a compatibilidade dessa influência do Paternalismo Jurídico rígido na definição de bens jurídicos, frente a princípios como a liberdade individual e mínima intervenção do estado, no ordenamento jurídico brasileiro.

A Constituição da República de 1988 inaugurou formalmente o Estado Democrático de Direito no Brasil, conforme consta no seu Preâmbulo. Assim, pode-se afirmar que o modelo de Estado brasileiro procura proteger os direitos individuais e a liberdade, frente ao próprio poder estatal. Portanto, busca-se impedir que o Estado intervenha na esfera de liberdade do indivíduo, bem como assegurar que aquele atue para garantir aos indivíduos os direitos sociais, o bem-estar, o desenvolvimento, e outros valores inerentes ao que se entende por Democracia.

Dentro desse contexto, o Direito Penal vem como instrumento mais incisivo de intervenção do Estado na esfera de liberdade individual, vez que sua consequência mais patente é a privação desta. Dessa feita, a adoção de um limite material ao jus puniendi estatal é fundamental. Nesse sentido, adotou-se a Teoria do Bem Jurídico, de forma que, sucintamente, somente seria legítima a utilização do Direito Penal para punir condutas ofensivas a determinados bens socialmente relevantes.

Ocorre que a doutrina contemporânea, principalmente na Alemanha, vem se debruçando sobre essa Teoria, questionando se a utilização de bens jurídicos como parâmetro da intervenção penal do Estado seria suficiente para dar efetividade ao Direito Penal, bem como se a determinação de bens jurídicos pelo legislador seria de fato legítima dentro do Estado Democrático de Direito, frente aos direitos de liberdade.

Sobressai como aspecto relevante nessa discussão a adoção do modelo Jurídico Paternalista pelo legislador, no tocante à elevação de um determinado valor social ao status de bem jurídico penal. A análise crítica desse fator encontra no Brasil terreno fértil, vez que, o que se vê claramente no sistema de leis penais brasileiro, é uma postura paternalista rígida do legislador pátrio, que, na busca de proteger a sociedade de todos os males imagináveis, vem criando uma lista interminável de bens jurídicos.

Diante desse panorama, pergunta-se: a postura paternalista rigorosa na determinação de bens jurídicos é compatível com os preceitos da Constituição da República de 1988? A resposta é o que se busca construir em conjunto com o leitor desse artigo.

Busca-se, no primeiro capítulo, demonstrar que o legislador brasileiro adota o Paternalismo Jurídico rigoroso no processo de criação das normas penais.

No segundo capítulo, prossegue-se explicando a função limitadora da atuação penal do Estado que é conferida à Teoria do Bem Jurídico na atualidade.

O terceiro capítulo destina-se a conjugar os dois institutos debatidos – Paternalismo Jurídico e Teoria do Bem Jurídico -, explicitando a influência daquele sobre este no processo de elevação de um valor social à categoria de bem jurídico e as consequências, negativas à ordem constitucional, da adoção de uma postura extremista e intervencionista pelo legislador.

A pesquisa é desenvolvida pelo método dialético, na medida em que os fatos analisados não podem ser considerados fora do contexto social brasileiro.

Para tanto, a abordagem dessa pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, de forma que pretende a pesquisadora se valer dos apontamentos doutrinários nacionais e estrangeiros sobre os temas envolvidos, a fim de sustentar a sua tese.

## 1. A POSTURA PATERNALISTA EXACERBADA DO LEGISLADOR PENAL BRASILEIRO

O Paternalismo Jurídico penal, em breve síntese, é quando o Estado, a pretexto de proteger o indivíduo, intervém na esfera de liberdade da pessoa, por meio do Direito Penal.

A primeira distinção que é feita dentro do Paternalismo é trazida por Joel Feinberg. Para esse autor, seria possível enxergar dois modelos de Paternalismo Jurídico: o rígido (*hard paternalism*) e o brando (*soft paternalism*)<sup>1</sup>.

No Paternalismo rígido tem-se uma absoluta intervenção na esfera de liberdade do indivíduo, sem que sejam considerados fatores subjetivos, como idade, capacidade de discernimento, ou a autonomia da vontade daquele que se pretende proteger. Como exemplos, é possível citar os delitos de lesão corporal de natureza grave e gravíssima (art. 129, §§ 1º e 2º, do CP): o Estado pune o autor do fato, ainda que a vítima tenha consentido com a prática da conduta; isso independente do fato de ser essa “vítima” maior de idade, absolutamente capaz, de plena posse das suas faculdades mentais e de conhecimento absoluto de todas as consequências que poderá sofrer em razão da ofensa a sua integridade física.

---

<sup>1</sup> SEHER, Gehard. La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídicos. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. Fundamento de la legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 86.

Por outro lado, o Paternalismo brando seria aquele em que há uma intervenção do Estado na esfera de liberdade do indivíduo, no intuito de protegê-lo, vez que esse indivíduo possui alguma qualidade inerente que exige uma maior atuação do poder estatal. É o caso das leis voltadas aos hipervulneráveis (como se costuma denominar no Direito do Consumidor) – idosos, crianças, deficientes -, aos quais, por um aspecto subjetivo, se faz necessária uma maior proteção legal, justificando até mesmo intervir, em alguns casos, na esfera de liberdade desses indivíduos.

Note-se que, no âmbito do Estado Democrático de Direito, o Paternalismo Jurídico moderado é acolhido, na medida em que nesse modelo de Estado, deve o poder estatal assegurar a igualdade, o bem-estar, bem como estabelecer e manter uma sociedade harmônica, fraterna, pluralista e sem preconceitos. A ausência de Paternalismo Jurídico seria característico do modelo de Estado Liberal, que não é adotado no Brasil, conforme se vê na Constituição da República de 1988.

Todavia, o mesmo não se pode dizer do Paternalismo Jurídico rigoroso. Este invade a todo tempo a esfera de liberdade dos indivíduos, desconsiderando por completo o discernimento do sujeito, bem como sua autonomia volitiva. Essa vertente é típica do modelo de Estado Intervencionista, que pretende regular todas as relações sociais, diminuindo o espaço de liberdade individual das pessoas.

O legislador penal brasileiro claramente adota uma postura Paternalista rigorosa no processo de elaboração das leis. O nosso sistema normativo penal é repleto de tipos e leis paternalistas, que vão muito além daquilo que seria compatível com a liberdade, defendida pelo Estado Democrático de Direito.

Um tipo penal muito polêmico nesse sentido é o de porte ilegal de drogas para uso pessoal (art. 28 da Lei nº 11.343/06)<sup>2</sup>. O Estado pune o usuário do entorpecente, ignorando o fato de que este está, na verdade, lesionando a si mesmo, conscientemente, por vontade própria. Isso é: usar ou não drogas, lícitas ou ilícitas, é uma opção que está inteiramente inserida no âmbito da liberdade individual. É certo que, em decorrência do uso imoderado de entorpecentes, pode o sujeito vir a praticar outra conduta, que saia da sua esfera de liberdade e atinja a de outrem, ou à sociedade de qualquer forma; mas isso já seria outro fato. A criminalização do porte de drogas

---

<sup>2</sup> BRASIL. Lei nº 11.343/06. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)> Acesso em: 07.jun.2017.

para uso pessoal é uma intervenção desarrazoada e inconstitucional do Estado na autonomia do indivíduo para determinar o que quer para sua própria saúde.

Outro exemplo seria o delito de manter casa de prostituição (art. 229 do CP)<sup>3</sup>. A pretexto de proteger a prostituta, o legislador pune aquele que mantém estabelecimento, no qual aquela exerça a sua atividade. Nesse caso, tem-se uma hipótese de Paternalismo Jurídico indireto; isso é: o legislador, a fim de proteger determinada pessoa ou classe, pune outrem (se difere o Paternalismo direto, no sentido de que nesse pune-se o próprio agente que se deseja proteger)<sup>4</sup>. Imaginemos uma situação – muito recorrente – de uma casa de prostituição, que cobre das mulheres que lá exerçam sua atividade um valor razoável pela utilização do local, do qual nenhuma delas se opõe. Ainda assim haverá a prática do delito em questão.

Note-se que a norma não cumpre o seu fim declarado, pois é muito mais seguro que a prostituta exerça sua atividade dentro de um local fechado, com uma estrutura adequada, do que na rua, exposta a todo tipo de sorte, desde que, por óbvio, seja de sua inequívoca vontade.

Em ambos os casos, é patente a indevida utilização do Direito Penal como instrumento de intervenção do Estado na esfera de liberdade dos indivíduos. E isso se estende por diversos tipos penais presentes no Código Penal e na legislação penal extravagante, não deixando dúvidas de que o legislador penal brasileiro é paternalista ao extremo.

De plano, como consequência dessa postura, há uma expansão indevida do aspecto intervencionista do Estado, incompatível com o modelo Democrático de Direito, reduzindo a esfera das liberdades individuais e sem grande efetividade prática. Qual é a segurança efetiva que se traz à ordem social a criminalização do porte de drogas para uso pessoal? Nenhuma. É proibido, mas muitas pessoas incorrem nessa conduta, sem o menor pudor de esconder, bem diante dos olhos da polícia. Sem êxito em diminuir o uso de entorpecentes na sociedade, a norma em questão inflou o sistema jurídico de processos que buscam apurar esse tipo de conduta.

Da mesma forma, em qual sentido protege a sociedade a criminalização da manutenção de casa de prostituição? Em qualquer lugar que se vá, é possível obter facilmente a indicação de onde se tem uma casa de prostituição em funcionamento, mas não há ampla repressão estatal a elas, apenas operações pontuais daquelas que se pergunta como os agentes públicos demoraram

---

<sup>3</sup> BRASIL. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)> Acesso em: 07.jun.2017.

<sup>4</sup> HIRSCH, Andrew von. Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente? Tradução de Helena R. Lobo da Costa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 15, nº 67, jul.-ago. 2007, p.12.

tanto para saber da existência daquela casa. A prática da prostituição em nada diminuiu com a criminalização dessa conduta, nem a existência das casas de prostituição, mas o tipo penal continua previsto, em pleno vigor, expondo a incoerência do ordenamento penal com a realidade social fática.

## 2. A FUNÇÃO LIMITADORA DO JUS PUNIENDI ESTATAL CONFERIDA AO BEM JURÍDICO

Os pensadores do Direito Penal, pelo menos a partir da Idade Moderna, buscaram delimitar, objetivamente, valores e interesses sociais relevantes para o Direito Penal, buscando, assim, legitimar a tutela penal do Estado. Esses pensamentos deram origem à ideia de bem jurídico, a partir da qual se busca justificar a intervenção penal do Estado nos conflitos sociais.

A noção de bem jurídico surgiu em 1834, na obra Johann Michael Franz Bimbaum (*Über das Erfordernis eines Rechtsvertetzung zum Begriff des Verbreches*)<sup>5</sup>. A partir daí até os dias de hoje estuda-se a chamada Teoria do Bem Jurídico e suas implicações.

Das diversas funções atinentes a essa Teoria, nos cabe tratar apenas da sua função limitadora do jus puniendi estatal.

A tutela penal do Estado, na qualidade de limitadora das liberdades dos indivíduos, necessita de pressupostos legitimadores bem delineados.

A formulação de normas penais em um sistema jurídico deve refletir a necessidade social de proteção de determinados valores, interesses, que estejam sendo sistematicamente violados por ações humanas dissonantes com os costumes daquela sociedade.

Dessa forma, a delimitação desses pressupostos de legitimação da interferência estatal nas relações sociais, visando estancar tais ações socialmente reprovadas, deve partir de um processo analítico da realidade social. Será, portanto, legítima a tutela penal do Estado, contanto que reflita verdadeiramente os anseios sociais, baseando-se no comportamento social e moral daquela determinada comunidade.

---

<sup>5</sup> MAURACH, Reinhart. Tratado de Derecho Penal. In: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 13. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 13

De outro lado, deve-se ter como premissa o fato de que a intervenção estatal que se trata na formulação das normas penais, fazendo-se cabível a redundância, tem natureza penal. Quando se enxerga a intervenção estatal nas relações sociais e individuais em outros ramos do Direito – Civil, Administrativo etc. – tem-se outras perspectivas, vez que cada ramo do Direito tem seus próprios princípios norteadores.

O Direito Penal se mostra o ramo do Direito mais agressivo. A consideração de determinada conduta como penalmente relevante gera cerceamento da liberdade ambulatorial do indivíduo. Como afirma Roxin, a imposição do castigo penal “coloca em perigo a existência social do afetado, se o situa à margem da sociedade e, com isso, produz também um dano social”<sup>6</sup>.

Nesse ponto, a formulação das normas penais deve partir do princípio da intervenção mínima – ou *ultima ratio* – adotando a ideia de que a tutela penal do Estado somente ocorre legitimamente quando os demais ramos dos Direitos forem insuficientes de dar a tutela devida àquela situação social problemática, violadora dos interesses e valores sociais considerados.

Pelo exposto, conclui-se que a legitimação da tutela penal do Estado deve pressupor fatores empíricos, que, contudo, podem se mostrar deveras amplos, o que possibilitaria uma intervenção estatal maciça na esfera de liberdade dos indivíduos.

Nesse sentido, Ana Elisa Liberatore Silva Bechara acolhe as críticas feitas por Jakobs à Teoria do Bem Jurídico como critério de legitimidade da intervenção penal, destacando, nesse sentido – e somente neste, vez que o normativismo sistêmico desenvolvido pelo autor não é compatível com o Estado Democrático de Direito -, que a o bem jurídico não pode ser considerado como fator único de aferição da legitimidade do Direito Penal<sup>7</sup>. Para Jakobs, a fundamentação do Direito Penal a partir dos bens jurídicos, considerando estes como vinculados ao indivíduo, permitiria a consideração de qualquer situação concreta como merecedora de proteção penal, a critério do legislador, tornando a intervenção estatal justificada.

Com efeito, Bechara conclui que:

*Antes de tudo, o bem jurídico deve ser valorado apenas como um dos critérios de aferição da legitimidade do Direito Penal. Desse modo, se toda norma penal incriminadora deve referir-se a um bem-jurídico, o bem jurídico não é critério fundamental de justificação da norma, até porque, procedendo-se a um exercício*

---

<sup>6</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. In: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 13. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 13

<sup>7</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 364.

*retórico, provavelmente seja possível encontrar um bem jurídico – entendido como síntese normativa de um interesse social fundamental – para fundamentar, sob esse enfoque, qualquer incriminação*<sup>8</sup>.

Assim, não se deve relegar a Teoria do Bem Jurídico como critério de legitimação da tutela penal do Estado, mas apenas considera-la como um dos diversos fatores de justificação da criminalização de determinada conduta. Dessa forma, o que se defende é a racionalização da elevação de determinados interesses sociais à categoria de bens jurídicos-penais; partindo-se de amplas discussões políticas e estudos sociológicos para, somente então, consolidar a necessidade da intervenção penal nas relações sociais.

### 3. O PATERNALISMO JURÍDICO RÍGIDO COMO INSTRUMENTO DE PROFUSÃO DOS BENS JURÍDICOS-PENAIIS

Na tentativa de se estabelecer aquilo que merece ser elevado à categoria de bem jurídico, sugere-se enxergar “bem” como “interesse”.

Essa roupagem já fora trazida ao estudo da Teoria do Bem Jurídico por Rocco, que dizia que todo interesse tem por objeto um bem, assim como todo bem é objeto de um interesse.<sup>9</sup> Da mesma forma, expõe Feinberg, de forma inconclusiva, que interesse é tudo aquilo importante para o indivíduo<sup>10</sup>.

É certo que Feinberg<sup>11</sup> se apropriou da ideia de interesse para tratar do Harm Principle, mas a sua ideia deve ser trazida para a Teoria do Bem Jurídico, no sentido de delimitar aquilo que realmente importa ao Direito Penal; principalmente para fins do seu estudo frente ao Paternalismo Penal. Assim, justifica-se a tutela penal do Estado quando uma conduta fere interesse de terceiro (*harm to others*)<sup>12</sup>. De outro lado, não há relevância jurídico-penal a autolesão, na medida em que não afronta interesse de ninguém.

---

<sup>8</sup> Ibid., 365.

<sup>9</sup> ROCCO, Arturo. El Objeto Del Delito y De La Tutela Jurídica Penal. In: PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 7 ed. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 36.

<sup>10</sup> FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law*. V.1. New York: Oxford University Press, 1984, p.31-36.

<sup>11</sup> Ibid.

<sup>12</sup> Ibid, p.215.

Nesse sentido, aponta Bechara<sup>13</sup> uma possibilidade de enxergar o bem jurídico como critério deslegitimador das normas penais paternalistas. Para autora, a tutela penal na linha do Paternalismo permite a criação de tipos desprovidos de bens jurídicos e, por esse motivo, ilegítimos.

A crítica trazida por Bechara é precisa e irretocável, na medida em que o bem jurídico, na qualidade de interesse, é fator de limitação da tutela penal e o seu afastamento implica em evidente abuso de poder pelo Estado.

Segundo essa linha de raciocínio, a compreensão da ilegitimidade do Paternalismo Jurídico-Penal rígido frente à Teoria do Bem Jurídico permite enxergar também uma influência negativa do Paternalismo rígido na própria Teoria do Bem Jurídico.

Remontando-se tudo o que já foi dito nesse estudo, é possível realizar uma construção lógica no sentido de que a adoção de uma postura paternalista rígida pelo legislador, objetivando proteger o indivíduo contra tudo e contra todos – inclusive, contra ele mesmo-, subverte a ideia restritiva de bem jurídico como interesse juridicamente relevante.

Com efeito, da mesma forma que o afastamento do bem jurídico no processo de criação da norma penal deslegitima o Paternalismo Jurídico, a postura paternalista rígida do Estado permite a distorção da ideia de bens jurídicos, tornando a tutela penal sempre justificável, o que deslegitima a Teoria do Bem Jurídico como limitadora do jus puniendi estatal.

A análise dos tipos penais existentes no ordenamento jurídico brasileiro permite se afirmar que o legislador delega ao Direito Penal a tutela de determinadas relações, sob a ótica daquele, relevantes. Não é possível enxergar aquela racionalização, fundamental no processo de consideração de um determinado interesse como juridicamente relevante, elevando-o, portanto, à categoria de bem jurídico-penal.

Trata-se, primeiramente, de um problema político. O legislador não é jurista e, em razão disso, não compreende o conceito de bem jurídico-penal. De outro lado, não há do político brasileiro, genericamente falando, um compromisso com a efetividade e consequência das normas, mas apenas uma vontade de atender aos valores morais defendidos pelo partido ou categoria que representa.

---

<sup>13</sup> BECHARA, op. cit., p. 189.

A título ilustrativo, convém analisar o tipo penal da bigamia (art. 235 do CP)<sup>14</sup>. Neste busca-se punir aquele que, já sendo casado, contrai novo casamento. O bem jurídico penal protegido, portanto, é o casamento.

Não há que se discutir nesse trabalho a possibilidade de se admitir-se ou não o casamento poligâmico, mas apenas se esse é um assunto de relevo para o Direito Penal.

Para tanto, pergunta-se, qual é o interesse protegido pelo tipo penal? Os dos “cônjuges”, primeiro e segundo, de serem os únicos consortes daquele com quem casaram? Certamente, não. Ainda que haja ciência, ou mesmo anuência, de qualquer deles, não há afastamento da conduta de bigamia; inclusive, esse é um dos fundamentos utilizados pelo STJ para vedar o reconhecimento do poliamor<sup>15</sup>.

Poderia se supor, portanto, que o interesse seria do Estado? Não há qualquer interesse deste em punir com o Direito Penal a conduta de quem casa mais de uma vez. Caso o fundamento fosse o de higidez do sistema registral, vez que realização do tipo dependeria de uma declaração falsa do bigamo de que pode se casar<sup>16</sup>, não estaria essa conduta já coibida pelo tipo de falsidade ideológica?<sup>17</sup>

Dessa forma, nota-se que o objetivo da norma penal em análise é apenas conferir punição ao descumprimento de regra cível, prevista no art. 1521, inciso VI, do Código Civil<sup>18</sup> ou punir aqueles que afrontam contra a monogamia. Ora, ambas as justificativas, sob a ótica penal, são inaceitáveis. As violações às normas civis devem ser problema do Direito Civil, que, no caso do bigamo, prevê que o segundo casamento será nulo<sup>19</sup>. No mesmo sentido, não é problema do Direito Penal a proteção de concepções meramente morais. A monogamia não é um valor

<sup>14</sup> BRASIL. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)> Acesso em: 01.mai.2017.

<sup>15</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 513895-RN. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=bigamia&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>> Acesso em: 01.mai.2017

<sup>16</sup> “O delito de bigamia exige a falsidade precedente - que se declare em documento público ser solteiro, viúvo ou divorciado. Assim declarada a atipicidade da conduta do crime de bigamia pelo Tribunal a quo, não pode subsistir a figura delitiva da falsidade ideológica em razão do princípio da consunção. A bigamia (crime-fim) absorve o crime de falsidade ideológica (crime-meio). Com esses esclarecimentos, a Turma concedeu a ordem para determinar a extensão dos efeitos do trancamento da ação penal do crime de bigamia ao crime de falsidade ideológica.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 39.583-MS. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=200401615071.REG>> Acesso em: 01.mai. 2017.

<sup>17</sup> BRASIL. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 01.mai.2017.

<sup>18</sup> BRASIL. Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)> Acesso em: 01.mai.2017.

<sup>19</sup> BRASIL. Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)> Acesso em: 01.mai.2017.

inerente ao Estado Democrático de Direito, muito menos um interesse comum à sociedade brasileira, que hoje leva ao Judiciário questões como o já citado poliamor.

Conclui-se, com efeito, que a consideração do casamento como bem jurídico penal não se coaduna com o ideal proposto pela Teoria do Bem Jurídico, deslegitimando esta como legitimadora do jus puniendi estatal, pois permite indevida interferência do Estado no âmbito de liberdade daqueles que contraem mais de um casamento; ainda que esta não seja uma conduta legal frente ao Direito Civil.

## CONCLUSÃO

A intervenção do estatal no modelo de Estado Democrático de Direito deve ser pontual, regida sempre pelas normas legais, a fim de que não haja uma indevida supressão dos direitos e garantias individuais previstos na Carta Magna.

Nesse sentido, justifica-se a adoção da Teoria do Bem Jurídico para legitimar o uso do Direito Penal como instrumento de punição de determinadas condutas pelo Estado.

Assim, o bem jurídico-penal pode ser visualizado sob duas vertentes: uma de autorizar a intromissão do poder estatal em determinadas relações sociais; outra de impedir que o Estado puna condutas que não sejam lesivas a interesses penalmente relevantes. Com isso, há o atendimento a dois valores do Estado Democrático de Direito expressamente previstos no preâmbulo da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988: a liberdade e a segurança.

A utilização do Paternalismo Jurídico, na sua modalidade rigorosa, no processo de formulação das leis penais, permite a ampliação indevida do rol de bens jurídicos-penais, criando normas que não trazem na sua *ratio essendi* um interesse penalmente relevante. Dessa forma, desvirtua-se o objetivo legitimador da tutela penal conferido à Teoria do Bem Jurídico, tornando-a incompatível com o Estado Democrático de Direito.

A profusão de bens jurídicos-penais, causada pela adoção de uma postura paternalista rigorosa no processo de criação das leis, ofende os valores democráticos da liberdade e da segurança, pois permite que o Estado puna condutas que não lesionam interesses penalmente

relevantes – restringindo a liberdade do seu autor -, ao passo que aquele não traz segurança à sociedade – vez que as normas criadas não são efetivas para combater os problemas suportados pela população.

O Direito Penal é e deve ser sempre a *ultima ratio*, não podendo servir de instrumento à proteção de meros valores morais.

A intervenção penal do Estado na esfera de liberdade do indivíduo somente se justifica quando visa proteger interesses relevantes a determinada realidade social, que não podem ser efetivamente protegidos por outros ramos do Direito. A definição desses interesses depende de larga discussão política, integrada com a sociedade em questão.

De outro lado, não basta a correta definição do bem jurídico-penal, mas também que se permita a sua disponibilidade. Não se sugere nesse trabalho o total afastamento do Paternalismo Jurídico no processo de elaboração das leis penais, mas a adoção da sua modalidade branda, com vistas a proteger com maior vigor os bens jurídicos referentes aos hiper vulneráveis e aos direitos supraindividuais (notadamente, o meio ambiente, os direitos dos animais, etc.). Nos demais, quando se verifica que o titular do bem jurídico possui plena capacidade, é preciso que se permita a ele exercer a sua autonomia da vontade. Não se pode impor a um sujeito proteção que ele não quer; caso contrário, tem-se outra violação à liberdade, insustentável no Estado Democrático de Direito.

É certo que a rediscussão de determinadas normas penais incriminadoras talvez levasse categorias às ruas, defendendo a manutenção da proteção a determinados valores/ sentimentos, ou mesmo a manutenção a indisponibilidade de determinados bem jurídicos. Contudo, o legislador brasileiro deve ter coragem para abordar determinadas questões, ainda que polêmicas, bem como comprometimento com o seu múnus, para deixar de lado meros valores morais – seus e/ou de seus eleitores -, atendendo de forma eficaz aos asseios sociais e aos fins do Direito Penal.

A questão é de extrema relevância. Não se trata de uma discussão meramente acadêmica, com objetivo de atender com preciosismo aos dogmas do Direito Penal, mas de dar concretude aos objetivos do Estado Democrático de Direito. A revisão proposta buscaria trazer maior efetividade da tutela penal; mais segurança às relações sociais, prestigiando-se a autonomia da vontade; desafogamento dos juízos de matéria penal, vez que apenas conflitos penalmente relevantes seriam objeto de ação penal; e, pelo mesmo motivo anteriormente exposto, diminuição da população carcerária.

## REFERÊNCIAS

- BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 13 ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BRASIL. Lei nº 11.343/06. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em: 01.jun.2017
- \_\_\_\_\_. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 01.mai.2017.
- \_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 01.mai.2017.
- FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law*. V.1. New York: Oxford University Press, 1984.
- HEFENDEHL, Roland. *La teoria del bien jurídico: Fundamento de la legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.
- HIRSCH, Andrew von. *Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente?* Tradução de Helena R. Lobo da Costa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 15, nº 67, jul.-ago. 2007.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 7 ed. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.