



Escola da Magistratura do Paraná

Núcleo de Londrina

30º CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA

MARIANE XAVIER REIS

**PATERNALISMO JURÍDICO-PENAL:
LIMITES DA INTERVENÇÃO ESTATAL NA AUTONOMIA INDIVIDUAL**

**LONDRINA – PR
2018**

MARIANE XAVIER REIS

PATERNALISMO JURÍDICO-PENAL:
Limites da Intervenção Estatal na Autonomia Individual

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. Pedro Faraco Neto.

Londrina
2018

TERMO DE APROVAÇÃO

MARIANE XAVIER REIS

**PATERNALISMO JURÍDICO-PENAL: LIMITES DA INTERVENÇÃO ESTATAL
NA AUTONOMIA INDIVIDUAL**

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Londrina, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: Prof^o Pedro Faraco Neto

Avaliador: Prof^a Vânia Senegalia Morete

Londrina, 07 de dezembro de 2018.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	6
2. DIREITO PENAL E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	8
2.1 PRINCÍPIOS PENAIS FUNDAMENTAIS	10
2.1.1 Princípio da culpabilidade	11
2.1.2 Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos	12
2.1.3 Princípio da intervenção mínima.....	14
2.1.4 Princípio da proporcionalidade	16
2.1.5 Princípio da humanidade	17
2.1.6 Princípio da legalidade	18
3. PATERNALISMO JURÍDICO-PENAL	22
3.1 CLASSIFICAÇÃO DAS INTERVENÇÕES PATERNALISTAS.....	24
3.1.1 Paternalismo moderado (soft) e rígido (hard)	25
3.1.2 Paternalismo ativo e paternalismo passivo.....	26
3.1.3 Paternalismo homogêneo e heterogêneo.....	26
3.1.4 Paternalismo puro e impuro.....	27
3.1.5 Paternalismo moral e de bem estar	27
3.1.6 Paternalismo por assimetria de informações.....	28
4 ANTIPATERNALISMO	30
5 BEM JURÍDICO-PENAL, AUTONOMIA E PATERNALISMO	35
6 CONCLUSÃO	37
Referência	74

REIS, Mariane Xavier. **Paternalismo jurídico-penal: Limites da intervenção estatal na autonomia individual**. 2018. Trabalho de Conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização – Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo Londrina, 2018.

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem por objetivo apresentar o fenômeno do paternalismo jurídico como forma de intervenção do Estado na liberdade individual e a juridicização da vida privada decorrente da criminalização de condutas meramente imorais, a fim de proteger o indivíduo de si mesmo. Pretende ainda, discorrer sobre os limites das intervenções estatais, quando estas deixam de ser meios de proteção, tornando-se uma intromissão no que se refere à liberdade individual através de normas penais.

Palavras-chave: paternalismo jurídico, normas penais, liberdade individual

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui por escopo analisar o uso de normas penais para criminalizar determinadas condutas como forma de proteção do indivíduo que, em tese, é incapaz de discernir sobre o que seria uma conduta correta.

Este trabalho possui, inclusive, o objetivo de trazer uma análise acerca da legitimidade das ações intervencionistas do Estado na liberdade individual para proteção do bem jurídico perante a sociedade atual, tendo em vista que tais ações podem ser consideradas ilegítimas quando se tornam uma intromissão na autonomia de vontade individual. Isso porque atinge diretamente a liberdade e autodeterminação do indivíduo.

No Brasil, o sistema jurídico adotado é de um Estado Democrático de Direito, que tem como fonte primária a lei escrita.

O direito penal brasileiro baseia-se na teoria do bem jurídico para a tipificação de condutas que impliquem dano real ou potencial risco lesivo aos interesses de maior relevância social.

A criminalização de condutas é ato privativo do Poder Legislativo, conforme dispõe o artigo 22, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

Entretanto, a atividade legislativa no âmbito criminal é norteadada pelos princípios penais como o da culpabilidade, da exclusiva proteção de bens jurídicos, da proporcionalidade, da legalidade, entre outros, os quais decorrem do princípio da dignidade humana, previsto no artigo 5º, inciso III da CF/88.

No ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no âmbito do direito penal, caracteriza-se Estado paternalista aquele que abaliza as liberdades particulares em detrimento de valores axiológicos que o Estado julga ser correto, tendo como base uma suposta incapacidade ou idoneidade do cidadão.

A interferência estatal na autonomia privada da pessoa é permitida somente em situações excepcionais, quando o indivíduo titular do bem jurídico tutelado carecer de capacidade de discernimento.

Em razão disso, o Estado utiliza-se de sanções penais para incriminar condutas que considera lesiva, as quais são praticadas pelo indivíduo contra si próprio, mas que, indiretamente, possa atingir outras pessoas. Sendo assim, justifica-se a adoção de tais comportamentos como forma de prevenir danos à outrem ou ao interesse coletivo, bem como a preservação do bem estar do próximo.

Nesse sentido, é possível mencionar como exemplos de intervenção paternalista o disposto pelo artigo 167 da Lei 9.503/97, ao prever multa aos condutores ou passageiros de veículos que circulem sem usar cinto de segurança, assim como o artigo 28 da Lei 11.343/2006, o qual prevê punição ao indivíduo que apenas é usuário de entorpecentes, ainda que sua conduta possa causar danos unicamente a si mesmo.

Entretanto, embora a função do direito penal seja de resguardar os valores fundamentais para a sustentação de uma sociedade como, por exemplo, a vida, a saúde e a liberdade, não significa que o Estado pode ir além do tipo penal e, conseqüentemente, exceder o poder punitivo que lhe é conferido, ainda que se objetive evitar eventual dano ao bem jurídico de outrem e ao interesse coletivo, vez que é vedada a intervenção estatal por meio do direito penal para coibir a autolesão de adultos capazes.

O comportamento paternalista perante um indivíduo dotado de capacidade e discernimento viola a sua liberdade, sendo este um direito constitucional expressamente previsto no artigo 5º da Constituição Federal/88, visto que à ele é imposta uma proteção contra a sua vontade.

À vista disso, tem-se doutrinas antipaternalistas que estabelecem limites à intervenção do Estado e sugerem mecanismos de legitimação para justificar o comportamento paternalista quando este se mostrar necessário no caso concreto.

2. DIREITO PENAL E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O sistema jurídico adotado pelo Brasil é o da *civil law*, o qual possui como fonte primária a lei escrita, enquanto a jurisprudência atua de forma secundária, a fim de garantir maior segurança jurídica.

Necessária se faz uma breve diferenciação entre o sistema da *civil law* e o sistema *common law* que, por sua vez, caracteriza-se pelo uso de casos precedentes como fonte principal e a legislação codificada apenas em casos excepcionais.

O direito penal no sistema da *common law* é orientado pelo princípio da lesão, ou seja, parte-se da análise do comportamento praticado, se este merece ser tratado como crime, antes mesmo de se analisar o interesse protegido.

Pois bem. O direito penal brasileiro, em si, funda-se na teoria do bem jurídico e pode ser conceituado como um ramo do ordenamento jurídico que parte da análise de comportamentos humanos, definindo como infrações penais aqueles que comprometam os valores fundamentais para a convivência da coletividade, cominando-lhes as respectivas sanções.

A ciência penal, no entanto, tem por escopo a justiça igualitária, ou seja, adequar os dispositivos legais aos princípios constitucionais que os regem, a fim de evitar a arbitrariedade do Estado na sua aplicação.

Segundo João Paulo Orsini Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem:

A finalidade da ciência do direito penal, assim, é revelar o conteúdo e o alcance da norma penal em busca de sua melhor aplicação, conforme o objetivo que se pretende atingir. (MARTINELLI, João Paulo Orsini. Lições fundamentais de direito penal: parte geral / João Paulo Orsini Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem. – 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.89)

Pode-se dizer, então, que o direito penal tem como meta a proteção dos valores fundamentais para a manutenção da harmonia social como, por exemplo, a vida, a liberdade, a dignidade, a propriedade e a saúde, os quais são denominados bens jurídicos.

Destarte, ao instituir um tipo penal, o legislador

necessariamente deve observar critérios de adequação entre o fato concreto e o tipo incriminador, a fim de não incidir uma arbitrariedade estatal.

Isso porque, o artigo 1º, caput, da Constituição Federal, define a estrutura político-constitucional do Brasil como um Estado Democrático de Direito e deste mesmo dispositivo derivam todos os princípios fundamentais, dentre eles, o princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no inciso III do artigo sobredito, do qual decorrem os princípios próprios do âmbito penal.

Nesse sentido, João Paulo Orsini Martinelli salienta:

Antes de ser punitivo, o Direito Penal é instrumento de garantias do cidadão. Portanto, a lei penal restringe tanto a liberdade das pessoas, ao proibir certas condutas, quanto o poder de punir do Estado. Os princípios do Direito Penal regem as normas do Estado democrático de Direito na busca por um equilíbrio da proteção de interesses fundamentais da sociedade e o máximo de liberdade dos cidadãos. (MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo jurídico-penal: limites de intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais / João Paulo Orsini Martinelli. – São Paulo: LiberArs, 2015, p.59)

Destaca-se que Estado Democrático de Direito se difere de Estado de Direito, haja vista que este último propicia igualdade meramente formal entre os indivíduos, pois possui características tais como a submissão de todos ao império da lei, o estabelecimento formal de garantias individuais, bem como a igualdade de todos perante a lei, na medida em que se submetem às mesmas regras gerais, abstratas e impessoais. Assim, significa dizer que aqui todos são iguais porque a lei é a mesma para todos, sem exceção.

Por outro lado, o Estado Democrático de Direito parte do princípio da dignidade humana, ou seja, não basta a submissão formal de todos ao império da mesma lei, ela deve abranger conteúdo e adequação social e, assim, classificar como infrações penais apenas condutas que coloquem em risco os bens jurídicos fundamentais para a convivência social.

À vista disso, o artigo 3º da Constituição Federal/88 estabeleceu metas fundamentais a fim de respeitar o sentimento social de justiça, senão vejamos:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (Planalto, 1988)

Sendo assim, é possível verificar que a principal característica de um Estado Democrático de Direito é a primazia da igualdade social através do amoldamento das leis às necessidades individuais e da proteção jurídica de garantias fundamentais.

Na esfera penal, os direitos fundamentais carecedores de tutela jurídica devem estar apoiados no princípio inviolável da dignidade humana, haja vista que qualquer construção contrária à este valor colide com a própria base existencial do Estado descrito na Constituição Federal/88.

Sobre isso, Fernando Capez bem diz:

No Estado Democrático de Direito é necessário que a conduta considerada criminosa tenha realmente conteúdo de crime. Crime não é apenas aquilo que o legislador diz sê-lo (conceito formal), uma vez que nenhuma conduta pode, materialmente, ser considerada criminosa se, de algum modo, não colocar em perigo valores fundamentais da sociedade. (CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1, parte geral : (arts. 1º a 120) / Fernando Capez. – 17. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013, p.28)

Portanto, sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito, todo tipo incriminador que pretende ser criado deve satisfazer requisitos de ordem formal e material, atentando-se, ainda, aos princípios constitucionais, especialmente o da dignidade humana, bem como os que dele decorrem e que são próprios da esfera penal como meio de controle legal e orientadores da interpretação normativa.

2.1 PRINCÍPIOS PENAIIS FUNDAMENTAIS

Tem-se por princípio a norma dotada de positividade que determina padrões de conduta, impedindo a adoção de comportamentos contrários à ele, uma vez que possui o papel de orientador da interpretação da

norma, que deve ser interpretada por seu aplicador sob a ótica dos valores consagrados pelo sistema jurídico.

Para Miguel Reale:

A nosso ver, princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. (REALE, Miguel, 1910. Lições preliminares de direito / Miguel Reale. – 27. ed. – São Paulo: Saraiva, 2002, p.304)

É importante destacar que a fundamentação de cada sistema jurídico possui influência direta no alcance do poder punitivo do Estado e, conseqüentemente, na esfera de liberdade do indivíduo.

No caso do Brasil, adepto ao sistema da *civil law*, a limitação do poder punitivo do Estado submete-se diretamente à aplicação dos princípios fundamentais, especialmente o princípio da dignidade humana, do qual decorrem os princípios fundamentais próprios do âmbito penal que norteiam a aplicação de suas normas.

2.1.1 Princípio da culpabilidade

O princípio da culpabilidade encontra-se implícito na Constituição Federal/88 através do artigo 1º, inciso III, e possui ligação direta com o princípio da legalidade, uma vez que reforça o caráter inviolável da dignidade humana, garantia prevista no dispositivo sobredito.

Segundo Rogério Greco, o princípio da culpabilidade possui três sentidos fundamentais:

Culpabilidade como integrante do conceito analítico de crime – A culpabilidade é a terceira característica ou elemento integrante do conceito analítico de crime, sendo estudada, segundo o magistral ensinamento de Welzel, após a análise do fato típico e da ilicitude, ou seja, após concluir-se que o agente praticou um injusto penal. Uma vez chegada a essa conclusão, vale dizer, de que a conduta do agente é típica e antijurídica, inicia-se um novo estudo, que agora terá seu foco dirigido à possibilidade ou não de censura sobre o fato praticado.

Culpabilidade como princípio medidor da pena – Uma vez concluído que o fato praticado pelo agente é típico, ilícito e culpável, podemos afirmar a existência da infração penal. O agente estará, em tese, condenado. Deverá o julgador, após a condenação, encontrar a pena

correspondente à infração penal praticada, tendo sua atenção voltada para a culpabilidade do agente como critério regulador.

Culpabilidade como princípio impedor da responsabilidade penal objetiva, ou seja, o da responsabilidade penal sem culpa – Na preciosa lição de Nilo Batista, o princípio da culpabilidade “impõe a subjetividade da responsabilidade penal. Não cabe, em direito penal, uma responsabilidade objetiva, derivada tão só de uma associação causal entre a conduta e um resultado de lesão ou perigo para um bem jurídico”. (GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral, volume I / Rogério Greco. – 19. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017, p.170)

A concepção do princípio da culpabilidade é de que não há crime sem culpa, ou seja, o agente deve ser punido pelas condutas que pratica, desde que estas estejam descritas como tipos penais.

Destarte, Luiz Régis Prado afirma:

A responsabilidade penal pelo fato significa a exigência de uma conduta humana – externa e concreta -, o que quer dizer tanto a não punição do simples pensamento, quanto a não punição pela simples intenção, modo ou condição de vida. (PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, volume 1, parte geral : (arts. 1º a 120) / Luiz Regis Prado. – 12. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.168)

Para Fernando Capez:

A função do Estado consiste em proteger bens jurídicos contra comportamentos externos, efetivas agressões previamente descritas em lei como delitos, bem como estabelecer um compromisso ético com o cidadão para o melhor desenvolvimento das relações intersociais. Não pode castigar meros pensamentos, ideias, ideologias, manifestações políticas ou culturais discordantes, tampouco incriminar categorias de pessoas. Os tipos devem definir fatos, associando-lhes penas, e não estereotipar autores. (CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1, parte geral : (arts. 1º a 120) / Fernando Capez. – 17. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013, p.44)

Assim sendo, significa dizer que o princípio da culpabilidade possui a função de delimitador da responsabilidade penal e limitador do poder punitivo do Estado, uma vez que este é o titular da pretensão punitiva e aplicador das normas penais.

2.1.2 Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos

Sabidamente, a função primordial do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, que são os interesses de maior relevância social, pois são

imprescindíveis ao desenvolvimento individual ou coletivo.

De acordo com Cleber Masson:

O Direito Penal se destina à tutela de bens jurídicos, não podendo ser utilizado para resguardar questões de ordem moral, ética, ideológica, religiosa, política ou semelhantes. Com efeito, a função primordial do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos fundamentais para a preservação e o desenvolvimento do indivíduo e da sociedade. (MASSON, Cleber. Direito Penal Esquematizado: parte geral – vol. 1 / Cleber Masson. – 11ª. ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p.59)

A Constituição Federal/88 exerce papel orientador para seleção dos bens jurídicos merecedores de tutela penal ao elencar valores considerados essenciais à manutenção das condições de vida e desenvolvimento social como, por exemplo, a dignidade, a liberdade, a segurança, bem-estar social, a igualdade e a justiça.

Sobre o tema, Luiz Regis Prado afirma:

O bem jurídico, como bem do direito, conjuga o individual e o social (de natureza material ou espiritual) e tem suficiente importância para manter livre a convivência social. O conceito material de bem jurídico reside na realidade ou experiência social, sobre a qual incidem juízos de valor, primeiro do constituinte, depois do legislador ordinário. Trata-se de um conceito necessariamente valorado e relativo, isto é, válido para determinado sistema social e um dado momento histórico cultural. (PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, volume 1, parte geral : (arts. 1º a 120) / Luiz Regis Prado. – 12. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.169)

Os bens jurídicos atuam como critério interpretador da norma penal e possuem, também, a função de limitadores da legitimidade punitiva do Estado, haja vista que a intervenção estatal se justifica apenas quando for socialmente necessária, ou seja, quando a conduta praticada lesar ou oferecer risco concreto à bem jurídico tutelado.

Assim sendo, o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos é considerado um princípio penal de garantia, uma vez que utiliza-se da lei penal para coibir a prática de condutas lesivas ou perigosas aos bens jurídicos fundamentais.

Acerca da pretensão punitiva do Estado, Fernando Capez explica:

A punição de uma agressão em sua fase ainda embrionária, embora aparentemente útil do ponto de vista da defesa social, representa ameaça à proteção do indivíduo contra uma atuação demasiadamente intervencionista do Estado. (CAPEZ, Fernando.

Curso de direito penal, volume 1, parte geral : (arts. 1º a 120) / Fernando Capez. – 17. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013, p.41)

Isso significa que não haverá infração penal sem que haja afetação direta do bem jurídico, pois, caso contrário, configurará uma incompatibilidade vertical com o texto constitucional, sendo a norma penal considerada nula e materialmente inconstitucional.

Contudo, o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos ainda é objeto de discussão em nosso ordenamento jurídico. Isso porque, em razão do caráter protecionista do Estado ante determinados interesses, vigora a possibilidade de tipificação de crimes de perigo abstrato como forma estratégica de defesa do bem jurídico, ainda que não haja ofensa ou perigo real ao referido bem. Significa dizer que a conduta será punida antes mesmo de provocar um dano efetivo ou risco concreto.

2.1.3 Princípio da intervenção mínima

O princípio da intervenção mínima tem origem na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a qual propaga em seu artigo 8º que a lei apenas deve prever penas estrita e evidentemente necessárias.

Tal princípio consubstancia-se na ideia de subsidiariedade do direito penal, ou seja, a criminalização de uma conduta somente será legitimada quando a sanção penal constituir meio imprescindível para proteger determinado bem jurídico, considerando que outros meios extrapenais não são eficazes para protegê-lo.

Na concepção de Rogério Greco:

O princípio da intervenção mínima, ou *ultima ratio*, é o responsável não só pela indicação dos bens de maior relevo que merecem a especial atenção do Direito Penal, mas se presta, também, a fazer com que ocorra a chamada descriminalização. Se é com base neste princípio que os bens são selecionados para permanecer sob a tutela do Direito Penal, porque considerados como os de maior importância, também será com fundamento nele que o legislador, atento às mudanças da sociedade, que com a sua evolução deixa de dar importância a bens que, no passado, eram da maior relevância, fará retirar do nosso ordenamento jurídico-penal certos tipos incriminadores. (GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral, volume I / Rogério Greco. – 19. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017, p.127)

Ante o caráter subsidiário do direito penal, surge o questionamento acerca dos limites da proteção penal dos bens jurídicos mais relevantes.

Nos dizeres de Luiz Regis Prado:

A tarefa do legislador é hierarquizar e racionalizar os instrumentos disponíveis para responder ao problema criminal de maneira adequada e eficaz. Cumpre a ele verificar em quais situações a incidência da lei penal é desnecessária para buscar o meio mais adequado e menos oneroso ao cidadão. (PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, volume 1, parte geral : (arts. 1º a 120) / Luiz Regis Prado. – 12. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.171)

O princípio da intervenção mínima possui duas vertentes, a de orientar e a de limitar o poder incriminador do Estado, tendo em vista que a sanção criminal é a forma mais onerosa de controle social, pois restringe a esfera de liberdade pessoal do indivíduo.

Nesse sentido, Fernando Capez afirma:

O ramo penal só deve atuar quando os demais campos do Direito, os controles formais e sociais tenham perdido a eficácia e não sejam capazes de exercer essa tutela. Sua intervenção só deve operar quando fracassam as demais barreiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do Direito. (CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1, parte geral : (arts. 1º a 120) / Fernando Capez. – 17. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013, p.38)

Destarte, a intervenção do Estado através da sanção penal está condicionada à comprovação do resultado ineficaz dos demais meios de controle social menos onerosos à dignidade e liberdade pessoal.

Entretanto, referida intervenção deve sempre respeitar as garantias fundamentais decorrentes do texto constitucional. Sendo assim, sua utilização deverá ser admitida apenas quando a proteção dos bens jurídicos mais relevantes não puder ser obtida por outros meios extrapenais. Caso contrário, haverá ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Segundo o entendimento de Luiz Regis Prado:

A excessiva quantidade de tipos penais presentes em nossa legislação – aqui considerando não apenas o Código Penal, mas também as dezenas de leis extravagantes ou especiais – demonstra que o direito penal está longe de ser a *ultima ratio* do Estado na resolução de conflitos. (PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, volume 1, parte geral : (arts. 1º a 120) / Luiz Regis Prado. – 12. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.172)

No entanto, importante salientar que a proteção dos bens jurídicos não é missão exclusiva do Direito Penal, mas sim de todo o ordenamento jurídico, tendo caráter excepcional a utilização da punição criminal, por isso a ideia de subsidiariedade, haja vista que o uso excessivo da sanção penal não garante maior proteção dos bens dotados de maior relevância.

Desta maneira, pode-se dizer que a função do princípio da intervenção mínima é impedir o uso indiscriminado do direito penal.

2.1.4 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade tem a função de delimitar o alcance da tutela penal quando equivalente à ofensa ao bem jurídico. Ou seja, deve haver sempre uma ponderação entre a conduta praticada e a sanção penal prevista para tal, a fim de resguardar a dignidade humana, que é pilar indispensável do Estado Democrático de Direito.

De acordo com Cleber Masson:

O princípio da proporcionalidade funciona como forte barreira impositiva de limites ao legislador. Por corolário, a lei penal que não protege um bem jurídico é ineficaz, por se tratar de intervenção excessiva na vida dos indivíduos em geral. (MASSON, Cleber. Direito Penal Esquematizado: parte geral – vol. 1 / Cleber Masson. – 11^a. ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p.56)

Tal princípio diz respeito à ponderação entre os benefícios sociais e os custos pessoais decorrentes da tipificação de determinado comportamento.

Nesse sentido, Fernando Capez explica:

Somente se pode falar na tipificação de um comportamento humano, na medida em que isso se revele vantajoso em uma relação de custos e benefícios sociais. Em outras palavras, com a transformação de uma conduta em infração penal impõe-se a toda coletividade uma limitação, a qual precisa ser compensada por uma efetiva vantagem: ter um relevante interesse tutelado. (CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1, parte geral : (arts. 1^o a 120) / Fernando Capez. – 17. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013, p.40)

Desta forma, se a criminalização de determinado comportamento não demonstrar benefício social, estar-se-á diante de uma violação ao princípio da proporcionalidade. Logo, o tipo penal deverá ser

excluído do ordenamento jurídico em razão do vício de inconstitucionalidade.

Ademais, pode-se extrair do princípio da proporcionalidade duas vertentes: a de proibição excessiva e a proibição de proteção insuficiente.

Na perspectiva de Lenio Streck e José Luis Bolzan:

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador. (STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado* / Lenio Luiz Streck; José Luis Bolzan de Moraes. – 5. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.180)

É necessário que haja equilíbrio entre a proporcionalidade abstrata e a proporcionalidade concreta.

No plano abstrato, a proporcionalidade tem a função de nortear a interpretação dos tipos penais, a fim de evitar a punição exagerada de fatos de diminuta relevância, enquanto que na proporcionalidade em concreto, verifica-se a incidência do referido princípio na dosimetria da pena através do sistema trifásico, uma vez que a pena deve ser aplicada de acordo com a intensidade da lesão ao bem.

2.1.5 Princípio da humanidade

Pelo princípio da humanidade compreende-se que no Estado Democrático de Direito não é admitida tanto a criação quanto a aplicação de sanções penais que atentem a dignidade humana.

Assim lecionam João Paulo Orsini Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem:

Para evitar a desconsideração da dignidade humana, o princípio da proporcionalidade é fundamental, sendo que as penas devem respeitar os limites constitucionais, a começar pelas restrições punitivas (art. 5º, XLVII). (MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Lições fundamentais de direito penal: parte geral* / João Paulo Orsini

Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem. – 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.185)

Destarte, tem-se que o princípio da humanidade é um mecanismo de controle dos tipos legais, ou seja, trata-se do limite material à pretensão punitiva do Estado.

Sobre o princípio da humanidade, Luiz Regis Prado afirma:

Apresenta-se como uma diretriz garantidora de ordem material e restritiva da lei penal, verdadeira salvaguarda da dignidade pessoal, relacionando-se de forma estreita com os princípios da culpabilidade e da igualdade. A Constituição estabelece como fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), dispondo, ainda, expressamente, que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (art. 5º, XLI, CF); “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis” (art. 5º, XLVII, CF); “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (art. 5º, XLIX, CF). (PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, volume 1, parte geral : (arts. 1º a 120) / Luiz Regis Prado. – 12. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.177)

Assim, conclui-se que o princípio em análise objetiva a humanização do Direito Penal, ou seja, que suas sanções sejam aplicadas quando estritamente necessárias, de modo a resguardar os direitos inerentes à condição humana.

2.1.6 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade é um dos princípios basilares e norteadores do direito penal e tem como fundamento a proteção pessoal do indivíduo ante o poder punitivo do Estado.

Importante mencionar que o princípio da legalidade foi previsto expressamente em todos os Códigos do nosso ordenamento, desde o Código Criminal do Império, de 1830, até a reforma da parte geral do atual Código Penal, ocorrida em 1984.

Atualmente, está positivado de maneira expressa no artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal/88 e no artigo 1º do Código Penal e possui a seguinte redação: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

Sobre o princípio da legalidade, Paulo César Busato afirma:

Só pode ser corretamente compreendido em sua importância e extensão quando observado em todas as suas dimensões, como garantia inviolável do cidadão frente ao exercício punitivo do Estado. Ou seja, não basta considerar o princípio da legalidade um instrumento jurídico, relacionado apenas com a norma posta, como um filtro jurídico do direito positivo. É preciso ir além e enxergar o contexto histórico de seu desenvolvimento e tudo o que se pretendeu alcançar através da sua afirmação. Visto assim, entra em evidência, antes de tudo, a sua dimensão política, que significa o predomínio do Poder Legislativo como órgão que representa a vontade geral frente aos outros Poderes do Estado, para, a seguir, merecer consideração sua dimensão técnica, que expressa a forma de como devem os legisladores formular as normas penais. (BUSATO, Paulo César. Direito penal - parte geral 1 / Paulo César Busato. – 2ª. ed. – São Paulo: Atlas, 2014, p.33)

Pode-se dizer que o princípio da legalidade possui duplo significado, um político e outro científico ou jurídico. O significado político consubstancia-se na limitação do exercício do poder punitivo do Estado a fim de se evitar a incerteza penal. Enquanto isso, o significado científico ou jurídico implica na análise das finalidades e efeitos da pena.

No tocante ao duplo significado do princípio da legalidade, Luiz Regis Prado bem diz:

A partir da Revolução Francesa, o princípio da legalidade – verdadeira pedra angular do Estado de Direito – converte-se em uma exigência de segurança jurídica e de garantia individual. O seu fundamento político radica principalmente na função de garantia da liberdade do cidadão ante a intervenção estatal arbitrária, por meio da realização da certeza do direito. O significado científico ou jurídico aparece na teoria da pena como a coação psicológica de Feuerbach e, depois, na teoria da tipicidade de Beling. (PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, volume 1, parte geral : (arts. 1º a 120) / Luiz Regis Prado. – 12. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.160)

Ademais, o princípio da legalidade vincula os Poderes Públicos à lei precisa e determinada com o escopo de rechaçar a arbitrariedade do Estado no exercício de seu poder punitivo.

Para tanto, verifica-se que o princípio da legalidade possui três fundamentos: um fundamento político democrático-representativo; um fundamento político-criminal e, por fim, um fundamento protetor ante o poder estatal.

Do fundamento político democrático-representativo infere-se que a produção legislativa em matéria penal é privativa do Poder Legislativo

em razão de sua legitimação democrática, de acordo com o que preceitua o artigo 22, inciso I da Constituição Federal/88.

Diante disso, João Paulo Orsini Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem explicam:

O princípio significa que a definição dos delitos e das respectivas sanções deve ser expressamente disciplinada por uma manifestação de vontade do poder estatal que, por força da norma constitucional, tem a faculdade de legislar. Trata-se da “matriz político-inconstitucional” do princípio, ou seja, o monopólio de produção da lei penal cabe apenas ao poder representante da vontade popular. (MARTINELLI, João Paulo Orsini. Lições fundamentais de direito penal: parte geral / João Paulo Orsini Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem. – 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.193)

Desta maneira, conclui-se que a fonte formal do direito penal é unicamente a lei.

No que diz respeito ao fundamento político criminal, verifica-se que uma das funções da pena seria a intimidação, de modo a motivar a conduta humana de acordo com a norma penal através da coação psicológica.

Para João Paulo Orsini Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem:

É fundamental que a proibição esteja descrita claramente em lei, bem como seja anterior à ação do agente, pois, se falta uma lei prévia e esta é obscura, é impossível produzir o efeito intimidatório. Assim, reafirma-se tanto o mandato taxativo com a exigência de máxima precisão como a proibição de retroatividade de lei desfavorável. (MARTINELLI, João Paulo Orsini. Lições fundamentais de direito penal: parte geral / João Paulo Orsini Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem. – 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.194)

Por fim, no que se refere ao fundamento protetor ante o poder estatal, vislumbra-se que o escopo do princípio da legalidade é assegurar a liberdade do cidadão frente as ações intervencionistas da autoridade estatal.

De acordo com João Paulo Orsini Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem:

O Estado deve intervir o mínimo possível na restrição da liberdade dos cidadãos. Por conseguinte, salvo raras exceções, não se pode invocar o princípio da legalidade – estrita observância da punição com a transgressão da previsão legal – para excluir intervenções legais que favoreçam o transgressor, como a aplicação retroativa da lei penal mais favorável e a aplicação da analogia *in bonam partem*. (MARTINELLI, João Paulo Orsini. Lições fundamentais de direito penal: parte geral / João Paulo Orsini Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem. – 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.194)

Destarte, tem-se que o princípio da legalidade constitui garantia formal do cidadão frente o poder punitivo do Estado, pois veda a criação de lei

indeterminada e imprecisa.

3. PATERNALISMO JURÍDICO-PENAL

O termo paternalismo, em sentido lato, tem origem anglo-saxã, sendo definido como prática de administração paternal no sentido de proteger bens ou interesses.

O paternalismo jurídico-penal configura-se pela interferência do Estado na autonomia individual do cidadão, utilizando-se de leis penais como meio de coerção à prática de determinadas condutas.

Neste sentido, faz-se uma analogia ao comportamento do pai sobre um filho, visto que nesta relação, de um lado se tem aquele que interfere nas escolhas a fim de proteger e prevenir lesões e, por outro lado, há a figura do protegido, o suposto filho.

Contudo, tal proteção deve ser exercida não somente pela coação coletiva do risco da sanção penal, mas, principalmente, pela convicção ético-social do Estado para com o indivíduo, demonstrando a compatibilidade da norma incriminadora com a necessidade social. Isso porque, nem mesmo o próprio Estado pode compelir alguém a fazer ou não fazer algo sem uma razão justificável.

Nesse sentido, João Paulo Orsini Martinelli explica:

Transformar um comportamento em crime é retirar parcela da liberdade de agir da comunidade e, portanto, deve haver um fundamento muito relevante. (MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo jurídico-penal: limites de intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais / João Paulo Orsini Martinelli. – São Paulo: LiberArs, 2015, p.13)

Entretanto, existem outras formas de ações paternalistas além do sistema normativo, as quais fazem parte do controle social informal.

À vista disso, João Paulo Orsini Martinelli explica:

Nem todo comportamento paternalista vem do Estado, assim como nem todas as normas paternalistas são da mesma espécie. Há normas paternalistas de natureza civil, trabalhista, penal, administrativa, entre outras. Por isso há necessidade de traçar os limites de atuação do Direito Penal e buscar sua legitimidade quando houver interferência nas possibilidades de escolha de uma pessoa. (MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo jurídico-penal: limites de intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso de normas penais / João Paulo Orsini Martinelli – São Paulo: LiberArs, 2015, p.87)

No âmbito do direito penal, a norma é definida como

paternalista quando pune determinado comportamento considerando que este é prejudicial a alguém, ainda que praticado mediante o consentimento do titular do bem jurídico que se busca proteger.

O principal exemplo de norma paternalista do Direito Penal é o artigo 28 da Lei 11.343/2006 – Lei de Drogas. Tal dispositivo define como crime o porte de droga para consumo pessoal.

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas (...). (Dec-Lei nº 2.848/40)

O dispositivo sobredito descreve um crime formal e comina pena à um comportamento que não traz resultado lesivo a terceiro, haja vista que não ultrapassa a esfera individual do sujeito usuário. A constitucionalidade referido artigo é discutida no Recurso Extraordinário nº 635659, que ainda aguarda julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

Sob a perspectiva de João Paulo Orsini Martinelli, 2015, p.88, a conduta paternalista pode ser definida como a intervenção na liberdade de escolha da pessoa, presumidamente incapaz, contra a sua vontade, com o intuito de promover-lhe um bem, considerando que a promoção de um bem abrange, também, a ideia de evitação de um mal.

Destarte, para ser legitimada, a norma paternalista carece de uma estrutura em que seja demonstrado o seu fundamento, o seu objeto (destinatário), bem como a sua finalidade.

Sobre o fundamento do paternalismo penal, João Paulo Orsini Martinelli, 2015, p. 202, afirma que no Estado Democrático de Direito, tal fundamento consubstancia-se na liberdade de individual e preservação da vontade real do indivíduo quando esta divergir da vontade manifestada no momento em que praticada a conduta lesiva.

Acerca do objeto do paternalismo penal, ou seja, o receptor da norma, têm de ser considerado em primeiro momento que as normas penais são de cunho universal, devem ser obedecidas por todas as pessoas. Contudo, a esfera de atuação da norma necessita de delimitação. Isso porque, sendo a liberdade a regra geral do Estado Democrático de Direito, a princípio, o ideal volitivo do indivíduo dotado de capacidade de discernimento deve ser respeitado, sobretudo pelo Direito Penal, quando renunciar a tutela penal de

um bem jurídico do qual seja titular. Desta forma, as pessoas que não possuem capacidade de discernimento necessitam de maior proteção do ordenamento jurídico em razão de sua vulnerabilidade.

A vulnerabilidade manifesta-se de duas formas: a falta de consciência ou a impossibilidade de manifestar a vontade quando consciente, decorrentes de fatores sociais, culturais, étnicos, políticos, econômicos, educacionais ou de saúde.

Sabidamente, a obrigação do Estado é coibir a exploração de pessoas incapazes de exprimir sua vontade, tendo em vista se tratar de uma relação bilateral em que uma das partes obterá uma vantagem injusta face ao prejuízo da outra.

Nesta perspectiva, João Paulo Orsini Martinelli leciona:

Não pode o Direito Penal ser utilizado para promover um benefício ou educar o cidadão; deve somente proibir comportamentos de terceiros que prejudiquem vulneráveis cujo consentimento seja inválido. Por isso, requer-se um Direito Penal legitimamente paternalista que não intervenha no modo de vida da pessoa, mas simplesmente puna quem explora a vulnerabilidade alheia. (MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo jurídico-penal: limites de intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso de normas penais / João Paulo Orsini Martinelli – São Paulo: LiberArs, 2015, p.208)

Por fim, quanto ao objeto do paternalismo penal, este requer a análise de duas vertentes. A primeira em relação a distinção de quem são os indivíduos vulneráveis e os meios para a determinação da vulnerabilidade através de critérios objetivos e subjetivos, enquanto que a segunda vertente refere-se ao âmbito de indisponibilidade de alguns bens jurídicos.

3.2 CLASSIFICAÇÃO DAS INTERVENÇÕES PATERNALISTAS

No Estado Democrático de Direito, a interferência do Estado nas escolhas dos cidadãos mediante a restrição da liberdade individual por meio do Direito Penal precisa ser justificada, visto que sob o prisma do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, somente poderão ser criminalizadas as condutas que efetivamente representem lesão ou um risco de dano a um bem jurídico penalmente relevante.

Doutrinariamente, o paternalismo é classificado em diferentes critérios com o fim de possibilitar melhor análise de suas medidas para

identificação das medidas paternas justificáveis em um Estado Democrático de Direito.

3.2.1 Paternalismo moderado (soft) e rígido (hard)

A classificação do paternalismo como moderado ou rígido tem por base a condição dos sujeitos atingidos pela restrição de liberdade. Assim, os receptores da norma paternalista dividem-se em dois grupos: os responsáveis e os irresponsáveis.

Consideram-se responsáveis aqueles sujeitos que possuem capacidade de discernimento sobre seus atos e seu potencial lesivo. Enquanto que no grupo dos irresponsáveis enquadram-se aqueles que não contam com discernimento necessário ou não são capazes de exprimirem sua vontade.

Sobre o paternalismo moderado (soft), João Paulo Orsini Martinelli diz:

Paternalismo moderado (soft) é o ponto de vista que considera justificado o paternalismo quando for necessário determinar se a pessoa a ser atingida está agindo voluntária e conscientemente. Nos casos em que não for possível determinar a capacidade do sujeito ou quando tal capacidade não restar comprovada, o comportamento paternalista estaria justificado. (MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo jurídico-penal: limites de intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso de normas penais / João Paulo Orsini Martinelli – São Paulo: LiberArs, 2015, p.100)

No tocante ao paternalismo rígido (hard):

Para o paternalismo rígido (hard), são justificáveis, pelo menos algumas vezes, intervenções paternalistas mesmo quando o sujeito está consciente de sua conduta e deseja praticar uma autolesão ou consente para uma heterolesão. A distinção entre os destinatários do comportamento paternalista, nesse caso, não é importante, uma vez que haveria legitimidade tanto na interferência sobre responsáveis quanto sobre os irresponsáveis. Se, por exemplo, um adulto consciente resolvesse doar todo seu patrimônio, sabendo que não teria mais condições mínimas de uma vida confortável, seria legítimo alguém impedir tal procedimento para garantir seu bem-estar. (MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo jurídico-penal: limites de intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso de normas penais / João Paulo Orsini Martinelli – São Paulo: LiberArs, 2015, p.100)

A partir disso, compreende-se que o paternalismo moderado configura-se quando há capacidade do sujeito para discernir sobre a renúncia de sua tutela tratando-se de bens disponíveis. Por outro lado, o paternalismo

rígido incide sobre bens indisponíveis e considera a capacidade de seu titular.

3.2.2 Paternalismo ativo e paternalismo passivo

O paternalismo ativo e o paternalismo passivo tem como ponto em comum a restrição à liberdade de escolha do indivíduo, que se submete a agir ou omitir-se de determinada maneira em razão de uma ação coerciva.

Segundo a diferenciação de João Paulo Orsini Martinelli:

Um comportamento ativamente paternalista é aquele que interfere na liberdade de escolha de um sujeito obrigando-o a fazer algo para seu próprio bem. Por exemplo, as normas que obrigam o uso de capacete ou atribuem uma sanção administrativa para aqueles que não recolhem a contribuição social para garantir um futuro melhor a si mesmo. Por paternalismo passivo compreende-se uma exigência imposta a um indivíduo para seu próprio bem, consistente em deixar de fazer algo, a princípio prejudicial. (MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo jurídico-penal: limites de intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso de normas penais / João Paulo Orsini Martinelli – São Paulo: LiberArs, 2015, p.102)

Como exemplo de paternalismo ativo e passivo, pode-se mencionar a relação entre médico – paciente. O médico adota um comportamento ativamente paternalista ao omitir o real estado de saúde de seu paciente por entender que o melhor a se fazer é esperar a evolução do tratamento, uma vez que o conhecimento da realidade pelo paciente poderia frustrá-lo, acarretando no abandono do tratamento.

Assim sendo, verifica-se que, em regra, as normas penais são passivamente paternalistas, haja vista que as normas penais são impostas para reprimir condutas que, a princípio, devem ser lesivas ou ofensivas.

3.2.3 Paternalismo homogêneo e heterogêneo

A distinção entre paternalismo homogêneo e heterogêneo baseia-se na finalidade da norma paternalista, ou seja, relaciona-se com o objetivo que o ente paternal pretende atingir ao interferir na liberdade alheia.

Para exemplificar o paternalismo homogêneo e heterogêneo, João Paulo Orsini Martinelli diz:

Como exemplo de paternalismo homogêneo cita-se o art. 122 do Código Penal, que pune a participação em suicídio, pois proíbe o

cidadão de colaborar na eliminação da vida do suicida. O paternalismo heterogêneo é ilustrado com o art. 28 da Lei de Drogas, que pune o porte para uso próprio. Ao impedir o porte, a norma interfere na liberdade do usuário de praticar uma autolesão e, também, segundo a doutrina tradicional, protege a saúde pública, um bem jurídico de natureza difusa. (MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo jurídico-penal: limites de intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso de normas penais / João Paulo Orsini Martinelli – São Paulo: LiberArs, 2015, p.103)

Destarte, verifica-se que o comportamento paternalista quando homogêneo, tem o objetivo de prevenir a autolesão ou lesões consentidas. Por outro lado, o paternalismo em sua modalidade heterogênea tem o escopo de prevenir danos a terceiros ou à sociedade de modo geral.

3.2.4 Paternalismo puro e impuro

No paternalismo puro, a interferência no comportamento da pessoa se justifica pela proteção do sujeito diante de suas próprias condutas, significa que aquele que tem sua liberdade restringida é o próprio beneficiado.

De acordo com João Paulo Orsini Martinelli:

O paternalismo puro, também denominado direto, age sobre indivíduos que se comportam de modo lesivo. Há coincidência entre o sujeito beneficiado e o que sofre a restrição. Exemplo usual é a norma que impõe o uso de cinto de segurança para proteger o próprio usuário, ou seja, esse não tem liberdade de optar por não usar o cinto, para seu próprio bem, sem o risco de sofrer uma sanção administrativa. (MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo jurídico-penal: limites de intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso de normas penais / João Paulo Orsini Martinelli – São Paulo: LiberArs, 2015, p.208)

Por sua vez, o paternalismo impuro, também chamado de indireto, tem por característica a legitimação da interferência na liberdade individual de determinado grupo de pessoas com o fim de proteger aquelas que não fazem parte deste grupo, por exemplo, a criminalização do tráfico de drogas, uma vez que restringe a liberdade dos traficantes para proteger outro grupo, no caso, os usuários

3.2.5 Paternalismo moral e de bem estar

O paternalismo moral manifesta-se quando o ente paternal age

de modo a evitar a violação de preceitos morais decorrente da conduta do sujeito protegido.

Nesse sentido, João Paulo Orsini Martinelli leciona:

O paternalismo moral é a intervenção na liberdade de alguém com o objetivo de evitar a violação de preceitos morais. No caso da atividade de arremesso de anões, em que esses são pagos para serem arremessados em competições, o paternalismo moral autoriza a proibição porque tal prática afronta um consenso de moralidade, sem dar ênfase à probabilidade de lesões. (MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo jurídico-penal: limites de intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso de normas penais / João Paulo Orsini Martinelli – São Paulo: LiberArs, 2015, p.102)

Por sua vez, o paternalismo de bem-estar manifesta-se no sentido de impor o que se entende ser melhor, seja do ponto de vista físico, mental ou da defesa de interesses.

Sobre o paternalismo de bem-estar, João Paulo Orsini Martinelli, 2015, p. 102, aduz que este indica a vedação de condutas que obstem o exercício do poder sobre o bem jurídico provido de tutela como, por exemplo, a integridade física ou o patrimônio, assim como consequentes frustrações ao seu titular.

3.2.6 Paternalismo por assimetria de informações

Compreende-se por paternalismo por assimetria de informações o tipo de manifestação que destaca a capacidade de ponderação de atos e autodeterminação para que, em caso de efetivos danos, seja viabilizada a responsabilização daquele que provocou a conduta auto lesiva, na medida da autonomia exteriorizada.

Para João Paulo Orsini Martinelli:

É uma forma de paternalismo que prestigia a autonomia e compartilha a responsabilidade pelos danos. Situando esta forma de paternalismo no direito do consumidor, Sampaio Júnior apresenta suas características: a) análise das cláusulas padrão, b) imposição do dever de informar, c) concessão de períodos de reflexão e arrependimento e d) estabelecimento de limites à escolha do agente. (MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo jurídico-penal: limites de intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso de normas penais / João Paulo Orsini Martinelli – São Paulo: LiberArs, 2015, p.103)

Destarte, nos dizeres de João Paulo Orsini Martinelli, 2015, p.

104, vislumbra-se que o paternalismo por assimetria de informações enfatiza a vontade do sujeito lesado, sopesando sua consciência e sua vontade com o intuito de fazê-lo suportar os prejuízos de seu ato.

4 ANTIPATERNALISMO

As doutrinas antipaternalistas são aquelas que buscam fundamentos jurídicos e filosóficos a fim de afastar as ações paternalistas do Estado no âmbito particular, afim de resguardar a autonomia privada do sujeito.

No entanto, essas doutrinas reconhecem que, em determinados casos, a intervenção na esfera da autonomia de outrem pode ser legítima, ou seja, quando há a possibilidade de ofertar melhor proteção aos direitos e interesses afetados.

A postura paternal do Estado revela-se justificável quando verificada a ausência de autonomia do indivíduo para decidir sobre sua vida. Isso porque, em determinadas fases, o ser humano possui uma certa vulnerabilidade em razão de diversos fatores como, por exemplo, a imaturidade, nervosismo, falta de instrução suficiente, etc.

Grande parte dos principais autores de doutrinas antipaternalistas são adeptos da teoria utilitarista, a qual compreende o Direito Penal como instrumento de garantias e, assim sendo, tem por finalidade a limitação do poder punitivo do Estado.

As duas mais importantes teorias antipaternalistas foram elaboradas por Joel Feinberg e Gerald Dworkin. O primeiro distingue os comportamentos que carecem de sanções mais rigorosas daqueles em que é possível a aplicação de outros meios de controle social para serem coibidos.

Por outro lado, Gerald Dworkin busca a adequação da norma – não necessariamente penal – na restrição de liberdade da pessoa com fim de legitimar as normas de cunho proibitório.

Em relação à doutrina de Feinberg, João Paulo Orsini Martinelli, 2015, p. 105, diz que o autor se preocupa em delimitar os limites em que o Estado encontra legitimidade para intervir na liberdade individual no âmbito privado como meio de protege-las de atos lesivos.

A doutrina de Joel Feinberg destaca-se pela série *The moral limits os criminal law*, composta por quatro volumes, sendo eles: *Harm to others; Offense to others; Harm to self e Harmless wrongdoing*.

Um dos pontos centrais de sua doutrina é o princípio da lesão, ou *harm principle*, que funda-se na ideia de que a interferência do Estado no

comportamento dos indivíduos somente será moralmente justificável quando se mostrar minimamente necessária para prevenir danos ou riscos de lesões àqueles que não sejam o próprio indivíduo que experimenta a intervenção. Segundo ele, a questão relativa ao limite de intervenção do Estado se restringe aos meios coercitivos em que a pena seja utilizada como resposta aos comportamentos ilícitos, deixando de lado os casos em que são cabíveis outros meios punitivos como as indenizações civis ou as infrações administrativas.

No primeiro volume de sua obra, Feinberg objetivou definir o que seria considerado lesão, pois algumas condutas são meramente ofensivas e não ocasionam um dano efetivo.

À vista disso, João Paulo Orsini Martinelli afirma:

Em regra, a aplicação do princípio da lesividade (*harm principle*) requer o conceito de normalidade. São as pessoas normalmente vulneráveis que devem ter os interesses protegidos pela força coercitiva. Se o grau de vulnerabilidade é alto, deve-se verificar o caso concreto para constatar se pode o Estado interferir no comportamento do indivíduo. Se o incômodo causado estiver fora da normalidade, a pessoa incomodada deve recorrer a outros meios não coercitivos. (MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal: limites de intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso de normas penais* / João Paulo Orsini Martinelli – São Paulo: LiberArs, 2015, p.107)

Isso significa que em alguns casos, a conduta do indivíduo irá prejudicar os interesses de terceiro, porém será moralmente aceitável, ainda que um interesse tenha sido prejudicado, tendo em vista que o fato não alcança uma gravidade capaz de configurar uma lesão, como é o caso da legítima defesa e o estado de necessidade, por exemplo, que são chamados de casos de justificação e exculpação.

João Paulo Orsini Martinelli, 2015, p.108, menciona que Feinberg faz distinções entre os direitos morais e os direitos legais e que os direitos morais nem sempre são exigíveis por lei. Porém, quando o forem, além de morais, também são legais e, em razão disso, apenas os direitos morais e, concomitantemente legais podem ser exigíveis por coerção do Estado.

Joel Feinberg entende que o Estado deve proporcionar ao sujeito a possibilidade de escolher o que é melhor ao seu bem estar e que a proteção da autonomia individual seria plausível ao considerar alguns bens jurídicos indisponíveis de acordo com a situação de seu titular.

No segundo volume da obra, *Offense to others*, Feinberg aborda o que se entende por ofensa e quais suas aplicações para o Direito Penal, propondo que as punições cominadas às ofensas sejam menos onerosas quanto às aplicadas nas lesões.

Para tanto, necessário se faz analisar determinados requisitos que possam justificar a intervenção do Estado na liberdade individual por meio das normas penais, tais como a extensão da ofensa, a valoração social da restrição a tal comportamento ofensivo e a eficácia da norma correspondente para tal fim.

Martinelli, 2015, p. 112, salienta que, para Feinberg, não se pode receber proteção do Estado contra condutas meramente ofensivas, uma vez que se houver outros meios razoáveis de se coibir uma ação considerada ofensiva, por conta do próprio indivíduo, o Estado perde a legitimidade para intervir naquele comportamento.

Já no terceiro volume de sua obra, *Harm to self*, Feinberg desenvolveu seu conceito de paternalismo e seus diversos significados, bem como aponta requisitos da autonomia.

De acordo com João Paulo Orsini Martinelli, 2015, p. 117, Feinberg entendia que a melhor estratégia para o antipaternalista é a construção de uma concepção convincente de autonomia.

Nesse sentido, Martinelli, 2015, p. 120, ainda menciona que para Feinberg, o centro da ideia de autonomia é o direito de fazer escolhas e tomar decisões, considerando que a escolha do modo de viver a própria vida constitui direito do sujeito.

Joel Feinberg parte do conceito de liberalismo para definir que apenas os princípios da lesão e da ofensa são razões com relevância capaz de justificar a intervenção do Estado através do Direito Penal.

Sobre a concepção de autonomia para Feinberg, João Paulo Orsini Martinelli afirma:

O exercício da autonomia envolve a compreensão real dos fatos e o conhecimento das prováveis consequências de uma decisão. Quando a vontade do indivíduo for defeituosa, pode haver a intervenção em seu comportamento para preservá-lo de um prejuízo não concebido, o que justifica o paternalismo moderado proposto pelo autor. A soberania individual, portanto, deve ser respeitada dentro de certos limites. (MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo jurídico-penal: limites de intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso de

normas penais / João Paulo Orsini Martinelli – São Paulo: LiberArs, 2015, p.121)

Por fim, em sua última obra *Harmless Wrongdoing*, Joel Feinberg questiona a legitimidade da criminalização de condutas moralmente injustas pelo Estado, ou seja, aquelas que não provocam lesões ou, se provocam, ocorrem de forma jurídica.

Pode-se afirmar, então, que Feinberg busca fundamentos no âmbito moral para criminalizar condutas lesivas e ofensivas. Assim, busca valorar os efeitos das condutas e atribuí punição somente àquelas que prejudicarem interesses pessoais e alcançarem a condição de lesão.

Pois bem. Outro autor da doutrina antipaternalista é Gerald Dworkin, autor de dois importantes artigos, *Paternalism* e *Paternalism: some second thoughts*. Dworkin fundamenta suas obras com ideais liberais, defendendo a mínima intervenção do Estado na autonomia de vontade das pessoas. Contudo, também reconhece que em determinados casos, o comportamento paternalista pode ser justificado.

A intervenção do Estado na esfera de liberdade individual do sujeito justifica-se quando a autolesão parte de um indivíduo vulnerável, que não possui capacidade de discernimento.

Dworkin parte da ideia de que ninguém sabe o que é melhor para si do que o próprio indivíduo e, assim sendo, a vontade da sociedade não pode se sobrepor à vontade e aos interesses do próprio indivíduo. Isso porque, ao permitir uma ampla interpretação dos efeitos de um comportamento, incidiria arbitrariedades por parte do Direito Penal, além de acarretar conflitos com o sistema de proteção de bens jurídicos.

Martinelli, 2015, p.130, sintetiza as ideias de Dworkin em relação ao aspecto antipaternalista, sustenta que o paternalismo jurídico consolidado nas normas penais tem de passar por um filtro que separe mecanismos arbitrários e exagerados de intervenção na liberdade individual.:

A limitação da liberdade deve ser a menor possível, apenas o suficiente para conservar a capacidade do sujeito de tomar decisões racionalmente. Recai sobre o Estado o ônus da prova dos efeitos lesivos exatos da conduta que se quer proibir ou ordenar e a real probabilidade dos mesmos acontecerem se não houver a medida paternalista. (...) Para Dworkin, a interferência da liberdade humana passa por um cálculo utilitarista. Calcula-se o saldo entre a intervenção na liberdade e o resultado que se pretende alcançar.

(MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo jurídico-penal: limites de intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso de normas penais / João Paulo Orsini Martinelli – São Paulo: LiberArs, 2015, p. 130-137)

Dworkin adota critérios utilitaristas, uma vez que preza pelo maior bem coletivo como real utilidade da norma. Assim, entende que a liberdade individual passa pelo cálculo utilitarista, no qual é calculado a extensão da intervenção na liberdade e o resultado que se pretende alcançar.

Desta forma, verifica-se que nos casos excepcionais em que o Estado está legitimado a interferir na liberdade individual com o fim de promover um bem ou mesmo evitar um prejuízo, dele se exige um comprometimento para que a interferência ocorra da maneira minimamente possível.

5 BEM JURÍDICO-PENAL, AUTONOMIA E PATERNALISMO

Inicialmente, é válido reiterar que o objetivo maior do Direito Penal em um Estado democrático e liberal de direitos é a garantia e preservação da autonomia individual pela em função da tutela dos bens jurídicos essenciais à dignidade humana na vida comum.

A teoria do bem jurídico teve origem na Alemanha e considera o bem jurídico como núcleo basilar do Direito Penal, haja vista que a criação de bens jurídicos e a tipificação de condutas de maneira indiscriminada aumentam a esfera do poder punitivo do Estado e a sua limitação decorre da aplicação dos princípios fundamentais.

O bem jurídico delimita o interesse que se quer resguardar e a maneira em que se dará referida proteção, dado que não são todos os interesses que podem ser considerados carecedores de tutela penal e nem todas as condutas contra esse bem são capazes de justificar a criminalização de um comportamento.

Nesse sentido, o bem jurídico pode ser conceituado como político-criminal, uma vez que sua função está diretamente relacionada à proteção do Direito Penal.

Sobre a função limitadora do bem jurídico, João Paulo Orsini Martinelli afirma:

A função limitadora do bem jurídico pode ser analisada tanto no plano legislativo (lei abstrata) quanto no plano judiciário (caso concreto). Cabe ao legislador verificar a necessidade de proteger penalmente determinado bem jurídico e, com a edição da lei, deve o juiz analisar se, no caso concreto, houve a lesão ou o perigo de lesão que a norma pretende coibir. (MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo jurídico-penal: limites de intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso de normas penais / João Paulo Orsini Martinelli – São Paulo: LiberArs, 2015, p. 21)

Destarte, a teoria do bem jurídico manifesta-se como instrumento limitador da criminalização de condutas contanto que sejam observados critérios que obstem a arbitrariedade estatal e o controle sobre a vida dos indivíduos, uma vez que a criminalização de uma conduta somente se justificará quando não houver outros mecanismos disponíveis com a mesma eficácia da norma penal para tutelar o bem que se pretende proteger.

O Estado democrático de direito funda-se na liberdade individual e na dignidade da pessoa humana pela não interferência nos comportamentos adotados pelo indivíduo com capacidade de discernimento. Desta forma, ao mesmo passo em que se verifica a necessidade de tutelar um bem, deve-se considerar a disponibilidade do referido bem em razão da liberdade individual.

Cumprido destacar que liberdade e autonomia não se confundem. Por liberdade tem-se um conceito mais amplo, haja vista que é objeto da natureza humana e não pode ser exercida plenamente num Estado democrático de direito, regido por leis escritas, que tem o escopo de garantir o bem comum.

Por outro lado, a autonomia pressupõe a consciência e a vontade. Ou seja, um indivíduo autônomo é aquele que age de acordo com seus próprios valores.

De acordo com João Paulo Orsini Martinelli:

A autonomia é a liberdade de uma pessoa decidir algo. A ideia de pessoa autônoma parece envolver mais que a capacidade geral de agir conforme desejos e escolhas particulares. Sugere, também, uma capacidade geral de se autodeterminar, de controlar a própria vida. Quem tem autonomia tem liberdade para decidir qual caminho seguir em sua conduta. (MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo jurídico-penal: limites de intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso de normas penais / João Paulo Orsini Martinelli – São Paulo: LiberArs, 2015, p. 143)

Deste modo, a conduta paternal do Estado de interferir na liberdade individual através do uso de normas penais apenas se justifica nas situações em que se verifica ausência de autonomia, quando a ação decorre da falta de vontade de agir de acordo com uma percepção ilusória da realidade em razão de alguma falha pessoal ou das condições em que a situação é avaliada.

6 CONCLUSÃO

Considerando que o Direito Penal é o instrumento mais repressivo de controle social formal do Estado, é possível concluir que a dignidade humana é o elemento basilar de toda a humanidade, que tem como ponto central a liberdade de escolha individual, portanto, é o único bem não perecível pela vontade de seu titular.

Desta forma, tem-se que a dignidade humana é também a base de criação de todos os princípios garantidores de direitos fundamentais e parâmetro de interpretação das normas. Além de que a liberdade, que também é uma garantia constitucional, bem como a autonomia, são considerados pilares de um sistema normativo, tendo em vista que, simultaneamente, limitam a atividade legislativa do Estado.

Conclui-se, então, que o comportamento paternalista do Estado visa a proteção ou garantia de um bem, ainda que sem o consentimento de seu titular, através da restrição da liberdade do sujeito. Entretanto, sua incidência não é válida para sujeitos dotados de capacidade de discernimento.

Isso porque, o Estado conta com outros mecanismos para resguardar a autonomia social e, ao mesmo tempo, alcançar o bem-estar social. Portanto, o Estado deve recorrer às normas penais para proteger apenas os bens jurídicos responsáveis pelo regular desenvolvimento da autonomia quando não houver outros meios disponíveis para tal finalidade.

Além do mais, infere-se que o paternalismo, na sua versão moderada e de bem-estar é justificável, desde que incida sobre aqueles que não contam com capacidade de discernimento. Além de que não há que se falar em paternalismo moral justificável, haja vista que nesta modalidade, a intervenção na liberdade se dá em razão da violação de preceitos morais.

Por fim, conclui-se que o desafio maior do Direito é resguardar a individualidade e a coletividade concomitantemente e, para esses casos, a intervenção Estatal através da norma penal é legítima, desde que não hajam outros meios com menor onerosidade ao indivíduo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 out. de 2018.

_____. Código Penal. In: *Vade Mecum Saraiva / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha*. - 23. ed. atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2017.

_____. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 23 set. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503.htm>. Acesso em: 6 out. de 2018.

_____. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 23 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm>. Acesso em: 6 out. de 2018.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal – parte geral 1** / Paulo César Busato. – 2ª. ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120) / Fernando Capez. 17. ed. São Paulo : Saraiva, 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral, volume I** / Rogério Greco. – 19. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

JUSBRASIL. **Supremo Tribunal Federal e a Descriminalização do Porte de Drogas para Consumo Pessoal: Breve análise do Recurso Extraordinário RE 635.659**. Disponível em <https://vanessaperpetuosilva.jusbrasil.com.br/artigos/535710246/supremo-tribunal-federal-e-a-descriminalizacao-do-porte-de-drogas-para-consumo-pessoal-breve-analise-do-recurso-extraordinario-re-635659?ref=topic_feed>. Acesso em: 10 nov. de 2018

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico – penal: limites de intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais** / João Paulo Orsini Martinelli. São Paulo: LiberArs, 2015. – (Coleção Diké XIII).

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Lições fundamentais de direito penal: parte geral** / João Paulo Orsini Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem. – 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado: parte geral – vol. 1** / Cleber Masson. – 11ª. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**, volume 1, parte geral: arts. 1º a 120 / Luiz Regis Prado. – 12. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

REALE, Miguel, 1910. **Lições preliminares de direito** / Miguel Reale. – 27. ed. – São Paulo: Saraiva, 2002.

REVISTA CEUMA PERSPECTIVAS. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito: a aplicação da Lei Penal a serviço da Democracia**. Disponível em <<https://www.ceuma.br/portalderevistas/index.php/RCCP/article/view/48>>. Acesso em: 10 nov. de 2018

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado** / Lenio Luiz Streck; José Luis Bolzan de Moraes. – 5. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

USP – UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. **Declaração de direitos do homem e do cidadão - 1789**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e->

[do-cidadao-1789.html](#)>. Acesso em: 10 nov. de 2018.

UFPR – UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. Acervo Digital. **Fundamentos teóricos do Paternalismo Jurídico e da liberdade individual para a autolesão e heterolesão consentida**. Disponível em <<https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/55509/GIOVANNI%20VIDAL%20G UARAGNI.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 10 nov. de 2018

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado – vol. 1**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.