

Faculdade de Direito da Universidade do Porto



**Paternalismo Jurídico: da proteção à intromissão
(conceito, legitimidade e limite das medidas paternalistas)**

Por Ana Ferraz Caldas

Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Filosóficas

Orientada pelo Professor Doutor Paulo Jorge Fonseca Ferreira da Cunha

Porto, julho de 2012

Agradecimentos

Urge, nas primeiras páginas do presente ensaio, agradecer o contributo de tantos que o tornaram no que aqui se afigura.

Um agradecimento que aqui não cabe ao Professor Doutor Paulo Ferreira da Cunha, pela inspiração, pela poesia, pelo desafio constante, pela inesgotável preocupação, pela orientação incondicional. Em particular, pelo olhar cultural e multidisciplinar sobre o Direito e por ter cunhado em mim o espírito pensante e crítico que a Filosofia constitui. Foi ao colocar-me para lá da zona de conforto, como o Mestre me ensinou volvidos seis anos, que encontrei o genuíno apreço e sentido pelo e do Direito. Obrigada.

Às diversas gerações de Professores desta Casa, pela formação irrepreensível e pelos conselhos que fui colhendo, ao longo do percurso académico de Licenciatura e Mestrado.

Em especial, à Mestre Sandra Martins Pinto pelo inesgotável interesse e disponibilidade plasmados em inúmeras (e prazerosas) conversas, trocas de ideias e sugestões e desabafos.

Ao Professor Doutor Fernando Menezes de Almeida, que muito gentilmente acompanhou a dissertação, do outro lado do Atlântico, com louvável tolerância, compreensão e espírito de ajuda.

Aos colegas de Licenciatura e Mestrado, pela pronta palavra de motivação e pela prova de que o espírito universitário está de boa saúde (e recomenda-se).

Ao Instituto Jurídico Interdisciplinar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, que me acolheu no primeiro ano de Licenciatura, quando não tinha para ofertar mais do que vontade de aprender e que tem acompanhado o meu crescimento pessoal e profissional, muito devido ao trabalho desenvolvido no seu seio.

Ao Ivo Pereira, Carla Costa, Inês Vaz, Beatriz Pacheco, Filipa Mier e Ary Ferreira da Cunha, por neles ter encontrado a inspiração que tantas vezes escasseia.

À Família, aos Amigos e ao Ballet, pelas pausas essenciais para o fôlego da presente tese.

Ao Martim Portal, por existir.

Dedico o trabalho inerente a esta Tese à minha Mãe, Pai e Irmã, ponto de equilíbrio de onde tudo parte e destino onde sempre me encontro...

Resumo

No seio de um Estado Social de Direito, a liberdade surge como valor de topo, no cruzamento entre o Direito e a Política.

Deste modo, qualquer legislador democrático enfrenta o desafio de saber em que condições e baseado em que motivos se poderá ilidir a presunção existente em favor da liberdade (negativa) individual, ou seja, os limites para além dos quais a lei restritiva se torna moralmente ilegítima.

Não pode negligenciar-se, no entanto, a vertente Social do Estado, traduzida no conceito de liberdade positiva, que garante aos indivíduos a possibilidade de controlo da própria vida.

Jonh Stuart Mill simboliza a resposta liberal clássica de que tal intervenção terá que circunscrever-se ao princípio do dano (aos outros).

Este autor rejeita em geral o paternalismo, aceitando, porém, um paternalismo restrito a casos especiais, nos quais não se verifique uma maturidade intelectual suficiente ou a aptidão por um desenvolvimento da autonomia.

Gerald Dworkin, por sua vez, considera que o paternalismo, enquanto interferência na liberdade do indivíduo justificada por razões de bem-estar, bem, felicidade, necessidades, interesses ou valores da pessoa coagida, tem no consentimento hipotético racional o seu principal critério de justificação.

Para Joel Feinberg, a intervenção paternalista justifica-se unicamente relativamente a decisões e ações insuficientemente voluntárias dos indivíduos ou quando é necessário estabelecer se uma decisão é ou não suficientemente voluntária, para prevenir danos de tipo físico, psíquico ou económico.

No contexto de um Estado Social de Direito, parece que as intervenções paternalistas se deverão legitimar no conceito de incompetência, para permitir o exercício da liberdade positiva, sem ferir absolutamente a autonomia inerente ao conceito de liberdade negativa, devendo, para tal, respeitar as condições de serem medidas idóneas e necessárias e poder presumir-se racionalmente que o indivíduo prestaria o seu consentimento, tanto à possibilidade geral de ser tratado paternalisticamente, como ao conteúdo concreto da medida em questão, se não estivesse numa situação de incompetência.

Abstract

Within a Social State of Law, the freedom appears as the major value between Law and Politics.

Thus, any democratic legislator faces the challenge of knowing in which conditions and purposes will be possible to rebut the existing presumption in favor of the individual freedom (negative), in other words, the limits where restrictive law becomes morally illegitimate.

It can't be disregarded, however, the slope of the Social State, translated in the concept of positive liberty, which guarantees to the individuals the opportunity to control their own lives.

John Stuart Mill symbolizes the classic liberal response that such intervention will have to confine itself to the principle of harm (to others).

This author rejects paternalism in general, accepting, however, paternalism restricted in special cases, in which there isn't a sufficient intellectual maturity or fitness for development of autonomy.

Gerald Dworkin, in turn, considers that paternalism, as interference in the freedom of the individual justified for reasons of welfare, good, happiness, needs, interests or values of the person coerced, has in hypothetical rational consent his main criterion of justification.

To Joel Feinberg, paternalistic intervention is justified solely on decisions and insufficiently voluntary actions of individuals or when it is necessary to establish whether a decision is, or not, sufficiently voluntary to prevent physical, psychological or economical damages.

In the context of a Social State of Law, it seems that paternalistic interventions should legitimize in the concept of incompetence, to allow the exercise of positive freedom, without absolutely hurting the autonomy inherent to the concept of negative freedom, and to do this, they have to respect the conditions of being suitable and necessary measures, and may be assumed rationally that the individual would provide his consent, both to the general possibility of being treated paternalistically, as to the actual content of the particular measure, if a situation of incompetence wasn't present.

Índice

Agradecimentos	1
Resumo	2
Abstract	3
Introdução	6
I - John Stuart Mill	9
1 - Do princípio do dano	10
1.1- <i>Da enunciação do princípio</i>	10
1.2- <i>Exceções e precisões ao princípio</i>	11
1.3 - <i>Do paradoxo com a visão utilitarista</i>	15
II - Gerald Dworkin	16
2 - Do consentimento hipotético racional	17
2.1- <i>Da definição à exemplificação</i>	17
2.2- <i>Da distinção entre paternalismo puro e impuro</i>	19
2.3- <i>Da justificação das intervenções paternalistas</i>	20
2.4- <i>“Paternalism: Some Second Thoughts”</i> : <i>revisitar o paternalismo</i>	27
2.4.1- <i>O paternalismo forte</i>	27
2.4.2- <i>A autonomia</i>	29
III - Joel Feinberg	32
3 - Da voluntariedade enquanto exclusão do paternalismo	33
3.1- <i>O princípio paternalista</i>	33
3.2- <i>Dos tipos de paternalismo</i>	34
3.3- <i>Das características da intervenção paternalista</i>	36
3.4- <i>Do paternalismo versus moralismo e perfeccionismo</i>	41
3.5- <i>Do conceito de paternalismo</i>	43
3.6- <i>Da justificação do paternalismo: a estratégia do paternalismo débil</i>	43
3.6.1- <i>Da voluntariedade</i>	48
3.6.2- <i>Do paternalismo e da exploração não coativa</i>	51
3.7- <i>Da aplicação do paternalismo débil a casos concretos</i>	53
3.7.1- <i>Do caso das drogas prejudiciais</i>	53
3.7.2- <i>Do caso dos capacetes de segurança</i>	54
3.7.3- <i>Do caso da escravatura voluntária</i>	55

3.7.4- <i>Do caso da eleição da própria morte</i>	56
IV “Teoria Geral” (esboçada) sobre o paternalismo jurídico estatal	59
4 - Do “esboço” de uma teoria geral paternalista	59
4.1- <i>Paternalismo no contexto de um Estado Social de Direito</i>	59
4.2- <i>Do conceito de paternalismo</i>	60
4.3- <i>Legitimidade da intervenção paternalista</i>	63
4.4- <i>Da incompetência</i>	69
4.5- <i>Do perfeccionismo e sua distinção do paternalismo</i>	71
Conclusão	74
Bibliografia	75

Introdução

Numa sintética exposição histórica¹, o termo “paternalismo” surge, como vocábulo de uso comum, no século XIX, no contexto das relações entre patrão e empregado e, como conceito da filosofia e historiografia social, o seu uso generaliza-se no último terço do século XX.

O conceito de paternalismo de que aqui se irá tratar remete para uma extrapolação da relação paterno-filial a outro tipo de relações sociais, no caso, e subscrevendo-se o nosso objeto de estudo ao paternalismo exercido pelo Estado por meios jurídicos (paternalismo jurídico estatal),² à relação entre o Estado e os seus cidadãos.

O que se questiona essencialmente é não tanto a analogia com o aspeto de cuidado, mas antes o aspeto de controlo, na medida em que há um risco, correntemente referido pelos críticos do paternalismo, de que uma vez permitido ao Estado intervir no domínio da vida privada dos cidadãos por motivos paternalistas, tal poderá desembocar numa restrição desmedida da respetiva liberdade, redundando na imposição de padrões sociais uniformes e práticas perfeccionistas baseadas nos planos que o Estado pretende ver vivenciados pelo indivíduo, aniquilando assim os próprios projetos de vida que cada cidadão para si delineou e a esfera de liberdade para prosseguir-lo.

Por outro lado, a intervenção paternalista comporta a dificuldade prática e social de pressupor que o próprio indivíduo coloca em perigo as respetivas necessidades, o que dificulta e cria resistência a estas políticas.

A ideologia dominante nos países industrializados é claramente anti-paternalista, pois o valor inerente à autonomia individual, à democracia e ao próprio sistema de livre mercado, parecem descartar a possibilidade de exercer paternalismo de uma forma justificada.

¹ A parte histórica da temática em causa não será alvo do presente estudo, não por menosprezar a identidade e evolução histórica do conceito, mas porque a dimensão deste trabalho assim o impõe.

² O objeto do presente ensaio restringe-se ao paternalismo jurídico estatal, sem prejuízo de eventuais alusões a outros tipos de paternalismo, para explicação do conceito. Assim, sempre que se recorre, no decorrer da presente dissertação, ao termo “paternalismo”, é para esta tipologia que pretendemos remeter.

Paradoxalmente, e mesmo os mais reticentes em relação às práticas paternalistas o admitirão, é inegável a existência de intervenções concretas que se apresentam como plausivelmente justificadas e que são, efetivamente, paternalistas³.

Ora, perante a inegável existência das referidas regulações paternalistas, há que averiguar a questão do conceito, legitimidade e limites inerentes a estas medidas.

Acresce ainda que o facto deste estudo ser efetuado no âmbito de um Estado Social de Direito que, portanto, protege a liberdade individual dos cidadãos mas, simultaneamente, se obriga a assegurar e intervir em certas vertentes sociais⁴, agudiza ainda mais a questão.

Pelos motivos explanados acima, a questão é complexa e exige um cuidadoso estudo.

O pretexto para a abordagem do tema encontrou-se na constatação do atual paradoxo de um Estado (quase?) neo-liberal, que simultaneamente (e paradoxalmente) alarga a ação paternalista em distintos domínios.

A preocupação com uma “teoria geral do paternalismo”, se assim pode apelidar-se, não caracteriza os ensaios portugueses nesta matéria. Efetivamente, a propósito de algumas medidas, a questão é discutida de uma forma isolada e concreta. Assim, justifica-se o recurso a bibliografia estrangeira neste ensaio, por ser esta a que mais relevo dá à temática que nos propomos tratar⁵. Não foram negligenciadas as diferenças entre as ordens jurídicas e contextos sociais destes autores e a portuguesa. Tal foi tido em conta e far-se-ão as devidas notas e adaptações, quando assim se julga necessário. Uma palavra ainda para o esforço de tradução e de utilização das expressões originárias, quando tal se afigure necessário para evitar uma traição às mesmas e assim manter, fielmente, a sua essência.

A reflexão que aqui se apresenta é assumidamente teórica, pois pretende construir-se uma “teoria geral” (em verdade, um esboço dela) em matéria de paternalismo, na qual se analisem os traços essenciais inerentes ao conceito.

³ Como veremos, outra justificação pode ser dada para fundamentar estas intervenções mas tratar-se-ão sempre de intervenções paternalistas, ainda que tendo outras motivações por detrás, se a razão predominante para tal intervenção for de cariz paternalista.

⁴ Para Alemany García, inclusivamente, “ As implicações da justificação do paternalismo constituem, junto com uma consideração profunda do alcance do princípio do dano a terceiros, uma poderosa ferramenta contra as diferentes teorias do Estado mínimo que emanam dessa fonte de muitos canos em que se converteu o liberalismo político”.

⁵ Sem prejuízo da consulta paralela de bibliografia nacional, em alguns aspetos mais específicos, mormente para explanação de alguns conceitos essenciais para a compreensão da noção de paternalismo.

Para tal, a estratégia utilizada foi a de estudar o pensamento de três autores (do clássico John Stuart Mill, ao contributo de referência de Gerald Dworkin, passando ainda pelo influente Joel Feinberg⁶, pelo impacto e relevância que assumiram na doutrina e jurisprudência estrangeiras e pelo detalhe com que ingressam nas problemáticas fundamentais do tema) tentando, a final, construir, com o respetivo contributo anexado ao de outros nomes de importância nesta matéria e à própria visão da autora da tese, um esboço de ensaio geral sobre o paternalismo jurídico estatal.

A reflexão teórica repousa, assim, sobre uma lógica de construção baseada em capítulos referentes a cada autor (a abrir cada capítulo, a frase que plasma mais intensamente o respetivo pensamento), que se focam em determinadas premissas, cuja colheita conduzirá ao esqueleto da conclusão final do estudo (que acresce ou modifica a tais premissas algumas ideias que se consideram essenciais).

Uma ressalva apenas para a dificuldade de realização do estudo, muito devido à dificuldade de separação entre aspetos descritivos e valorativos, distinção em que se insiste na parte final do trabalho, num exercício tão desafiante quanto árduo.

O espírito de síntese que se tornou imperativo neste relatório obriga a que não se desenvolvam algumas questões interessantes e de importância elevada relacionadas com o paternalismo, a saber, a sua relação com os direitos fundamentais e com áreas do Direito como o Direito do Consumo ou o Direito Médico.

Não obstante, tal aliciante desafio poderá ser encarado em tese de Doutoramento, num esforço necessariamente mais maduro e alongado que principia nesta tese...

O estudo que ora se apresenta revestiu fulcral e absoluta relevância para o amadurecimento intelectual e académico da autora, bem como para o respetivo espírito crítico e de análise jurídica e compreensão de conceitos e figuras essenciais que entrecruzam o Direito, a Moralidade e a Filosofia do, com e por entre o Direito.

⁶ A ordem pela qual estes autores são abordados é lógica - sobrepõem-se as críticas e contributos - e algumas vezes cronológica.

I - John Stuart Mill

A única parte da conduta de cada um pela qual ele é responsável perante a sociedade é a que se refere aos demais. Na parte que se lhe concerne meramente, a sua independência é, por direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre o seu próprio corpo e espírito, o indivíduo é soberano.

1 - Do princípio do dano

1.1- Da enunciação do princípio

A incursão pela obra *On Liberty*, de John Stuart Mill justifica-se, desde logo, pelo facto de tal escrito permanecer, na atualidade, como ponto de partida de diversos dos estudos relativos ao tema do paternalismo.

Numa reflexão motivada pela necessidade de, no contexto de uma república democrática, continuar a pensar o problema atinente aos limites do poder, e visando prevenir a designada “tirania da maioria”, o autor de cunho individualista considera fulcral fixar os limites à interferência com a liberdade individual.

Para tal, ergue um princípio crucial, o **princípio do dano**, que concebe como única fundamentação para que um indivíduo ou a coletividade se imiscuem na esfera de liberdade de alguém, contra a sua vontade:

O objeto deste ensaio é afirmar um simples princípio destinado a reger absolutamente as relações da sociedade com o indivíduo no que tenham de coação ou controlo, quer os meios utilizados sejam a força física sob a forma de penalidades legais ou a coação moral da opinião pública. Este princípio consiste em afirmar que o único fim pelo qual é justificável que a humanidade, individual ou coletivamente, se imiscua na liberdade de ação de um qualquer dos seus membros, é a própria proteção. Que a única finalidade pela qual o poder pode, com pleno direito, ser exercido sobre um membro de uma comunidade civilizada contra a sua vontade, é evitar que prejudique os demais. O seu próprio bem, físico ou moral, não é justificação suficiente. Ninguém pode ser obrigado justificadamente a realizar ou não realizar determinados atos, porque isso seria melhor para ele, porque o faria feliz, porque, na opinião dos demais, fazê-lo seria mais acertado ou mais justo. Estas são boas razões para discutir, chamá-lo à razão e persuadi-lo, mas não para obrigá-lo ou causar-lhe algum prejuízo se age de maneira diferente. Para justificar isto seria preciso pensar que a conduta que se trata de dissuadir produziria um prejuízo a outro. A única parte da conduta de cada um pela qual ele é responsável perante a sociedade é a que se refere aos demais. Na parte que se lhe concerne meramente, a sua

independência é, por direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre o seu próprio corpo e espírito, o indivíduo é soberano⁷.

Portanto, para o autor, à parte das situações que possam provocar dano a outrem, deve haver para o indivíduo total liberdade, legal e social, para agir e, conseqüentemente, suportar as respetivas conseqüências da sua conduta. Tal não significa que Stuart Mill pretenda promover a indiferença egoísta, advogando que os seres humanos nada tenham que ver com as condutas vivenciais dos seus semelhantes, a não ser que o seu próprio interesse esteja envolvido. Na ótica do autor, a benevolência desinteressada encontra diferentes meios de intervenção, que não as punições.

1.2- Exceções e precisões ao princípio

Para esclarecer o princípio do dano, é impositivo referir três considerações adicionais que o autor de *On Liberty* tece e que constituem esquemas essenciais na compreensão do seu pensamento global.

Por um lado, a advertência para o facto de o princípio descrito excluir do seu âmbito de aplicação os menores, os indivíduos que estejam numa situação que exija cuidado por outros e as sociedades que podem considerar-se num estado diminuído, tendo aplicação apenas no domínio de conduta dos seres humanos considerados na maturidade das respetivas faculdades.

Por outro lado, o esclarecimento de que pode obrigar-se os indivíduos a realizar determinados atos benéficos, relacionados com bens individuais⁸ ou coletivos⁹, pelo que o dano que alguém possa causar a outrem pode consubstanciar uma omissão, ainda que este caso exija acrescida prudência, pois tal situação afigura-se exceção, face à regra geral de responsabilização pelo mal causado pela ação.

De referir ainda que a aplicação do princípio pode não ser pertinente em casos em que apesar de um indivíduo ter prejudicado os interesses de outro, existam boas razões para não ser responsabilizado, designadamente, maior probabilidade de que o indivíduo, em certos casos,

⁷ Mill, John S: *On Liberty, cit.*, p.68.

⁸ Refiram-se os exemplos de salvar a vida de um semelhante ou proteger um indefeso de maus tratos.

⁹ São exemplos a participação na defesa comum, na administração de justiça ou em obras de interesse público.

proceda melhor se o faz sem estar submetido a controlo ou porque a imposição desse controlo comporta maiores males do que os que se pretendem prevenir.

O autor admite ainda a possibilidade de uma pessoa, por via do dano infligido a si própria, afetar negativamente os interesses de outros. Não obstante, tal possibilidade só se verificará quando exista uma obrigação precisa e determinada face a outro¹⁰ ou perante o público em geral¹¹. Na verdade, John Stuart Mill não considera que exista uma área de conduta humana que não produza absolutamente nenhum efeito sobre os demais. Na esteira da interpretação que C.L. Ten¹² faz do seu pensamento, o autor considera que toda a conduta pode ter efeitos nos demais, sendo que é possível distinguir entre efeitos diretos e indiretos. Stuart Mill baseia a sua teoria na existência de uma esfera na qual a sociedade não tem mais que um interesse meramente indireto, manifesto no facto de uma conduta ser considerada desagradável, repugnante ou imoral, integrando esta a parte da vida do indivíduo que não afeta a ninguém mais do que a ele mesmo ou que, afetando os demais, o faz por via de uma participação livre, voluntária e racionalmente consentida por estes, incluindo-se nesta esfera as liberdades de consciência, de expressão, de gostos e determinação de fins e de associação.

Considera, portanto, o autor, que é ilegítima a pretensão paternalista de intromissão na esfera privada do indivíduo, no sentido de evitar ao mesmo danos autoinfligidos, assegurar-lhe um certo grau de bem-estar ou procura da felicidade^{13,14}.

Tal atitude paternalista é rejeitada pelo facto de, na ótica de cálculo utilitarista de John Stuart Mill, a humanidade sair a ganhar, maximizando a felicidade geral, se permitir que cada indivíduo viva de acordo com o modo por si próprio definido e não compelido por outros a seguir diretrizes do que é bom para si que não são por si estabelecidas, em situações em que a conduta não viole um dever público nem o domínio de qualquer outro indivíduo para além de si próprio.

¹⁰ O exemplo do pai que não apoia financeiramente os seus filhos porque gasta os respetivos rendimentos no jogo.

¹¹ O polícia ou o bombeiro que se encontra embriagado durante o horário de serviço, por exemplo.

¹² C.L.: “Mill on Self-Regarding Actions”, in Spitz, David (ed.): Mill, John S.: *On Liberty (A Norton Critical Edition)*, ed. Norton & Company, NY, 1975.

¹³ De resto, tal pretensão é também criticada por Wilhelm von Humboldt, que se insurge contra a inclusão da felicidade individual entre os fins estatais, por Immanuel Kant que condena o *imperium paternale* e por Alexis Tocqueville, que denuncia o despotismo benevolente das sociedades democráticas.

¹⁴ Esclareça-se, porém, que o autor se mostra menos contrário a este género de intervenções que têm em conta os interesses do próprio indivíduo do que às que o colocam ao serviço da sociedade e seus fins.

Desta maneira se garantiria a liberdade, a única, segundo o autor, que pode legitimamente assim apelidar-se, por permitir perseguir o próprio bem de acordo com o própria concepção de bem e caminho delineado, desde que não se prive ou dificulte os outros de similar.

O autor considera que a coação não constitui meio idóneo de imposição de cuidado sobre si próprias a pessoas adultas, num duplo sentido, a saber: o da existência de outros meios menos gravosos disponíveis para tal, como sejam a educação, o exemplo e a própria experiência do indivíduo, e a ineficácia do meio coativo, pelo menos relativamente aos indivíduos de personalidade vigorosa e independente, podendo inclusive surtir um efeito de revolta contra o poder, plasmado na adoção da atitude oposta à que se pretende inculcar.

Além do acima descrito, Stuart Mill refere na sua obra um argumento mais forte de oposição ao paternalismo:

Mas o argumento mais forte contra a intervenção pública na conduta meramente pessoal é que quando intervém fá-lo de forma distorcida e fora do lugar (...) a opinião de uma tal maioria imposta como lei sobre a minoria, em questões de conduta pessoal, tem absolutamente as mesmas probabilidades de ser acertada como equivocada, já que em tais casos a opinião pública significa, no máximo, a opinião de uns quantos a respeito do que é bom ou mau para outros; e com frequência, nem sequer isto representa, porque a intervenção pública passa, com a mais perfeita indiferença, sobre o prazer e a conveniência daqueles cuja conduta censura, e não considera se não a sua própria preferência¹⁵.

Em *On Liberty*, o autor alerta para o facto de que, inevitavelmente, estas práticas paternalistas injustificadas cedem lugar a movimentos perfeccionistas. Exemplifica com os casos da imposição de não comer porco entre os maometanos, a incompatibilidade que os católicos quiseram impor entre o sacerdócio cristão e o matrimónio, a condenação dos puritanos das diversões públicas e da maioria das privadas, o nivelamento radical do proletariado ou de certa baixa burguesia ao impor limitações ao lucro que os indivíduos podem legitimamente obter, a luta contra a intemperança, proibindo a venda de bebidas alcoólicas, a imposição dos domingos como dia de ausência de trabalho e a perseguição dos mórmons. Todos estes casos, com exceção da proibição do consumo de álcool, constituiriam intervenções distorcidas porque, em rigor, não seriam paternalistas, considerando Stuart Mill ingénuo pensar que, uma

¹⁵ Mill, John S.: *On Liberty, cit.*, p.164.

vez aceite a possibilidade de intervenção na esfera privada dos cidadãos para o seu próprio bem, a maioria (ou o Estado) não aproveitaria para fazer findar qualquer diversidade e instituir um único modelo de conduta e plano vivencial. Na verdade, não haveria paridade possível entre os sentimentos de uma pessoa pela sua própria opinião e os de outra que se encontra ofendida perante tal. Daí que, efetivamente, se constata nestes casos intervenções verdadeiramente perfeccionistas, impondo-se uma certa concepção dominante da moral social. No caso da proibição de consumo de álcool, o autor ignora a abordagem da questão sob o prisma do conhecimento universal dos efeitos prejudiciais do seu consumo e insiste em colocar a tônica no facto de tal proibição manifestar o reconhecimento a todos os homens de um determinado interesse na perfeição moral, intelectual e física de cada um, a qual será definida por cada requerente segundo o seu próprio critério.

Mais, Stuart Mill considera que a autonomia, entendida enquanto soberania individual, e o bem individual sempre se correspondem, sendo os indivíduos sempre os melhores juizes dos respetivos interesses. Nenhuma pessoa ou número de pessoas poderia, garantidamente, indicar a um ser humano na maturidade das suas faculdades o que pode fazer na sua própria vida para seu próprio benefício, apesar da escolha deste. É que o indivíduo seria o mais interessado no seu próprio bem-estar.

Além de que a interferência social sempre se basearia em presunções gerais, com elevadas probabilidades de serem erróneas e, mesmo que acertadas, poderiam ser mal aplicadas aos casos individuais, por pessoas não familiarizadas com as circunstâncias concretas do caso.

Obviamente que considerações de ajuda e exortações poderiam ser exercidas, mas o juízo final sempre seria o do próprio indivíduo. Os erros que o indivíduo possa cometer em oposição a tais conselhos seriam superados pelo mal que constituiria permitir que outros lhe impusessem um juízo de bem-estar que não o seu. Tais erros seriam, pois, consequência natural da sua ação, e não infligidos como punição.

O autor em análise considera que quando se verifica a existência de um risco de dano definitivo ou de um definitivo dano em si mesmo¹⁶, quer a um outro indivíduo quer ao público, o caso é subtraído do domínio da liberdade para o âmbito da moralidade do Direito¹⁷.

¹⁶ Stuart Mill considera que a punição tem que aguardar que o indivíduo atue de forma irracional, pois a sociedade teria tido absoluto poder no decorrer da respetiva infância e menoridade para tentar que o indivíduo fosse capaz de uma conduta racional na sua vida.

1.3 - Do paradoxo com a visão utilitarista

A propósito da posição acima explanada, muitos críticos apontam a Stuart Mill a incoerência entre o utilitarismo defendido pelo autor e a sua posição nesta matéria.

C.L.Ten assinala a este propósito que John Stuart Mill não concebe o bem individual em termos de prazer ou dor (tal como faz Bentham), mas antes baseando-se no conceito de autorrealização. Stuart Mill acompanha, a este propósito, Wilhelm von Humboldt, considerando que o fim do Homem, prescrito pelos imutáveis ditames da razão, é o desenvolvimento mais elevado e harmonioso das suas faculdades, num conjunto completo e consistente.

A propósito, então, como contrapor os conceitos de autodeterminação e individualidade?

Tomemos como referência o caso paradigmático da escravatura, no qual Stuart Mill vislumbra uma exceção à regra geral que enuncia:

Esta regra geral, contudo, tem nas leis, provavelmente de todos os países, algumas exceções. Não só não se obriga ao cumprimento de compromissos que violam os direitos de terceiros, mas, às vezes, considera-se razão suficiente para liberar uma pessoa do cumprimento de um compromisso, a de que este seja prejudicial para ela mesma. Neste, como na maior parte dos países civilizados, o compromisso pelo qual uma pessoa se vendera, ou consentira em ser vendido, como escravo, seria nulo e sem valor: nem a lei nem a opinião pública o imporiam¹⁸. Vendendo-se como escravo abdica da sua liberdade: abandona todo o uso futuro da mesma para depois deste único ato. Destrói, por conseguinte, no seu próprio caso, a razão que justifica que se lhe permita dispor de si mesmo. Deixa de ser livre: e, em diante, a sua posição é tal que não admite em seu favor a presunção de que permanece voluntariamente nela. O princípio de liberdade não pode exigir que uma pessoa seja livre de não ser livre¹⁹.

¹⁷ O exemplo a que o autor recorre é esclarecedor: ninguém poderá ser punido simplesmente por se encontrar embriagado, mas um militar ou um polícia devem ser punidos se se encontrarem embriagados em serviço.

¹⁸ Mill, John S.: *On Liberty, cit.*, pp. 189 e 190.

¹⁹ Mill, John S.: *On Liberty, cit.*, p.190.

II - Gerald Dworkin

Sugiro que dado que todos somos conscientes das nossas propensões irracionais (...) é racional e prudente que estabeleçamos “políticas de seguro social”. Podemos discutir a favor e contra as medidas paternalistas propostas em termos do que indivíduos completamente racionais aceitariam como formas de proteção. Dado que o acordo inicial não é sobre medidas específicas, estamos a lidar com uma espécie de “cheques em branco” e, em consequência, os limites têm que ser cuidadosamente definidos. O que busco são certas condições que tornem plausível supor que pessoas racionais poderiam acordar limitar a sua liberdade, mesmo quando os interesses de outras pessoas não sejam afetados.

2 - Do consentimento hipotético racional

2.1- Da definição à exemplificação

Gerald Dworkin exerceu uma acentuada influência no âmbito da filosofia jurídica, política e moral relativa ao paternalismo, com o seu artigo “Paternalism”, dado que muitos autores recorrem às ideias do mesmo para construir teorias nesta matéria.

O autor inicia com a constatação de que muitas regulações jurídicas existentes nos atuais sistemas jurídicos têm aparentemente um fundamento paternalista e são aceites como razoáveis e justificadas.

Deste modo, o autor desafia a tradição de pensamento anti-paternalista pela demonstração de uma atitude favorável à aceitação de casos de paternalismo jurídico justificado.

Partindo do princípio do dano tal como formulado por John Stuart Mill²⁰, o autor entende por paternalismo:

Grosseiramente, a interferência na liberdade de ação de uma pessoa, justificada por razões que se referem exclusivamente ao bem-estar, ao bem, à felicidade, às necessidades, aos interesses ou aos valores da pessoa coagida²¹.

Ainda que reconheça a dificuldade de agrupar um conjunto de exemplos “puros” de interferências paternalistas, pois quase qualquer disposição legislativa pode ser justificada por diferentes motivos, o autor propõe, neste âmbito, as seguintes disposições normativas:

- Exigência aos motociclistas da utilização de capacete, enquanto conduzem os veículos.
- Proibição às pessoas de se banharem numa praia pública, quando os socorristas não se encontram de guarda.
- Penalização do suicídio.
- Disposições que ilegalizam o trabalho de mulheres e crianças, no contexto de certos tipos de empregos.
- Regulamentação de certas formas de conduta sexual.²²

²⁰ Dworkin considera que o princípio do dano comporta duas dimensões: uma de autoproteção ou de evitar danos aos outros como às vezes uma razão suficiente para a coação e a de que o bem dos próprios indivíduos nunca é razão suficiente para o exercício da coação, quer pela sociedade como um todo, quer pelos seus membros. É a validade desta última dimensão que o autor pretende analisar, enquanto interferências paternalistas com a liberdade de uma pessoa.

²¹ Dworkin, Gerald: “Paternalism”, in Sartorius, Rolf *Paternalism, cit.*, p.20.

- Disposições que regulam o uso de certas drogas que podem ter consequências danosas para o utilizador, mas que não conduzem a uma conduta antissocial.

- Exigência de uma licença para o exercício de certas profissões, prevendo penas de multa ou prisão para os que as exercerem sem tal.

- Obrigação das pessoas reservarem uma quota dos seus rendimentos para obter uma pensão de reforma (segurança social).

- Proibições de diversas formas de jogos de azar²³.

- Disposições que regulam as taxas máximas de juros para empréstimos.

- Proibição dos duelos²⁴.

Junto a estes exemplos, para os quais estão previstas sanções civis ou penais, existem interferências com a liberdade que dificultam ou impossibilitam às pessoas levar a cabo os seus planos, fazendo-o por motivos paternalistas:

- Disposições reguladoras dos tipos de contratos que podem ser considerados válidos pelos Tribunais²⁵.

- Não permissão do recurso à assumpção do risco como defesa, numa ação baseada na violação de um estatuto de segurança.

- Disposições que não permitem utilizar como meio de defesa, frente às acusações de agressão ou assassinato, o consentimento da vítima.

- Exigência aos membros de certas seitas religiosas de receber transfusões de sangue obrigatórias²⁶.

- Processos civis de internamento quando estão especificamente justificados pela prevenção de dano a si mesmas das pessoas internadas²⁷.

A par dos exemplos acima, poderiam anexar-se algumas disposições que ainda não teriam sido impostas, como banir a venda de cigarros ou a não permissão ao motorista de processar por danos, mesmo quando causados pelos outros, se não usava cinto de segurança no momento do acidente, como modo de tornar o uso do cinto obrigatório, para além da sua mera instalação.

²² Por exemplo, a prática da homossexualidade entre adultos que o consentem e em privado.

²³ Com frequência tal proibição é justificada recorrendo ao facto de que, provavelmente, os indivíduos com menos recursos económicos desperdiçam mais o seu dinheiro nestas atividades do que as pessoas com mais recursos para fazê-lo.

²⁴ Todos os exemplos retirados de Dworkin, Gerald: "Paternalism", in Sartorius, Rolf: *Paternalism, cit.*, p.20.

²⁵ O exemplo a que o autor recorre é o de Stuart Mill, relativo ao contrato de servidão involuntária perpétua.

²⁶ Tal é possível porque não se permite ao paciente o recurso a ações processuais por agressão e lesão.

²⁷ Todos de Dworkin, Gerald: "Paternalism", in Sartorius, Rolf: *Paternalism, cit.*, p.21.

O autor exclui dos casos que vimos referindo as situações que, apesar de baseadas em motivos paternalistas, não implicam restrição da liberdade, a saber, exemplos como o da atribuição de subsídios em espécie e portanto não em dinheiro, para evitar que os beneficiários gastem o dinheiro em coisas de que realmente não necessitam ou a não inclusão de uma provisão dedutível de \$ 1,000 num seguro de proteção básica automóvel, porque as pessoas que o iriam eleger seriam as que poderiam menos pagá-lo. Também as leis que tratam de evitar a publicidade enganosa e a legislação pura em matérias relativas aos alimentos e às drogas não devem, a juízo do autor, ser consideradas paternalistas, porque se trata de prover, se bem que pelo uso da coação, a informação que se presume que todo o cidadão racional está interessado em ter para tomar decisões corretas e, em consequência, não haverá interferência com a liberdade dos consumidores, a não ser que atinjamos um ponto além do bom senso, em que consideremos que, a título de exemplo, a liberdade de um indivíduo de pedir um empréstimo sem saber a verdadeira taxa de juro é diminuída. É certo que por vezes haverá um impulso de ir além do mero fornecimento de informações e, nestes casos, teríamos verdadeiras leis corretamente apelidadas de paternalistas²⁸.

2.2- Da distinção entre paternalismo puro e impuro

No âmbito do paternalismo, Gerald Dworkin constata que nem sempre a classe de pessoas cuja liberdade é restringida é coincidente com o grupo de pessoas cuja proteção está em causa, fundando a distinção entre paternalismo puro e impuro.

No paternalismo puro, a classe de pessoas cuja liberdade é restringida é idêntica à classe de pessoas cuja proteção se pretende promover com tais restrições. São exemplos, fazer do suicídio um delito, exigir aos passageiros dos automóveis o uso do cinto de segurança, exigir a um testemunha de Jeová receber uma transfusão de sangue.

Tratando de proteger uma classe de pessoas, sendo que o único meio para fazê-lo supõe restringir a liberdade de outras pessoas junto com aqueles que são beneficiários, falamos de paternalismo impuro. Exemplifique-se com a proibição da venda de cigarros para proteger a saúde dos fumadores.

²⁸ Por exemplo, quando leis contra o interesse usurário são estabelecidas, impedindo os que podem querer contratar empréstimos em altas taxas de fazê-lo.

Por vezes as situações são abarcadas por ambas as classes de paternalismo, como no caso de proibirmos a manufatura e venda de cigarros, se quem se dedica a tal é simultaneamente fumador.

O autor explica que, embora os casos de paternalismo impuro sejam suscetíveis de ser justificados por intermédio do princípio do dano a terceiros, tal não deve conduzir a negar-lhes o carácter paternalista de que revestem. O que é específico nestes casos, em termos de diferenciação com o princípio de dano a terceiros, é que a pessoa que sofre o dano poderia tê-lo evitado, se assim o tivesse desejado, sendo que existiu como que uma cooperação ativa da vítima (confronte-se o caso do produtor de tabaco que causa doença aos outros, que estes poderiam evitar, com a proibição dirigida aos produtores que lançam poluentes na atmosfera, danando os membros da comunidade, que estes membros não podem, efetivamente, evitar). Nos casos de paternalismo impuro, deve, portanto, exigir-se uma justificação mais forte comparativamente com os casos de paternalismo puro, pois a intervenção paternalista priva alguém de uma porção da sua liberdade sem que tal seja para sua própria proteção.

2.3- Da justificação das intervenções paternalistas

Para Dworkin, o uso da coação para proteger um bem que não é reconhecido como tal por aquelas pessoas que são alvo da intervenção é uma característica predominante nas intervenções paternalistas.

No entanto, existirão casos em que é necessário recorrer a outras justificações que não a acima descrita. Por exemplo, no caso da obrigação do uso de capacete para os motociclistas, trata-se da proteção de um bem, a integridade corporal, que é reconhecido como tal pela maioria, por isso é necessário recorrer a outras justificações, como a irracionalidade dos motociclistas na ordenação dos seus valores (valoram mais a liberdade de não usar o capacete do que a respetiva integridade) ou uma incorreta apreciação dos riscos.

De todo o modo, tal referência ao bem não reconhecido como tal tem a vantagem de permitir distinguir as intervenções paternalistas de outras interferências benevolentes que, não obstante poderem ter uma motivação paternalista, permitem uma justificação baseada antes no facto de constituírem o único meio possível de atingir um benefício que é reconhecido como tal por todos os afetados pela intervenção. O exemplo dado pelo autor é o da legislação que proíbe os

empregados de trabalhar mais de determinadas horas semanais. Dworkin não nega que alguma desta legislação possa ter uma motivação paternalista, mas enfatiza que tais medidas são concebidas, como referia Jonh Stuart Mill em *Principles of Political Economy*, não para anular o julgamento dos indivíduos no que respeita aos seus próprios interesses, mas para atribuir efetividade a esse julgamento, já que o que pretendem não poderá fazer-se sem acordo, o qual ganha efetividade através da validade e sanção do Direito. A interferência não é utilizada, portanto, para atingir um benefício que não é reconhecido, mas porque constitui o único meio possível de atingir um benefício que é reconhecido como tal pelos intervenientes.

Após efetuar tais precisões, Gerald Dworkin parte da crítica ao anti-paternalismo radical/absoluto de Stuart Mill.

Inicia assinalando o paradoxo entre o anti-paternalismo extremo de Jonh Stuart Mill e a perspetiva utilitarista que o mesmo defende noutras questões morais, a assinalar, a ótica diferente que adota em exceções em face da proibição de mentir²⁹ e considerações de justiça³⁰.

Dworkin explicita, porém, que a estrutura de argumentação de Stuart Mill se baseia no seguinte : (i) uma vez que a restrição é um mal infligido, o ónus da prova encontra-se sobre quem propõe tal restrição, (ii) se a conduta considerada é puramente respeitante ao próprio, o apelo comum à proteção dos interesses dos outros não é aqui viável, (iii) deste modo, há que considerar se as razões envolvendo referência ao próprio bem do indivíduo, felicidade, bem-estar ou interesses são suficientes para superar tal ónus, (iv) não poderemos promover os interesses do indivíduo pela coação ou tal tentativa envolve males que ultrapassam o bem que se pretende realizar, (v) por isso, a promoção do próprio interesse individual não é uma razão suficiente para justificar o uso da coação. A quarta premissa é a premissa operativa do raciocínio de Stuart Mill e surge apoiada na ideia de que o indivíduo é o melhor avaliador e juiz do respetivo bem-estar, interesses e necessidades. Esta visão de que a humanidade ganharia mais com as escolhas do próprio indivíduo, ainda que erradas, do que com a intervenção de outros de acordo com as escolhas destes últimos, mereceu críticas até de outros utilitaristas como Fitzjames Stephen e H.L.A. Hart., pois Stuart Mill pressupõe as considerações acima sem que haja prova substancial de que os indivíduos estejam

²⁹ Permitindo mentir para salvar alguém de um grande e imerecido mal.

³⁰ A noção de forte obrigação de justiça é tida por Stuart Mill como capaz de comportar exceções ao princípio utilitário geral.

absolutamente familiarizados com os seus interesses e que pretendam por inteiro persegui-los, mais implicando que se tratem, neste domínio, de homens de meia idade, com desejos relativamente fixos, não passíveis de ser estimulados artificialmente por influências externas, sabendo o que querem e prosseguindo tal quando assim desejam. Dworkin considera que o próprio Stuart Mill ao tratar, na obra *Principles of Political Economy*, das intervenções do governo em geral³¹, admite limitações à sua doutrina de que o indivíduo é sempre o melhor juiz dos seus próprios interesses, em particular nos casos que respeitam a coisas de elevada utilidade, mas que não consistem em atender às inclinações nem necessidades ordinárias de vida e, nas palavras do próprio autor, “cuja falta se sente menos ali onde mais se necessita”, designadamente nas coisas que são úteis no que toca a aumentar o carácter dos seres humanos. e quando o indivíduo decide, irrevogavelmente, no presente o que será melhor para ele num futuro distante. Em tais casos, Stuart Mill refere que existe uma forte presunção a favor da não intervenção, mas não uma proibição absoluta. Porque será que o argumento, no âmbito do paternalismo, não é o mesmo? Para Gerald Dworkin tal justifica-se porque Stuart Mill recorre a mais um motivo, para além do seu puro argumento utilitarista. Se Stuart Mill considera alguma proibição absoluta quanto ao paternalismo, só poderá ser pela tese de que nenhum bem pode obter-se mediante coação, sem que esta seja por si mesma um mal maior do que a ausência do bem que esta trata de obter. Neste sentido, Gerald Dworkin nota que a consideração acima não parece acertada, pois impedir que as pessoas se vendam como escravos (uma medida paternalista que Stuart Mill aceita como legítima), ou que consumam heroína ou ainda que conduzam o carro sem utilizar cintos de segurança, podem constituir um mal menor que permitir-lhes fazer qualquer destas coisas. Assim, um utilitarista consistente só poderia argumentar contra o paternalismo em razão de que tal não maximiza o bem. Ora, Dworkin conclui que o outro motivo que sustenta a tese de Stuart Mill baseia-se na respetiva conceção da pessoa como agente autónomo. Nesta ótica, ser capaz de eleger é um bem, independentemente do acerto dessa eleição, pois o modo de alguém guiar a respetiva vida é o melhor, não porque seja o melhor em si próprio, mas porque constitui o seu próprio modo, é seu privilégio e decorre da sua própria existência, atingida a maturidade das suas faculdades. Daí que a única exceção que Stuart Mill aceite neste domínio seja a da entrega voluntária à escravatura, pelo facto de que tal supõe a perda da capacidade de eleição, da liberdade de ação de qualquer ato para além daquele, colocando em risco a próprio justificação de o permitir dispor de si próprio: a liberdade. Dworkin enfatiza o facto de, na verdade, esta escolha ser

³¹ Mesmo quando não interferem com a liberdade, antes criando instituições alternativas às do mercado.

feita livremente. No entanto, o autor foca-se na principal razão para não permitir este contrato, que considera ser a necessidade de preservar a liberdade de uma pessoa fazer futuras escolhas.

Paradoxalmente, portanto, seria possível extrair dos argumentos de Stuart Mill um princípio que apoiaria certo tipo de paternalismo, a saber, o de que o paternalismo só se justifica para preservar um âmbito de liberdade mais amplo para o indivíduo em questão.

Em suma, para o autor, na crítica ao paternalismo de Stuart Mill, existem dois argumentos: um simplesmente utilitário (que não pode estabelecer uma proibição absoluta, quando muito podendo estabelecer uma presunção e efetivamente bastante débil), segundo o qual as consequências de exercer a coação sobre os indivíduos com o fim de os beneficiar seriam piores que as de não exercer tal coação. Outro baseado não no bem a que uma eleição livre conduz, mas antes no valor absoluto da eleição em si mesma que, não obstante, permite, inesperadamente, justificar certo paternalismo, como verificado acima.

Analisada a visão, sob o ponto de vista crítico, da tese de John Stuart Mill, Dworkin debruça-se sobre a construção da sua teoria relativa ao paternalismo.

A estratégia do autor para justificar a intervenção paternalista parte do paternalismo exercido sobre os menores, que é universalmente aceite e considerado justificado, para depois se seguir a identificação do princípio que o rege.

Neste sentido, o que justificaria as restrições na liberdade dos menores seria o facto destes carecerem de algumas das capacidades cognitivas e emocionais que se requerem para tomar decisões completamente racionais. Sem poderes de direcção, os menores sofreriam graves prejuízos, dadas estas debilidades, confrontadas com a existência de permanentes perigos a que não conseguiriam responder³². No entanto, o autor sublinha que tal intervenção não estará, porém, justificada, se se excede o limite traçado pela noção de que os menores venham eventualmente a averiguar da correção das intervenções (limite baseado na noção de consentimento futuro).

A mesma ideia, considera, está incorporada na noção de vontade real, que se pretende suficiente para justificar a extensão do paternalismo aos indivíduos que, ainda que sendo cronologicamente maduros, são incapazes em alguns aspetos e, em consequência, análogos aos menores de idade, pelo que ao interferir nas suas ações estaríamos a efetivar o que eles

³² O autor enfatiza que tal direcção é um dever para os pais dos menores.

fariam, se completamente racionais. Dworkin prefere recorrer, neste domínio, à noção de consentimento³³ como único modo aceitável de delimitar uma área de paternalismo justificado.

Começa por referir um conjunto de casos nos quais o consentimento não é hipotético. São casos em que se presta um consentimento a que outros obriguem alguém a atuar de determinada maneira no futuro. Um exemplo clássico é o de Ulisses, na Odisseia de Homero, no qual este solicita aos seus homens que o agarrem a um mastro e que recusem todas as suas futuras ordens para ser desamarrado, porque está consciente do poder de encantamento do canto das sereias sobre os homens. A seu juízo, em determinadas condições, tal pode ser racional. Também refere o caso de um eleitorado que ordena aos seus representantes aprovar uma lei que, chegado o momento da imposição, pode ser de desagradável cumprimento, dando o exemplo do pagamento de impostos. O autor não esclarece se estes casos são ou não supostos de paternalismo, assinalando apenas que há um consentimento genuíno e um acordo daquelas pessoas cuja liberdade é infringida e que este não é o caso das medidas paternalistas sobre as quais nos temos estado a debruçar. Nestas últimas, o que estaria implicado não é o consentimento a medidas específicas, mas antes um consentimento a um sistema de governo dirigido por representantes eleitos, podendo estes atuar para preservar os nossos próprios interesses, de certas maneiras limitadas:

Sugiro que dado que todos somos conscientes das nossas propensões irracionais (deficiências nas nossas capacidades cognitivas e emocionais e ignorância evitável e inevitável) é racional e prudente que estabeleçamos “políticas de seguro social”. Podemos discutir a favor e contra as medidas paternalistas propostas em termos do que indivíduos completamente racionais aceitariam como formas de proteção. Dado que o acordo inicial não é sobre medidas específicas, estamos a lidar com uma espécie de “cheques em branco” e, em consequência, os limites têm que ser cuidadosamente definidos. O que busco são certas condições que tornem plausível supor que pessoas racionais poderiam acordar limitar a sua liberdade, mesmo quando os interesses de outras pessoas não sejam afetados³⁴.

³³ Tal é justificado pelo perigo, denunciado por Isaiah Berlin em *Dois conceitos de Liberdade*, de pretender, ao referir a noção de vontade, que a ação paternalista não se opõe realmente à vontade do sujeito, daí que não haveria interferência com a respetiva liberdade.

³⁴ Dworkin, Gerald: “Paternalism”, in Sartorius, Rolf: *Paternalism, cit.*, p. 30.

Deste modo, o acordo entre pessoas racionais sobre restrições paternalistas poderia dar-se em redor de certas situações, dado o pressuposto de que existem determinados bens que qualquer pessoa quereria preservar (por exemplo, a saúde). Trata-se de bens revestidos de carácter objetivo, ainda que no momento da intervenção não sejam reconhecidos como tais bens pelos indivíduos afetados. Não obstante, este acordo poderia ser dificultado, em virtude do carácter competitivo dos bens entre si³⁵. O autor considera que, apesar disto, podemos considerar que indivíduos completamente racionais aceitariam interferências paternalistas quando se atribuiu peso irracionalmente aos bens em competição. Tais casos constituiriam, na ótica do autor, os casos de erros valorativos e debilidade da vontade. Dworkin considera que é mais fácil manter o acordo de indivíduos completamente racionais a favor de interferências paternalistas no segundo caso (a pessoa não atua em conformidade com as suas próprias preferências e desejos³⁶), pois claramente não se impõe um bem a outra pessoa, dado que esta o reconhece. Já no primeiro caso (a pessoa atribui incorretamente peso a um dos seus valores³⁷), haverá que verificar se a analogia com os erros cognitivos é válida. O autor não esclarece tal assunto.

Menciona depois uma série de fatores relevantes para alcançar um acordo sobre as interferências paternalistas. Um primeiro fator é que estejam implicadas decisões que suponham alterações de grande alcance, irreversíveis e potencialmente perigosas (por exemplo, consumir substâncias aditivas). Um segundo fator relevante é relativo a decisões tomadas sob pressões psicológicas e sociais extremas (por exemplo, o suicídio). Por último, é relevante que as decisões envolvam perigos insuficientemente compreendidos ou incorretamente apreciados pelas pessoas afetadas (por exemplo, fumar)³⁸.

À dificuldade de prever o conjunto de casos em que a intervenção está legitimada, a que se acresce o facto de que todas as atividades de alto risco seriam objeto de intervenções paternalistas, responde o autor que a legitimidade depende da natureza (por exemplo, se se impede totalmente ou meramente se dificulta) e do quão importante para a natureza da

³⁵ Refira-se, a título de exemplo, as testemunhas de Jeová, dispostas a sacrificar a vida para manter o corpo livre de “substâncias impuras”.

³⁶ Por exemplo, os indivíduos que reconhecem o seu interesse em utilizar cinto de segurança mas que, na prática, o ignoram.

³⁷ Valora, por exemplo, o incómodo de usar o cinto de segurança de forma superior ao valor da sua saúde e vida.

³⁸ No entender do autor, podem verificar-se neste âmbito três tipos de situações: 1- os fumadores desconhecem os factos relativos às consequências do seu hábito (erro cognitivo). 2- os fumadores conhecem tais factos, querem deixar de fumar, mas não têm a vontade suficiente para tal (debilidade da vontade). 3- os fumadores conhecem os efeitos de fumar, mas não racionalizam corretamente a partir deles (a tal ideia enfatizada por Dworkin).

atividade é a ausência de restrição, quando ponderada com o papel que a atividade desempenha na vida dos indivíduos.

Em geral, na visão do Dworkin, é mais provável que se consinta em intervenções paternalistas quando se trata de preservar ou promover a capacidade dos indivíduos para considerar e levar adiante racionalmente as suas próprias decisões³⁹.

O autor não esquece que, apesar de nas situações referidas ser provável que os indivíduos racionais concordem em atribuir aos poderes legislativos de uma sociedade o direito a impor restrições na sua esfera privada, estes mesmos indivíduos estão conscientes de alguns defeitos atinentes aos legisladores de uma sociedade, pelo que, para acautelar estas situações:

Em todos os casos de legislação paternalista deve haver uma carga de prova pesada e clara sobre as autoridades para que demonstrem a natureza exata dos efeitos prejudiciais (ou das consequências benéficas) que não de ser evitados (ou alcançados) e a probabilidade da sua ocorrência. O ónus da prova aqui é duplo - o que os advogados distinguem como ónus de iniciativa e ónus de persuasão - . Que as autoridades têm o ónus de iniciativa significa que lhes cabe levantar a questão e trazer provas dos males a serem evitados(...) nenhum cidadão tem que mostrar, em respeito à sua própria conduta, que tal não é danosa ou promove o seu próprio interesse. Em adição, a natureza e o peso da prova do dano do curso de ação deve ser definido a um nível alto. Para parafrasear uma formulação do ónus da prova nos procedimentos criminais “é melhor dois homens arruinarem-se a si próprios do que um ser injustamente privado da liberdade”. Finalmente, sugerimos um princípio da alternativa menos restritiva. Se existe uma maneira alternativa de atingir os fins desejados sem restringir a liberdade, mesmo que este suponha grandes gastos, inconvenientes, etc., a sociedade tem de adotá-la⁴⁰.

³⁹ Em termos paralelos aos que Stuart Mill, como acima verificado, concebe a preservação da liberdade e autonomia.

⁴⁰ Dworkin, Gerald: “Paternalism”, in Sartorius, Rolf: *Paternalism, cit.*, pp. 33 e 34.

2.4- “Paternalism: Some Second Thoughts”: revisitar o paternalismo

Em 1980, uma década depois da publicação deste seu artigo, Gerald Dworkin retoma a questão noutro artigo (“Paternalism: Some Second Thoughts”) para, à luz das críticas recebidas, precisar a sua posição.

O autor esclarece que, para que haja paternalismo, tem que se constatar uma violação da autonomia da pessoa, enquanto usurpação da tomada de decisões, quer evitando que a pessoa faça o que havia decidido, quer interferindo com o modo como atinge as suas decisões.

Desta afirmação tiram-se duas importantes conclusões: a de que não há métodos para influir nas pessoas que estejam necessariamente imunizados para uma utilização paternalista⁴¹ e de que o paternalismo cria um problema moral, na medida em que se trata de uma violação da autonomia.

2.4.1- O paternalismo forte

Relativamente à justificação da ação paternalista, o autor toma como ponto de partida a distinção entre paternalismo forte e fraco. O primeiro estaria justificado algumas vezes, inclusivamente se a ação é completamente voluntária. O segundo, por sua vez, estaria justificado algumas vezes, com a condição *sine qua non* da pessoa em causa ter que ser de alguma forma incompetente.

O autor admite que no seu primeiro artigo não esclareceu a que tipo de paternalismo era aplicável o seu argumento:

Ao argumentar a favor de um esquema de “consentimento hipotético” para justificar o paternalismo, não esclareci se considerava que o argumento pressupunha sempre alguma deficiência na competência contra a qual desejávamos proteger-nos. Falei de “propensões irracionais, deficiências nas nossas capacidades cognitivas e emocionais e ignorância evitável e inevitável” como motivos racionais para acordar (hipoteticamente) limitações à nossa conduta, incluindo quando outros interesses não são afetados. Também falei de proteger-nos contra a tomada de decisões que são de “largo alcance, potencialmente perigosas e irreversíveis”. Um conjunto de

⁴¹ Em resposta à crítica feita de que o autor só abarcaria os casos de coação.

considerações centra-se no agente, o outro na decisão. O primeiro despoleta questões de racionalidade e competência, o segundo de perigo e dano⁴².

Considera que há três conjuntos de casos que colocam em questão a defesa do paternalismo fraco porque parecem claramente justificados, mas não parece que se possa afirmar com propriedade que os sujeitos destinatários da intervenção sejam incompetentes. São os “casos de segurança”, que incluem tanto a obrigação de dispor ou usar certas coisas (cintos de segurança, capacetes, coletes salva-vidas, coletes refletores para caçadores, etc.), como a proibição de comprar ou usar certas coisas (certos corantes, fogo de artifício ou heroína), os casos que implicam “decisões coletivas”, por exemplo, colocar flúor nos depósitos comunitários de água, onde não se exige a ninguém consumir água com flúor, mas torna-se mais fácil fazê-lo para os que o desejam e correspondentemente, mais difícil não fazê-lo para os que preferem não consumir flúor e os “casos de escravatura”, nos quais se proíbe aos indivíduos vender-se como escravos ou vender algumas partes do seu próprio corpo. Para Dworkin, nestes três casos, há que colocar-se seriamente a possibilidade de que o paternalismo forte constitua a única justificação plausível. Não obstante, se não se quiser aceitar este tipo de paternalismo e pretender continuar a afirmar-se a legitimidade destas medidas, então a única alternativa que resta é apresentar uma justificação baseada no interesse de terceiras partes. Em relação aos primeiros, argumenta-se que se impõem custos sobre os outros. Apesar disso, Dworkin refere que se os custos são económicos, então estaria justificado obrigar estes indivíduos a contratar um seguro médico, mas não parece que se deva obrigá-los a levar, por exemplo, capacete na mota. Além de que os custos económicos podem ver-se incrementados por estas medidas: por exemplo, porque sobrevive uma pessoa com graves ferimentos, de custoso tratamento, a um acidente, quando houvera morrido por não usar capacete. Finalmente, também poderia tratar-se de recuperar os danos económicos ocasionados por uma imprudência (por exemplo, gastos de resgate) exigindo responsabilidade civil, contratual ou extracontratual. O autor reconhece que haveria sempre um grupo de indivíduos que não se assegurariam nestas condições e que tão pouca estariam em posição de satisfazer compensações económicas. Face a estes, uma resposta liberal seria deixá-los à sua própria sorte, e a outra, mais razoável a juízo do autor, seria ajudá-los, para evitar o custo psíquico que para os demais suporia abandoná-los. Apesar destas considerações, Dworkin manifesta as suas dúvidas relativamente a que estas alcancem uma justificação não

⁴² Dworkin, Gerald: “Some Second Thoughts”, in Sartorius, Rolf: *Paternalism, cit.*, p.108.

paternalista destes casos de segurança. Relativamente às decisões coletivas, o autor coloca o problema de se em relação com a minoria dissidente a medida é paternalista. A resposta depende de considerações gerais sobre a legitimidade de decisões maioritárias e, em particular, sobre que limites deverão estabelecer-se constitucionalmente a uma legislatura. Em todo o caso, as restrições sobre a minoria não são paternalistas, mas justificam-se, outrossim, porque, respeitadas certas condições de legitimidade, são necessárias para satisfazer o interesse da maioria. Relativamente aos casos de escravatura, o autor considera que, em primeiro lugar, se pode justificar estes casos sem cair no paternalismo forte, simplesmente assinalando que, por não se tratar aqui de interferências diretas com a liberdade de ação, os princípios aplicáveis são diferentes, ainda que admita que a não validação jurídica destes contratos pode frustrar os desejos dos indivíduos. Em segundo lugar, de novo se recorre a considerações de terceiras partes: poucos quererão viver numa sociedade onde se perseguem os escravos fugidos para os devolver aos seus donos. Em último lugar, Dworkin revê a sua anterior posição relativamente a rejeitar o apoio jurídico a contratos de escravatura em nome da proteção do valor em si mesmo da autonomia individual. Entende agora por autonomia a capacidade dos indivíduos para refletir criticamente sobre e tomar responsabilidade do tipo de pessoa que se quer ser. Certamente poderá impedir-se as pessoas de se converterem em escravos para que continuem capazes de definir o tipo de vida que querem ter, mas não há nada na ideia de autonomia que impeça um indivíduo de querer ser o tipo de pessoa que atua em função das ordens dos outros. Se assim é, não se pode impedir a escravatura voluntária por via do conceito de autonomia e, em consequência, só se poderá recorrer a alguma ideia do que é apropriado para outras pessoas, ou seja, impor a nossa conceção de bem sobre os outros. Em todo o caso, dado que a pessoa que o quer o fará normalmente para obter algum outro bem, poderia tratar-se de reconduzir a escravatura voluntária ao tipo de casos de segurança, nos quais se verifica um cálculo equivocado de qual o melhor caminho para obter tal bem.

Em conclusão, a posição teórica forte - o paternalismo forte - pode nunca ser alcançada.

2.4.2- A autonomia

Para o autor, o paternalismo comporta um problema moral, como referido a início, por tratar-se de uma violação da autonomia das pessoas.

Dworkin considera que a autonomia é “uma capacidade de, segundo a ordem das pessoas, refletir criticamente sobre as suas preferências de primeira ordem, anseios, desejos, etc. e a capacidade para aceitá-los ou tratar de trocá-los à luz de preferências e valores de uma ordem superior”. Por via do exercício desta capacidade, as pessoas definiriam a sua natureza e vida, responsabilizando-se pelas mesmas. Esta conceção de autonomia caracteriza-se, em primeiro lugar, por se tratar de um conceito global, enquanto aplicável a formas de viver ou largos períodos na vida das pessoas, mais do que a meros breves momentos. A autonomia não pode reduzir-se à identificação com preferências, porque há óbvias maneiras de interferir com a autonomia e não com a identificação (por exemplo, a ignorância ou a manipulação não interferem com a identificação, antes com a possibilidade de construir ou rejeitar essas identificações). Em terceiro lugar, resulta contraintuitivo pensar que a autonomia pode alcançar-se resolvendo o conflito entre preferências, por meio de alterar as nossas preferências de ordem mais elevada⁴³. Em último lugar, a autonomia não se limita à capacidade para tornar efetivos certos desejos e vai além da capacidade para refletir criticamente sobre as nossas preferências. Requer também a capacidade para trocar as nossas preferências, se assim desejarmos.

Assim construída, a noção de autonomia é mais rica que a de liberdade, que Dworkin concebe como mera ausência de interferências ou presença de alternativas. Assim, nem todas as interferências na liberdade constituiriam interferências na autonomia e vice-versa (por exemplo, no caso de Ulisses e das sereias, a que já acima se recorreu, não se interfere com a autonomia, mas sim com a liberdade quando se mantém Ulisses atado, promovendo assim os seus esforços para dirigir a respetiva vida, ou seja, a própria autonomia). Esta possibilidade de promover a autonomia interferindo com a liberdade, coloca em questão o alcance e limites do princípio segundo o qual uma pessoa racional sempre preferiria a opção de ver aumentadas as suas oportunidades. São razões que poderiam limitar este princípio geral a existência de custos na tomada de decisões, a responsabilidade derivada da possibilidade de ter escolhido de outra maneira, as pressões para que se escolha uma determinada ação, as modificações negativas (eliminação ou entorpecimento de outras opções) que se podem produzir na situação original ao incorporar novas opções, a diminuição do bem-estar devido ao incremento de opções, a existência de opções cuja disposição é em si mesma imoral e, finalmente, razões paternalistas. Estes últimos são casos nos quais,

⁴³ Em todo o caso, para esta mudança, seria necessário o que Dworkin apelida de independência procedimental, que exclui, a título de exemplo, a hipnose.

É racional para os indivíduos rejeitar a possibilidade de fazer certas escolhas, motivados pelo facto de que se essas escolhas estivessem disponíveis, se veriam tentados a adoptá-las e reconhecendo antecipadamente que tomar tais decisões seria danoso em termos dos seus interesses a longo prazo⁴⁴.

A legislação de estupefacientes, procedimentos de internamento civil e provisões da segurança social parecem ilustrar a tese exposta.

Para Dworkin, não é necessário que os indivíduos sejam arrastados por fortes emoções quando aprovam ver reduzidas as suas oportunidades. Podem simplesmente temer a confusão ou o erro. Numa feliz comparação do autor, ninguém quer ter uma bomba conectada a um número que poderia marcar no seu telefone, porque poderia fazê-lo por erro. Mas existem algumas precauções a tomar em conta, como sejam que o facto das pessoas preferirem não dispor de certas oportunidades não significar que se as têm ao dispor se abstenham (ou deveriam abster-se) de exercitá-las. O exemplo ilustrativo de tal é o do pacifismo: é melhor para as pessoas não dispor da oportunidade de resolver as respetivas controvérsias por meio da violência, mas quando esta oportunidade está disponível, pode ser inevitável recorrer a ela.

Por outro lado, nada obriga a que o Estado seja o instrumento mais adequado para a limitação de oportunidades. Em muitos casos, os indivíduos podem chegar a acordos privados ou criar qualquer mecanismo à margem do Estado. A escolha do mecanismo apropriado para tal tem que ser analisada à luz do conhecimento das oportunidades particulares, natureza dos indivíduos envolvidos, custos administrativos, entre outros.

Também do facto de que em certas circunstâncias seria racional ver restringidas as oportunidades não decorre que outros possam restringi-las em seu nome e contra a sua vontade.

A questão do melhor interesse dos indivíduos é relevante para decidir quando a coação poderá estar envolvida, mas não é concludente, pois o respeito pela autonomia dos indivíduos impõe uma forte precaução no que respeita à limitação de oportunidades, mesmo quando se trate do interesse racional das pessoas afetadas.

⁴⁴ Dworkin, Gerald: *The Theory and Practice of Autonomy*, cit., p.76.

III - Joel Feinberg

O Estado poderia inclusivamente usar justificadamente os seus poderes de fixar taxas, intervir ou persuadir para tornar mais difícil ou menos atrativo; mas proibir completamente para todos seria dizer ao que assume o risco voluntariamente que inclusivamente os seus juízos informados do que é valioso são menos razoáveis que os do Estado, e que, em conclusão, não pode atuar de acordo com eles. Isto é o mais puro paternalismo forte, não mediado pelo padrão da voluntariedade. Como princípio de política tem um forte odor a moralismo e cria um sério risco de tirania governamental.

3 - Da voluntariedade enquanto exclusão do paternalismo

Joel Feinberg, nome absolutamente marcante na matéria que nos propomos estudar, pela visão transversal, polivalente e pormenorizada nesta temática, analisa o paternalismo jurídico no contexto da discussão sobre os limites da legítima coação estatal, de um ponto de vista liberal, questão que considera uma das temáticas básicas normativas da filosofia social.

Eis o desafio: saber “que leis coativas e procedimentos seriam criados por uma legislatura idealmente razoável numa comunidade cuja história, costumes e instituições políticas se assemelham às nossas”.

O autor considera que estes limites se expressam por um conjunto de princípios que apelida de “princípios limitativos da liberdade”.

O cerne da questão que Feinberg se propõe analisar é justamente o paternalismo e moralismo jurídicos enquanto princípios limitativos da liberdade.

3.1- O princípio paternalista

O autor distingue duas versões de paternalismo jurídico: uma cuja finalidade é evitar danos e a outra, que designa por “paternalismo extremo” ou “paternalismo promotor de benefícios”, cuja finalidade é beneficiar. Não obstante serem ambos princípios limitativos da liberdade, considera que o princípio do paternalismo jurídico, assim descrito, se refere exclusivamente ao paternalismo orientado a evitar danos autoinfligidos, quer sejam produzidos diretamente pelo agente contra si mesmo, quer produzidos por outrem, com o consentimento ou a requerimento do afetado.

Delimitada esta questão, o autor enuncia o princípio do paternalismo jurídico como princípio de Direito Penal, da seguinte forma:

É sempre uma boa e relevante razão (ainda que não necessariamente decisiva) em apoio de uma proibição penal, que esta evitará um dano (físico, psíquico ou económico) ao destinatário da proibição⁴⁵.

⁴⁵ Feinberg, Joel, *Harm to Self*, cit., p.6.

O autor não deixa, no entanto, de lamentar que este princípio tenha que suportar o pouco afortunado rótulo de “paternalista”, concretamente o seu carácter pejorativo e equívoco, ainda que reconheça que o termo já se enraizou e tornou referência, e portanto, é desaconselhável não o utilizar. Relativamente ao carácter equívoco assinalado, o autor enfatiza que o que importa para o seu ensaio é a noção de paternalismo presumivelmente censurável, que consiste em tratar adultos como se fossem crianças, ou a crianças maiores como se fossem pequenas, obrigando-os a atuar ou a abster-se de atuar de certas maneiras, quer seja para seu próprio bem (paternalismo benevolente) ou para o bem de outros (paternalismo não benevolente), independentemente dos respetivos desejos acerca do assunto⁴⁶.

A problemática atinente a esta matéria reside, para Feinberg, no facto da aceitação do paternalismo conduzir à admissão de que, com frequência, o Estado conhece os interesses dos indivíduos melhor do que eles próprios e que tal pode desembocar numa atrofia da capacidade dos indivíduos para dirigir as suas próprias vidas. Por outro lado, uma vez iniciada a restrição de certas atividades, é difícil parar e não desembocar num Estado totalitário, sem espaço para a liberdade negativa dos indivíduos.

Mas se isto se afigura verídico, não menos é o facto de que teríamos que rejeitar uma série de regulações que parecem reunir consenso e que constituem uma larga tradição jurídica⁴⁷.

É justamente este o dilema que o paternalismo jurídico encerra.

3.2- Dos tipos de paternalismo

Joel Feinberg distingue entre:

- Paternalismo coativo (adota a forma de uma proibição ou obrigação penal) e não coativo (não adota a forma de uma proibição ou obrigação penal e pode existir no seio do Direito, bem como noutros contextos).

⁴⁶ O paternalismo presumivelmente não censurável consiste em defender pessoas relativamente desamparadas ou vulneráveis de danos externos, incluindo danos provenientes de outras pessoas, quando a parte protegida não consentiu voluntariamente no risco e fazendo isto de uma maneira análoga na sua motivação e vigilância à dos pais protegendo os seus filhos.

⁴⁷ O autor exemplifica com o caso de Direito Penal do consentimento da vítima não poder ser alegado como uma justificação válida em lesões ou homicídios, de Direito Civil de invalidade dos contratos de escravatura, concubinato ou bigamia, o recurso à força pelos cidadãos para evitar que outros se automutilem ou suicidem, a proibição da aquisição de certas drogas, etc.

- Paternalismo direto e indireto⁴⁸

- Paternalismo de uma só parte (intervém apenas uma parte, por exemplo, a proibição do suicídio) e de duas partes (intervém duas partes, por exemplo, a proibição de auxílio ao suicídio, sendo que os danos são infligidos pelos outros, com o consentimento ou a requerimento do sujeito danado)^{49,50}.

Tanto os casos de uma só parte como os de duas se dividem entre atos que danam diretamente o sujeito e atividades que comportam altos riscos de dano. Nos casos de uma só parte, na primeira categoria encontramos os atos de autodestruição e automutilação, e, na segunda, mais usual, os desportos de risco, imprudências, consumo privado de drogas potencialmente danosas ou a condução de motocicletas sem recurso ao capacete. Nos casos de duas partes, na primeira categoria abarcam-se o auxílio ao suicídio ou as lesões com consentimento e, na segunda categoria, valem os mesmos exemplos de que nos socorremos para ilustrar os casos de uma só parte, mas quando aparece um colaborador, vendedor, fornecedor, etc. A maioria dos delitos plausivelmente paternalistas que é frequente encontrar nos Códigos Penais dos países ocidentais são casos de duas partes e, geralmente, de paternalismo indireto. São exemplos a eutanásia, a mutilação cirúrgica consentida, o jogo, a venda de drogas, a usura, a bigamia e a prostituição.

- Paternalismo forte (protege adultos competentes, contra a sua vontade, das consequências danosas das suas eleições e ações) e débil/fraco (a preocupação essencial neste âmbito é implementar a opção real da pessoa e não protegê-la do dano como tal, nos casos em que a conduta não é voluntária ou quando é necessária uma intervenção temporal para averiguar da voluntariedade da mesma).

Com o objetivo de averiguar sobre o estatuto do paternalismo débil, Feinberg distingue os casos de uma ou duas partes. No caso de uma só parte, este princípio não pode ser reduzido ao princípio do dano, porquanto a conduta não voluntária e danosa é própria do sujeito e seria

⁴⁸ Corresponde à dicotomia paternalismo puro/impuro de Dworkin, acima estudada, pelo que para aí se remete.

⁴⁹ Estes não se incluem no princípio de dano a terceiros porque tal princípio deveria entender-se como mediado pela máxima *volenti non fit injuria*.

⁵⁰ O autor refere que esta distinção e a feita acima entre paternalismo direto e indireto se sobrepõem, mas não coincidem. Em geral, os casos de duas partes são, na maioria dos sistemas jurídicos, tratados de maneira indiretamente paternalista, mas logicamente cabe tratá-los como paternalismo direto. Por exemplo, é concebível uma lei que proíba a compra de drogas, com o objetivo de evitar ao comprador os danos de consumo. Igualmente podem conceber-se casos de duas partes que sejam tratados de uma maneira direta e indiretamente paternalista, por exemplo, uma norma que sancione tanto a prostituta que presta o serviço, como o cliente que o requer, com a finalidade de evitar danos de certo tipo ao cliente.

impróprio aplicar o princípio do dano a estes casos, já que este requer a existência de outro indivíduo. No caso de duas partes, quando o consentimento da primeira parte não é livre e informado, este e o princípio do dano aplicam-se de forma idêntica.

A este propósito, o autor considera que o princípio do dano protege de danos de terceiros, os quais não consentimos, enquanto o paternalismo débil salvaguarda de danos de terceiros a que não consentimos validamente.

Joel Feinberg admite que lhe é confuso considerar o paternalismo débil como qualquer tipo de paternalismo, reconhecendo que o rótulo de “paternalismo débil” se enraizou já nesta matéria e daí dever utilizá-lo. Este conceito de paternalismo débil aplicado aos casos de uma só parte não seria um princípio limitativo da liberdade que justificasse a imposição de intervenções penais. Para o autor, nunca constitui uma razão moralmente válida para ditar uma lei a ameaça com sanções penais a uma pessoa que se coloca ela própria em perigo de forma não voluntária. Pelo contrário, em tais casos justificam-se interferências não punitivas como invalidar contratos, internamentos civis, etc. Deste modo, o autor manifesta a sua preferência pela terminologia de “(anti)paternalismo débil (ou fraco)”, pelo que nunca falaríamos de paternalismo neste domínio, porque reservaríamos tal conceito para o paternalismo forte, já que a definição de paternalismo jurídico passa pela “intervenção com as eleições completamente voluntárias, autoreferentes, de pessoas adultas competentes”.

3.3- Das características da intervenção paternalista

O autor preocupa-se depois com os critérios de classificação de uma lei como paternalista, ou seja, com os casos em que o paternalismo constitui a real razão para a existência de uma lei que restringe as liberdades ou poderes das pessoas.

No entanto, já o havia referido Gerald Dworkin, tal não se afigura isento de dificuldade, porque podem existir uma combinação de razões, umas paternalistas e outras não, ou porque se ofereceram ao longo do tempo razões alternativas à lei.

O autor discorda de Dworkin relativamente ao carácter paternalista de, pelo menos, as seguintes regulações⁵¹:

⁵¹ O autor refere-se aos Estados Unidos e, na sua opinião, seguramente à maioria das nações ocidentais.

- Proibição da prática da homossexualidade entre adultos em privado. Para Joel Feinberg, o que se visa nestes casos não é o bem-estar dos adultos em questão. Por um lado, a mera representação mental de que outros realizam estes atos “contra a natureza” pode ser de tal modo repugnante que se conceba considerá-los uma ofensa penal e, por outro lado, há quem considere que, independentemente das práticas serem ofensivas, se trata de um comportamento pecaminoso ou profundamente imoral que deve ser proibido. Feinberg assinala que, em geral, quando a pena por violar a lei é muito mais severa que o dano causado, é difícil considerar a norma como expressão de proteção para os possíveis infratores⁵².

- Leis que obrigam as pessoas a canalizar uma parte dos seus rendimentos para assegurar uma pensão de reforma (segurança social). Para o autor, parece haver aqui, à primeira vista, um fundamento paternalista: a contribuição é prudente e, simultaneamente, obrigatória. Apesar disto, outra pode ser a razão que despoleta tais leis: a coação utilizada face aos que não queiram contribuir, mais do que para o seu próprio bem, serve o bem da maioria interessada nas pensões, que não poderia fazê-lo eficientemente de outra maneira⁵³.

- Proibição dos duelos. O autor, seguindo Richard J. Arneson, considera que esta proibição não é paternalista porque não está a ser restringida a liberdade de ninguém contra a sua vontade, dado que a maioria dos cidadãos está de acordo com a erradicação desta forma de defender a honra e é de supor que os nossos antepassados concordariam com agrado com tal proibição.

Tal não significa que as leis não sejam paternalistas para a maioria que as aceita e que o sejam apenas em relação à minoria recalcitrante. Para o legislador, é indiferente se o destinatário da norma se opõe a esta ou a aceita, pois em virtude da generalidade da lei, esta será aplicada a ambos os casos.

O critério para qualificar uma lei como paternalista estaria no seu fundamento implícito: a consideração do seu papel, função e motivação, que são mais coerentes com os atos conhecidos. Assim, quando a maioria sujeita a uma norma coerciva aprova a norma e esta é legislada para o seu próprio bem, e não para impor segurança e prudência sobre a minoria

⁵² Daí que o autor considere difícil julgar algumas das leis penais antidrogas dos Estados Unidos como paternalismo puro, pois se assim fosse teriam penas muito mais leves.

⁵³ Da mesma opinião partilha Stuart Mill, para o qual estas medidas servem para dar efeito aos juízos dos indivíduos, tal como referimos a propósito da análise do pensamento deste autor.

involuntária, o fundamento da lei não é paternalista. Estas considerações fazem com que o autor negue igualmente o carácter paternalista das leis de proteção ao consumo, que se fundamentam no princípio do dano. O objetivo neste domínio seria prover meios para assegurar à maioria os seus objetivos, e não impor prudência sobre a minoria involuntária.

São pressupostos conceptuais do paternalismo:

- a existência de **atos autoreferentes**, necessária para distinguir adequadamente entre o princípio paternalista e o princípio de dano a terceiros. Este tipo de ato refere-se à conduta que afeta só o próprio indivíduo e não os demais. E eis o núcleo da questão: é razoável perguntar-se se realmente existem atos danosos e puramente privados, porque poderá suceder que tanto o interesse público como o interesse de terceiros sempre se veja afetado, ainda que em medida muito diminuta, quando um sujeito se dana a si próprio (por exemplo, se alguém se suicida, deixa de prestar serviços à comunidade, e, no mínimo, provocará tristeza e desânimo aos seus próximos). Acresce que quando são muitos indivíduos a realizar a conduta danosa, este tipo de dano pode constituir um inconveniente muito grande (por exemplo, os gastos derivados das enfermidades produzidas pelo consumo do tabaco). Dado que, em princípio, os atos danosos ao interesse público poderiam ser prevenidos com recurso ao princípio do dano, tal conduziria à negação da possibilidade de existência de genuínos atos autoreferentes, subtraindo toda a relevância prática à discussão sobre a validade do princípio paternalista. Por isso, um pressuposto da discussão sobre o paternalismo é que:

Sempre que um indivíduo se lesiona deliberadamente a si mesmo ou assume um alto risco de fazê-lo, não se produz necessariamente um dano público em grau suficiente para aplicar o princípio do dano (...). Podemos assumir, em consequência, que ao menos em algumas sociedades e certas épocas, uma linha pode ser traçada (como Mill pretendia que se podia na Inglaterra vitoriana) entre o comportamento heteroreferente e a conduta que é primária e diretamente auto-referente e só indireta e remotamente, logo, trivialmente, hetero-referente. Se esta suposição é falsa, então não há nenhum problema interessante a respeito do paternalismo jurídico, e certamente nenhum problema prático legislativo, porque toda a restrição “paternalista”, nesse caso, poderia justificar-se como orientada a proteger outras pessoas (distintas daquelas a que se dirige a restrição) e, em consequência, não seria (totalmente) paternalista⁵⁴.

⁵⁴ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p.22.

O autor considera que quanto mais perto está uma sociedade do “umbral da guarnição”, ou seja, em que a atitude de um só indivíduo em relação aos seus próprios assuntos dana o conjunto, maiores oportunidades haverá para aplicar o princípio do dano e mais irrelevante será o princípio paternalista, dependendo a localização da linha que separa os dois princípios da concreta situação de uma sociedade.

- conceito de **dano**, que permite compreender que condutas criminalizar e é a base da distinção entre os diferentes princípios limitativos da liberdade. O Direito está primacialmente voltado para evitar os danos que são originados pela ação de outros indivíduos ou pelo próprio sujeito danado, ainda que os interesses possam ser danados, e com frequência são, pela má sorte, doença ou catástrofes naturais. Dado que contínua e inevitavelmente os indivíduos se danam uns aos outros, o Direito deve selecionar de entre os diferentes interesses aqueles que são dignos de proteção jurídica e cuja frustração constitui, em consequência, uma lesão. A noção de dano em sentido descritivo repousa, assim, sobre a noção de interesse. O autor refere que existem dois padrões fundamentais para medir a importância de um interesse. Segundo um deles, os objetivos e aspirações últimas são os mais importantes (por exemplo, escrever uma grande novela, ser famoso, fazer uma tese doutoral, etc.). De acordo com outro, os interesses mais importantes seriam antes os meios para atingir quaisquer objetivos, um tipo de interesse presumivelmente compartilhado por todos. Estes últimos são designados por “interesses de bem-estar” (*welfare interests*) (por exemplo, saúde física, ausência de graves padecimentos ou em ter um aspeto que não seja grotesco, mínima estabilidade emocional, certo âmbito de liberdade, etc.). A questão que urge analisar, sob o ponto de vista paternalista, é a seguinte: como pode danar-se uma pessoa a si mesma, se uma pessoa frustra um dos seus interesses? Tal não demonstra que, na realidade, não se trata de um seu interesse? O autor refere que a vinculação entre o que interessa a um indivíduo e o que este mesmo quer deve ser considerada de maneira inversa, segundo se trate dos interesses de bem-estar ou dos interesses ulteriores. É plausível considerar que um indivíduo tem interesse em, por exemplo, saúde suficiente, ainda que não o deseje, enquanto que só é suscetível de crença que um indivíduo tem interesse em escrever uma grande novela na medida em que o queira. Promover os interesses básicos é bom para uma pessoa em qualquer caso, sejam quais forem as suas crenças e desejos. Para que exista verdadeiramente um interesse, digno de proteção e, portanto, cuja frustração constitua um dano, é necessário existir uma vontade relativamente enraizada e estável do indivíduo, cuja satisfação possa ser razoavelmente expectável e

influenciável pelos seus próprios esforços, isto é, ter um propósito geral, objetivo ou fim. Deriva do referido que nem todas as experiências desagradáveis danam interesses. Só quando a sua presença é suficiente para impedir um interesse. Quando muito, segundo o autor, tais situações poderão despoletar uma intervenção com base no princípio da ofensa, mas não do dano ou paternalista. Deste modo, os interesses de bem-estar e respetiva proteção parecem o objetivo mais plausível do paternalismo justificado. Estes interesses revestem as seguintes características: (I) mínimos, no sentido em que são satisfeitos por via do estritamente necessário, (II) estáveis, (III) duradouros, (IV) vinculados entre eles, de maneira que “formam uma cadeia que não é mais forte que o mais débil dos seus elos de ligação” e (V) típica e meramente instrumentais. Poderiam definir-se, ostensivamente, como os interesses em permanecer com vida, gozar de uma mínima saúde mental e física, de um mínimo de recursos económicos, de um mínimo de liberdade política, etc. Se o princípio do dano só permite a repressão de condutas que constituem danos e, ademais, violam os direitos do sujeito danado, necessariamente as ações que são danos mas não ofensas e as condutas que são ofensas mas não danos, ou devem ficar impunes, ou devem ser reprimidas de acordo com outro princípio limitativo da liberdade válido do ponto de vista liberal. Algumas das ações que são ofensas mas não são consideradas danos caem no denominado “princípio da ofensa” e, portanto, também poderão ser perseguidas com base em tal princípio. Dado que por aplicação da máxima *volenti non fit injuria*, os danos autoinfligidos cairiam no âmbito da categoria dos danos que não constituem ofensas, o princípio paternalista poderia distinguir-se do do dano porque o primeiro trata de evitar danos não ofensivos e o segundo só danos ofensivos. Se se não considerar o paternalismo como um princípio limitativo da liberdade válido, poderia julgar-se que as ações paternalistas se enquadrariam no âmbito de aplicação do princípio do dano e, por conseguinte, deveriam ser proibidas. Na verdade, tal não ocorre, porque o princípio do dano proíbe danar a outros e a conduta paternalista não dana o sujeito que é tratado paternalisticamente. Quando se interfere com a liberdade de alguém, no sentido de evitar que este dane os seus próprios interesses, a ação paternalista, quando tem êxito, serve os interesses do indivíduo, não sendo, portanto, danosa para ele. O autor assinala que, no limite, a ação paternalista dana o interesse na liberdade do sujeito, mas lembra que se o dano evitado a outros interesses é muito grande, a ação pode ser globalmente considerada benéfica. Disto se deriva a ideia essencial de que o liberal deve reconstruir a sua posição, indo para além do princípio do dano, para considerar que a violação da autonomia de um indivíduo não deve ser permitida, a não ser que dela resulte um benefício para o mesmo. Refira-se que

relativamente ao dano moral, para Joel Feinberg e de acordo com a sua conceção de dano, se o indivíduo não tem um interesse ulterior em ter um bom carácter ou em ser uma pessoa virtuosa, e se tal não se afigura um meio para realizar algum outro dos seus interesses, então a degradação moral não frustra os seus interesses e não é, em consequência, um dano para ele.

3.4- Do paternalismo versus moralismo e perfeccionismo

Esta ideia dá o mote para um dos pontos cruciais sobre o paternalismo jurídico (que busca evitar danos), a saber, a sua relação com a figura do “moralismo jurídico” (que trata de evitar males).

O que o princípio paternalista e moralista têm em comum é o facto de ambos tratarem de evitar “males” que não supõem dano a outros.

Em contrapartida, a distinção fundamental entre ambos os princípios prende-se com o facto do paternalista evitar que se afetem negativamente os interesses de uma pessoa, enquanto que para o moralista o ato deve evitar-se, independentemente de se se afetam ou não os interesses de alguém.

A partir da noção de dano moral poderiam sobrepor-se as duas figuras, dando lugar a um “paternalismo jurídico moralista”, que teria por objeto evitar danos morais aos indivíduos. Para Feinberg, tal não será possível porque o autor não aceita que, como referido acima, o dano moral seja um dano no mesmo sentido que, por exemplo, um dano físico.

Para o autor, a promulgação de uma lei paternalista não pressupõe moralismo, na medida em que persiga a proteção dos interesses de bem-estar, pois, por exemplo,

O dano físico é um prejuízo ao interesse de bem-estar que se presume que todas as pessoas têm no funcionamento eficiente dos seu corpos. Em quase todos os casos, uma pessoa seria obstaculizada na prossecução do seu próprio percurso de vida, fosse qual fosse, se o seu corpo já não funcionasse adequadamente. O dano de carácter, por outro lado, não necessita obrigatoriamente de ser um prejuízo para o interesse de ninguém (...), e, quando não o é, não pode ser considerado um dano no sentido primário, a

menos que a pessoa tenha um anterior interesse (e de novo não é necessário) na excelência do seu carácter⁵⁵.

Outra diferença assinalada pelo autor entre paternalismo e moralismo jurídicos é a de que o liberal deve reconhecer que, em princípio, o moralismo jurídico é um princípio limitativo da liberdade válido, ao contrário da presunção que existe no paternalismo a favor da liberdade. A razão para tal residiria na plausibilidade no princípio geral de que sempre está justificado, em igualdade de condições, evitar o mal. Tal assim seria porque o liberal trata os danos consentidos como se não fossem um “mal” em absoluto. Como “mal” colocado na balança com a soberania pessoal, não teria peso em absoluto.

Quer o paternalismo jurídico, quer o princípio do dano a outros têm os seus correspondente na versão do benefício. Os princípios do benefício, quando estão orientados à prossecução de benefícios morais, são denominados pelo autor “perfeccionismo jurídico”. Existem então duas versões do perfeccionismo jurídico: a correspondente ao princípio do dano (o princípio moralista do benefício a outros) e correspondente ao princípio do paternalismo jurídico (o princípio moralista do paternalismo jurídico que confere benefícios):

	Princípio do dano	Princípio paternalista
Benefícios físicos, psíquicos e económicos	Princípio do benefício a outros	Princípio do paternalismo extremo ou radical
Benefícios morais	Perfeccionismo jurídico	Perfeccionismo jurídico paternalista

Refira-se que o autor, no que concerne ao paternalismo (extremo, porque em relação ao paternalismo ordinário, que trata de evitar danos) e à promoção de benefícios físicos, psíquicos e económicos, alega que os argumentos contra o paternalismo ordinário aplicam-se ainda em medida superior a esta forma extrema, pois se não é moralmente legítimo o constrangimento a uma pessoa para evitar um dano, então menos ainda será para lhe atribuir um benefício.

⁵⁵ Feinberg, Joel: *Harmless Wrong-Doing, cit.*, p.17.

3.5- Do conceito de paternalismo

Para Joel Feinberg, a coação não é uma característica que defina o paternalismo, mas antes o acompanha, admitindo, portanto, como acima visualizamos, casos de paternalismo, jurídico ou em outros contextos, que não seja coativo.

Resulta da seguinte forma o mapa conceptual do paternalismo jurídico coativo:

	Evitar danos	Beneficiar	
Própria pessoa coaccionada	Paternalismo (jurídico) que evita danos	Paternalismo (jurídico) extremo ou radical	Danos/benefícios físicos, psíquicos e económicos
	Paternalismo jurídico moralista	Perfeccionismo jurídico paternalista	Danos/benefícios morais
Pessoas distintas da pessoa coaccionada	Princípio de dano a outros	Princípio de benefício a outros	Danos/benefícios físicos, psíquicos e económicos
	Paternalismo jurídico indireto		
		Perfeccionismo jurídico	Danos/benefícios morais

3.6- Da justificação do paternalismo: a estratégia do paternalismo débil

A tese de Stuart Mill e de outros individualistas é a de que a eleição totalmente voluntária ou o consentimento de um indivíduo na maturidade e racionalidade das suas faculdades, em matéria que o afeta apenas, é algo de tal valor que nenhum outro cidadão nem o Estado têm o direito de interferir, ainda que para o seu próprio bem. Acresce, junto a esta tese central, que existe a crença em que a aceitação de práticas paternalistas poderia conduzir a um Estado despótico.

Não obstante, ambas as ideias se conciliam com a aceitação de certas normatividades consideradas paternalistas que estão, portanto, justificadas.

Existem, assim, duas estratégias principais para enfrentar o presente dilema: a estratégia de balanço (*balancing strategy*) considera que os princípios limitativos da liberdade não estabeleceriam condições necessárias e suficientes para a coação, mas tão só boas e relevantes

razões para tal, pelo que aceitar o princípio paternalista deixaria em aberto a possibilidade de que, num caso particular, outros princípios diferentes terem um maior peso (por exemplo, o princípio da autonomia). A outra estratégia, a estratégia do paternalismo fraco, advoga que as razões paternalistas (do paternalismo forte) não são nunca válidas do ponto de vista moral. Joel Feinberg segue esta última estratégia, construindo a noção de autonomia pessoal, de modo a identificá-la como uma “carta de triunfo moral”, enquanto princípio que pesa sempre mais em face das considerações de diminuição dos danos. A partir daqui, os exemplos de regulações paternalistas aparentemente razoáveis apresentam-se como não razoáveis ou revelam-se não paternalistas (paternalismo forte).

O direito à autonomia pessoal, enquanto “direito a decidir como se vive a própria vida, em particular como se tomam as decisões vitais críticas” pressuporia a ideia de uma espécie de “território” sobre o qual o indivíduo é soberano⁵⁶. Para o autor, o critério correto para delimitar o território da soberania individual seria o de John Stuart Mill, da clássica distinção entre conduta auto e heteroreferente⁵⁷. O autor enfrenta ainda o problema de averiguar se o indivíduo deve ser soberano para renunciar à sua própria liberdade. No caso de renúncia total, considera que nada proíbe tal, garantida que esteja a voluntariedade da renúncia. No que concerne às renúncias parciais, o autor distingue entre casos fáceis, nos quais a eleição do “ser”⁵⁸ futuro ou presente é substancialmente menos que voluntária (quando há razões para pensar que a decisão do “ser” futuro não é suficientemente voluntária ou que a decisão do primeiro “ser” seria insuficientemente voluntária)⁵⁹ e casos difíceis, quando a decisão de ambos os “seres” parece ser igualmente involuntária. Sobre estes últimos casos, o autor considera que a teoria da soberania individual exige que a primeira decisão deva ser respeitada: um ser soberano pode dispor da sua liberdade para o futuro. Relativamente à relação entre autonomia pessoal e bem-estar pessoal, podem considerar-se quatro posições essenciais: o direito à auto-determinação derivaria completamente da sua idoneidade para alcançar o bem pessoal, pelo que o direito à autodeterminação não seria soberano e

⁵⁶ O autor distingue os quatro sentidos principais do termo “autonomia” em relação aos indivíduos, a saber: autonomia como capacidade, como condição real de auto-governo, como ideal de carácter e como autoridade soberana.

⁵⁷ O critério mais restrito das “decisões importantes” correria o risco de arbitrariedade e dificuldades de oscilação entre diferenças individuais.

⁵⁸ Esta ideia de sucessivos “seres”, adverte Feinberg, é meramente figurativa.

⁵⁹ No primeiro caso, imagine-se que se solicita a um amigo que nos desperte às cinco da manhã e que não tome em conta para tal que eventualmente lhe peça que me deixe a dormir ou com o caso de Ulisses, o qual temos vindo a referir. No segundo caso, ilustre-se com o exemplo de alguém em estado de depressão profunda, que solicita que não se permita fazer algo no futuro e, posteriormente, em estado normal, deseja revogar tal compromisso.

poderíamos exercê-lo só porque e na medida em que promove o bem. Esta visão convém ao paternalista e, na ótica de Feinberg, é curiosamente o ponto de vista de Stuart Mill. Por outro lado, pode haver uma correspondência invariável entre os dois conceitos, de tal modo que a interferência supõe sempre um mal maior do que o que poderia derivar do exercício da autodeterminação. Stuart Mill também parece considerar este princípio, quando condena, sem exceções, as intervenções paternalistas. A posição a que Feinberg atribui preferência é a de que o direito à autodeterminação é totalmente inderivável e mais básico moralmente que o valor do bem individual. De acordo com esta visão, ainda que as decisões individuais possam danar a própria pessoa, os demais não têm direito a obrigá-la a atuar de outro modo, mesmo que para o seu próprio bem. De resto, é esta a interpretação conforme com a assumpção do conceito de autonomia enquanto soberania individual que o autor, como verificado acima, segue. Resta ainda referir uma quarta posição nesta matéria, a saber, a que considera a autonomia individual inderivável, e muito menos mais básica que o próprio bem dos indivíduos e, neste sentido, conduz a uma ponderação do princípio que tem mais peso em cada caso, aquando de um conflito entre ambas. Resulta das referências acima que a primeira e quarta posições apoiariam o paternalismo, enquanto que a segunda e a terceira se oporiam ao mesmo. A terceira posição, a preferida de Feinberg, fá-lo com mais intensidade: a autonomia sempre ganharia.

A única forma de paternalismo que caberia justificar seria a do paternalismo débil ou fraco, orientado a impedir condutas danosas para o próprio indivíduo, em situações em que os sujeitos em causa desenvolvem condutas substancialmente involuntárias ou existe a necessidade de uma intervenção temporal para estabelecer se a conduta é voluntária ou não.

Tendo em conta a estratégia adotada (paternalismo débil), é importante determinar quando é que as condutas se assumem como insuficientemente voluntárias e quando é necessária a intervenção temporal de determinação da voluntariedade da conduta, assente que o princípio do paternalismo se orienta a evitar danos autoinfligidos, que podem ser consequência da ação direta do sujeito danado ou de um sujeito diferente, com o consentimento ou a requerimento do sujeito danado, abarcando também as ações que supõem risco de dano e que são muito mais frequentes.

Quanto às ações que supõem riscos para o próprio indivíduo que as realiza, haverá que distinguir entre riscos razoáveis e irrazoáveis e riscos voluntários e involuntários. Para tal, são importantes uma série de considerações, pois não há qualquer fórmula matemática que

permita a resolução problema. Para averiguar da razoabilidade dos riscos, as considerações a ter em conta são o grau de probabilidade de que o dano se produza, a seriedade do possível dano, o grau de probabilidade que se consiga o objetivo que se persegue e pelo qual estamos dispostos a assumir riscos, o valor ou importância de tal objetivo⁶⁰ e a existência de outras alternativas de ação menos arriscadas.

A distinção entre riscos assumidos ou não voluntariamente encontra-se entrecruzada com a anterior. A voluntariedade é, para o autor, uma questão de grau: num extremo estão os casos “perfeitamente voluntários”, de difícil observação na prática, em que as ações se aproximam do ideal de voluntariedade total, e noutro extremo os “involuntários”. Nestes últimos, não se trata de verdadeiras decisões ou eleições, sendo apenas o que o indivíduo faz com o seu corpo, quando não tem controlo sobre os respetivos músculos ou quando não sabe o que realmente está a fazer. As decisões “relativamente não voluntárias” cairiam perto deste extremo:

	Riscos assumidos de forma completamente voluntária	Riscos assumidos de forma menos que completamente voluntária
Risco de dano para alguém razoável	(1)Ex: a maioria das atividades quotidianas, como conduzir um veículo	(2)Ex: distrações ou coisas feitas sem pensar, que não supõem perigo algum
Risco de dano para alguém irrazoável	(3)Ex: fumar(?)	(4)Ex: conduzir embriagado a elevada velocidade, num caminho privado vazio

Toda a controvérsia filosófica se centra, para o autor, nos casos da tipologia 3 acima descrita:

O paternalista forte está disposto a proibir qualquer adoção de riscos irrazoável: categorias (3) e (4); o paternalismo débil está disposto a impedir tão só a adoção de riscos perigosos e não voluntários: só a categoria (4). Em conclusão, o paternalista

⁶⁰ Inevitável elemento de subjetividade.

forte proibiria e o paternalista débil permitiria a adoção voluntária de riscos irrazoáveis (assumindo que podem estar de acordo em que existem atos nesta categoria)⁶¹.

O alcance da estratégia do paternalismo débil depende do quão importante se conceba o conjunto de casos que cairiam naquela categoria. Se tão só algumas estranhas ou anedóticas situações seriam qualificadas como irrazoáveis⁶² e assumidas de forma voluntária, então pouca diferença prática haverá entre o paternalismo forte, decidido a evitar que as pessoas assumam riscos irrazoáveis, e o (anti)paternalismo débil, decidido a evitar que as pessoas assumam riscos irrazoáveis de forma involuntária. A pessoa irrazoável pode caracterizar-se como aquela que,

(...) se afasta dos modelos de razoabilidade desenvolvidos por economistas e filósofos, a saber, tendo um conjunto de objetivos em harmonia, atribui-lhes peso cuidadosamente e ordena-os de maneira que saberá quando sacrificar o de menor peso para obter mais do de maior, quando não possa obter ambos; seleciona cuidadosamente os meios que com mais probabilidades maximizarão a realização dos seus fins, evitando aqueles que por ter custos demasiado altos serão contraproducentes; evita as decisões impulsivas, e sempre que é possível elege depois de uma cuidadosa deliberação: diversifica os seus investimentos para se proteger contra desastres imprevistos, balança os seus desejos presentes contra os dos dias e anos próximos, a sua juventude contra a sua mediana e terceira idade, e trata todos os seus futuros “seres” da mesma maneira, rejeitando o sacrifício de um pelo outro⁶³.

Os casos de irrazoabilidade voluntária seriam, para Feinberg, aqueles em que a pessoa atua de forma irrazoável por traços de carácter como, por exemplo, uma autoindulgência excessiva, mas que não assume este traço como defeito, nem sente remorsos pelos seus atos. É como é e

⁶¹ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., p.106.

⁶² Feinberg nota que a ideia de irrazoabilidade não se confunde com a de racionalidade. Esta última é, para o autor, um conceito que se assume como propriedade de um indivíduo, enquanto incapaz, demente, alguém que não está no uso das respetivas faculdades mentais. Deste modo, os atos irracionais caracterizam-se por serem próprios de um indivíduo com as características descritas atrás. Os tipos de decisões irracionais que Feinberg tem em mente são meios que são patentemente inapropriados para os seus próprios fins, deduções inválidas a partir das suas próprias premissas, apartamentos graves dos próprios ideais e ações baseadas em ilusões grotescas e em distorções da realidade. Os atos irrazoáveis são com frequência realizados por pessoas competentes, como exemplifica Feinberg com o ato de fumar. Precisamente porque se trata de atos que não são irracionais, são atribuídos ao sujeito, mas justamente porque são irrazoáveis culpabiliza-se o sujeito por eles. A racionalidade prende-se com a capacidade cognitiva. A irrazoabilidade refere-se à sapiência e sensatez. Para o autor, se um indivíduo totalmente racional leva a cabo atos irrazoáveis em alguma ocasião, atenta contra os seus valores e preferências estabelecidas e estes atos não constituirão bons exemplos de irrazoabilidade voluntária.

⁶³ Feinberg, Joel: *Harm to Self*, cit., pp. 107-108.

não consegue mudar. Em segundo lugar, estão os casos em que a pessoa sofre lapsos de irrazoabilidade, tendo convertido esses lapsos em algo habitual. Esta pessoa pode sofrer do mal designado síndrome de “debilidade da vontade”, atuando de uma forma que no momento sabe ser irrazoável. Sobre estes casos⁶⁴, o autor considera que para o sujeito que padece de tal síndrome, infligiria a sua autonomia coaccioná-lo a ter um comportamento autoreferente mais razoável. No entanto, o indivíduo em questão pode continuar a exercer a sua autonomia, se permitir que outros cooperem, solicitando essa coação previamente, como no caso de Ulisses. Em terceiro e último lugar encontramos os casos da pessoa que é irrazoável por convicção. Por exemplo, os aventureiros românticos. Em tal caso, nem sequer é correto afirmar que se tratam de indivíduos irrazoáveis, porque o modelo económico de decisão racional é formal, de modo que só refere a coerência dos objetivos e desejos. Mas só com a coerência não podemos construir um modelo de comportamento. Necessitamos, por acréscimo, que se nos proporcionem alguns valores últimos que sejam os que determinem justamente a coerência dos nossos desejos, ações e objetivos. A questão é se ajuizamos a irrazoabilidade de um indivíduo a partir dos nossos próprios valores ou dos seus.

3.6.1-Da voluntariedade

Uma vez sabido que é possível assumir riscos, incluindo irrazoáveis, de maneira voluntária, cabe determinar quando há realmente voluntariedade.

Relembrando que tal é uma questão de grau, coloca-se a problemática de como determinar que grau de voluntariedade se requer numa ação para que seja considerada ilegítima uma restrição paternalista. Para o autor, tal conceção é variável, dependendo das circunstâncias, dos interesses em jogo e dos propósitos jurídicos ou morais a que deve servir. As seguintes ideias fundamentais servem de guia prático nesta matéria:

- quanto maior for o risco, maior deve ser o grau de voluntariedade requerido para permitir a conduta.

- quanto mais irremediável for o dano, tanto maior deve ser o grau de voluntariedade exigido.

⁶⁴ Recorde-se a importância que lhes atribui Dworkin.

-o padrão de voluntariedade normal deve adaptar-se de outras maneiras às diversas circunstâncias especiais.

Há que lembrar que o paternalismo débil justifica dois tipos de intervenções, diferentes, mas intimamente relacionadas. São estas as intervenções orientadas a evitar danos que o sujeito se pode auto-infligir (ou consentir que lhe inflijam), quando a sua ação ou consentimento não é voluntário e, por outro lado, as orientadas a estabelecer se a conduta do indivíduo é realmente voluntária, quando se dão circunstâncias para presumir que assim não é. A justificação para este tipo de intervenções baseia-se numa máxima de experiência sobre a voluntariedade de certo tipo de atos que comportam dano ou risco de dano. O que se presume sobre estes “comportamentos presumivelmente involuntários” é que o ator não escolheu o que realmente queria fazer, sendo que teria atuado de outra maneira se lhe fosse concedida tal oportunidade. Esta presunção deverá ser sempre, não obstante, ilidível pela prova de que o comportamento foi, efetivamente, voluntário. Além disso, a presunção nada implica no que respeita à carga da prova. Seria pouco respeitoso para com a autonomia individual exigir às pessoas que provem que são competentes e que de uma forma livre e calma desejam levar a cabo um ato “presumivelmente involuntário”. Não deve haver, a juízo do autor, muitos tipos de atos que estatisticamente sejam claros casos de condutas “presumivelmente não voluntárias”. Algumas categorias bem estabelecidas de diagnóstico psiquiátrico (por exemplo, auto-mutilação genital, cegar-se ou produzir o tipo de lesões que se conhecem como estigmas) ou casos como o da pessoa que se dispõe a atravessar uma ponte em mau estado constituiriam situações nas quais a presunção funcionaria. Já outros casos, como por exemplo, o suicídio, prestam-se menos à “presunção fácil”. Nestas últimas situações, quando a interferência para comprovar a vontade está justificada, não é geralmente devido a uma inicial probabilidade de não voluntariedade, mas antes à magnitude e irrevogabilidade dos danos em jogo. Nos casos de uma só parte, a interferência paternalista está justificada apenas quando a ação arriscada ou danosa que o sujeito leva a cabo não é suficientemente voluntária.

Do ponto de vista do Estado, o princípio de paternalismo débil, nos casos de uma só parte, consiste num princípio negativo para as autoridades, de acordo com o qual certas condutas paternalistas dos particulares não devem ser proibidas, a saber, aquelas condutas de interferência com a ação arriscada ou auto-danosa de outro (por exemplo, interferir com o intuito suicida de uma pessoa aparentemente demente não deve ser um crime).

A existência de uma vontade suficiente determina-se mais facilmente de uma forma negativa, ou seja, constatando a inexistência de vícios de vontade. Ora, os fatores que podem reduzir a vontade de um ato são⁶⁵:

- Coação.
- Crenças errôneas ou ignorância.^{66,67,68}
- Disposições transitórias.
- Incapacidade.⁶⁹

Nos casos de duas partes, a estratégia do paternalismo débil é a mesma que nos casos de uma só parte, ou seja, distinguir entre ações auto-referentes voluntárias e involuntárias e limitar a intervenção estatal a estas últimas. A diferença reside no facto de nestes casos de duas partes, os atos sobre que se há de ajuizar a vontade serem “atos de consentimento”.

Quando o consentimento numa ação perigosa é muito estranho e dificilmente se outorgaria se não fosse por ignorância, pressão ou deficiências psicológicas, então, de acordo com a estratégia do paternalismo débil, o legislador pode proibir tal ação, por via da aplicação do princípio de dano a terceiros, presumindo que, na prática, o consentimento a um acordo deste tipo nunca é suficientemente voluntário. Diante daqueles raros casos em que, contudo, o consentimento é genuinamente voluntário, poderiam adotar-se alguma das seguintes estratégias: justifica-se de todas as formas a proibição total porque é melhor que uns poucos sofram injustiça do que a sofra a maioria (como resultado da permissão total) ou que se assumam os elevados custos de considerar casuisticamente a voluntariedade do

⁶⁵ De entre estes fatores, a juízo do autor, o erro e a coação são mais problemáticos para os casos de uma só parte.

⁶⁶ Esclarece o autor que importam quando forem relevantes, isto é, incidam sobre o carácter ou a magnitude dos riscos assumidos ou disponibilidade de alternativas.

⁶⁷ Para o autor, este tipo de intervenção seria temporal, com vista a transmitir a informação que restauraria a vontade.

⁶⁸ O autor traz à colação a distinção entre fazer algo “em ignorância” ou “em razão da ignorância”. O fumador de marijuana atua de forma suficientemente voluntária se sabe, ao menos, que não se sabe dos efeitos do consumo desta droga. O mesmo pode dizer-se com respeito aos desportos de risco. Se um patinador crê que o risco de que a capa de gelo no lago gelado se rompa é de 1% quando na realidade é de 9%, a sua ação de assumir o risco não é suficientemente voluntária. Não obstante, se sabe que se desconhece qual pode ser a espessura da placa e mesmo assim decide arriscar, assume o risco de forma suficientemente voluntária.

⁶⁹ No caso da menoridade, a incapacidade vai desaparecendo gradualmente até à sua eliminação ao chegar à maioridade. Isto implica que a legitimidade da interferência paternalista deve adaptar-se à gradual maturidade das pessoas e o que está justificado para uma criança pode não estar para um adolescente. O princípio geral de intervenção é manter abertas as opções mais importantes para a criança até que esta alcance uma adequada capacidade para decidir por si mesma. Este mesmo princípio seria o fundamento da educação liberal obrigatória.

consentimento; colocar em funcionamento “departamentos de equidade”, que poderiam considerar apelos baseadas em circunstâncias especiais; estabelecer Tribunais para determinar a voluntariedade de acordos específicos antes de conceder licenças ou determinar a completa permissão, mas só depois de garantir uma completa educação sobre riscos, fornecida diretamente pelo Estado ou através de agências privadas autorizadas e, quiçá, outros mecanismos, como aconselhamento obrigatório, exames, etc. Para Feinberg os custos e dificuldades práticas destes mecanismos são suficientes para que esteja justificado proibir certas atividades perigosas, presumindo a sua não voluntariedade. Esta é a consideração que, para o autor, parece estar por detrás da proibição geral de venda de drogas ou da anulação do consentimento a mutilações cirúrgicas ou empréstimos usurários. Noutros casos, nos que não se justifica uma proibição absoluta, a estratégia do paternalismo débil também pode aplicar-se, em ordem a excetuar de responsabilidade terceiras partes cuja intervenção se deva à suspeita de que o consentimento do sujeito que vai ser danado não é válido (por exemplo, se vemos que alguém se dispõe a disparar a outro na cabeça e o impedimos, a nossa intervenção deveria ficar livre de responsabilidade).

3.6.2- Do paternalismo e da exploração não coativa

O autor assinala um problema, naqueles casos bastante diferentes, nos quais se pode dizer que “A explora B “ou “se aproveita” dele, sem infringir necessariamente a sua autonomia ou, inclusivamente, sem danar os seus interesses. As suposições de exploração coativa ou fraudulenta que danam um sujeito sem o seu consentimento voluntário podem perseguir-se criminalmente, de acordo com o princípio do dano. Este mesmo princípio pode aplicar-se também aos supostos em que indivíduos se aproveitam do respeito pelo Direito por parte dos demais para sacar vantagens, supostos em que não se causa dano diretamente a ninguém, mas se a conduta se tornasse geral, produziria um grande dano nas práticas e instituições sociais. Nos casos em que a conduta conta com o consentimento plenamente voluntário:

Se tal conduta deve ser proibida, teria que ser ou em razão de paternalismo forte - proteger B das consequências das suas próprias escolhas completamente voluntárias -, ou em razão de que a exploração *per se* é um mal de suficiente magnitude para apoiar uma proibição, inclusivamente quando, por causa do consentimento, não ofende a sua vítima. Como vimos, tal exploração consentida podia tender a ser não equitativa

(*unfair*) no sentido de que, salvo pelo consentimento da vítima, tivesse sido de facto não equitativa para ele. Mas inclusivamente se no balanço final desaparecia a falta de equidade (por causa do consentimento de B), todavia podia ser chamada injusta (*injust*) do ponto de vista de A. Assim, pode arguir-se que a proibição está justificada para evitar ganâncias injustas, mesmo quando não é necessária para prevenir uma perda não equitativa (ou dano, no sentido do princípio do dano). Neste caso, o princípio legitimador da coação não seria nem o princípio do dano a outros nem o paternalismo jurídico, mas uma versão do moralismo jurídico que justifica a prevenção de ganâncias imorais, mesmo quando não há uma vítima lesionada⁷⁰.

Quando a conduta de A explora B sem daná-lo (com ou sem o seu consentimento), requer ainda mais um princípio moralista para justificar a sua proibição, porque inclui casos em que não se dana em absoluto B. Este princípio moralista estaria por detrás, “tacitamente invocado”, do que à primeira vista poderia parecer uma legislação paternalista.

Com frequência, os sistemas jurídicos mostram-se anti-paternalistas nos casos de uma só parte, uma vez que se comprovou que o sujeito atuou voluntariamente (por exemplo, no consumo de droga ou suicídio), mas castigam os casos de duas partes, apesar do indivíduo danado ter consentido na eleição (por exemplo, o tráfico de drogas ou o auxílio ao suicídio). Esta assimetria está relacionada com o facto da preocupação do legislador não ser tanto evitar danos ao autor ou aceitante, antes evitar a exploração por parte do provedor ou indutor. Ora, quando este último não ganha com o seu comportamento (como por exemplo, quando ajuda um indivíduo a morrer, porque se compadece com o seu sofrimento), o objetivo do Direito Penal não pode ser simplesmente a prossecução da exploração. Nestes casos, o único princípio aplicável é o do paternalismo, pois qualquer plausibilidade que o moralismo tenha como razão para perseguir a exploração desaparece quando não há uma ganância pessoal implicada.

⁷⁰ Feinberg, Joel: “Non coercive Exploitation”, in Sartorius, Rolf. *Paternalism, cit.*, p. 226.

3.7- Da aplicação do paternalismo débil a casos concretos

3.7.1- Do caso das drogas prejudiciais

O autor recorre ao exemplo de um paciente que solicita ao médico que lhe receite uma droga que é danosa:

1)- Dr. Doe: “Não lhe posso receitar a droga X porque lhe causará danos físicos”.

- Mary Roe: “Está enganado. Não me causará dano físico”.

O princípio do paternalismo débil permite impedir o consumo da droga porque não é certo que o sujeito queira consumir drogas danosas e, em consequência, a sua decisão é menos que completamente voluntária.

2)- Dr. Doe: “Não lhe posso receitar a droga X porque lhe causará danos físicos”.

- Mary Roe: “Exato. Isso é justamente o que quero. Quero danar-me a mim mesma”.

Aqui, o padrão que temos tomado em conta permite a interferência baseada na forte presunção de que ninguém no seu perfeito juízo quer danar-se. Mas se se comprova que a decisão não está prejudicada por um condicionamento da voluntariedade, então terá que cessar a interferência paternalista.

3)- Dr. Doe: “Não lhe posso receitar a droga X porque lhe causará danos físicos”.

-Mary Roe: “Não me preocupo se causa dano físico. Conseguirei um grande prazer primeiro, muito prazer de facto, que bem vale a pena o risco de dano físico. Se tenho que pagar um preço pelo meu prazer estou disposto a fazê-lo”.

Em princípio, o Estado não deve intervir, pois o hedonismo pode fazer parte do plano de vida dos indivíduos. Dependendo dos factos, este caso pode ser análogo ao anterior. Se a droga em questão produz uma hora de intenso prazer e depois uma morte muito dolorosa, os riscos assumidos mostram-se tão irrazoáveis que se pode presumir a não voluntariedade. Não obstante, a droga pode ser prejudicial da mesma maneira que a nicotina: vinte ou trinta anos depois de consumir regularmente a droga, o risco de cancro é alto. Para o autor, assumir o risco de contrair cancro pelo prazer de fumar pode ser irrazoável, mas não há uma forte evidência de não voluntariedade neste domínio:

O Estado poderia inclusivamente usar justificadamente os seus poderes de fixar taxas, intervir ou persuadir para fazer fumar (e outros consumos de drogas similares) mais difícil ou menos atrativo; mas proibir completamente para todos seria dizer ao que assume o risco voluntariamente que inclusivamente os seus juízos informados do que é valioso são menos razoáveis que os do Estado, e que, em conclusão, não pode atuar de acordo com eles. Isto é o mais puro paternalismo forte, não mediado pelo padrão da voluntariedade. Como princípio da política tem um forte odor a moralismo e cria um sério risco de tirania governamental⁷¹.

3.7.2- Do caso dos capacetes de segurança

O autor inicia a sua análise afirmando que a legislação que impõe o uso do capacete de segurança para os motoristas e seus acompanhantes tem muito a seu favor, pois evita graves danos a muitas pessoas e, ademais, é plausível considerar que todas as pessoas contrárias a este uso que tenham salvo a sua vida por tal, tenham agradecido imediatamente este paternalismo estatal.

Se se argumentar que a conduta de conduzir sem o capacete é tipicamente (ainda que não necessariamente) involuntária, abrimos espaço para a aplicação do paternalismo débil. Para Joel Feinberg, é muito improvável que tal justificação tenha êxito, pois pode atuar-se irrazoavelmente de forma completamente voluntária, como analisamos acima, a propósito da abordagem à voluntariedade das ações. A imprudência ou temeridade seriam como outros defeitos de carácter, ausente qualquer prova de uma tara cognitiva ou emocional, razões para culpabilizar a pessoa em questão, mas não para considerar as suas ações insuficientemente voluntárias. Em conclusão, parece que a única via para aprovar estas leis é fundamentá-las nas necessidades de proteger os interesses de terceiros ou o interesse público. Um argumento rebuscado neste sentido é o que assinala a necessidade de evitar que os motociclistas recebam o impacto fortuito de pequenas pedras, lançadas por outros veículos, que poderiam fazê-los perder o controlo e provocar acidentes, e, conseqüentemente, danos para outros. No entanto, o argumento mais convincente é o que se refere aos importantes custos públicos (em dinheiro) dos acidentes. O autor recorda a crítica de Dworkin a este argumento de que seria menos restritivo exigir uma garantia por parte dos motoristas que cobrisse estes gastos de acidente.

⁷¹ Joel Feinberg: *Harm to Self, cit.*, p.134.

Um sistema combinado de licença para conduzir, educação e seguro obrigatórios, protegeria igualmente o interesse público e deixaria a legislação que impõe o capacete despida de um fundamento razoável. Outra base para justificar tal é o argumento de Dworkin dos “custos psíquicos” e que John Kleinig denomina “argumento da carga pública”. Deixar abandonadas as pessoas à sua própria desgraça (culpável) supõe um “custo psíquico” inaceitável para a própria sociedade. Se algum argumento justifica a imposição do capacete é este. O argumento é mais forte se desvinculado da questão dos custos: os imprudentes, quando os danos arriscados são muito graves, põem os demais na calha de deixá-los na mísera condição que eles mesmos buscaram ou de suportar injustamente o gasto da sua assistência. Para nos protegermos a nós mesmos deste dano (extorsão moral), poderia pensar-se que estaria justificado aprovar normas contra a adoção voluntária de riscos. Este argumento compartilha com o paternalismo que a preocupação principal continuam a ser os terríveis e irreparáveis danos físicos que sofrem os indivíduos em causa. O autor não encerra a questão de se este argumento dos custos psíquicos, na sua própria interpretação, seria suficiente para justificar a imposição do capacete. Refere apenas que se for este o caso, se outras considerações pesarem mais (fundamentalmente as que se referem aos interesses dos motoqueiros), deveriam rejeitar-se tais regulações.

3.7.3- Do caso da escravatura voluntária

Outra série de casos alvo de análise por parte do autor são aqueles que remetem para contratos em que uma das partes está de acordo em restringir a sua liberdade em algum aspeto. O caso limite seria o contrato de escravatura.

Para John Stuart Mill, a justificação para esta proibição parece residir no paternalismo forte, mas existem outras vias.

Pode apelar-se ao princípio de não exploração, uma forma, como analisámos acima, de moralismo jurídico, defendendo que os seres humanos não são bens suscetíveis de apropriação. Também poderá argumentar-se que debilitar o respeito pela dignidade humana suporá, em última análise, danos para as pessoas que não consentiram nestas práticas. Em terceiro lugar, o argumento da carga pública, segundo o qual as desgraças de uns se tornam contra o todo social, poderia aqui ter lugar. Finalmente, poderia argumentar-se que, se bem que os contratos de escravatura voluntários seriam não objeccionáveis, a máquina legal para

averiguar desta voluntariedade seria tão incómoda e cara que os tornaria completamente irrealizáveis. Esta última parece ser a posição de Feinberg, para quem se pode recorrer ao caminho,

(...) desde a óbvia permissibilidade de renúncias limitadas da liberdade à permissibilidade, em princípio, de perdas inclusivamente extremas, exceto que no caso da escravatura as “necessidades da vida” - complicações administrativas em determinar a voluntariedade, elevados custos, etc. - a proibam⁷².

3.7.4- Do caso da eleição da própria morte

Quanto à eleição da própria morte, a estratégia do paternalismo débil, proposta pelo presente autor, mostra para estes casos problemáticos uma simplicidade: não seria necessário ponderar a autonomia individual frente a outros princípios como, por exemplo, o do carácter sagrado da vida, princípio de não danar, ou os deveres profissionais dos médicos ou da administração penitenciária. Só haveria que julgar se a eleição da própria morte é suficientemente voluntária.

Requer-se aqui a aplicação do padrão mais exigente de medição da vontade, pois trata-se de uma decisão absolutamente irrevogável⁷³. Para averiguar se a decisão é completamente voluntária, no casos dos presos, uma proibição absoluta de auto-destruição estaria justificada pela fundada suspeita de que o ambiente prisional não permitiria com suficiente certeza saber se as decisões são completamente voluntárias. Outro caso diferente é o dos doentes nos hospitais. A favor de uma proibição absoluta nestes casos de doentes muito graves, descartados os argumentos do tipo da “ladeira escorregadia” (a eutanásia voluntária levaria, lógica ou empiricamente, à eutanásia involuntária), existem fundamentalmente os seguintes argumentos: um que apela aos mesmos princípio do paternalismo débil, de acordo com o qual a petição de eutanásia nunca é suficientemente voluntária e um segundo, muito mais plausível, que considera que mesmo quando num caso particular a eutanásia está plenamente justificada, outras considerações que não têm a ver com o caso particular entrariam em jogo, de maneira que fariam vencer a balança a favor da proibição absoluta⁷⁴. Sobre o primeiro argumento do pedido nunca ser suficientemente voluntário, existem quatro formas principais

⁷² Feinberg, Joel: “Legal paternalism”, *cit.*, p.14.

⁷³ Ainda que exigente não deve ser intransponível, para se respeitar verdadeiramente a autonomia individual.

⁷⁴ Argumento utilizado por Yale Kamisar e pelo Supremo Tribunal dos Estados Unidos no caso Cruzan.

em que este se apresenta, tomando por modelo um paciente que sofre graves incapacidades físicas, encontrando-se numa cama de hospital, com as respetivas faculdades mentais intactas: assumindo que se uma pessoa deprimida decide morrer, esta petição prova que a depressão prejudicou o respetivo juízo e, em consequência, o seu pedido não será completamente voluntário; como reflexão de uma incapacidade para tomar decisões; como argumento de quanto mais razoável e lúcido o pedido, mais o indivíduo tem capacidades intelectuais suficientes para continuar a sua vida e o de que quando se leva o paciente a atingir o seu objetivo, a própria morte, este experimenta a sensação de uma batalha ganha, mas se pode experimentar satisfações tem uma razão para viver. Estas ideias exigem ao paciente uma prova impossível, de tal modo que a possibilidade de voluntariedade ficar-lhes-ia praticamente vedada. Estes argumentos baseiam-se na construção de um dilema lógico, no qual estas ideias são válidas para uma conclusão, mas não como base para uma regra que regule o que pretendemos, dado que se admite esta petição mas fixam-se condições para a sua aceitação que são logicamente impossíveis de cumprir.

Para Feinberg, a averiguação da voluntariedade deverá depender de um teste independente do conteúdo da eleição, sob pena de se não respeitar a autonomia individual.

O segundo argumento fundamental em apoio da proibição absoluta - o que prescinde dos méritos individuais do caso -, geralmente apresenta-se na forma de uma analogia com a pena de morte: “é preferível que dez pessoas culpadas escapem do que uma só inocente sofra”. Da mesma maneira, seria preferível que não se pratique a eutanásia em casos em que estaria justificada porque a decisão do paciente é suficientemente voluntária, do que se pratique em casos em que não estaria justificada porque a petição não é suficientemente voluntária ou porque, na realidade, não existiu qualquer petição. Para o autor, esta analogia é incorreta porque no caso dos condenados à morte a salvaguarda dos interesses dos inocentes faz-se à custa de permitir um benefício gratuito aos culpados. No caso da eutanásia, a salvaguarda dos interesses dos que verão injustamente encurtadas as suas vidas faz-se à custa da impossibilidade de um dano aos que verão frustrados o seu desejo de morrer, um dano que nos casos típicos de eutanásia não pode ser julgado como diminuto e de escasso valor. Não pode demonstrar-se que o número provável de inocentes mortos constituiria um mal maior que o provável número de indivíduos erroneamente mantidos com vida.

Alguns autores que abordam esta temática consideram que o direito à vida (modo como a maioria dos Tribunais vê a questão da eutanásia) é um direito obrigatoriamente irrenunciável ,

como que um dever de viver e não um direito de morrer (posição dos “paternalistas”). Os “pais fundadores” consideram que o direito à vida é discricional e não obrigatório: o direito a morrer seria simplesmente o reverso do direito a viver. Da mesma maneira, quando não está nas minhas mãos matar-me, poderia renunciar ao direito à vida, liberando uma pessoa do seu dever de não me matar⁷⁵. O “extremo antipaternalista” considera também que o direito à vida é discricional, mas vai mais além ao afirmar que não só a vida mas também o direito discricional à vida é alienável, desde que a eleição seja completamente informada, bem pensada e não coagida, isto é, completamente voluntária. O autor situa-se entre a segunda e a terceira posições acima descritas, sendo que a última comporta a virtude de se opor completamente ao paternalismo.

⁷⁵ Tal não se confunde com alienar o direito em si mesmo, ou seja, deixar na mão dos outros matar-me ou não, esteja eu ou não de acordo. O direito em si mesmo, em oposição àquilo em que o direito consiste, é inalienável.

IV “Teoria Geral” (esboçada) sobre o paternalismo jurídico estatal

4 - Do “esboço” de uma teoria geral paternalista

Foi já referido na introdução que este capítulo final se destina à construção de um esboço em matéria de teoria geral do paternalismo.

Não é pretensão nossa (não arriscaríamos tamanha ousadia) construir uma teoria tão sustentada quanto as dos autores acima, fruto da respetiva bagagem científica, experiência e brilhantismo dos mesmos. No entanto, baseados nos seus contributos, tentaremos reunir algumas ideias fulcrais nesta matéria, a desenvolver, eventualmente, em estudos posteriores.

Uma palavra para o facto de alguns autores estudiosos destas matérias considerarem que o problema do paternalismo estará, verdadeiramente, na sua aplicação aos casos concretos, pelo que importará resolver as questões casuisticamente, de pouco valendo uma teoria geral neste âmbito. Quanto a nós, julgamos que deve atender-se às circunstâncias do caso concreto neste domínio, sem que se deixe de enunciar um princípio geral, guia essencial para esta problemática.

4.1- Paternalismo no contexto de um Estado Social de Direito

No cruzamento entre o Direito e a Política, a liberdade surge como valor de topo em jogo.

A liberdade, encarada na sua vertente positiva⁷⁶, corresponde à imagem do indivíduo que toma controlo da sua própria vida e realiza os respetivos propósitos últimos e fundamentais. É o domínio da liberdade dos antigos, de cunho coletivo, que pressupõe uma maior intervenção estatal, que respeita a fatores internos do indivíduo e que se revê num Estado transformador, grosso modo, socialista. Recorramos a um exemplo para ilustrar tal conceção: imaginemos que um indivíduo, viciado em jogo, conduz um veículo e, chegado a uma encruzilhada, vê-se perante a escolha entre o emprego de um lado e Las Vegas do lado oposto. Os fatores internos que impõem ao indivíduo ir para Las Vegas (vício do jogo) não lhe permitem estar no pleno gozo desta liberdade positiva. Deste modo, o Estado deveria auxiliar o cidadão a afastar estes fatores internos, enquanto vícios ou debilidades de pensamento, ainda que violasse a respetiva liberdade negativa.

⁷⁶ Tomaremos aqui a dicotomia entre liberdade positiva e negativa, proposta por Isaiah Berlin.

A liberdade apelidada de liberdade dos modernos - liberdade negativa - identifica-se com a ausência de obstáculos à prossecução da ação do indivíduo. Reveste-se de um cunho individualista, que pressupõe menor intervenção estatal, que respeita a fatores externos e que se conjuga com um Estado preservador, liberal. No exemplo da encruzilhada acima descrita, esta liberdade negativa corresponde à ausência de obstáculos no caminho, para que o indivíduo possa desenvolver a sua ação.

Num Estado de Direito existe, em verdade, uma presunção desta vertente negativa da liberdade. Ora, tal implica que o Estado só poderá intervir se tiver uma fundada razão para tal. Não obstante, um Estado Social pressupõe que se garanta a acima referenciada vertente positiva da liberdade, ainda que se viole a negativa, sempre que tal for necessário para garantir que o indivíduo controla a sua própria vida, sendo livre nas respetivas escolhas.

Ora, na nossa visão, é esta conciliação de ambas as vertentes que se apresenta num Estado Social de Direito como se assume o nosso que torna interessante e relevante a questão do paternalismo jurídico estatal, enquanto interferência com a liberdade dos indivíduos e, simultaneamente, reveste a questão de franca complexidade.

4.2- Do conceito de paternalismo

Nesta matéria, há que referir, à semelhança do que faz Alemany García, a necessidade de distinguir entre aspetos descritivos e valorativos.

Efetivamente, uma das principais dificuldades no estudo das intervenções paternalistas é justamente a carga desfavorável inerente ao termo “paternalismo”⁷⁷. Deste modo, a valoração do paternalismo, ou seja, a análise de se este é justificado ou injustificado, não deve ser uma característica que define o conceito, mas tão só que o acompanha.

Partiremos, portanto, da construção de um conceito neutral de paternalismo e só depois de efetuada a descrição do conceito faremos a posterior valoração do mesmo. Na busca por uma definição neutral de paternalismo jurídico estatal (o que para aqui nos interessa), encontramos: **o Estado, por meios distintos da persuasão racional e no exercício de uma**

⁷⁷ Tal ideia é também referida por Joel Feinberg, como analisamos.

competência⁷⁸, exerce poder jurídico⁷⁹, com a finalidade de evitar que o indivíduo leve a cabo ações ou omissões que o danem a si próprio e/ou suponham um incremento do risco de dano e/ou a perda de um benefício (de tipo físico, psíquico e económico).

É importante ter em conta que tem que ser altamente provável que o meio utilizado pelo Estado seja uma das causas do comportamento do indivíduo, excluindo-se deste âmbito a persuasão racional. A incompetência do sujeito é um pressuposto da racionalidade da ação paternalista, pois se cremos que alguém que é competente se está a danar a si próprio, a única forma racional de o evitar é justamente a persuasão racional.

O paternalista evita apenas os danos autoinfligidos. Relativamente a esta matéria, existe, de facto, o risco de que, sendo a distinção entre comportamento auto ou hetero-referente relativa a uma valoração social do que é exigível aos indivíduos, se advogar que esta valoração parece estar em contínuo movimento. Daí que alguns autores considerem que é inútil o esforço em fixar um limite abstrato neste domínio. Em geral, a tese da interdependência entre o bem-estar dos indivíduos parece ganhar plausibilidade quanto maior seja o número de indivíduos que se dedicam a comportamentos auto-destrutivos. Conforme a preocupação pelas consequências sociais ganha terreno, a interferência com os atos privados encaixa mais no princípio de dano a terceiros.

Um dos problemas recorrentes em matéria de paternalismo é o de que é plausível colocar em dúvida a possibilidade lógica da existência de danos autoreferentes se aceitarmos, numa das suas interpretações, a máxima *volenti non fit injuria*. Se aquilo que fazemos voluntariamente não pode danar-nos, quando nos danamos não atuamos voluntariamente. Mas se assim é, então o dano que nos causamos não é genuinamente autoinfligido, de modo que o princípio paternalista é redundante com o princípio do dano a terceiros (sobretudo nos casos de

⁷⁸ Duas notas neste domínio: partimos de uma conceção de exercício intencional de poder, mais frutífera para averiguar da justificação ou não do paternalismo. Relembremos ainda que a competência assume-se como o poder de intencionalmente modificar a situação jurídica de outro, sem contar com a respetiva aceitação.

⁷⁹ Ao considerar o paternalismo jurídico um poder jurídico esclarece-se a conexão entre a discussão sobre o paternalismo jurídico e a filosofia política sobre o paternalismo e as formas de governo. As normas emanadas de uma legislatura democrática podem ser vistas como exercício da autonomia do povo, que atuaria por meio de representantes, mas na medida em que as suas disposições se apliquem aos destinatários das mesmas sem requerer para tal o seu consentimento individual são heterónomas, supondo o exercício de uma competência, e portanto, suscetíveis de ser paternalistas. Também se esclarece a relação entre paternalismo jurídico e coação, sendo que, em sentido amplo, o paternalismo jurídico é sempre coativo, pois resulta do exercício de competências que modificam a situação jurídica a um indivíduo que o não queira. Num sentido estrito, só será coativo quando recorra à coação como instrumento real ou potencial.

paternalismo indireto). Não haveria nada na discussão sobre o paternalismo para além de uma doutrina sobre a implementação correta do velho princípio do dano a terceiros. Para que a doutrina do paternalismo não acabe absorvida desta maneira pela doutrina liberal do princípio do dano, parece que a única alternativa é, primeiro, negar essa interpretação da máxima *volenti non fit injuria* e, segundo, apresentar a finalidade do paternalismo como “evitar danos voluntariamente auto-infligidos” (paternalismo forte de Feinberg).

A posição aqui sustentada considera, partindo de uma definição da ação paternalista valorativamente neutra e baseada no ponto de vista do agente paternalista, que em todo o sincero paternalismo o agente paternalista pressupõe um defeito de juízo, informação, competência em geral, no sujeito alvo da ação. Parece que o sentido aqui a ter em conta é o de que a ação ou omissão procede de uma volição e, com frequência, se refere especificamente aqueles danos que são voluntários, no sentido em que o dano é uma consequência não querida de uma ação intencional (por exemplo, a ação de fumar)⁸⁰.

No que contende com o autopaternalismo, este está intimamente relacionado com a perspectiva diacrónica da racionalidade. A compreensão por parte de um agente da dimensão temporal da racionalidade pode conduzir à adoção de uma estratégia para atingir a racionalidade perfeita por meios indiretos. Alemany García denomina auto-paternalismo do tipo “contrato Ulisses” quando o mecanismo de autorestrição consiste em recorrer a outros indivíduos e autopaternalismo estrito, quando o próprio sujeito põe em marcha algum mecanismo que não depende de outro. Este último pode repousar sobre uma relação causal ou convencional (exemplo da primeira, injetar uma substância que tornará intolerável no futuro o consumo de álcool ou nicotina e da última uma legislatura que estabelece que certas normas não podem ser derogadas ou modificadas no futuro). Consideremos o caso de um indivíduo que acorda com outro que este o impeça de levar a cabo uma ação num momento posterior. Alguns autores considerem que a ação a realizar se resume apenas a seguir as instruções do indivíduo, como se de um mandato se tratasse. No entanto, no caso em apreço, há renúncia ao direito de revogação por parte do sujeito, em previsão de uma futura troca de preferências que pode comportar graves prejuízos. Assim, o agente a atuar terá que valorar qual das preferências do sujeito deverá ser tomada em consideração, num juízo justificante da sua

⁸⁰ Um sujeito pode danar-se a si próprio voluntariamente, no sentido de uma ação que procede de uma volição e involuntariamente, no sentido em que a sua ação responde, por exemplo, a uma coação externa. O paternalista considerará como danos infligidos ao próprio os que derivam deste tipo de ações.

própria ação em muito semelhante ao do paternalismo. A diferença é que aqui a justificação será mais fácil, ainda que não se possa subsumir a assinalar que foi o que o indivíduo pediu. Em última instância, a discussão sobre se é incoerente falar de paternalismo nestes casos tem que ver com a discussão sobre se existem casos de paternalismo justificado ou não. Quem adota esta última posição nega o carácter de paternalismo a estas situações, pela sua plausível justificação. Pelas razões expostas ao considerar a conveniência em adotar um conceito neutral de paternalismo, estes casos serão verdadeiros casos de paternalismo.

4.3- Legitimidade da intervenção paternalista

Dado o contexto que acima se referiu, cabe averiguar quando é que uma intervenção paternalista estará legitimada, ou seja, quando fará sentido ilidir a presunção em favor da vertente negativa da liberdade.

Para John Stuart Mill, como acima estudado, tal intervenção do Estado legitima-se por via do princípio do dano, ou seja, a intervenção só estará justificada se prevenir um dano a um outro que não o próprio indivíduo. O autor exclui desta visão os menores, os indivíduos que estejam numa situação que exija cuidados por parte de outros e as sociedades que podem considerar-se num estado diminuído. Exceciona ainda o caso do indivíduo que pretende abdicar da sua liberdade, com base no facto de que a liberdade não pode permitir a aniquilação da própria. Já se denota, portanto, no âmbito destas exceções, uma aceitação do paternalismo, ainda que restrito a casos especiais. É que nestes casos de exceção à máxima de Stuart Mill de que ninguém é melhor juiz do que o próprio, os sujeitos parecem apresentar algum tipo de défice, debilidade ou incompetência, que justificaria uma exceção ao princípio do dano a terceiros como fundamento exclusivo da intervenção estatal.

Gerald Dworkin, por sua vez, enfatiza o importante facto de que muitas regulações jurídicas existentes nos atuais sistemas jurídicos têm aparentemente um fundamento paternalista e são geralmente aceites como justificadas. E, avaliando pelos exemplos de que o autor se socorre, tais intervenções estão para além do princípio do dano (ou seja, da liberdade negativa), enunciado por John Stuart Mill.

A este propósito, há que colher, neste domínio, uma ideia essencial referida por Joel Feinberg: a de que quando um indivíduo se lesiona deliberadamente a si mesmo ou assume um alto

risco de dano, não se produz necessariamente um dano público em grau suficiente que justifique a aplicação do princípio do dano. Só indireta, remota e trivialmente a conduta seria hetero-referente. Se assim não fosse, todas as situações paternalistas seriam reconduzidas, em considerável parte, ao princípio do dano e a questão que aqui nos propomos analisar (o paternalismo) deixaria de ter relevância como tal.

Em suma, portanto, consideramos que o princípio do dano parece insuficiente para justificar tantas regulações tidas como aceites e as tentativas para o manter seriam extremamente rebuscadas e fariam o princípio redundar justamente em paternalismo, apenas não lhe aplicando tal rótulo. Mas a questão mantém-se. Como legitimar, então, tais intervenções?

Bebamos da sábia e eficaz estratégia de Dworkin de partir do paternalismo exercido sobre os menores, que é universalmente aceite e considerado justificado, para depois se seguir a identificação do princípio em causa e, conseqüentemente, a legitimação das intervenções paternalistas alvo do nosso estudo⁸¹. Julgamos que esta estratégia, no seguimento da inicial relativa à existência de muitas regulações paternalistas aceites e tidas como justificadas, que parte da constatação da realidade, é simultaneamente virada para a busca de uma justificação adaptada à realidade e, portanto, revestida de pragmatismo, e, por outro lado, ao partir da realidade, “das coisas tal e qual como são aceites”, restringe a margem de objeção a tal intervenção. Efetivamente, nenhuma doutrina política rejeita completamente o paternalismo, porque todas o admitem em alguns casos, ao menos em relação aos menores.

Ora, o que justificaria as restrições à liberdade dos menores seria o facto destes carecerem de algumas das capacidades cognitivas e emocionais para tomar decisões completamente racionais.

Esta mesma ideia justifica a extensão do paternalismo aos indivíduos cronologicamente maduros que são incapazes em alguns aspetos e, em consequência, análogos aos menores de idade. Na análise de Alemany García esta ideia joga em duas direções: por um lado, parece implicar que os adultos, não sendo menores, não devem ser tratados da mesma maneira. Por outro lado, exige que se os adultos são iguais aos menores em alguns aspetos relevantes, devem ser tratados de maneira similar. Esta última ideia do princípio de igualdade formal

⁸¹ De resto, esta foi a estratégia seguida anteriormente por Aristóteles, Thomas Hobbes e John Locke.

realiza-se através da construção de uma noção mais ampla e geral que a da menoridade e que incluiria esta: a noção de **incompetência**. O juízo moral mais geral é, portanto, que está justificado tratar paternalisticamente os incompetentes, menores ou adultos. Os menores podem ser tratados paternalisticamente não pelo simples facto de serem menores, mas porque essa propriedade comporta outra: a de ser incompetente.

O paternalismo forte consideraria que a incompetência, ou mais precisamente, a “menor” competência, é o estado normal da maioria dos indivíduos, incluindo no seu âmbito de proteção os capazes civilmente, que possuem discernimento no seu comportamento. O paternalismo débil pressupõe que a incompetência é um estado excecional para todos os indivíduos, nos ou em alguns dos seguintes sentidos: excecional no sentido de essencialmente transitório (como no caso da menoridade e estados de alienação transitórios), no sentido de anormal com respeito ao funcionamento normal da espécie (como no caso das doenças mentais graves) e no sentido em que afetaria as capacidades dos indivíduos só em relação a determinadas tarefas. Em moldes gerais, o paternalismo forte considera justificado que o Estado assuma o papel de pai, enquanto que o fraco só aceita a justificação de concretas ações paternalistas.

Consideramos que o paternalismo forte nunca está justificado e o fraco pode estar, em geral, justificado. Adotamos nesta temática uma posição intermédia entre a advogada por Alemany García (o paternalismo forte debruça a sua intervenção sobre indivíduos incompetentes, se bem que constrói uma noção errónea de incompetência) e Joel Feinberg (o paternalismo forte intervém sobre a ação de indivíduos competentes). Efetivamente, parece que o paternalismo forte intervém na esfera de ação de sujeitos que sabe competentes, mas que julga dotados de menor competência que o Estado.

A postura de quem considera que numa sociedade todos são menos competentes que uma pequena minoria (convenientemente composta por governantes) repousa sobre uma conceção errónea e inaceitável de (in)competência. O primeiro erro estaria em usar como base para justificar interferências paternalistas um conceito de competência gradual (a competência relativa) . Pressupõe-se que a competência é uma questão de grau, que permitiria construir uma escala que, sendo o suficientemente estreita, permitiria ordenar todos os indivíduos de mais a menos competentes. Esta escala terminaria necessária e convenientemente num só indivíduo. Esta escala é inaplicável, porque instável, não se vê qual procedimento utilizar a respeito de quais são os mais dotados e como ninguém pode ser o mais competente

relativamente a todas as matérias, deve dizer-se que tarefas são relevantes para formar a escala, mas a decisão não pode apoiar-se no juízo dos mais competentes porque não se determinou quem são. É efetivamente inaplicável esta escala de competência. A única medição de competência aceitável e a que o paternalismo débil deve recorrer é uma noção de competência de tudo ou nada, pela seguinte estratégia: primeiro, determinar um nível mínimo de competência exigível para ser considerado “competente” e, segunda, em relação a uma tarefa determinada. Só parece racional fundar ambos os critérios sobre um juízo do que são as capacidades normais dos sujeitos em relação com as tarefas ou problemas básicos e comuns. Ambos os aspetos, capacidades e problemas, são sensíveis ao contexto social de referência. Além disto, terão que se reunir as seguintes condições para que haja uma interferência paternalista justificada (paternalismo débil):

- **medida idónea e necessária**, no sentido em que evita que o indivíduo se dane a si mesmo ou incremente um risco de dano e não haja uma forma alternativa não paternalista e de custos razoáveis para evitar esse dano.

- a tendência à produção desses danos ou o incremento do risco de dano tem a sua fonte num estado de **incompetência básica** do sujeito.

- pode presumir-se racionalmente que o sujeito prestaria o seu **consentimento**⁸², tanto à possibilidade geral de ser tratado paternalisticamente, como ao conteúdo concreto da medida em causa, se não estivesse em tal situação de incompetência básica.

Estas condições refletem a superioridade do princípio da autonomia⁸³ e o carácter secundário do princípio paternalista.

Verdadeiramente, o princípio da autonomia não pode ser tomado de forma tão extrema que impossibilite qualquer intervenção paternalista, pois no limite restringiria a própria intervenção sobre os menores ou a baseada no princípio do dano a terceiros. E, efetivamente, o paternalismo débil, restringindo-se às situações de incompetência, visa, em certo modo, a promoção de uma certa autonomia.

Há sim que ponderar, em espírito de concordância prática, estes princípios, recorrendo aos itens acima.

⁸² Relembre-se o consentimento hipotético racional, defendido por Gerald Dworkin.

⁸³ Que não é, no entanto, absoluto.

O tipo de problema moral que o paternalismo comporta surgiria da incerteza sobre se estas condições podem ser satisfeitas num caso concreto e, em termos gerais, das dúvidas, sobre os respetivo alcance.

Este princípio pode ver-se como uma princípio que, a partir de uma formulação muito geral “devem respeitar-se as decisões privadas dos indivíduos”, guia todo o processo de justificação de uma interferência paternalista concreta, por meio de regras como as seguintes:

- 1- estar em condições de provar a incompetência do afetado.
- 2- partir de uma razoável conceção de incompetência (aquela que deixa a maioria do lado dos competentes, usando um critério relevante).
- 3- provar que os danos que provavelmente se evitarão superam os causados com a intervenção.
- 4- a intervenção é necessária e não há um meio alternativo.

O aspeto mais problemático e, simultaneamente, a chave da respetiva justificação, em matéria de paternalismo, consiste na ideia de incompetência.

Deve tomar-se em conta, à semelhança de Ernesto Garzón, uma conceção geral de incompetência, de maneira que esta não se entenda apenas como mais uma circunstância que afeta a voluntariedade de uma decisão (incapacidade em sentido estrito), mas antes uma forma unitária de todos os demais fatores que podem reduzir a voluntariedade de um ato⁸⁴. Parece importante distinguir, tal como Tom L. Beauchamp e James F. Childress, entre a função, a definição, os padrões e as provas para estabelecer a incompetência. A função dos juízos de competência é distinguir entre as pessoas cujas decisões autoreferentes devem ser respeitadas e as cujas decisões podem não ser respeitadas (incompetentes). Com respeito à definição de competência, todo os autores coincidem em que a competência consiste na capacidade para desempenhar uma determinada tarefa e Joel Feinberg, Ernesto Garzón, Bernard Gert e Charles M. Culver, mais especificamente na capacidade para tomar uma decisão racional. Para que a determinação do grupo dos incompetentes não caia no paternalismo forte, o critério não pode ser o da competência de grau, mas a competência de tudo ou nada, como acima verificamos. Isto significa que é necessário aceitar a proposta de Ernesto Garzón e Daniel

⁸⁴ Enfatizados, como vimos, também por Joel Feinberg.

Wikler de partir de um conceito de competência básica, ou seja, seriam competentes todos aqueles que tenham a capacidade mínima necessária para enfrentar as tarefas e desafios necessários para a prossecução do bem-estar individual. Deixa-se assim a maioria dos adultos do lado da competência e cai por terra qualquer argumentação que funde o paternalismo forte. É que o que releva é ter a competência básica e não quem tem mais competência. Allen Buchanan e Dan Brock defendem que o nível de competência que é exigível para tomar uma decisão em particular deve adequar-se às consequências de atuar conforme essa decisão. Esta estratégia da escala móvel no nível de competência mínima exigível apoia-se na ideia de que as decisões que comportam graves consequências são mais complexas e em que, como considera Feinberg, o senso comum aconselharia a manejar este padrão móvel. As regras práticas que este autor nos propõe para determinar o padrão de voluntariedade aplicável podem adaptar-se ao padrão de incompetência da seguinte maneira:

- Quanto maior seja o risco de uma conduta, maior deve ser o grau de competência requerido para a permitir.

- Quanto mais irremediável seja o dano, maior deve ser o grau de competência requerido.⁸⁵

- O padrão de voluntariedade deve adaptar-se de outras maneiras às diversas circunstâncias especiais.

A incompetência de um sujeito deve poder determinar-se com independência do conteúdo da sua decisão⁸⁶, daí que se exija que a competência se determine por meio de um teste independente que avalie as capacidades dos indivíduos para tomar certas decisões. Tal depende, não obstante de saber se a actuação é irracional, de um juízo que põe em relação o conteúdo da decisão e as crenças, preferências e processos de formação de crenças e preferências do próprio indivíduo. De acordo com a teoria estrita da racionalidade, a racionalidade de um ato depende das próprias crenças e desejos de um agente. O requisito fundamental de racionalidade seria a consistência das crenças e dos desejos. Para determinar se uma ação é irracional neste sentido estrito devemos conhecer as crenças e desejos relevantes para a ação e julgar se são inconsistentes. Uma vez determinado que a actuação é irracional, é plausível considerar que determinamos que o indivíduo é incompetente. De

⁸⁵ Já Dworkin assim referia.

⁸⁶ Já Feinberg o enfatizava.

acordo com uma teoria ampla da racionalidade, um sujeito que atua consistentemente de acordo com as suas crenças e desejos pode atuar, todavia, irracionalmente. Trata-se de ver a racionalidade substantiva dos desejos e das crenças e não unicamente a sua consistência interna. À semelhança do que ocorre com o conceito de decisão estritamente racional, quando se trata de uma decisão substancialmente irracional não basta unicamente conhecer o sentido da decisão, mas há que indagar a origem da mesma, buscar elementos distorcedores do bom juízo ou da autonomia. Por isto, o juízo de incompetência depende da racionalidade, formal ou substancial. O juízo de incompetência não depende unicamente do conteúdo da decisão. Como assinala John Elster, entre a teoria estrita do racional e a teoria completa do verdadeiro e do bom, há suficiente espaço e necessidade para uma teoria ampla da racionalidade.

4.4- Da incompetência

A partir desta noção de incompetência básica, o mais importante é determinar que tipos de fatores podem interferir com a mesma:

	Origem interna	Origem externa
Aspetos cognitivos	I ⁸⁷	III ⁸⁸
Aspetos volitivos	II ⁸⁷	IV ⁸⁸

I

- Ignorância relevante⁸⁹ (por exemplo, a ignorância sobre os efeitos das drogas).
- Crenças errôneas relevantes⁹⁰ (por exemplo, há uma probabilidade mais alta do que a real de ganhar a lotaria).

⁸⁷ Absolutas.

⁸⁸ Relativas (o desaparecimento da causa externa supõe que o indivíduo recupere a competência).

⁸⁹ Quando esta não se deve à ocultação de informação por outro.

⁹⁰ Quando estas não se devem ao engano de outro.

Entre estas crenças vale a pena destacar as crenças inconsistentes, de que é exemplo achar que levar um amuleto não traz sorte e que os amuletos dão sorte aos que não acreditam que traz sorte.

Referir ainda que nos casos acima descritos estas circunstâncias são relevantes se as pessoas atuassem de outra forma se não tivessem afetadas pelo erro ou ignorância.

São causas:

- doenças mentais (transtornos psicóticos, neuróticos, atraso mental, anorexia nervosa e em geral qualquer transtorno mental que dificulte as tarefas de compreender, apreciar ou processar informação).

- deficiências graves de educação em adultos.

- imaturidade.

- intoxicação por substâncias psicoativas.

- crenças que resultam de uma racionalização de uma esperança (por exemplo, a mulher maltratada que crê que os seu companheiro vai deixar de maltratá-la no futuro).

- erros inferenciais (por exemplo, quem pensa que depois de ter sofrido um grave acidente rodoviário e ter sobrevivido, as probabilidades de tal voltar a acontecer são muito menores)

II

- preferências irracionais.

- preferências inconsistentes (por exemplo, debilidade da vontade).

- doenças mentais (em particular, os transtornos neuróticos como as fobias, o comportamento obsessivo-compulsivo, a hipocondria, entre outros).

- imaturidade.

- estados de intoxicação por substâncias psicoativas.

- adições.

- formação de preferências adaptativas (por exemplo, a mulher que prefere ser dona de casa a outras opções laborais quando a sociedade não permite o ingresso da mulher no mercado de trabalho).

- troca de preferências por estruturação (por exemplo, quem compra um produto quando por fazê-lo oferecem outro, mas não compraria ambos em separado, mesmo quando a soma do preço dos dois fosse igual ao preço do primeiro produto com oferta).

III

Manifesta-se da mesma maneira que a incompetência de tipo I, mas a causa é externa ao indivíduo:

- ocultação de informação.

- engano.

IV

Manifesta-se da mesma maneira que a incompetência de tipo II, mas a causa é externa ao indivíduo:

- ameaça.

- ofertas coativas.

Em geral, poderia dizer-se que é racional consentir no paternalismo estatal que se orienta a impedir que os indivíduos persigam os seus interesses em ignorância de circunstâncias relevantes e, igualmente, garantindo que o sujeito que toma as suas decisões não o faz num estado de incompetência básica.

4.5- Do perfeccionismo e sua distinção do paternalismo

Há que referir que o termo “beneficiar” pode ser utilizado, por um lado, num sentido genérico, que englobaria também “evitar danos”, e num sentido estrito, que não englobaria “evitar danos”.

Evitar danos pressupõe que haja no mundo uma tendência de mudança, evitando-se o passo de um nível de satisfação dos interesses a outro nível inferior. O motor de mudança no contexto do paternalismo seriam as próprias ações e omissões dos sujeitos, de maneira que a passagem de um estado de coisas a outro se daria porque o sujeito não evita danos ou se dana a si próprio.

Beneficiar pressupõe produzir x, provocando a passagem de um nível de satisfação dos interesses para um nível superior.

Evitar a omissão de aproveitar um benefício, quando este consista num interesse de extraordinária importância cujo nível de satisfação está abaixo do normal, é equivalente a evitar um dano. Dito de outro modo, qualquer intervenção orientada a evitar que as necessidades básicas, interesses de bem-estar ou bens primários permaneçam (ou não caiam) por debaixo de uma plausível linha de base de satisfação dos mesmos, é uma intervenção que pode ser corretamente descrita como “evitar danos”⁹¹. Estes interesses de bem-estar, como vimos, caracterizam-se por, em primeiro lugar, quando são prejudicados a pessoa ser seriamente danada, pois também as suas aspirações últimas se vêm negativamente afetadas e, em segundo lugar, porque “formam uma cadeia que não é mais forte que o mais débil dos seus elos”. Assim, a relevância moral atribuída a esta distinção no âmbito da discussão sobre o paternalismo explica-se ao introduzir na análise considerações atinentes à natureza dos interesses em jogo e seu nível de satisfação. A finalidade de “evitar a omissão de aproveitar um benefício” seria, por exclusão, a finalidade daquelas intervenções paternalistas que não tratam de proteger interesses básicos ou necessidades primárias.

O paternalismo orientado a evitar danos repousaria sobre a teoria das necessidades básicas.

Por sua vez, o paternalismo orientado a evitar a perda de um benefício, basear-se-ia sobre uma particular concepção de bem, que os indivíduos afetados não reconhecem como tal.

A partir daqui, existem duas opções conceptuais: a primeira, seguindo Ernesto Garzón ou Carlos S. Nino, seria considerar paternalistas só aquelas intervenções orientadas a evitar danos e perfeccionismo às orientadas a evitar a perda de um benefício. A segunda, no seguimento de Manuel Atienza ou Joel Feinberg, seria considerar o paternalismo que trata de

⁹¹ Alemany García socorre-se, a este propósito, do exemplo de impedir Bill Gates de perder a oportunidade de incrementar o seu património em 20 dólares, evitando que aproveite um benefício, e impedir um mendigo de ter a oportunidade de ganhar 20 dólares (caso de dano).

evitar a perda de um benefício como uma forma de paternalismo extremo ou radical, que pressupõe o perfeccionismo. Inclino-nos aqui para a primeira posição, dada a diferença entre os conceitos acima referida e subsequentes efeitos na justificação de uma intervenção baseada na proteção face a um dano ou para perda de um benefício⁹².

Reservamos, portanto, o termo paternalismo para as situações em que se pretendam evitar danos ou risco dos mesmos, sendo estes **taxativamente** de ordem **física, psíquica e/ou económica**, deixando, por isso, de fora os denominados danos morais, que seriam danos ao carácter do indivíduo, entendido este como um conjunto de disposições a atuar de certa maneira (ex: evitar que os indivíduos consumam pornografia). Excluem-se, deste modo, os denominados “danos à moral”, danos relacionados com a ideia, carácter ou crença do indivíduo, cujo objetivo seria impor planos de vida que se consideram valiosos a pessoas que não os aceitam. De resto, como assinala Feinberg, é discutível que os danos morais sejam danos no mesmo sentido que os danos de tipo físico, psíquico e económico. Em suma, interessa definir taxativamente estes tipos de dano, para assim se evitar neste domínio confundir as noções de paternalismo e perfeccionismo, pois apesar de revestidas da mesma forma (preocupação comum sobre o indivíduo que suporta a intervenção), este último está orientado para a maximização de benefícios e os benefícios (ou, no caso dos danos morais, os danos) incluem o tipo moral, o primeiro a evitar danos de um tipo taxativo, excluindo os danos morais.

⁹² Joseph Raz admite a plausibilidade de ambas as posturas: ver o paternalismo como diferente do perfeccionismo ou o perfeccionismo como uma forma de paternalismo. Em ambos os casos, a diferença residiria em que o paternalismo em sentido estrito afetaria valores que são meramente instrumentais (por exemplo, garantir a segurança de atividades que o indivíduo deseja levar a cabo), enquanto que o perfeccionismo iria mais além, ao promover medidas orientadas a que os indivíduos adotem fins valiosos e abandonem fins inferiores.

Conclusão

No contexto de um Estado Social de Direito, em que importa preservar a liberdade negativa sem deixar de garantir a liberdade na sua vertente positiva, as intervenções paternalistas deverão legitimar-se no conceito de incompetência.

O paternalismo jurídico estatal assume-se como um conceito neutral que se identifica com o exercício de um poder jurídico, com a finalidade de, por meios distintos da persuasão racional, e no exercício de uma competência, evitar que um indivíduo leve a cabo ações ou omissões que o danem a si próprio e/ou suponham um incremento do risco de dano e/ou a perda de um benefício de tipo físico, psíquico e económico.

Na sua vertente de paternalismo forte, baseia-se numa noção de incompetência inadequadamente ampla, da qual deriva a tese de que o Estado poderia assumir o papel de pai face aos cidadãos e, portanto, interferir com a respetiva liberdade, nos casos em que os indivíduos fossem competentes para assumir o respetivo rumo vivencial.

Por oposição, o paternalismo fraco enuncia um princípio moral secundário, de acordo com o qual a intervenção estatal está legitimada sempre, apenas e quando o indivíduo seja incompetente, de acordo com uma razoável conceção mínima de incompetência.

São as seguintes as condições de uma interferência paternalista justificada, que asseguram que se não restringe a liberdade em mais medida que o necessário: medida idónea e necessária, estado de incompetência básica do sujeito e poder presumir-se racionalmente que o indivíduo prestaria o seu consentimento, tanto à possibilidade geral de ser tratado paternalisticamente, como ao conteúdo concreto da medida em questão, se não estivesse numa situação de incompetência.

Efetivamente, só as situações de incompetência e, portanto, o paternalismo débil parecem ser justificadas para uma intervenção na liberdade do indivíduo, sempre respeitando o princípio de harmonização e concordância entre a autonomia individual e o dano que se visa evitar.

Fora destes parâmetros, a autonomia sempre venceria, sem prejuízo de a ponderar com outros valores, diferentes dos interesses paternalistas. É que permitir intervenções na liberdade dos indivíduos para além das situações de incompetência desequilibraria o difícil equilíbrio que buscamos entre os conceitos de liberdade positiva e negativa, por via da noção da incompetência.

Bibliografía

ALEMANY, M., *El Paternalismo Jurídico*, Portal Derecho, Madrid, 2006.

BERLIN, I., “Two Concepts of Liberty”, in BERLIN, I., *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, 1969.

DWORKIN, G., “Paternalism”, in SARTORIUS, R., *Paternalism*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1987.

DWORKIN, G., “Paternalism: Some Second Thoughts”, in SARTORIUS, R., *Paternalism*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1987.

FEINBERG, J., “Legal Paternalism”, in *Canadian Journal of Philosophy* I, nº1, Canada, 1971.

FEINBERG, J., *Harm to Others (The Moral Limits of the Criminal Law)*, Oxford University Press, New York, 1984.

FEINBERG, J., COLEMAN, J., *Philosophy of Law*, Wadsworth, Belmont, 2000, p. 251-291.

GARZÓN VALDÉS, E., “Intervencionismo y paternalismo”, in GARZÓN VALDÉS, E., *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

MILL, J. S., *Utilitarianism and On Liberty*, Mary Warnock, London, 1962.