



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Marcelo Zenni Travassos

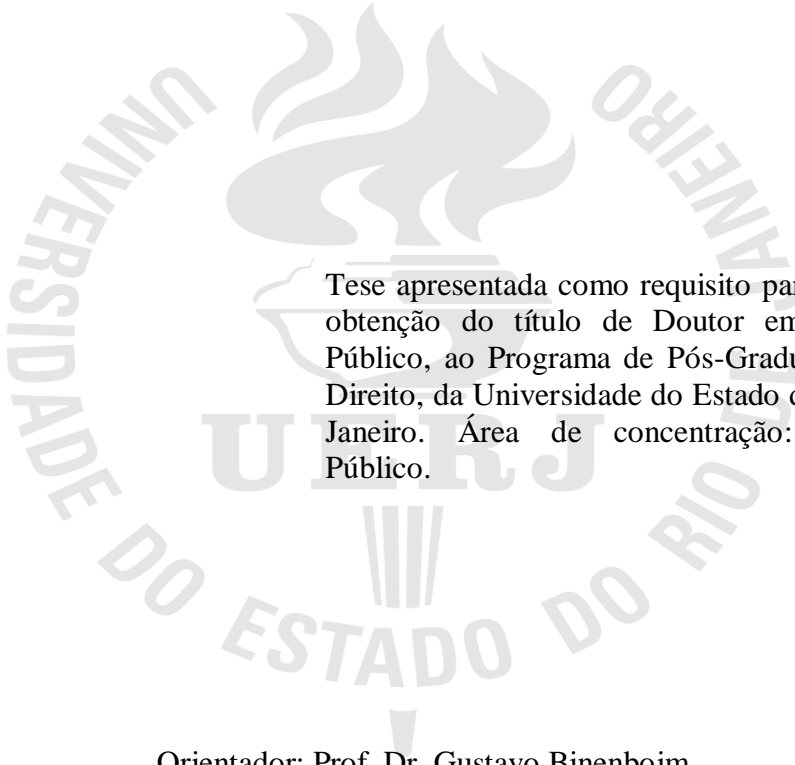
**A legitimação jurídico-moral da regulação estatal à luz da premissa liberal  
republicana: autonomia privada, igualdade e autonomia pública.  
Estudo de caso sobre as regulações paternalistas**

Rio de Janeiro

2013

Marcelo Zenni Travassos

**A legitimação jurídico-moral da regulação estatal à luz da premissa liberal-republicana:  
autonomia privada, igualdade e autonomia pública. Estudo de caso sobre as regulações  
paternalistas**



Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Público, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Binenbojm

Rio de Janeiro

2013

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

T779 Travassos, Marcelo Zenni.

A legitimação jurídico-moral da regulação estatal à luz da premissa liberal-republicana: autonomia privada, igualdade e autonomia. Estudo de caso sobre as regulações paternalistas / Marcelo Zenni Travassos. - 2013. 468 f.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Binenbojm.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direito público- Teses. 2. Responsabilidade do Estado- Teses. 3. Paternalismo. 4. Direito regulatório. I. Binenbojm, Gustavo. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 342

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Marcelo Zenni Travassos

**A legitimação jurídico-moral da regulação estatal à luz da premissa liberal-republicana:  
autonomia privada, igualdade e autonomia pública. Estudo de caso sobre as regulações  
paternalistas**

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Público, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Público.

Aprovada em \_\_\_ / \_\_\_ / \_\_\_\_.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Gustavo Binenbojm (Orientador)

Faculdade de Direito- UERJ

---

Prof. Dr. Daniel Sarmento

Faculdade de Direito- UERJ

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Jane Reis

Faculdade de Direito- UERJ

---

Prof. Dr. Cláudio Pereira de Souza Neto

Universidade Federal Fluminense

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Luciane Moessa

Universidade Federal de Santa Catarina

Rio de Janeiro

2013

## **DEDICATÓRIA**

Ao professor Ricardo Lobo Torres, que orientou minha graduação em direito bem como meu mestrado em direito público.

Ao professor Gustavo Binenbojm, que orientou meu doutorado em direito público.

À Marcela Maffei Quadra Travassos, que orienta minha vida.

## AGRADECIMENTOS

Escrever os presentes agradecimentos é motivo de muito orgulho e felicidade. Digo isto por força de duas constatações. Por um lado, tais agradecimentos só estão sendo realizados em decorrência de ocasião muito especial. Significa que consegui concluir, após anos de dedicação e entrega, o curso de doutorado em direito público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro- UERJ. Por outro lado, requisito lógico para que uma pessoa possa escrever agradecimentos é o de que esta pessoa possua a quem agradecer. No que diz respeito a esta segunda constatação, tenho que dizer que a vida foi muito generosa comigo, colocando em meu caminho pessoas e instituições maravilhosas, sem as quais nunca conseguiria ter concretizado inúmeros dos sonhos que planejei.

Em verdade, são tantas as pessoas e instituições que merecem minha mais sincera gratidão que qualquer tentativa de redigir agradecimentos nominais e individualizados chega a ser arriscada. Certamente nem mesmo caberiam nas páginas dedicadas aos presentes agradecimentos todos os nomes aos quais eu deveria fazer referência. Desta forma, friso desde logo que os presentes agradecimentos não são taxativos. Muito mais importante do que a menção literal e expressa a qualquer nome, gostaria de manifestar minha mais profunda gratidão a todos que me apoiaram, me incentivaram e me confortaram sempre.

Nada obstante, algumas pessoas e instituições participaram (e participam) de forma tão intensa e decisiva em minha vida que não poderiam deixar de receber uma menção especial. Começo pelas instituições.

De 1989 a 1999, cursei a integralidade do ensino fundamental bem como do ensino médio no Colégio de São Bento do Rio de Janeiro. Muito mais do que uma formação humanística completa (que compreendia, por exemplo, aulas obrigatórias de filosofia, francês, cultura clássica e música) e dos amigos que lá fiz para sempre, rigorosamente durante os 11 anos sempre recebi bolsa de estudo, ajudando em muito a proposta dos meus pais de me garantir uma educação de qualidade. Agradecer ao CSB, portanto, chega a ser uma obrigação moral.

Logo no ano seguinte à conclusão do ensino médio no CSB, surgiu a segunda instituição que marcaria minha vida. De 2000 a 2005, cursei a graduação em direito na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Concluída a graduação, já em 2006 ingressei no mestrado em direito público da UERJ, que cursei até

2008. Novamente, concluído o mestrado, já em 2009 ingressei no doutorado em direito público da UERJ que agora se encerra. Enfim, já são mais de 13 anos ininterruptos na Faculdade de Direito da UERJ, desde que ingressei na graduação até os últimos meses do doutorado.

Não há palavras para manifestar meus sentimentos pela Faculdade de Direito da UERJ. A instituição me proporcionou as mais variadas e interessantes oportunidades acadêmicas e profissionais. Desde a graduação até o doutorado, tive a oportunidade de participar de programas de monitoria, de grupos de pesquisa, de projetos de iniciação científica, de estágios profissionais e acadêmicos e de experiências docentes. Tenho perfeita consciência de que o ensino de elevada qualidade bem como as inúmeras oportunidades profissionais e acadêmicas que me foram acessíveis de forma aparentemente “gratuita” foram suportados pelos contribuintes fluminenses. Estarei sempre à disposição para retribuir por todas as formas que estiverem ao meu alcance.

A verdade é que a UERJ representa para mim muito mais que o ensino de qualidade e que as oportunidades acadêmicas e profissionais recebidas. Trata-se de ambiente dos mais saudáveis. Como já foi dito, um lugar de amigos que gostam uns dos outros, que se admiram e se respeitam em uma empreitada conjunta de contribuição com a produção e o debate do conhecimento. Devo à UERJ algumas de minhas melhores amizades. Isto sem contar as relações familiares que me ligam à instituição. Minha irmã caçula também lá cursou a graduação em direito antes de se tornar Promotora de Justiça no MPERJ. Minha esposa lá cursou tanto a graduação em direito quanto o mestrado em direito civil, tendo me conhecido justamente por estudarmos na mesma faculdade.

A terceira instituição que deve receber todo o meu carinho é a Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Tendo concluído minha graduação em direito na UERJ em 2005, já em 2006 estava empossado no cargo de Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Ou seja, minha vida profissional, desde que terminei a graduação, praticamente se confunde com minha carreira na PGE-RJ. A verdade é que, desde a graduação, nitidamente influenciado pelos professores da UERJ, sempre sonhei em um dia ser Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Integrar uma instituição que já contou em seu quadro com nomes como José Carlos Barbosa Moreira, Ricardo Lobo Torres, Luís Roberto Barroso e Gustavo Binbenbujm é uma honra.

Por fim, desde 2009, tenho estado lotado na Secretaria de Estado da Casa Civil, na qual acumulo o cargo estatutário da PGE-RJ com o cargo em comissão de Assessor Jurídico

Especial da Casa Civil. Trata-se de órgão estadual cujo trabalho é extremamente estimulante e desafiador. Os 4 anos na Casa Civil têm se revelado fonte de intenso aprendizado e experiência, principalmente acerca dos temas da política pública, da legitimidade democrática, dos desenhos institucionais e das relações mantidas entre o Executivo e os demais Poderes. Para um publicista, experiência bastante enriquecedora.

Manifestada toda minha gratidão às instituições mencionadas, devo agradecer de forma destacada a algumas pessoas.

Da época de CSB, gostaria de personalizar o agradecimento institucional nas figuras de Dom Lourenço OSB e de Dom Justino OSB. Representando os amigos da época de colégio, deixo consignado meu carinho por meus padrinhos de casamento Chicão e Rodrigues.

Em relação aos amigos de graduação, devo mencionar o “grupo das meninas” (meu círculo mais próximo de amizade na turma de graduação consistia em um grupo composto por apenas 3 homens e umas 8 mulheres).

Os amigos de mestrado e doutorado (na pós-graduação em sentido estrito, amigos de mestrado e de doutorado de diferentes anos de ingresso se misturam) são aqui homenageados nas figuras dos meus também queridos padrinhos de casamento André Cyrino e Alice Voronoff.

Entre os diversos acadêmicos que em algum momento debateram comigo temas pertinentes à presente tese, também devo destacar os nomes de Rafael Koatz, de Felipe Fontes, de Leonardo Carrilho, de Rodrigo Zambão e de Thiago Cardoso Araújo. Agradecimento especial, porém, merece Carlos Ragazzo, que bastante me ajudou na parte econômica relacionada à tese.

Entre os inúmeros bons amigos que fiz na PGE-RJ, não posso deixar de destacar os queridos colegas do XIV concurso que ingressaram em 2006 comigo na PG-04 (Abvor, Jcc, Jpr, Bvm, Rczs, Cgryn, Dmay e Mfl).

Na casa civil, agradeço a confiança e respeito depositados em meu trabalho pelo Secretário Regis Fichtner, pelo Chefe de Gabinete Arthur Bastos e pelo Subsecretário Rogério Guimarães. Na Subsecretaria Jurídica, agradeço ainda a amizade de todos nas figuras dos magnéticos Rogério, do Zambão, do Joaquim, do Denis e do Thiago.

Alguns professores merecem um agradecimento ainda maior por toda a atenção, ajuda, compreensão, disponibilidade e confiança que sempre me dedicaram.



Durante a graduação, entre 2002 e 2004, tive a oportunidade de estagiar por um ano e meio com Flávio Galdino. Além de me ensinar a prática e as estratégias da advocacia bem como de diariamente compartilhar comigo interessantes debates teóricos, Flávio, também querido padrinho, se tornou um amigo da maior confiança para todas as horas.

Ainda durante a graduação, deixei o estágio com o querido Flávio para me tornar pesquisador do professor Ricardo Lobo Torres em seu escritório. Trabalhei junto ao professor Ricardo Lobo Torres em seu escritório durante 7 anos entre 2004 e 2011, desde o meio da graduação, passando por todo o mestrado, até o meio do doutorado. Seria simplesmente impossível tentar explicar a quantidade e a qualidade de conhecimentos e valores acadêmicos que o professor me transmitiu durante todos estes anos. O professor foi o orientador tanto da minha monografia de graduação quanto da minha dissertação de mestrado, ambas aprovadas com grau máximo. Nunca conheci uma pessoa que, mesmo detendo um conhecimento enorme, demonstrasse tamanha humildade e amabilidade. Realmente um exemplo a ser seguido.

Também durante a graduação, em 2005, fui monitor de Direito Constitucional, sendo orientado em tal programa pelo professor Paulo Galvão, bastante importante na minha formação. Não poderia me esquecer de agradecer todo o apoio.

O professor Daniel Sarmiento foi outra figura bastante marcante em minha trajetória acadêmica. Ainda durante a graduação, quando eu já tinha cursado todos os períodos de constitucional, o professor permitiu que eu assistisse suas aulas como ouvinte para aprofundar meus conhecimentos na matéria da qual eu viria a me tornar monitor. Na pós, voltei a ser seu aluno tanto no mestrado quanto no doutorado. Em outros momentos acadêmicos, o professor Daniel se prestou ainda mais a me ajudar e incentivar. Lembro-me que se fez disponível para me receber com os alunos do programa *Linkages* da *Yale Law School* bem como me concedeu carta de recomendação para ingresso no doutorado da UERJ. Mais recentemente, após participar da minha banca de qualificação de doutorado, o professor novamente me recebeu para um esclarecedor debate sobre a tese. Ao professor Daniel, portanto, fica o meu agradecimento e minha admiração.

Neste ponto, devo agradecer também à professora Jane Reis, que, ao participar da minha banca de qualificação de doutorado, ofereceu suas sinceras impressões, sempre com o intuito de melhorar a qualidade da tese. Suas opiniões certamente contribuíram para o aperfeiçoamento do trabalho, razão pela qual deixo consignado expressamente meu agradecimento.

O professor Cláudio Pereira de Souza Neto, por duas razões, também não poderia deixar de ser mencionado nos presentes agradecimentos. Primeiramente, o professor participou de momento marcante ao integrar minha banca de mestrado. Ademais, possui participação direta no presente momento ao ter generosamente realizado carta de recomendação de meu ingresso no doutorado.

O professor Gustavo Binbenbojm, porém, é certamente a pessoa de maior importância e que merece os agradecimentos mais profundos neste momento. Conheço o professor Gustavo também desde os tempos de graduação. Naquela época, integrei grupo de pesquisa coordenado na seara da regulação. A partir de então, o professor me incentivou a participar dos programas *SELA* e *Linkages* da *Yale Law School*, realizou carta de recomendação para meu ingresso no mestrado e foi meu professor tanto no mestrado quanto no doutorado.

Sempre fui um grande admirador do professor Gustavo devido a seu conhecimento jurídico, a sua produção acadêmica e a seu raciocínio apurado. Passei a admirá-lo ainda mais após ter sido por ele orientado durante todo o doutorado. O professor Gustavo Binbenbojm foi um excelente orientador. Sempre presente, disponível e sincero. Debateu, elogiou, criticou. Tudo quando tinha que ser feito e como tinha que ser feito. Não tenho palavras para agradecer ao professor Gustavo por todo o exposto.

Caminhando para o final, agradeço a Deus por ter me dado saúde, inteligência, perseverança e todas as ferramentas necessárias para desenvolver a tarefa proposta. Acima de tudo, agradeço pela força para prosseguir nos momentos difíceis. Como bem ensina a regra de São Bento (*ora et labora*), não adianta nem apenas pedir insistentemente aos céus sem trabalhar nem apenas trabalhar sem a benção de Deus.

Agradeço a toda a minha família pelo amor e união. A meus pais José Mariano e Vera Lúcia por terem sido paternalistas *soft* durante minha infância, restringindo imediatamente inúmeras de minhas falsas escolhas superficiais com o intuito de proteger o que futuramente eu viria a descobrir serem minhas próprias opções autônomas mediatas (embora certamente por vezes tenham sim agido de forma heterônoma). A meus irmãos Carlos (e Ana) e Juliana por existirem. São os verdadeiros cúmplices da vida, vendo tudo e todos do mesmo referencial que eu. A todos os meus avós, por serem o início de tudo. A todos os primos (em especial a Erick pelo incentivo quando do início dos meus estudos em direito ainda na graduação), tios e tias pelo carinho e alegria de viver.

Por fim, tenho que acabar estes agradecimentos em homenagem à Marcelinha. Afinal, a verdade é que ela é co-autora desta tese, tendo compartilhado minhas dúvidas, angústias,

ansiedades, medos, inseguranças, alegrias, esperanças, entusiasmos, satisfações desde a primeira frase até o seu ponto final. Obrigado por existir. Sem você, nada teria sido possível.

Palácio da Guanabara, Rio de Janeiro, 17 de julho de 2013.

*Technique without morals is a menace; but morals without technique is a mess.*

*Karl Llewellyn*

Se eu quiser fumar eu fumo  
se eu quiser beber eu bebo  
pago tudo que consumo  
com o suor do meu emprego.

*Ítalo Lima*

Conselho de seu pai: Motocicleta é perigoso, Vital.  
É duro de negar, filho, mas isto dói bem mais em mim.

*Herbert Vianna e João Barone*

## RESUMO

TRAVASSOS, Marcelo Zenni. A legitimação jurídico-moral da regulação estatal à luz da premissa liberal-republicana. Autonomia privada, igualdade e autonomia pública. Estudo de caso sobre as regulações paternalistas. 468 f. Tese (Doutorado em Direito Público)- Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

A presente tese tem por objetivo principal estudar a legitimação jurídico-moral da regulação estatal. Trata-se de tema de grande relevância e extrema atualidade em decorrência de dois fatores. Por um lado, desde o fenômeno da virada kantiana e da retomada da preocupação com o estabelecimento de uma teoria da justiça, tornou-se necessária a análise de justificação jurídico-moral de toda e qualquer instituição político-jurídica positivada. Por outro lado, entre as inúmeras instituições político-jurídicas positivadas, cresce cada vez mais a utilização das medidas jurídicas regulatórias, através das quais o Poder Público direciona ou controla a conduta dos agentes com o intuito de atingir determinada finalidade.

Instituto econômico que é, ao interferir na alocação de riquezas, bens e serviços no mercado, a regulação estatal há tempos já vem sendo objeto de análise em uma perspectiva de legitimação econômica. Tradicionalmente, ainda dentro do paradigma da racionalidade, os economistas sempre apontaram as falhas de mercado como as razões a justificar as regulações estatais em um viés econômico. Mais recentemente, por sua vez, os adeptos da economia comportamental, rompendo ou relativizando as lições da *Rational Choice Theory*, têm apontado também as ações irracionais em heurística como razões a justificar as regulações estatais em um viés econômico.

Ocorre, entretanto, que a regulação estatal é um instituto interdisciplinar. Ao direcionar ou controlar a conduta dos indivíduos, limitando ou implementando direitos e liberdades, a regulação constitui instituto simultaneamente jurídico e moral. A presente tese, portanto, buscará apresentar as razões a servir de justificação para a regulação estatal em uma perspectiva jurídico-moral. Neste ponto, adotar-se-á como paradigma de aferição de legitimação jurídico-moral das instituições político-jurídicas positivadas (entre as quais as regulações estatais) um liberalismo-republicano, consistente na compatibilização do liberalismo-igualitário com um republicanismo moderado.

Desta forma, o estudo buscará defender a possibilidade de a legitimação jurídico-moral das diversas regulações estatais encontrar fundamento em um ou alguns de três valores jurídico-morais: a autonomia individual privada, as condições igualitárias e a autonomia pública.

No que diz respeito à implementação da autonomia individual privada e das condições igualitárias, primeiramente, a tese defenderá a possibilidade de ser realizada uma nova leitura jurídico-moral dos institutos econômicos das falhas de mercado e das ações irracionais em heurística. Neste sentido, o conceito de falhas de mercado e o conceito de ações irracionais em heurística, em uma leitura jurídico-moral como razões a justificar a legitimação das regulações estatais, devem ser entendidos como situações em que o atuar livre dos agentes no mercado viole ou deixe de implementar os valores jurídico-morais fundamentais da autonomia individual privada e das condições igualitárias.

Ainda no que diz respeito às influências liberal-igualitárias, a tese sustentará que, mesmo na inexistência de falhas de mercado ou de ações irracionais em heurística, será possível o

estabelecimento de regulações estatais que encontrem justificação no valor jurídico-moral fundamental da igualdade, desde que tais regulações estejam destinadas a implementar as condições igualitárias mínimas necessárias à manutenção da própria autonomia individual privada e da dignidade humana.

Por outro lado, no que diz respeito às influências republicanas, será exposto que as regulações estatais podem encontrar legitimação jurídico-moral também no valor jurídico-moral fundamental da autonomia pública. A saber, as regulações podem se encontrar legitimadas jurídico-moralmente quando da implementação dos projetos e políticas deliberados pelos cidadãos e pela sociedade no exercício da soberania popular, desde que tais projetos coletivos não violem os requisitos mínimos de dignidade humana dos indivíduos.

A tese defenderá que os princípios da proporcionalidade e da igualdade podem exercer um papel de destaque na análise de legitimação jurídico-moral das regulações estatais. O princípio da proporcionalidade, neste ponto, será útil instrumental metodológico na aferição de legitimação jurídico-moral de uma medida regulatória em uma perspectiva interna, quando da aferição da relação estabelecida entre os meios e os fins da regulação. O princípio da igualdade, por sua vez, será útil instrumental metodológico na aferição de legitimação jurídico-moral de uma medida regulatória em uma perspectiva comparativa entre as diversas medidas regulatórias existentes.

Por fim, uma vez enfrentados os pontos mais sensíveis pertinentes à justificação de toda e qualquer medida regulatória bem como estabelecida uma teoria geral acerca da legitimação jurídico-moral da regulação estatal, a presente tese realizará um estudo de caso acerca da legitimação jurídico-moral especificamente das regulações que utilizam argumentos de natureza paternalista. Trata-se de regulações que, ao direcionar a conduta de agentes com o intuito de zelar por bens, direitos e interesses destes próprios indivíduos cuja liberdade é restringida, apresentam-se extremamente controversas. Será exposto que, desde a clássica obra *“On Liberty”* de JONH STUART MILL, o paternalismo jurídico vem sendo tradicionalmente associado a uma conotação pejorativa de violação aos valores jurídico-morais fundamentais.

A tese, porém, adotará posição segundo a qual as regulações paternalistas podem eventualmente encontrar legitimação jurídico-moral na promoção ou proteção dos valores jurídico-morais fundamentais da autonomia individual privada e da igualdade. Além disto, defenderá o estudo que os institutos econômicos das falhas de mercado da assimetria de informações e dos problemas de coordenação bem como os institutos econômicos das ações irracionais em heurística, adotados na nova leitura jurídico-moral proposta, servirão de instrumental útil na identificação das situações em que tais regulações paternalistas se encontram legitimadas jurídico-moralmente diante da premissa liberal-republicana.

Palavras-Chave: Direito Regulatório. Regulação Estatal. Falhas de Mercado. Economia Comportamental. Ações Irracionais em Heurística. Filosofia Política. Filosofia Moral. Filosofia Constitucional. Legitimação Moral. Legitimação Jurídico-Moral. Paternalismo. Perfeccionismo. Autonomia Privada. Igualdade. Condições Igualitárias de Liberdade. Autonomia Pública.

## ABSTRACT

TRAVASSOS, Marcelo Zenni. The juridical-moral legitimation of public regulation under the light of the republican-liberalism. Private individual autonomy, egalitarian conditions, and public autonomy. Case study of the paternalistic regulations. 468 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

The main objective of this thesis is to study the juridical-moral legitimation of public regulation. The theme is both important and current due to two factors. On one hand, since the Kantian turn and the retake of the concern with the establishment of a theory of justice, it became necessary to analyze the juridical-moral justification of every single positive political-juridical institution. On the other hand, among the countless positive political-juridical institutions, each day it increases the use of regulation, measures through which the State directs or controls the conducts of the agents in order to achieve a certain goal.

Being an economic institution, as it interferes in the allocation of wealth, goods and services in the market, public regulation has already been for years object of analysis in a perspective of economic legitimation. Traditionally, still inside the paradigm of rationality, the economists have always pointed out the market failures as reasons to justify public regulation in an economic sense. More recently, the followers of the behavioral economics, breaking up with or mitigating the lessons of the Rational Choice Theory, have pointed out also the irrational actions in heuristics as reasons to justify public regulations in an economic sense.

It happens, though, that regulation is an interdisciplinary institution. While it directs or controls conducts of individuals, limiting or enforcing rights and liberties, regulation presents itself also and at the same time as a juridical and moral institution. The thesis, then, will try to present the reasons that can be used in the justification of public regulation in a juridical-moral perspective. At this point, it will be used as a paradigm for the juridical-moral legitimation of the positive political-juridical institutions (among them the public regulation) a republican-liberalism, which consists in an agreement established between the egalitarian-liberalism and a moderate conception of the republicanism.

So being, the study will try to defend that the juridical-moral legitimation of the many existent public regulations can find foundation in one or some of three juridical-moral values: private individual autonomy, egalitarian conditions, and public autonomy.

Concerning the enforcement of private individual autonomy and of egalitarian conditions, at first place, the thesis will defend the possibility of a new juridical-moral reading of the economic institutions of market failures and of irrational actions in heuristics. The concept of market failures and the concept of irrational actions in heuristic, in a juridical-moral reading as reasons to justify the legitimation of public regulations, should be understood as situations in which the free acting of the agents in the market violates or isn't capable of enforcing the fundamental juridical-moral values of private individual autonomy and of egalitarian conditions.

Still concerning the egalitarian-liberal influences, the thesis will hold up that, even when market failures and irrational actions in heuristics do not exist, it will be possible the establishment of public regulations that find justification in the juridical-moral foundation of

equality, as long as these regulations are bound to improve the egalitarian conditions necessary to the maintenance of human dignity and private individual autonomy.

On the other hand, concerning the republican influences, it will be shown that public regulation can find juridical-moral legitimation also in the fundamental juridical-moral value of public autonomy. This means that regulations might be juridical-morally legitimate when they implement projects and policies deliberated by citizens and society in the exercise of popular sovereignty, as long as these collective projects do not violate the minimum standards necessary to ensure human dignity.

The thesis will defend that the principles of proportionality and of equality may play an important role in the analysis of juridical-moral legitimation of public regulation. The principle of proportionality can be an useful methodological instrument in the analysis of the juridical-moral legitimation of a regulatory measure in an internal perspective, questioning the relationship established between the means and ends of the regulation. The principle of equality, on its turn, can be an useful methodological instrument in the analysis of the juridical-moral legitimation of a regulatory measure in a comparative perspective between the numerous existent regulatory measures.

At last, once studied the most important issues concerning the justification of every single regulatory measure and once established a general theory about the juridical-moral legitimation of public regulation, the thesis will develop a case study about the juridical-moral legitimation specifically of the regulations that use paternalistic arguments in their support. Those regulatory measures, as they direct the conducts of agents aiming to protect goods, rights and interests of these same individuals whose liberties are restricted, are very controversial. It will be shown that, since the classical work “On Liberty” by JOHN STUART MILL, legal paternalism has been traditionally associated to a negative connotation of fundamental juridical-moral value violation.

The thesis, though, will adopt the position that regulatory measures may find juridical-moral legitimation in the enforcement or protection of the fundamental juridical-moral values of private individual autonomy and of equality. Besides, it will hold up that the economic institutions of market failures “information asymmetry” and “coordination problems” as well as the economic institutions of irrational actions in heuristics, adopted in the new juridical-moral reading suggested, may be useful tools in the identification of the situations in which such paternalistic regulations are juridical-morally legitimate in face of the republican-liberalism.

Key-Words: Regulatory Law. Public Regulation. Market Failures. Behavioral Economics. Irrational Actions in Heuristics. Political Philosophy. Moral Philosophy. Constitutional Philosophy. Moral Legitimation. Juridical-Moral Legitimation. Paternalism. Perfectionism. Private Autonomy. Equality. Public Autonomy.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>22</b>
<b>1 A REGULAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE ATUAÇÃO TÍPICO DO MODELO ESTATAL ATUAL ADOTADO PELA C.R.F.B./88. A LEGITIMAÇÃO ECONÔMICA DA REGULAÇÃO. DO CLÁSSICO INSTITUTO ECONÔMICO DAS FALHAS DE MERCADO ÀS PROPOSTAS CONTEMPORÂNEAS DA ECONOMIA COMPORTAMENTAL DE RELATIVIZAÇÃO DO PARADIGMA ECONÔMICO DA RACIONALIDADE. QUANDO O ATUAR (RACIONAL OU IRRACIONAL) DOS AGENTES NO MERCADO LIVRE DEIXA DE ATINGIR OS RESULTADOS PRESSUPOSTOS PELOS ECONOMISTAS COMO DESEJÁVEIS (GERALMENTE, EMBORA NEM SEMPRE, A MAXIMIZAÇÃO DO BEM-ESTAR COLETIVO E DA RIQUEZA SOCIAL). AS VARIÁVEIS REGULATÓRIAS E AS FALHAS DE REGULAÇÃO SOB UM VIÉS ECONÔMICO.....</b>	<b>46</b>
<b>1.1. Definição e classificações principais do instituto da regulação. Evolução dos modelos estatais bem como de seus respectivos instrumentos típicos de atuação na ordem econômica e na ordem social até a atual preponderância da regulação. Estado Democrático de Direito como Estado Subsidiário Regulador e de Fomento.....</b>	<b>46</b>
<b>1.2. A adoção do modelo do Estado Democrático de Direito como Estado Subsidiário Regulador e de Fomento pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Um contraponto a JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA e a CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO.....</b>	<b>62</b>
<b>1.3. A legitimação econômica do instituto da regulação estatal. As razões econômicas a legitimar e a fundamentar a regulação. Do clássico instituto econômico das falhas de mercado às propostas contemporâneas da economia comportamental de relativização do paradigma econômico da racionalidade. Quando o atuar (racional ou irracional) dos agentes no mercado livre deixa de atingir os resultados pressupostos pelos economistas</b>	

<b>como desejáveis (geralmente, embora nem sempre, a maximização do bem-estar coletivo e da riqueza social)</b> .....	72
1.3.1. <u>As falhas de mercado</u> .....	77
1.3.1.1. Os monopólios naturais ou mercados não competitivos.....	81
1.3.1.2. Os problemas de coordenação. O dilema do prisioneiro. Os bens públicos. Os casos em que deveria ter surgido espontaneamente um monopólio/oligopólio natural.....	87
1.3.1.3. As externalidades negativas.....	102
1.3.1.4. A assimetria de informações.....	105
1.3.2. <u>As propostas contemporâneas da economia comportamental de relativização do paradigma econômico da racionalidade</u> .....	108
1.3.3. <u>A ponderada posição de AMARTYA SEN acerca da <i>Rational Choice Theory</i> bem como das propostas contemporâneas da economia comportamental</u> .....	122
<b>1.4. As variáveis regulatórias sobre as quais pode recair a regulação</b> .....	123
1.4.1. <u>Regulação de “preços”</u> .....	126
1.4.2. <u>Regulação de “entrada”</u> .....	131
1.4.3. <u>Regulação de “qualidade”</u> .....	133
1.4.4. <u>Regulação de “quantidade”</u> .....	137
1.4.5. <u>Regulação de “informação”</u> .....	139

1.4.6. <u>Regulação de “banimento”</u> .....	142
1.5. <b>Infungibilidade e interferência mútua entre as variáveis regulatórias. As falhas de regulação em um sentido econômico</b> .....	145
<b>2 DA LEGITIMAÇÃO JURÍDICO-MORAL DO ORDENAMENTO JURÍDICO POSITIVO À LEGITIMAÇÃO JURÍDICO-MORAL DA REGULAÇÃO ESTATAL</b> .....	150
2.1. <b>Do caráter interdisciplinar do instituto da regulação à necessidade simultânea de sua “legitimação econômica” bem como de sua “legitimação jurídico-moral”</b> .....	150
2.2. <b>A evolução histórica das preocupações com a legitimação jurídico-moral e com a superação dos positivismos. A virada kantiana</b> .....	152
2.3. <b>Por um liberalismo-republicano a ser adotado como o paradigma de aferição da legitimação jurídico-moral do ordenamento. É possível a leitura das mais diversas constituições positivas a partir de qualquer concepção prévia de filosofia político-moral? O que vem antes: determinada concepção de filosofia político-moral pré-constitucional universal molda as constituições positivas a serem pactuadas ou determinada constituição positiva específica estabelece qual a concepção de filosofia político-moral a ser adotada? As leituras jurídico-morais possíveis diante do texto específico da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A concepção de filosofia político-moral que parece mais correta independente de qualquer constituição em particular e que é compatível especificamente com a Carta Magna de 1988</b> .....	168
2.4. <b>Da legitimação jurídico-moral da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 à legitimação jurídico-moral das medidas regulatórias infraconstitucionais. Os princípios de legitimação jurídico-moral e a “constitucionalização jurídico-moral do ordenamento”</b> .....	200

<b>2.5. A legitimação jurídico-moral da regulação estatal à luz do liberalismo-republicano. Questionando a “premissa-objetivo” adotada por grande parte da ciência econômica: a maximização do bem-estar coletivo e da riqueza social. O pilar liberal-igualitário e o pilar republicano de legitimação jurídico-moral das medidas regulatórias: autonomia privada, condições igualitárias de liberdade e autonomia pública.....</b>	<b>209</b>
<b>2.6. A legitimação jurídico-moral da regulação estatal com base no pilar liberal-igualitário. O valores fundamentais da autonomia privada e das condições igualitárias de liberdade e de dignidade a justificar a legitimação jurídico-moral da regulação estatal. Uma releitura dos institutos apresentados pelos economistas como razões a justificar a legitimação da regulação estatal sob um viés econômico.....</b>	<b>214</b>
2.6.1. <u>Uma leitura jurídico-moral das “falhas de mercado”.....</u>	218
2.6.2. <u>Uma leitura jurídico-moral do argumento de irracionalidade da economia comportamental.....</u>	229
<b>2.7. A legitimação jurídico-moral da regulação estatal ainda com base no pilar liberal-igualitário. O valor fundamental igualitário a justificar a legitimação jurídico-moral da regulação estatal além dos casos de “falhas de mercado” bem como além dos casos em que apontada suposta “irracionalidade” pela economia comportamental.....</b>	<b>265</b>
<b>2.8. A legitimação jurídico-moral da regulação estatal com base no pilar republicano. O valor fundamental da autonomia pública a justificar a legitimação jurídico-moral da regulação estatal. A regulação como instrumento de implementação dos projetos políticos deliberados pelos cidadãos.....</b>	<b>269</b>
<b>2.9. A aplicação dos princípios de legitimação jurídico-moral como testes aos quais deve se submeter toda e qualquer medida jurídica regulatória estatal independente de a mesma buscar justificação na autonomia privada, nas condições igualitárias de liberdade e de dignidade ou na autonomia pública. Um conceito jurídico-moral de “falhas da regulação”.....</b>	<b>276</b>

2.9.1. <u>O princípio da proporcionalidade como teste de legitimação intra-medida jurídica regulatória. Imposição de que seja compensada a restrição de autonomia individual privada <i>in re ipsa</i> inerente a toda e qualquer medida regulatória</u> .....	278
2.9.2. <u>O princípio da isonomia como teste de legitimação inter-medidas regulatórias</u> .....	294
<b>3 ESTUDO DE CASO. OS ARGUMENTOS DE NATUREZA PATERNALISTA DIANTE DA AFERIÇÃO DE LEGITIMAÇÃO JURÍDICO-MORAL DAS MEDIDAS JURÍDICAS REGULATÓRIAS</b> .....	308
<b>3.1. Definição de “paternalismo jurídico”. O binômio constitutivo das medidas jurídicas paternalistas: o poder e o zelo. As diversas definições, espécies e classificações de paternalismo jurídico na doutrina</b> .....	310
3.1.1. <u>Ativo ou passivo</u> .....	324
3.1.2. <u>Direto ou indireto</u> .....	325
3.1.3. <u>Destinado a evitar dano ou a promover benefício</u> .....	326
3.1.4. <u>Hard ou soft</u> .....	328
3.1.5. <u>Puro ou impuro. A espécie do “paternalismo impuro” como não compreendida na definição de paternalismo adotada pela presente tese</u> .....	330
<b>3.2. Paternalismo jurídico e indisponibilidade de direitos: duas faces da mesma moeda. O art. 11 do Código Civil de 2002 como “cláusula geral de tutela das medidas jurídicas paternalistas”</b> .....	334
<b>3.3. A antítese que envolve os argumentos paternalistas: da ampla popularidade à revolta em decorrência do mesmo fator. O paternalismo como instituto jurídico passível de leituras filosóficas distintas</b> .....	338

<b>3.4. O caráter pejorativo que classicamente sempre foi associado ao paternalismo desde “<i>On Liberty</i>” de JOHN STUART MILL. Acusações de violação à autonomia, à igualdade e à utilidade. A distinção entre “paternalismo jurídico” e “perfeccionismo moral”. A verdade das críticas: o paternalismo jurídico não justificado juridico-moralmente. A leitura “perfeccionista moral” de matriz comunitária do “paternalismo jurídico” é aquela mais evidente.....</b>	<b>343</b>
<b>3.5. A defesa do paternalismo.....</b>	<b>389</b>
3.5.1. <u>O “paternalismo libertário” de CASS SUNSTEIN e de RICHARD THALER. Paternalismo “soft” nos dois sentidos: (i) “nudges” ou pequenos “empurrões” (ii) com o intuito de proteção da autonomia mediata dos agentes regulados.....</u>	390
3.5.2. <u>A versão forte do “paternalismo coercivo” de SARAH CONLY em decorrência das premissas da economia comportamental.....</u>	406
3.5.3. <u>O “paternalismo soft” de JOEL FEINBERG em conformidade com as premissas liberais.....</u>	409
3.5.4. <u>A proposta de ERNESTO GARZÓN VALDÉS com base na autonomia e na igualdade. O conceito de incompetência.....</u>	413
<b>3.6. A legitimação jurídico-moral dos argumentos de natureza paternalista com base no pilar liberal-igualitário do liberalismo-republicano. A proteção da autonomia individual privada e das condições igualitárias de liberdade e de dignidade. Como saber no caso concreto se a medida jurídica regulatória de natureza paternalista está impondo heteronomamente perfeccionismo moral comunitário ou se está protegendo a autonomia mediata e as condições igualitárias de liberdade e de dignidade dos agentes regulados? As falhas de mercado da “assimetria de informações” e dos “problemas de coordenação” bem como os casos de heurística da economia comportamental como instrumental útil em tal distinção.....</b>	<b>416</b>

**CONCLUSÃO.....442**

**REFERÊNCIAS.....458**

## INTRODUÇÃO

A presente tese tem por objetivo principal enfrentar o tema da legitimação jurídico-moral da regulação estatal. O tema apresenta enormes importância e atualidade diante da crescente utilização dos instrumentos jurídico-regulatórios pelo Estado Democrático de Direito quando do desempenho de suas funções nos dias de hoje bem como diante de significativa virada sofrida pelo direito nas últimas décadas: a virada kantiana.

Por um lado, a utilização das medidas regulatórias por parte do Poder Público apresenta cada vez mais atualidade, eis que a regulação vem se estabelecendo como instrumental jurídico típico do modelo do Estado Democrático de Direito para fins de atuação tanto no âmbito da ordem econômica quanto no âmbito da ordem social. Por outro lado, o direito vem sofrendo na atualidade uma nítida influência decorrente de significativo movimento: a virada kantiana. Tal virada kantiana tem exigido da ciência jurídica maiores preocupações com a legitimação jurídico-moral do direito positivo, sendo necessárias aferições do direito posto bem como das instituições político-jurídicas positivadas em geral perante valores jurídico-morais fundamentais e parâmetros de justiça.

Extremamente relevante e atual, portanto, o estudo da legitimação jurídico-moral de toda e qualquer medida jurídica regulatória. Nas duas primeiras partes da tese, neste sentido, buscar-se-á examinar os pontos sensíveis bem como estabelecer premissas teóricas pertinentes à empreitada de legitimação de toda e qualquer medida jurídica regulatória, independentemente dos argumentos manejados em defesa das mesmas.

Após dedicadas as duas primeiras partes da tese ao enfrentamento dos pontos sensíveis e das premissas teóricas pertinentes à legitimação de toda e qualquer medida jurídica regulatória, uma terceira parte da tese será destinada ao estudo de caso especificamente das medidas jurídicas regulatórias de natureza paternalista e à aplicação das premissas teóricas desenvolvidas de forma genérica nas duas primeiras partes a estas modalidades específicas de medidas regulatórias. A saber, enquanto as duas primeiras partes da tese enfrentarão as premissas teóricas e os pontos sensíveis pertinentes à legitimação de toda e qualquer medida jurídica regulatória, a terceira parte da tese utilizará como estudo de caso tão somente e especificamente a legitimação jurídico-moral das medidas regulatórias de natureza paternalista.



Ocorre que freqüentemente pretendem os entes reguladores, com o intuito de sustentar a legitimação das regulações estatais adotadas, apresentar fundamento das mesmas em argumentos de natureza paternalista. Nada obstante, os argumentos desta natureza, conforme será exposto, apresentam-se extremamente questionáveis e sensíveis à luz da necessidade de legitimação jurídico-moral do direito e da regulação perante valores jurídico-morais e princípios de justiça. Tais argumentos de natureza paternalista colocam-se, muitas vezes, em tensão delicada com alguns dos mais importantes valores fundamentais.

Enfim, diante da enorme atualidade do instituto das medidas regulatórias (instrumento de atuação típico do Estado Democrático de Direito contemporâneo nas ordens econômica e social) e diante da necessidade de legitimação jurídico-moral de toda e qualquer instituição político-jurídica positivada em virtude da virada kantiana sofrida pelo direito (sendo certo que a regulação estatal se insere no rol das instituições político-jurídicas positivadas), a presente tese terá por objeto principal, tal qual exposto, questionar a “legitimação jurídico-moral das regulações estatais”. As duas primeiras partes do estudo destinar-se-ão ao desenvolvimento das premissas teóricas pertinentes à legitimação de toda e qualquer medida regulatória. Ademais, diante do fato de que os entes reguladores freqüentemente utilizam o questionável e sensível argumento de natureza paternalista para fins de supostamente assegurar a fundamentação de regulações estatais, a terceira parte da tese questionará como estudo de caso especificamente a “legitimação jurídico-moral das regulações estatais em que o ente regulador utilize argumentos paternalistas com o intuito de justificar a medida regulatória adotada”.

Mas o que se deve entender por “legitimação jurídico-moral da regulação”? O que seria “legitimação jurídico-moral” seja lá do que for? O que seria virada kantiana? O que seriam argumentos de natureza paternalista? Antes mesmo ainda, o que seria “regulação”? É preciso começar por partes. Inicia-se por responder à última pergunta, em teoria aquela mais suscetível de receber resposta razoavelmente mais direta e objetiva que as demais: O que seria “regulação”?

Em uma definição bem ampla, poder-se-ia afirmar que “regular” é proibir, restringir, disciplinar, desestimular, estimular ou impor a um agente a adoção de uma conduta comissiva ou omissiva com a finalidade de ser atingido determinado objetivo. Enfim, regular, em um sentido amplo, é influenciar ou mesmo controlar a conduta de um agente em busca de uma finalidade. Conforme o critério adotado, bem destaca CARLOS RAGGAZZO que a regulação

pode se submeter, entre outras, a duas classificações principais, a saber, quanto ao sujeito regulador e quanto ao objeto regulado<sup>1</sup>.

Tendo por critério classificatório o objeto regulado, a regulação pode se apresentar como “regulação social” ou como “regulação econômica”. Tal qual evidenciado pelas denominações, a “regulação social” é aquela destinada a direcionar condutas dos agentes regulados em busca do atingimento de objetivos no âmbito da ordem social. A “regulação econômica”, por sua vez, é aquela destinada a direcionar condutas dos agentes regulados em busca do atingimento de objetivos no âmbito da ordem econômica.

Por outro lado, tendo por critério classificatório o sujeito regulador, a regulação pode se apresentar como “regulação estatal” ou como “regulação privada”. Tal qual a denominação novamente evidencia, a regulação estatal é aquela imposta pelo Estado aos agentes regulados. O sujeito regulador é o Poder Público, necessariamente pessoa distinta e que mantém relação de subordinação sobre os agentes regulados. A regulação estatal, portanto, é necessariamente heterônoma. A regulação privada, por sua vez, é aquela adotada no âmbito das relações mantidas entre os diversos agentes particulares do mercado. A regulação privada, ao contrário da regulação estatal, pode ou não ser heterônoma. Em certas situações, a regulação privada pode significar o direcionamento ou o controle das condutas de agentes privados por outros agentes igualmente de natureza privada no mercado. Em outras situações, porém, a regulação privada pode decorrer de deliberação livre e autônoma pelos próprios agentes regulados que se submeterão à mesma. Neste caso, pode ocorrer frequentemente a confusão entre as figuras do sujeito regulador e dos agentes regulados<sup>2</sup>.

Já fornecendo um conceito mais acabado especificamente acerca da regulação estatal, ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO define tal instituto como “o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis.”<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Acerca das classificações às quais se submete a regulação, v. RAGGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico*. Rio de Janeiro: Renovar. 2011.

<sup>2</sup> Inúmeros são os casos que poderiam ser citados de autorregulação. Um exemplo seria o da criação voluntária pelos agentes regulados de um selo de qualidade a ser conferido tão somente aos produtos que preencham certos requisitos que garantam a qualidade dos mesmos. Outro exemplo seria o da autorregulação dos meios de comunicação, que, embora não sejam obrigados a fazê-lo por imposição estatal que se confundiria com censura, apresentam programação considerada inadequada para crianças apenas durante as madrugadas.

<sup>3</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

Restará claro ao longo da tese que, desde o surgimento do Estado, sempre houve, em maior ou menor intensidade, regulação estatal. Desde que surgiu como instituição estruturada, o Poder Público sempre baixou normas proibindo ou determinando a adoção de condutas por agentes, direcionando os mesmos ao atingimento de algum fim. O tema da regulação estatal, entretanto, conforme será igualmente destacado ao longo da tese, ganha extrema relevância e atualidade diante do modelo de atuação pública adotado nos dias de hoje.

A atuação pública direta passa a ganhar contornos excepcionais, sendo apenas subsidiária, unicamente cabível nos casos em que os particulares não consigam desempenhar alguma função essencial sozinhos e seja imprescindível a atuação estatal direta. Ou seja, o Estado Democrático de Direito, como bem destacam RICARDO LOBO TORRES<sup>4</sup> e DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO<sup>5</sup>, é um Estado Regulador e Subsidiário<sup>6</sup>. Mais que isto, tal modelo estatal, conforme será visto ao longo da tese, foi adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 atualmente em vigor.

Introduzido um conceito básico de regulação bem como destacada sua imensa importância na atualidade devido ao fato de a mesma constituir o instrumental de atuação estatal nas ordens econômica e social típico do Estado Democrático de Direito consagrado na Carta Magna em vigor, cabe passar às demais indagações introdutórias: o que se deve entender por “legitimação jurídico-moral da regulação”? O que se deve entender por “legitimação jurídico-moral” seja lá do que for?

Afirmar que algo se encontra “legitimado” diante de determinado paradigma significa estabelecer uma relação de compatibilidade, respaldo, correção ou conformidade entre o objeto comparado e o paradigma de aferição. Ou seja, algo se encontra “legitimado” diante de um paradigma quando resiste a uma aferição de compatibilidade e correção perante tal referência. Evidentemente, por uma questão de lógica, o parâmetro de aferição de correção ou legitimação deve ser externo ao próprio objeto submetido ao exame de justificação. Nenhum ente pode encontrar sua legitimação em si mesmo sob pena de tautologia ou petição de princípio. Por definição, ao se afirmar que um ente se encontra “legitimado”, se está

---

<sup>4</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Vol V. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

<sup>5</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório. A Alternativa participativa e flexível para a Administração Pública de relações setoriais complexas no Estado Democrático*. Rio de Janeiro: Renovar. 2003; v. tb. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

<sup>6</sup> Acerca do princípio da subsidiariedade, v. TORRES, Sílvia Faber. *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.

estabelecendo uma relação de correção entre tal ser e um parâmetro de aferição externo a este próprio ser<sup>7</sup>.

As indagações acerca da “legitimação” da regulação estatal apresentam grande relevância e atualidade. Ora, sendo a regulação, conforme exposto, instituto tipicamente utilizado pelo modelo estatal atualmente vigente e consagrado pela C.R.F.B./88, inafastável questionar-se a legitimação de tal instituto, utilizado com tanta frequência e intensidade nos dias de hoje. O que legitimaria, o que fundamentaria e o que justificaria a regulação estatal, tão utilizada atualmente?

Tais questionamentos acerca da legitimação da regulação estatal perante determinado paradigma de aferição externo não são novidade para grande parte da ciência econômica. Os economistas, evidentemente, ao indagarem acerca da legitimação do instituto da regulação, o fazem tomando por paradigma externo de aferição de correção da regulação um parâmetro econômico. Examinam se a regulação estatal se encontra legitimada, justificada ou em conformidade perante uma determinada concepção de economia. Sendo certo que a regulação estatal é um instituto pertinente à economia ao interferir nas ordens econômica e social, alterando a produção e alocação de riquezas, bens, direitos e serviços, o que justificaria a regulação estatal sob uma ótica econômica? Não representando grande novidade para a economia, a indagação “Por que regular?” já vem sendo enfrentada há tempos por esta ciência social.

Os economistas bem definiram um paradigma externo a servir de parâmetro de aferição da legitimação da regulação estatal sob um viés econômico: a necessidade de correção do atuar livre dos agentes no mercado para fins de atingimento dos melhores resultados de produção e alocação de riquezas, bens e serviços, quando estes não seriam naturalmente alcançados na ausência de regulação.

A depender da corrente, os economistas podem entender que o atuar livre dos agentes no mercado não se apresenta capaz de atingir naturalmente os melhores resultados de produção e alocação de riquezas, bens e serviços (exigindo, portanto, regulação que se encontra legitimada sob um viés econômico) por razões distintas.

Ultrapassada a doutrina da infalibilidade do mercado defendida pela economia clássica ultraliberal, correspondente às primeiras décadas após o surgimento da economia moderna e

---

<sup>7</sup> BARBOSA, Ana Paula de. *A Legitimação dos Princípios Constitucionais Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.

para a qual simplesmente as regulações estatais nunca se encontrariam legitimadas<sup>8</sup>, a tradicional razão oferecida pelos economistas ainda dentro do paradigma da racionalidade como justificativa para a legitimação das regulações estatais foi a existência das denominadas “falhas de mercado”. Dentro do paradigma da racionalidade<sup>9</sup>, há “falha de mercado” quando o atuar racional individual e livre dos agentes no mercado, despido de qualquer direcionamento, acarrete resultados considerados indesejáveis, demonstrando a falibilidade e imperfeição do mercado livre.

Ainda hoje as falhas de mercado são apontadas pelos economistas como as principais razões a justificar a existência das medidas regulatórias sob uma perspectiva econômica, eis que, verificada uma falha de mercado, o atuar livre dos agentes econômicos não acarreta naturalmente os resultados considerados desejáveis. Atualmente, convivem simultaneamente no âmbito da economia autores de viés neoclássico ou neoliberal, defensores de um grau de regulação estatal mínimo, bem como autores de viés mais interventivo, defensores de uma regulação estatal mais intensa. As diferentes posições acerca da intensidade de regulação defendida pelos economistas são geralmente reflexo direto das diferentes posições que tais

---

<sup>8</sup> A primeira premissa da economia clássica, que remonta ao pai da ciência ADAM SMITH e ao modelo do Estado de Direito Liberal, é a de que, em tese, os indivíduos sempre participariam do mercado de forma racional, com o intuito de maximizar seus próprios interesses particulares. Outra premissa da economia clássica seria a de que o mercado constituiria um instituto perfeito de produção e circulação de riqueza, bens e serviços, se autorregulando por leis naturais (premissa perceptível na famosa imagem da “mão invisível” do mercado e no clássico ditado “*laissez faire, laissez passer, le monde va à lui même*”). Para o grupo de economistas de viés ultraliberal clássico, portanto, simplesmente não haveria razões a justificar a regulação, instrumento que tem por objetivo direcionar ou mesmo controlar a conduta de agentes com o intuito de atingir determinado fim. Sendo o mercado mecanismo perfeito e infalível de produção, circulação e distribuição de riquezas, bens e serviços, não haveria que se falar em qualquer intervenção estatal sobre a atuação sempre racional dos agentes, eis que as leis invisíveis do mercado naturalmente levariam ao atingimento dos fins econômicos e sociais desejados. V. SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. Curitiba: Juruá.

Por outro lado, deve-se deixar consignada a posição do economista AMARTYA SEN, segundo o qual o pensamento de ADAM SMITH é frequentemente objeto de uma hipérbole estereotipada. No entender de SEN, realmente SMITH seria defensor tanto da premissa da infalibilidade do mercado quanto da premissa do agir racional da *Rational Choice*. Nada obstante, segundo a interpretação conferida por AMARTYA SEN, a própria obra de ADAM SMITH já comportaria o reconhecimento de que em algumas situações excepcionais o homem pode ser movido em suas ações pelos valores da “simpatia”, da “generosidade” e do “espírito público”. V. SEN, Amartya. *The Idea of Justice*. New York: Penguin Books. 2010.

<sup>9</sup> O instituto das “falhas de mercado”, portanto, não rompeu com o paradigma da racionalidade já presente na economia clássica ultraliberal. Pelo contrário, o instituto das falhas de mercado surge dentro do âmbito do paradigma econômico da racionalidade. A saber, os agentes econômicos atuam livre e individualmente de forma racional na busca de seus objetivos.

Em relação à economia clássica ultraliberal, o instituto das falhas de mercado rompe sim com o paradigma da infalibilidade e perfeição do mercado. Enquanto a economia clássica ultraliberal acreditava que o agir racional e livre dos agentes econômicos no mercado levaria necessariamente aos melhores resultados de produção e alocação, a teoria das falhas de mercado demonstra justamente o contrário: o agir racional e livre dos agentes econômicos, em determinadas situações, devido a peculiaridades do mercado, pode acarretar resultados indesejáveis.

Acerca do rompimento ou da relativização do paradigma da racionalidade e da *Rational Choice Theory-RCT*, v. nota de rodapé 13 *infra*.

pensadores possuem acerca da perfeição/imperfeição do instituto do mercado. A saber, quão maior a confiança do economista no instituto do mercado<sup>10</sup>, acreditando que o mesmo se apresenta como instrumento apto a bem alocar os recursos bem como a atingir os fins econômicos e sociais desejados, menores serão as razões a justificar a existência de regulação estatal, não havendo sentido em o Estado direcionar ou controlar as condutas dos indivíduos para buscar atingir objetivos que naturalmente já seriam alcançados no mercado livre. Por outro lado, ao contrário, quão menor a confiança do economista no instituto do mercado, acreditando que o mesmo apresenta falhas no atingimento dos fins econômicos e sociais desejados, mais justificada se encontrará a regulação estatal, sendo necessário que o Estado direcione ou controle a conduta dos indivíduos para atingir objetivos fundamentais.

Fato é que, nos dias de hoje, os economistas podem defender um maior ou menor grau de regulação estatal diante de um mercado que falhe muito ou que falhe pouco. Impensável, porém, que algum economista atual defenda um mercado completamente perfeito e despedido de falhas bem como a total ausência de regulação estatal sobre o mesmo. Nem os economistas neoclássicos podem negar a existência em alguma medida das falhas de mercado bem como da necessidade de uma intervenção estatal regulatória mínima com o intuito de corrigir as mesmas. Se a crise de 1929 parecia ter se tornado um relato distante nos livros de história, a nova crise global das *subprimes* vivenciada no fim da década de 2000 serviu para reavivar a certeza de que a infalibilidade do mercado é um mito.

Essa, portanto, como bem demonstra CARLOS RAGGAZZO<sup>11</sup>, a justificação tradicionalmente oferecida pela ciência econômica ainda no âmbito do paradigma da racionalidade para o instituto da regulação. Um economista, ainda dentro do paradigma da racionalidade, tradicionalmente responderia à pergunta “Por que regular?” de forma bastante direta e objetiva: “Pois existem falhas de mercado, sendo certo que o agir racional e livre dos agentes no mercado não se encontra sempre capaz de atingir naturalmente as finalidades econômicas e sociais desejadas, fazendo-se portanto necessário que o Estado direcione ou controle a conduta dos indivíduos com o objetivo de alcançar as mesmas”.

---

<sup>10</sup> Para se ter uma idéia acerca do pensamento de autores neoclássicos entusiastas do instituto do mercado, v. HAYEK, Friedrich A.. *Law, Legislation and Liberty. A new statement of the liberal principles of justice and political economy*. V. I. *Rules and Order*. Chicago: The University of Chicago Press. 1973. O economista austríaco, a todo o momento, não se cansa de afirmar que o mercado é o mecanismo mais perfeito e eficiente de produção e alocação de riquezas, bens e serviços bem como de atingimento de fins econômicos e sociais, razão pela qual o Estado não deveria intervir no mesmo salvo excepcionalmente.

<sup>11</sup> RAGGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico*. Rio de Janeiro: Renovar. 2011.

Tal qual será visto ao longo da tese, CARLOS RAGGAZZO<sup>12</sup>, de forma bastante sistemática, expõe serem quatro as espécies principais do gênero “falhas de mercado” apontadas pela doutrina econômica: o “monopólio natural” (ou “mercados não competitivos”), os “bens públicos” (ou “problemas de coordenação”), as “externalidades negativas”, e a “assimetria de informações”.

Conforme adiantado, ainda hoje, certamente as falhas de mercado continuam a ser as principais razões a justificar a legitimação econômica das regulações estatais. Praticamente todas as correntes de economia atuais, tendo ao menos relativizado o paradigma da infalibilidade do mercado, admitem em maior ou menor intensidade a existência de falhas de mercado como razões econômicas a justificar a adoção de regulações estatais em alguma medida.

Por outro lado, a depender da corrente econômica, as falhas de mercado podem não ser mais as únicas razões a serem apontadas como justificadoras das regulações estatais em uma perspectiva de legitimação econômica. Nas últimas décadas, vêm ganhando destaque no âmbito da economia as correntes que têm sido denominadas de “economia comportamental” (*behavioral economics*) ou de “psicologia social”. Tais correntes têm ido além do rompimento com o paradigma da infalibilidade do mercado e do reconhecimento da existência de falhas de mercado para admitir inclusive a relativização do paradigma da racionalidade e da *Rational Choice Theory*<sup>13</sup>. A saber, trabalhando principalmente com a idéia de heurística e com as

---

<sup>12</sup> RAGGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico*. Rio de Janeiro: Renovar. 2011.

<sup>13</sup> Segundo a “*Rational Choice Theory-RCT*”, a economia deveria tomar como uma premissa inquestionável, praticamente um axioma, a afirmação de que os agentes econômicos individuais agem invariavelmente no mercado de forma racional e com o único propósito de maximizar seus próprios interesses, utilidades e bem-estar.

Nas últimas décadas, entretanto, tem crescido o número de economistas a questionar a verdade dogmática afirmada pela *RCT* de que os agentes econômicos individuais do mundo real corresponderiam ao modelo teórico abstrato idealizado do *homo economicus*. Segundo os críticos da *RCT*, o *homo economicus* seria uma redução utópica do verdadeiro ser humano, “pinçando” apenas algumas de suas muitas características e ignorando a existência e a influência de diversas outras em seu comportamento diuturno. O ser humano real, existente no mundo dos fatos e que é o verdadeiro agente econômico, além de possuir as características do abstrato *homo economicus* idealizado pela *RCT*, é também e simultaneamente um homem religioso, um homem familiar, um homem amigo, um homem emotivo, um homem impulsivo, um homem ético, um homem moral, um homem político, entre vários outros adjetivos que ilustram características capazes de influenciar a atuação do agente que não a simplória e reducionista busca racional de maximização de seus próprios interesses.

Neste contexto, as teorias da denominada “economia comportamental” (“*behavioral economics*”) e da “psicologia social” têm se proliferado nas últimas décadas, apresentando como *insight* principal o rompimento com o (ou ao menos a relativização do) clássico paradigma econômico da racionalidade, consubstanciado na conhecida “*Rational Choice Theory-RCT*”. Os adeptos das correntes da economia comportamental defenderão que o ser humano age muitas vezes (ou até mesmo quase sempre, a depender do grau extremado ou moderado de adesão do autor às premissas da economia comportamental) de forma irracional!

Em vez de decorrerem da razão consciente e voluntária, as escolhas dos indivíduos apresentariam origem nos mais diversos fatores, tais como razões psicológicas, políticas, morais e culturais. Um grande universo de

“escolhas” dos indivíduos, em verdade, nem mesmo seriam “escolhas” tal qual o termo é usualmente empregado. Tratar-se-ia de opções inconscientes ou determinadas pelo subconsciente humano.

O modelo de escolha humana típico da economia comportamental é o da heurística. A saber, uma espécie de raciocínio rápido “semi-intuitivo”, em oposição ao raciocínio lento, elaborado e fundamentado. As escolhas intuitivas e impulsivas por heurística tendem, no destacar dos adeptos da economia comportamental, a ensejar erros de diagnóstico, principalmente nas aferições de riscos e ponderações acerca de conseqüências diferidas no tempo.

Acerca da economia comportamental, v. KAHNEMAN, Daniel & TVERSKY, Amos. “Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk”. In *Econometrica*. 47 (2). Pp. 263-291. 1979.

Inúmeros jusfilósofos têm começado a se valer dos estudos desenvolvidos no âmbito da ciência econômica pela economia comportamental. Neste sentido, v. CONLY, Sarah. *Against Autonomy. Justifying Coercive Paternalism*. Cambridge: Cambridge University Press. 2013; v. tb. SUNSTEIN, Cass. *Risk and Reason. Safety, Law and the Environment*. Cambridge: Cambridge University Press. 2002. Os dois autores, nas obras mencionadas, valendo-se da heurística e da economia comportamental, destacam como as escolhas realizadas pelos indivíduos frequentemente não são racionais, gerando opções equivocadas principalmente quando da análise de riscos, probabilidades e ponderações sobre conseqüências diferidas no tempo.

Neste ponto, cabe destacar que os diferentes graus de adesão às premissas da economia comportamental e da heurística ensejarão a defesa da justificação de instituições político-jurídicas diversas pelos jusfilósofos. Por exemplo, SARAH CONLY, aderindo com maior força às premissas da economia comportamental, chegará à conclusão de que os seres humanos são frequentemente irracionais, não escolhendo verdadeiramente suas ações. Entenderá, portanto, legítima uma intervenção paternalista muito mais incisiva (paternalismo “hard”). CASS SUNSTEIN, por outro lado, será adepto com maior parcimônia das premissas da economia comportamental, apenas relativizando o paradigma da racionalidade. Entenderá, portanto, legítima apenas uma intervenção paternalista menos incisiva (paternalismo “soft”). Acerca da posição de tais autores no que diz respeito ao instituto do paternalismo, v. Parte III desta tese.

Posição bastante ponderada acerca da relativização das premissas da *Rational Choice Theory* é exposta por AMARTYA SEN. V. SEN, Amartya. *The Idea of Justice*. New York: Penguin Books. 2010. AMARTYA SEN bem destaca que, em verdade, diversos economistas já constataram empiricamente que o dogma da RCT muitas vezes não corresponde à verdade dos fatos. É um fato incontestado de que frequentemente os indivíduos não agem de forma racional com o intuito de simplesmente maximizar seus próprios interesses. Nada obstante, SEN destaca que a maioria dos economistas, ainda que verifique a inconsistência do dogma exposto, acaba por não romper com a RCT com medo de que tal rompimento resulte na premissa oposta de que toda e qualquer conduta humana seja irracional e, portanto, imprevisível e incontrolável.

AMARTYA SEN, neste ponto, propõe uma distinção entre “*rational choice*” (escolha racional) e “*Rational Choice Theory-RCT*” (Teoria da Escolha Racional). SEN destaca que o conceito de “escolhas racionais” oferecido pela “Teoria da Escolha Racional-RCT” é bastante reducionista e equivocado. SEN destaca ser possível que se adote uma concepção segundo a qual um indivíduo tenha realizado “escolha racional”, voluntária, autônoma e consciente, ainda que tal escolha não tenha sido no sentido de buscar a maximização de seu próprio interesse individual.

Neste sentido, segundo a concepção de SEN, é perfeitamente possível que um indivíduo realize uma “escolha racional” ao praticar um ato altruísta. Segundo SEN, as escolhas dos indivíduos são muitas vezes evidentemente influenciadas por emoções, valores morais, políticos e outros fatores. Da mesma forma, tais escolhas podem muitas vezes não buscar a maximização dos interesses do próprio agente. Segundo a “Teoria da Escolha Racional-RCT”, tais escolhas deveriam necessariamente ser consideradas “irracionais”. Mais que isto, em tese, tais escolhas nunca seriam realizadas pelos indivíduos, eis que pela RCT os indivíduos sempre agem racionalmente e com o intuito de maximizar seus próprios interesses. Para a concepção de SEN, por outro lado, ainda que influenciada por valores morais e emoções, bem como destinada a fins altruístas, uma escolha pode ser classificada como “racional”. A única diferença, segundo SEN, é que, quando um indivíduo age egoisticamente com o intuito apenas de maximizar seus próprios interesses, fica mais evidente que sua escolha foi racional, enquanto que, quando um agente age de forma altruísta, o escrutínio deverá ser maior para se confirmar que a escolha do agente foi realmente racional.

A saber, para SEN, embora seja um fato empírico evidente o de que os homens frequentemente agem de forma altruísta movidos por impulsos, emoções, fatores psicológicos, morais e políticos, não necessariamente tais ações devem ser consideradas irracionais. Não necessariamente tal fato empírico deve ser objeto de censura pelas instituições estatais com o intuito de impor aos indivíduos opções “puramente racionais”, egoísticas e despidas de toda e qualquer interferência psíco-emocional. Tais opções podem ser consideradas racionais, ainda que sejam altruístas e influenciadas por fatores psíco-emotivos. A questão, segundo SEN, é submeter as opções em tela a um escrutínio para que se confirme que as mesmas são realmente autônomas.



influências emocionais e psicológicas que afetam os comportamentos humanos, tais correntes têm buscado demonstrar que, em inúmeras situações, os indivíduos, ainda que livremente, agem no mercado de forma irracional com vistas a atingir os objetivos que perseguem. Desta forma, para tais economistas, também nos casos de ações irracionais em heurística, o atuar livre dos agentes econômicos no mercado não seria capaz de acarretar resultados considerados desejáveis, encontrando-se a regulação estatal legitimada sob um viés econômico.

Em última análise, portanto, para os economistas, a finalidade da regulação estatal pode ser remetida ao intuito de serem retomados os objetivos pressupostos pela ciência econômica como desejáveis e que deveriam ter sido naturalmente atingidos pelo atuar livre dos agentes caso não fosse verificada a existência ou de uma falha de mercado ou de um agir individual irracional movido por heurística. Mas que objetivos seriam esses pressupostos geralmente pela ciência econômica como desejáveis a serem atingidos?

Ocorre que os economistas partem geralmente (embora nem sempre)<sup>14</sup> da premissa de que constituem objetivos desejáveis a serem atingidos pelo atuar racional dos agentes em um mercado livre e infalível a maximização da riqueza social e o maior somatório de satisfação de interesses individuais. A ciência econômica geralmente toma como ponto de partida de seu objeto de estudo a premissa de serem estas as finalidades desejáveis a serem atingidas pelo atuar racional dos agentes em um mercado livre e infalível. Em um primeiro momento, portanto, o objeto da ciência econômica é o estudo das leis que naturalmente regem o mercado, da lógica dos incentivos que impulsionam a adoção de condutas pelos agentes livres

---

<sup>14</sup> Esta posição certamente corresponde à maioria das correntes econômicas, preocupadas diuturnamente apenas com o crescimento da economia e do PIB. Geralmente os economistas não entendem ser tarefa da economia qualquer discussão acerca da ética e da justiça. Por uma questão epistemológica, não seria objeto da ciência econômica discutir quais deveriam ser os parâmetros de uma distribuição ou alocação “justa”. A ciência econômica, em um corte epistemológico, geralmente entende ser seu objeto de estudo tão somente examinar as leis de funcionamento do mercado bem como que instrumentos poderiam ser utilizados de forma eficiente para alterar seus resultados quando os mesmos não sejam considerados satisfatórios ou desejáveis. Quais seriam tais resultados “desejáveis” ou “justos”, porém, a grande maioria dos economistas não pretende discutir, tomando por premissa serem objetivos desejáveis a serem atingidos pelo mercado a maximização da riqueza social e o maior somatório de satisfações de interesses individuais. Trata-se de nítida herança da longa tradição de economistas utilitários, onde a ética pressuposta pela economia para fins de implementação decorre do utilitarismo.

Nem sempre, porém, os economistas buscam apenas a maximização da riqueza social ou o maior somatório de satisfação de interesses individuais como objetivos pressupostos pela economia como aqueles desejáveis a serem atingidos naturalmente pelo atuar racional dos agentes no mercado livre. Uma exceção bastante paradigmática é o pensamento de AMARTYA SEN. O economista, em tom crítico, afirma que o utilitarismo sempre foi uma espécie de “doutrina oficial” da economia. V. SEN, Amartya. *The Idea of Justice*. New York: Penguin Books. 2010.

Em outra obra, o mesmo autor formula uma interessante concepção de “desenvolvimento como liberdade”, devendo o instrumental da economia se prestar a implementar como resultado não a maximização da riqueza social, mas sim a garantia das liberdades e condições igualitárias de liberdade dos indivíduos. A maximização da riqueza social, neste sentido, deveria ser considerada como um instrumento para ser alcançado o objetivo final de garantia da liberdade, não se devendo buscar a maximização da riqueza social como fim em si mesma. V. SEN, Amartya. *Development as Freedom*. New York: Alfred A. Knopf. 2001.

e (via de regra) racionais no mercado e de quais os resultados que serão naturalmente alcançados pelo mercado. Em um segundo momento, caso os resultados naturalmente alcançados pelo atuar dos agentes no mercado livre não se encontrem em conformidade com os objetivos de maximização da riqueza social e de maior somatório de satisfação de interesses individuais (objetivos estes tomados como desejáveis por premissa pela maioria dos economistas), o objeto da ciência econômica passa a abranger igualmente o estudo das falhas de mercado e/ou das ações irracionais em heurística dos agentes bem como da necessidade de instrumentos capazes de corrigir o atuar dos agentes no mercado livre para fins de assegurar o atingimento dos objetivos-premissas desejados.

Não constitui, salvo exceções pontuais<sup>15</sup>, objeto da ciência econômica problematizar qual deveria ser um resultado “correto” ou “justo” a ser atingido pelo mercado na produção e alocação de riquezas, bens, direitos e serviços entre os indivíduos da sociedade. Em um corte epistemológico, tais questionamentos são geralmente deixados pela economia para os juristas, os políticos e os filósofos.

Neste sentido, caso o mercado não atinja naturalmente os resultados pressupostos como desejáveis, havendo falha de mercado ou ação irracional em heurística, será necessária uma intervenção estatal regulatória justamente com o intuito de serem atingidos tais objetivos-premissas, havendo legitimação da regulação estatal sob uma perspectiva econômica. Por outro lado, caso a regulação não se apresente apta a alcançar as finalidades pretendidas de correção das falhas de mercado ou das ações irracionais em heurística com a maximização da riqueza social e com o maior somatório de satisfações de interesses individuais, estar-se-á diante de falhas da regulação sob um viés econômico. Não se apresentando a regulação eficiente para corrigir as falhas de mercado ou as ações irracionais em heurística que a legitimariam, não há que se falar em legitimação da regulação estatal sob um viés econômico.

Trata-se, todavia, de razões de ordem econômica. Tais razões respondem à indagação acerca da legitimação da regulação em um plano econômico. A saber, respondem à questão acerca de a instituição da regulação encontrar-se legitimada, justificada ou em correção perante um paradigma externo de aferição calcado em uma concepção de economia. Eis como os economistas têm respondido à questão acerca da legitimação econômica do instituto da regulação estatal: a regulação estatal pode encontrar fundamentos para sua legitimação em

---

<sup>15</sup> V. SEN, Amartya. *Development as Freedom*. New York: Alfred A. Knopf. 2001.

uma perspectiva econômica ou no combate às falhas de mercado ou na correção de ações irracionais em heurística.

Mas e quanto à legitimação jurídico-moral da regulação estatal? Ocorre que, além de ser instrumento pertinente à ciência econômica (ao interferir nas ordens econômica e social, alterando a produção e alocação de riquezas, direitos, bens e serviços no mercado), devendo se encontrar fundamentada em uma racionalidade econômica (no caso, em virtude da existência das “falhas de mercado” ou de um agir irracional em heurística), a regulação estatal igualmente se apresenta como uma instituição política, jurídica e moral. Ora, tal qual exposto, entende-se por regulação o direcionamento ou mesmo o controle das condutas dos agentes com o intuito de ser atingida determinada finalidade. Neste sentido, por definição, toda e qualquer regulação consiste *in re ipsa* na restrição de direitos e liberdades dos indivíduos regulados, interferindo em alguma medida na autonomia e na capacidade de autodeterminação dos mesmos. Trata-se, portanto, além de um instituto econômico, evidentemente de instituto simultaneamente pertinente às searas política, jurídica e mesmo moral.

Desta forma, não há como se fugir da indagação acerca da legitimação da regulação estatal igualmente perante um parâmetro externo jurídico-moral. Deve a regulação, instituto político-jurídico que também é, se encontrar legitimada igualmente sob um prisma jurídico-moral. Eis a definição de “legitimação jurídico-moral da regulação estatal” adotada pela presente tese. A saber, sendo instituto pertinente à política, ao direito e à moral, deve a regulação estatal ser submetida a uma aferição de justificação, compatibilidade ou correção perante um paradigma externo de natureza jurídico-moral. Encontrar-se-ia a regulação estatal legitimada jurídico-moralmente? A premissa econômica de que devem ser entendidos como resultados desejáveis, a serem atingidos pelo mercado, a maximização da riqueza social e o maior somatório de satisfações de interesses individuais não deveria ser questionada? Quais seriam as razões de cunho jurídico-moral a justificar e legitimar a regulação estatal?

A retomada das preocupações com o tema da “legitimação jurídico-moral” do direito e das instituições político-jurídicas positivadas em geral encontra-se diretamente ligada à denominada “virada kantiana”<sup>16</sup> e à não aceitação de forma acrítica e passiva do positivismo jurídico. O direito vem sofrendo, principalmente desde o advento da obra “*Uma Teoria da Justiça*” de JOHN RAWLS<sup>17</sup> na década de 1970, uma forte virada influenciada pela retomada

---

<sup>16</sup> TORRES, Ricardo Lobo. “A Legitimação dos Direitos Humanos e os princípios da Ponderação e da Razoabilidade”. In TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.

<sup>17</sup> RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

das preocupações com a legitimação jurídico-moral das instituições estatais político-jurídicas positivadas, preocupações estas adormecidas desde que o movimento dos contratualistas iluministas desaguou no surgimento do Estado de Direito Liberal.

Desde a obra de RAWLS nos anos 70 até os dias de hoje, passou-se a vivenciar uma verdadeira pulverização nas diferentes correntes de filosofia político-moral e de legitimação do direito e do Estado. Não basta que um jusfilósofo se posicione genericamente a favor da necessidade de legitimação do direito positivo perante um paradigma de valores jurídico-morais metapositivos. Que valores jurídico-morais seriam esses e qual o conteúdo da teoria da justiça? Decorreriam os princípios de justiça dos valores comunitários? De valores individuais? Do agir comunicativo? O simplório dualismo juspositivismo/jusnaturalismo é substituído por inúmeros matizes de filosofia político-moral, tais como o utilitarismo/maximização da riqueza social<sup>18</sup>, o libertarianismo<sup>19</sup>, o liberalismo-igualitário<sup>20</sup>, o liberalismo-republicano<sup>21</sup>, o republicanismo<sup>22</sup>, o comunitarismo<sup>23</sup> e o procedimentalismo deliberativo democrático<sup>24</sup>.

Fato é que, após a obra de RAWLS, poder-se-ia concordar com tal autor ou discordar do mesmo. Nunca, entretanto, ignorá-lo. O tema da legitimação do Estado bem como do direito posto não pode ser simplesmente ignorado, devendo ser enfrentado mesmo por quem eventualmente pretenda justamente defender a inexistência de tal dever de legitimação. Devido à virada kantiana exposta, marcada pela retomada nas últimas décadas de importantes questionamentos no âmbito da filosofia político-moral, o direito não pode mais fugir às questões de legitimação jurídico-moral. Não se pode mais aceitar de forma passiva e acrítica a afirmação de que o direito positivo bem como todas as demais instituições estatais político-

<sup>18</sup> Contemporaneamente, uma das principais correntes de filosofia político-moral é aquela que defende como parâmetro de aferição de correção do direito positivo bem como das estruturas estatais político-jurídicas postas a aptidão de tais institutos para fins de maximização da riqueza social. Por todos, v. POSNER, Richard. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 2007. Embora dotada de novas terminologia e roupagem para se apresentar como corrente contemporânea de filosofia político-moral, a maximização da riqueza social em muito corresponde à clássica corrente do utilitarismo, surgida bem antes da obra de Rawls. V. BENTHAM, Jeremy. *The Principles of Morals and Legislation*. New York: Hafner Press. 1948.

<sup>19</sup> V. NOZICK, Robert. *Anarchy, State, and Utopia*. Basic Books. 1974. V. Tb. HAYEK, Friedrich A.. *Law, Legislation and Liberty. A new statement of the liberal principles of justice and political economy*. V. I *Rules and Order*. Chicago: The University of Chicago Press. 1973.

<sup>20</sup> V. RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes. 2002; v. tb. DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana. A teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes. 2005.

<sup>21</sup> V. SUNSTEIN, Cass. *After the Rights Revolution. Reconceiving the Regulatory State*. Cambridge: Harvard University Press. 1990.

<sup>22</sup> V. PETTIT, Philip. *Contemporary Political Theory*. New York: Macmillan Publishing Company. 1991.

<sup>23</sup> V. TAYLOR, Charles. *Argumentos Filosóficos*. Barcelona: Paidós. 1997. V. tb. SANDEL, Michael. *Liberalism and the Limits of Justice*. Cambridge: Cambridge University Press. V. tb. WALZER, Michael. *Esferas da Justiça. Uma defesa do pluralismo e da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

<sup>24</sup> V. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003.

jurídicas postas se encontram legitimados pelo simples fato de ostentarem a condição de instituições estatais. Tratar-se-ia de tautologia inaceitável. Devido à virada mencionada, todo o direito positivo bem como as instituições estatais político-jurídicas postas devem ser submetidos a um exame de “legitimação jurídico-moral”. A saber, deve-se aferir se tais instituições se encontram “legitimadas jurídico-moralmente”, estando justificadas, respaldadas, em conformidade ou correção com determinada concepção de filosofia político-moral e determinada teoria de justiça tomadas por paradigmas externos de aferição.

Com o direito regulatório e com o instituto da regulação estatal não deve ser diferente. O que justificaria a regulação estatal em um plano jurídico-moral? Quais seriam os fundamentos e as razões jurídico-morais a justificar a existência de regulação? Enfim: por que regular em uma perspectiva de legitimação jurídico-moral?

Ainda que sendo certo que toda e qualquer regulação, por definição (ao direcionar ou mesmo controlar condutas dos agentes), invade a autonomia e a liberdade de indivíduos, poder-se-ia afirmar que tal instituto se encontra legitimado jurídico-moralmente? Que argumentos poderiam ser manejados de forma jurídico-moralmente legitimada em defesa da regulação? Quais deveriam ser as concepções de filosofia político-moral e de teoria da justiça a serem tomadas como parâmetros de aferição da legitimação jurídico-moral da regulação?

Todas as questões expostas inserem-se no âmbito de preocupações da legitimação jurídico-moral da regulação. Sendo certo que, desde a virada kantiana, todo o direito positivo bem como as demais instituições estatais político-jurídicas positivadas devem se encontrar legitimados jurídico-moralmente, o mesmo deve se passar com o direito regulatório e com a regulação estatal. Este será o objetivo central da presente tese: indagar acerca da legitimação jurídico-moral da regulação estatal. Indagar quando, com base em que fundamentos e em que medida se encontraria legitimada jurídico-moralmente a regulação estatal, este instrumento que, tal qual exposto, consiste em direcionar ou mesmo controlar condutas de agentes em clara tensão com a autonomia e a capacidade de autodeterminação dos indivíduos.

Como se percebe, o tema da presente tese evidentemente se encontrará muitas vezes na interseção entre o direito e a filosofia político-moral. Neste ponto, porém, é importante fazer um esclarecimento. Embora evidentemente transite por discussões do âmbito da filosofia político-moral, bem como utilize institutos fundamentais de tal seara filosófica, o presente estudo pretende ser uma tese de direito público, não uma tese de filosofia político-moral. Tal utilização de conceitos e institutos fundamentais da filosofia político-moral deve-se ao fato, isto sim, de a presente tese adotar uma postura de filosofia do direito não

positivista-cientificista. Parte-se do entendimento, ao contrário daquele defendido por HANS KELSEN<sup>25</sup>, segundo o qual as discussões de filosofia do direito bem como os questionamentos acerca da legitimação do direito devem se encontrar dentro do objeto da própria ciência jurídica, não sendo apenas objeto de estudo de outras ciências auxiliares ao direito. Na definição não positivista-cientificista de Direito aqui adotada, os questionamentos de filosofia do direito e de legitimação do direito constituem objeto da própria ciência jurídica.

Claro que o instituto da legitimação jurídico-moral do direito (no caso, do direito regulatório), tendo por paradigma de aferição determinada concepção de filosofia político-moral e de teoria da justiça, toca tanto o âmbito da filosofia político-moral quanto o âmbito do direito! Por um lado, o instituto da legitimação jurídico-moral do direito regulatório diz respeito à seara da filosofia político-moral, eis que tal ramo filosófico tem a pretensão de, uma vez definidas concepções teórico-abstratas de moralidade política e de teoria da justiça, aplicar tais concepções às instituições estatais político-jurídicas positivadas, entre elas o direito. Por outro lado, porém, da mesma forma o instituto da legitimação jurídico-moral do direito regulatório diz respeito à ciência jurídica, eis que tal ciência, ao estudar o conteúdo, a definição e as interpretações possíveis do direito positivo, deve necessariamente indagar acerca da legitimação jurídico-moral do mesmo. A legitimação jurídico-moral do direito regulatório, enfim, é evidentemente matéria interdisciplinar, que toca tanto a filosofia político-moral quanto a ciência do direito. Mesmo porque, conforme exposto, à luz de uma postura não positivista-cientificista, não há que se falar em uma separação absoluta entre a filosofia do direito e o objeto de estudo da ciência jurídica. A questão parece ser o enfoque preponderante.

Portanto, no caminho a ser percorrido para cumprir o objetivo principal de estudo que acaba de ser traçado acima (indagar acerca da legitimação jurídico-moral das regulações estatais), a presente tese certamente mencionará algumas das principais correntes da filosofia político-moral contemporânea. Nada obstante, tal menção se dará tão somente em caráter instrumental, destinando-se a facilitar a definição do conteúdo da premissa liberal-republicana bem como a rapidamente justificar por que razões a mesma será adotada como a concepção de filosofia político-moral mais adequada a informar os valores jurídico-morais do ordenamento jurídico brasileiro.

---

<sup>25</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

O enfoque principal da tese, porém, se iniciará a partir do momento em que tais concepções de filosofia político-moral passam a se relacionar com o ordenamento jurídico. Entre diversas outras, serão enfrentadas as seguintes questões: O texto da C.R.F.B./88 já adotaria uma concepção de moralidade política específica? Seria o texto da Constituição Brasileira de 1988 compatível com a premissa de filosofia político-moral liberal-republicana que se pretende adotar na presente tese? Quais os limites interpretativos impostos pelo texto constitucional para que se realize uma leitura jurídico-moral da C.R.F.B./88? Seria possível, caso se entenda que o texto da Carta Magna não comporta uma interpretação jurídico-moral da Constituição sob um viés liberal-republicano, ultrapassar os limites do texto da C.R.F.B./88? Como ingressam os valores jurídico-morais fundamentais na interpretação jurídico-moral da C.R.F.B./88? Em outras palavras, como fazer a ponte entre a premissa de filosofia político-moral liberal-republicana que se pretende adotar e o âmbito da interpretação jurídica da Constituição? Que instrumental metodológico pode auxiliar o ingresso de valores de moralidade política no direito para que a interpretação jurídica da Constituição seja uma interpretação jurídico-moral da Constituição? Por fim, conseguida a realização da interpretação jurídico-moral da Constituição, feita a ponte da premissa de filosofia político-moral liberal-republicana para a interpretação jurídica da Lei Maior, como conectar a leitura jurídico-moral da Constituição com a legitimação jurídico-moral de regulações estatais previstas geralmente em instrumentos infraconstitucionais sem qualquer salto metodológico?

Como se percebe, a presente tese estudará o procedimento de ingresso dos valores morais fundamentais no ordenamento jurídico já desde a interpretação jurídico moral da Carta magna, indagando acerca de quais instrumentos de metodologia jurídica se prestariam a operacionalizar tal ingresso de forma segura. Neste ponto, defender-se-á, na lição de RICARDO LOBO TORRES, que os princípios da proporcionalidade e da igualdade podem ser denominados como princípios de legitimação<sup>26</sup>, eis que tais princípios jurídicos possuem conteúdo material imediato e *a priori* vazio, apresentando conteúdo imediato e *a priori* apenas operacional. Assim, buscar-se-á defender igualmente que os princípios em tela podem constituir valiosos instrumentos metodológicos aptos a operacionalizar o ingresso no ordenamento jurídico dos valores morais da premissa liberal-republicana a ser adotada como a mais adequada para funcionar como paradigma externo na aferição de legitimação jurídico-moral do direito e das demais instituições político-jurídicas positivadas.

---

<sup>26</sup> TORRES, Ricardo Lobo. “A Legitimação dos Direitos Humanos e os princípios da Ponderação e da Razoabilidade”. In TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.

Muito mais do que se preocupar apenas com o momento específico de entrada dos valores morais metapositivos no ordenamento quando da interpretação jurídico-moral da Constituição, porém, a presente tese estabelecerá também como tais valores morais metapositivos podem se apresentar como parâmetros externos de aferição de legitimação jurídico-moral mesmo das medidas regulatórias adotadas por atos infraconstitucionais ou até regulamentares. Neste sentido, a presente tese deverá percorrer, sem qualquer salto metodológico, todo o trajeto desde a adoção do liberalismo-republicano como concepção de filosofia político-moral mais adequada a informar a interpretação jurídico-moral da própria Carta Magna até a aferição da legitimação jurídico-moral das medidas regulatórias adotadas por atos de menor hierarquia formal no ordenamento jurídico.

Uma vez tendo os valores morais inerentes ao liberalismo-republicano ingressado no ordenamento jurídico a partir da interpretação jurídico-moral da Constituição de 1988 à luz da premissa liberal-republicana, a presente tese buscará defender que tais valores jurídico-morais se irradiarão por todo o sistema em virtude do princípio da unidade da constituição bem como dos institutos da filtragem constitucional e da constitucionalização-releitura do direito. Outrossim, a presente tese se posicionará no sentido de que mesmo as medidas regulatórias adotadas através de atos infraconstitucionais deverão encontrar fundamento nos valores morais decorrentes da premissa liberal-republicana.

Portanto, consistindo a premissa liberal-republicana em uma compatibilização entre o Estado de Direito e a soberania popular, bem como entre a autonomia privada, as condições igualitárias e a autonomia pública dos indivíduos, a presente tese sustentará que as medidas regulatórias poderão encontrar legitimação jurídico-moral alternativamente em um dos seguintes pilares: no pilar liberal-igualitário ou no pilar republicano. A saber, buscará a presente tese argumentar que as medidas regulatórias estatais encontrar-se-ão legitimadas jurídico-moralmente por implementarem a autonomia privada ou as condições igualitárias de liberdade e dignidade dos indivíduos (pilar liberal-igualitário), ou por implementarem projetos políticos decorrentes do exercício da soberania popular e da autonomia pública dos indivíduos (pilar republicano), desde que tais deliberações não violem o núcleo essencial da dignidade humana e do Estado de Direito.

Neste ponto, a presente tese proporá que os princípios de legitimação jurídico-moral da proporcionalidade e da isonomia possam ser utilizados como úteis instrumentos metodológicos a operacionalizar a aferição de legitimação jurídico-moral das medidas regulatórias. O princípio da proporcionalidade, especialmente através das etapas da



“necessidade” e da “proporcionalidade em sentido estrito”, poderá ser utilizado na aferição de legitimação jurídico-moral das medidas regulatórias sob uma perspectiva interna ou intra-medida regulatória. Neste sentido, no entender da tese, através da aplicação do princípio da proporcionalidade, será possível averiguar se os valores jurídico-morais da premissa liberal-republicana estão sendo implementados pela medida regulatória em grau que compense a restrição que essas mesmas medidas regulatórias ocasionam sobre as liberdades dos agentes regulados.

O princípio da isonomia, por sua vez, no entender da tese, poderá ser utilizado como instrumento metodológico útil na aferição da legitimação jurídico-moral das medidas regulatórias em uma perspectiva externa ou inter-medidas regulatórias. Tratar-se-á de uma exigência de coerência do ordenamento perante as diversas medidas regulatórias. Defender-se-á, neste sentido, que as medidas regulatórias que sejam consideradas “iguais” entre si à luz de um critério definidor de igualdade baseado no grau de implementação ou restrição que tais medidas acarretem sobre os valores jurídico-morais da premissa liberal-republicana devam receber igual tratamento do direito na declaração de legitimação ou de falta de legitimação jurídico-moral.

Tal qual já adiantado, as duas primeiras partes da tese serão destinadas a enfrentar os pontos mais sensíveis pertinentes à legitimação de toda e qualquer regulação estatal. Uma vez desenvolvidas nas duas primeiras partes da tese as premissas teóricas pertinentes à legitimação de toda e qualquer regulação estatal, a terceira parte da tese terá por estudo de caso a aplicação de tais premissas teóricas especificamente no exame de legitimação das medidas regulatórias estatais de natureza paternalista. Tendo-se em vista que inúmeras regulações estatais buscam justificar a mencionada restrição ou cerceamento da autonomia/liberdade individuais (inerente, tal qual afirmado, a toda e qualquer medida regulatória estatal) com base nos questionáveis argumentos de natureza paternalista, as medidas regulatórias de natureza paternalista se prestarão na terceira parte da tese como um interessante estudo de caso para fins de aplicação específica das premissas teóricas genericamente desenvolvidas nas duas primeiras partes da tese acerca da legitimação de toda e qualquer medida regulatória estatal.

Mas, afinal, o que se deveria entender por “argumentos de natureza paternalista”? Ademais, por que razão seriam tais argumentos tão questionáveis sob um enfoque jurídico-moral?

O que pode ser inserido dentro do rótulo “paternalismo” não é uníssono entre os diversos autores, podendo a expressão apresentar contornos mais ou menos elásticos a depender dos elementos constitutivos adotados para fins de definição do conceito. Por um lado, alguns autores adotam elementos constitutivos do que seja paternalismo bastante genéricos e abrangentes, ensejando conceito extremamente elástico. Para esses autores, o conceito “paternalismo” funcionará como um gênero que abrangerá inúmeras e distintas espécies de “paternalismos” baseadas nas mais diversas classificações<sup>27</sup>. Por outro lado, há autores que adotam elementos constitutivos do que seja “paternalismo” bem mais específicos, ensejando conceito menos elástico. Para estes últimos autores, defensores de um conceito mais restrito de paternalismo, inúmeras medidas que seriam consideradas pelos defensores de um conceito elástico de paternalismo modalidades especiais de paternalismo simplesmente não seriam paternalismo *at all*<sup>28</sup>.

Nada obstante, ainda na introdução da tese, este não é o momento adequado para serem expostas as mais distintas divergências sobre as definições e classificações de paternalismo adotadas pelos diversos autores<sup>29</sup>. No presente momento introdutório, em linhas gerais, pode-se definir paternalismo como a adoção de medidas de poder, restritivas da liberdade de indivíduos, com o intuito de proteger de danos ou implementar bens, direitos e interesses desses próprios indivíduos cuja liberdade está sendo restringida.

---

<sup>27</sup> Entre as principais classificações das espécies de paternalismo adotadas pelos defensores de um conceito elástico de paternalismo, o paternalismo poderia ser classificado em: (a) ativo ou passivo; (b) direto ou indireto; (c) destinado a evitar dano ou a promover benefício; (d) *hard* ou *soft*; e (e) puro ou impuro. Acerca das classificações às quais podem se submeter as diversas espécies de paternalismo, v. Parte III da tese bem como FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Self*. Oxford: Oxford University Press. 1986.

<sup>28</sup> É evidente que não existem apenas duas opções de definição de paternalismo: um conceito completamente elástico ou um conceito completamente restrito de paternalismo. Ao contrário, a adoção de conceitos mais ou menos elásticos de paternalismo é uma questão de grau. Entre o conceito mais elástico e o conceito mais restrito de paternalismo, há diversas possibilidades de definição do que seja paternalismo. Neste sentido, o que para um adepto de um conceito mais elástico de paternalismo é uma espécie particular de paternalismo, para um defensor de um conceito mais restrito, pode simplesmente não ser paternalismo. Por exemplo, o “paternalismo impuro” (que designa a restrição de liberdade de um indivíduo com o intuito instrumental e imediato de proteger bem de titularidade desta mesma pessoa, mas com o intuito real e definitivo mediato de proteger bem de terceiro que não a pessoa cuja liberdade é restringida) pode ser espécie do gênero “paternalismo” em uma definição ampla ou pode simplesmente não ser “paternalismo” em uma definição restrita. Acerca das classificações às quais podem se submeter as diversas espécies de paternalismo, v. Parte III da tese bem como FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Self*. Oxford: Oxford University Press. 1986.

A presente tese, na Parte III, adotará um conceito de paternalismo que não abarca a espécie do paternalismo impuro. Para os defensores de determinada concepção elástica do termo “paternalismo”, o paternalismo impuro pode ser considerado uma espécie do gênero paternalismo (em distinção ao paternalismo puro, outra espécie do gênero paternalismo). Para a definição que será adotada pela presente tese, porém, não há que se falar em “paternalismo puro ou impuro”. Todo paternalismo, à luz da definição adotada pela presente tese, será paternalismo puro. O paternalismo impuro, segundo a definição que será adotada pela presente tese na Parte III, simplesmente não será “paternalismo”.

<sup>29</sup> Acerca das classificações às quais podem se submeter as diversas espécies de paternalismo, v. Parte III da tese bem como FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Self*. Oxford: Oxford University Press. 1986.

Ou seja, entende-se por paternalismo jurídico: uma medida ou um conjunto de medidas político-jurídicas tomadas pelo Estado ou um de seus agentes públicos (pode se tratar de um ato normativo constitucional, legal, regulamentar, de um ato administrativo, de uma política pública, ou mesmo de uma decisão judicial) que tenham por objeto direcionar ou mesmo controlar a conduta de indivíduos ou instituições (impondo ações ou omissões), ainda que contra a vontade dos mesmos, com o intuito de zelar pela proteção ou implementação de bens, interesses ou direitos dessas próprias pessoas sujeitas ao exercício do Poder Político-Jurídico.

Eis a antítese que torna a discussão acerca da legitimação jurídico-moral das medidas regulatórias especificamente de natureza paternalista tão fascinante: exatamente a mesma característica de tais medidas (o fato de terem por objetivo a proteção ou implementação de direito, bem ou interesse exclusivamente do agente cuja liberdade é limitada) se apresenta simultaneamente como o argumento mais forte em defesa da legitimação jurídico-moral da regulação em questão e como o argumento mais forte contra a legitimação jurídico-moral da mesma. Explica-se.

Os argumentos de filosofia político-moral mais fortes em defesa da legitimação jurídico-moral das medidas regulatórias paternalistas decorrem da característica de que tais medidas são destinadas a proteger ou implementar os bens, direitos e interesses de titularidade dos próprios agentes cuja liberdade é limitada pela regulação. Não se nega que as medidas regulatórias paternalistas, medidas regulatórias que são, provoquem restrição da liberdade de indivíduos. Nada obstante, tais medidas regulatórias paternalistas estariam justificadas pois o intuito das mesmas seria precisamente o zelo pela proteção ou implementação de bens, direitos ou interesses dos mesmos indivíduos cuja liberdade está sendo limitada. A limitação da liberdade desses indivíduos, portanto, estaria justificada. Afinal de contas, nenhuma pessoa seria desfavorecida pela medida regulatória paternalista. Os indivíduos cujas liberdades são restringidas (os supostos prejudicados pela medida regulatória) estariam em verdade sendo favorecidos.

Que curiosidade fascinante. Os argumentos de filosofia político-moral mais fortes contrários à legitimação jurídico-moral das medidas regulatórias paternalistas decorrem da mesma característica de que tais medidas são destinadas a proteger ou implementar os bens, direitos e interesses dos próprios agentes cuja liberdade é limitada pela regulação. Para os críticos das medidas paternalistas, poder-se-ia aceitar a legitimação jurídico-moral das medidas regulatórias apenas quando estas tivessem por fundamento implementar ou o bem-

estar social (seja em sua vertente utilitária seja em sua vertente republicana) ou a liberdade ou as condições igualitárias de titularidade de indivíduos outros que não os próprios agentes cujas liberdades são restringidas pela regulação. Não haveria dúvidas de que nenhuma pessoa pode possuir liberdade ilimitada sob pena de violação das liberdades ou das condições igualitárias dos demais ou do bem-estar social. No caso das medidas regulatórias paternalistas, entretanto, não havendo liberdades ou condições igualitárias de terceiros nem bem-estar social a serem protegidos, não haveria qualquer razão a justificar jurídico-moralmente a limitação das liberdades dos agentes regulados. Se os únicos direitos e interesses a serem protegidos pelas medidas regulatórias paternalistas são de titularidade dos próprios agentes a sofrerem a limitação de liberdade, não haveria qualquer legitimação jurídico-moral de tal cerceamento da autonomia privada.

Desde a clássica crítica de JOHN STUART MILL em “*On Liberty*”<sup>30</sup>, o paternalismo tradicionalmente tem sido associado a uma conotação nitidamente pejorativa. Com base em seu “princípio do dano” (ou “princípio do dano a terceiros”), MILL defendeu que a liberdade dos indivíduos na adoção de condutas somente poderia ser restringida caso a conduta adotada viesse a causar danos a terceiros que não a própria pessoa. Neste sentido, o autor criticou as medidas paternalistas, eis que as mesmas limitariam indevidamente a liberdade dos indivíduos com o intuito de proteger bens, direitos e interesses do próprio agente regulado, inexistindo direitos de terceiros a serem protegidos ou implementados.

Como se sabe, J.S. MILL é um dos maiores expoentes da posição de filosofia político-moral utilitária. Neste sentido, conforme será exposto ao longo da tese, a defesa da liberdade efetuada por MILL quando de sua crítica às medidas paternalistas possui caráter instrumental. Em verdade, o autor pretende, através da proteção da liberdade individual, maximizar o somatório de bem-estar geral. Isto pois, conforme se verá, MILL sustenta que ninguém melhor que a própria pessoa pode saber o que é melhor para maximizar seus próprios interesses e bem-estar.

Mas não foi apenas dos utilitários que as medidas paternalistas receberam fortes críticas. ERNESTO GARZÓN VALDÉS<sup>31</sup>, também destacando que a expressão “paternalismo” geralmente é associada a uma conotação pejorativa, ressaltou que fortes críticas contra as medidas paternalistas têm sido formuladas não apenas com base no valor utilidade, mas também com base nos valores da autonomia e da igualdade.

---

<sup>30</sup> MILL, John Stuart. *On Liberty*. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company. 1956.

<sup>31</sup> VALDÉS, Ernesto Garzón. “Es Éticamente Justificable el Paternalismo Jurídico?”. In *Sobre El Paternalismo. Doxa: Cadernos de Filosofía Del Derecho*. Nº 5. 1988.

Por outro lado, o que se acaba de afirmar não significa que seja sempre impossível defender-se a legitimação jurídico-moral das medidas regulatórias paternalistas. Embora, tal qual adiantado, a expressão “paternalismo” tenha tradicionalmente sido associada a uma conotação pejorativa em virtude de supostamente violar ora a utilidade, ora a autonomia, ora a igualdade, há também importantes estudos a defender, em maior ou menor intensidade, a adoção de medidas paternalistas.

A leitura mais evidente e que mais facilmente se depreende quando da análise das medidas paternalistas é a de que as mesmas buscariam obter justificação com base em um perfeccionismo moral, estando ligadas a uma posição de filosofia político-moral comunitária.

Nada obstante, há estudos que buscam sustentar a legitimação jurídico-moral das medidas paternalistas com base nas mais diversas correntes de filosofia político-moral. Há exceções previstas pelo próprio J.S.MILL<sup>32</sup> em que o autor admite a existência legítima de medidas paternalistas com fulcro no valor utilidade. Há autores como CASS SUNSTEIN e RICHARD THALER<sup>33</sup> que sustentam a justificação jurídico-moral de algumas medidas paternalistas com base no valor fundamental da autonomia privada individual. E há autores mesmo, como ERNESTO GARZÓN VALDÉS<sup>34</sup>, que entendem possível a legitimação jurídico-moral de algumas medidas paternalistas simultaneamente nos valores fundamentais da autonomia privada individual e da igualdade.

A depender da medida paternalista sob análise, portanto, a mesma poderá encontrar legitimação jurídico-moral diante de um paradigma externo de aferição consistente em uma concepção de filosofia político-moral comunitária, liberal-igualitária, liberal-republicana ou mesmo utilitária. Será objeto da terceira parte da tese, ao aplicar ao exame de legitimação das medidas regulatórias de natureza especificamente paternalista as premissas desenvolvidas genericamente nas duas partes anteriores acerca da legitimação de toda e qualquer medida regulatória, questionar com base em que valores fundamentais (em que pilar do liberalismo-republicano), em que situações e em que medida as regulações estatais de natureza paternalista se encontrarão ou não legitimadas jurídico-moralmente à luz da premissa liberal-

---

<sup>32</sup> MILL, John Stuart. *On Liberty*. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company. 1956. MILL apresenta expressamente duas exceções em que admite a existência de medidas paternalistas jurídico-moralmente legítimas perante o valor utilidade, fundamental para sua posição utilitarista. Primeiramente, seriam admitidas medidas paternalistas em sociedades ainda não plenamente civilizadas. Ademais, seriam admitidas medidas paternalistas com o intuito de impedir que um indivíduo voluntariamente celebrasse um contrato cujo objeto seja se vender em escravidão definitiva.

<sup>33</sup> SUNSTEIN, Cass R. & THALER, Richard H.. *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven: Yale University Press. 2008.

<sup>34</sup> VALDÉS, Ernesto Garzón. “Es Éticamente Justificable el Paternalismo Jurídico?”. In *Sobre El Paternalismo. Doxa: Cadernos de Filosofia Del Derecho*. Nº 5. 1988.

republicana, adotada pela presente tese como concepção mais adequada de filosofia político-moral a servir de paradigma externo de aferição de legitimação jurídico-moral das instituições político-jurídicas postas.

Apresentando os argumentos paternalistas natureza tão polêmica e sensível, questionar-se-á na terceira parte da tese a compatibilidade especificamente de tais argumentos de natureza paternalista com os valores jurídico-morais decorrentes da premissa liberal-republicana que informa o ordenamento positivo brasileiro e que será adotada como paradigma de aferição das instituições político-jurídicas positivadas.

Neste ponto, a tese exporá que, a princípio, a leitura filosófica mais evidente e mais facilmente depreendida dos argumentos de natureza paternalista será aquela ligada a uma raiz filosófica perfeccionista assentada em bases comunitárias completamente incompatíveis com o pilar liberal-igualitário da premissa liberal-republicana. Expor-se-á que a leitura filosófica perfeccionista, aquela mais facilmente depreendida dos argumentos de natureza paternalista, viola frontalmente a concepção de que os indivíduos devem ser livres e iguais na escolha de seus planos e projetos de vida pessoal diante de um Estado neutro.

Nada obstante, a presente tese buscará sustentar a possibilidade de que tais argumentos de natureza paternalista venham a ser interpretados em algumas situações como assentados em raiz filosófica completamente distinta. Buscar-se-á defender a possibilidade de que, em certas situações específicas, os argumentos de natureza paternalista sejam eventualmente interpretados como veículos implementadores da autonomia privada, das condições igualitárias e da capacidade de autodeterminação dos próprios agentes regulados. Neste sentido, as medidas regulatórias de natureza especificamente paternalista poderiam eventualmente encontrar legitimação jurídico-moral perante o paradigma liberal-republicano com base no pilar do liberalismo-igualitário e nos valores da autonomia privada e das condições igualitárias.

Para tanto, a tese pretenderá demonstrar que as medidas regulatórias paternalistas, por vezes, ao supostamente restringirem a autonomia privada dos agentes regulados, estarão na realidade protegendo a verdadeira autonomia privada e as condições igualitárias de liberdade e dignidade destes próprios agentes. Tal qual se tentará demonstrar, em determinadas situações extraordinárias, a autonomia dos indivíduos pode se encontrar “bipartida”. A saber, a autonomia privada imediatamente manifestada pelos indivíduos pode corresponder tão somente à autonomia superficial de tais indivíduos, não se confirmando como a autonomia mediata e realmente consistente dos mesmos. Ademais, pode ocorrer de tais indivíduos não

possuírem as condições de igualdade minimamente necessárias para o correto exercício de suas liberdades e manutenção de dignidade humana.

Neste sentido, a declaração de legitimação ou de falta de legitimação jurídico-moral dos argumentos de natureza paternalista à luz da premissa liberal-republicana muitas vezes dependerá, de acordo com a posição que será sustentada pela presente tese, da identificação das situações em que se possa afirmar que a autonomia privada dos indivíduos se encontra extraordinariamente bipartida bem como das situações em que se possa afirmar que tais indivíduos não possuem as condições de igualdade minimamente necessárias para o correto exercício de suas liberdades. Valendo-se do tradicional instituto da ciência econômica das falhas de mercado bem como das recentes propostas de relativização do paradigma econômico da racionalidade em virtude da ação comportamental em heurística, a presente tese buscará oferecer parâmetros razoavelmente objetivos que possam ser úteis na tarefa de identificação de tais situações extraordinárias.

# **1 A REGULAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE ATUAÇÃO TÍPICO DO MODELO ESTATAL ATUAL ADOTADO PELA C.R.F.B./88. A LEGITIMAÇÃO ECONÔMICA DA REGULAÇÃO. DO CLÁSSICO INSTITUTO ECONÔMICO DAS FALHAS DE MERCADO ÀS PROPOSTAS CONTEMPORÂNEAS DA ECONOMIA COMPORTAMENTAL DE RELATIVIZAÇÃO DO PARADIGMA ECONÔMICO DA RACIONALIDADE. QUANDO O ATUAR (RACIONAL OU IRRACIONAL) DOS AGENTES NO MERCADO LIVRE DEIXA DE ATINGIR OS RESULTADOS PRESSUPOSTOS PELOS ECONOMISTAS COMO DESEJÁVEIS (GERALMENTE, EMBORA NEM SEMPRE, A MAXIMIZAÇÃO DO BEM-ESTAR COLETIVO E DA RIQUEZA SOCIAL). AS VARIÁVEIS REGULATÓRIAS E AS FALHAS DE REGULAÇÃO SOB UM VIÉS ECONÔMICO**

## **1.1. Definição e classificações principais do instituto da regulação. Evolução dos modelos estatais bem como de seus respectivos instrumentos típicos de atuação na ordem econômica e na ordem social até a atual preponderância da regulação. Estado Democrático de Direito como Estado Subsidiário Regulador e de Fomento**

Quando da introdução da presente tese, em considerações preliminares na busca de uma definição para o conceito de “regulação”, foi estabelecido que, em termos bastante amplos, por regulação, pode-se entender o direcionamento ou mesmo o controle das condutas de um agente com o intuito de ser atingida determinada finalidade. “Regular” alguém ou o agir desse alguém significa direcionar ou mesmo controlar completamente sua conduta para ser alcançado algum objetivo.

Segundo ARAGÃO, regulação é “o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis.”<sup>35</sup>.

Mais especificamente, pode-se “regular” um agente (ou seja, direcionar ou mesmo controlar a conduta deste agente para que seja atingida determinada finalidade) através de proibições, restrições, disciplina, desincentivo ou mesmo incentivo à prática de condutas específicas. Neste sentido, as mais diversas regulações apresentam sempre em sua estrutura

---

<sup>35</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense. 2004.



interna um binômio “medida regulatória/meio adotado e finalidade almejada”. A saber, a estrutura interna de toda e qualquer regulação consiste (i) na adoção de uma determinada medida regulatória (que pode ser uma proibição, uma restrição, uma disciplina, um desincentivo ou um incentivo sobre alguma das denominadas “variáveis regulatórias”<sup>36</sup>) com o intuito de que tal adoção de determinada medida regulatória (ii) atinja certa finalidade almejada.

A depender do autor, as medidas regulatórias podem recair sobre diversas “variáveis regulatórias”. W. KIP VISCUSI, por exemplo, afirma haver três variáveis chaves na regulação. Em sua opinião, estas seriam (i) o preço, (ii) a quantidade e (iii) o número de agentes. Admite o autor citado ainda como variáveis, mas de forma menos freqüente, a qualidade e o investimento<sup>37</sup>. Fato é que as principais “variáveis regulatórias” que poderiam ser destacadas são as seguintes: (A) os “preços”, (B) a “entrada”, (C) a “qualidade”, (D) a quantidade, (E) a “informação” e (F) o “banimento”.

Eis as principais variáveis sobre as quais pode recair uma medida regulatória. O binômio em que se constitui a estrutura interna de uma regulação, portanto, compreende a adoção de uma medida regulatória (meio, direcionando ou controlando a conduta de agentes através de proibições, restrições, disciplina, desincentivo ou incentivo) que recaia sobre uma das variáveis regulatórias apontadas (quantidade, qualidade, entrada, preço, informação e banimento), com o intuito de que seja atingido determinado objetivo (fim).

Como bem leciona CARLOS RAGGAZZO<sup>38</sup>, o gênero regulação pode ser classificado em algumas espécies regulatórias, merecendo destaque dois critérios classificatórios principais: (i) quanto ao agente regulador e (ii) quanto à finalidade a ser atingida pela regulação.

Tendo por critério classificatório o objeto regulado, a regulação pode se apresentar como “regulação social” ou como “regulação econômica”. Tal qual evidenciado pelas denominações, a “regulação social” é aquela destinada a direcionar condutas dos agentes regulados em busca do atingimento de objetivos no âmbito da ordem social. A “regulação econômica”, por sua vez, é aquela destinada a direcionar condutas dos agentes regulados em busca do atingimento de objetivos no âmbito da ordem econômica.

---

<sup>36</sup> Acerca das “variáveis regulatórias” sobre as quais pode recair a regulação, v. Capítulo I.4 *infra*.

<sup>37</sup> VISCUSI, W. KIP. *Economics of Regulation and Antitrust*. MIT Press. 2005.

<sup>38</sup> RAGGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico*. Rio de Janeiro: Renovar. 2011.

No que diz respeito à classificação da regulação quanto ao agente regulador, pode-se estar diante de uma “regulação estatal” ou de uma “regulação privada”. A “regulação estatal”, como o nome antecipa, consiste na regulação cujo ente regulador é o próprio Poder Público, necessariamente pessoa distinta e que mantém relação de subordinação hierárquico-soberana sobre os agentes regulados. A regulação estatal, portanto, é necessariamente heterônoma. A “regulação privada”, por sua vez, é aquela adotada no âmbito das relações mantidas entre os diversos agentes particulares no mercado. A regulação privada, ao contrário da regulação estatal, pode ou não ser heterônoma. Por um lado, a regulação privada pode significar o direcionamento ou o controle das condutas de agentes privados por outros agentes igualmente de natureza privada no mercado, havendo regulação privada heterônoma. Por outro, a regulação privada pode decorrer de deliberação livre e autônoma pelos próprios agentes regulados que se submeterão à mesma, constituindo “auto-regulação privada”.

Inúmeros são os exemplos de regulação privada nos mais diversos ramos e atividades existentes. Exemplo bastante emblemático de regulação privada pode ser apontado no âmbito da comunicação/rádiodifusão. Como se sabe, eterno debate existe acerca dos conteúdos dos programas levados ao ar pelas emissoras de televisão. Por um lado, muitos pais, políticos e cidadãos de viés mais conservador defendem a proibição estatal de que as emissoras de televisão possam levar ao ar, em horários acessíveis a crianças, programas com conteúdos violentos e/ou pornográficos. Por outro lado, entretanto, forte resistência existe a tal proposta de regulação estatal por parte das emissoras de televisão bem como por políticos e cidadãos de viés mais liberal, que entendem que o controle estatal da programação configuraria censura e afronta inadmissível à liberdade e ao Estado Democrático de Direito. Nada impede, porém, que as próprias emissoras de televisão, independentemente de qualquer imposição pelo Poder Público em regulação estatal, voluntariamente optem por uma regulação privada, autonomamente classificando os programas que irão exibir e alocando na madrugada aqueles que possuam conteúdo violento e/ou pornográfico.

Ilustrativa também se apresenta a regulação privada a que se submetem, cada vez mais, os planos privados de saúde no que diz respeito à exigência de especialização de médicos para fins de reembolso. Pela legislação brasileira, desde que tenha colado grau em uma faculdade de medicina reconhecida pela República Federativa do Brasil, um médico encontra-se habilitado para exercer plenamente a medicina, podendo realizar todo e qualquer procedimento médico, independentemente de sua especialização (ou mesmo de nunca ter se especializado após a colação de grau). Nada impede juridicamente, por exemplo, que um

médico, ainda que tenha se especializado em ortopedia, realize uma cirurgia cardiovascular. A regulação estatal nessa seara, no que diz respeito às exigências de qualificação do profissional que realizará o procedimento, determina tão somente que o mesmo seja médico, com diploma de conclusão de curso de medicina reconhecido pela República Federativa do Brasil. Os planos de saúde privados, entretanto, têm complementado a regulação estatal mencionada (que lhes é imposta de forma cogente e heterônoma) com uma regulação privada. Para que um cliente/segurado possa se valer da cobertura de determinados procedimentos médicos, a maioria dos planos de saúde tem exigido que tais procedimentos, dependendo de suas especificidades, sejam realizados por um médico que, além do diploma de conclusão da faculdade de medicina, apresente título de especialização na seara médica pertinente aos procedimentos. Uma cirurgia cardiovascular, por exemplo, somente seria custeada pelo plano de saúde caso a mesma tenha sido realizada por um médico cardiologista, que, além do diploma de medicina, apresente especialização em cardiologia.

Ainda exemplo bem interessante de regulação privada diz respeito às regras às quais os fundos de investimento se vinculam com a finalidade de estabelecer critérios objetivos a disciplinar seus investimentos. Como se sabe, diversos fundos de investimento, com o intuito de fornecer maiores garantias de segurança e atrair maiores investimentos de seus clientes, se vinculam a regulação privada que imponha regras a direcionar/controlar a atuação futura de tais fundos. As regras mais famosas de regulação privada de tais fundos de investimentos são aquelas através das quais esses fundos se comprometem a investir o dinheiro de seus clientes apenas (ou majoritariamente) em ações de sociedades empresárias que possuam “bluechip” bem como em países com “grau de investimento”. Aliás a própria existência de agências avaliadoras de natureza privada que confirmam status de “bluechip” a determinadas ações bem como “grau de investimento” a determinados países já representa, em si, um ótimo exemplo de regulação privada dos agentes do mercado.

Como se percebe, não é difícil encontrar interessantes exemplos de regulação privada nas mais diferentes searas. Nada obstante, mais fácil de visualizar ainda são as regulações estatais.

Ocorre que, no caso das regulações estatais, a existência de uma medida regulatória se apresenta de forma muito mais evidente, eis que as condutas de agentes estão sendo direcionadas ou mesmo controladas por um terceiro que mantém relação jurídica necessariamente hierárquica de subordinação sobre os agentes regulados. Quando de uma regulação privada, tal qual exposto, não existe necessariamente relação de subordinação entre

o ente regulador e o agente regulado. Ambos são agentes privados no mercado. Pode, inclusive, ocorrer de a regulação privada consistir em uma “auto-regulação”, onde existe uma espécie de confusão entre a figura do ente emissor da regulação e a figura do próprio agente regulado, o que deixa a existência de uma medida regulatória, de certa forma, ainda mais camuflada.

Sendo a medida regulatória, no caso da regulação estatal, imposta de forma hierárquica e em regime de subordinação por um emissor que não se confunde com a figura do agente regulado, fica muito mais evidente a presença de um “direcionamento ou controle da conduta de agentes”.

Tal diferença essencial entre as espécies da regulação estatal e da regulação privada leva a uma inafastável comparação entre as duas espécies regulatórias à luz da mais sensível característica do instituto da regulação: sua tensão, por definição e *in re ipsa*, com a liberdade e a autonomia individuais. Toda e qualquer regulação, ao consistir no direcionamento ou mesmo no controle das condutas de indivíduos, por definição e *in re ipsa* acarreta tensão bastante sensível com a liberdade e a autonomia individuais. Ocorre que tal tensão, por definição sempre existente entre toda e qualquer regulação e a liberdade/autonomia individuais, apresenta-se muito maior no caso da regulação estatal do que no caso da regulação privada.

De fato, parece inegável que, no caso da espécie da regulação estatal, muito maior se apresenta a tensão entre o instituto da regulação e a autonomia/liberdade individual, eis que o direcionamento (ou mesmo o controle) da conduta dos agentes é imposto pelo Poder Público em uma relação de hierarquia e subordinação. No caso da espécie da regulação privada, ao contrário, havendo direcionamento ou controle do agente regulado por um outro agente privado que não necessariamente mantém relação hierárquica sobre o agente regulado (podendo mesmo se confundir a figura do ente regulador com a do agente regulado nos casos de auto-regulação privada), muito menor a tensão entre o instituto da regulação e a autonomia/liberdade individual. Precisamente por esta razão, a presente tese, tal qual exposto na introdução, ao estudar a legitimação jurídico-moral da regulação, se concentrará na análise da legitimação jurídico-moral particularmente da espécie da regulação estatal, onde bem mais potencializada a sempre sensível tensão entre o instituto da regulação e a liberdade/autonomia individual.

No momento, porém, no presente capítulo, definido um conteúdo geral básico para o conceito de “regulação” bem como apresentadas suas principais classificações e qual espécie

regulatória deverá ser examinada pela presente tese, cabe ainda destacar a imensa atualidade das medidas regulatórias estatais como instrumento típico de atuação do modelo estatal contemporâneo nas ordens econômica e social. Ocorre que, como se passa a expor, as medidas regulatórias se apresentam como o instrumento típico de atuação do modelo estatal contemporâneo nas ordens econômica e social.

EROS ROBERTO GRAU<sup>39</sup>, em livro que se tornou referência na seara, leciona que o Estado pode atuar na ordem econômica através de instrumentos diversos bem como em diferentes intensidades. Neste sentido, poder-se-ia classificar a participação do Poder Público na ordem econômica nas seguintes espécies: (a) atuação direta pela prestação de serviços públicos, (b) intervenção por absorção ou participação, (c) intervenção por direção e (d) intervenção por indução.

LUÍS ROBERTO BARROSO<sup>40</sup>, por sua vez, destaca a existência de “três mecanismos de intervenção estatal no domínio econômico”: (a) a atuação direta, que se subdividiria em (a1) intervenção por serviço público e (a2) intervenção por atividade econômica, (b) o fomento e (c) a disciplina.

Por fim, ainda a respeito do tema, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO<sup>41</sup> aponta como “modalidades de interferência do Estado na Ordem Econômica”: (a) o poder de polícia, (b) os incentivos e (c) a atuação empresarial.

Ou seja, percebe-se na doutrina, conforme se depreende das lições dos professores mencionados, poder-se, a despeito de algumas divergências, agrupar as modalidades de atuação estatal no domínio econômico e social basicamente sob três grandes grupos: (i) a disciplina, (ii) o fomento e (iii) a atuação direta (esta última se subdividindo em atuação direta na prestação de serviços públicos e em intervenção direta na exploração de atividade econômica em sentido estrito). As três diferentes espécies de atuação do Estado na ordem econômica e na ordem social não são exatamente fungíveis e intercambiáveis. Pelo contrário, prestam-se a diferentes funções, apresentando graus distintos de intensidade.

Mediante a atuação por indução ou fomento, não se obriga em sentido estrito o agente econômico privado a nenhuma conduta. Fornece o Poder Público, todavia, estímulos e incentivos ao mesmo caso realize a conduta desejada pelo Estado. Seriam as hipóteses, por

---

<sup>39</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros. 2000.

<sup>40</sup> BARROSO, Luís Roberto. “A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços”. In BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, Tomo II, pp. 47-83.

<sup>41</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores. 17ªed. 2004.

exemplo, de empréstimos subsidiados, isenções tributárias ou utilização da extrafiscalidade de alíquotas, visando a estimular investimentos em determinado setor bem como a estimular ou desestimular o consumo de determinados produtos.

No entendimento do professor LUÍS ROBERTO BARROSO, o fomento seria a espécie de atuação estatal sobre o domínio econômico mais apta a possibilitar a realização dos designados “princípios-fins” da ordem econômica pelos particulares, tendo-se em vista a impossibilidade de imposição dos mesmos à iniciativa privada<sup>42</sup>. A atuação estatal mediante fomento, não representando uma intervenção direta do Estado nem consistindo em uma determinação rígida de conduta aos agentes privados (que são tão somente estimulados a adotar determinada conduta), encontra-se em consonância com a idéia de Administração Consensual tão defendida por DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO<sup>43</sup>.

Ao atuar por meio de direção ou disciplina, por sua vez, o Poder Público conforma de maneira cogente o desempenho de determinada atividade pelos particulares. Neste sentido, cria normas proibindo ou impondo de forma taxativa a adoção de determinada conduta pelos agentes particulares bem como determinando a forma pela qual tais atividades devam ser realizadas. Ademais, através da atuação por disciplina, o Poder Público fiscaliza o cumprimento das normas cogentes mencionadas, bem como aplica sanções por seu eventual descumprimento.

Segundo LUÍS ROBERTO BARROSO<sup>44</sup>, deve a intervenção disciplinadora do Estado se submeter a dois limites, consistentes no princípio da livre iniciativa (que alberga o princípio da livre concorrência) e no princípio da razoabilidade. De fato, em comparação com a atuação estatal por meio do fomento, a atuação disciplinadora do Estado já apresenta uma intensidade bem mais elevada. Através do mecanismo da “disciplina”, o Poder Público não apenas oferece incentivos com o intuito de estimular a livre adoção de condutas por parte dos agentes privados. Mais que isto, quando da “disciplina”, o Poder Público taxativamente determina, de forma cogente, a obrigatoriedade de adoção de condutas pelos agentes privados. Percebe-se ser inegável que a atuação estatal mediante disciplina apresenta uma intensidade interventiva muito maior que a atuação estatal mediante fomento. Tal constatação certamente

---

<sup>42</sup> BARROSO, Luís Roberto. “A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços”. In BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, Tomo II, pp. 47-83.

<sup>43</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório. A Alternativa participativa e flexível para a Administração Pública de relações setoriais complexas no Estado Democrático*. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

<sup>44</sup> BARROSO, Luís Roberto. “A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços”. In BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, Tomo II, pp. 47-83.

exigirá maiores esforços de justificação de tal atuação estatal diante da tensão com a autonomia dos indivíduos.

Por fim, tal qual exposto, pode o Poder Público atuar no domínio econômico e social de forma direta ao prestar/assegurar a prestação da atividade em questão. Esta espécie de atuação estatal, por sua vez, se subdivide em atuação por serviço público ou intervenção por prestação de atividade econômica em sentido estrito<sup>45</sup>.

Enfim, a doutrina constitucional e administrativa majoritária brasileira classicamente divide em três espécies principais as modalidades de atuação do Estado nas ordens econômica e social: a disciplina, o fomento, e a atuação direta (esta última se subdividindo em atuação estatal direta pela prestação de serviço público e em intervenção estatal direta pela exploração de atividade econômica em sentido estrito). Cabe neste momento indagar quais das três principais espécies clássicas de atuação do Estado nas ordens econômica e social corresponderiam ao instituto da regulação ora examinado, que se apresenta como o instrumento de atuação pública típico do modelo estatal atual.

Neste estudo utiliza-se uma definição bastante ampla de regulação estatal. A saber, dentro do conceito de tal instituto entende-se compreendida toda e qualquer medida adotada pelo Estado destinada a direcionar ou controlar a conduta de agentes privados com o intuito de que seja atingida determinada finalidade.

Primeiramente, deve-se afirmar que não se confundem o instituto da “regulação” e o clássico instituto da “regulamentação”, entendida esta última como a função normativa secundária e infralegal, despida de inovação na ordem jurídica, consistente na mera especificação destinada a operacionalizar a aplicação concreta das inovações jurídicas trazidas pelos atos normativos primários<sup>46</sup>. No que diz respeito à função estatal normativa, além de

---

<sup>45</sup> Segundo classificação do professor Eros Roberto Grau que se tornou famosa, o gênero atividade econômica em sentido amplo compreenderia as espécies serviço público e atividade econômica em sentido estrito. V. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros. 2000. pp. 123-124. Inúmeros critérios foram formulados ao longo da história no intuito de apartar as duas espécies mediante a identificação do conteúdo de “serviço público”. Tal interesse pela matéria remonta à escola de “serviço público”, também denominada “escola de Bordeaux”, através de Duguit e Jèze. O primeiro estabelece “critério material”, ao identificar serviço público como as prestações necessárias à manutenção da “coesão social”. Jèze, por sua vez, defendia “critério formal”, sendo classificadas como serviço público as prestações submetidas a determinado regime público. Por todos, ver ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A Dimensão e o Papel dos Serviços Públicos no Estado Contemporâneo*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade do Estado de São Paulo. Mimeografado. 2005.

<sup>46</sup> Classicamente, a função de regulamentação é exercida por Decretos da Chefia do Executivo e, sucessivamente, por resoluções dos Ministros ou Secretários de Estado. Trata-se da famosa previsão do art. 84, IV da Constituição, acerca do Decreto para fins de ser dada “fiel execução da lei”. Atualmente, entretanto, não parece que todo ato infralegal deva necessariamente ser considerado um ato secundário regulamentador. Há decretos (denominados autônomos) que, mais que simplesmente dar fiel execução à lei sem inovar na ordem jurídica, verdadeiramente inovam na ordem jurídica, buscando seu fundamento diretamente na Constituição.

poder a regulação estatal consistir em um ato normativo secundário regulamentador infralegal, pode a regulação consistir igualmente em um ato normativo primário legal inovador na ordem jurídica, ou mesmo em um ato normativo primário no âmbito da própria Constituição, desde que destinados a direcionar ou controlar a conduta dos agentes privados.

Mas a regulação não se restringe à emissão de normas (sejam elas primárias ou secundárias). Além da função normativa, a regulação igualmente compreende funções estatais fiscalizadoras. Através de tais funções, que também integram parte importante da regulação, o Poder Público verifica o cumprimento por parte dos agentes privados das normas estabelecidas bem como aplica sanções em caso de eventual violação das mesmas.

Até o presente momento, poderia parecer que o instituto da “regulação” ao qual está sendo conferida tanta ênfase nada mais seria do que o clássico instituto do “poder de polícia”, bastante conhecido dos administrativistas. Segundo DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO<sup>47</sup>, por “função administrativa de polícia” deve-se entender aquela “por meio da qual o Estado aplica restrições e condicionamentos legalmente impostos ao exercício das liberdades e direitos fundamentais, tendo em vista a assegurar uma convivência social harmônica e produtiva”.

Classicamente, os administrativistas sempre incluíram dentro do poder de polícia tanto funções normativas/regulamentares (o estabelecimento, através do “poder de polícia normativo”, de normas restritivas de direitos fundamentais com vistas a viabilizar o interesse coletivo) quanto funções fiscalizatórias e sancionadoras (a verificação do cumprimento pelos indivíduos das normas restritivas de direitos fundamentais previamente estabelecidas bem como a aplicação de sanções em caso de eventual descumprimento, através do “poder de polícia fiscalizador” e do “poder de polícia sancionador”). Tal poderia levar a crer que o conceito de regulação estatal até aqui exposto nada mais seria que o clássico instituto do direito administrativo.

Tal restrição do instituto da regulação estatal ao clássico poder de polícia, entretanto, parece equivocada. Ainda que a regulação estatal se restringisse à modalidade de atuação do Poder Público nas ordens econômica e social denominada de “disciplina”, parece que haveria uma distinção fundamental entre tal instituto e o poder de polícia: as pretensões macro da regulação de reger de forma sistemática todo um setor da ordem econômica ou social, não se

---

Acerca dos decretos autônomos, v. CYRINO, André Rodrigues. *O Poder Regulamentar Autônomo do Presidente da República – A Espécie Regulamentar Criada pela EC nº 32/2001*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

<sup>47</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.



limitando a uma perspectiva micro ou pontual de restrição de direitos fundamentais em relações individuais.

Não há dúvidas de que o clássico poder de polícia se encontra incluído no instituto da regulação. Não é à toa que, conforme exposto, enquanto EROS ROBERTO GRAU<sup>48</sup> fala em “direção” e LUÍS ROBERTO BARROSO<sup>49</sup> fala em “disciplina”, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO<sup>50</sup> fala em “poder de polícia”. Nada obstante, parece que a regulação, mesmo quando toca a modalidade de atuação do Poder Público pela via da “disciplina”, vai além do clássico poder de polícia. A restrição de direitos fundamentais com o intuito de viabilizar o interesse coletivo realizada pelo instituto da regulação estatal no plano da modalidade de atuação pública da “disciplina”, através das funções normativa, fiscalizadora e sancionadora, apresenta uma perspectiva macro de reger de forma sistemática todo um setor da ordem econômica ou social. A regulação estatal não disciplina apenas questões pontuais envolvendo indivíduos determinados.

Mas o instituto da regulação estatal certamente também não se restringe à modalidade de atuação do Poder Público nas ordens econômica e social denominado pelos constitucionalistas de “disciplina”. Ao direcionar ou controlar a conduta dos agentes com o intuito de ser atingida determinada finalidade nas ordens econômica ou social, a regulação estatal, além da “disciplina”, utiliza-se em larga escala da modalidade de atuação do Poder Público denominada “fomento”.

Através do fomento, ao invés de regular a conduta dos agentes privados de forma cogente, exigindo ou vedando de forma peremptória determinada conduta, o Poder Público opta por regular a conduta dos mesmos de forma indireta através da lógica dos incentivos e desincentivos. O fomento busca tão somente incentivar ou desincentivar a adoção de determinada conduta pelos agentes privados através da concessão de benefícios para os indivíduos que “livremente” venham a agir (ou deixar de agir) no sentido desejado pelo Poder Público.

Utiliza-se o termo “livremente” entre “aspas”, pois, em verdade, tratando-se de um dos instrumentos através do qual pode se manifestar o instituto da regulação, mesmo o fomento representa certo grau de invasão à liberdade e à autonomia dos indivíduos. Conforme exposto,

---

<sup>48</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros. 2000.

<sup>49</sup> BARROSO, Luís Roberto. “A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços”. In BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, Tomo II, pp. 47-83.

<sup>50</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores. 17ªed. 2004.

tomando-se por regulação o direcionamento ou mesmo o controle das condutas dos agentes, por sua própria definição, toda e qualquer regulação representa *in re ipsa* uma certa invasão à liberdade e à autonomia dos indivíduos. Ocorre tão somente que a regulação implementada através do fomento representa um grau de invasão à liberdade/autonomia individual significativamente menor do que o grau de invasão acarretado pela regulação implementada através da disciplina.

Por fim, a regulação estatal não se restringe às modalidades de atuação do Poder Público nas ordens econômica e social denominadas disciplina e fomento. Ocorre que, em certas situações excepcionais, o Poder Público pode optar por prestar diretamente determinado serviço público ou explorar determinada atividade econômica em sentido estrito<sup>51</sup> não com vista apenas ao resultado direto interno a esta prestação estatal direta. Ao contrário, pode o Poder Público, através da atuação estatal direta, buscar exercer efeitos sistêmicos sobre determinado setor da ordem econômica ou social como um todo, influenciando e direcionando indiretamente as condutas dos agentes privados.

Imagine-se um exemplo pertinente à prestação estatal direta do serviço público de educação. Como se sabe, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 permite que a educação seja simultaneamente explorada pelos agentes privados como atividade econômica em sentido estrito (sujeita à autorização pública para fins de preenchimento de requisitos ao se tratar de atividade econômica privada de interesse público) bem como pelo Estado na condição de serviço público. Ao prestar diretamente o serviço público de educação (por exemplo, o de educação superior universitária), além de obter os resultados diretos e internos inerentes à própria prestação (a universidade pública qualificará indivíduos que possuirão acesso ao ensino superior através das universidades públicas), é inegável que o Estado pode igualmente obter como resultado indireto e externo à prestação o direcionamento das condutas dos agentes privados no setor. O preço cobrado pelas universidades privadas, o empenho em oferecer um ensino de qualidade, qual a classe social na qual buscará obter seus alunos, as atividades extracurriculares disponibilizadas, enfim, praticamente todos os aspectos da prestação do ensino superior privado serão influenciados e direcionados a partir da prestação estatal direta de um serviço público no setor.

---

<sup>51</sup> Acerca da distinção entre serviços públicos e atividades em sentido estrito, v. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros. 2000. V. tb. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A Dimensão e o Papel dos Serviços Públicos no Estado Contemporâneo*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade do Estado de São Paulo. Mimeografado. 2005.

Situação semelhante pode ocorrer igualmente através da atuação estatal direta pela exploração de atividade econômica em sentido estrito. Caso deseje, por exemplo, abaixar os juros bancários oferecidos pelos bancos privados a seus clientes, não necessariamente o Estado deve se socorrer de uma regulação estatal disciplinar, determinando categoricamente um percentual máximo de juros a ser seguido de forma cogente pelos agentes privados. Pode o Poder Público utilizar sua exploração direta da atividade econômica bancária, fazendo com que os bancos públicos, tais como a Caixa Econômica Federal, cobrem juros reduzidos. Tal atuação estatal direta provavelmente apresentará efeitos sistêmicos indiretos e externos, influenciando e direcionando a conduta dos agentes privados, que necessitarão de baixar igualmente seus juros diante da concorrência por clientes.

A regulação, enfim, entendida como o direcionamento ou controle pelo Poder Público da conduta de agentes com o intuito de ser atingida determinada finalidade, abrange todas as três clássicas modalidades de atuação estatal nas ordens econômica e social expostas pelos constitucionalistas e administrativistas: a disciplina, o fomento e a atuação estatal direta (subdividida em prestação de serviços públicos e exploração de atividade econômica em sentido estrito). Inclui-se no conceito de regulação estatal todo e qualquer meio do qual o Poder Público possa se valer para direcionar ou controlar as condutas dos agentes privados com o intuito de que sejam implementadas as finalidades estatais constitucionais, sejam elas no âmbito da ordem econômica (regulação estatal econômica) ou no âmbito da ordem social (regulação estatal social).

Ocorre, tão somente, que, entre as três modalidades clássicas de atuação do Poder Público mencionadas (disciplina dos agentes privados, fomento aos agentes privados e atuação direta do próprio Estado), parece claro que a regulação estatal, entendida como o direcionamento ou controle da conduta dos agentes privados, abrange primordialmente as modalidades da disciplina e do fomento. Embora a atuação estatal direta possa ser excepcionalmente utilizada para indiretamente direcionar a conduta dos agentes privados através dos efeitos sistêmicos e externos à prestação direta em si, tal certamente não é sua destinação por excelência. As modalidades de atuação da disciplina e do fomento, por outro lado, por definição apresentam vocação por excelência ao direcionamento ou controle das condutas dos agentes privados.

Com o advento do Estado Democrático de Direito, percebe-se uma peculiar redistribuição na intensidade de utilização das três clássicas modalidades de atuação do Poder Público nas ordens econômica e social em relação ao anterior Estado Social de Direito.

Ocorre nitidamente um progressivo recuo da atuação do Poder Público através da modalidade da atuação estatal direta (seja através da prestação de serviços públicos seja através da exploração de atividades econômicas em sentido estrito) e um correspondente incremento na atuação estatal pelas modalidades do fomento e da disciplina. Não por coincidência, a regulação estatal é o instrumento de atuação do Poder Público nas ordens econômica e social típico do Estado Democrático de Direito.

Correto se encontra RICARDO LOBO TORRES<sup>52</sup> ao afirmar que o Estado Democrático de Direito, consagrado na Carta Magna de 1988, apresenta-se como “Estado Subsidiário” ou “Estado Regulador”. Em sentido semelhante, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO<sup>53</sup> fala em “Estado Regulador” ou “Estado de Fomento”.

Não há dúvidas de que a Constituição de 1988 (que pode ser apontada como um documento compromissório em praticamente todas as searas sobre as quais versa) apresenta seu caráter compromissório particularmente reforçado quando versa sobre a ordem econômica e a ordem social. Maior prova disso é que o art. 170 da C.R.F.B./88 consagra simultaneamente o valor do trabalho humano e a livre iniciativa, a propriedade e a função social da propriedade, a livre concorrência e a busca do pleno emprego. Nada obstante, não há dúvidas de que, apesar do caráter compromissório da Constituição Econômica, a Carta Magna adotou claramente um modelo de Estado Subsidiário bem como de que a Lei Maior conferiu primazia ao princípio da livre iniciativa<sup>54</sup>.

A Constituição de 88 institui um Estado Democrático de Direito informado nitidamente, no que diz respeito à atuação do Poder Público nas ordens econômica e social, pelo princípio da subsidiariedade e pela primazia do princípio da livre iniciativa. O Estado Democrático de Direito da C.R.F.B./88 institui-se como Estado Subsidiário e Regulador, cujo instrumento de atuação nas ordens econômica e social é por excelência o instituto da regulação.

Tal não significa afirmar que a regulação constitui um instituto nunca antes visto, surgido com o Estado Democrático de Direito de 1988. Pelo contrário, a regulação estatal

---

<sup>52</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Vol. V. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

<sup>53</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório. A Alternativa participativa e flexível para a Administração Pública de relações setoriais complexas no Estado Democrático*. Rio de Janeiro: Renovar. 2003; v. tb. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

<sup>54</sup> Em sentido contrário, v. MENDONÇA, José Vicente Santos de & SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa”. In SARMENTO, Daniel & SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. O posicionamento de tal artigo será abordado no Capítulo I.2 *infra*.

sempre existiu desde que o Estado é Estado. Em maior ou menor frequência e intensidade, desde que existe, o Estado sempre buscou direcionar ou mesmo controlar a conduta de agentes privados com o intuito de atingir determinada finalidade. A regulação estatal, porém, apresenta-se como o instrumento de atuação do Estado na ordem econômica e na ordem social particularmente típico do modelo do Estado Democrático de Direito atual.

O Estado, instituição social que é, já passou por inúmeras transformações ao longo da evolução histórica da sociedade tanto no que diz respeito ao seu grau de intervenção nas ordens econômica e social quanto no que diz respeito aos instrumentos qualitativos utilizados para tal intervenção.

Nos primórdios do surgimento Estado, logo quando de seu nascimento (entendido aqui como o surgimento dos Estados Modernos através do processo de centralização que levou ao fim do feudalismo da Idade Média)<sup>55</sup>, o Estado estruturou-se de forma a adotar postura fortemente interventiva. A face política do absolutismo de tal modelo estatal encontrava no mercantilismo sua face econômica. O modelo estatal do Absolutismo foi marcado por um alto grau de intervenção seja por instrumentos normativos seja pela atuação pública direta, intervenção essa necessária para viabilizar a centralização e o desenvolvimento econômico e social dos Estados recém estruturados após o longo período de feudalismo da Idade Média.

Fato é que, no modelo estatal do Absolutismo, encontrava-se presente a intervenção do Poder Público em seu mais alto grau e através de todos os instrumentos imagináveis. Agiam os Estados Absolutistas seja através da atuação por disciplina (baixando normas e decretos reais) seja através da atuação direta do recém formado aparato estatal (recrutamento de exércitos bem como de companhias de comércio mercantilistas ligadas à coroa). Essa forte e

---

<sup>55</sup> Evidentemente o Estado não possui uma “certidão de nascimento” ou uma placa inauguratória de fundação que permita identificar sem qualquer controvérsia seu surgimento. Há duas correntes principais no âmbito da Teoria Geral do Estado, a saber, a dos “continualistas” e a dos “descontinualistas”. Para os primeiros, o Estado não seria uma invenção moderna, podendo ser identificada sua existência já nas cidades-estados da Grécia antiga. A *polis* grega, para tais autores, dotada de território, povo, e poder político soberano, já reuniria todos os elementos principais identificadores da instituição Estado. Ao longo da história, o Estado sempre teria se mantido presente em seus elementos institucionais principais. Teria ocorrido apenas a alteração de elementos acidentais da instituição, o que teria permitido a existência de diversos modelos estatais ao longo da história, passando pelo Estado Medieval, marcado pela descentralização, até o surgimento da espécie Estado Moderno. Para os descontinualistas, entretanto, tamanhas são as diferenças entre os diversos modelos históricos anteriores à formação do Estado Moderno que nem mesmo se poderia falar na existência de espécies diferentes do gênero Estado na Antiguidade e na Idade Média. A instituição Estado seria uma construção nitidamente original quando do surgimento do Estado Moderno. Neste sentido, a obra literária utilizada como marco do surgimento do Estado, segundo tal corrente, seria MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. São Paulo: Martins Fontes. Trata-se de verdadeiro manual escrito pelo autor destinado a auxiliar os soberanos na manutenção e administração do Poder nos recém formados Estados Modernos Absolutistas Monárquicos (no contexto de Maquiavel, italiano, tais Estados consistiam em inúmeros principados). Acerca dos principais elementos constitutivos do Estado bem como acerca dos diferentes modelos estatais existentes em sua evolução histórica, V. BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros. 1998. V. tb. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva.

variada intervenção estatal quando do momento embrionário de surgimento do Estado Absolutista Moderno era extremamente desejável à época diante da necessidade de centralização para fins de reaquecimento das interações econômicas e sociais após o feudalismo.

As revoluções liberais do século XVIII trouxeram profundas alterações em tal cenário. O novo modelo estatal surgido após as revoluções liberais apresentava significativas diferenças em relação ao Estado Absolutista. Tratava-se da estruturação de um modelo de Estado de atuação minimalista. Tanto na seara econômica quanto na social a regra deveria ser a não intervenção estatal. O Estado de Direito Liberal, Estado Gendarme ou Estado Guarda Noturno deveria apenas prestar serviços básicos de proteção à vida, à segurança e à propriedade.

O Estado de Direito Liberal, portanto, no que diz respeito ao grau e espécies de intervenção, era modelo estatal marcado pela rara atuação do Poder Público nos domínios econômico e social bem como pela garantia de poucos direitos fundamentais, em sua imensa maioria direitos cujo conteúdo era a própria limitação do agir estatal. Mesmo a modalidade de atuação do Estado através da disciplina passou a ser significativamente reduzida. A atuação estatal direta, por sua vez, praticamente desapareceu.

O Estado de Direito Liberal encontraria sua derrocada devido a significativos distúrbios de ordem econômica vivenciados no início do século passado. Restou evidente através das cíclicas crises auto geradas pelo capitalismo, em especial a grande crise econômica de 1929, serem faticamente inconciliáveis tal regime econômico e o modelo vigente de (quase) completa não intervenção estatal apregoado pelo minimalista Estado de Direito Liberal. Não se sustentava mais a doutrina econômica do *laissez faire*, ficando demonstrado que o capitalismo, em um modelo estatal onde fosse ausente praticamente toda e qualquer intervenção, conduziria paradoxalmente a crises do próprio capitalismo.

Surgia assim o Estado Social de direito<sup>56</sup>, modelo estatal marcado pelo alto grau de intervencionismo pelo Poder Público nas ordens econômica e social. Se o Estado de Direito Liberal havia sido caracterizado pelos direitos individuais, direitos via de regra oponíveis ao Estado e cujo conteúdo era o não fazer estatal, o Estado Social de Direito seria caracterizado pelo advento dos direitos sociais ou direitos fundamentais de segunda geração, cujo conteúdo era justamente o atuar do Estado com vistas a alguma prestação material. Quanto às espécies de atuação estatal, muito mais do que tão somente baixar normas e regulamentos em sua

---

<sup>56</sup> Os marcos temporais geralmente oferecidos para o surgimento do Estado Social de Direito são a Constituição do regime de *Weimar* na Alemanha em 1919 bem como a Constituição Mexicana de 1917.

atuação disciplinadora, o Estado Social intervinha diretamente nos campos social e econômico através da prestação de serviços públicos ou da exploração de atividades econômicas em sentido estrito (realizadas pelo próprio Estado ou pela criação de empresas estatais).

Ao final da década de 1970, entretanto, o Estado Social de Direito, marcado pelo alto grau de intervenção direta do Poder Público nas ordens econômica e social, não mais se sustentava. Os orçamentos se apresentavam incapazes de manter a pesada máquina pública, composta por inúmeras empresas estatais deficitárias.

Nos anos 80, no âmbito dos Estados Unidos da América e da Inglaterra, reformas significativas foram conduzidas respectivamente por RONALD REAGAN e MARGARET THATCHER em busca da redução do tamanho estatal bem como dos gastos públicos. No Brasil, tais reformas seriam desencadeadas a partir dos anos 90 nos governos COLLOR e FERNANDO HENRIQUE CARDOSO, marcados por uma política econômica neoliberal e por inúmeras privatizações de empresas estatais. Surgia o Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito, modelo estatal atual e adotado pela vigente C.R.F.B./88, aparece em substituição do Estado Social de Direito. Extremamente pobre e reducionista, porém, a afirmação freqüente de que a substituição do Estado Social pelo Estado Democrático de Direito representava necessariamente uma redução da atuação do Poder Público nas ordens econômica e social em um simplório retorno ao Estado de Direito Liberal. Em verdade, muito mais importante do que eventual alteração no grau de intervenção do Poder Público nas ordens econômica e social, ocorria significativa mudança qualitativa no que diz respeito aos instrumentos utilizados pelo Estado para atuar em tais searas. De fato, em busca de uma redução do tamanho da máquina estatal bem como do alívio das contas públicas, reduzia-se a atuação estatal direta através da prestação de serviços públicos bem como da exploração de atividades econômicas em sentido estrito. A atuação pública direta passa a ganhar contornos excepcionais, sendo apenas subsidiária<sup>57</sup>, unicamente cabível nos casos em que os particulares não consigam desempenhar alguma função essencial sozinhos e em que seja imprescindível a atuação estatal direta.

Nada obstante, o recuo da atuação estatal através do instrumento da intervenção direta não deixou um vácuo interventivo, sendo aquele instrumento de atuação estatal progressivamente substituído pelo instrumento da regulação estatal. A depender do setor interventivo a ser analisado, inclusive, o Estado Democrático de Direito em verdade

---

<sup>57</sup> Acerca do princípio da subsidiariedade, v. TORRES, Sílvia Faber. *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.

aumentou o grau de intervenção estatal. A regulação, embora seja espécie diferente de intervenção, por vezes, pode possuir intensidade interventiva muito maior que a própria atuação direta pelo Poder Público.

Enfim, a regulação pública desponta como principal instrumento de atuação estatal no modelo do Estado Democrático de Direito. Tal não significa nem que nunca tenha existido regulação antes do Estado Democrático de Direito nem que tenha acabado toda e qualquer atuação estatal direta. Desde que o Estado é Estado, regulação sempre existiu. Tão somente, com o advento do Estado Democrático de Direito, tal instrumento entra em evidência diante de sua maior utilização.

Mais que a regulação se apresentar como o instrumento de atuação do Poder Público nas ordens econômica e social típico do modelo do Estado Democrático de Direito, tal modelo de estruturação estatal corresponde ao atualmente adotado pelo art. 1º da vigente Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A Lei maior em vigor, neste sentido, consagra a regulação como instrumento de atuação do Poder Público nas ordens econômica e social típico do modelo estatal atualmente adotado na ordem político-jurídica brasileira. Inegáveis, portanto, as enormes relevância e atualidade a serem conferidas às indagações acerca da legitimação bem como da fundamentação do instituto da regulação.

## **1.2 A adoção do modelo do Estado Democrático de Direito como Estado Subsidiário Regulador e de Fomento pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Um contraponto a JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA e a CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO**

No capítulo anterior I.1, apresentadas uma definição bem como classificações didáticas acerca do instituto da regulação, foi exposto que as medidas regulatórias constituem a modalidade de atuação estatal sobre as ordens econômica e social típica do Estado Democrático de Direito atual. Mais do que a regulação constituir a modalidade de atuação estatal típica do modelo do Estado Democrático de Direito, foi exposto ainda no capítulo anterior I.1 que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 encontra-se precisamente imbuída desse espírito. A saber, a Carta Magna atual, que em seu art. 1º afirma taxativamente se constituir a República Federativa do Brasil em um Estado Democrático de



Direito, coerentemente consagra, em uma interpretação sistemática, tanto o princípio da subsidiariedade quanto a primazia do princípio da livre iniciativa.

Tais exposições do capítulo anterior I.1 poderiam mesmo ser consideradas, em larga medida, premissas fáticas a justificar a relevância e a atualidade do objeto de estudo da presente tese. Ora, sendo certo que a regulação se apresenta como principal modalidade de atuação do Poder Público nas ordens econômica e social típica do modelo estatal atual, evidentemente que se tornam relevantes e atuais as indagações acerca da legitimação jurídico-moral das medidas regulatórias.

Não seria academicamente honesto, entretanto, simplesmente afirmar-se haver certeza fática inquestionável e unânime de que a regulação é o principal instrumento de atuação pública sobre as ordens econômica e social no modelo estatal atual bem como de que a Constituição de 1988 consagra o princípio da subsidiariedade e a primazia do princípio da livre iniciativa. Embora este seja o posicionamento convicto adotado pela presente tese, deve-se reconhecer haver entendimento bastante diverso na doutrina.

Posicionamento contrário ao da presente tese encontra-se exposto de forma instigante em artigo de CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO e de JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA, ambos interlocutores que merecem imenso respeito e admiração. Por tal razão, antes de considerar-se como premissa a consagração pela C.R.F.B./88 do princípio da subsidiariedade e da primazia do princípio da livre iniciativa, dedicar-se-á o presente capítulo I.2 a expor a leitura que foi realizada do pensamento dos autores bem como a defender o entendimento da presente tese. Espera-se realizar leitura correta do que realmente pretenderam afirmar os autores para que não seja cometida a “falácia do espantalho”.

O artigo de CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO e de JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA<sup>58</sup> possui um viés bastante crítico de posições que parecem ter se tornado as mais aceitas pela dogmática constitucionalista e administrativista brasileira no âmbito da ordem econômica na Constituição. Desta forma, além de tratar-se de interessante crítica baseada em argumentos de filosofia político-constitucional (não crítica apenas dogmática), o artigo apresenta-se polêmico por vocação.

Primeiramente, os autores destacam estarem atualmente consagradas a supremacia constitucional bem como a força normativa da constituição. Ressaltam que se vive um

---

<sup>58</sup> MENDONÇA, José Vicente Santos de & SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa”. IN SARMENTO, Daniel & SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

fenômeno de “constitucionalização do direito”, que se expressa tanto como “constitucionalização-inclusão” (a Constituição passa a tratar de diversos campos) quanto como “constitucionalização-releitura” (os diversos campos do direito são interpretados à luz da Constituição). Paralelamente, ressaltam também os autores que se vive igualmente um fenômeno de “fundamentalização”, que se expressa tanto como “fundamentalização-inclusão” (inclusão de novos conteúdos de direitos fundamentais) quanto como “fundamentalização-releitura” (diversas áreas da Constituição passam a ser interpretadas à luz dos direitos fundamentais devido à sua dimensão objetiva e a sua eficácia irradiante).

Ao abordar a questão da fundamentalização, os autores utilizam, de forma muito interessante, a teoria do liberalismo político de JOHN RAWLS. Explicam que o mundo atual é marcado pelo fato do pluralismo, com inúmeras doutrinas abrangentes particulares (sobre os diversos campos da vida moral, religiosa, etc.). Os diversos indivíduos, em seu dia-a-dia, livremente adeririam a doutrinas abrangentes ao escolherem autonomamente seus planos pessoais de vida privada. Haveria, porém, um consenso sobreposto, incidente sobre os princípios de justiça de RAWLS. Apenas este objeto de consenso, princípios de justiça, onde incluídos os preceitos fundamentais, deveria necessariamente ser adotado quando da estruturação do Poder Público. Somente o consenso sobreposto, interseção das diversas doutrinas abrangentes razoáveis (interseção esta consistente nos princípios de justiça), poderia ser imposto de forma cogente pelo Poder Público aos planos de vida individuais, determinando ainda a forma como o Estado deveria ser estruturado bem como conduzido. As demais partes das diversas doutrinas abrangentes não poderiam necessariamente ser impostas à estruturação do Poder Público. Poderiam tão-somente ser adotadas no jogo político desde que razoáveis.

Os fenômenos descritos constituem a base de filosofia político-constitucional utilizada pelos autores para tratar do objeto principal do artigo: a fundamentalização-inclusão pela doutrina majoritária do princípio constitucional da livre iniciativa e conseqüente interpretação de diversas normas constitucionais à luz de tal preceito fundamental em virtude da fundamentalização-releitura. O problema todo seria que, na opinião dos autores, a doutrina teria conferido uma abrangência excessiva ao conteúdo do princípio da livre iniciativa passível de fundamentalização-inclusão. Teria sido considerado preceito fundamental conteúdo excessivamente abrangente, não fundamental, mas sim decorrência de doutrinas particulares abrangentes em postura fundamentalista. Como conseqüência, diversos pontos da Constituição de 1988 estariam sendo indevidamente interpretados em virtude da

fundamentalização-releitura desempenhada a partir de um conteúdo excessivamente abrangente da livre iniciativa (os institutos colocados em teste pelos autores são (i) os monopólios públicos, (ii) o conceito de serviço público e (iii) o princípio da subsidiariedade).

No entender dos autores, a primazia da livre iniciativa não poderia ser incluída no conteúdo do consenso sobreposto, dotado de fundamentalização, e à luz do qual deveria ser estruturado o Poder Público. Neste sentido, para os autores, seria equivocada a afirmação (frequente na dogmática constitucional e administrativa brasileira acerca da ordem constitucional econômica) de que a primazia da livre iniciativa bem como o princípio da subsidiariedade teriam sido consagrados na Constituição.

O princípio da subsidiariedade e a primazia da livre iniciativa poderiam sim ser adotados, não sendo proibidos pela Constituição. Nada obstante, a Constituição também não impediria que a criação de monopólios estatais e a restrição à livre iniciativa fossem adotadas. Neste sentido, o princípio da subsidiariedade e a primazia da livre iniciativa consistiriam em uma doutrina abrangente, não contida no consenso sobreposto nem consagrada na Constituição.

A adoção de tal doutrina abrangente do princípio da subsidiariedade e da primazia da livre iniciativa seria possível, mas exigiria a deliberação política infraconstitucional, não decorrendo diretamente da Carta Magna. A Lei Maior permaneceria neutra em relação às doutrinas abrangentes. Assim, seria permitido que as mesmas fossem adotadas na deliberação política infraconstitucional (desde que doutrinas abrangentes razoáveis ao não violarem o consenso sobreposto), porém não sendo adotadas pela própria Constituição como conteúdo de fundamentalização.

Embora bastante interessante pelo manejo de argumentos de filosofia político-constitucional para criticar a dogmática constitucional e administrativa brasileira majoritária acerca da ordem constitucional econômica, não se pode concordar com alguns pontos do excelente artigo.

Os autores utilizam bastante a teoria do liberalismo político de RAWLS quando abordam a questão dos conteúdos a serem considerados como sujeitos à “fundamentalização”. De fato, os direitos fundamentais e os princípios de justiça, objeto do consenso sobreposto em meio ao pluralismo de doutrinas abrangentes, deveriam ser fundamentalizados e impostos de forma pré-política à estruturação do Poder Público. As doutrinas abrangentes, desde que razoáveis, deveriam ser deixadas ao jogo político.

Um primeiro questionamento que se levanta acerca do artigo, porém, diz respeito à relação estabelecida pelos autores entre o instituto rawlsiano do consenso sobreposto e o objeto constitucional. A saber, os autores parecem crer que o objeto constitucional, o conteúdo contido nas normas constitucionais, de certa forma, corresponderia única e exclusivamente ao consenso sobreposto. Neste sentido, o conteúdo da Constituição se restringiria aos direitos fundamentais e aos princípios de justiça neutros, impostos necessariamente à estruturação do Poder Público. O objeto constitucional não adotaria nenhuma doutrina abrangente (ainda que razoável), pois tal não seria o papel da Carta Magna. A mesma se manteria neutra, permitindo que a legislação infraconstitucional, através da deliberação do jogo político, adotasse doutrinas abrangentes desde que razoáveis e compatíveis com o consenso sobreposto (esse sim objeto constitucional). Sérias dúvidas podem ser levantadas acerca de tal relação estabelecida pelos autores entre o objeto constitucional e o consenso sobreposto.

Não há dúvidas de que não é ideal que uma Constituição trate das mais específicas miudezas casuísticas, acarretando a indesejável necessidade de reforma da Lei Maior com frequência. Nada obstante, tal afirmação não se confunde com a impossibilidade de a Constituição já ser um documento político, indo o conteúdo constitucional além do consenso sobreposto, dos princípios de justiça e da “fundamentalização inclusão”.

Há muito tempo que LUÍS ROBERTO BARROSO<sup>59</sup> já destaca que a Constituição de 1988, muito mais do que analítica, apresenta-se como uma “constituição casuística”, tendo a mesma se perdido no “varejo das miudezas”. Como bem ressalta o constitucionalista, em decorrência de tal característica, as mais simples deliberações quotidianas do jogo político exigem a reforma do texto constitucional.

Certamente não é bom que assim o seja. A necessidade de reforma frequente do texto constitucional atua em sentido contrário aos tão desejados princípios da efetividade e da força normativa da Constituição<sup>60</sup>. Se é verdade que uma Constituição deve estar sempre sujeita a alterações que a mantenham em conformidade com a realidade sobre a qual deve incidir (o que possibilita sua permanência ao longo da história), igualmente verdade é que uma

---

<sup>59</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

<sup>60</sup> O próprio professor Luís Roberto Barroso muito bem relata a verdadeira luta travada pelo constitucionalismo brasileiro até que a Constituição ganhasse verdadeiramente status de “norma”, deixando de ser mera “carta de intenções”. Não por acaso o professor Luís Roberto Barroso pode ser considerado o principal expoente do que se convencionou denominar de doutrina constitucionalista da efetividade, composta pelos juristas que lutaram pela força normativa da Constituição.

Constituição não deve ser simplesmente mero reflexo da realidade, possuindo a Lei Maior aptidão para conformar os fatos sociais.

KONRAD HESSE<sup>61</sup>, em resposta a FERDINAND LASSALLE<sup>62</sup>, discorda da afirmação de que a Constituição formal seria mera “folha de papel”, sem qualquer força diante da mais pequena alteração dos “fatores reais de poder”. Para HESSE, haveria uma tensão dialética entre a Constituição formal e os fatores sociais. Por um lado, a Lei Maior não poderia se divorciar completamente da realidade sobre a qual deve incidir. Por outro, porém, a Lei Maior apresentaria igualmente capacidade para alterar a realidade através de sua força normativa. Um dos ingredientes a aumentar a força normativa da constituição seria justamente o fato de a Lei Maior não ser diuturnamente reformada, perdendo assim sua credibilidade em determinada ordem jurídica.

Enfim, quão mais casuística uma Constituição, mais freqüente será a necessidade de que a mesma seja reformada em decorrência da mais simples deliberação democrática diuturna do jogo político. Por sua vez, quão mais alterada com freqüência uma Constituição, mais em risco se coloca a força normativa e a efetividade da Lei Maior.

Não há dúvidas, portanto, sobre as vantagens de uma Constituição que não invada excessivamente o âmbito da política deliberativa ordinária. As opções políticas mais detalhadas e conjunturais poderiam ser deixadas ao jogo da deliberação democrática infraconstitucional, sem necessidade de alteração freqüente do quadro básico da Lei Maior. Neste sentido, pode-se até concordar com CLAUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO e com JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA<sup>63</sup> no posicionamento de que seria desejável uma Constituição que não se aprofundasse ao mínimo detalhe das opções políticas ordinárias conjunturais, deixando as mesmas para a seara da deliberação infraconstitucional ordinária.

Nada obstante, tal não se confunde com a necessidade de a Constituição dever necessariamente se transformar em um documento politicamente neutro, contendo rigorosamente apenas o consenso sobreposto e sem poder realizar qualquer opção política ainda que no mais alto grau de abstração. Ao contrário, o objeto constitucional já pode sim ir além do consenso sobreposto, configurando documento que contenha opções políticas por

---

<sup>61</sup> HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Fabris. 1991.

<sup>62</sup> LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2000.

<sup>63</sup> MENDONÇA, José Vicente Santos de & SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa”. IN SARMENTO, Daniel & SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

doutrinas abrangentes conforme a deliberação democrática, evidentemente desde que tais doutrinas abrangentes sejam razoáveis.

Essa inclusive a leitura que a presente tese realiza do “Liberalismo Político” de JOHN RAWLS<sup>64</sup>. Segundo a leitura que a presente tese realiza da obra em questão, para o autor, não necessariamente deveriam ser tratados como sinônimos o consenso sobreposto e o objeto constitucional. O consenso sobreposto, tal qual já exposto, seria aquele consenso formado apesar do fato do pluralismo, se sobrepondo às inúmeras doutrinas particulares abrangentes. Tal consenso consistiria eminentemente nos princípios de justiça de RAWLS, adotados em uma redefinição rawlsiana do instituto do contrato social, firmado pelos indivíduos em uma hipotética posição original onde se encontrariam sob o véu da ignorância. O consenso sobreposto, portanto, seria formado em um momento pré-constitucional, anterior à instituição do Estado e da Constituição. Em verdade, uma das funções principais do consenso sobreposto seria justamente determinar as possibilidades de estruturação do Poder Público e do conteúdo da Constituição a ser adotada. A saber, o Poder Público deverá se estruturar em conformidade com o conteúdo do consenso sobreposto. Da mesma forma, a Constituição que será adotada não poderá ter conteúdo que afronte o consenso sobreposto.

O fato de o conteúdo da Constituição a ser adotada não poder violar o consenso sobreposto (formado em momento pré-constitucional quando os indivíduos firmam o contrato social na posição original), entretanto, não significa que tal conteúdo constitucional deva se restringir apenas ao conteúdo do consenso sobreposto. O objeto constitucional pode incluir conteúdos outros, inclusive opções políticas por doutrinas abrangentes, desde não violem o consenso sobreposto (ou seja, desde que razoáveis). Enfim, a imposição do consenso sobreposto pré-constitucional não é a de que o conteúdo constitucional se restrinja ao conteúdo de tal consenso sobreposto, mas tão somente a de que o conteúdo constitucional, ainda que adote politicamente doutrinas abrangentes, não viole tal consenso sobreposto.

Ou seja, já em tese e de forma aplicável a toda e qualquer Constituição, não há imposição de que o objeto constitucional se restrinja ao conteúdo do consenso sobreposto, sendo possível que a Constituição configure documento político a adotar doutrinas abrangentes desde que razoáveis e ainda em alto grau de abstração. Além disto, ainda em tese e de forma aplicável a toda e qualquer Constituição, essa é a relação estabelecida no “Liberalismo Político” de JOHN RAWLS entre o consenso sobreposto e o objeto

---

<sup>64</sup> RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Lisboa: Presença. 1996.

constitucional, não determinando o autor que a Constituição seja politicamente neutra, mas tão somente razoável e não violadora do consenso sobreposto.

Porém, muito mais do que as afirmações acima serem pertinentes em tese e aplicáveis genericamente a toda e qualquer Constituição, acima de tudo, em uma abordagem concreta e específica da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, outra não poderia ser a conclusão. Ao analisar-se especificamente a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, depara-se com um fato concreto, contra o qual não podem subsistir quaisquer posicionamentos teóricos e abstratos em sentido diverso: Não se está diante de uma Constituição politicamente neutra!

Parece ser um fato empírico o de que a Constituição de 88 já pode ser apontada como documento político. O conteúdo da Carta Magna de 1988 não se limita a um consenso sobreposto politicamente neutro e restrito aos princípios de justiça básicos estruturantes do Poder Público bem como aos direitos fundamentais. Pelo contrário, o conteúdo da Constituição de 88 vai além do consenso sobreposto, compreendendo já opções políticas realizadas em conformidade com o procedimento deliberativo democrático (opções políticas essas razoáveis, eis que não violadoras dos princípios de justiça).

Mais precisamente, a Carta Magna de 88 realiza sim uma opção política pela primazia do princípio da livre iniciativa. Tal opção resta clara já no art. 1º da Lei Maior, ao ser elencada a livre iniciativa como fundamento da República Federativa do Brasil. Além disso, figura o princípio da livre iniciativa igualmente no *caput* do art. 170 como princípio setorial da Ordem Econômica da Constituição<sup>65</sup>. Por fim, para que o caráter compromissório da Constituição (que, de fato, elenca inúmeros princípios em antítese e tensão abstrata, exigindo ponderação entre si para que sejam compatibilizados) não induza ao equívoco de considerar-se a livre iniciativa apenas “mais um entre vários” princípios de igual peso, basta a leitura do parágrafo único do art. 170 bem como do *caput* do art. 173:

**Art. 170-** (...)

**Parágrafo Único-** É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

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

---

<sup>65</sup> Acerca da classificação dos princípios constitucionais em princípios fundamentais, princípios gerais e princípios setoriais, v. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva. 1999.

Não há dúvidas de que a Constituição como um todo (e mais especificamente a Ordem Econômica da Constituição) apresenta-se como documento compromissório, fruto do peculiar processo constituinte pós-ditatorial brasileiro<sup>66</sup>. Neste sentido, os inúmeros princípios, em tensão abstrata, devem ser compatibilizados nos casos concretos através da técnica da ponderação<sup>67</sup>, onde os diversos princípios em jogo devem ceder. Tal caráter compromissório da Constituição de 88, entretanto, não pode ser confundido, como pretendem JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA e CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO<sup>68</sup>, com a afirmação de que a livre iniciativa estaria prevista na Constituição de 88 não como opção política preponderante, mas apenas como mais um entre vários princípios de igual peso.

Como se percebe da leitura dos dispositivos transcritos, o princípio da livre iniciativa não deve ser considerado apenas mais um entre diversos princípios de igual peso (e que devem fazer concessões mútuas em igual medida através da técnica da ponderação) em uma Constituição compromissória. Evidentemente o princípio da livre iniciativa não é absoluto, podendo ceder. Nada obstante, a Constituição de 1988 deixa claro que o princípio da livre iniciativa deve ser preponderante, tomando-se por excepcionais os casos em que tal princípio deva ceder.

Da leitura do parágrafo único do art. 170, percebe-se que, embora em alguns casos excepcionais previstos em lei possa ser exigida autorização de órgão público, o habitual deve ser a preponderância da livre iniciativa em qualquer atividade sem qualquer exigência de autorização pública. Da mesma forma, da leitura do art. 173, percebe-se que, embora em alguns casos excepcionais, por imperativo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, seja permitida a exploração de atividade econômica pelo Poder Público, o habitual deve ser a vedação à exploração de atividade econômica pelo Estado.

Ainda que assim não fosse desde o advento da Carta Magna em 1988, este passou a ser o espírito da Lei Maior a partir da série de reformas que o documento sofreu ao longo dos anos. Trata-se de alterações constitucionais realizadas pelo Poder Constituinte Derivado que não poderiam ser consideradas pontuais, esparsas e desconectadas entre si. Ao contrário, trata-

---

<sup>66</sup> Acerca do caráter compromissório da Constituição de 1988 e da relação de tal característica com o processo constituinte pré-constitucional, v. BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Rio de Janeiro: Renovar. 2000.

<sup>67</sup> Acerca da técnica da ponderação como instrumento metodológico apto a compatibilizar os princípios, v. BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.

<sup>68</sup> MENDONÇA, José Vicente Santos de & SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa”. IN SARMENTO, Daniel & SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.



se de reformas sistemáticas e perpassadas por um mesmo espírito constitucional: justamente o de conferir maior ênfase à opção política da Constituição pela primazia do princípio da livre iniciativa.

A Constituição de 1988 surgiu como fruto de uma pluralidade de interesses em nítido compromisso após a derrocada da ditadura militar. Os anos que se seguiram, entretanto, foram marcados pela progressiva implementação da ideologia político-econômica neoliberal<sup>69</sup>. A Constituição da República neste período, refletindo nítidas opções político-econômicas, sofreu alterações em inúmeros pontos sensíveis da ordem econômica, verdadeiramente se adaptando ao novo ideal político-econômico dominante.

O Estado brasileiro havia crescido exageradamente em sua história, encontrando-se a máquina administrativa demasiadamente “inchada”. Contava a Administração com inúmeras estatais deficitárias, altamente corruptas e ineficientes.

Neste sentido, progressivamente aumentou-se o repúdio da ordem constitucional econômica à atuação estatal direta e preponderante sobre o domínio econômico. Paulatinamente, retirou-se o Estado das modalidades de atuação direta, privatizando sociedades que prestavam atividades econômicas e até mesmo delegando serviços públicos. Moldou-se um Estado Regulador ou de Fomento. Por fim, o modelo dotado de maior grau de intervenção estatal sobre a economia- o regime dos monopólios- foi relativizado.

Segundo LUÍS ROBERTO BARROSO<sup>70</sup>, podem ser apontadas três principais transformações estruturais complementares que foram objeto das reformas econômicas brasileiras. Em um primeiro grupo, as Emendas constitucionais nº 6, nº 7 e nº 36 trouxeram o fim de certas restrições ao capital estrangeiro.

Em segundo lugar, houve mudança implementada por atos normativos e administrativos infraconstitucionais, que consistiram nos programas de privatização<sup>71</sup>.

Por fim, a terceira grande transformação apontada por LUÍS ROBERTO BARROSO foi implementada pelas Emendas constitucionais nº5, nº 8 e nº 9, que flexibilizaram monopólios. A Emenda constitucional nº 5 deu nova redação ao art. 25, § 2º da Constituição, permitindo que os Estados realizem concessão para fins de exploração local de gás canalizado. A Emenda constitucional nº 8 alterou os incisos XI e XII do art. 21, permitindo que a União realize concessão, permissão ou autorização sobre as atividades de

---

<sup>69</sup> Principalmente os governos dos presidentes Fernando Collor de Mello e Fernando Henrique Cardoso.

<sup>70</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática”. In BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 276-277.

<sup>71</sup> V. Lei 8.031/90 e Lei 9.491/97.

telecomunicação e radiodifusão. A Emenda constitucional nº 9 inseriu os §§ 1º e 2º do art. 177, flexibilizando o monopólio estatal das atividades de petróleo.

Enfim, como exposto, mesmo que se pudesse afirmar que a Constituição de 1988, quando de sua promulgação, elencava a livre iniciativa tão somente como mais um entre vários princípios de igual peso em uma Carta de natureza compromissória e politicamente neutra, tal afirmação não poderia ser reproduzida para o estágio atual da Lei Maior pós reformas. Bem demonstrou LUÍS ROBERTO BARROSO<sup>72</sup> não se tratar de alterações pontuais e desconectadas de algumas cláusulas constitucionais. Pelo contrário, as diversas alterações apresentam uma mesma *ratio*, deixando clara uma opção política, realizada de forma democrática e razoável já no âmbito da Constituição, no sentido de consagrar a atuação estatal subsidiária e a primazia do princípio constitucional da livre iniciativa.

Ou seja, a República Federativa do Brasil, através de sua Constituição de 1988, se estrutura como um Estado Democrático de Direito. Mais que isto, tal Estado Democrático de Direito, como bem destaca o professor RICARDO LOBO TORRES<sup>73</sup>, é marcado por se apresentar como um modelo estatal subsidiário. Ou, nas palavras de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO<sup>74</sup>, tal atual Estado Democrático de Direito bem poderia ser designado como “Estado Regulador” ou “Estado de Fomento”. A regulação apresenta-se, enfim, realmente como a modalidade de atuação do Poder Público sobre as ordens econômica e social típica do Estado Democrático de Direito brasileiro consagrado pela C.R.F.B./88.

**1.3 A legitimação econômica do instituto da regulação estatal. As razões econômicas a legitimar e a fundamentar a regulação. Do clássico instituto econômico das falhas de mercado às propostas contemporâneas da economia comportamental de relativização do paradigma econômico da racionalidade. Quando o atuar (racional ou irracional) dos agentes no mercado livre deixa de atingir os resultados pressupostos pelos economistas como desejáveis (geralmente, embora nem sempre, a maximização do bem-estar coletivo e da riqueza social)**

---

<sup>72</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática”. In BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 276-277.

<sup>73</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Vol. V. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

<sup>74</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório. A Alternativa participativa e flexível para a Administração Pública de relações setoriais complexas no Estado Democrático*. Rio de Janeiro: Renovar. 2003; v. tb. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

Nos dois capítulos anteriores, após apresentadas uma definição bem como as principais classificações do instituto da regulação, foi exposta brevemente a evolução dos diversos modelos estatais históricos com enfoque particular sobre suas modalidades típicas de atuação do Poder Público nas ordens econômica e social. Neste sentido, concluiu-se que o Estado Democrático de Direito, modelo estatal atual, apresenta-se como Estado Subsidiário ou Estado Regulador, encontrando no instituto da regulação seu instrumento típico de atuação sobre as ordens econômica e social. Mais que isto, divergindo-se de respeitados acadêmicos que pensam em sentido oposto, afirmou-se igualmente que a vigente Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 adota tal modelo estatal bem como sua respectiva modalidade típica de atuação.

Diante de tais constatações fáticas, ganha imensas atualidade e relevância a indagação acerca da legitimação do instituto da regulação. Ora, sendo fato que a regulação apresenta-se como o instrumento típico de atuação do modelo estatal brasileiro atual sobre as ordens econômica e social, adotado pela Constituição de 1988, utilizado em ampla frequência e intensidade, não se pode fugir da importância e atualidade das seguintes indagações: O instituto da regulação se encontraria legitimado? O que legitimaria, justificaria ou fundamentaria o instituto da regulação?

Questionar acerca da “legitimação” de um ente significa indagar se tal ser se encontra legitimado, justificado ou fundamentado<sup>75</sup>. A indagação acerca da legitimação de um ente, portanto, por uma questão lógica, exige um paradigma externo de aferição de correção ou compatibilidade. A saber, questionar acerca da “legitimação” de um ente significa indagar se tal ser se encontra legitimado, justificado ou fundamentado perante determinado paradigma escolhido como parâmetro externo de aferição de legitimação, justificação ou correção<sup>76</sup>.

Os questionamentos acerca da legitimação da regulação estatal perante determinado paradigma de aferição externo não são novidade para a ciência econômica. Os economistas, evidentemente, ao indagarem acerca da legitimação do instituto da regulação, o fazem tomando por paradigma externo de aferição de correção um parâmetro econômico. Examinam se a regulação estatal se encontra legitimada, justificada ou em conformidade perante uma determinada concepção de economia. Sendo certo que a regulação estatal é um instituto pertinente à economia ao interferir nas ordens econômica e social, alterando a produção e

---

<sup>75</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.

<sup>76</sup> BARBOSA, Ana Paula. *A Legitimação dos Princípios Constitucionais Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.

alocação de riquezas, bens, direitos e serviços, o que justificaria a regulação estatal sob uma ótica econômica?

Os economistas bem definiram um paradigma externo a servir de parâmetro de aferição da legitimação da regulação estatal sob um viés econômico: a necessidade de correção do atuar livre dos agentes no mercado para fins de atingimento dos melhores resultados de produção e alocação de riquezas, bens e serviços, quando estes não seriam naturalmente alcançados na ausência de regulação.

A depender da corrente, os economistas podem entender que o atuar livre dos agentes no mercado não se apresenta capaz de atingir naturalmente os melhores resultados de produção e alocação de riquezas, bens e serviços (exigindo, portanto, regulação que se encontra legitimada sob um viés econômico) por razões distintas.

Ultrapassada a doutrina da infalibilidade do mercado<sup>77</sup> defendida pela economia clássica ultraliberal, correspondente às primeiras décadas após o surgimento da economia moderna e para a qual simplesmente as regulações estatais nunca se encontrariam legitimadas, a tradicional razão oferecida pelos economistas ainda dentro do paradigma da racionalidade como justificativa para a legitimação das regulações estatais foi a existência das denominadas “falhas de mercado”. Dentro do paradigma da racionalidade<sup>78</sup>, há “falha de mercado” quando o atuar livre dos agentes no mercado, mesmo que racional, despido de qualquer direcionamento, acarrete resultados considerados indesejáveis, encontrando-se legitimada a regulação estatal em um viés econômico.

Ainda hoje as falhas de mercado são apontadas pelos economistas como as principais razões a justificar a existência das medidas regulatórias sob uma perspectiva econômica, eis que, verificada uma falha de mercado, o atuar livre dos agentes econômicos, ainda que racional, não acarreta naturalmente os resultados considerados desejáveis. Praticamente todas as correntes de economia atuais, tendo ao menos relativizado o paradigma da infalibilidade do mercado, admitem em maior ou menor intensidade a existência de falhas de mercado como

---

<sup>77</sup> Por economia clássica, neste ponto, refere-se aos primórdios da economia moderna com a obra de ADAM SMITH. Tal economia clássica baseava-se em duas premissas principais: a premissa da racionalidade (segundo a qual os indivíduos atuam sempre racionalmente no mercado com o intuito de maximizar seus próprios interesses) e a premissa da infalibilidade do mercado (segundo a qual o agir racional e egoístico dos indivíduos no mercado teria sempre como consequência um resultado perfeito e infalível de produção e alocação de riquezas, bens e serviços). V. SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. Curitiba: Juruá. Acerca da relativização do paradigma da infalibilidade do mercado e sobre o instituto das falhas de mercado, v. Capítulo I.3.1 *infra*.

<sup>78</sup> O instituto das “falhas de mercado”, portanto, não rompeu com o paradigma da racionalidade já presente na economia clássica. Pelo contrário, o instituto das falhas de mercado surge dentro do âmbito do paradigma econômico da racionalidade. A saber, os agentes econômicos, ao atuarem livre e individualmente de forma racional na busca de seus objetivos, não produzem os melhores resultados em decorrência da existência de falhas de mercado.

razões econômicas a justificar a adoção de regulações estatais em alguma medida. Conforme será exposto no Capítulo I.3.1 abaixo, são apontadas pela ciência econômica quatro espécies principais do gênero “falhas de mercado”: o “monopólio natural” (ou “mercados não competitivos”), os “bens públicos” (ou “problemas de coordenação”), as “externalidades negativas”, e a “assimetria de informações”.

Por outro lado, a depender da corrente econômica, as falhas de mercado podem não ser mais as únicas razões a serem apontadas como justificadoras das regulações estatais em uma perspectiva de legitimação econômica. Nas últimas décadas, vêm ganhando destaque no âmbito da economia as correntes que têm sido denominadas de “economia comportamental” (*behavioral economics*) ou “psicologia social”. Tais correntes têm ido além do rompimento com o paradigma da infalibilidade do mercado e do reconhecimento da existência de falhas de mercado para admitir inclusive a relativização do paradigma da racionalidade e da *Rational Choice Theory*<sup>79</sup>. A saber, trabalhando principalmente com a idéia de heurística e com as influências emocionais e psicológicas que afetam os comportamentos humanos, tais correntes têm buscado demonstrar que, em inúmeras situações, os indivíduos, ainda que livremente, agem de forma irracional ou de forma não completamente racional com vistas a atingir os objetivos que perseguem. Desta forma, para tais economistas, também nos casos de ações irracionais em heurística, o atuar livre dos agentes econômicos no mercado não seria capaz de acarretar resultados considerados desejáveis, encontrando-se a regulação estatal legitimada sob um viés econômico.

Em última análise, portanto, para os economistas, a finalidade da regulação estatal pode ser remetida ao intuito de serem retomados os objetivos pressupostos pela ciência econômica como desejáveis e que deveriam ter sido naturalmente atingidos pelo atuar livre dos agentes caso não fosse verificada a existência ou de uma falha de mercado ou de um agir irracional movido por heurística. Mas que objetivos seriam esses pressupostos geralmente pela ciência econômica como desejáveis a serem atingidos?

Ocorre que os economistas partem geralmente (embora nem sempre)<sup>80</sup> da premissa de que constituem objetivos desejáveis a serem atingidos pelo atuar racional dos agentes em um

---

<sup>79</sup> Segundo a “*Rational Choice Theory-RCT*”, a economia deveria tomar como uma premissa inquestionável, praticamente um axioma, a afirmação de que os agentes econômicos individuais agem invariavelmente no mercado de forma racional e com o único propósito de maximizar seus próprios interesses, utilidades e bem-estar. Acerca da relativização do paradigma da racionalidade e da *Rational Choice Theory* pela economia comportamental, v. Capítulo I.3.2 *infra*.

<sup>80</sup> Nem sempre, porém, todo e qualquer economista busca apenas a maximização da riqueza social ou o maior somatório de satisfação de interesses individuais como objetivos pressupostos pela economia como aqueles desejáveis a serem atingidos naturalmente pelo atuar racional dos agentes no mercado livre. Uma exceção

mercado livre e infalível a maximização da riqueza social e o maior somatório de satisfação de interesses individuais. A ciência econômica geralmente toma como ponto de partida de seu objeto de estudo a premissa de serem estas as finalidades desejáveis a serem atingidas pelo atuar racional dos agentes em um mercado livre e infalível. Esta posição certamente corresponde à maioria das correntes econômicas, preocupadas diuturnamente apenas com o crescimento da economia e do PIB. AMARTYA SEN<sup>81</sup>, em tom crítico, bem destaca que o utilitarismo sempre se prestou ao papel de “doutrina oficial” da economia.

Via de regra, os economistas não entendem ser tarefa da economia qualquer discussão acerca da ética e da justiça que envolvem os objetivos e resultados a serem implementados. Não seria objeto da ciência econômica discutir quais deveriam ser os parâmetros de uma distribuição ou alocação “justa”. A ciência econômica, em um corte epistemológico<sup>82</sup>, geralmente entende ser seu objeto de estudo tão somente examinar as leis de funcionamento do mercado bem como que instrumentos poderiam ser utilizados de forma eficiente para alterar seus resultados quando os mesmos não sejam considerados satisfatórios ou desejáveis. Quais seriam tais resultados “satisfatórios”, “desejáveis” ou “justos”, porém, a grande maioria dos economistas não pretende discutir, tomando por premissa serem objetivos desejáveis a serem atingidos pelo mercado a maximização da riqueza social e o maior somatório de satisfações de interesses individuais. Trata-se de nítida herança da longa tradição de economistas utilitários, onde a ética pressuposta pela economia para fins de implementação decorre do utilitarismo.

---

bastante paradigmática é o pensamento de AMARTYA SEN. V. SEN, Amartya. *The Idea of Justice*. New York: Penguin Books. 2010.

Em outra obra, o mesmo autor formula uma interessante concepção de “desenvolvimento como liberdade”, devendo o instrumental da economia se prestar a implementar como resultado não a maximização da riqueza social, mas sim a garantia das liberdades e condições igualitárias de liberdade dos indivíduos. A maximização da riqueza social, neste sentido, deveria ser considerada como um instrumento para ser alcançado o objetivo final de garantia da liberdade, não se devendo buscar a maximização da riqueza social como fim em si mesma. V. SEN, Amartya. *Development as Freedom*. New York: Alfred A. Knopf. 2001.

<sup>81</sup> V. SEN, Amartya. *The Idea of Justice*. New York: Penguin Books. 2010.

<sup>82</sup> É compreensível que os economistas realizem um corte epistemológico. De fato, precisam tomar por premissa um determinado resultado que deve ser alcançado. Não podem enfrentar qual deveria ser o resultado a ser alcançado, qual resultado de alocação e distribuição deveria ser considerado justo e/ou desejado pela sociedade. Não são juristas nem filósofos para debater qual deve ser o modelo justo e ideal de distribuição, resultado a ser buscado pelo mercado. São economistas. Tomam por premissa que o mercado deve buscar um determinado resultado de distribuição e alocação de riqueza, bens e serviços. O objeto de estudo dos economistas parte deste ponto.

Na Parte II desta tese (que é uma tese de direito e de filosofia político-moral), entretanto, questionar-se-á sim a adoção feita pela maioria dos economistas da maximização da riqueza social e da maximização do somatório das satisfações pessoais individuais como premissa de resultado justo a ser alcançado pelo mercado. Trata-se de raiz filosófica nitidamente utilitarista (o que se entende diante da grande influência que os autores utilitários sempre tiveram sobre a ciência econômica) passível de diversas críticas jurídico-morais. V. Capítulo II.5 *infra*.

Em um primeiro momento, portanto, o objeto da ciência econômica consiste geralmente no estudo das leis que naturalmente regem o mercado, da lógica dos incentivos que impulsionam a adoção de condutas pelos agentes livres e (via de regra) racionais no mercado e de quais os resultados que serão naturalmente alcançados pelo mercado. Em um segundo momento, caso os resultados naturalmente alcançados pelo atuar dos agentes no mercado livre não se encontrem em conformidade com os objetivos de maximização da riqueza social e de maior somatório de satisfação de interesses individuais (objetivos estes tomados como desejáveis por premissa pela maioria dos economistas), o objeto da ciência econômica passa a abranger igualmente o estudo das falhas de mercado e/ou das ações irracionais em heurística dos agentes bem como da necessidade de instrumentos capazes de corrigir o atuar dos agentes no mercado livre para fins de assegurar o atingimento dos objetivos-premissas desejados.

Neste sentido, caso o mercado não atinja naturalmente tal resultado, ou por haver falha de mercado ou por haver ação irracional em heurística, será necessária uma intervenção estatal regulatória justamente com o intuito de serem atingidos tais objetivos-premissa (da maximização da riqueza social e do maior somatório de satisfações de interesses individuais), havendo legitimação da regulação estatal sob uma perspectiva econômica.

### 1.3.1. As falhas de mercado

Tal qual exposto, as “falhas de mercado” se apresentam como a razão tradicionalmente apontada pelos economistas a justificar a legitimação da regulação estatal ainda dentro do paradigma da racionalidade. A saber, trata-se de instituto da ciência econômica utilizado para justificar e exigir a regulação estatal cujas premissas rompem tão somente com o paradigma da infalibilidade do mercado, não questionando, por outro lado, o paradigma da racionalidade. Explica-se.

Quando do surgimento da economia clássica, que remonta ao pai da ciência ADAM SMITH<sup>83</sup> e ao modelo do Estado de Direito Liberal, foram cunhados dois paradigmas principais: o paradigma da racionalidade e o paradigma da infalibilidade do mercado. O

---

<sup>83</sup> V. SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. Curitiba: Juruá.

paradigma da racionalidade afirma que todos os agentes econômicos atuariam no mercado sempre de forma racional em busca da maximização de seus próprios interesses individuais.

O paradigma da infalibilidade do mercado, por sua vez, estabelece que o mercado constituiria um instituto perfeito de produção e circulação de riqueza, bens e serviços, se auto-regulando por leis naturais (visualizado na famosa figura da “mão invisível” do mercado e no clássico ditado “*laissez faire, laissez passer, le monde va à lui même*”)<sup>84</sup>.

Para os economistas de viés ultraliberal clássico, portanto, adeptos simultaneamente de ambos os paradigmas econômicos clássicos expostos, simplesmente não haveria razões de ordem econômica a justificar a regulação, instrumento que tem por objetivo direcionar ou mesmo controlar a conduta de agentes com o intuito de atingir determinado fim. Agindo os indivíduos sempre de forma racional e sendo o mercado mecanismo invariavelmente perfeito e infalível de produção, circulação e distribuição de riquezas, bens e serviços, não haveria que se falar em qualquer intervenção estatal sobre as condutas dos agentes, eis que o agir livre racional dos indivíduos bem como as leis invisíveis do mercado naturalmente levariam ao atingimento dos fins econômicos e sociais desejados.

Com a crise de 1929 e o fim do modelo do Estado de Direito Liberal, entretanto, foram evidenciadas as inconsistências da economia clássica no que diz respeito ao paradigma da infalibilidade do mercado. O mercado não se apresentaria sempre como instrumento perfeito e acabado de produção e circulação de riqueza, bens e serviços, levando natural e necessariamente à melhor alocação de recursos bem como ao atingimento dos fins econômicos e sociais desejados.

Rompido o paradigma econômico clássico da infalibilidade do mercado, ganhou notoriedade o instituto das “falhas de mercado”. O mercado, ao contrário de ser instrumento perfeito, apresentava falhas na obtenção da melhor produção e alocação de recursos bem como no atingimento dos fins econômicos e sociais desejados.

Em relação à econômica clássica ultraliberal, portanto, o instituto das falhas de mercado surge como relativização inegável do paradigma da infalibilidade e perfeição do mercado. Enquanto a economia clássica ultraliberal acreditava que o agir racional livre dos agentes econômicos no mercado levaria necessariamente aos melhores resultados de produção e alocação, a teoria das falhas de mercado demonstra justamente o contrário: o agir racional livre dos agentes econômicos, em determinadas situações, devido a peculiaridades do mercado, pode acarretar resultados indesejáveis.

---

<sup>84</sup> V. SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. Curitiba: Juruá.



Neste ponto, todavia, importante ressalva se faz necessária: embora o instituto das falhas de mercado se apresente como nítida relativização do paradigma econômico clássico da infalibilidade do mercado, em momento nenhum consiste tal instituto em ruptura ou relativização do paradigma econômico clássico da racionalidade<sup>85</sup>. Justamente pelo contrário, o instituto das falhas de mercado se insere dentro deste último paradigma, tendo-se em vista que pretende precisamente demonstrar que o agir racional dos agentes econômicos livres no mercado, em decorrência da existência de determinadas peculiaridades do setor mercadológico, pode gerar resultados indesejáveis.

Tradicionalmente, portanto, os economistas, desde a relativização do paradigma econômico clássico ultraliberal da infalibilidade do mercado, sempre apresentaram o instituto das falhas de mercado como as razões de ordem econômica a justificar a legitimação da regulação estatal, permanecendo ainda dentro do paradigma econômico clássico da racionalidade. A saber, desde a relativização do paradigma econômico clássico ultraliberal da infalibilidade do mercado, dentro do paradigma da racionalidade, os economistas têm tradicionalmente afirmado que a regulação estatal se encontra legitimada sob uma perspectiva econômica diante do fato de que muitas vezes o agir racional e livre dos agentes no mercado, em decorrência de especificidades mercadológicas, apresenta falhas, não acarretando os objetivos econômicos e sociais desejados.

Ainda na atualidade o instituto das falhas de mercado permanece a se apresentar como a principal razão de legitimação econômica a justificar a regulação estatal dentro do paradigma da racionalidade. Para os economistas, dentro do paradigma da racionalidade, as indagações acerca da legitimação e da justificação das medidas regulatórias estatais se encontrariam diretamente ligadas à concepção econômica adotada no que diz respeito à falibilidade/infalibilidade do mercado.

Atualmente, convivem simultaneamente no âmbito da economia autores de viés neoclássico ou neoliberal, defensores de um grau de regulação estatal mínimo, bem como autores de viés mais interventivo, defensores de uma regulação estatal mais intensa. As diferentes posições acerca da intensidade de regulação defendida pelos economistas são reflexo direto, em larga medida, das diferentes posições que tais pensadores possuem acerca da perfeição/imperfeição do instituto do mercado. A saber, quão maior a confiança do

---

<sup>85</sup> Acerca das propostas contemporâneas de rompimento ou de relativização do paradigma econômico da racionalidade e da *Rational Choice Theory-RCT*, v. Capítulo I.3.2. *infra*.

economista no instituto do mercado<sup>86</sup>, acreditando que o mesmo se apresenta como instrumento apto a bem alocar os recursos bem como a atingir os fins econômicos e sociais desejados, menores serão as razões a justificar a existência de regulação estatal, não havendo sentido em o Estado direcionar ou controlar as condutas dos indivíduos para buscar atingir objetivos que naturalmente já seriam alcançados pelo mercado. Por outro lado, pelo contrário, quão menor a confiança do economista no instituto do mercado, acreditando que o mesmo apresenta falhas no atingimento dos fins econômicos e sociais desejados, mais justificada se encontrará a regulação estatal, sendo necessário que o Estado direcione ou controle a conduta dos indivíduos para atingir objetivos fundamentais.

Fato é que, nos dias de hoje, os economistas podem defender um maior ou menor grau de regulação estatal diante de um mercado que falhe muito ou que falhe pouco. Impensável, porém, que algum economista atual defenda um mercado completamente perfeito e despido de falhas bem como a total ausência de regulação estatal sobre o mesmo. Nem os economistas neoclássicos podem negar a existência em alguma medida das falhas de mercado bem como da necessidade de intervenção estatal regulatória por menor que seja. Se a crise de 1929 parecia ter se tornado um relato histórico distante, a nova crise global das *subprimes* vivenciada no fim da década de 2000 serviu para reavivar a certeza de que a infalibilidade do mercado é um mito.

Enfim, como bem demonstra CARLOS RAGGAZZO<sup>87</sup>, a justificação no âmbito da ciência econômica para o instituto da regulação, dentro do paradigma da racionalidade, vem sendo encontrada no instituto das falhas de mercado. Dentro do paradigma econômico da racionalidade, a razão econômica pela qual deve existir a regulação estatal se encontra no fato de que existem falhas de mercado, sendo certo que o mercado não se encontra sempre infalível e capaz de atingir naturalmente, quando do agir livre e racional dos indivíduos, as finalidades econômicas e sociais desejadas de melhor produção e alocação de riquezas, bens e serviços, fazendo-se portanto necessário que o Estado direcione ou controle a conduta dos indivíduos com o objetivo de alcançar tais finalidades.

---

<sup>86</sup> Para se ter uma idéia acerca do pensamento de autores neoclássicos entusiastas do instituto do mercado, v. HAYEK, Friedrich A.. *Law, Legislation and Liberty. A new statement of the liberal principles of justice and political economy*. V. I. *Rules and Order*. Chicago: The University of Chicago Press. 1973. O economista austríaco, a todo momento, não se cansa de afirmar que o mercado é o mecanismo mais perfeito e eficiente de produção e alocação de riquezas, bens e serviços bem como de atingimento de fins econômicos e sociais, razão pela qual o Estado não deveria intervir no mesmo.

<sup>87</sup> RAGGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico*. Rio de Janeiro: Renovar. 2011.

CARLOS RAGGAZZO<sup>88</sup>, de forma bastante sistemática, expõe serem quatro as espécies principais do gênero falhas de mercado apontadas pela doutrina econômica: o monopólio natural (ou mercados não competitivos), os bens públicos (ou problemas de coordenação), as externalidades negativas e a assimetria de informações. Cabe examinar cada uma destas principais espécies de falhas de mercado.

#### 1.3.1.1. Os monopólios naturais ou mercados não competitivos

A falha de mercado denominada “monopólio natural” (ou “mercados não competitivos”) diz respeito às situações em que o mercado, em decorrência das peculiaridades do setor, não comporte a exploração de determinada atividade por um número significativo de agentes em caráter competitivo, afastando naturalmente a existência de competitividade.

Ocorre que, embora nem sempre, via de regra a existência de concorrência se apresenta como um fator extremamente saudável para o mercado. Partindo-se da premissa econômica da racionalidade de que os indivíduos são movidos racionalmente por incentivos de maximizar seus próprios interesses ao adotarem suas condutas no âmbito do mercado, a existência de concorrência geralmente é o fator responsável por apresentar um incentivo robusto a que os agentes busquem atingir o ponto ótimo de eficiência na prestação de suas atividades. Explica-se.

Seguindo a premissa econômica da racionalidade de que os indivíduos agem única e exclusivamente movidos por interesses e com o intuito de maximizar seus próprios benefícios, em um cenário de ausência completa de competitividade, todo prestador tende a oferecer um serviço ineficiente. Por um lado, cobrará o preço mais caro que o consumidor possa pagar. Por outro, investirá o mínimo necessário na qualidade de prestação do serviço, de forma a reduzir seus custos. Neste sentido, diante da ausência de competitividade no mercado (em casos de monopólio ou oligopólio), o prestador tenderá a cobrar preços excessivos bem como a oferecer bens e serviços de baixa qualidade, possuindo interesse tão somente em maximizar seus lucros.

A existência de livre concorrência, via de regra, apresenta-se precisamente como o antídoto natural do mercado para a falta de interesse dos agentes em buscar a eficiência em suas prestações. A saber, havendo pluralidade de prestadores da mesma atividade, o

---

<sup>88</sup> RAGGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico*. Rio de Janeiro: Renovar. 2011.

consumidor escolherá sempre o agente que ofereça o bem ou serviço pelo menor preço bem como pela melhor qualidade possíveis. Havendo competitividade no mercado, o agente que cobrar um preço excessivo por uma prestação de baixa qualidade não conseguirá firmar nenhum contrato. Enfim, em um mercado sadio, a competitividade trazida pela pluralidade de agentes prestadores de uma atividade apresenta-se como incentivo aos agentes na busca pela eficiência, consubstanciada na redução dos preços bem como no aumento da qualidade.

De fato, os economistas clássicos não estavam errados ao afirmar que o mercado se apresenta como um excelente instrumento de produção e alocação de bens, riquezas e serviços. Muitas vezes, o mercado realmente se regerá de forma natural através da livre adoção de condutas pelos agentes movidos pela lógica dos interesses. Em um mercado sadio e despido de falhas, como visto, a livre concorrência e a pluralidade de agentes no mercado tende a gerar espontaneamente uma lógica de incentivo à eficiência, se auto-regulando naturalmente o mercado na busca por menores custos e melhor qualidade.

Ocorre, todavia, que nem sempre os benefícios da livre concorrência apontados podem ser colhidos no mercado natural, despido de toda e qualquer regulação estatal. Duas situações podem ocorrer: Em uma primeira, sem a existência de regulação estatal a direcionar ou controlar as condutas dos agentes, ainda que fosse faticamente possível e extremamente desejável a existência de livre concorrência naquele setor, um mercado pode, através da adoção de atos anticoncorrenciais pelos agentes, chegar a um cenário de monopólio ou oligopólio. Em uma segunda situação, pior ainda, devido às peculiaridades do setor, a livre concorrência pode se apresentar não apenas inviável faticamente como mesmo indesejável e nociva ao bom funcionamento do mercado!

A primeira situação é fácil de ser visualizada. Casos há em que o mercado em análise comporta perfeitamente a prestação de determinada atividade por uma pluralidade de agentes. Da mesma forma, tal prestação por uma pluralidade de agentes em um regime competitivo seria naturalmente benéfica ao apresentar-se, nos termos descritos acima, como incentivo à busca da eficiência pelos agentes na prestação de suas atividades. Nada obstante, sem a regulação estatal, deixado o mercado completamente livre à sua auto-regulação natural, pode ocorrer de alguns agentes atuarem com o intuito precisamente de acabar com a livre concorrência que seria benéfica ao mercado bem como faticamente possível naquela seara. Trata-se dos comportamentos anticoncorrencias tais quais a formação de cartéis e a prática de dumping. Diante da adoção por agentes econômicos de atos direcionados a eliminar a existência de concorrência, serão necessárias medidas regulatórias estatais destinadas a

cercear a adoção pelos agentes econômicos de tais atos anticoncorrenciais, com o objetivo de ser restabelecido um mercado competitivo<sup>89</sup>.

A segunda situação, entretanto, apresenta-se bem mais complexa. Trata-se do caso da falha de mercado denominada “monopólios naturais” ou “mercados não competitivos”. Nesta situação, a falta de competitividade do mercado não pode ser combatida por medidas regulatórias capazes de reinserir a competição no mercado. Há setores específicos em que a ausência de competitividade decorre de uma impossibilidade fática, inerente às especificidades do próprio setor<sup>90</sup>.

Por vezes, a impossibilidade fática de competição no setor específico, gerando o monopólio natural, decorre de uma inviabilidade física de existência de mais de uma estrutura necessária à exploração da atividade. Geralmente é citada como exemplo de inviabilidade física de existência de mais de uma estrutura a utilização de canos/dutos ou trilhos, como na exploração do serviço de distribuição de gás canalizado ou do transporte metroviário/ferroviário. Não pode haver competição na prestação de serviços de gás canalizado ou de transporte metroviário/ferroviário, eis que somente existe uma rede de distribuição de gás bem como uma única malha de trilhos metroviários/ferroviários dentro de determinada cidade por uma questão de limitação física.

Cabe ressaltar que, ainda que somente uma estrutura física possa ser construída, pode-se tentar evitar o surgimento de um monopólio natural através do compartilhamento dessas estruturas físicas únicas por mais de um agente. Da mesma forma, avanços tecnológicos, ao criarem novas formas de prestação de determinado serviço que deixem de exigir a utilização da tal estrutura física única, freqüentemente transformam em mercados competitivos setores onde antes existia um monopólio natural (por exemplo, antigamente, somente se podiam utilizar serviços de telefonia através da estrutura física única da rede de cabos de cobre, o que hoje compete com a possibilidade de o mesmo serviço poder ser prestado através de antenas e satélites). Mas casos há em que realmente ainda não existe uma solução tecnológica que permita a prestação de determinada atividade sem utilização de certa estrutura física única que não comporta o compartilhamento por mais de um agente. Nestes casos, inafastável a existência de monopólios naturais ou mercados não competitivos.

---

<sup>89</sup> No ordenamento brasileiro, o combate aos atos anticoncorrenciais encontra fulcro na Lei nº 8.884/94. Sobre o tema, v. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros. 1998.

<sup>90</sup> Acerca da falha de mercado “monopólio natural”, v. SUNSTEIN, Cass. *After the Rights Revolution. Reconceiving the Regulatory State*. Cambridge: Harvard University Press. 1990. V. tb. RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico*. Rio de Janeiro: Renovar. 2011.

A existência de apenas uma estrutura física que não comporte compartilhamento para a prestação de determinada atividade não é a única causa de surgimento de monopólios naturais. Outra causa bastante freqüente consiste nos setores econômicos marcados pela economia de escala. Trata-se de atividades cujo desenvolvimento exija um enorme custo fixo inicial e um pequeno custo por aumento de produção, permitindo a diluição do grande custo fixo entre as inúmeras unidades geradas em caso de produção em larga escala. Explica-se com um exemplo.

Imagine-se a situação do transporte de passageiros por barcas entre a ilha de Paquetá e o centro da cidade do Rio de Janeiro. Caso um empresário resolva explorar tal serviço, deverá, antes de tudo, adquirir pelo menos duas barcas (incluindo-se a necessidade de haver pelo menos uma barca reserva enquanto a outra esteja em conserto ou manutenção). A aquisição de tais barcas constitui custo fixo inicial relativamente alto para o empresário. Trata-se de custo fixo, pois o mesmo permanece uniforme independentemente da quantidade de passageiros que serão transportados em cada travessia. No que diz respeito ao custo fixo, tanto faz se, em uma determinada travessia, a barca transporte apenas irrisórios 10 passageiros ou sua máxima lotação de 500 tripulantes: o investimento realizado pelo empresário para adquirir as duas barcas terá sido exatamente o mesmo.

Embora o valor de investimento pelo empresário na aquisição das duas barcas seja fixo (independentemente da quantidade de usuários transportados), a capacidade de diluição de tal despesa na tarifa apresenta-se bastante diversa. Em caso de transporte de alto número de passageiros, o mesmo custo fixo investido para aquisição das barcas pelo empresário poderá ser amplamente diluído em cada um dos bilhetes comprados pelos diversos tripulantes. Como o aumento de passageiros tripulados acarretará quase nenhum aumento de custo, permitir-se-á tanto a possibilidade de cobrança de tarifas menores junto ao consumidor como a maior lucratividade da atividade. Em caso de transporte de poucos passageiros, entretanto, justamente ao contrário, o mesmo custo fixo investido para aquisição das barcas pelo empresário não poderá ser amplamente diluído devido à pouca compra de bilhetes, acarretando tanto a cobrança de tarifas elevadas junto ao consumidor quanto a baixa lucratividade da atividade (talvez mesmo tornando a atividade deficitária).

A lógica da economia de escala, portanto, é a de que, uma vez já se tendo arcado com alto custo fixo para desenvolvimento da atividade, não havendo aumento significativo de custos variáveis em virtude do aumento da quantidade de prestação do bem ou serviço, o aumento da quantidade de consumidores representa a maior diluição dos custos,

possibilitando a cobrança de menores preços junto aos consumidores bem como a obtenção de maiores lucros para o empresário. Havendo os mesmos custos fixos seja para uma baixa quantidade de prestação seja para uma alta quantidade de prestação, muito melhor a maior quantidade de prestação, possibilitando que cada consumidor arque com parcela muito menor desses mesmos custos fixos.

Retorne-se agora ao exemplo das barcas. Conforme exposto, independente de transportar 10 ou 500 passageiros, o empresário terá gasto o mesmo custo fixo “X” na aquisição de duas barcas. Quão mais perto de 500 seja o número de passageiros transportados, portanto, maior a possibilidade de o empresário cobrar tarifas baixas e ainda obter lucro. Ocorre que nem sempre existe na seara do mercado em análise quantidade de pessoas suficiente a viabilizar economicamente a necessária diluição de custos fixos exposta através da prestação em escala. O transporte de barcas da ilha de Paquetá até o centro do Rio de Janeiro é um bom exemplo. Dificilmente existem mais de 500 passageiros diariamente interessados em serem transportados no referido trajeto.

Desta forma, o mercado em tela simplesmente não comporta a possibilidade de prestação da atividade por mais de um empresário. Para que, após ter arcado com altos custos fixos na aquisição de barcas e equipamentos, um empresário possa cobrar tarifas módicas dos passageiros e ainda assim lucrar com a exploração da atividade, será necessária a diluição de tais custos fixos por um alto número de passageiros. Havendo poucos potenciais passageiros disponíveis no mercado, para que a atividade se torne economicamente viável (lucrativa para o empreendedor ainda que com tarifas acessíveis aos usuários), será necessário que todos esses poucos potenciais passageiros utilizem os serviços de apenas um empreendedor. Por outro lado, caso mais de um empreendedor preste o serviço, havendo a divisão entre eles dos já poucos potenciais passageiros disponíveis no mercado, será praticamente impossível para cada um desses empreendedores arcar com os custos fixos.

Verifica-se, portanto, um caso de monopólio natural decorrente não da impossibilidade física de prestação de atividade por mais de um agente, mas sim da necessidade de economia de escala. Em tais casos, embora fisicamente possível a prestação da atividade em regime de concorrência, a mesma não se apresenta faticamente possível por especificidades financeiras. Desta forma, o mercado naturalmente levará a um monopólio, afastando a existência de competitividade no setor.

Em lógica bastante parecida, ISAAC BENJÓ<sup>91</sup> aponta como uma das causas principais de surgimento de monopólios naturais, além da mencionada “economia de escala”, a denominada “economia de escopo”. A economia de escopo, por sua vez, consiste na possibilidade de determinado agente valer-se da mesma estrutura única que possui para o desempenho simultaneamente de mais de uma atividade. Desta forma, à semelhança do ocorrido na economia de escala, há diluição do custo fixo de uma única estrutura pelas atividades diversas. O agente evidentemente tenderá a utilizar a estrutura única que possui primordialmente para a atividade cujo retorno lucrativo seja maior no momento. Nada obstante, ainda assim a utilização residual (quando não atrapalhe a utilização da estrutura para desempenho da atividade mais lucrativa) da estrutura para o desempenho de outra atividade ajudará na diluição dos custos fixos. Portanto, também a economia por escopo tenderá a gerar um monopólio natural, decorrendo da própria especificidade do mercado a impossibilidade de livre concorrência e de pluralidade de prestadores de uma mesma atividade.

Veja-se, inclusive, que, nos casos de monopólio natural, a livre concorrência pode deixar de se apresentar como um instrumento desejável para implementar os objetivos que se deseja do mercado. Se, via de regra, foi dito que a livre concorrência freqüentemente se apresenta como instrumento desejável ao mercado (incentivando a eficiência na prestação de bens e serviços por melhor qualidade e menor preço), nos casos de monopólio natural a livre concorrência se apresenta não apenas faticamente impossível (sendo naturalmente eliminada pelo mercado) como mesmo indesejável eis que inviabilizaria por completo determinada prestação.

Mas não estariam os indivíduos consumidores diante dos clássicos riscos trazidos por toda e qualquer espécie de monopólio? Que incentivos possuiriam os empreendedores em regime de monopólio, ainda que tal monopólio deva realmente existir devido à impossibilidade de concorrência no setor (monopólio natural), para prestar suas atividades de forma eficiente, oferecendo bens e serviços aos consumidores com melhor qualidade e menor preço? Restariam os consumidores reféns do monopólio natural diante da impossibilidade de competição decorrente das especificidades do mercado?

Por um lado, sem a existência de concorrência, os agentes monopolistas não possuem qualquer incentivo a buscar a eficiência. Por outro, pelas peculiaridades do setor, o mercado nessas situações justamente não comporta a possibilidade de livre concorrência. Precisamente por tal razão o monopólio natural (ou mercado não competitivo) representa uma falha de

---

<sup>91</sup> BENJÓ, Isaac. *Fundamentos de Economia da Regulação*.



mercado. A saber, de fato, o mercado se apresenta eivado de falha em tal situação, não se apresentando naturalmente como mecanismo perfeito de produção e alocação eficiente de bens, riquezas e serviços caso despido de toda e qualquer regulação estatal. Dentro do paradigma da racionalidade, o atuar livre e racional dos agentes no mercado não acarreta os melhores resultados desejáveis de produção e alocação.

Justamente neste ponto surge o papel da regulação estatal com legitimação econômica na existência das falhas de mercado. Verificado um monopólio natural, sendo inviável incentivar-se a livre concorrência e a prestação da atividade por outros agentes devido às especificidades do mercado, pode-se cogitar de medidas regulatórias destinadas a regular os preços e a qualidade dos bens e serviços prestados pelo agente.

Diante da inexistência de competição entre diversos prestadores da atividade econômica, diante do interesse do agente em monopólio em cobrar preços exorbitantes bem como em oferecer bens e serviços de baixa qualidade, e, acima de tudo, diante da impossibilidade de correção de tal situação através da implementação da livre concorrência (sendo um caso de monopólio natural), pode-se cogitar de medidas regulatórias que recaiam sobre o controle das variáveis do preço, da qualidade e mesmo da quantidade<sup>92</sup>. Tratando-se de mercado onde a competição entre mais de um agente seja inviável, medidas regulatórias podem se fazer necessárias para impedir que o explorador da atividade em monopólio atue de forma abusiva junto aos consumidores.

Neste exato sentido, segundo ISAAC BENJÓ, nos casos em que presente a falha de mercado denominada monopólio natural, “... o objetivo da regulação econômica é buscar garantir os retornos sociais desejáveis quando a competição torna-se inexequível.”<sup>93</sup>.

1.3.1.2. Os problemas de coordenação. O dilema do prisioneiro. Os bens públicos. Os casos em que deveria ter surgido espontaneamente um monopólio/oligopólio natural

Apresentada a falha de mercado denominada “monopólios naturais” (ou “mercados não competitivos”), onde o mercado naturalmente se encarrega de eliminar a competitividade que se apresentaria faticamente inviável, cabe examinar a segunda espécie do gênero falhas de mercado: os “problemas de coordenação”. Nos casos em que verificada tal falha de mercado, embora os agentes atuem de forma racional no intuito de maximizar seus interesses

---

<sup>92</sup> Acerca das variáveis regulatórias sobre as quais pode recair a regulação estatal, v. Capítulo I.4 *infra*.

<sup>93</sup> BENJÓ, Isaac. *Fundamentos de Economia da Regulação*.

particulares sob uma perspectiva microscópica/individual, a coletivização no mercado das ações racionais/individuais dos diversos agentes, quando de uma análise macro, levará a um resultado desfavorável aos interesses dos próprios agentes que adotaram livremente tais condutas.

Um exemplo bastante simplório pode ser visualizado no âmbito das regras que regulam o trânsito de veículos automotores. Imagine-se uma estrada que liga o litoral de São Paulo ao litoral do Rio de Janeiro. Trata-se de estrada de mão dupla, havendo simultaneamente carros que desejam percorrer o sentido “RJ-SP” e carros que desejam percorrer o sentido “SP-RJ”. Por fim, tendo de um lado o mar e de outro as montanhas, a estrada apresenta largura suficiente para que dois carros passem ao mesmo tempo. Não há qualquer gargalo em que somente seja possível a circulação de um veículo por vez. Neste cenário, o carro de Carlos deseja percorrer o trajeto SP-RJ, enquanto que o carro de Juliana deseja percorrer justamente o sentido oposto (RJ-SP).

Por um lado, caso Carlos ignorasse completamente a existência de outros veículos a trafegar na mesma estrada, caso fosse possível isolar a conduta do motorista Carlos de implicações mútuas com as condutas adotadas por outros motoristas da mesma estrada, Carlos poderia livremente escolher de forma aleatória por que lado da estrada trafegar. A seu bel-prazer, poderia optar por percorrer o trajeto SP-RJ por seu lado esquerdo da estrada (mais perto da montanha) ou por seu lado direito da estrada (mais perto do mar). Sob uma ótica microscópica/individual, nada haveria de irracional na conduta adotada por Carlos ao optar por percorrer o trajeto SP-RJ seja por que lado da estrada fosse. Isolada a conduta de Carlos de interferências mútuas com outros agentes/motoristas, a mesma seria perfeitamente racional no intuito do motorista de maximizar seu interesse individual de percorrer o trajeto SP-RJ.

Por outro lado, caso Juliana ignorasse completamente a existência de outros veículos a trafegar na mesma estrada, caso fosse possível isolar a conduta da motorista Juliana de implicações mútuas com as condutas adotadas por outros motoristas da mesma estrada, também Juliana poderia livremente escolher de forma aleatória por que lado da estrada trafegar. A seu bel-prazer, poderia optar por percorrer o trajeto RJ-SP por seu lado esquerdo da estrada (mais perto do mar) ou por seu lado direito da estrada (mais perto da montanha). Sob uma ótica microscópica/individual, nada haveria de irracional na conduta adotada por Juliana ao optar por percorrer o trajeto RJ-SP seja por que lado da estrada fosse. Isolada a conduta de Juliana de interferências mútuas com outros agentes/motoristas, a mesma seria

perfeitamente racional no intuito da motorista de maximizar seu interesse individual de percorrer o trajeto RJ-SP.

Ocorre, entretanto, que as condutas de Carlos e Juliana não podem ser “isoladas” de interferências mútuas com as condutas adotadas por outros agentes/motoristas nos termos propostos acima. Justamente ao contrário, a conduta adotada por Carlos interferirá sobre a conduta de Juliana e vice-versa. Havendo ausência de coordenação entre as condutas adotadas por Carlos e por Juliana, as opções realizadas pelos motoristas, mesmo que adotadas individualmente de forma racional no intuito de maximização dos interesses particulares em uma análise micro, apresentar-se-ão, quando coletivizadas, potencialmente danosas aos próprios motoristas que as adotaram livremente.

Por um lado, foi dito que Carlos, em uma análise microscópica/individual, poderia livremente escolher trafegar tanto por seu lado direito (perto do mar) quanto por seu lado esquerdo (perto das montanhas) da estrada. Isoladamente, qualquer uma das opções seria considerada racional e maximizadora dos interesses de Carlos de realizar o trajeto SP-RJ. Por outro lado, foi dito igualmente que Juliana, em uma análise microscópica/individual, poderia livremente escolher trafegar tanto por seu lado direito (perto das montanhas) quanto por seu lado esquerdo (perto do mar) da estrada. Isoladamente, qualquer uma das opções seria considerada racional e maximizadora dos interesses de Juliana de realizar o trajeto RJ-SP.

Nada obstante, caso Carlos opte por realizar o trajeto SP-RJ por seu lado esquerdo da estrada (perto das montanhas) e Juliana simultaneamente opte por realizar o trajeto RJ-SP por seu lado direito da estrada (perto das montanhas), o resultado da coletivização das condutas no mercado será completamente danoso aos interesses individuais tanto de Carlos quanto de Juliana. Se não houver um terrível acidente, na melhor das hipóteses, ambos os carros ficarão empacados sem poder passar pelo mesmo pedaço da estrada, frustrando os interesses individuais de percorrer respectivamente os trechos SP-RJ e RJ-SP.

O cenário descrito é um exemplo dos mais simplórios de problemas de coordenação. Trata-se de falha de mercado onde, ausente qualquer regulação, as condutas livremente adotadas pelos agentes de forma racional e no intuito de maximizar seus próprios interesses, quando coletivizadas no mercado, apresentam resultado danoso aos interesses dos próprios agentes que adotaram as condutas em tela. Por esta particularidade, o mercado natural, despido de qualquer regulação, não se apresenta como mecanismo perfeito de produção e circulação de riqueza, bens e serviços. Ao contrário, apresenta falhas na obtenção da

satisfação dos interesses dos indivíduos, devendo as mesmas serem corrigidas através da regulação estatal.

O simplório exemplo apresentado constitui um caso de problemas de coordenação puro, que poderia ser denominado de “problemas de coordenação em sentido estrito”. A saber, os agentes envolvidos, ao adotarem suas condutas individuais, não possuem interesses preliminarmente contrapostos. Ambos os interesses individuais podem ser atendidos em seu mais alto grau, sendo tão somente necessária a coordenação das condutas para que tais interesses individuais sejam ambos implementados em seu mais alto grau.

No caso em tela, tal qual exposto, trata-se de estrada cuja largura comporta a passagem simultânea de dois veículos. Neste sentido, é perfeitamente possível o atendimento simultâneo e na mais alta medida tanto do interesse individual de Carlos (realizar o trajeto SP-RJ) quanto do interesse individual de Juliana (realizar o trajeto RJ-SP). Será necessário tão somente que a regulação coordene as condutas para que ambos trafeguem por seus respectivos lados direitos da estrada (Juliana pelas montanhas e Carlos pelo mar) ou para que ambos trafeguem por seus respectivos lados esquerdos da estrada (Juliana pelo mar e Carlos pelas montanhas). Trata-se, portanto, de regulação destinada rigorosamente a coordenar as condutas dos agentes, resolvendo problema de coordenação em sentido estrito.

Casos há, entretanto, em que os problemas de coordenação se apresentam mais complexos, compreendendo, além de um problema de coordenação em sentido estrito, a existência de interesses individuais em alguma medida contrapostos. Poderiam ser denominadas tais falhas de “problemas de coordenação em sentido lato”.

Novamente, há um problema de coordenação. Caso cada um dos indivíduos adote a conduta que isoladamente pareça racional e no intuito de atingir a totalidade de seus interesses particulares, a coletivização das ações no mercado acarretará um resultado danoso aos interesses dos próprios agentes que adotaram tais condutas. O resultado será o atingimento em menor medida dos interesses individuais de ambos os agentes. Desta forma, diante do resultado trazido pela coletivização no mercado das ações individuais racionais, resta evidente a existência de problema de coordenação, não se apresentando o mercado natural, desprovido de qualquer regulação, como instrumento apto a atingir os objetivos desejados de produção e alocação de riqueza, bens e serviços com a satisfação dos interesses dos indivíduos. A solução novamente se encontrará na regulação com o intuito de coordenar as ações individuais.

Nada obstante, uma significativa diferença pode ser apontada nestes casos de “problemas de coordenação em sentido lato” em relação aos já expostos “problemas de

coordenação em sentido estrito”. Ocorre que nos casos de problemas de coordenação em sentido lato, em decorrência de os interesses individuais dos agentes se encontrarem contrapostos quando levados ao seu mais alto grau de satisfação, a regulação coordenadora não será capaz de obter como resultado a satisfação plena e no mais alto grau dos interesses particulares simultaneamente de todos os agentes envolvidos. Denominar-se-á aqui a situação de “problemas de coordenação em sentido lato”, pois no caso, além de propriamente coordenar as ações individuais dos agentes, a regulação terá também o objetivo de limitar em alguma medida os interesses individuais de tais agentes. A rigor, não se trata única e exclusivamente de coordenação das condutas dos agentes em sentido puro, eis que as especificidades do mercado não permitem faticamente que todos os interesses particulares dos agentes sejam atendidos no mais alto grau. Visualize-se através de exemplos.

No caso anteriormente imaginado, foi dito que a estrada apresentava largura suficiente para a passagem simultânea de dois carros. Desta forma, o interesse individual de Carlos de percorrer o trajeto SP-RJ bem como o interesse individual de Juliana de percorrer o trajeto RJ-SP apresentavam-se perfeitamente conciliáveis ainda que ambos em seu mais alto grau de satisfação simultânea.

O interesse particular de Carlos, em seu mais alto grau, é realizar o trajeto SP-RJ no menor tempo possível, sem ter que ficar parado no acostamento (por um segundo que seja) esperando a passagem de Juliana. O interesse particular de Juliana, em seu mais alto grau, é realizar o trajeto RJ-SP no menor tempo possível, sem ter que ficar parada no acostamento (por um segundo que seja) esperando a passagem de Carlos.

Enfim, possuindo a estrada largura suficiente para a passagem de dois veículos, ambos os interesses particulares (de Carlos e de Juliana) podem ser satisfeitos em seu mais alto grau de forma simultânea. Neste sentido, presencia-se um “problema de coordenação em sentido estrito”, eis que se espera da regulação estatal rigorosamente apenas que coordene as condutas individuais, não havendo qualquer interesse contraposto entre os agentes.

Não é difícil transformar o exemplo anteriormente exposto em um “problema de coordenação em sentido lato”. Imagine-se agora que fortes chuvas, típicas da costa verde do Estado do Rio de Janeiro, tenham provocado um deslizamento de encosta, ensejando a interdição de um dos lados da estrada em questão pela extensão de dois quilômetros. No trecho de dois quilômetros, enquanto interditado um dos lados da estrada, a rodovia somente apresenta largura suficiente para a passagem com segurança de um veículo por vez. Desta forma, a Polícia Rodoviária Federal instala temporariamente um sinal de trânsito móvel no

local. Em um turno, será liberada a passagem de dez carros apenas no sentido SP-RJ, devendo os carros do sentido RJ-SP aguardar completamente parados no acostamento. Em outro turno, será liberada a passagem de dez carros apenas no sentido RJ-SP, devendo os carros do sentido SP-RJ aguardar completamente parados no acostamento.

Percebe-se facilmente que os interesses particulares de Carlos e Juliana não são mais passíveis de serem atendidos simultaneamente ambos em seu mais alto grau. Em decorrência de a largura da estrada permitir com segurança tão somente a passagem de um veículo por vez, vislumbram-se agora interesses particulares em certa medida contrapostos. O interesse de Carlos, em seu mais alto grau, significa não ter que ficar parado esperando a passagem dos carros do sentido RJ-SP, utilizando imediatamente os dois quilômetros da estrada que comportam largura de apenas um veículo para percorrer o sentido SP-RJ. O interesse de Juliana, em seu mais alto grau, por sua vez, significa não ter que ficar parada esperando a passagem dos carros do sentido SP-RJ, utilizando imediatamente os dois quilômetros da estrada que comportam largura de apenas um veículo para percorrer o sentido RJ-SP.

Devido à especificidade fática exposta (a estrada só comportar a passagem com segurança de um carro por vez), estando os interesses de Juliana e de Carlos em sentidos contrapostos, a regulação não poderá viabilizar o atingimento de ambos os interesses particulares de forma simultânea e no mais alto grau desejado pelos agentes. Mais do que apenas coordenar a possibilidade de satisfação de todos os interesses particulares, a regulação, no caso em tela, irá limitar em alguma medida um ou ambos os interesses particulares envolvidos. Por tal razão não se está diante de um “problema de coordenação em sentido estrito” ou puro, havendo diferença estrutural significativa em relação ao exemplo anterior, onde os interesses particulares não se apresentavam contrapostos.

De toda sorte, o caso não deixa de ser um “problema de coordenação em sentido lato”, apresentando a regulação também nesta situação um papel de coordenação (embora não apenas de coordenação). Isto porque, ainda que a regulação no caso em tela acarrete uma restrição a um ou a ambos os interesses particulares, tais interesses dos agentes, pelo fato de serem mutuamente coordenados, serão implementados em maior amplitude do que seriam em caso de ausência da regulação. Explica-se.

Imagine-se que, mesmo diante do deslizamento e da redução da largura da estrada à passagem de apenas um veículo com segurança por vez, a Polícia Rodoviária Federal não tenha regulado a circulação de carros no local. Três espécies diferentes de interação entre os motoristas vindos do Rio de Janeiro e de São Paulo poderiam ocorrer hipoteticamente.

(1) A primeira possibilidade seria “o melhor cenário” para um dos lados contrapostos, impondo ao outro lado “o pior cenário”. O melhor cenário para Carlos seria o de que os carros do sentido SP-RJ imediatamente percorressem o trecho em obras enquanto todos os carros do sentido RJ-SP ficassem parados no acostamento esperando e sem atrapalhar. Os carros do sentido SP-RJ percorreriam o trecho em questão em rápidos três minutos, enquanto os carros do sentido RJ-SP percorreriam o trecho apenas após quatro horas, ficando completamente parados até inexistir qualquer carro vindo de São Paulo. O melhor cenário para Juliana seria o de que os carros do sentido RJ-SP imediatamente percorressem o trecho em obras enquanto todos os carros do sentido SP-RJ voluntariamente ficassem parados no acostamento esperando e sem atrapalhar. Os carros do sentido RJ-SP percorreriam o trecho em questão em rápidos três minutos, enquanto os carros do sentido SP-RJ percorreriam o trecho apenas após quatro horas, ficando completamente parados até inexistir qualquer carro vindo do Rio de Janeiro. Enfim, um dos lados contrapostos percorreria o trecho em três minutos (melhor cenário), impondo ao outro lado uma espera de quatro horas (pior cenário).

(2) A segunda possibilidade seria um péssimo cenário para ambos os lados contrapostos. Caso os carros do sentido RJ-SP bem como os carros do sentido SP-RJ resolvam simultaneamente tentar percorrer o trecho em obras, destinado à passagem com segurança apenas de um carro por vez, o caos será instaurado. Por tentarem passar dois veículos no local onde somente circularia com segurança um, os carros deverão trafegar a 05 km/h, quase batendo os próprios retrovisores com aqueles dos carros vindos do sentido oposto em meio a buzinas e acusações mútuas de falta de respeito. Neste péssimo cenário para ambos os lados contrapostos, tanto os veículos do sentido SP-RJ quanto os veículos do sentido RJ-SP percorrerão o trecho em obras em duas horas. Enfim, ambos os lados contrapostos percorreriam o trecho em duas horas (péssimo cenário).

(3) Por fim, a terceira possibilidade seria um cenário razoável para ambos os lados contrapostos. Mesmo sem a atuação cogente da Polícia Rodoviária Federal, os carros do sentido SP-RJ e os carros do sentido RJ-SP poderiam voluntariamente se revezar em turnos. Por dez minutos, passariam apenas carros no sentido RJ-SP. Por dez minutos, passariam carros apenas no sentido SP-RJ. O resultado seria o de que ambos os lados contrapostos percorreriam o trecho em vinte minutos (cenário razoável).

Ocorre que, em uma situação de mercado natural, ausente a regulação estatal, o segundo cenário hipotético apresentado é certamente o que possui maior probabilidade de ser verificado. Isto porque, realizando uma análise estática das posturas a serem possivelmente

adotadas pelos carros vindos no sentido oposto, os motoristas sempre acreditarão que seus interesses serão maximizados se iniciarem imediatamente o percurso do trecho em obras sem esperar.

Eis a análise estática realizada mentalmente por Carlos: “\_ os carros vindos do sentido oposto ao meu (RJ-SP) podem adotar duas posturas. A saber, podem (i) ficar parados me esperando percorrer todo o trecho em obras ou (ii) podem não me esperar e percorrer imediatamente o trecho em obras. Independente de qual das opções for adotada pelos carros vindos do Rio de Janeiro, meus interesses sempre serão maximizados se eu iniciar imediatamente o percurso do trecho em obras no sentido SP-RJ sem esperar.

\_ (i) Partindo da premissa de que os carros do sentido oposto estão esperando, caso eu imediatamente percorra o trecho sem esperar, realizarei o percurso em apenas três minutos (‘melhor cenário’). Caso eu resolva também esperar, estabelecendo turnos de circulação para cada sentido da estrada, realizarei o percurso em vinte minutos (‘cenário razoável’). Certamente, minha escolha racional de maximizar os meus interesses indica que não devo esperar, sendo certo que o ‘melhor cenário’ (três minutos) é melhor que o ‘cenário razoável’ (vinte minutos).

\_ (ii) Partindo da premissa de que os carros do sentido oposto não esperarão minha passagem, caso eu imediatamente percorra o trecho sem esperar, realizarei o percurso em duas horas (‘péssimo cenário’). Caso eu resolva esperar a passagem dos veículos vindos do sentido oposto, realizarei o percurso em quatro horas (‘pior cenário’). Certamente, minha escolha racional de maximizar os meus interesses indica que não devo esperar, sendo certo que o ‘péssimo cenário’ (duas horas) é melhor que o ‘pior cenário’ (quatro horas).”.

Como se percebe, portanto, realizando uma análise estática das opções que podem ser tomadas pelos motoristas vindos do Rio de Janeiro, Carlos sempre entenderá ser do seu melhor interesse particular não esperar. Se os carros vindos do Rio de Janeiro esperarem, será melhor que Carlos não espere. Da mesma forma, se os carros vindos do Rio de Janeiro não esperarem, será melhor que Carlos não espere.

O problema é que a motorista Juliana, vinda do Rio de Janeiro, exercerá o mesmo tipo de análise mental estática em relação às opções a serem possivelmente adotadas pelos carros vindos de São Paulo. A saber, Juliana também entenderá por bem não esperar, iniciando imediatamente o percurso do trecho em obras no sentido RJ-SP.

O resultado, como se percebe, é que, sem qualquer intervenção regulatória da Polícia Rodoviária Federal, a interação livre dos motoristas provavelmente acarretará o segundo



cenário hipotético descrito. A saber, os carros de ambos os sentido (tanto RJ-SP quanto SP-RJ) irão optar por não esperar os carros vindos do sentido oposto. O resultado, conforme exposto, será um “péssimo cenário” para ambos os lados, sendo necessárias duas horas para que os carros percorram o trecho em obras. Perceba-se que, se os carros de ambos os sentidos fizessem um acordo de concessões mútuas (ambos esperando por turnos), o tempo do percurso para todos os carros despenderia de duas horas para vinte minutos! Trocariam o “péssimo cenário” por um “cenário razoável”.

O mais interessante é que tal “péssimo cenário” decorrerá precisamente do fato de os carros de ambos os sentidos agirem racionalmente na busca de maximização de seus interesses particulares. O problema se encontra no fato de ser incompleta a análise estática realizada pelos motoristas acerca das opções a serem potencialmente adotadas pelos motoristas do sentido oposto. Em uma análise estática, tomada por premissa a adoção de determinada opção pelos motoristas do sentido oposto, Carlos (ou Juliana) sempre entenderá racionalmente correto não esperar. Nada obstante, resta claro que os resultados decorrentes das opções adotadas pelos motoristas do outro sentido não podem se prestar a uma simples análise estática. Os resultados decorrentes das opções realizadas pelos motoristas do outro sentido deverão se submeter a uma análise dinâmica, sendo alterados a depender das próprias opções de conduta de Carlos (ou Juliana).

Mais uma vez, portanto, verifica-se uma falha de mercado de “problemas de coordenação”. A saber, as condutas individualmente adotadas de forma racional no intuito de maximização dos interesses particulares dos agentes, quando coletivizadas no mercado, acarretam resultados danosos aos interesses dos próprios agentes que adotaram livremente tais condutas. Mais uma vez, o mercado natural, despido de qualquer regulação, não se apresenta como mecanismo perfeito para alcançar a melhor produção e circulação de bens, riqueza e serviços com a satisfação dos interesses dos indivíduos. Desta forma, a regulação estatal encontrará sua legitimação econômica com base na necessidade de resolução de uma falha de mercado diante da existência de problemas de coordenação em sentido lato.

Tal qual no caso dos “problemas de coordenação em sentido estrito”, também no presente caso de “problemas de coordenação em sentido lato” a regulação exercerá uma função de coordenar as condutas dos agentes quando da coletivização das mesmas na busca de seus melhores interesses. No caso exposto, sem qualquer regulação, tal qual demonstrado, a coletivização no mercado de ações individuais racionais na busca dos melhores interesses individuais (percorrer o percurso em três minutos) levaria a um resultado danoso aos

interesses dos próprios agentes que adotaram as condutas (percorrer o percurso em duas horas). A coordenação trazida pela regulação possibilitará que os agentes alcancem o resultado coletivo razoável (percorrer o percurso em vinte minutos), sendo este o mais benéfico aos interesses dos agentes entre os resultados faticamente possíveis.

Perceba-se, porém, que no presente caso de “problemas de coordenação em sentido lato”, além da clara função de coordenação, a regulação estatal também atua no sentido de limitar em alguma medida os interesses de um ou mais agentes para que os mesmos possam ser compatibilizados. A peculiaridade destes casos em relação aos “problemas de coordenação em sentido estrito” consiste na impossibilidade de satisfação simultânea no mais alto grau de todos os interesses individuais contrapostos dos agentes (percorrer o trecho em obras em apenas três minutos). No presente caso de “problemas de coordenação em sentido amplo”, a regulação estatal busca coordenação que viabilize a melhor satisfação dos interesses particulares faticamente possível naquela situação, aumentando o menor grau de satisfação dos interesses particulares que seria obtido pelos agentes sem tal regulação em um mercado natural. Nada obstante, tal não representará a completa satisfação de todos os interesses particulares, sendo certo que a regulação estatal nesses casos, além de uma função coordenadora pura, exercerá uma função limitadora dos interesses particulares dos agentes.

A situação aqui denominada de “problemas de coordenação em sentido lato” foi muito bem trabalhada na doutrina norte-americana da regulação sob o que se convencionou chamar de “dilema do prisioneiro”. CASS SUNSTEIN bem explica tal dilema nos seguintes termos:

[...] Dois prisioneiros são suspeitos de um crime, colocados em celas separadas, interrogados separadamente, e recebem uma mesma oferta de acordo pelo promotor. O promotor diz: ‘\_ Se você confessar o crime, e se o outro prisioneiro não confessar, você será uma testemunha para o processo e liberado; mas se você confessar e o outro prisioneiro também confessar, você vai ser condenado pelo crime e receberá uma pena de cinco anos. Se você não confessar, e o outro prisioneiro também não confessar, vocês dois serão condenados por um crime menor, recebendo pena de um ano, para a qual já temos prova. Mas se você não confessar, e o outro prisioneiro confessar, você vai receber a sentença máxima de dez anos.’

Para cada prisioneiro, decidindo de forma independente, a melhor estratégia é confessar. Independente do que o outro prisioneiro faça, o benefício de confessar é melhor do que não confessar. Mas se ambos seguem essa estratégia, o resultado, que é uma pena de cinco anos, é pior do que se nenhum dos dois confessar, caso em que só receberiam pena de um ano. Um comportamento cooperativo com garantias de não traição seria necessário para que o melhor resultado fosse atingido. Mesmo se os prisioneiros pudessem falar um com o outro, o problema não estaria resolvido. Cada prisioneiro teria um incentivo forte – sua liberdade- para romper o acordo [...] <sup>94</sup>.

<sup>94</sup> SUNSTEIN, Cass. *After the Rights Revolution. Reconceiving the Regulatory State*. Cambridge: Harvard University Press. 1990. A tradução para o português deste trecho transcrito para a tese é livre e realizada pelo próprio autor da tese.

Os problemas de coordenação em sentido lato e a lógica do dilema do prisioneiro se manifestam nos mais diversos setores. Uma manifestação específica de problemas de coordenação em sentido lato particularmente destacada pelos economistas como falha de mercado presenciada com freqüência encontra-se nos denominados “bens públicos”. Trata-se de bens que, por sua natureza pública, apresentam-se insuscetíveis de apropriação privada e de uso exclusivo por um particular. Neste sentido, embora exijam recursos destinados a custear sua manutenção, não se pode impedir que a utilização de tais bens seja vedada mesmo àqueles que não tenham contribuído para a manutenção dos mesmos. Esta característica faz surgir em torno dos bens públicos uma modalidade específica de problemas de coordenação em sentido lato e do dilema do prisioneiro, uma vez que nenhum agente possui incentivo racional individual para custear a manutenção dos bens públicos.

Tal qual destacam com propriedade tanto CARLOS RAGAZZO<sup>95</sup> quanto CASS SUNSTEIN<sup>96</sup>, o exemplo clássico de bem público é a “segurança nacional”. A segurança nacional, como se sabe, exige um alto investimento de recursos humanos e financeiros. Equipamentos bélicos e de logística deverão ser comprados e mantidos bem como um amplo contingente de tropas deverá ser recrutado. Enfim, trata-se de um fato claro: a manutenção do bem “segurança nacional” exigirá um alto custeio, seja através de indivíduos que paguem recursos pecuniários, seja através de indivíduos que contribuam *in natura*, prestando serviço militar.

Ocorre, entretanto, que a segurança nacional, ao se configurar como um típico bem público (em oposição à idéia de bem privado), não pode ser objeto de apropriação e uso privativo por apenas um ou alguns particulares. Pelo contrário, uma vez mantida a segurança nacional, todos os habitantes dentro do perímetro nacional protegido se beneficiarão de tal bem, independentemente de terem ou não contribuído para sua manutenção. Não se tratando de um bem privado, os indivíduos que contribuem para a manutenção da segurança nacional do território brasileiro (seja através da prestação de serviço militar, seja através de financiamento pecuniário) não possuem meios para tornar o uso de tal bem exclusivo, impedindo que indivíduos que não tenham contribuído para a manutenção do mesmo também se beneficiem do bem.

---

<sup>95</sup> RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico*. Rio de Janeiro: Renovar. 2011.

<sup>96</sup> SUNSTEIN, Cass. *After the Rights Revolution. Reconceiving the Regulatory State*. Cambridge: Harvard University Press. 1990.

Uma vez protegido o território brasileiro de invasões e ameaças estrangeiras pelos indivíduos “A”, “B” e “C” (que optaram por contribuir para a segurança nacional), um indivíduo “D”, que resida dentro do território brasileiro, ainda que resolva não contribuir para a manutenção da segurança nacional, encontrar-se-á necessariamente protegido pelos esforços de “A”, “B” e “C”. Pela natureza e pelas especificidades do bem em questão, quando “A”, “B” e “C” mantêm o bem segurança nacional do território brasileiro, tal bem necessariamente já pode ser usufruído por todos os residentes dentro do perímetro segurado, independente de terem ou não contribuído para sua manutenção. Pela natureza e pelas especificidades, trata-se de bem insuscetível de apropriação privada. Trata-se de “bem público”.

O problema de coordenação em sentido lato/dilema do prisioneiro é inafastável nos casos de bens públicos. Ocorre que, diante da característica exposta de impossibilidade de apenas os contribuintes usufruírem de forma exclusiva dos bens públicos, a lógica econômica dos incentivos demonstrará que nenhum indivíduo possuirá interesse em contribuir para a manutenção do bem em tela. A conduta racional de cada agente no intuito de maximizar seus próprios interesses sob um plano individual será a de não gastar seus próprios recursos individuais na manutenção do bem público, eis que poderá se beneficiar da mesma forma de tal bem se o mesmo for mantido pelos demais indivíduos da sociedade.

O melhor cenário para “A”, por exemplo, é o de não pagar nada e simultaneamente usufruir do bem público mantido por “B”, “C” e “D”. Tal melhor cenário para “A”, porém, levará necessariamente a um excesso de ônus a recair sobre “B”, “C” e “D”, que deverão custear a parte dos gastos com a manutenção do bem que poderia ser custeada por “A”. Em verdade, cada um dos indivíduos buscará se encontrar na situação em que não pague nada pela manutenção do bem público, mas simultaneamente se beneficie do mesmo, sendo este mantido pelos demais agentes. Há um estímulo, como bem destaca CARLOS RAGAZZO<sup>97</sup>, ao que se denomina na literatura econômica de “comportamento carona”.

O problema é que, se todos os agentes adotarem esta conduta individualmente racional (de não contribuir para a manutenção do bem público, esperando que o mesmo seja mantido pela contribuição dos demais agentes), a coletivização no mercado de tais condutas individualmente racionais acarretará um resultado danoso aos interesses dos próprios agentes que adotaram as condutas em tela. A tendência é a de que nenhum indivíduo contribua para a manutenção do bem público e de que simplesmente ninguém possa se beneficiar (embora todos tivessem o interesse em se beneficiar) do mesmo, que não será mantido. O mercado

---

<sup>97</sup> RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico*. Rio de Janeiro: Renovar. 2011.

livre, portanto, provavelmente levaria todos os agentes ao pior cenário possível, onde o bem público simplesmente não poderia ser mantido.

Desta forma, para solucionar o problema de coordenação em sentido lato/dilema do prisioneiro, será necessária a atuação da regulação estatal. A regulação buscará atingir o melhor cenário faticamente possível, onde o bem público seja mantido (todos podendo se beneficiar do mesmo), mas com seu custeio sendo dividido por todos os agentes, o que evitaria um ônus excessivo sobre qualquer dos indivíduos. Além de coordenação em sentido puro (viabilizando o melhor cenário faticamente possível e evitando o pior cenário), a regulação estatal em tela também exercerá em alguma medida uma restrição dos interesses máximos contrapostos dos agentes (que não poderão pretender não contribuir nada para a manutenção do bem público e mesmo assim se beneficiar do mesmo).

Embora a segurança nacional seja o exemplo clássico, inúmeros são os casos de bens públicos a exigir regulação estatal que resolva os problemas de coordenação surgidos. CASS SUNSTEIN<sup>98</sup>, a título ilustrativo, bem expõe que o próprio meio ambiente pode ser considerado um bem público, insuscetível de apropriação privada e passível de ser usufruído mesmo pelos agentes caronas que não contribuam para sua manutenção. RONALD DWORKIN<sup>99</sup>, por sua vez, faz interessante abordagem do patrimônio cultural como bem público com vistas a justificar a necessidade de contribuição compulsória dos indivíduos na manutenção dos museus e obras de arte.

A questão, portanto, tem como ponto sensível a distinção feita entre “bens públicos” e “bens privados”. Segundo HA JOON CHANG<sup>100</sup>, estes últimos somente poderiam ser usufruídos por aqueles que pagaram por sua utilização. Os públicos, por sua vez, encontrar-se-iam acessíveis a todos, havendo ou não pago pelos mesmos. A impossibilidade de apropriação dos bens em tela seria precisamente a razão a exigir regulação estatal no setor.

Por fim, espécie particularmente interessante de “problema de coordenação em sentido lato” é presenciada nos casos em que o mercado, embora devesse ter naturalmente levado a um monopólio/oligopólio diante da impossibilidade fática de competitividade no setor, não o tenha feito (permitindo a ocorrência de competição que não se apresenta faticamente viável no setor). Trata-se de uma interessante relação que pode ser feita entre a falha de mercado dos

---

<sup>98</sup> SUNSTEIN, Cass. *After the Rights Revolution. Reconceiving the Regulatory State*. Cambridge: Harvard University Press. 1990.

<sup>99</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes. 2005.

<sup>100</sup> CHANG, Ha Joon. *The Political Economy of Industrial Policy*.

“monopólios naturais” e a falha de mercado dos “problemas de coordenação em sentido amplo”.

Foi exposto no tópico acima que a livre concorrência, em um mercado saudável, é via de regra extremamente desejável. Em tal cenário, a existência de competitividade apresenta-se como incentivo à busca de eficiência pelos agentes, prestando no mercado bens e serviços por menores custos e maior qualidade.

Foi igualmente exposta no tópico acima, entretanto, a existência de casos em que o mercado não comporta a existência de livre concorrência e competitividade. Pode-se estar diante de uma inviabilidade física (tal como a prestação de atividade que exija a utilização de um único duto que não possa ser compartilhado) ou de uma inviabilidade financeira (como no caso de economias de larga escala ou por escopo). Trata-se de casos em que somente havendo a concentração da atividade em um ou poucos agentes tal prestação será economicamente viável tanto em termos de custos máximos ao consumidor quanto de qualidade mínima.

Nestas situações, o mercado, sem qualquer regulação, provavelmente acarretará naturalmente o surgimento de monopólios ou oligopólios em decorrência da impossibilidade fática de competitividade no setor. O próprio funcionamento natural do mercado caminhará para a inexistência de uma pluralidade de agentes a prestar a atividade. Trata-se, conforme exposto, da falha de mercado dos “monopólios naturais” (ou “mercados não competitivos”), onde, diante da impossibilidade fática de competitividade, o mercado naturalmente afasta a existência de uma pluralidade de agentes prestadores. Torna-se necessária e legitimada sob um ponto de vista econômico, portanto, a regulação estatal do preço, da qualidade e da quantidade da prestação exercida pelos agentes em monopólio/oligopólio.

Pode ocorrer, entretanto, situação em que, embora o mercado não comporte competitividade, sendo necessária a concentração da prestação da atividade em apenas um ou poucos agentes, o mercado não tenha acarretado naturalmente um monopólio/oligopólio natural. Mesmo cientes de que o mercado não comporta uma pluralidade de agentes, por uma falha de “problema de coordenação em sentido amplo”, diversos indivíduos podem persistir na tentativa de exploração simultânea da atividade, acarretando a falência de todos eles.

Retome-se o exemplo anteriormente imaginado de monopólio natural por força de economia de escala: o transporte por barcas entre o Rio de Janeiro e a Ilha de Paquetá. Afirmou-se que, diante da existência dos enormes custos fixos de capital inicial para a compra das barcas bem como dos poucos passageiros entre os quais diluir tais custos, o transporte de barcas entre o Rio de Janeiro e a ilha muito possivelmente não comportaria ampla

competitividade. Desta forma, o mercado naturalmente levaria ao surgimento da falha de mercado de um monopólio ou oligopólio natural, afastando a pluralidade de prestadores. Os empresários “C” e “D”, ao verem que os empresários “A” e “B” já estavam explorando atividade que não comporta três prestadores, naturalmente não ingressariam no mercado. Neste caso, a regulação estatal deveria combater a falha de mercado do monopólio natural ao combater os malefícios da ausência de competição (preços abusivos e qualidade precária).

Imagine-se agora, entretanto, que os empresários “C” e “D” não se retraiam naturalmente do mercado. Mesmo cientes de que a atividade comporta tão somente dois prestadores, não sendo faticamente viável a competitividade entre uma pluralidade de agentes, “C” e “D” podem ter o seguinte pensamento: “\_ Se a atividade comporta apenas dois prestadores, por que esses dois prestadores devem ser “A” e “B”? Por que nós temos que deixar a atividade? Eles que deixem a atividade!”. De fato, o melhor cenário para “C” e “D” é o de que “A” e “B” abandonem a exploração da atividade e que se instale o oligopólio dos empresários “C” e “D”.

O problema é que os empresários “A” e “B” tendem a pensar de forma semelhante: “\_ Se a atividade comporta apenas dois prestadores, por que esses dois prestadores devem ser “C” e “D”? Por que nós temos que deixar a atividade? Eles que deixem a atividade!”. O resultado, como se pode imaginar, será o pior cenário para todos os quatro empresários bem como para toda a sociedade. A saber, nenhum dos quatro empresários poderá prestar a atividade de forma satisfatória diante da inviabilidade fática de competitividade no setor. Ou os preços cobrados ao consumidor serão exorbitantes e inacessíveis (diante da impossibilidade de diluição dos custos entre um número razoável de consumidores), ou a qualidade do serviço será péssima (diante da falta mínima de investimentos por força da redução de custos).

Verifica-se, portanto, caso especial da falha de mercado dos “problemas de coordenação em sentido amplo”. A saber, trata-se dos casos em que, diante da impossibilidade fática de competitividade, embora o mercado devesse naturalmente ter acarretado a falha de mercado dos “monopólios naturais” ou “mercados não competitivos”, não o tenha feito, surgindo uma outra falha de mercado: os “problemas de coordenação em sentido amplo”. O problema de coordenação em sentido amplo dos agentes em concorrência neste caso decorre justamente do fato de que, devido à peculiaridade do mercado (sendo inviável a competitividade), deveria ter surgido um monopólio natural!

Nesta situação, a regulação estatal terá como objetivo primeiro buscar a concentração do mercado, restringindo a entrada de uma pluralidade de agentes no setor. A saber, sendo a

competitividade no setor inviável faticamente, a regulação estatal buscará primeiramente estabelecer o monopólio/oligopólio que o mercado já deveria naturalmente ter acarretado. O instrumento mais efetivo para tanto será a regulação da entrada dos agentes no setor. Uma vez estabelecido um monopólio/oligopólio legal, a regulação certamente deverá se preocupar igualmente com o desincentivo dos agentes monopolistas na busca pela eficiência, devendo a regulação de entrada provavelmente vir acompanhada de uma regulação de preços, qualidade e mesmo quantidade (típicas regulações aplicadas aos casos de monopólio natural).

### 1.3.1.3. As externalidades negativas

A terceira falha de mercado tradicionalmente apontada pelos economistas dentro do paradigma econômico da racionalidade como fundamento de legitimação da regulação estatal sob um viés econômico, como bem destaca CARLOS RAGAZZO<sup>101</sup>, são as “externalidades negativas”.

Por “externalidades” deve-se entender a situação em que a adoção de uma determinada conduta por um ou mais agentes no mercado produza efeitos que recaiam sobre terceiros, a saber, sobre partes estranhas à relação interna à própria conduta adotada. Há externalidades quando efeitos de uma determinada conduta/relação estabelecida no mercado atingem indivíduos não partícipes da relação/conduta responsável por tais efeitos.

As externalidades podem se apresentar como “externalidades positivas” ou “externalidades negativas”<sup>102</sup>. No caso das primeiras, não há que se falar em qualquer problema ou falha. Pelo contrário, trata-se de situação benéfica/saudável do mercado. Em ocorrendo externalidades positivas, indivíduos recebem benefícios ou vantagens decorrentes de relações às quais sejam estranhos. No caso das externalidades negativas, entretanto, verifica-se um sério problema no mercado. A saber, indivíduos devem arcar com efeitos negativos decorrentes de relações às quais sejam estranhos bem como de condutas que não tenham adotado e das quais não possam ser considerados responsáveis.

Neste sentido, as externalidades negativas apresentam-se como uma falha de mercado na medida em que distorcem indevidamente os interesses dos agentes na livre adoção ou não

---

<sup>101</sup> RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico*. Rio de Janeiro: Renovar. 2011.

<sup>102</sup> RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico*. Rio de Janeiro: Renovar. 2011.



de uma conduta ao alterar a relação de custo/benefício pertinente à mesma, eis que os custos da opção são indevidamente transferidos para terceiros que não os agentes.

Imagine-se uma sociedade empresária exploradora de uma indústria produtora de bebidas. Para desempenhar suas atividades lucrativas na produção e venda de bebidas, a sociedade em questão necessita, entre outros ingredientes, de uma ampla fonte de água limpa e potável. Neste sentido, instalou-se a referida indústria em propriedade serrana na qual se encontra a nascente de um rio que percorre longo caminho desde as montanhas até desaguar no mar.

Ocorre, entretanto, que o processo de fabricação das bebidas gera um resíduo químico líquido extremamente poluente, do qual a indústria evidentemente precisa se desfazer. A instalação de um filtro com tecnologia de purificação avançada seria extremamente custosa e reduziria os lucros da atividade. Por outro lado, devido ao bom volume de água bem como à inclinação do terreno serrano, o rio que corta a propriedade da fábrica, desde sua nascente, já apresenta água corrente de rápido deslocamento.

No cenário descrito, dentro da premissa econômica da racionalidade de que os agentes atuam no mercado de forma racional movidos unicamente pelos incentivos de maximizar seus próprios interesses, a indústria não possuiria qualquer incentivo a dar destinação correta a seus resíduos químicos. Explica-se.

Diante da premissa econômica de que os agentes atuam racionalmente por incentivos apenas para a maximização de seus próprios interesses, a sociedade empresária encontrará incentivo sempre para adotar as condutas capazes de aumentar seu lucro. A saber, buscará produzir suas bebidas pela forma em que suporte o menor custo e receba os melhores benefícios. Neste sentido, pela vertente dos custos, a indústria não terá qualquer incentivo para aumentar seus custos ao investir recursos na instalação de um caro filtro para tratamento dos resíduos químicos.

Possuindo o rio, desde a propriedade da indústria, água corrente com bom deslocamento, bastará que os resíduos sejam diretamente despejados no rio, ainda dentro da propriedade da sociedade empresária, e levados para longe. A nascente do rio permaneceria perfeitamente limpa (fornecendo água potável para a produção das bebidas) bem como os resíduos seriam levados para longe pela forte correnteza do rio.

Eis a melhor relação custo/benefício para a sociedade empresária. Terá os benefícios da venda de bebidas produzidas pelo processo industrial, embora não arcará com qualquer custo para fins de tratamento dos resíduos químicos decorrentes de tal processo. Sendo esta a

melhor relação custo/benefício, oferecendo mais lucro à sociedade empresária, a lógica do incentivo à adoção de condutas que maximizem os interesses dos agentes fará com que tal conduta seja certamente adotada.

Nada obstante, percebe-se no caso nítida distorção da relação custo/benefício em decorrência da existência de uma falha de mercado. Acontece que, em verdade, a atividade de produção de bebidas não apresenta “custo zero” em relação ao tratamento dos resíduos químicos gerados. Tão somente, tal custo foi “externalizado” pela sociedade empresária. A saber, tal custo foi repassado para outros indivíduos terceiros e estranhos à conduta responsável pelo surgimento de tais custos.

Mais concretamente, o fato de a indústria de bebidas deixar de instalar o filtro purificador e despejar os resíduos na correnteza do rio não faz com que os custos da atividade produtiva referentes à poluição deixem de existir. Ao adotar tal postura, a sociedade empresária tão somente transfere adiante o custo decorrente da atividade produtiva. Pior, transfere os custos da atividade produtiva a indivíduos estranhos à atividade, agentes que são terceiros em relação à conduta produtiva adotada pela sociedade empresária, fazendo com que os demais indivíduos que tenham acesso ao rio em trechos futuros encontrem águas poluídas. Eis a idéia de “externalizar” os custos da atividade.

A situação exposta evidentemente subverte toda a lógica econômica de que um mercado natural, sem qualquer regulação, tende a produzir resultados eficientes e satisfatórios quando os agentes livres adotem condutas racionais movidos por incentivos de maximizar seus interesses. A lógica da economia clássica seria a de que cada agente, querendo maximizar os resultados de suas condutas, sempre adotaria condutas cujos benefícios superassem os custos. Todos os agentes individualmente adotando condutas eficientes (condutas com o máximo de benefícios e o mínimo de custos), chegar-se-ia a um resultado coletivo racional e eficiente.

No caso das externalidades negativas, entretanto, o agente individual, ainda que agindo racionalmente para os fins de maximizar seus próprios interesses, não avalia corretamente a relação entre os benefícios e os custos trazidos por sua atividade. A razão é simples: não possui qualquer preocupação com os custos decorrentes da atividade, eis que os mesmos serão “externalizados”, devendo ser suportados por terceiros que não o próprio agente. Pelo contrário, a lógica dos incentivos induz o agente justamente a querer se beneficiar de tal processo de “externalização” dos custos da atividade. A conduta mais racional do ponto de vista individual para um agente que queira maximizar seus interesses é

justamente a de obter os benefícios máximos da atividade sem ter que arcar com seus respectivos custos.

Perceba-se, inclusive, que, mais do que apenas incentivar a externalização dos custos em atividades “lucrativas” cujos benefícios compensem os custos (o que já seria errado, eis que terceiros não deveriam suportar os custos de atividade às quais são estranhos. Os custos deveriam ser abatidos dos benefícios recebidos pelo agente explorador da atividade lucrativa), a falha das externalidades negativas pode mesmo gerar o absurdo de incentivar a adoção de condutas “deficitárias”, cujos custos superem os benefícios (mais errado ainda, eis que, sendo os custos da atividade maiores que os benefícios gerados pela mesma, o agente nem mesmo a teria adotado caso tivesse que suportar os custos), eis que o agente simplesmente não levará os custos da atividade em conta.

Enfim, como bem destaca HA JOON CHANG<sup>103</sup>, “externalidades existem onde alguns efeitos de atividades individuais respingam nas atividades de outros, levando a uma discrepância entre a estrutura privada de custo/benefício e a estrutura social de custo/benefício.”. Neste sentido, também nessa situação o mercado natural, despido de qualquer regulação estatal, não se apresentará como mecanismo perfeito de produção e alocação de riquezas, bens e serviços, constituindo a falha de mercado das “externalidades negativas” razão a justificar a legitimação da regulação estatal sob um viés econômico ainda dentro do paradigma da racionalidade.

#### 1.3.1.4. A assimetria de informações

A quarta e última espécie do gênero “falhas de mercado” é aquela denominada “assimetria de informações”. Tal falha de mercado é verificada nas situações em que um determinado agente, diante da possibilidade de opção pela prática ou não de certa conduta no mercado, não possui por completo as informações que seriam necessárias para uma realização totalmente consciente da escolha em questão.

A falta de informações completas pertinentes à escolha de uma conduta pode fazer com que o agente avalie de forma equivocada a relação de custo/benefício da atividade a ser adotada. Tal avaliação equivocada em um mercado natural, despido de toda e qualquer regulação estatal, fará com que os agentes, embora atuem livremente e de forma racional com

---

<sup>103</sup> CHANG, Ha Joon. *The Political Economy of Industrial Policy*.

base nas informações que possuem, acabem por verdadeiramente atingir resultados contrários àqueles perseguidos com o intuito de maximização de seus próprios interesses individuais.

Trata-se de evidente falha de mercado, onde este, despido de toda e qualquer regulação estatal, não se apresenta como mecanismo perfeito de produção e alocação de riqueza, bens e serviços com a satisfação mais eficiente dos interesses dos indivíduos. Neste sentido, a falha de mercado da assimetria de informações constituirá razão a justificar a legitimação da regulação estatal do mercado sob um viés econômico ainda dentro do paradigma econômico da racionalidade.

Imagine-se uma situação que facilite a visualização. Inúmeras sociedades empresárias do ramo alimentício fornecem nos supermercados produtos supostamente fungíveis com o aleitamento materno dos bebês. As prateleiras são repletas de leite em pó para recém-nascidos. Mais que isto, os preços de tais produtos se encontram cada vez mais baixos. Suponha-se agora que diversas mães não gostem de amamentar. Algumas mães sentem dor. Outras simplesmente não possuem tempo, já precisando voltar para o mercado de trabalho na sociedade contemporânea onde tempo é dinheiro. Qual seria a análise de custo/benefício realizada por uma mãe Marcela em tal cenário despida de outras informações pertinentes à escolha acerca de amamentar ou não seu bebê recém-nascido?

Uma análise simplória da relação custo/benefício realizada por Marcela com base apenas nas informações já fornecidas seria a seguinte: “\_ do lado dos benefícios, o leite em pó me poupará de dor, evitará que eu acorde no meio da noite para amamentar (podendo ser preparado pela babá em plena madrugada quando o bebê chore com fome) e permitirá minha melhor ascensão na carreira de trabalho. Do lado dos custos, o preço de tais produtos não é caro para meu salário de advogada”. Agindo no mercado, portanto, de forma racional no intuito de maximizar seus próprios interesses, Marcela tenderá a adotar a conduta eficiente de fornecer leite em pó a seu bebê.

Ocorre que, como se sabe, já há inúmeros estudos médicos que demonstram que, salvo hipótese excepcional, o aleitamento materno deve ser mantido para os recém-nascidos por questões imunológicas. O leite materno transmite ao bebê anticorpos contra inúmeras doenças enquanto o organismo do recém-nascido não consegue produzir os mesmos. O consumo de leite em pó pelos recém-nascidos é recomendado pelos médicos somente em casos excepcionais, quando a mãe não consiga produzir leite ou em caso de alguma espécie de alergia do bebê ao leite materno.

Desta forma, na situação imaginada, Marcela não teria realizado uma correta análise da relação custo/benefício ao escolher qual seria sua opção mais racional e eficiente na busca de maximização de seus interesses privados. No caso em tela, a análise de Marcela da relação custo/benefício teria sido realizada de forma equivocada em decorrência da falha de mercado da “assimetria de informações”, que a levou a adotar conduta que, embora racional diante das informações que possuía, acabaria por se demonstrar ineficiente na maximização de seus próprios interesses individuais. Em uma análise correta, do lado dos custos da opção pelo leite em pó, Marcela deveria ter considerado o enorme prejuízo de seu bebê se encontrar desprotegido de uma série de graves doenças diante do não recebimento de anticorpos pelo leite materno. A regulação no caso em tela deveria sanar a falha de mercado exposta, determinando o fornecimento ao público pelas sociedades empresárias do ramo alimentício da relevantíssima informação de que o aleitamento materno de recém-nascidos é importante para fins de imunização dos bebês.

Acerca da falha de mercado da assimetria de informações, CASS SUNSTEIN<sup>104</sup> defende interessantemente que as preferências dos agentes não são “fixas” no mercado. Embora muitas vezes os indivíduos livres no mercado manifestem expressamente determinada preferência, tal manifestação não deve ser entendida de forma fixa como a única verdadeira preferência daqueles indivíduos. Embora acreditem no que estão afirmando, muitas vezes tais indivíduos somente manifestaram expressamente acreditar ser aquela sua preferência em virtude da ausência de informações no momento em que expressaram suas supostas vontades.

Segundo SUNSTEIN, as preferências dos agentes no mercado devem ser entendidas sob uma ótica dinâmica e cambiante, sendo certo que variam conforme o grau de informações possuídas pelos agentes quando manifestam suas vontades. Ainda, leciona SUNSTEIN que, muitas vezes, a falha de mercado da assimetria de informações pode decorrer de outra falha de mercado anteriormente já exposta: a dos bens públicos. A saber, sendo a informação considerada um bem público, se sujeitando ao aproveitamento pelos “caronas”, pode haver pouco interesse no mercado de que agentes invistam na freqüentemente cara produção de tecnologia/conhecimento/informação.

---

<sup>104</sup> SUNSTEIN, Cass. *After the Rights Revolution. Reconceiving the Regulatory State*. Cambridge: Harvard University Press. 1990.

### 1.3.2. As proposta contemporâneas da economia comportamental de relativização do paradigma econômico da racionalidade

No Capítulo I.3, foi exposto que as indagações acerca da legitimação da regulação estatal há tempos já vêm sendo enfrentadas pela ciência econômica. Neste sentido, por um lado, foi afirmado que as falhas de mercado são tradicionalmente apresentadas como as razões a servir de legitimação da regulação estatal sob uma perspectiva econômica ainda dentro do paradigma econômico clássico da racionalidade. Tal instituto rompeu com o paradigma econômico clássico da infalibilidade do mercado, mas não com o paradigma da racionalidade. Justamente pelo contrário, o instituto das falhas de mercado, por definição, ainda se insere dentro do último paradigma econômico clássico mencionado. A saber, as falhas de mercado pretendem precisamente demonstrar que o agir racional dos indivíduos no mercado livre, em determinadas situações peculiares, deixa de gerar os resultados-premissas desejáveis devido à falibilidade do mercado. No Capítulo I.3.1, foram examinadas as diversas espécies de falhas de mercado.

Por outro lado, ainda no Capítulo I.3, foi igualmente afirmado que as últimas décadas têm sido marcadas pelo surgimento no âmbito da ciência econômica de instigantes propostas de relativização mesmo do paradigma econômico clássico da racionalidade, sendo os casos de ação irracional por heurística progressivamente também apresentados como razões a legitimar a regulação em uma perspectiva econômica. Tais propostas serão precisamente o objeto de estudo do presente Capítulo I.3.2.

A premissa econômica da racionalidade, tal qual a premissa da infalibilidade do mercado, encontra suas primeiras raízes já na economia clássica ultraliberal, quando do nascimento da ciência econômica moderna nos escritos de ADAM SMITH. Segundo o paradigma da racionalidade, todos os indivíduos participariam do mercado de forma racional, com o intuito de maximizar seus próprios interesses particulares. Famosa a afirmação de ADAM SMITH de que o açougueiro e o padeiro não fornecem a carne e o pão gratuitamente no mercado, mas sim por racionalmente possuírem interesse em receber quantias financeiras por tais prestações, maximizando suas próprias situações<sup>105</sup>.

---

<sup>105</sup> V. SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. Curitiba: Juruá. Por outro lado, deve-se deixar consignada a posição do economista AMARTYA SEN, segundo o qual o pensamento de ADAM SMITH é frequentemente objeto de uma hipérbole estereotipada. No entender de SEN, realmente SMITH seria defensor tanto da premissa da infalibilidade do mercado quanto da premissa do agir racional. Nada obstante, segundo a interpretação conferida por AMARTYA SEN, a própria obra de ADAM SMITH já comportaria o reconhecimento de que em

Sobre o paradigma econômico clássico da racionalidade (que, como visto, pode remontar a uma leitura já da obra de ADAM SMITH quando do surgimento da economia moderna) desenvolveu-se toda uma doutrina da economia denominada de *Rational Choice Theory-RCT*<sup>106</sup>. A *Rational Choice Theory* potencializou ao extremo a premissa econômica clássica da racionalidade, elevando a mesma praticamente a um status de axioma. Neste sentido, foi desenvolvido um conceito teórico de *homo economicus*, que, para os defensores da *RCT*, corresponderia inquestionavelmente aos indivíduos reais quando atuantes no mercado na condição de agentes econômicos. Agindo sempre de forma racional e em busca da maximização de seus interesses individuais, as opções do *homo economicus* seriam previsíveis através da lógica dos incentivos.

Nas últimas décadas, entretanto, tem crescido o número de economistas a questionar a verdade dogmática afirmada pela *RCT* de que os agentes econômicos individuais do mundo real corresponderiam ao modelo teórico abstrato idealizado do *homo economicus*, que agiria sempre de forma racional com o intuito de maximizar seus próprios interesses, utilidades e bem-estar. Segundo os críticos da *RCT*, o *homo economicus* seria uma redução utópica do verdadeiro ser humano, “pinçando” apenas algumas de suas muitas características e ignorando a existência e a influência de diversas outras em seu comportamento diuturno. O ser humano real, existente no mundo dos fatos e que é o verdadeiro agente econômico, além de possuir as características do abstrato *homo economicus* idealizado pela *RCT*, é também e simultaneamente um homem religioso, um homem familiar, um homem amigo, um homem emotivo, um homem impulsivo, um homem ético, um homem moral, um homem político, entre vários outros adjetivos que ilustram características capazes de influenciar a atuação do agente que não a simplória e reducionista busca racional de maximização de seus próprios interesses.

Neste contexto, as teorias da denominada “economia comportamental” (“*behavioral economics*”) <sup>107</sup> e da “psicologia social” têm se proliferado nas últimas décadas, apresentando

---

algumas situações excepcionais o homem pode ser movido em suas ações pelos valores da “simpatia”, da “generosidade” e do “espírito público”. V. SEN, Amartya. *The Idea of Justice*. New York: Penguin Books. 2010.

<sup>106</sup> Acerca da teoria e dos preceitos principais da *Rational Choice Theory-RCT*, v. SEN, Amartya. *Development as Freedom*. New York: Alfred A. Knopf. 2001.

<sup>107</sup> Acerca das premissas principais da *behavioral economics*, v. KAHNEMAN, Daniel & TVERSKY, Amos. “Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk”. In *Econometrica*. 47 (2). Pp. 263-291. 1979. V. tb. KAHNEMAN, Daniel & TVERSKY, Amos. “Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases”. In *Science*. Vol 185. N. 4157. 1974. V. tb. SLOVIC, Paul. “Do adolescent Smokers Know the Risks?”. In *Duke Law Journal*. Vol. 47, n. 6. 1998. V. tb. WEINSTEIN, Neil D.. “Optimistic Biases About Personal Risks”. In *Science*. 246.4935. 1989. V. tb. BANERJEE, Abhijit V.. “A Simple Model of Herd Behavior”. In *The Quarterly Journal of Economics*. 107 (3). 1992. V. tb. MADRIAN, Brigitte C. & SHEA, Dennis F.. “The Power of Suggestion: Inertia in 401 (k) Participation and Savings Behavior”. In *The Quarterly Journal of Economics*. 116 (4). 2001. V.

como *insight* principal o rompimento com o (ou ao menos a relativização do) clássico paradigma econômico da racionalidade, que havia sido levado ao extremo pela conhecida “*Rational Choice Theory-RCT*”. O grande traço distintivo dos adeptos das correntes da economia comportamental será a defesa de posição segundo a qual o ser humano age muitas vezes (ou até mesmo quase sempre, a depender do grau extremado ou moderado de adesão do autor às premissas da economia comportamental) de forma irracional.

Em vez de decorrerem da razão consciente e voluntária, as escolhas dos indivíduos apresentariam origem nos mais diversos fatores, tais como razões psicológicas, políticas, morais e culturais. Um grande universo de “escolhas” dos indivíduos, em verdade, nem mesmo seriam “escolhas” tal qual o termo é usualmente empregado pela *RCT*. Tratar-se-ia por vezes de opções inconscientes ou determinadas pelo subconsciente humano. O modelo de escolha humana típico da economia comportamental, em substituição ou relativização da escolha sempre puramente racional da *RCT*, é o da heurística. A saber, uma espécie de raciocínio rápido “semi-intuitivo”, em oposição ao raciocínio lento, elaborado e fundamentado. Mais que isto, além da existência nítida de casos em que os agentes não atuem de forma racional, da mesma forma nem sempre as escolhas e opções realizadas pelos agentes econômicos teriam por objetivo unicamente a maximização egoística de seus próprios interesses individuais.

Não é mera coincidência, desta forma, o fato de que o principal expoente do movimento da “*behavioral economics*”, DANIEL KAHNEMAN<sup>108</sup>, embora tenha ganhado o prêmio Nobel de economia, não seja um economista de origem, mas sim um psicólogo. A proposta principal da economia comportamental consiste precisamente no estudo das influências exercidas por fatores emocionais, psicológicos, morais, éticos, e culturais sobre as opções realizadas pelos agentes econômicos. A economia comportamental deixará claro que, mais do que uma posição teórica que pretenda defender, a realização de opções não racionais (em heurística, movidas por impulsos psico-emocionais) representa um fato empírico inegável. Não se pode negar que, muitas vezes, os indivíduos atuam de forma irracional bem

---

tb. SHANE, Frederick. “Time Discounting and Time Preference: A Critical Review”. In *Journal of Economic Literature*. V. 40. N. 2. 2002.

Inúmeros jusfilósofos têm começado a se valer dos estudos desenvolvidos no âmbito da ciência econômica pela economia comportamental. Neste sentido, v. CONLY, Sarah. *Against Autonomy. Justifying Coercive Paternalism*. Cambridge: Cambridge University Press. 2013; v. tb. SUNSTEIN, Cass. *Risk and Reason. Safety, Law and the Environment*. Cambridge: Cambridge University Press. 2002. Os dois autores, nas obras mencionadas, valendo-se da heurística e da economia comportamental, destacam como as escolhas realizadas pelos indivíduos frequentemente não são racionais, gerando opções equivocadas principalmente quando da análise de riscos, probabilidades e ponderações sobre conseqüências diferidas no tempo.

<sup>108</sup> V. KAHNEMAN, Daniel & TVERSKY, Amos. “Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk”. In *Econometrica*. 47 (2). Pp. 263-291. 1979.



como que, também muitas vezes, atuam com intuítos altruístas e não destinados a maximizar seus próprios interesses individuais.

Somente um adepto radical da *Rational Choice Theory* poderia questionar a veracidade das inovações descritivas trazidas pela economia comportamental. AMARTYA SEN<sup>109</sup> expõe que uma tentativa desesperada de resposta oferecida pelos adeptos radicais da *RCT* para negar as evidentes situações fáticas em que os indivíduos atuam de forma altruísta foi a defesa de situações onde ocorreria uma espécie de egoísmo mediato implementado através do altruísmo imediato. A saber, nas situações em que um agente atua de forma altruísta supostamente por seguir seus valores éticos, morais ou culturais (em tese, portanto, de forma não egoística e não destinada a maximizar seus próprios interesses), tal agente estaria assim atuando em virtude de o cumprimento dos valores éticos, morais ou culturais fazer com que se sintam bem consigo mesmo. A rigor, portanto, sua conduta seria sim movida com o intuito de maximizar seu bem-estar individual e seus próprios interesses de forma indireta ou mediata.

O subterfúgio, entretanto, é nitidamente exagerado. A verdade é que a inovação descritiva da realidade fática trazida pela economia comportamental não parece ser de difícil aceitação. Mais do que uma proposta teórica abstrata, representa um fato empírico a constatação de que os indivíduos, muitas vezes, agem de forma irracional em heurística e sob influências psico-emocionais, culturais e morais. Inegável empiricamente também que os indivíduos frequentemente agem de forma altruísta, não necessariamente com o intuito de maximizar seus próprios interesses.

Ocorre, porém, que os adeptos da economia comportamental nem sempre encerram suas propostas de inovação na ciência econômica em um âmbito descritivo (ao denunciarem a necessidade de rompimento ou relativização do paradigma econômico clássico da racionalidade e ao destacarem ser um fato empírico a adoção freqüente pelos agentes de opções impulsivas e não racionais). Após denunciarem tal fato empírico e a necessidade de relativização das premissas da *RCT*, tais autores passam a expor que as escolhas intuitivas e impulsivas por heurística tendem, muitas vezes, a ensejar erros de diagnóstico, principalmente nas situações que envolvam aferições de riscos e ponderações acerca de conseqüências diferidas no tempo<sup>110</sup>.

---

<sup>109</sup> V. SEN, Amartya. *Development as Freedom*. New York: Alfred A. Knopf. 2001.

<sup>110</sup> V. KAHNEMAN, Daniel & TVERSKY, Amos. "Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk". In *Econometrica*. 47 (2). Pp. 263-291. 1979.

Neste sentido, os *insights* trazidos pela economia comportamental nas últimas décadas de rompimento ou relativização da premissa econômica clássica da racionalidade (ao menos em sua versão extremada defendida pela *Rational Choice Theory*) têm apresentado prescritivamente, nos termos adiantados no Capítulo I.3, novas razões a possivelmente servir como fundamento de legitimação da regulação estatal sob uma perspectiva econômica. A saber, defendendo a economia comportamental que os agentes econômicos muitas vezes, por adotarem opções impulsivas e irracionais em heurística, erram diagnósticos e acarretam resultados indesejáveis no mercado, tais situações (de ação irracional em heurística) poderiam se juntar ao instituto das falhas de mercado como razões de legitimação da regulação estatal sob um viés econômico.

Este ponto de inovação de caráter prescritivo certamente apresenta-se como o âmbito mais polêmico da economia comportamental. Descritivamente, parece ser inquestionável a veracidade empírica da afirmação da economia comportamental de que os indivíduos muitas vezes agem irracionalmente em heurística e sem o intuito de sempre maximizar seus próprios interesses particulares. Nada obstante, de tal constatação empírico-descritiva, razoavelmente inquestionável, decorreria necessariamente o reflexo prescritivo de surgirem novas razões, além do tradicional instituto das falhas de mercado dentro do paradigma da racionalidade a justificar e mesmo a exigir a incidência de regulação estatal?

A saber, ainda que seja um fato a existência de ações humanas irracionais impulsivas e em heurística, toda e qualquer ação irracional impulsiva em heurística deveria ser objeto de intervenção por regulação? Algum grau de irracionalidade e influência de valores morais, psicológicos, emocionais e culturais não seria justamente uma característica da natureza humana quando da realização de escolhas e que deveria ser respeitada pela regulação?

A resposta a tais indagações, sob uma perspectiva da ciência econômica, depende da relação a ser estabelecida entre a verificação empírica das ações irracionais por heurística e a possibilidade/impossibilidade de o mercado livre atingir naturalmente os resultados pressupostos como desejáveis pela ciência econômica sem a necessidade de qualquer regulação estatal. Explica-se.

Tal qual exposto no Capítulo I.3, a legitimação da regulação estatal, para os economistas, se encontra diretamente ligada à necessidade de intervenção no atuar livre dos agentes no mercado com o intuito de assegurar a implementação dos resultados considerados desejáveis por premissa pela ciência econômica quando os mesmos não sejam naturalmente implementados pelo atuar livre dos agentes no mercado. Foi igualmente exposto que os

economistas partem geralmente (embora nem sempre)<sup>111</sup> da premissa de que constituem objetivos econômicos desejáveis a serem atingidos a maximização da riqueza social e o maior somatório de satisfação de interesses individuais. Esta posição certamente corresponde à maioria das correntes econômicas, preocupadas diuturnamente apenas com o crescimento da economia e do PIB. AMARTYA SEN<sup>112</sup>, como dito, em tom crítico, bem destaca que o utilitarismo sempre se prestou ao papel de “doutrina oficial” da economia.

Desta forma, enfim, quando do rompimento ou relativização do paradigma econômico clássico da racionalidade pela economia comportamental, indagar se a verificação empírica de ações irracionais em heurística se apresenta ou não como razão a legitimar a regulação estatal sob um viés econômico significa, em outros termos, indagar se a existência de tais ações irracionais em heurística livres no mercado, independente de qualquer regulação, implementarão ou não a maximização da riqueza social e o maior somatório de satisfação de interesses individuais, resultados geralmente considerados desejáveis como premissa pela ciência econômica majoritária.

Para muitos adeptos da economia comportamental, portanto, partindo da afirmação de que, quando verificadas ações irracionais por heurística, o atuar livre dos agentes no mercado não implementará naturalmente os resultados considerados desejáveis como premissa pela ciência econômica (a maximização da riqueza social e o maior somatório de satisfação de interesses individuais), tais ações irracionais por heurística constituirão razão a legitimar a regulação estatal sob um viés econômico. Neste sentido, a regulação estatal encontraria legitimação econômica nas situações em que o atuar livre dos agentes no mercado, despido de qualquer regulação, não seja capaz de implementar os resultados considerados desejáveis como premissa pela ciência econômica (a maximização da riqueza social e o maior somatório de satisfação de interesses individuais). Tais situações, por sua vez, além dos casos em que, ainda dentro do paradigma da racionalidade, sejam verificadas falhas de mercado, para os

---

<sup>111</sup> Nem sempre, porém, todo e qualquer economista busca apenas a maximização da riqueza social ou o maior somatório de satisfação de interesses individuais como objetivos pressupostos pela economia como aqueles desejáveis a serem atingidos naturalmente pelo atuar racional dos agentes no mercado livre. Uma exceção bastante paradigmática é o pensamento de AMARTYA SEN. V. SEN, Amartya. *The Idea of Justice*. New York: Penguin Books. 2010.

Em outra obra, o mesmo autor formula uma interessante concepção de “desenvolvimento como liberdade”, devendo o instrumental da economia se prestar a implementar como resultado não a maximização da riqueza social, mas sim a garantia das liberdades e condições igualitárias de liberdade dos indivíduos. A maximização da riqueza social, neste sentido, deveria ser considerada como um instrumento para ser alcançado o objetivo final de garantia da liberdade, não se devendo buscar a maximização da riqueza social como fim em si mesma. V. SEN, Amartya. *Development as Freedom*. New York: Alfred A. Knopf. 2001.

<sup>112</sup> V. SEN, Amartya. *The Idea of Justice*. New York: Penguin Books. 2010.

adeptos da economia comportamental, passariam a englobar também os casos de ações irracionais por heurística.

Evidentemente, como bem destaca CASS SUNSTEIN<sup>113</sup> em crítica ao posicionamento de SARAH CONLY<sup>114</sup> (e conforme será objeto de estudo da presente tese nas Partes II e III), a adoção de forma extremada tanto das inovações descritivas quanto das propostas prescritivas da economia comportamental pode apresentar conseqüências jurídico-morais bastante sensíveis e controversas. A adoção, sem qualquer mitigação, de posição segundo a qual qualquer ação humana em heurística e que não seja fruto de uma utópica razão pura (ainda que minimamente impulsiva, influenciada por emoções ou valores morais e culturais) deva ser objeto de regulação estatal pode significar o completo rompimento com qualquer possibilidade de conciliação com as premissas basilares do liberalismo.

Ocorre, porém, que tal ameaça de rompimento com as premissas basilares do liberalismo e tais conseqüências bastante sensíveis e controversas sob um plano jurídico-moral não despertam grande preocupação por parte da maioria dos economistas. Como exposto, a imensa maioria dos economistas toma por premissa a ser implementada pelo instrumental econômico a concepção utilitária de filosofia político-moral. Via de regra (salvo raríssimas exceções)<sup>115</sup>, a ciência econômica não questiona as premissas de filosofia político-moral a serem implementadas pelo instrumental econômico da regulação, eis que tais questões já passam a tangenciar a seara da legitimação jurídico-moral<sup>116</sup> da regulação estatal, não a legitimação de tal instituto sob um viés econômico.

Não questionando os objetivos jurídico-morais pressupostos como desejáveis, a ciência econômica majoritária se dedica principalmente a estudar as situações peculiares em que tais objetivos não sejam atingidos de forma natural pelo livre atuar dos agentes no mercado e quais os mecanismos de regulação mais adequados e eficientes na resolução deste

---

<sup>113</sup> SUNSTEIN, Cass. “It’s For Your Own Good!”. In *The New York Review of Books*. New York. 2013.

<sup>114</sup> v. CONLY, Sarah. *Against Autonomy. Justifying Coercive Paternalism*. Cambridge: Cambridge University Press. 2013.

<sup>115</sup> V. SEN, Amartya. *Development as Freedom*. New York: Alfred A. Knopf. 2001.

<sup>116</sup> Neste ponto, cabe destacar que os diferentes graus de adesão às premissas da economia comportamental e da heurística bem como a adesão a distintas concepções de filosofia político-moral ensejarão a defesa da justificação de instituições político-jurídicas diversas pelos jusfilósofos. Por exemplo, SARAH CONLY, aderindo com maior força às premissas da economia comportamental, chegará à conclusão de que os seres humanos são frequentemente irracionais, não escolhendo verdadeiramente suas ações. Demonstrando menor preocupação com as escolhas dos agentes, entenderá, portanto, legítima uma intervenção paternalista muito mais incisiva (paternalismo “hard”). CASS SUNSTEIN, por outro lado, será adepto com maior parcimônia das premissas da economia comportamental, apenas relativizando o paradigma da racionalidade. Conferindo ainda importância às escolhas dos agentes, entenderá, portanto, legítima apenas uma intervenção paternalista menos incisiva (paternalismo “soft”). Acerca da posição de tais autores no que diz respeito ao instituto do paternalismo, v. Parte III desta tese.

problema. O grande enfoque de estudo da economia comportamental, portanto, diz respeito à identificação das situações em que, devido às suas peculiaridades, os indivíduos tendem a cometer erros de diagnóstico e de escolhas ao agirem de forma irracional em heurística, mais sujeitos a realizar opções excessivamente influenciadas por fatores emocionais, psicológicos, morais e culturais.

A economia comportamental oferece inúmeras situações cujas peculiaridades fáticas podem ensejar a tomada de decisões irracionais em heurística pelos agentes econômicos, fazendo com que os mesmos adotem condutas não eficientes na busca da maximização racional de seus melhores interesses<sup>117</sup>. CASS SUNSTEIN<sup>118</sup> e SARAH CONLY<sup>119</sup>, jusfilósofos que utilizam bastante os conhecimentos da economia comportamental como base a servir de justificação para a modelagem das instituições político-jurídicas que devem ser adotadas<sup>120</sup>, pontuam diversos fatores capazes de induzir os agentes a adotarem escolhas irracionais em heurística.

Um primeiro fator que pode induzir a tomada de ações irracionais é um inexplicável otimismo manifestado por certas pessoas em relação às probabilidades de as mesmas sofrerem determinados danos decorrentes de suas escolhas. CASS SUNSTEIN<sup>121</sup> destaca que certo estudo demonstrou que 80% dos motoristas se consideravam mais habilidosos do que um motorista padrão, de habilidade mediana. Ou seja, mesmo motoristas que possuem habilidades de condução abaixo da mediana se julgam condutores com habilidades acima deste parâmetro médio de qualidade. Em decorrência de nítido otimismo em relação a si próprios, os indivíduos simplesmente não analisam de forma completamente racional os riscos envolvidos quando realizam a opção de dirigir.

---

<sup>117</sup> V. KAHNEMAN, Daniel & TVERSKY, Amos. "Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk". In *Econometrica*. 47 (2). Pp. 263-291. 1979.

<sup>118</sup> O autor possui inúmeras obras em que trata da adoção de escolhas irracionais pelos agentes em heurística, apontando as principais peculiaridades fáticas responsáveis por induzir tais escolhas irracionais. Destacam-se SUNSTEIN, Cass. *Risk and Reason. Safety, Law and the Environment*. Cambridge: Cambridge University Press. 2002 e SUNSTEIN, Cass R. & THALER, Richard H.. *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven: Yale University Press. 2008.

<sup>119</sup> v. CONLY, Sarah. *Against Autonomy. Justifying Coercive Paternalism*. Cambridge: Cambridge University Press. 2013.

<sup>120</sup> Ainda que ambos os autores aceitem as premissas descritivas da economia comportamental de que os agentes econômicos frequentemente realizam escolhas em alguma medida irracional em heurística, diagnosticando as peculiaridades fáticas que ensejam maior propensão de casos de irracionalidade por heurística, os autores entenderão, em um âmbito prescritivo, serem legitimadas jurídico-moralmente diferentes instituições político-jurídicas em face do fato empírico da ação eventualmente irracional dos agentes econômicos. A depender da premissa de filosofia político-moral adotada como norte de legitimação jurídico-moral, maior ou menor respeito será conferido às escolhas realizadas pelos agentes, ainda que tomadas em heurística. Neste sentido, v. Partes II e III da tese.

<sup>121</sup> SUNSTEIN, Cass. "It's For Your Own Good!". In *The New York Review of Books*. New York. 2013.

Em sentido bastante semelhante, PAUL SLOVIC<sup>122</sup>, professor de psicologia adepto das premissas da economia comportamental, analisou dados empíricos que demonstram o otimismo faticamente infundado que toca a maioria dos fumantes. Quando indagado genericamente acerca de qual a probabilidade de um fumante qualquer em abstrato desenvolver câncer de pulmão, um fumante entrevistado tende a responder uma probabilidade bastante elevada, maior que o percentual correto e que corresponde ao número de fumantes que desenvolvem câncer de pulmão na sociedade. Nada obstante, quando indagado especificamente acerca de qual a probabilidade de ele próprio desenvolver câncer de pulmão, o fumante entrevistado tende a responder uma probabilidade bem menor do que o percentual correto e que corresponde ao número de fumantes que desenvolvem câncer de pulmão na sociedade. Trata-se, portanto, de mais um caso em que o otimismo demonstrado pelos indivíduos quando da percepção de riscos que envolvam suas próprias situações pessoais induz os agentes à tomada de ações irracionais na análise de custos/benefícios.

Os exemplos de otimismo em relação à percepção pessoal não condizente com a realidade se expandem para as mais diversas searas, baseados em inúmeros outros estudos empíricos. TALI SHAROT<sup>123</sup>, neurocientista, revelou estudo segundo o qual, embora 70% dos entrevistados acreditassem que as famílias atuais em geral não fossem bem sucedidas como na época de seus pais, 76% desses mesmos entrevistados estavam otimistas quando perguntados especificamente em relação ao futuro de suas próprias famílias. NEIL D. WEINSTEIN<sup>124</sup>, psicólogo, por sua vez, revelou pesquisa segundo a qual indivíduos homossexuais, mesmo admitindo terem realizado práticas sexuais consideradas em abstrato de alto risco de transmissão, não acreditavam serem grandes suas próprias chances de contaminação pelo vírus da AIDS. Enfim, os exemplos de “*optimistic biases*” são infindáveis.

Por outro lado, se frequentemente as pessoas podem subdimensionar os riscos envolvidos pelas escolhas que realizam (em decorrência de otimismo não condizente com a realidade), também podem ser apontadas situações em que, justamente pelo contrário, os agentes superdimensionam riscos em decorrência de outros fatores indutivos de ação

---

<sup>122</sup> SLOVIC, Paul. “Do adolescent Smokers Know the Risks?”. In *Duke Law Journal*. Vol. 47, n. 6. 1998. O artigo do professor Paul Slovic, defensor da economia comportamental e da tese de que os indivíduos agem frequentemente de forma irracional por heurística, destinou-se a rebater estudo do professor Viscusi, defensor do paradigma da racionalidade. Viscusi havia apresentado estudo onde os fumantes simplesmente respondiam à primeira pergunta (acerca dos riscos de um fumante em abstrato desenvolver câncer). Neste sentido, através do resultado da pesquisa, segundo a qual os fumantes sabiam dos riscos de desenvolver câncer (até mesmo superestimavam tais riscos), Viscusi defendeu que a escolha de fumar seria racional e plenamente informada, não havendo falha de mercado de assimetria de informações. Não caberia, portanto, qualquer regulação restritiva da atividade.

<sup>123</sup> <http://www.guardian.co.uk/science/2012/jan/01/tali-sharot-the-optimism-bias-extract>.

<sup>124</sup> WEINSTEIN, Neil D.. “Optimistic Biases About Personal Risks”. In *Science*. 246.4935. 1989.

irracional em heurística. A principal causa de superdimensão de riscos decorre da utilização dos exemplos passados mais recentes disponíveis na memória para fins de projeção de expectativas futuras<sup>125</sup>. As pessoas tendem a ter mais medo (e, portanto, a superestimar os riscos) das tragédias que estão bastante vivas em suas mentes (ou por terem acontecido muito recentemente ou em decorrência da ampla repercussão midiática das mesmas), independentemente de ser ínfima a probabilidade de que tais tragédias voltem a ocorrer. Bons exemplos deste cenário são os medos desproporcionais em relação à probabilidade real de futura nova ocorrência de eventos como tornados, terremotos e ataques terroristas.

Neste ponto, pertinente a observação de CASS SUNSTEIN<sup>126</sup> de que não se deve considerar irracional e nociva aos interesses do agente apenas a adoção de conduta arriscada sem qualquer precaução em decorrência de otimista ignorância dos riscos reais. Também a paralisia provocada pela crença em riscos irreais pode se apresentar como ação irracional e nociva aos interesses do agente.

Outro fator apontado pela economia comportamental como possuindo aptidão para influenciar a adoção de escolhas irracionais pelos agentes econômicos diz respeito à influência psicológica sofrida pelo indivíduo ao verificar um comportamento de grupo em sentido oposto ao que acreditaria ser a decisão mais racional e acertada. Trata-se do que se convencionou chamar de “efeito de manada”<sup>127</sup>. Um exemplo seria o caso em que um indivíduo, independentemente de qualquer explicação racional consciente para tanto, ao escolher um restaurante para jantar, opta por aquele com maior número de clientes em detrimento daquele que se encontra vazio. Comportamentos de manada podem ser vislumbrados desde a compra e venda impulsiva de ações na bolsa de valores (sob influência do comportamento dos demais indivíduos) até exemplos de roupas ou produtos que entram em moda.

Além dos fatores já mencionados acima, outra variável apresentada pela economia comportamental como capaz de apresentar significativa influência na adoção de ações irracionais pelos agentes é a inércia/comportamento default. Muitas vezes, os indivíduos permanecem a agir ou a se omitir de forma irracional pela tendência humana de simplesmente reiterar rotineiramente as mesmas práticas ou abstenções. Um exemplo classicamente citado

---

<sup>125</sup> KAHNEMAN, Daniel & TVERSKY, Amos. “Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases”. In *Science*. Vol 185. N. 4157. 1974.

<sup>126</sup> SUNSTEIN, Cass. *Risk and Reason. Safety, Law and the Environment*. Cambridge: Cambridge University Press. 2002.

<sup>127</sup> BANERJEE, Abhijit V.. “A Simple Model of Herd Behavior”. In *The Quarterly Journal of Economics*. 107 (3). 1992.

pela economia comportamental de escolha omissiva irracional por inércia pode ser vislumbrado nos casos em que, embora possua recursos a serem poupados e esteja plenamente ciente e informado da necessidade de garantir proventos futuros para o momento de se aposentar, um indivíduo simplesmente não realize qualquer tipo de previdência por inércia, sempre postergando o início das contribuições<sup>128</sup>.

Dois últimos fatores, porém, parecem se destacar no âmbito da economia comportamental no que diz respeito à intensidade com que, devido a suas peculiaridades, são capazes de induzir as escolhas irracionais em heurística dos agentes. Trata-se das opções que envolvam efeitos diferidos no tempo ou substâncias que produzam efeitos viciantes.

Os melhores exemplos de opções que envolvem substâncias que provoquem efeitos viciantes dizem respeito ao consumo de produtos tais como o cigarro, as drogas e a *junk food*. Na atualidade, não se pode mais afirmar que a maioria dos consumidores de cigarro, drogas e *junk food* desconheçam as informações referentes aos danos que tais substâncias causam à saúde dos indivíduos que as consomem. Pelo contrário, a grande maioria dos agentes que optam por consumir tais substâncias sabe que o cigarro, as drogas e o excesso de *junk food* provocam, a médio/longo prazo, danos severos à saúde.

Desta forma, não se pode afirmar haver nos casos mencionados falha de mercado de “assimetria de informações”. Não se trata da situação em que o agente, embora atue de forma racional (dentro, portanto, do paradigma da racionalidade) e livre no mercado, é levado a adotar conduta danosa a seus próprios interesses em virtude de avaliação da relação de custo/benefício da conduta equivocada em razão da falta completa e em sentido estrito de informações pertinentes. Na presente situação, a rigor, o agente possui as informações necessárias para fazer uma correta avaliação da relação de custo/benefício da conduta e adotar postura que maximize seus próprios interesses. O agente possui a informação de que o consumo de cigarro, de drogas e de *junk food* apresenta como custo de tais condutas danos à saúde.

Nada obstante, para os defensores da economia comportamental, poder-se-ia afirmar que existe no caso do consumo dessas substâncias uma ação irracional em heurística, movida por impulsos psico-emocionais. Embora, a rigor, os agentes possuam as informações pertinentes, devido às peculiaridades fáticas sob exame, tais agentes seriam induzidos a atuar de forma impulsiva/irracional, não possuindo condições de bem utilizar essas informações em uma análise racional da relação de custo/benefício inerente à conduta a ser adotada.

---

<sup>128</sup> MADRIAN, Brigitte C. & SHEA, Dennis F.. “The Power of Suggestion: Inertia in 401 (k) Participation and Savings Behavior”. In *The Quarterly Journal of Economics*. 116 (4). 2001.



Mesmo que os agentes tenham perfeito conhecimento de que o cigarro, as drogas e a *junk food* apresentam como custo severos danos à saúde, o fato de tais substâncias provocarem vício sobre seus consumidores fará com que muitos de tais agentes optem pela conduta irracional de consumir as mesmas. Embora os agentes saibam que a relação custo/benefício aponta como conduta racional o não consumo de tais substâncias, muitos adotarão a conduta irracional de consumir as mesmas em decorrência de se encontrarem viciados.

No que diz respeito às ações irracionais em heurística induzidas em decorrência do fato de envolverem efeitos diferidos no tempo, os exemplos mais frequentemente citados se inserem no âmbito dos esforços poupadores presentes para fins de previdência ou seguridade futura<sup>129</sup>. Na atualidade, se questionados, praticamente todos os indivíduos adultos sabem que precisam poupar dinheiro no presente com vistas a garantir, no futuro, alguma espécie de previdência ou renda mínima. No que diz respeito à decisão macro acerca de poupar ou não poupar *at all*<sup>130</sup>, não se trata, portanto, de uma situação de falha de mercado de assimetria de informação.

Nada obstante, mesmo que os agentes tenham perfeito conhecimento de que a escolha por não poupar recursos no presente apresenta como custos severos danos futuros no que diz respeito à falta de qualquer espécie de previdência ou renda mínima, o fato de tal custo apresentar efeito temporal diferido dos benefícios da conduta fará com que muitos dos agentes optem pela conduta irracional de não poupar. Ocorre que os benefícios da conduta (poder simplesmente gastar todo o dinheiro sem ter que poupar o mesmo), no que diz respeito aos efeitos temporais, serão imediatos no presente. Os custos da conduta, entretanto, no que diz respeito aos efeitos temporais, serão sentidos apenas a longo prazo (quando do advento da velhice desamparada ou de uma situação de desemprego). Desta forma, embora os agentes saibam que a relação custo/benefício aponta como conduta racional o esforço poupador, muitos adotarão a conduta irracional de consumir imediatamente a integralidade de seus vencimentos.

---

<sup>129</sup> V. SHANE, Frederick. "Time Discounting and Time Preference: A Critical Review". In *Journal of Economic Literature*. V. 40. N. 2. 2002. V. tb. MADRIAN, Brigitte C. & SHEA, Dennis F.. "The Power of Suggestion: Inertia in 401 (k) Participation and Savings Behavior". In *The Quarterly Journal of Economics*. 116 (4). 2001.

<sup>130</sup> Pode haver, certamente, falha de mercado de assimetria de informações no que diz respeito à decisão micro de (uma vez certa a necessidade macro de poupar) em que investimento alocar os recursos poupados diante das especificidades do mercado financeiro.

Expostos os principais fatores<sup>131</sup> usualmente apontados pelos adeptos da economia comportamental como capazes de frequentemente induzir a tomada de escolhas irracionais em heurística pelos agentes econômicos, duas interessantes observações parecem pertinentes. Primeiramente, percebe-se claramente que a realização de uma escolha irracional em heurística por um agente econômico, a depender das peculiaridades da situação, pode decorrer não apenas de um, mas sim cumulativamente de alguns dos fatores acima expostos.

No caso mencionado do consumo de substâncias como o cigarro, as drogas e a *junk food*, por exemplo, a irracionalidade da escolha dos agentes pode ter sido induzida simultaneamente pelo fator “otimismo” (tais consumidores acreditam, por força de otimismo, que os riscos de eles próprios sofrerem danos de saúde são menores), pelo fator “efeitos diferidos no tempo” (tais consumidores levam a sério somente o benefício imediato decorrente do prazer do consumo de tais substâncias, sendo certo que os custos sobre a saúde somente serão sofridos em momento futuro) bem como pelo fator “substância viciante” (tais consumidores simplesmente não conseguem agir racionalmente por força do vício). No caso mencionado dos indivíduos que deixam de poupar, por sua vez, a irracionalidade dos agentes pode ter sido induzida simultaneamente pelo fator “efeito diferido no tempo” (tais agentes levam a sério somente o benefício imediato de poder gastar mais dinheiro, sendo certo que os custos de desamparo financeiro somente serão sofridos em momento futuro) bem como pelo fator “inércia” (tais agentes simplesmente não rompem com a inércia para começar a poupar).

A outra observação que parece pertinente é a de que a fronteira entre as situações de “ações irracionais em heurística” e as situações de “falha de mercado de assimetria de informações” é dinâmica e fluida. Explica-se.

Foi afirmado que atualmente praticamente todos os consumidores de cigarro já possuem a informação de que fumar provoca sérios danos à saúde. Desta forma, não se estaria diante de um caso de falha de mercado de assimetria de informação. Não seria o caso de se afirmar que, embora o agente atue racionalmente (dentro, portanto, do paradigma da racionalidade), sua conduta racional não atinge a maximização de seus melhores interesses em virtude de uma falha de mercado (falta de informação). Afirmou-se, neste sentido, que, para

---

<sup>131</sup> Uma vez expostos os principais fatores apontados pelos adeptos da economia comportamental como capazes de frequentemente induzir a tomada de escolhas irracionais em heurística pelos agentes econômicos, percebe-se claramente como os idealizadores das propagandas comerciais têm cada vez mais se utilizado dos conhecimentos da *behavior economics* e da psicologia social. O famoso slogan “\_ Pode ser PEPSI” nada mais é do que um reconhecimento do fato empírico de que as pessoas agem por inércia em comportamentos default e sempre pedem intuitivamente “COCA-COLA”. O slogan implícito, na verdade, é “\_ Saia da inércia, pode ser PEPSI”. Da mesma forma, falas como “\_ Tá todo mundo mudando pra TIM” ou “\_ Vem pra CAIXA você também” nada mais são do que o reconhecimento do fato empírico de que as pessoas agem em comportamento de manada.

os adeptos da economia comportamental, poder-se-ia vislumbrar no caso uma situação de ação irracional em heurística (fora, portanto, do paradigma da racionalidade). Mesmo possuindo as informações pertinentes para fins de realizar uma correta análise de custo/benefício envolvido na escolha para fins de maximizar seus próprios interesses, os indivíduos agiriam de forma não completamente racional.

Ocorre, entretanto, que a premissa exposta de que “atualmente praticamente todos os consumidores de cigarro já possuem a informação de que fumar provoca sérios danos à saúde” deve ser objeto de reflexão. Possuir ou não as informações pertinentes e necessárias à realização de uma escolha racional (o que pode, como visto, determinar se existe uma falha de mercado de assimetria de informações ou uma ação irracional em heurística) pode variar em tempo e espaço bem como de pessoa para pessoa. Mais que isto, “possuir uma informação” não é uma questão “*all or nothing*”, mas sim uma questão de grau.

No que diz respeito ao tempo, atualmente, pode ser verdadeira a afirmação de que a maioria dos fumantes já sabe dos males do cigarro, não havendo falha de mercado de assimetria de informação, mas sim eventual ação irracional em heurística. Décadas atrás, entretanto, certamente a maioria dos fumantes não sabia dos males do cigarro, havendo justamente falha de mercado de assimetria de informação, não se podendo imputar qualquer ação irracional aos agentes, já que ignoravam os males do cigarro.

Ademais, ainda que em um mesmo período temporal (na atualidade, por exemplo), convivem certamente simultaneamente pessoas que sabem e pessoas que não sabem dos males do cigarro. Desta forma, enquanto a opção das primeiras por fumar poderia eventualmente ser considerada ação irracional em heurística, a opção destas últimas rigorosamente pela mesma conduta (fumar) deveria ser considerada conduta racional em falha de assimetria de informações.

Por fim, não se trata de uma pessoa *tout court* ou saber todos os males do cigarro ou não saber nenhum de tais males. Diversas pessoas podem possuir, em distintos graus, conhecimentos maiores ou menores sobre os males do cigarro. A verdade é que o grau de conhecimento e de informações varia entre as diversas pessoas a depender principalmente do nível de instrução das mesmas.

No caso do consumo de cigarro, diante do diuturno excesso de informação que é disponibilizada nos dias de hoje, até se poderia presumir que a maioria dos fumantes atualmente de fato já possui razoável conhecimento acerca dos males do cigarro. As reflexões desenvolvidas, entretanto, se tornam extremamente sensíveis se transportadas para searas

como a do consumo de *junk food*. A maioria dos consumidores de *junk food* possui informações razoáveis acerca dos males causados pelo consumo excessivo não apenas de gorduras saturadas, mas também de níveis inadequados de sal? Da resposta conferida a esta indagação pode depender o diagnóstico de haver situação de falha de mercado de assimetria de informações (atuando os agentes dentro do paradigma da racionalidade) ou somente sendo possível a eventual caracterização de ação irracional em heurística.

### 1.3.3. A ponderada posição de AMARTYA SEN acerca da *Rational Choice Theory* bem como acerca das propostas contemporâneas da economia comportamental

Posição bastante ponderada acerca das propostas contemporâneas de relativização das premissas da *Rational Choice Theory* é exposta por AMARTYA SEN<sup>132</sup>. O economista bem destaca que, em verdade, diversos economistas já constataram empiricamente que o dogma da *RCT* muitas vezes não corresponde à verdade dos fatos. É um fato inconteste o de que frequentemente os indivíduos não agem de forma racional com o intuito de simplesmente maximizar seus próprios interesses. Nada obstante, SEN destaca que a maioria dos economistas, ainda que verifique a inconsistência do dogma exposto, acaba por não romper com a *RCT* com medo de que tal rompimento resulte na premissa oposta de que toda e qualquer conduta humana seja irracional e, portanto, imprevisível e incontrolável.

AMARTYA SEN, neste ponto, propõe uma distinção entre “*rational choice*” (escolha racional) e “*Rational Choice Theory-RCT*” (Teoria da Escolha Racional). SEN destaca que o conceito de “escolhas racionais” oferecido pela “Teoria da Escolha Racional-RCT” é bastante reducionista e equivocado. SEN destaca ser possível que se adote uma concepção segundo a qual um indivíduo tenha realizado “escolha racional”, voluntária, autônoma e consciente, ainda que tal escolha não tenha sido no sentido de buscar a maximização de seu próprio interesse individual bem como ainda que tenha sido influenciada em alguma medida por fatores psicológicos, emocionais, morais e culturais.

Neste sentido, segundo a concepção de SEN, é perfeitamente possível que um indivíduo realize uma “escolha racional” ao praticar um ato altruísta. Segundo SEN, as escolhas dos indivíduos são muitas vezes evidentemente influenciadas por emoções, valores morais, políticos e outros fatores. Da mesma forma, tais escolhas podem muitas vezes não

---

<sup>132</sup> V. SEN, Amartya. *The Idea of Justice*. New York: Penguin Books. 2010.

buscar a maximização dos interesses do próprio agente. Segundo a “Teoria da Escolha Racional-RCT”, tais escolhas deveriam necessariamente ser consideradas “irracionais”. Mais que isto, em tese, tais escolhas nunca seriam realizadas pelos indivíduos, eis que pela RCT os indivíduos sempre agem racionalmente e com o intuito de maximizar seus próprios interesses. Para a concepção de SEN, por outro lado, ainda que influenciada por valores morais e emoções, bem como destinada a fins altruístas, uma escolha pode ser classificada como “racional”. A única diferença, segundo SEN, é que, quando um indivíduo age egoisticamente com o intuito apenas de maximizar seus próprios interesses, fica mais evidente que sua escolha foi racional, enquanto que, quando um agente age de forma altruísta, o escrutínio deverá ser maior para se confirmar que a escolha do agente foi realmente racional.

A saber, para SEN, embora seja um fato empírico evidente o de que os homens frequentemente agem de forma altruísta movidos por impulsos, emoções, fatores psicológicos, morais e políticos, não necessariamente tais ações devem ser consideradas irracionais. Não necessariamente tal fato empírico deve ser objeto de censura pelas instituições estatais com o intuito de impor aos indivíduos opções “puramente racionais”, egoísticas e despidas de toda e qualquer interferência psíco-emocional. Tais opções podem ser consideradas racionais, ainda que sejam altruístas e influenciadas por fatores psíco-emotivos. A questão, segundo SEN, é submeter as opções em tela a um escrutínio mais rigoroso para que se confirme que as mesmas são realmente autônomas. No entender de SEN, as ações e escolhas tomadas sob influências psíco-emotivas bem como aquelas destinadas a um fim altruísta possuem apenas uma chance maior de serem irracionais (o que não significa que o sejam).

#### **1.4. As variáveis regulatórias sobre as quais pode recair a regulação**

Foi definido anteriormente o instituto da regulação como o direcionamento ou mesmo o controle da conduta de agentes com o intuito de ser atingida determinada finalidade. Tal direcionamento, tal qual exposto, pode consistir em uma proibição, uma restrição, uma disciplina, um desincentivo ou mesmo um incentivo à adoção de determinada conduta. Porém, qual a estrutura interna que compõe a regulação quando de tal direcionamento ou controle de condutas dos agentes com o intuito de atingir determinada finalidade? Que elementos constitutivos da estrutura regulatória poderiam ser sistematizados? Como se operacionaliza e

funciona a regulação? Mais que isto, quando seria possível afirmar que a regulação estatal fracassou sob um viés da economia? Quais seriam as razões para tal fracasso em uma ótica econômica? Cabe enfrentar tais questões.

Retome-se a definição de regulação em sentido amplo adotada pela presente tese: trata-se do direcionamento ou controle da conduta de agentes com o intuito de que seja atingida determinada finalidade. Podem-se identificar, portanto, dois elementos basilares constitutivos da estrutura interna de toda e qualquer regulação: (i) uma medida regulatória (imposta pelo ente regulador ao agente regulado) e (ii) uma finalidade (cujo atingimento é pretendido pelo ente regulador ao impor a medida regulatória ao agente regulado).

A (i) medida regulatória adotada e a (ii) finalidade pretendida devem se encontrar ligadas por um nexo de causalidade e adequação. A saber, deve existir uma relação de causa e efeito entre a medida regulatória adotada (causa) e a finalidade pretendida (efeito). A adoção da medida regulatória deve se apresentar como causa adequada que tenha como efeito pragmático no mundo dos fatos o atingimento da finalidade desejada.

Por um lado, no que diz respeito ao segundo elemento constitutivo da estrutura interna das regulações, a finalidade última a ser atingida pela regulação sob a ótica da economia já foi amplamente exposta acima. Os economistas buscam com a regulação estatal corrigir as falhas do mercado ou as ações irracionais por heurística para que seja atingida como finalidade a produção e alocação mais eficiente de riqueza, bens e serviços, sendo alcançada a máxima satisfação dos interesses dos indivíduos do mercado. Lembre-se que os economistas geralmente<sup>133</sup> não se preocupam em discutir qual seria um sistema “correto” ou “justo” de alocação de recursos entre os indivíduos da sociedade. Em um corte epistemológico, os economistas geralmente partem da premissa de que se deve buscar a maximização da eficiência e da riqueza social, sendo atingido o maior somatório de satisfação dos interesses individuais no mercado. Partindo de tal premissa, sendo esta a finalidade a ser atingida, o objeto que a ciência econômica se propõe, na maior parte das vezes, é o de estudar as leis de causa e efeito que naturalmente regem o mercado, o de estudar as leis de causa e efeito que

---

<sup>133</sup> Acerca do corte epistemológico realizado pela maioria dos economistas sobre o objeto da ciência econômica bem como acerca de a maioria dos economistas adotar como objetivos-premissas a serem atingidos a maximização da riqueza social e o maior somatório de interesses individuais, v. Capítulo I.3 *supra*. Em tal ocasião, apontou-se como honrosa exceção o pensamento do economista AMARTYA SEN. Neste sentido, v. SEN, Amartya. *Development as Freedom*. New York: Alfred A. Knopf. 2001. V. tb. SEN, Amartya. *The Idea of Justice*. New York: Penguin Books. 2010.

Em ampla medida, ao questionar a legitimação da regulação estatal em uma perspectiva jurídico-moral, a Parte II da presente tese enfrentará a correção das mencionadas premissas-objetivos adotadas pela maioria dos economistas (maximização da riqueza social e maior somatório de satisfações de interesses) à luz da concepção de filosofia político-moral e de teoria da justiça entendida como mais adequada.

explicam a atuação dos agentes individuais no mercado (em especial a lógica da ação individual geralmente racional movida por incentivos de maximizar seus próprios interesses) bem como o de propor mecanismos capazes de alterar os resultados que seriam naturalmente alcançados pelo mercado quando estes não corresponderem à finalidade/premissa de maximização da riqueza social buscada pelas correntes majoritárias da ciência econômica.

Por outro lado, no que diz respeito ao primeiro elemento constitutivo da estrutura interna das regulações, as medidas regulatórias adotadas para fins de atingimento das finalidades buscadas correspondem precisamente a grande parte do objeto de estudo da economia. Tomando a maioria dos economistas por premissa qual a finalidade a ser atingida (a maximização da eficiência, da riqueza social e do somatório de satisfações de interesses individuais), a grande preocupação da ciência econômica via de regra consiste em indagar quais medidas regulatórias serão adequadas e pragmaticamente eficientes a alcançar tais finalidades (nos casos em que o atuar livre dos agentes não possa atingir esse objetivo naturalmente ou por força de falhas de mercado ou por força de comportamentos irracionais em heurística, havendo legitimação da regulação sob um viés econômico).

A depender do autor, as medidas regulatórias podem recair sobre diversas “variáveis regulatórias”. W. KIP VISCUSI, por exemplo, afirma haver três variáveis chaves na regulação. Em sua opinião, estas seriam (i) o preço, (ii) a quantidade e (iii) o número de agentes. Admite o autor citado ainda como variáveis, mas de forma menos freqüente, a qualidade e o investimento<sup>134</sup>. Fato é que as principais “variáveis regulatórias” que poderiam ser destacadas são as seguintes: (A) os “preços”, (B) a “entrada”, (C) a “qualidade”, (D) a quantidade, (E) a “informação” e (F) o “banimento”.

Cada diferente variável regulatória pode se prestar a combater distintas espécies de falhas de mercado ou de ação irracional em heurística. Mais do que isto, até a utilização de uma mesma variável regulatória, dependendo dos diferentes sentidos em que for manuseada, poderá se prestar a combater distintas falhas de mercado ou ações irracionais em heurística. O importante, tal qual exposto, é que (i) a medida/o meio regulatório adotado (que recairá sobre uma das variáveis regulatórias) apresente nexos de causalidade para alcançar a (ii) finalidade de solucionar a falha de mercado ou ação irracional em heurística combatida pela regulação. A medida regulatória deve adotar meio (que recairá sobre uma das variáveis regulatórias) que resista à etapa da adequação do princípio da proporcionalidade, sendo causa eficiente pragmaticamente para atingir no mundo dos fatos a finalidade regulatória perseguida.

---

<sup>134</sup> VISCUSI, W. KIP. *Economics of Regulation and Antitrust*. MIT Press. 2005.

Eis a grande contribuição que a ciência econômica, devido ao objeto de estudo que se propõe nos termos mencionados, tende a oferecer. Tratando-se de ciência destinada, tal qual exposto, precisamente a estudar as leis de causa e efeito no funcionamento do mercado natural bem como quais os instrumentos que poderiam ser utilizados para direcionar tais resultados quando os mesmos sejam considerados indesejados, a economia apresenta imenso potencial no fornecimento de instrumental pertinente à preocupação com a efetividade pragmática e a adequação das medidas regulatórias adotadas. O instrumental teórico da ciência econômica, neste ponto, possui grande valia ao apresentar quais mecanismos deverão ser utilizados nas diferentes situações fáticas com o intuito de serem alcançadas as finalidades perseguidas. Enfim, o instrumental teórico da ciência econômica será essencial na estruturação de qualquer medida regulatória que pretenda resistir à etapa da adequação do princípio da proporcionalidade, indicando quais meios regulatórios (incidindo sobre quais variáveis regulatórias) deverão ser adotados pelas medidas regulatórias para que sejam atingidas as finalidades regulatórias especificamente perseguidas.

#### 1.4.1. Regulação de “preços”

A medida regulatória que recai sobre a variável do “preço”, como intuitivo, consiste no direcionamento ou controle da conduta dos agentes no que diz respeito ao preço cobrado pelos mesmos no mercado para o oferecimento de determinado produto ou serviço. Afirma W. KIP VISCUSI<sup>135</sup> que o controle de preços deve sempre buscar que a empresa regulada receba lucros na medida normal.

Não se trata de supressão da lucratividade da atividade, sob pena de perda de incentivo à sua prestação. Até mesmo porque seria um equívoco acreditar-se que a regulação desta variável ocorreria tão somente com a fixação de um patamar máximo de preços, limitando apenas o aumento de preço cobrado pelo agente. Em verdade, ao recair sobre tal variável, a medida regulatória pode direcionar ou controlar a conduta do agente no sentido de adotar um preço mínimo, um preço máximo, uma margem com patamares mínimo e máximo, ou, por fim, mesmo um preço fixo e exato tabelado. O sentido em que a variável regulatória dos preços será utilizada dependerá precisamente da espécie de falha de mercado ou de ação irracional por heurística que se pretende combater com a regulação.

---

<sup>135</sup> VISCUSI, W. KIP. *Economics of Regulation and Antitrust*. MIT Press. 2005.



A utilização da variável dos preços para fixação pela medida regulatória de um preço mínimo ao agente, por exemplo, apresenta-se como interessante instrumento no combate de condutas anticompetitivas quando a livre concorrência seja faticamente possível e desejável. Caso se esteja diante de um mercado que comporte competição, não se tratando de um caso de mercado naturalmente não competitivo, foi exposto que a livre concorrência tende a ser benéfica. Isto porque, pela lógica dos incentivos, diante da concorrência, os agentes do mercado tenderão a produzir resultados mais eficientes, reduzindo os custos e aumentando a qualidade/benefícios dos produtos e serviços. Neste cenário em que a livre concorrência se apresente benéfica, a conduta anticompetitiva do *dumping* poderá ser combatida através da fixação de preços mínimos.

Imagine-se o caso em que um grande supermercado compete com uma pequena padaria de esquina. Presuma-se que o custo de fabricação de uma unidade do tradicional pãozinho francês seja o de R\$ 0,50 (cinquenta centavos). Evidentemente, quando da venda do pãozinho aos consumidores, os comerciantes devem cobrar um valor mínimo superior ao de R\$ 0,50 para que obtenham lucro na atividade. O dono da padaria, por exemplo, opta por cobrar R\$ 0,60 na venda do pãozinho, lucrando R\$ 0,10 por unidade.

Suponha-se agora que o grande supermercado, interessado em dominar completamente o mercado consumidor do bairro, adote a estratégia de vender cada pãozinho por R\$ 0,40. Tendo-se em vista que o custo de produção do pãozinho é o de R\$ 0,50, evidentemente o próprio supermercado estará tendo prejuízo na atividade específica de venda do pãozinho a R\$ 0,40. Nada obstante, pertencendo a uma forte cadeia empresária francesa de supermercados, com amplo capital de giro em caixa, o estabelecimento pode suportar tranquilamente três meses de prejuízo nesta atividade específica de venda do pãozinho.

O resultado será o de que, durante estes três meses, todos os consumidores da região irão comprar seus pãezinhos no referido supermercado, eis que apresentará um preço bem mais baixo do que os R\$ 0,60 cobrados pela padaria da esquina. Como consequência, a padaria da esquina será obrigada a fechar suas portas. Sendo um pequeno estabelecimento, com pouco capital de giro em caixa, a padaria não poderá agüentar três meses a vender seus pãezinhos por preço deficitário. Por fim, tão logo que a padaria da esquina tenha fechado as portas, diante da inexistência de competição que o incentive a buscar a eficiência (com menores custos e melhor qualidade), o supermercado poderá passar a cobrar extorsivos R\$ 0,90 por unidade do pãozinho.

Perceba-se, inclusive, que o grande supermercado, a rigor, nem mesmo estará tendo prejuízo como um todo em suas atividades durante os três meses em que estiver praticando o *dumping*. O estabelecimento estará tendo prejuízo unicamente na atividade específica da venda de pãezinhos em preço abaixo de seu custo de produção. Nada obstante, devido ao aumento do número de clientes na loja (atraídos pela propaganda do valor irrisório do pãezinho), o estabelecimento provavelmente inclusive aumentará seu lucro geral ao incrementar a venda das demais mercadorias (por exemplo, produtos de limpeza, biscoitos, leite, carne, e quaisquer outros bens à venda em um supermercado)!

Ora, tal conduta anticoncorrencial adotada pelo supermercado produz efeitos extremamente indesejados. Sendo certo que a venda de pãezinhos é um mercado que comporta a competição, não se tratando de mercado naturalmente não competitivo, a livre concorrência apresenta-se como desejável instrumento de incentivo ao alcance da eficiência. Por tal razão, a prática do *dumping*, nociva à manutenção da desejável e possível competitividade do mercado em tela, pode ser combatida através de regulação que recaia sobre a variável preço, consistindo a medida regulatória na fixação de um preço mínimo. A fixação de um preço mínimo pela regulação, neste caso, terá o condão de impedir a prática de preços deficitários típica do *dumping*.

Outra situação em que se pode utilizar a variável regulatória em questão para fins de fixação de um preço mínimo é aquela em que se esteja diante de problema de coordenação em sentido lato consistente no excesso de concorrência em relação ao nível de competitividade suportável pelo setor do mercado. A saber, em havendo um excesso de agentes prestadores de determinada atividade, a livre concorrência pode deixar de ser benéfica (como incentivo à busca de eficiência e que evite a cobrança de preços extorsivos ao consumidor) para representar o completo fim da lucratividade do setor (ao implicar que os agentes, diante do excesso de competição, cobrem preços tão baixos que não possam sustentar a atividade ou ao menos não possam sustentar a atividade com condições mínimas de investimentos em qualidade).

Imagine-se o caso da tabela de honorários fixada pela Ordem dos Advogados do Brasil-OAB, por exemplo. Tal tabela contém valores mínimos que os advogados devem cobrar especificamente para cada ato da advocacia. Tal regulação, ao utilizar a variável regulatória para estabelecer preços mínimos, tem por intuito combater um problema de coordenação em sentido amplo entre os inúmeros advogados. A saber, em decorrência do excessivo número de advogados existentes, caso não existisse tal regulação, os advogados

poderiam se ver obrigados a aceitar valores insignificantes em virtude da disputa por clientes<sup>136</sup>.

Havendo uma quantidade de advogados superior àquela que seria comportada pelo mercado, a concorrência entre os mesmos poderia acarretar a cobrança de preços incapazes de fornecer uma remuneração digna a tais profissionais. Neste sentido, a fixação pela regulação de preços mínimos a serem cobrados tem o intuito de garantir uma remuneração digna a estes profissionais, combatendo uma falha de problema de coordenação em sentido lato consistente no excesso de competitividade.

Mas não são apenas os casos de falhas de mercado, ainda dentro do paradigma da racionalidade, que podem se apresentar como razões econômicas a justificar a existência de regulação estatal que recaia sobre a variável econômica do preço na vertente da fixação de preços mínimos. A existência de regulação estatal que recaia sobre a variável regulatória dos preços na modalidade de fixação de preços mínimos pode encontrar justificção econômica também, a depender do economista, no combate a casos em que verificada ação comportamental irracional por heurística.

Neste ponto, pode-se utilizar como exemplo o caso da regulação estatal sobre a venda de cigarros (ou de qualquer outra substância cujos efeitos nocivos à saúde já possam na atualidade ser presumidos de conhecimento da grande maioria dos consumidores<sup>137</sup>) sob o argumento de proteção à saúde dos próprios consumidores do produto<sup>138</sup>. A saber, ao se relativizar no caso concreto o paradigma econômico clássico da racionalidade, argumentando-se que, ao comprarem cigarros independentemente dos males causados pelos mesmos, os

---

<sup>136</sup> Acerca da razão de existência da tabela de honorários da OAB, a presente tese discorda da posição apresentada em RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico*. Rio de Janeiro: Renovar. 2011. Carlos Ragazzo entende que a razão de ser fixado um valor mínimo a título de honorários não seria a proteção dos próprios advogados através do recebimento de um valor justo, mas sim uma melhora nos serviços de advocacia. Carlos Ragazzo inclusive cita tal exemplo para fins de criticar a regulação em tela, por entender que a fixação de honorários mínimos não possui qualquer relação de causalidade com a melhora da qualidade dos serviços de advocacia.

A presente tese concorda com Carlos Ragazzo no que diz respeito à afirmação de que a fixação de honorários mínimos não possui relação com a melhora dos serviços de advocacia. Nada obstante, entende a presente tese que a razão de existência da regulação em tela, ao fixar honorários mínimos, é a de garantir um sustento digno aos advogados.

<sup>137</sup> Caso o exemplo envolvesse substância cujos efeitos nocivos à saúde não fossem de conhecimento do consumidor, não se trataria de situação de ação irracional em heurística. Estar-se-ia diante de ação racional (ainda dentro do paradigma econômico clássico da racionalidade) tocada por falha de mercado da assimetria de informação.

<sup>138</sup> Se discute no presente momento a regulação sobre o consumo de cigarro exclusivamente com fulcro no argumento de proteção à saúde do próprio consumidor. Desta forma, o argumento em tela somente pode encontrar fundamento para fins de legitimação econômica no combate à ação irracional em heurística.

Caso examinada a regulação sobre o consumo de cigarro com fulcro no argumento de que os danos à saúde do consumidor, mediatamente, provocarão danos ao erário público, poder-se-ia vislumbrar um caso de legitimação da regulação sob viés econômico com base na existência de uma falha de mercado das externalidades negativas.

indivíduos não estariam agindo de forma racional e com o intuito de maximizar seus próprios interesses, mas sim em heurística e sob influências psico-emocionais, a regulação poderia combater os efeitos nocivos de tal irracionalidade através de uma regulação estatal de preços. Neste sentido, poderia a regulação impor preços mínimos abaixo dos quais os cigarros não possam ser comercializados, com o intuito de desestimular a compra dos mesmos.

Em situações diferentes, por outro lado, a variável regulatória do preço pode ser manejada justamente em sentido oposto: para fins de fixação de preço máximo. Tal caso é facilmente percebido nas hipóteses da exposta falha de mercado dos “mercados não competitivos” ou “monopólios naturais”.

Explicou-se acima que nos casos da falha dos mercados não competitivos a livre concorrência não é faticamente possível na busca dos melhores objetivos desejados. Em certas situações, para que determinada atividade seja explorada de forma satisfatória, o mercado não comporta a prestação simultânea da mesma por muitos agentes. Tratando-se de uma economia de escala acentuada, por exemplo, com enormes custos fixos a serem diluídos pelo prestador entre os consumidores, para que a atividade se torne economicamente viável, o mercado pode naturalmente gerar a concentração de todos os consumidores junto a um único ou poucos prestadores para que seja possível a diluição dos custos fixos a um patamar acessível.

Ocorre, entretanto, que, ainda que nestes casos um monopólio ou oligopólio seja necessário, não sendo desejável a livre concorrência, se encontrarão presentes os clássicos malefícios de uma prestação monopolista/oligopolista. A saber, o agente prestador, diante da inexistência de competição, não possuirá qualquer incentivo a buscar a eficiência. Tenderá a prestar serviços de baixa qualidade bem como a cobrar preços extorsivos pelos mesmos. Neste caso, embora não seja possível a inserção de competição no mercado em tela, o efeito indesejado do mercado naturalmente não competitivo consistente na cobrança de preços extorsivos poderá ser combatido através de regulação que recaia sobre a variável regulatória do preço, consistindo desta vez na fixação de um patamar máximo.

Podem-se encontrar igualmente situações em que a variável em tela seja utilizada simultaneamente para fins de fixação de preço mínimo e máximo. Mais ainda, as peculiaridades do mercado podem ser tantas que a variável regulatória dos preços se encontre mesmo sujeita a um tabelamento. Um bom exemplo seria o dos taxistas, cuja atividade é remunerada através de preço tabelado pelo taxímetro. Tratando-se de mercado sujeito a condições completamente antagônicas, as falhas de mercado a serem combatidas pela regulação serão igualmente diversas a depender da situação.

Imagine-se um primeiro cenário: em pleno dia útil da semana (por exemplo, uma terça-feira), às 15:00 horas, a maioria das pessoas se encontra em pleno expediente de trabalho. As ruas estão desertas. Neste momento, diante dos poucos consumidores nas calçadas a acenar, pode-se afirmar existir um excesso de taxistas parados no ponto. Haveria, portanto, uma falha de mercado de problema de coordenação em sentido lato, no sentido de que os taxistas poderiam se ver obrigados a aceitar valores ínfimos pelo serviço sob pena de perda dos clientes. Necessária seria, portanto, uma regulação que fixasse preço mínimo para o serviço.

Imagine-se agora cenário completamente diverso, pelo qual quase todos os cidadãos fluminenses já passaram: retornando de viagem internacional, no aeroporto do Rio de Janeiro, Mariano e Vera se dirigem ao ponto de táxi ansiosos por chegar em casa. São surpreendidos, entretanto, pelo taxista, que pretende lhes cobrar mais de cem reais para levá-los até o Leblon. Mesmo sabendo que os clientes são cariocas e têm conhecimento que o valor justo pelo serviço é a metade daquele cobrado, o taxista opta por tal conduta diante do oligopólio momentaneamente estabelecido no local. A saber, por qualquer razão desconhecida, somente poucos taxistas têm acesso à saída do desembarque, havendo excesso de clientes em relação ao número de taxistas. Neste caso, portanto, necessária seria uma regulação que fixasse preço máximo para o serviço.

Por fim, interessante observação é feita por W. KIP VISCUSI<sup>139</sup> a respeito da dinâmica flutuante dos patamares de regulação da variável preço. Com o aumento dos custos, os entes reguladores devem aumentar o patamar fixado para os preços no intuito de não extinguir a margem de lucro do produtor. Em sentido inverso, com o surgimento de novas tecnologias, deve o patamar fixado para os preços ser reduzido, tendo-se em vista o menor custo de produção e necessidade de alocar os benefícios da maior produtividade também em prol de toda a coletividade.

#### 1.4.2. Regulação de “entrada”

A variável regulatória da “entrada” refere-se ao estabelecimento de requisitos qualitativos ou quantitativos a determinar que agentes (ou quantos agentes) poderão iniciar a exploração de determinada atividade. Por um lado, tal variável pode estabelecer requisitos que

---

<sup>139</sup> VISCUSI, W. KIP. *Economics of Regulation and Antitrust*. MIT Press. 2005.

deverão ser preenchidos pelo agente que pretenda explorar determinada atividade. Por outro, pode tal variável estabelecer um número máximo de agentes que poderão atuar no setor.

Os casos mais freqüentes de utilização da variável regulatória da “entrada” são aqueles em que haja excesso de agentes prestadores de determinada atividade diante da competitividade que seja faticamente suportável pelo setor do mercado. O excesso de prestadores além da competitividade suportável pode tanto gerar a impossibilidade de prestação da atividade em qualidade minimamente satisfatória (por falta de recursos para investimento) bem como o não recebimento de lucros mínimos pelos prestadores.

Em certas situações, não bastará uma regulação que fixe preço mínimo com o intuito de garantir lucros mínimos aos prestadores para resolver uma falha de problemas de coordenação em sentido lato e evitar uma disputa de preços suicida entre os agentes. Por vezes, o excesso de prestadores pode ser tão grande que, mesmo havendo um preço mínimo fixado para a prestação, os consumidores estarão excessivamente pulverizados. Haverá pouco serviço a ser prestado por cada agente. Para que a atividade se tornasse lucrativa apenas com a regulação da variável preço, neste cenário, o preço mínimo fixado deveria ser tão excessivamente elevado que seria mesmo inacessível aos consumidores. Necessária será, portanto, uma regulação que reduza o excesso de prestadores a atuar no mercado, permitindo que os retornos sejam suficientes para viabilizar investimentos mínimos em qualidade bem como para garantir lucros e remuneração dignos ao agente.

Exatamente esta a função principal da regulação que recaia sobre a variável regulatória da “entrada”. Quando o mercado, diante da impossibilidade fática de competitividade, ainda não tenha naturalmente eliminado o excesso de prestadores gerando um monopólio ou oligopólio natural, poderá a regulação fazê-lo. Neste sentido, a regulação poderá combater a falha de mercado dos “problemas de coordenação em sentido lato” consistente na existência de uma disputa de preço suicida entre os prestadores, que, competindo pelos clientes, não poderão obter lucros nem os recursos necessários a investir o mínimo em qualidade. Deverá a regulação de entrada, portanto, delimitar a quantidade máxima de agentes que o mercado em tela comporta para que a prestação seja desempenhada com eficiência.

A falha de mercado dos problemas de coordenação em sentido amplo consistente em disputas suicidas geradas pelo excesso de competitividade não é o único caso em que a variável da entrada pode se apresentar adequada. Outra falha de mercado dos problemas de coordenação em sentido lato em que a regulação de entrada pode se apresentar bastante útil é o caso em que bens públicos são afetados pelo excesso de agentes (casos em que o “custeio”

do bem público exigiria a abstenção de agentes). São os exemplos claros dos engarrafamentos e da poluição no trânsito.

A boa circulação dos veículos pelas ruas da cidade, sem congestionamentos, poderia perfeitamente ser examinada sob a ótica dos bens públicos. A saber, todos os indivíduos se beneficiam da boa circulação de veículos, podendo individualmente se deslocar com menor perda de tempo, de combustível e de paciência. Para que seja possível tal boa circulação, as ruas não podem estar saturadas por um número de veículos superior àquele comportável. Para tanto, cada um dos indivíduos deverá contribuir para o atingimento do bem público pagando o seguinte preço: evitar utilizar em excesso seu veículo particular.

Ocorre, entretanto, que nenhum indivíduo em particular possui o interesse racional de reduzir a utilização de seu próprio veículo particular contribuindo para a manutenção do bem público “bom trânsito”. Pelo contrário, todos os indivíduos desejariam que apenas os demais agentes cessassem de utilizar seus veículos (o que já resolveria o problema do bem público), mantendo o conforto da utilização do próprio veículo. O pensamento de cada indivíduo é o de que “não será apenas o meu carro a mais que irá saturar o trânsito”. O resultado de tal problema de coordenação em sentido lato, como se sabe, é o de que nenhum agente contribuirá para a manutenção do bem público. Nenhum agente se absterá de utilizar seu veículo próprio, acarretando engarrafamentos quilométricos.

A lógica aplicável seria exatamente a mesma no caso da proteção do “meio ambiente no trânsito” como bem público. A saber, somente com o custeio de cada um dos agentes (consubienciado na redução da utilização dos veículos de que são proprietários) é possível a redução da poluição sonora e atmosférica decorrentes do excesso de veículos. Nada obstante, nenhum indivíduo possui interesse em deixar de utilizar seu veículo particular.

A solução encontrada em São Paulo para proteger os “bens públicos” “boa circulação do trânsito” e “redução da poluição” foi precisamente uma regulação sobre a variável da entrada. Estabeleceu-se um rodízio conforme o número final das placas dos carros, retirando o excesso de veículos que circulavam nas ruas.

#### 1.4.3. Regulação de “qualidade”

A regulação da qualidade estabelece critérios, balizamentos e padrões de exigência dentro dos quais a atividade deve ser prestada. Trata-se de variável regulatória que pode ser

utilizada na resolução das mais diversas falhas de mercado bem como de ações irracionais em heurística.

Primeiramente, pode a variável regulatória ser utilizada para fins de combate aos efeitos negativos decorrentes da falha de mercado dos “mercados naturalmente não competitivos”. Tal qual já amplamente exposto, em mercados em que existe competitividade os agentes possuem naturalmente estímulo a buscar a máxima eficiência. A saber, em decorrência da disputa por clientes, buscam prestar serviços e produtos tanto a preço baixo quanto com qualidade alta.

Tal incentivo à busca pela eficiência, entretanto, não se encontra presente nos casos de mercados naturalmente não competitivos. Diante da inexistência de competitividade, o agente prestador tende a buscar lucros extorsivos, cobrando preços elevados por produtos e serviços de baixa qualidade.

No que diz respeito aos preços excessivos, já foi afirmado acima que nos casos de monopólio natural a regulação da variável dos preços pode ser manejada para fins de fixação de preço máximo. A regulação unicamente desta variável, entretanto, provavelmente não se apresentará suficiente para combater todos os malefícios inerentes ao regime não competitivo naturalmente decorrente do mercado. Caso a regulação simplesmente imponha um preço máximo ao agente, este pode optar por deixar completamente de investir na qualidade de sua prestação (reduzindo os custos) com o intuito de novamente obter lucros monopolísticos extorsivos. Diante da ausência de competitividade, os clientes não terão outra opção à qual se socorrer. Por tal razão, a regulação da variável da qualidade pode se apresentar como instrumento essencial nos casos da falha de mercados naturalmente não competitivos.

Além dos casos de mercados naturalmente não competitivos, também a falha de mercado das externalidades negativas pode ensejar uma regulação que recaia sobre a variável da qualidade. Conforme já analisado, a falha das externalidades negativas diz respeito aos efeitos negativos que determinada conduta provoca sobre indivíduos terceiros completamente estranhos à relação em que tenha sido realizada a opção pela conduta em questão. Ou seja, o agente que adota a conduta recebe tão somente os benefícios decorrentes da mesma, “externalizando” para terceiros os malefícios ensejados pela conduta.

A regulação da variável qualidade pode impor ao agente que, ao prestar a atividade explorada, obedeça a determinados requisitos, critérios, procedimentos e padrões que tenham como consequência evitar ou minimizar os efeitos negativos decorrentes da conduta e que anteriormente seriam suportados por terceiros. Provavelmente, o atendimento pelo agente de



tais requisitos, critérios, procedimentos e padrões de qualidade ensejará um aumento dos custos que deverão ser suportados para a exploração da atividade. Não haverá nada de errado neste aumento de custos a serem suportados pelo agente. Pelo contrário, a idéia é precisamente a de que o próprio agente explorador da atividade deva simultaneamente arcar com os malefícios/custos bem como recolher os benefícios decorrentes da mesma, possibilitando uma correta avaliação da relação de custo/benefício da atividade (avaliação essa que era deturpada pela falha das externalidades negativas). Neste sentido, a regulação da variável da qualidade, nestes casos, terá o condão de “internalizar” os custos decorrentes da conduta adotada pelo agente.

Por fim, ainda dentro do paradigma da racionalidade, também a falha de mercado da assimetria de informações pode ser corrigida ou atenuada pela regulação da variável da qualidade. Ocorre que, muitas vezes, os consumidores de determinado produto ou serviço não conseguem corretamente dimensionar a relação custo/benefício do consumo em razão de não possuírem todas as informações que seriam necessárias para tanto. Muitas vezes, por falta de conhecimentos técnicos, os consumidores não conseguem compreender que determinados requisitos de qualidade seriam imprescindíveis.

Exemplo de regulação da variável qualidade em decorrência da falha de mercado da assimetria de informações é o da imposição estatal de que os veículos automotores sejam fabricados com determinados equipamentos de segurança. Imagine-se que existam dois sistemas diferentes de freios. Seja lá qual a razão técnica, fato é que um dos sistemas, embora mais caro, é o único minimamente seguro, sendo certo que o outro sistema, um pouco mais barato, aumenta em 200% os riscos de capotagem. Somente um mecânico, um técnico ou mesmo um engenheiro provavelmente sejam capazes de adquirir completamente a informação complexa que explica porque determinado sistema de freio é muito mais seguro do que outro.

Neste caso, talvez não fosse suficiente uma regulação que obrigasse a fabricante de carros a explicar a diferença entre os dois sistemas de freios aos consumidores. Talvez o simples oferecimento de tal informação não fosse suficiente para suprir a assimetria de informações. Talvez a matéria seja tão técnica que somente pessoas que tenham feito uma faculdade em engenharia ou um curso técnico em mecânica possam absorver tal informação. Enfim, o oferecimento da informação necessária para que o consumidor possa corretamente dimensionar a relação de custo/benefício pode ser tão cara que simplesmente impossibilitasse a atividade. Neste sentido, a depender da complexidade e custo das informações pertinentes, a

qualidade pode ser a variável regulatória mais adequada a resolver a falha de assimetria de informações.

CARLOS RAGAZZO<sup>140</sup> oferece outro bom exemplo em que a variável da qualidade pode ser manejada em virtude da existência da falha de mercado da assimetria de informações: a revenda de combustíveis pelos postos de gasolina no varejo. Tendo-se em vista que o consumidor comum que busca abastecer seu carro em um posto de gasolina não possui a capacidade técnica para avaliar a qualidade do combustível oferecido (muito menos as implicações mecânicas do mesmo sobre o veículo), a regulação estatal pode impor determinado padrão mínimo de qualidade a ser obedecido pelos postos.

Mas não são apenas os casos de falhas de mercado, ainda dentro do paradigma da racionalidade, que podem se apresentar como razões econômicas a justificar a existência de regulação estatal que recaia sobre a variável econômica da qualidade. A existência de regulação estatal que recaia sobre a variável regulatória da qualidade pode encontrar justificção econômica também, a depender do economista, no combate a casos em que verificada ação comportamental irracional por heurística.

Novamente pode-se utilizar como exemplo o caso da regulação estatal sobre a venda de cigarros (ou de qualquer outra substância cujos efeitos nocivos à saúde já possam na atualidade ser presumidos de conhecimento da grande maioria dos consumidores) sob o argumento de proteção à saúde dos próprios consumidores do produto. A saber, ao se relativizar no caso concreto o paradigma econômico clássico da racionalidade, argumentando-se que, ao comprarem cigarros independentemente dos males causados pelos mesmos, os indivíduos não estariam agindo de forma racional e com o intuito de maximizar seus próprios interesses, mas sim em heurística e sob influências psico-emocionais, a regulação poderia combater os efeitos nocivos de tal irracionalidade através de uma regulação estatal de qualidade. Neste sentido, poderia a regulação impor que os cigarros a serem comercializados contenham filtro bem como patamares máximos de determinadas substâncias nocivas à saúde.

Por fim, uma última ressalva é apresentada acerca da variável da qualidade por W. KIP VISCUSI<sup>141</sup>. Explica o autor que, embora admita a qualidade como uma variável passível de instrumentalizar a regulação, tal deva ser feito tão somente de forma secundária. Segundo o autor, possui esta variável problema atinente a um excessivo grau de subjetividade. A

---

<sup>140</sup> RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico*. Rio de Janeiro: Renovar. 2011.

<sup>141</sup> VISCUSI, W. KIP. *Economics of Regulation and Antitrust*. MIT Press. 2005.

mesma não se submeteria a controles matemáticos - e, portanto, objetivos entre regulador e empresa regulada -, ao contrário, por exemplo, da fixação de preços e quantidades.

#### 1.4.4. Regulação de “quantidade”

A variável regulatória da quantidade, como o nome antecipa, se refere ao montante de produtos ou serviços cuja prestação será permitida ou imposta ao agente pela regulação.

Uma das funções da regulação que recaia sobre tal variável pode ser a fixação de uma quantidade mínima a ser prestada pelo agente com o intuito de evitar uma crise de desabastecimento decorrente da falha de mercado dos mercados naturalmente não competitivos quando o setor já esteja simultaneamente sendo objeto de incidência de regulação sobre as variáveis dos preços e da qualidade. Explica-se.

Foi afirmado acima que, em um regime de exploração monopolístico/oligopolístico, o agente econômico tende a prestar a atividade com baixa qualidade e a preços extorsivos. Ocorre que, nos casos da falha dos mercados naturalmente não competitivos, seria faticamente inviável qualquer tentativa de reinserção de livre concorrência no setor. Por um lado, foi exposto que a variável regulatória dos preços poderá ser utilizada para determinar um patamar máximo que poderá ser cobrado nos casos de mercados não competitivos. Nada obstante, o mercado sempre tende a se adaptar às regulações estatais que lhe são impostas. Desta forma, tendo a regulação fixado um patamar máximo de preço que possa ser cobrado pelo agente, este, com o intuito de manter exatamente a mesma margem de lucro anterior, poderá passar a prestar produtos ou serviços de menor qualidade, reduzindo seus custos com investimentos. Outrossim, por outro lado, foi exposto que a variável regulatória da qualidade poderá igualmente ser utilizada para determinar padrões que deverão ser obedecidos pelos agentes nos casos de mercados não competitivos.

A questão, entretanto, pode permanecer complexa. Caso a regulação estatal incida simultaneamente sobre as variáveis dos preços e da qualidade, pode surgir um problema de desabastecimento. Imposto ao agente que ele deve custear investimentos altos para prestar atividade de qualidade (devido à regulação da variável regulatória da qualidade) bem como que o mesmo deve respeitar um patamar máximo de preços a serem cobrados do consumidor (devido à regulação da variável regulatória dos preços), o agente pode simplesmente decidir não prestar a atividade *at all*, gerando uma crise de desabastecimento.

Tal cenário foi presenciado no Brasil no setor pecuário durante os planos econômicos do governo do presidente JOSÉ SARNEY. Como se sabe, os planos econômicos de tal governo, entre outras medidas, estabeleceram um tabelamento de preços compulsório, com o intuito de controlar a inflação galopante da época. Veja-se o que ocorreu no setor pecuário. Pelo lado da qualidade, os agentes não podiam fugir dos investimentos mínimos necessários à vacinação do rebanho, correta conservação da carne e todo tipo de preocupação com a saúde pública e com a vigilância sanitária. Pelo lado do preço, porém, não mais poderiam cobrar valor que oferecesse um retorno de seu interesse. O que fizeram? Pararam de produzir ou reduziram drasticamente a produção.

A regulação sobre a variável da quantidade, desta forma, ao determinar uma quantidade mínima do serviço ou do produto a ser prestada, pode se apresentar como mecanismo apto a combater eventuais crises de abastecimento decorrentes de mercados não competitivos que já estejam sendo submetidos simultaneamente a regulações sobre as variáveis do preço e da qualidade.

Por outro lado, a variável em tela pode ser igualmente manejada no sentido de fixação de uma quantidade máxima de produtos ou serviços a serem prestados. Uma primeira situação que se pode imaginar é aquela em que seja necessário que se evite que o mercado seja “inundado” por determinado produto ou serviço oferecido em excesso. Tal situação poderia representar uma queda exacerbada e indesejável nos preços cobrados, o que acarretaria a falência de diversos dos agentes prestadores. A colocação no mercado de um excesso de produtos e serviços pode decorrer mesmo de uma conduta anticoncorrencial adotada por um agente forte com o intuito de destruir seus concorrentes. Ao invés de praticar um simples *dumping* (que seria facilmente percebido pelas autoridades), cobrando preços abaixo do custo de produção, o agente pode fazer os preços despencarem por certo período ao despejar no mercado um excesso de produtos e serviços.

A utilização da variável para fins de fixação de quantidades máximas pode ser igualmente manejada com o intuito de facilitar a fiscalização da regulação da variável da qualidade. Parece ser este o caso do número máximo de alunos que uma faculdade pode matricular. A depender dos resultados das avaliações do MEC, por exemplo, este pode decidir por reduzir o número de alunos que podem ser matriculados em determinada faculdade. Neste caso, portanto, a regulação da variável da quantidade máxima, em verdade, apresenta-se como um auxílio à regulação da variável qualidade.

#### 1.4.5. Regulação de “informação”

A regulação da variável da “informação”, por sua vez, consiste na obrigatoriedade de o agente prestador de determinada atividade divulgar aos agentes consumidores de tal prestação ou ao público em geral informações imprescindíveis para que estes realizem com correção a avaliação da relação custo/benefício da conduta que podem optar por adotar. Trata-se da mais adaptável de todas as variáveis regulatórias. A saber, tal variável regulatória pode se prestar a combater praticamente todas as espécies de falhas de mercado bem como de ações irracionais em heurística.

Em uma primeira função da variável em tela, ao receber informações corretas e amplas, o consumidor pode se proteger melhor dos efeitos nocivos das prestações em mercados pouco competitivos. Um ótimo exemplo pode ser encontrado nas estradas da Europa no que diz respeito aos postos de gasolina. Via de regra, quando o tanque de gasolina está quase vazio em uma estrada brasileira, os motoristas se deparam com uma espécie de monopólio do posto de gasolina mais próximo. Como não sabem quantos quilômetros ainda terão que percorrer para encontrar outro posto (talvez não tenham gasolina para chegar até lá!), precisam parar no primeiro posto que apareça, ainda que o mesmo cobre preços extorsivos. Não é este o caso das estradas européias. Tais estradas possuem placas que indicam a distância para cada um dos próximos cinco postos de gasolina bem como qual o preço que cada um destes irá cobrar pelo combustível. O oferecimento da informação, neste caso, nitidamente rompe uma situação de aparente monopólio.

Também pode se prestar a variável das informações a resolver alguns dos problemas de coordenação em sentido estrito. Tais problemas, tal qual exposto, envolvem a necessidade de coordenação de interesses individuais que podem ser compatibilizados em sua mais ampla medida, não se apresentando como interesses contrapostos. Basicamente, portanto, a função da regulação nos casos de coordenação em sentido estrito será a de fornecer informações aos agentes. Havendo dois caminhos razoavelmente de igual distância entre o Leblon e o Centro, caso muitos motoristas já tenham optado pelo primeiro, bastará um painel eletrônico da prefeitura a informar aos demais motoristas que iniciam o percurso que o primeiro caminho se encontra com fluxo intenso, enquanto o segundo apresenta trânsito bom. Desta forma, os motoristas serão coordenadamente divididos entre os dois caminhos de igual distância para realizar o percurso.

Mesmo diante dos problemas de coordenação em sentido lato, quando os interesses individuais, além de exigirem coordenação, se apresentarem contrapostos diante da impossibilidade de atendimento simultâneo de todos na mais alta medida, o oferecimento de informações aos agentes pode ser bastante útil. Possivelmente, havendo interesses contrapostos e o risco de violações individuais aos acordos, será necessária igualmente uma regulação sobre outra das variáveis. Nada obstante, tal não significa a inutilidade da regulação da variável das informações no caso. Nesta situação, o oferecimento de informações pode potencializar o cumprimento da regulação das demais variáveis. Uma regulação de entrada que imponha um rodízio de placas para a circulação de veículos, por exemplo, provavelmente desagradará os motoristas no dia em que seus veículos não possam circular, havendo interesse individual em desrespeitar a regulação. Tal regulação, entretanto, tende a ter maior aceitação pela população quando simultaneamente oferecida, por exemplo, a informação de que a redução de carros provocada pelo rodízio aumenta a velocidade média dos veículos nos dias úteis de 40 KM/H para 60KM/H.

A falha de mercado das externalidades negativas é outra que pode ser combatida através da utilização da variável regulatória das informações. Ocorre que a divulgação ampla de informações ao público pode ajudar em uma espécie de coação social a ser exercida sobre o agente que externaliza seus custos. Na situação clássica de uma indústria que não se preocupa com os danos gerados ao meio ambiente (já que tais custos de poluição serão suportados por terceiros), caso tal conduta poluidora seja amplamente divulgada, os produtos da referida sociedade empresária podem mesmo ser objeto de um boicote por parte da população. Certamente não é por razões meramente altruístas que inúmeras sociedades empresárias apresentam anúncios publicitários na televisão a informar que são ambientalmente sustentáveis. Trata-se da certeza de que a divulgação de informações em sentido contrário (de que tais sociedades externalizam seus custos ao danificar o meio ambiente) teria o condão de “reinternalizar” tais custos ao gerar uma reação social sobre os produtos da empresa.

Quanto ao combate da última das quatro espécies de falhas de mercado, a falha da assimetria de informação, parece uma obviedade a afirmação de que a variável regulatória das informações pode se apresentar bastante útil. A falha de mercado da assimetria de informações exige, por excelência *in re ipsa*, o fornecimento de informações. Se um consumidor de *junk food* não possui as informações acerca dos efeitos no corpo humano do consumo desses alimentos, necessárias para avaliar corretamente a relação custo/benefício de

tal conduta (consumo), a correção da falha de mercado passa primeiramente precisamente pela regulação das informações. Deve ser divulgada a tabela nutricional dos alimentos, bem como informado expressamente ao consumidor que o excesso de consumo de *junk food* provoca danos severos à saúde humana.

Neste ponto, porém, cabe realizar uma importante ressalva quanto à variável regulatória em tela. Por vezes, mesmo nos casos da falha de mercado da assimetria de informações, a utilização da variável em questão não será suficiente. Por paradoxal que possa parecer, o simples oferecimento de informações pode não bastar para suplantar os malefícios trazidos pela falha de mercado da falta de informações. Ainda que se trate de uma falha de assimetria de informações, pode-se estar diante de informações cuja produção seja extremamente cara bem como diante de informações excessivamente técnicas, cuja absorção pelo público leigo seja praticamente impossível. Nestes casos, a regulação deverá recair, além da variável das informações, simultaneamente sobre uma das demais variáveis regulatórias.

Por fim, além do combate às diversas espécies de falhas de mercado dentro do paradigma da racionalidade, a regulação estatal que recaia sobre a variável regulatória da informação pode se apresentar útil igualmente nos casos em que verificada ação irracional por heurística.

Veja-se, ainda uma vez mais, o caso do comércio do cigarro (ou de qualquer outra substância cujos efeitos nocivos à saúde já possam na atualidade ser presumidos de conhecimento da grande maioria dos consumidores) sob o argumento de proteção à saúde do próprio consumidor. Não há dúvidas de que atualmente a maioria dos fumantes já possui conhecimento da informação de que fumar causa severos danos à saúde. Exatamente por isso não se trata, na maioria das vezes (salvo nos casos atualmente excepcionais dos indivíduos dotados de pouquíssima informação e que ainda não saibam que fumar provoca severos danos à saúde), da falha de mercado da assimetria de informações dentro do paradigma da racionalidade.

Caso algum economista pretenda fundamentar sob um viés econômico a regulação estatal do comércio de cigarros com fulcro no argumento de proteção à saúde do próprio consumidor, possivelmente tentará o economista demonstrar estar-se diante de uma ação irracional do consumidor em heurística. A saber, embora a rigor e em sentido estrito o consumidor possua as informações pertinentes e necessárias à correta análise de custo/benefício inerente à opção que deverá tomar (não havendo falha de mercado de assimetria de informações), tal consumidor não possui condições de corretamente trabalhar

tais informações disponíveis para fins de realizar uma opção racional em busca dos fins que persegue.

Nada obstante, mesmo sendo certo que a imensa maioria dos fumantes já possui em sentido estrito a informação de que fumar provoca severos danos à saúde (tratando-se de caso de heurística, não de assimetria de informações), a regulação estatal que recaia sobre a variável informação pode se apresentar extremamente útil. Ainda que se saiba que a maioria dos fumantes já possui a informação de que fumar faz mal à saúde, a obrigatoriedade de que cada maço de cigarro “relembre” ao fumante tal informação através de dizeres e fotos pode certamente funcionar no combate à ação irracional por heurística. A regulação estatal que imponha a exposição excessiva ao consumidor de informações que o mesmo já possui pode ser capaz de fazer com que tal consumidor, mais do que apenas possuir tais informações em sentido estrito, passe a levar as mesmas a sério.

#### 1.4.6. Regulação de “banimento”

A última das variáveis sobre as quais pode recair a regulação estatal é a do “banimento”. Trata-se, certamente, da variável regulatória utilizada pelas medidas regulatórias que apresentam maior grau de restrição da liberdade dos agentes regulados. Justamente por tal razão, a regulação da variável do banimento tende a ser utilizada nos casos em que a regulação de outras variáveis se apresente inadequada ou ineficaz. De fato, em algumas situações, muito mais do que restringir a entrada de novos agentes, do que impor parâmetros de qualidade e quantidade, do que obrigar o fornecimento de informações ou do que estabelecer preços, pode mesmo ser necessário que a regulação venha a consistir na completa proibição de que determinada conduta seja adotada pelos agentes no mercado.

Dentro do paradigma econômico clássico da racionalidade, a regulação estatal de banimento se presta principalmente ao combate da falha de mercado das “externalidades negativas” e da falha de mercado da “assimetria de informações”.

Já no caso do combate à falha de mercado das “externalidades negativas” fica clara a utilização da regulação de banimento quando a regulação da variável da qualidade não se apresente mais adequada ou eficaz. No que diz respeito à falha de mercado das “externalidades negativas”, pode ocorrer de os efeitos negativos decorrentes da exploração da atividade (e que são externalizados) serem tão grandes e impactantes que a simples regulação



da variável da qualidade seja incapaz faticamente de “reinternalizar” os mesmos. Seria o caso, por exemplo, de medidas regulatórias que proibissem por completo a operação de usinas termoelétricas diante da constatação de que, ainda que imposta regulação de qualidade que determine a instalação do mais eficiente filtro de poluição, não existiria nenhum filtro desenvolvido até hoje pela ciência capaz de reduzir de forma significativa a poluição produzida. Desta forma, independentemente dos padrões dentro dos quais a atividade seja prestada (ainda que existente uma regulação de qualidade), a atividade ensejará por definição e *in re ipsa* a externalização de seus custos diante das peculiaridades fáticas.

Por outro lado, a insuficiência da regulação que recaia sobre a variável da qualidade no combate à falha de mercado das “externalidades negativas”, exigindo a regulação de banimento, pode decorrer não de uma impossibilidade fática de “reinternalização” dos custos, mas sim de uma impossibilidade/inviabilidade “financeira” de ser realizada tal “reinternalização”. No mesmo exemplo da atividade exploradora de termoelétricas, pode ser que a ciência já tenha desenvolvido um filtro extremamente avançado e capaz de evitar por completo (ou em níveis razoáveis) a externalização da poluição gerada. Pode ocorrer, entretanto, de a construção de tal filtro, baseado em tecnologia pioneira nas universidades, ainda ser excessivamente cara. Neste caso, embora não se esteja diante de uma impossibilidade fática, presencia-se uma impossibilidade/inviabilidade financeira de serem “reinternalizados” os custos gerados pela atividade. Igualmente nesta situação, portanto, a regulação estatal que recaia sobre a variável da qualidade pode se apresentar ineficaz no combate à falha de mercado das externalidades negativas, sendo talvez adequada uma regulação estatal de banimento.

Também no combate à falha de mercado da “assimetria de informações” a utilização da regulação de banimento segue lógica semelhante, se prestando aos casos em que a regulação das variáveis da informação e da qualidade não se apresentem mais adequadas ou eficazes. Foi exposto acima<sup>142</sup> que há casos em que, embora diagnosticada a existência da falha de mercado da “assimetria de informações”, a regulação estatal que recaia sobre a variável das informações pode não ser a mais adequada, sendo necessária regulação da qualidade. Pode ocorrer de a informação objeto da falha de assimetria ser de compreensão técnica bastante complexa ou de fornecimento muito caro.

Foi apresentado como exemplo a imposição estatal de que os veículos automotores sejam fabricados com determinados equipamentos de segurança. Imaginou-se a situação em

---

<sup>142</sup> V. Capítulo I.4.C *supra*.

que existam dois sistemas diferentes de freios. Seja lá qual a razão técnica, fato é que um dos sistemas, embora mais caro, é o único minimamente seguro, sendo certo que o outro sistema, um pouco mais barato, aumenta em 200% os riscos de capotagem. Somente um mecânico, um técnico ou mesmo um engenheiro provavelmente seriam capazes de adquirir completamente a informação complexa que explica porque determinado sistema de freio é muito mais seguro do que outro. Desta forma, a falha da assimetria de informações, no caso concreto, poderia ser objeto de regulação sobre a variável da qualidade, não apenas da informação.

Pode ocorrer, entretanto, de nem a regulação da variável das informações nem a regulação da variável da qualidade se apresentar adequada ou eficaz no combate à falha de mercado da assimetria de informações. Trata-se dos casos em que, além de ser extremamente complexo ou caro o fornecimento ao agente econômico da informação objeto de assimetria, a atividade seja por definição *in re ipsa* nociva, independente dos padrões de qualidade dentro dos quais seja prestada, sendo necessário o seu completo banimento.

Por fim, a regulação estatal que recai sobre a variável do banimento não se presta unicamente ao combate das falhas de mercado dentro do paradigma econômico clássico da racionalidade. A regulação estatal sobre tal variável pode também combater os efeitos indesejados decorrentes de ações irracionais em heurística quando a regulação das variáveis do preço mínimo e da qualidade não sejam suficientes.

É o exemplo do banimento do comércio de drogas extremamente nocivas como o crack sob o argumento de proteção à saúde do próprio consumidor. Na atualidade, não há dúvidas de que a imensa maioria dos consumidores desta droga tem conhecimento dos severos danos provocados à saúde pela mesma, não se tratando de falha de mercado de assimetria de informação.

Caso algum economista pretenda fundamentar sob um viés econômico a regulação estatal do comércio do crack com fulcro no argumento de proteção à saúde do próprio consumidor, provavelmente buscará o economista demonstrar estar-se diante de uma ação irracional do consumidor em heurística. A saber, embora a rigor e em sentido estrito o consumidor possua as informações pertinentes e necessárias à correta análise de custo/benefício inerente à opção que deverá tomar (não havendo falha de mercado de assimetria de informações), tal consumidor não possui condições de corretamente trabalhar tais informações disponíveis para fins de realizar uma opção racional em busca dos fins que persegue.

No caso em tela, entretanto, ao contrário da ação irracional em heurística envolvida no consumo de cigarro, a regulação que recaia sobre as variáveis da informação, do preço mínimo e da qualidade não serão adequadas (ou, ao menos, certamente não suficientes). Por um lado, diante de substância com potencial aditivo muito maior, ainda que submetido a excessiva exposição de informações, provavelmente o consumidor de crack não deixará de agir irracionalmente em heurística. Por outro lado, a regulação de qualidade também se apresentaria inadequada, eis que tal droga, independente dos padrões de qualidade dentro dos quais seja consumida, por definição e *in re ipsa* manteria seus efeitos extremamente danosos quando consumida pelos agentes irracionalmente em heurística.

### **1.5 Infungibilidade e interferência mútua entre as variáveis regulatórias. As falhas de regulação em um sentido econômico**

A regulação estatal, portanto, ao direcionar ou controlar a conduta dos agentes com o intuito de atingir determinada finalidade, apresenta um binômio em sua estrutura interna: (a) a adoção de uma medida regulatória destinada a alcançar (b) uma finalidade específica. A medida regulatória adotada, que pode consistir em uma proibição, uma restrição, uma disciplina, um desestímulo ou um estímulo a determinada conduta, recairá sobre uma ou algumas das variáveis regulatórias (preços, entrada, qualidade, quantidade, informações, e/ou banimento).

As medidas regulatórias adotadas, independentemente das variáveis sobre as quais recaiam, devem se encontrar ligadas por um nexo de causalidade à finalidade buscada pela regulação. A saber, deve existir uma relação de causa e efeito entre ambas, no sentido de que a adoção da medida regulatória deve se apresentar como causa eficiente para gerar como efeito no mundo dos fatos o atingimento da finalidade perseguida. Em outros termos, a medida regulatória deve ser adequada ao atingimento da finalidade. A medida regulatória adotada deve, neste ponto, resistir à etapa da adequação do princípio da proporcionalidade.

Neste sentido, a utilização das diversas espécies de variáveis regulatórias não é marcada por uma característica de fungibilidade. Não basta a constatação da existência de uma falha de mercado ou de uma ação irracional em heurística (observando-se que o atuar racional ou irracional dos indivíduos no mercado livre, sem qualquer regulação, não atingirá

naturalmente os melhores resultados desejados) para que se encontre legitimada sob um viés econômico a utilização indiscriminada de toda e qualquer regulação, independentemente da variável regulatória sobre a qual a mesma recaia. Pelo contrário, uma vez constatada a existência de uma falha de mercado ou de uma ação irracional em heurística, dever-se-á indagar qual a medida regulatória especificamente mais adequada para aquela peculiar situação, devendo tal medida ser causa eficiente para atingir a finalidade de restabelecimento dos objetivos considerados desejáveis.

CARLOS RAGAZZO<sup>143</sup> apresenta como situação bastante freqüente de utilização indevida das variáveis regulatórias aquela em que a regulação, diante de uma falha do mercado em garantir uma melhor qualidade dos serviços, pretende melhorar tal qualidade através de medida regulatória que recaia sobre a variável dos preços. Nestas situações, existe uma falha de mercado, no sentido de que o mesmo não consegue, despido de qualquer regulação, naturalmente atingir os resultados desejados de qualidade. Necessária, portanto, uma regulação consistente na adoção de uma medida regulatória adequada a atingir como resultado o saneamento do mercado e a garantia da qualidade desejada. Nada obstante, a medida regulatória adotada, ao recair indevidamente sobre a variável regulatória do preço, apresentar-se-á como causa ineficiente para o atingimento da finalidade perseguida.

Um bom exemplo da indevida utilização da variável dos preços quando deveria ser utilizada a variável da qualidade é oferecido pelo autor acerca da atividade das auto-escolas. O DETRAN do Estado de Santa Catarina, através da Portaria nº 043/DETRAN/ASJUR/2004, teria fixado valores mínimos e máximos que as auto-escolas poderiam cobrar de seus alunos pela hora-aula. O argumento para a fixação de preços mínimos seria o de suposta garantia da qualidade do serviço. Eis a lógica: se as auto-escolas cobrarem preço muito baixo, retirado o lucro do empresário, não sobrarão qualquer quantia a ser investida para fins de melhoria da qualidade dos serviços. Desta forma, ao ser fixado um preço mínimo, o maior retorno de dinheiro faria com que o empresário invista em qualidade.

O argumento utilizado para supostamente justificar a regulação, entretanto, não se sustenta. Ocorre que nada garante que o empresário, ao receber um retorno maior decorrente da fixação de um preço mínimo para os serviços, terá qualquer interesse em reverter tal quantia em investimentos destinados ao incremento da qualidade dos serviços. Pelo contrário, pela lógica dos incentivos, quando do maior retorno gerado pela fixação dos preços mínimos, o empresário tenderá a aumentar sua própria margem de lucros. Desta forma, a medida

---

<sup>143</sup> RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico*. Rio de Janeiro: Renovar. 2011.

regulatória baseada na variável dos preços, no exemplo citado, não possui relação de causalidade com a finalidade desejada, não se apresentando como causa adequada para garantir a qualidade dos serviços. A medida regulatória adequada ao atingimento da finalidade perseguida deveria recair diretamente sobre a variável da qualidade, determinando que os serviços fossem prestados dentro de padrões mínimos de excelência pelas auto-escolas.

O fato de as diversas variáveis regulatórias não serem fungíveis entre si, devendo a regulação adotar medida regulatória especificamente adequada a sanear as falhas de mercado ou ações irracionais em heurística diagnosticadas, não significa que uma regulação não possa recair simultaneamente sobre diversas variáveis regulatórias. O mercado apresenta-se extremamente criativo no sentido de se adaptar às regulações estatais. Desta forma, por inúmeras vezes, quando a regulação estatal de determinada variável regulatória corrigir um vício específico do mercado, este se adaptará, gerando malefícios que recaiam sobre outra variável regulatória.

Já foi apresentado como bom exemplo desta situação o caso dos planos econômicos do governo SARNEY. Caso a regulação recaia apenas sobre a variável da qualidade, impondo padrões mínimos dentro dos quais a atividade deve ser prestada, os empresários podem se adaptar cobrando preços extorsivos para compensar os investimentos. Caso a regulação, então, recaia também sobre a variável dos preços, fixando igualmente o valor máximo que poderá ser cobrado, os empresários podem se adaptar simplesmente gerando uma crise de desabastecimento no mercado. Pode ser necessária, portanto, regulação que recaia simultaneamente sobre as variáveis do preço, da qualidade e da quantidade.

Fato é que, seja porque as variáveis regulatórias não são fungíveis, seja porque as variáveis acarretam implicações recíprocas umas sobre as outras em decorrência da criatividade do mercado em se adaptar, não é tarefa simples a busca de uma regulação eficiente. Por um lado, deve-se descobrir qual a medida regulatória especificamente adequada para combater a falha de mercado ou ação irracional em heurística diagnosticada. Por outro, deve-se atentar para a possibilidade de o mercado se adaptar a tal regulação, gerando distorções sobre outras variáveis a exigir incremento da regulação.

Em não sendo a medida regulatória adotada causa adequada e eficiente a gerar como efeito o atingimento da finalidade desejada, estar-se-á diante de uma “falha da regulação”. Segundo CASS SUNSTEIN<sup>144</sup>, podem-se distinguir as situações em que a regulação falha em

---

<sup>144</sup> SUNSTEIN, Cass. *After the Rights Revolution. Reconceiving the Regulatory State*. Cambridge: Harvard University Press. 1990.

duas espécies: (a) falhas quando da própria criação do estatuto regulatório e (b) falhas quando da implementação do estatuto.

Ocorreria falha da regulação quando da própria criação do estatuto regulatório nos casos em que, ainda em tese e independente de qualquer aplicação concreta da regulação no mundo dos fatos, a mesma já não se encontrasse adequada ao atingimento de suas finalidades. Inúmeras são as razões apresentadas pelo autor para esta situação, destacando-se os erros de diagnósticos, a substituição de juízos técnicos por juízos políticos, a inobservância da produção de efeitos sistêmicos e colaterais pela regulação e os problemas de coordenação entre mais de uma regulação. A falha da regulação quando da implementação do estatuto, por sua vez, ocorreria nos casos em que, embora um estatuto regulatório em tese tenha sido criado de forma adequada a atingir as finalidades perseguidas, não conseguirá fazê-lo em concreto no mundo dos fatos devido a erros em sua implementação. As principais razões desta situação, segundo o autor, são a falta de proteção e fiscalização do cumprimento do estatuto bem como a existência de excesso de controles que gerem ineficiência.

Fato é que, em não se apresentando as medidas regulatórias adotadas pela regulação como adequadas a atingir as finalidades perseguidas, estar-se-á diante de falhas da regulação. Se as falhas de mercado e as ações irracionais por heurística apresentam-se como as razões a justificar a legitimação da regulação estatal sob um viés econômico (em virtude de tais fatores serem responsáveis pelo fato de o livre atuar dos agentes não atingir naturalmente os resultados considerados desejáveis), certo é que, em havendo falhas de regulação, não se apresentando a medida regulatória como adequada a solucionar as falhas de mercado ou as ações irracionais em heurística que lhe serviam de justificação (não sendo, portanto, a regulação capaz de restabelecer os objetivos considerados desejáveis), forçosa será a conclusão pela falta de legitimação da mesma em um viés econômico.

Enfim, a regulação estatal apresenta-se em conformidade com um paradigma de aferição econômico ao ser exigida sua intervenção para que seja assegurado o atingimento das finalidades-premissas adotadas geralmente pelos economistas (a maximização da riqueza social e o maior somatório de satisfações de interesses individuais) precisamente nas situações em que o atuar livre dos agentes econômicos não se apresenta capaz de naturalmente atingir as mesmas. As falhas de mercado (ainda dentro do paradigma da racionalidade, tradicionalmente para praticamente todos os economistas) e as ações irracionais em heurística (para os adeptos da economia comportamental, nos casos em que relativizado o paradigma da

racionalidade), portanto, apresentam-se como as razões a justificar a legitimação da regulação sob um viés econômico.

Quando, entretanto, as medidas regulatórias adotadas não se apresentarem como causa adequada a corrigir as falhas de mercado ou as ações irracionais em heurística, não sendo atingidas pela regulação as finalidades-premissas de maximização da riqueza social e de maior somatório de satisfações de interesses individuais, estar-se-á diante de falhas da regulação em um sentido econômico. A saber, não corrigindo as falhas de mercado ou as ações irracionais em heurística, não permanecem presentes as razões a justificar a legitimação da regulação estatal sob um viés econômico.

Eis a idéia de falta de legitimação da regulação estatal sob um viés econômico. Por um lado, pode tal falta de legitimação da regulação estatal sob um viés econômico decorrer da própria inexistência de falhas de mercado ou de ações irracionais em heurística que justifiquem a adoção da regulação. Em não havendo falha de mercado ou ação irracional em heurística, diante de atuações racionais dos agentes em um mercado livre e saudável para atingir naturalmente as finalidades-premissas da economia, não há que se falar na existência de justificação em um viés econômico para a adoção de qualquer regulação. Por outro, pode a falta de legitimação da regulação estatal sob um viés econômico decorrer da existência de falhas da regulação. Embora existam falhas de mercado ou ações irracionais em heurística a exigir regulação, as medidas regulatórias adotadas não se apresentam como causas adequadas a sanear as deficiências apontadas nem a assegurar o atingimento das finalidades-premissas da economia, não resistindo à etapa da adequação do princípio da proporcionalidade.

## 2 DA LEGITIMAÇÃO JURÍDICO-MORAL DO ORDENAMENTO JURÍDICO POSITIVO À LEGITIMAÇÃO JURÍDICO-MORAL DA REGULAÇÃO ESTATAL

### 2.1. Do caráter interdisciplinar do instituto da regulação à necessidade simultânea de sua “legitimação econômica” bem como de sua “legitimação jurídico-moral”

Na Parte I da presente tese<sup>145</sup>, após serem apresentadas uma definição de regulação bem como as principais classificações que podem ser aplicadas ao instituto, deixou-se claro que as medidas regulatórias constituem o instrumento típico de atuação do Estado Democrático de Direito atual sobre as ordens econômica e social. A saber, o Estado Democrático de Direito configura-se como Estado Subsidiário Regulador e de Fomento<sup>146</sup>. Progressivamente, a atuação estatal direta vai sendo substituída pela atuação estatal regulatória. Mais que isto, defendeu-se não haver dúvidas de que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, atualmente em vigor, consagrou tal modelo estatal, adotando a regulação como instrumento típico de atuação do Estado brasileiro sobre as ordens econômica e social<sup>147</sup>.

Neste sentido, diante da muito freqüente e intensa utilização dos instrumentos regulatórios nos dias de hoje, foram expostas a relevância e a atualidade de questionar-se a legitimação da regulação. A saber, se a regulação é utilizada com tanta freqüência e intensidade na atualidade, sendo o instrumento típico de atuação do modelo estatal consagrado pela Constituição de 1988 em vigor, da maior importância são as indagações acerca da correção de tal instituto. Encontrar-se-ia tal instituto legitimado, correto e fundamentado? Quais as razões que se prestam a fundamentar a legitimação de tal instituto tão ampla e intensamente utilizado na atualidade?

---

<sup>145</sup> V. Capítulo I.1 *supra*.

<sup>146</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Vol V. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. V. tb. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório. A Alternativa participativa e flexível para a Administração Pública de relações setoriais complexas no Estado Democrático*. Rio de Janeiro: Renovar. 2003; v. tb. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

<sup>147</sup> Em sentido contrário, v. MENDONÇA, José Vicente Santos de & SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa”. IN SARMENTO, Daniel & SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. O posicionamento de tal artigo foi abordado no Capítulo I.2 *supra*.



Na Parte I da presente tese<sup>148</sup>, restou claro que as indagações acerca da legitimação da regulação estatal há tempos já são objeto de amplo estudo pelos economistas, não representando qualquer novidade para a ciência econômica. Os economistas bem definiram um paradigma externo a servir de parâmetro de aferição da legitimação da regulação estatal sob um viés econômico: a busca do atingimento dos melhores resultados de produção e alocação de riquezas, bens e serviços quando tais resultados não sejam naturalmente alcançados pelo atuar livre dos agentes no mercado.

Afirmou-se ainda que, enquanto as falhas de mercado (mercados não competitivos, problemas de coordenação, externalidades negativas ou assimetria de informações<sup>149</sup>) têm sido classicamente apontadas como as razões a justificar a legitimação econômica da regulação ainda dentro do paradigma da racionalidade, alguns adeptos da contemporânea economia comportamental têm também apresentado como razão a justificar tal legitimação econômica da regulação os casos em que verificadas ações irracionais em heurística por parte dos agentes econômicos<sup>150</sup>. Nestes cenários, o atuar livre dos agentes econômicos no mercado não seria capaz de alcançar natural e espontaneamente a maximização da riqueza social nem o maior somatório de satisfações de interesses individuais, finalidades estas tomadas por objetivos-premissas pela maior parte<sup>151</sup> da ciência econômica, estando a regulação estatal legitimada sob um viés econômico.

---

<sup>148</sup> V. Capítulo I.3 *supra*.

<sup>149</sup> Sobre o conceito de falhas de mercado e suas espécies, v. Capítulo I.3.1 *supra*. V. tb. RAGGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico*. Rio de Janeiro: Renovar. 2011. V. tb. VISCUSI, W. KIP. *Economics of Regulation and Antitrust*. MIT Press. 2005. V. tb. SUNSTEIN, Cass. *After the Rights Revolution. Reconceiving the Regulatory State*. Cambridge: Harvard University Press. 1990.

<sup>150</sup> Acerca das propostas contemporâneas da economia comportamental e das ações irracionais em heurística, v. Capítulo I.3.2 *supra*. V. tb. KAHNEMAN, Daniel & TVERSKY, Amos. “Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk”. In *Econometrica*. 47 (2). Pp. 263-291. 1979.

<sup>151</sup> Foi exposto na Parte I que a maior parte da ciência econômica adere à premissa de que os resultados desejáveis a serem atingidos naturalmente pelo atuar livre e racional dos agentes em um mercado sadio são a maximização da riqueza social e o maior somatório de satisfações de interesses individuais. Não seria objeto de estudo da ciência econômica a discussão acerca da correção ou justiça de tais objetivos.

Nem sempre, porém, os economistas buscam apenas a maximização da riqueza social ou o maior somatório de satisfação de interesses individuais como objetivos pressupostos pela economia como aqueles desejáveis a serem atingidos naturalmente pelo atuar racional dos agentes no mercado livre. Uma exceção bastante paradigmática é o pensamento de AMARTYA SEN. O economista, em tom crítico, afirma que o utilitarismo sempre foi uma espécie de “doutrina oficial” da economia. V. SEN, Amartya. *The Idea of Justice*. New York: Penguin Books. 2010.

Em outra obra, o mesmo autor formula uma interessante concepção de “desenvolvimento como liberdade”, devendo o instrumental da economia se prestar a implementar como resultado não a maximização da riqueza social, mas sim a garantia das liberdades e condições igualitárias de liberdade dos indivíduos. A maximização da riqueza social, neste sentido, deveria ser considerada como um instrumento para ser alcançado o objetivo final de garantia da liberdade, não se devendo buscar a maximização da riqueza social como fim em si mesma. V. SEN, Amartya. *Development as Freedom*. New York: Alfred A. Knopf. 2001.

Ocorre, entretanto, que a regulação não pode ser examinada unicamente como instituto pertinente à ciência da economia. Em verdade, trata-se de instituto de caráter nitidamente multidisciplinar, inserido simultaneamente dentro do objeto de estudo da ciência econômica, da ciência jurídica e mesmo da filosofia político-moral. Não há dúvidas acerca de ser a regulação estatal um instituto econômico ao exercer influência sobre a participação dos agentes no mercado bem como ao interferir nos resultados de produção e alocação de bens, riquezas e serviços. Nada obstante, ao direcionar ou controlar a conduta dos indivíduos, simultaneamente constitui a regulação instituto pertinente à ciência jurídica e à filosofia político-moral.

Ora, entendendo-se por regulação o direcionamento (ou mesmo o controle) das condutas de agentes com o intuito de ser atingida determinada finalidade, por definição, toda e qualquer medida regulatória constitui *in re ipsa* uma limitação a direitos, à autonomia e à capacidade de autodeterminação dos indivíduos regulados. Se a regulação, por definição, proíbe, disciplina, desestimula, estimula ou impõe determinada conduta a certos indivíduos, surge uma verdade inafastável: toda e qualquer regulação, ao direcionar ou controlar as condutas de agentes, apresenta uma maior ou menor tensão com os direitos, a autonomia e a capacidade de autodeterminação desses indivíduos regulados. O que justificaria tais medidas limitadoras das liberdades dos agentes regulados? Que razões fundamentariam tais restrições de direitos, autonomia e capacidade de autodeterminação das pessoas?

Eis as preocupações que se inserem no âmbito da legitimação da regulação estatal sob um viés jurídico-moral. A saber, tratando-se de instituto pertinente também à ciência do direito e à filosofia político-moral, a regulação estatal deve se submeter não apenas a uma aferição de legitimação sob um viés econômico (exposta na Parte I da tese), mas também a um teste de correção jurídico-moral. A legitimação jurídico-moral da regulação estatal terá por objetivo precisamente avaliar a justificação, correção ou conformidade das medidas regulatórias perante um parâmetro de aferição jurídico-moral.

## **2.2. A evolução histórica das preocupações com a legitimação jurídico-moral e com a superação dos positivismos. A virada kantiana**

A legitimação jurídico-moral (que não se confunde com o instituto da legitimidade democrática) consiste na exigência de justificação e correção de determinado instituto político-jurídico positivo em relação a um paradigma de aferição de conteúdo jurídico-moral adotado como parâmetro externo de avaliação<sup>152</sup>.

---

<sup>152</sup> Para uma melhor definição de “legitimação jurídico-moral”, importante se faz deixar clara a distinção entre a mesma e o instituto da “legitimidade democrática”, sendo certo que “legitimação jurídico-moral” e “legitimidade democrática” não se confundem.

A preocupação com a legitimidade democrática envolve principalmente questionamentos acerca da *accountability* e responsividade dos órgãos ou entidades bem como dos atos pelos mesmos praticados. Os órgãos ou entidades em questão seriam representantes do povo? Os atos praticados poderiam ser remetidos à vontade popular, origem do Poder em uma concepção democrática de sociedade? Qual a aceitação social das instituições político-jurídicas postas? Acerca da idéia de responsividade, v. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

O questionamento acerca de os atos jurídicos ou instituições do direito positivo se encontrarem legitimados democraticamente já é bem conhecido da doutrina brasileira. GUSTAVO BINENBOJM possui interessante obra na qual examina o instituto da jurisdição constitucional especificamente à luz de sua legitimidade democrática. V. BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira. Legitimidade Democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar. 2001. Em tal obra, o autor enfrenta interessantes questões pertinentes à legitimidade democrática do instituto da jurisdição constitucional. Seria compatível com a legitimidade democrática o fato de a jurisdição constitucional ser exercida por órgãos do Poder Judiciário, um Poder não majoritário cujos membros não são eleitos diretamente pelo povo? Mesmo sabendo-se que tal Poder, além de já não ser majoritário (eis que seus membros não são eleitos pela maioria do povo), pode frequentemente ser exercido inclusive de forma contramajoritária ao declarar inconstitucionais leis criadas pelos representantes eleitos diretamente pelo povo? Seria conciliável a tensão naturalmente existente entre democracia e constitucionalismo? Haveria como se democratizar um Poder cujos membros não são eleitos pelo povo através do dever de fundamentação com base em razões públicas e através de procedimentos que prevejam canais de abertura, tais quais as audiências públicas e os *amici curiae*? Acerca da legitimidade democrática do instituto da jurisdição constitucional bem como acerca das dificuldades de conciliação entre a democracia e o constitucionalismo, v. tb. BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva. 2004.

As indagações acerca da “legitimidade democrática” são (e devem ser) aplicadas, além do caso exposto da jurisdição constitucional, aos mais diversos atos e instituições jurídicas. O mesmo GUSTAVO BINENBOJM, em outro interessante estudo de sua autoria, bem destaca as tensões que envolvem igualmente a “legitimidade democrática” das agências reguladoras. V. BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. Tal qual os órgãos do Poder Judiciário, as agências reguladoras são entidades compostas por membros não escolhidos através de voto direto pelo povo. Nada obstante, tais entidades exercem fiscalização, aplicam punições administrativas e, o mais complicado do ponto de vista da legitimidade democrática, chegam mesmo a estabelecer normas gerais disciplinadoras. Seria conciliável a tensão existente entre a atuação das agências reguladoras e a democracia? A tomada de decisões técnicas implicaria também a tomada de decisões políticas, que deveriam ser deixadas aos Poderes cujos membros são eleitos?

Devido à concepção clássica mais arraigada do conceito de “democracia”, a busca pela “legitimidade democrática”, questionando se os atos e as instituições se encontram legitimados democraticamente, sempre foi associada primordialmente a um exame formal/sociológico de tais atos e instituições independente do conteúdo dos mesmos. O critério primordial para que um ato ou instituição fosse considerado em “legitimidade democrática” em uma vertente clássica, sempre foi o de que fosse possível se remeter tal ato ou instituição à vontade popular majoritária, independente de seu conteúdo. Em uma vertente clássica da “legitimidade democrática”, basta que os atos e instituições se encontrem formalmente em conformidade com a vontade popular majoritária direta, independente de quaisquer considerações acerca da moralidade ou do conteúdo material de tais atos.

As lições de GUSTAVO BINENBOJM já permitiriam uma leitura bem mais avançada de “legitimidade democrática” quando tal autor propõe mesmo um novo conteúdo para o instituto clássico da democracia. V. BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira. Legitimidade Democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar. 2001. Democracia, no entender do professor, não se resumiria à simplória vontade da maioria. Por democracia dever-se-ia entender, além da deliberação democrática na escolha

Segundo a definição adotada pela presente tese, portanto, a “legitimação jurídico-moral” do ordenamento encontra-se direta e inafastavelmente ligada à superação dos

---

de políticas públicas pela maioria, a existência de funções contramajoritárias, sendo a principal delas a proteção aos direitos humanos das minorias. Desta forma, resolver-se-ia a tensão entre constitucionalismo e democracia não pelo fato de a democracia ceder em benefício do constitucionalismo. O próprio conteúdo de democracia, em uma nova leitura, exigiria, além das deliberações políticas pelo voto direto da maioria, o exercício do constitucionalismo contramajoritário.

Tomando-se a nova definição de democracia fornecida por GUSTAVO BINENBOJM, não sendo esta tão somente a simplória vontade da maioria popular, mas também a necessidade de proteção contramajoritária de direitos humanos e do constitucionalismo, certamente seria possível alcançar-se igualmente novo conteúdo para o conceito de “legitimidade democrática”. Atos ou instituições jurídicos encontrar-se-iam “legitimados democraticamente” não apenas por serem espelho da vontade majoritária popular, mas também por respeitarem direitos contramajoritários. Seria possível, portanto, ao se partir de uma nova definição de democracia apresentada por GUSTAVO BINENBOJM, formular uma correspondente nova definição de “legitimidade democrática” que não se restrinja a uma aferição formal/sociológica acerca de os atos e instituições refletirem aritmeticamente a vontade da maioria do povo. Poder-se-ia exigir, em sede de aferição de “legitimidade democrática”, uma análise do próprio conteúdo material do ato ou instituição de direito positivo.

Nada obstante, com o louvável intuito de evitar confusões terminológicas, RICARDO LOBO TORRES preferiu separar o instituto da “legitimidade democrática” e o da “legitimação moral”. V. TORRES, Ricardo Lobo. “A Legitimação dos Direitos Humanos e os princípios da Ponderação e da Razoabilidade”. In TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar. 2002. Segundo o professor, a “legitimidade democrática” apresentaria uma preocupação de cunho eminentemente formal/sociológico. A saber, afirmar a legitimidade democrática do direito positivo ou de instituições estatais político-jurídicas significaria dizer que os mesmos se encontrariam respaldados pela vontade popular. Não se prestaria o tema da legitimidade democrática a qualquer aferição de correção ou conformidade do conteúdo material do direito positivado ou das instituições estatais político-jurídicas postas.

A “legitimação moral”, por outro lado, consistiria na submissão do direito positivo bem como das instituições estatais como um todo a uma aferição de correção perante concepções de filosofia político-moral e teorias da justiça. Afirmar que o direito positivo ou determinada instituição estatal político-jurídica se encontra “legitimada moralmente” significaria estabelecer que o conteúdo de tal direito ou de tais instituições se apresentaria em conformidade com determinada concepção de filosofia político-moral e com determinada teoria da justiça adotadas como parâmetros de legitimação.

Ao proceder à mencionada distinção terminológica entre “legitimação moral” e “legitimidade democrática”, RICARDO LOBO TORRES certamente não teve por intenção depreciar a última. Permanecia para o autor extremamente importante a indagação formal sociológica acerca de os atos e instituições, independentemente de seus conteúdos materiais, refletirem ou não a vontade popular. Nada obstante, destacou o professor que os questionamentos apenas de legitimidade democrática não são suficientes para que se possam considerar completamente legitimados o direito e as instituições estatais positivados.

Não bastaria a afirmação de que o direito positivo e as instituições estatais político-jurídicas, independente do conteúdo material, preenchem um requisito formal/sociológico de refletirem a vontade do povo, estando “legitimados democraticamente” (“legitimidade democrática”). A simples conformidade formal/sociológica com a vontade popular majoritária não pode ser pressuposta como único parâmetro/paradigma de correção a que se devem submeter o direito positivo e as instituições estatais político-jurídicas.

Ao se indagar acerca de o direito ou as instituições estatais se encontrarem “legitimados” ou “justificados”, deve-se previamente definir a que parâmetro de aferição de correção se está buscando relacionar os objetos analisados. O questionamento “o direito positivo e as instituições estatais político-jurídicas se encontram legitimados?” necessariamente exige complementação no que diz respeito ao parâmetro de aferição de justificação. Perante o que deve se indagar se o direito e as instituições estatais se encontram ou não legitimados?

Que parâmetros seriam estes? Que concepções de filosofia político-moral serviriam de fundamento para tais parâmetros? Teria a Constituição Brasileira de 1988 adotado alguma de tais concepções? Como se instrumentalizaria a relação entre as concepções de filosofia político-moral e o direito constitucional?

Todas as questões levantadas acima se inserem no âmbito de preocupações da “legitimação jurídico-moral”. Por legitimação jurídico-moral deve-se entender a indagação acerca de os atos e as instituições se encontrarem ou não legitimados diante de determinada concepção de filosofia político moral e de teoria da justiça. A saber, indagar sobre a “legitimação moral” de algum objeto, sobre um ato ou uma instituição se encontrar “legitimado moralmente”, consiste no questionamento acerca de tal objeto sob análise se encontrar respaldado, justificado, fundamentado, em conformidade ou correção diante de determinada concepção de filosofia político-moral e de teoria da justiça.

positivismos jurídicos de todos os matizes. Isto pois, como se percebe, o instituto da legitimação jurídico-moral, tal qual definido, pressupõe precisamente a existência de uma pretensão de correção e justificação necessária do ordenamento jurídico posto perante uma ordem de valores morais de natureza crítica e metapositiva<sup>153</sup>.

---

<sup>153</sup> Como bem leciona NORBERTO BOBBIO (v. BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone. 1995), inúmeros critérios poderiam ser apontados para fins de classificação ou não de determinada corrente de pensamento jurídico como “positivista”. Equivocada e extremamente reducionista a afirmação freqüentemente realizada na doutrina brasileira de que o “positivismo jurídico” corresponderia *tout court* à defesa de que o direito se reduziria à lei. Em verdade, pode-se afirmar que existem diversos “positivismos”, diversas definições do que seria “positivismo jurídico”, a depender do critério adotado para estabelecer que correntes podem ou não ser inseridas dentro de tal rótulo.

Por um primeiro critério, a classificação ou não de determinado pensamento jurídico como “positivista” dependeria da teoria das fontes do direito abraçada por tal corrente. Neste sentido, poderiam ser classificadas como positivistas aquelas teorias que defendessem que o direito decorreria tão somente de fontes positivadas (no caso de um positivismo legalista, a fonte seria apenas a lei positiva; no caso de um positivismo jurisprudencial, as fontes seriam apenas as decisões judiciais reais; no caso de um positivismo sociológico, as fontes seriam apenas os costumes ou os valores comunitários postos), sendo rechaçada qualquer fonte do direito baseada em princípios ou valores de ordem metapositiva.

A luz de um segundo critério, a classificação ou não de determinado pensamento jurídico como “positivista” dependeria da teoria do ordenamento no que diz respeito à completude do mesmo bem como às soluções oferecidas para resolução dos casos de antinomia. No que se refere ao quesito da completude, em uma teoria positivista radical quanto a tal critério, as leis simplesmente não apresentariam lacuna. Por uma interpretação *a contrario sensu*, tudo o que não estivesse proibido pela lei deveria ser compreendido como permitido. Em uma visão positivista moderada quanto a tal critério, no caso de não haver lei a expressamente regular um caso concreto, o ordenamento não apresentaria lacuna por permitir a utilização da analogia *legis*, não sendo, porém, permitida a utilização de princípios estranhos ao ordenamento positivado. No que diz respeito ao quesito da resolução de antinomias, as teorias positivistas se valeriam dos clássicos critérios temporal, hierárquico e de especialidade (acerca dos clássicos critérios de resolução de antinomias, v. BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Editora UNB. 1999), não havendo espaço em tais teorias para a convivência simultânea no mesmo ordenamento positivo de princípios em tensão e sujeitos a ponderações.

Terceiro critério dos mais importantes na classificação ou não de determinada corrente jurídica como “positivista” se refere à teoria da interpretação jurisprudencial do direito. Segundo tal critério, poderiam ser classificadas como positivistas as correntes em que o papel do intérprete judicial se encontrasse limitado à aplicação formalista dos conceitos doutrinários, legais ou jurisprudenciais. A atividade do intérprete judicial consistiria em uma lógica formal axiomática subsuntiva, afastando-se a capacidade criativa e discricionária da interpretação.

Por fim, critério importante utilizado para fins de classificação ou não de determinado pensamento jurídico como “positivista” é o científico. Por tal critério, o Direito deveria adotar uma preocupação grande com a manutenção do *status* de ciência. Tal preocupação encontra-se diretamente ligada à concepção de positivismo filosófico, decorrente das posições de epistemologia e da teoria do conhecimento típicas do modernismo. A saber, durante o modernismo, viveu-se uma fixação pelo cientificismo. O encontro da “verdade” somente poderia ser alcançado através da produção científica. O conhecimento produzido através da ciência passou a possuir um *status* diferenciado, uma espécie de *pedigree*. Qualquer outro tipo de conhecimento que não atingido por meio da ciência tornava-se desacreditado (acerca do modernismo e da necessidade de busca obsessiva do conhecimento através da ordem científica, v. BAUMAN, Zygmund. *Modernidade e Ambivalência*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora. 1999).

Neste sentido, o Direito deveria possuir um objeto de estudo próprio e autônomo da ciência jurídica, consistente tão somente no estudo das fontes de direito positivas. Ainda que os adeptos do positivismo científico possam aceitar que outros fatores metapositivos influenciem o direito, defendem que tais fatores não podem ser estudados pela ciência jurídica por serem estranhos ao objeto de análise desta última.

Os diferentes critérios apresentados para fins de classificação ou não dos pensamentos e concepções jurídicos como “positivistas” são independentes entre si. Para que uma teoria jurídica seja considerada “positivista”, determinada classificação pode exigir que a mesma tenha de preencher apenas um, alguns ou simultaneamente todos os critérios expostos. Pode perfeitamente ocorrer que uma determinada teoria jurídica seja classificada por alguns doutrinadores como “positivista” (por atender especificamente a um dos mencionados critérios

identificadores do positivismo), sendo, contudo, classificada por outros doutrinadores como “não positivista” (por não atender especificamente a outro dos mencionados critérios identificadores do positivismo). Enfim, parece evidente que a classificação ou não de uma determinada teoria jurídica como “positivista” dependerá do conteúdo que se entenda deva preencher tal “rótulo positivismo”. A depender do que se entenda pelo “rótulo positivismo”, determinada teoria jurídica deverá ou não ser inserida em tal classificação.

O autor mais citado na tradição jurídica brasileira legalista como expoente do positivismo é um bom exemplo das confusões trazidas pela existência de diversos critérios para se classificar determinada teoria como “positivista”. Embora certamente seja possível afirmar que, dependendo do critério definidor de “positivismo”, HANS KELSEN (v. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 2003) deva ser inserido em tal rótulo, não há dúvidas de que sua teoria não se adéqua a todos os critérios definidores do que seja “positivismo”. Uma vez tendo sido genericamente taxado de “positivista” por realmente preencher determinado critério do que seja “positivismo”, freqüentemente percebem-se na doutrina brasileira afirmações completamente injustas e equivocadas acerca de a obra do autor atender a todos os outros critérios definidores de positivismo (que, em verdade, não poderiam ser aplicados à obra do autor).

Muito freqüentemente, simplesmente alegando genericamente que o autor é “positivista” (sem definirem o que entendem por “positivismo” e que critérios estão utilizando para classificar uma teoria como inserida em tal rótulo), doutrinadores brasileiros acusam HANS KELSEN de ser formalista. Segundo tais doutrinadores, a obra de KELSEN determinaria que o intérprete judicial estaria adstrito a aplicar formalmente os conceitos legais, sem qualquer espaço interpretativo além do elemento gramatical. Tal concepção, que mais lembra a clássica escola da exegese francesa (v. CAENEGEM, R. C. Van. *Uma Introdução Histórica ao Direito Privado*. São Paulo: Martins Fontes. 2000), definitivamente não se aplica a KELSEN, cuja obra defende mesmo a existência de discricionariedade do intérprete judicial dentro do “quadro” de possibilidades albergadas pelo texto da lei. A obra do autor certamente não preenche o critério formalista para fins de classificação de uma teoria como “positivista”. Na realidade, a principal característica da obra de KELSEN a ensejar sua classificação como “positivista” diz respeito ao critério “científico”.

HANS KELSEN transportou para o direito grande parte das mencionadas preocupações do positivismo filosófico sobre a epistemologia e a teoria do conhecimento. Na opinião do autor, todos os esforços deveriam ser feitos para assegurar o *status* de ciência ao direito, ganhando a ciência jurídica reconhecimento quanto à verdade dos conhecimentos pela mesma produzidos. Sempre foi complicada a discussão acerca de ser possível a classificação dos conhecimentos sociais como “ciência”. Por um lado, uma das grandes premissas clássicas da teoria científica se encontra bastante relativizada no âmbito das “ciências sociais”: a separação entre o sujeito/cientista observador e o objeto sob análise. A saber, ao contrário das ciências naturais, no caso das ciências sociais, o cientista faz parte da própria sociedade que constitui o objeto de estudo da ciência.

Por outro lado, também a exigência de comprovação empírica dos conhecimentos (parte significativa do método científico clássico) se encontra bastante relativizada no âmbito das “ciências sociais”. Ocorre que as ciências sociais não estudam leis de causalidade física, cuja veracidade é refutada na existência de um único contra-exemplo. No caso das ciências sociais, a existência de um contra-exemplo pode ser perfeitamente tolerável e compatível com as teorias desenvolvidas.

Neste sentido, preocupou-se KELSEN com a definição de um campo de estudo que fosse objeto exclusivo da ciência jurídica, encontrando na lei positivada tal objetivo. O autor nunca negou que fatores políticos, econômicos e morais pudessem interferir tanto no processo legislativo quanto nas decisões judiciais. Tão somente, tais fatores não deveriam ser objeto de estudo da ciência jurídica, constituindo campo da política, da economia e da filosofia. Eis a idéia de positivismo segundo o critério cientificista: os fatores políticos, econômicos e morais, independente de poderem influenciar os processos jurídicos, não deveriam ser estudados pela ciência jurídica por não constituírem objeto da mesma. Preocupando-se com a validade das normas jurídicas, o jurista deveria tão somente se preocupar com a cadeia de validade consubstanciada na pirâmide normativa, cujo vértice seria ocupado pela “norma hipotética fundamental”.

A teoria de HERBERT L. A. HART, por sua vez, já apresenta uma pequena variação. HART se auto-intitula um “positivista moderado” (acerca de HART se auto-intitular um “positivista moderado”, v. em especial o “pós escrito” em que o autor rebate críticas de RONALD DWORKIN em HART, Herbert L. A.. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2005). Segundo tal pensador, não há qualquer exigência de correção moral necessária do direito positivo para fins de ser atestada a validade do mesmo. Para que determinada norma jurídica positiva seja válida, basta que a mesma possa ser reconduzida a um sistema lógico formal de regras secundárias até a “regra de reconhecimento”. Nada obstante, considera-se o autor um positivista “moderado” ao afirmar que, embora tal não seja exigível, de forma contingente, pode ocorrer de determinado sistema jurídico positivo exigir como requisito de validade das normas positivas o atendimento a certas exigências materiais morais.

O pensamento de ALF ROSS (v. ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro. 2003), por outro lado, embora possa igualmente ser considerado espécie do gênero positivismo, apresenta contornos completamente diversos

das teorias de HART e KELSEN. Tal qual os autores anteriores, ROSS será contrário a qualquer pretensão de correção necessária do direito positivo perante valores metafísicos. Nada obstante, segundo ROSS, o direito deve ser abordado pela vertente do fato social (não pela vertente do normativismo teórico defendido pelos autores anteriores), podendo ser expresso apenas em termos sensíveis e empíricos. Trata-se de uma corrente do realismo jurídico. Para ROSS, não há direito nas leis genéricas nem nos casos jurisprudenciais precedentes. Trata-se tão somente de indícios, de previsões não cogentes de qual deverá vir a ser o direito aplicado futuramente. O direito surge tão somente no caso concreto quando o mesmo é faticamente decidido. Longe de ser formalista, tal concepção defende justamente que o julgador do caso concreto não se encontra atrelado a qualquer conceito prévio de direito.

Por fim, exemplificando o verdadeiro “saco de gatos” sob o rótulo do “positivismo”, poder-se-ia apontar a obra de FREDERICK SCHAUER (v. SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules*. Oxford: Clarendon Press. 2002). O principal critério segundo o qual a obra de SCHAUER pode ser classificada como espécie do gênero “positivismo” é o da postura formalista imposta aos intérpretes judiciais do direito positivo. Segundo o autor, quando da decisão dos casos concretos, o intérprete judicial deve se ater a uma interpretação essencialmente gramatical-formalista dos conceitos previstos em abstrato nas leis/precedentes judiciais. Não poderiam os intérpretes realizar considerações de cunho pragmático-consequencialista ou moral. Ocorre, entretanto, que os fundamentos levantados por SCHAUER para fins de impor uma postura formalista ao direito positivo nada têm de formalistas. Para fundamentar a necessidade de não utilização pelos intérpretes de argumentos morais ou pragmáticos, SCHAUER se vale justamente de tais argumentos de natureza moral ou de natureza pragmática.

Enfim, há várias espécies que poderiam ser inseridas dentro do rótulo “positivismo”. Tal qual exposto, tudo dependerá do critério adotado como definidor do que se deve entender por “positivismo”. Quão mais restritiva a definição do que seja “positivismo” (se for entendido que determinada teoria somente pode ser considerada positivista caso preencha simultaneamente diversos requisitos/critérios), menos autores serão classificados como positivistas. Quão mais abrangente a definição do que seja “positivismo” (se for entendido que determinada teoria pode ser considerada positivista desde que preencha alternativamente qualquer um dos diversos requisitos/critérios), mais autores poderão ser classificados como positivistas.

Extremamente reducionista, portanto, a afirmação de que se deva classificar como “positivistas” tão somente as teorias que entendem haver direito apenas na lei positiva. No sistema jurídico brasileiro, pertencente à tradição escrita romano-germânica, tal espécie de positivismo talvez até possa ser considerada a mais freqüente. Nunca, porém, pode a definição de uma espécie ser considerada sinônimo da definição do gênero, sob pena de redução indevida deste último.

Uma das inúmeras curiosidades do Brasil é a de que algumas expressões utilizadas normalmente em diversos cantos do mundo se tornam palavrões. No âmbito da política, independentemente da ideologia que defendam, dificilmente são encontrados partidos políticos que se autodenominem “liberais”. A expressão “liberal” ganhou conotação pejorativa perante as grandes massas eleitorais, associada a governos que ignoram as classes sociais menos favorecidas.

Fenômeno bastante semelhante vem ocorrendo com a expressão “positivismo” no âmbito do direito. Atualmente, praticamente nenhum jurista brasileiro se autodenomina um “positivista”. A imensa maioria dos juristas, justamente pelo contrário, faz questão de se identificar como “pós-positivista”, considerando o positivismo um pensamento superado. Ocorre, entretanto, que, na maioria das vezes, embora os juristas brasileiros proclamem com orgulho a superação do positivismo, muitos deles nada mais fazem do que aderir a uma outra espécie do gênero positivista. Ao realizarem redução indevida do gênero “positivismo” a apenas uma de suas espécies (geralmente a do normativismo legalista), tais juristas incorrem em equívoco ao acreditarem que deixaram de pertencer ao gênero positivismo quando romperam tão somente com uma de suas espécies.

Um bom exemplo é o dos autores que aderem à metodologia de FRIEDRICH MÜLLER (v. MÜLLER, Friedrich. *Discours de La Méthode Juridique*. Paris: Presses Universitaires de France. 1996), acreditando que com isso estão se tornando “pós-positivistas”. O jurista alemão rompe com a tradicional idéia de que as normas jurídicas estariam contidas já no texto das leis. Segundo sua engenhosa metódica estruturante, a norma jurídica seria um produto final obtido a partir do somatório do programa normativo previsto no texto legal com o domínio normativo sobre o qual a norma irá incidir. Tratando-se de teoria que rompe com a simplória identificação do direito com o texto legal, poder-se-ia apressadamente afastar o autor do rótulo positivista.

Não parece ser este, entretanto, o melhor entendimento. Embora FRIEDRICH MÜLLER certamente não possa ser considerado um adepto especificamente de um positivismo de vertente normativista-legalista, não deixa de se inserir em uma espécie de positivismo sociológico. Embora não se preocupe apenas com o texto normativo legal, o autor preocupou-se tão somente em adicionar ao programa normativo textual o domínio normativo dos fatos sociais, ignorando o âmbito dos valores metapositivos, fundamentais a qualquer pretensão de superação do positivismo.

KARL LARENZ (v. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução por José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian. 3ª Ed. 1997) e KARL ENGISCH (v. ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento*

A retomada contemporânea das preocupações com o tema da “legitimação jurídico-moral” do direito e com a não aceitação de forma acrítica e passiva de toda e qualquer espécie

---

*Jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Calouste Gulbenkian. 9ª Ed. 2004), em abordagem diversa, também tocam a questão ao distinguirem conceito e tipo jurídico. Ao contrário do conceito jurídico, com conteúdo de contornos razoavelmente definidos, o tipo jurídico não se prestaria à incidência através de simples subsunção. A própria definição do conteúdo do tipo dependeria de um processo de influência mútua entre o mesmo e os fatos sociais. Entre os juristas brasileiros, deve ser ressaltada a posição de RICARDO LOBO TORRES (v. TORRES, Ricardo Lobo. *Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar. 3ª Ed. 2000), ao destacar que “tipos” por sua própria essência são abertos, confrontando a tese da tipicidade fechada defendida amplamente por tributaristas brasileiros. A obra de LARENZ se diferencia da de FRIEDRICH MÜLLER, porém, pois, além de perceber as influências mútuas entre o fático e o válido, simultaneamente preocupa-se com o ingresso de valores metapositivos no direito, não recaindo em um positivismo sociológico.

Na lição da já clássica teoria tridimensional do direito de MIGUEL REALE (v. REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva. 2009), o direito deve ser simultaneamente norma, fato e valor. Poder-se-ia inclusive afirmar mais: não basta qualquer tipo de valor. A utilização de valores postos, decorrentes de uma moral comunitária também em nada significa rompimento com o positivismo de viés sociológico. Para que uma teoria do direito possa ser considerada não positivista, deve a mesma permitir a entrada no ordenamento jurídico de valores especificamente metapositivos decorrentes de uma moral crítica.

A definição de conteúdo do rótulo “positivismo” adotada pela presente tese é bastante abrangente. Em assim sendo, por uma conseqüência lógica, para que determinada corrente possa ser considerada “não-positivista” deve refutar todos os diversos matizes de positivismo. Segundo a definição de conteúdo do gênero “positivismo” ora adotada, não basta que determinada teoria afirme que o direito não se resume ao texto legal para que deixe de ser positivista. Segundo a posição da presente tese, é possível haver diversas espécies de positivismos quanto à fonte do direito, sejam estas de viés legalista, consuetudinário, jurisprudencial, sociológico ou mesmo doutrinário, desde que a teoria jurídica analisada não permita o ingresso de valores metapositivos de uma ordem moral crítica no ordenamento jurídico posto. Segundo a definição de “positivismo” adotada pela presente tese, também não basta que determinada teoria se afaste do formalismo quando da interpretação do direito. Ainda que determinada teoria se afaste da simples aplicação formalista de conceitos, a mesma pode se apresentar como espécie de positivismo sociológico, somando aos conceitos formais tão somente os fatos sociais, ignorando o ingresso de valores metapositivos quando da interpretação.

O grande traço distintivo das teorias que realmente superam o positivismo, segundo a definição de “positivismo” adotada pela presente tese, encontra-se na existência de uma pretensão de correção e justificação necessária do direito posto perante valores morais metapositivos. Não basta que a teoria jurídica proponha a observância pelo direito positivo genericamente de todo e qualquer “valor”. O ingresso de valores comunitários tradicionais nada mais representaria do que um positivismo sociológico. Para que determinada concepção jurídica possa ser classificada de não positivista, a mesma deverá prever a necessidade de justificação e correção do direito positivo perante valores de uma ordem moral crítica e metapositiva. Tais valores servirão de fundamento e paradigma para o ordenamento jurídico posto.

Como se percebe, precisamente neste âmbito se insere o instituto da “legitimação jurídico-moral”. Ao propor a necessidade de aferição de compatibilidade, conformidade, correção ou justificação dos institutos político-jurídicos postos perante determinada concepção externa de filosofia político-moral e de teoria da justiça, a legitimação jurídico-moral justamente pressupõe o rompimento com os positivismos de todos os matizes.

No que diz respeito à teoria das fontes do direito, o instituto da legitimação jurídico-moral exigirá que o conteúdo do direito positivo, ao ser definido, decorra sim do ingresso de valores morais metapositivos, sendo tais valores morais fonte legítima do direito. No que diz respeito à teoria da interpretação do direito, o instituto da legitimação jurídico-moral exigirá que o intérprete e aplicador do direito ultrapasse a atividade meramente formalista dos conceitos, complementando os mesmos através dos valores morais metapositivos. No que diz respeito à pretensão cientificista de delimitação do objeto da ciência jurídica, o instituto da legitimação jurídico-moral exige ser considerado parte integrante do objeto da Jurisprudência. Se o objeto da ciência do direito for o estudo do direito válido, a aceitação da existência do instituto da legitimação jurídico-moral exige como requisito que tal instituto seja parte do objeto da ciência jurídica, eis que o mesmo é responsável pela definição do próprio conteúdo possível do direito positivo válido perante os valores morais metapositivos assumidos como parâmetro de legitimação.



de positivismo jurídico encontra-se diretamente ligada à denominada “virada kantiana”<sup>154</sup>. O direito vem sofrendo, principalmente desde o advento da obra “*Uma Teoria da Justiça*” de JOHN RAWLS<sup>155</sup> na década de 1970, uma forte virada influenciada pela retomada das preocupações com a legitimação jurídico-moral das instituições estatais político-jurídicas positivadas. Tais preocupações encontravam-se adormecidas desde que o movimento dos contratualistas iluministas desaguou no surgimento do Estado de Direito Liberal francês, abandonando-se o tradicional instituto do direito natural.

Historicamente, desde a Antiguidade, passando pela Idade Média, até o Estado Moderno Absolutista, as preocupações de “legitimação jurídico-moral” e de aferição de conformidade das instituições públicas positivadas e do direito posto perante um paradigma metapositivo sempre foram instrumentalizadas através do instituto clássico do direito natural. Por vezes ligado a uma vertente teológica, consistindo na revelação da vontade dos deuses, por vezes ligado a uma vertente racional, sendo alcançado pela razão humana, o direito natural conteria normas de caráter universal e atemporal, apresentando-se ao longo da história como paradigma metapositivo de legitimação jurídico-moral e de aferição da correção das instituições públicas positivadas.

Na tradição francesa, por exemplo, o processo de centralização pós feudalismo em torno dos monarcas, quando do surgimento do Estado Moderno Absolutista, encontrou forte apoio em um direito natural de viés teológico. Possuindo os reis o “direito divino” de governar sobre seus súditos, encontravam-se as instituições estatais positivadas do Estado Absolutista “legitimadas jurídico-moralmente” diante de um paradigma metapositivo (o direito natural baseado na vontade divina). Da mesma forma, o direito natural se fez igualmente presente quando da derrocada dos regimes absolutistas e do advento do Estado Liberal francês, desta vez em um viés laico racional. As teorias contratualistas, desenvolvidas no ambiente iluminista revolucionário, poderiam certamente ser remetidas a uma espécie de jusnaturalismo de viés laico racional. As instituições estatais positivadas deveriam se encontrar “legitimadas jurídico-moralmente” diante de um contrato social fictício, que teria sido firmado entre os indivíduos quando do surgimento do Estado Político e do abandono do estado de natureza. Diante do contrato social firmado, os indivíduos manteriam alguns

---

<sup>154</sup> TORRES, Ricardo Lobo. “A Legitimação dos Direitos Humanos e os princípios da Ponderação e da Razoabilidade”. In TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.

<sup>155</sup> RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

direitos naturais perante as instituições estatais positivadas bem como o direito de resistência em caso de violação dos mesmos<sup>156</sup>.

Derrubados os regimes absolutistas e instaurado o Estado de Direito Liberal, entretanto, uma significativa mudança ocorreu no que diz respeito à legitimação jurídico-moral do Estado e do direito positivo. A rigor, mais que uma mudança no paradigma a servir de referência para a legitimação do Estado e do direito positivo (mais do que uma alteração do conteúdo do direito natural), poder-se-ia mesmo afirmar ter ocorrido nesta época o completo abandono das preocupações com a legitimação jurídico-moral do ordenamento e das instituições públicas positivadas.

Já tendo derrubado os monarcas absolutistas e alcançado o Poder, a burguesia não possuía qualquer interesse em manter reflexões acerca de um direito natural, que, por definição, apresentando-se como parâmetro crítico para o Poder instalado, possui sempre um relevante potencial revolucionário. Instaurou-se na tradição francesa, desta forma, um positivismo de viés legalista<sup>157</sup>. O Direito natural racional já teria sido positivado através das

---

<sup>156</sup> Até mesmo HOBBS, que utiliza a teoria contratualista para defender o Estado Absolutista, permite em sua teoria a existência de um direito natural bem como seu correlato direito de resistência: o direito à vida. Na teoria de HOBBS, os indivíduos firmam o contrato social por desejarem abandonar um estado de natureza de guerra de todos contra todos, onde o homem é o lobo do homem. Desta forma, os indivíduos abririam mão de uma liberdade que era absoluta embora inútil (devido à insegurança do estado de natureza) e confeririam todo o poder ao Leviatã, estando legitimado, portanto, o Estado Absolutista. Mesmo no contratualismo absolutista de HOBBS, porém, os indivíduos, após o contrato social, manteriam um direito fundamental natural: o direito à própria vida, que, caso violado, permitiria o exercício do direito de resistência por parte do indivíduo contra o Estado.

<sup>157</sup> Neste ponto, cabe destacar que o positivismo jurídico do contexto francês não foi o único modelo de positivismo quanto à fonte do direito verificado, embora tenha sido este o mais próximo do cenário ibérico e, por via reflexa, do cenário da América Latina. A rigor, entretanto, podem-se apresentar três diferentes ramos de positivismo quanto à fonte do direito surgidos nas variadas tradições jurídicas européias. O positivismo francês, ao qual se confere ênfase devido às suas maiores semelhanças com a tradição jurídica brasileira, marcou-se pelo formalismo legalista. Baseado na escola da exegese, surgida com a era das grandes codificações napoleônicas, o positivismo legalista francês defendia não haver direito fora da lei. No que diz respeito à teoria das fontes do direito, somente o direito contido nas leis seria considerado direito válido (o Poder Legislativo seria o único confiável diante dos traumas deixados por monarcas e juízes à época do absolutismo). No que diz respeito à teoria da interpretação, a mesma deveria se basear essencialmente no elemento formalista gramatical. O juiz deveria ser “a boca que profere as palavras da lei”.

Um equívoco, entretanto, constitui a crença (bastante difundida no Brasil) de que positivismo e legalismo são sinônimos (o que ocorre é que, devido às raízes culturais brasileiras, no Brasil o positivismo jurídico se manifestou primordialmente como positivismo legalista). Na Alemanha, o positivismo formalista ganhou contornos cientificistas. A Jurisprudência dos conceitos encontrou origem na escola histórica de Savigny, que acreditava, tal qual a escola da exegese, na possibilidade de uma interpretação baseada em conceitos formais. Ao contrário da escola francesa, entretanto, os conceitos formalistas defendidos pela escola alemã como fonte do direito não decorriam da lei (Savigny foi um entusiasta crítico das codificações). Tais conceitos formais, que revelavam o “espírito do povo”, decorriam da fonte científica, sendo decantados pela doutrina.

Por fim, outra espécie do gênero positivista pode ser apontada na tradição da *common law*. Em tal tradição, surgiu corrente positivista com ênfase na fonte consuetudinária e jurisprudencial.

Todas as três correntes mencionadas, embora possuam peculiaridades decorrentes das tradições dos países em que se manifestaram, ora apresentando ênfase na lei, ora no costume ou jurisprudência, ora na doutrina, apresentaram-se como espécies do gênero positivismo. De fato, esteja-se diante de positivismos formalistas (ora

leis, principalmente através do processo das grandes codificações, fruto mais perfeito e completo da razão humana. Não haveria mais, portanto, que se questionar acerca da legitimação do direito posto à luz de qualquer parâmetro de aferição metapositivo.

No que diz respeito ao tema da legitimação, embora o Estado de Direito Liberal bem como os direitos individuais tenham surgido com fulcro na derrocada do Estado Absolutista diante da falta de legitimação das estruturas absolutistas perante um direito natural racional, estabeleceu-se durante o Estado de Direito Liberal francês pós revolucionário um positivismo legalista. Segundo tal positivismo, todo direito válido encontrava-se esgotado nas leis (em especial nos códigos), não havendo que se falar em qualquer aferição de legitimação do direito posto perante qualquer ordem metapositiva.

Quando do advento do Estado Social de Direito, em substituição ao Estado de Direito Liberal (derrubado pelas crises econômicas capitalistas), foi desnudada a fraqueza do formalismo jurídico legalista da escola da exegese pós-revolução francesa. Principalmente transportando para o direito as lições econômicas de KARL MARX, surgiram as teorias críticas do direito, atacando tal espécie de positivismo legalista. Segundo o determinismo econômico de MARX, transposto para o direito através das teorias críticas, o direito formal contido nos textos legais seria tão somente uma superestrutura integralmente determinada pela infraestrutura econômica<sup>158</sup>. Segundo as teorias críticas do direito, a suposta aplicação neutra da lei formal através do mecanismo da subsunção nada teria de neutra. A interpretação meramente gramatical e o formalismo legalista seriam responsáveis por esconder a existência dos verdadeiros interesses sociais subjacentes ao processo de elaboração das leis bem como de escolha arbitrária das premissas maior e menor do mecanismo de subsunção<sup>159</sup>.

---

legal ora doutrinário ora jurisprudencial) ou de positivismo sociológico (consuetudinário), fato é que nenhuma de tais correntes aceita o necessário procedimento de legitimação do direito posto diante de um paradigma de aferição externo e metapositivo. V. BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone. 1995.

<sup>158</sup> No âmbito do direito constitucional, tal corrente encontra-se representada com pureza no pensamento de Ferdinand Lassalle, para quem a Constituição Formal (o documento constitucional oficial formal) seria mera “folha de papel”, sendo insignificante diante dos “fatores reais de poder”. V. LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2000.

<sup>159</sup> V. SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de (Org.). *Introdução Crítica ao Direito*. Brasília:Unb. 1993. (Série O Direito Achado na rua. V. I). O mecanismo de subsunção se baseia na criação legal de um fato abstrato (premissa maior), que, quando verificada a ocorrência no mundo real de fato concreto (premissa menor) que possa se subsumir a tal premissa maior, fará incidir a consequência da norma jurídica. Ocorre, todavia, que os conceitos formais são construídos através de reduções abstratas da realidade concreta. A premissa maior abstrata legal é composta por conceitos construídos artificialmente através da redução da realidade fática, esta última muito mais rica. Afirmar, portanto, que uma premissa menor pode ou não ser subsumida na premissa maior abstrata depende da eleição (muitas vezes arbitrária e não explicitada, não neutra) pelo intérprete de quais devem ser os elementos distintivos relevantes para que se possa considerar ou não um fato concreto como subsumível na premissa maior reduzida.

No que diz respeito à legitimação jurídico-moral do modelo estatal bem como do direito positivo, entretanto, não houve significativo progresso em relação ao Estado de Direito Liberal. O positivismo formalista legalista do período pós-revolução francesa foi unicamente substituído por um positivismo de viés sociológico. Para além dos simples conceitos formais, havia a preocupação com os interesses sociais bem como com os fatores reais de poder. Nada obstante, inexistia qualquer preocupação com a necessidade de legitimação jurídico-moral do direito positivo bem como da estrutura estatal posta diante de valores morais metapositivos críticos.

A retomada das preocupações com o tema da legitimação jurídico-moral do direito positivo bem como da estrutura estatal posta perante um paradigma de aferição metapositivo se reiniciaria tão somente após o fim da segunda guerra mundial. Diante da constatação dos horrores cometidos pelo nazismo<sup>160</sup>, ficava evidente que o direito positivo não poderia encontrar fundamento em si mesmo pelo simples fato de ter sido estabelecido pela autoridade no Poder, independente de qualquer conteúdo que albergasse. Ficava evidente que a “legitimidade democrática”<sup>161</sup> do direito positivo não poderia suprir a necessidade de “legitimação jurídico-moral” desse mesmo direito positivo. A imposição histórica pelos horrores do nazismo de retomada do tema da legitimação do direito positivo à luz de valores metapositivos implicou em um primeiro momento o ressurgimento da teoria do direito natural, tradicional instrumento de legitimação do direito positivo ao longo da história.

---

<sup>160</sup> Em verdade, deve-se destacar ser duvidosa a veracidade da habitual afirmação de que o nazismo se baseou em uma concepção jusfilosófica positivista. Muito se afirma que o positivismo jurídico, ao impedir o questionamento do conteúdo do direito posto perante uma ordem de valores metapositiva teria sido responsável pelo regime nazista. Nada obstante, há quem sustente como Ingeborg Maus que o que ocorreu na Alemanha nazista foi justamente um jusnaturalismo baseado em valores metapositivos deturpados, de superioridade da raça ariana. V. MAUS, Ingeborg. “O Judiciário como superego da sociedade”.

De toda forma, ainda que o nazismo alemão tenha se baseado em doutrina jusnaturalista deturpada, não há dúvidas de que os horrores cometidos na Alemanha levantaram sérias discussões acerca da inviabilidade do juspositivismo e da necessidade de legitimação do direito positivo quando do fim da segunda guerra. Se por um lado é possível que um jusnaturalismo deturpado tenha sustentado o nazismo durante a vigência de tal regime na Alemanha, por outro lado, certo é que a corrente juspositivista não seria capaz de oferecer respostas satisfatórias quando do fim da guerra. Quando do famoso e histórico tribunal de Nuremberg ao fim da segunda guerra mundial, a maior dificuldade para os adeptos do juspositivismo era censurar juridicamente as condutas dos agentes nazistas, eis que na maioria dos casos tais agentes haviam atuado em conformidade com a mais estrita legalidade. Somente com base em uma concepção jusnaturalista seria possível se afirmar que os agentes nazistas teriam violado o direito, eis que a definição das normas jurídicas não se resumiria aos textos legais positivos. A grande questão seria, essa sim, a defesa de uma concepção de direito natural apoiada em valores corretos de “natureza humana”, não nos valores deturpados do jusnaturalismo nazista.

Em tal período, portanto, a retomada inicial da preocupação com o tema da legitimação do direito positivo diante de valores morais metapositivos, imposição histórica diante da constatação dos horrores do nazismo, levou inicialmente a um ressurgimento da teoria do direito natural, clássico instrumento de legitimação do direito positivo ao longo da história.

<sup>161</sup> Acerca da distinção entre “legitimidade democrática” e “legitimação jurídico-moral”, v. nota de rodapé 152 *supra*.

Na tradição alemã, tal qual na tradição francesa, também presenciou-se, evidentemente com as devidas adaptações, uma evolução histórica do positivismo conceitual formalista, passando por um positivismo sociológico até a necessidade de retomada do ingresso dos valores morais no ordenamento. Bem relata KARL LARENZ<sup>162</sup>, um dos principais expoentes da Jurisprudência dos Valores, como a mesma surgiu em evolução da Jurisprudência dos Conceitos e da Jurisprudência dos Interesses no desenvolver das questões de filosofia do direito na tradição alemã.

Defendia a Jurisprudência dos Conceitos uma visão extremamente formalista e reducionista do direito. Segundo tal concepção, a operacionalização do direito dependeria apenas da formulação e correta aplicação de conceitos jurídicos formais. A Jurisprudência dos Conceitos não se limitava a juristas que reduziam o direito a conceitos legais, previstos em diplomas legislativos (espécie de formalismo conceitual que talvez seja mais familiar à tradição brasileira). Na tradição alemã, marcava-se o formalismo da Jurisprudência dos Conceitos principalmente pelo manejo de conceitos decantados pela doutrina e ciência jurídicas alemãs sobre os institutos jurídicos.

A Jurisprudência dos Interesses, por sua vez, agregou novo componente ao direito. Ao invés de se preocupar com os conceitos formulados legalmente ou pela doutrina, deveria a Jurisprudência analisar, sobretudo, os interesses subjacentes às normas jurídicas. Dever-se-ia atentar aos fatores e razões sociais que ensejaram a norma jurídica e cuja proteção era almejada por esta última. O formalismo inerente à Jurisprudência dos Conceitos havia se apresentado insuficiente. Não bastavam os conceitos legais e doutrinários sobre os institutos jurídicos sem qualquer consideração acerca dos fatores sociais e interesses envolvidos pelos mesmos.

Ocorre, entretanto, que também a Jurisprudência dos Interesses mostrou-se incompleta. Por um lado, ao inserir na ciência do direito a preocupação com os fatores sociais e interesses subjacentes aos conceitos jurídicos, a Jurisprudência dos Interesses havia suprido um reducionismo cometido pela Jurisprudência dos Conceitos. Por outro lado, todavia, permanecia a Jurisprudência dos Interesses a sofrer de um segundo reducionismo também já presente na Jurisprudência dos Conceitos, a saber, a falta de consideração dos valores morais metapositivos.

---

<sup>162</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução por José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian. 3ª Ed. 1997.

Embora talvez não se possa atribuir completamente ao fim da segunda guerra mundial<sup>163</sup> a responsabilidade pelo surgimento da Jurisprudência dos Valores, não há dúvidas de que a barbárie cometida pelo nazismo de Hitler impulsionou o retorno da preocupação com valores morais metapositivos. Em um primeiro momento, a retomada de um paradigma metapositivo para o direito ocorreu através de formulações ainda um pouco fluidas como a de GUSTAV RADBRUCH<sup>164</sup>, segundo a qual o direito positivo deveria ser válido desde que não fosse “extremamente” injusto. Posteriormente, a Corte Constitucional da Alemanha foi progressivamente lapidando teoria acerca de uma ordem material de valores<sup>165</sup>, cujo conteúdo foi sendo diuturnamente mais bem definido.

A renovada preocupação com os valores metapositivos não foi presenciada apenas com o rompimento dos positivismos de tradição legalista francesa ou de tradição doutrinária alemã. RICARDO LOBO TORRES escreveu artigo<sup>166</sup> onde, de forma muito interessante, conecta a evolução ocorrida na tradição alemã àquela igualmente presenciada no mundo anglo-americano. Se a Alemanha observou uma passagem da Jurisprudência dos Conceitos à Jurisprudência dos Valores, a tradição anglo-americana vivencia hoje com grande intensidade o embate entre o positivismo e o não positivismo.

Também na tradição anglo-americana podem-se apontar manifestações de teorias jurídicas ligadas a um positivismo conceitual, de teorias ligadas a um positivismo sociológico e, finalmente, de teorias preocupadas com o ingresso de valores morais no ordenamento jurídico<sup>167</sup>. Devido às especificidades decorrentes do sistema da *common law*, o positivismo conceitual da tradição anglo-americana consistiu essencialmente na interpretação formalista

---

<sup>163</sup> Embora seja inegável que os horrores da segunda guerra tenham impulsionado bastante a preocupação com os valores, há juristas que nitidamente despertaram para os valores por motivos diversos. Um bom exemplo do afirmado é que Karl Larenz, um dos principais expoentes da Jurisprudência dos Valores, é apontado como partidário do regime nazista, antes mesmo da derrocada de Hitler.

<sup>164</sup> Gustav Radbruch, analisando o interessante caso dos “atiradores do muro”, afirmará que o direito positivo, via de regra, é sempre direito, ainda que “um pouco” injusto. Nada obstante, já oferecendo o pensador abertura para a reinserção do tema da legitimação do direito positivo, afirmará que este direito positivo deixará de ser direito quando “extremamente injusto”. Embora não ofereça critérios mínimos para distinguir o que seria um direito “extremamente injusto”, a obra do autor certamente representa um marco importante na retomada do tema da legitimação do direito positivo. V. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. “Pós-Positivismo: o argumento da injustiça além da fórmula de Radbruch”. In *Revista de Direito do Estado*. Nº 4: 199-230. 2006.

<sup>165</sup> A respeito da formulação da ordem material de valores desenvolvida pela Corte Constitucional da Alemanha, v. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução por José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian. 3ª Ed. 1997.

<sup>166</sup> TORRES, Ricardo Lobo. “A Jurisprudência de Valores”. In SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

<sup>167</sup> Expondo as diferenças entre as teorias baseadas em um formalismo conceitual e as teorias baseadas em um realismo jurisprudencial livre de amarras conceituais na tradição anglo-americana, Herbert Hart adere a uma posição intermediária. Afirma que sua teoria não se restringe a uma mera interpretação formalista de conceitos, mas que tal não significa ignorar completamente os mesmos. V. HART, Herbert L. A.. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2005.

dos conceitos formulados nos precedentes jurisprudenciais (não conceitos formulados nas leis como na França nem na Jurisprudência como na Alemanha).

O positivismo sociológico também se fez presente na tradição anglo-americana. Por um lado, em tal sistema jurídico, formou-se uma verdadeira tradição de teorias (que remontam aos utilitaristas) que conferem amplo destaque às preocupações de caráter pragmático-consequencialista. Tais teorias preocupam-se com as conseqüências práticas decorrentes da aplicação do direito no mundo dos fatos. Por outro lado, formou-se tradição igualmente forte em tal sistema jurídico de teorias que se convencionou denominar de realismo jurídico. Segundo tais teorias, não haveria que se falar em direito previsto em tese e abstrato nos conceitos formais antes de sua aplicação concreta. O direito seria inteiramente criado sem qualquer amarra somente quando de sua aplicação prática aos casos concretos.

Por fim, também na tradição anglo-americana surgiram as teorias não-positivistas, preocupadas com a retomada das preocupações com o ingresso de valores morais metapositivos no ordenamento jurídico. Em verdade, desde a obra de JOHN RAWLS<sup>168</sup>, precisamente os jusfilósofos americanos serão os responsáveis pelas maiores contribuições recentes no âmbito da filosofia político-moral contemporânea.

Tal qual exposto, logo após a segunda guerra mundial, houve uma primeira tentativa de retomada das preocupações com a legitimação jurídico-moral do ordenamento jurídico posto através do tradicional instituto do direito natural. Entretanto, os inconvenientes da tradicional teoria do direito natural, que propunha um paradigma racional ou divino universal e atemporal de aferição do direito positivo sem todavia oferecer critérios minimamente objetivos de definição de seu conteúdo, tornavam a arcaica doutrina do jusnaturalismo insuficiente para capitanear os novos esforços de legitimação jurídico-moral do direito positivo.

A retomada dos esforços de legitimação somente se robusteceria de verdade nos anos 1970s, tendo como marco inconfundível a obra de JOHN RAWLS<sup>169</sup>. O autor formulou uma teoria da justiça, defendendo a necessidade de compatibilização do direito positivo bem como da estrutura estatal posta com a mesma. Tal teoria da justiça, que constituía portanto paradigma metapositivo de aferição do direito posto, ao contrário da teoria clássica do direito natural, contava com princípios razoavelmente bem definidos, capazes de instrumentalizar e racionalizar o ingresso dos valores morais críticos na ordem jurídica positiva.

---

<sup>168</sup> RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

<sup>169</sup> RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

A obra de JOHN RAWLS, como bem demonstram WILL KYMLICKA<sup>170</sup> e ROBERTO GARGARELLA<sup>171</sup>, longe de tornar-se opinião comum e pacífica na academia internacional, teve justamente como mérito maior constituir referência para infundáveis posições divergentes. Desde a obra de RAWLS nos anos 70 até os dias de hoje, passou-se a vivenciar uma verdadeira pulverização nas diferentes correntes de filosofia político-moral e de legitimação do direito e do Estado. Não basta que um jusfilósofo se posicione a favor da necessidade de legitimação do direito positivo perante um paradigma de valores morais. Seria possível definir-se um conteúdo objetivo, um objeto real, em que consistam tais valores? Tais valores poderiam ser alcançados de forma monológica através do raciocínio subjetivo de um indivíduo? Seriam universais? Que valores morais seriam esses e qual o conteúdo da teoria da justiça? Decorreriam os princípios de justiça dos valores comunitários? De valores individuais? Do agir comunicativo? O simplório dualismo juspositivismo/jusnaturalismo é substituído por inúmeros matizes de filosofia político-moral, tais como o utilitarismo/maximização da riqueza social<sup>172</sup>, o libertarianismo<sup>173</sup>, o liberalismo-igualitário<sup>174</sup>, o liberalismo-republicano<sup>175</sup>, o republicanismo<sup>176</sup>, o comunitarismo<sup>177</sup> e o procedimentalismo deliberativo democrático<sup>178</sup>.

Fato é que, após a obra de RAWLS, poder-se-ia concordar com tal autor ou discordar do mesmo. Nunca, entretanto, ignorá-lo. O tema da legitimação jurídico-moral do Estado bem como do direito posto não pode ser simplesmente ignorado, devendo ser enfrentado mesmo por quem eventualmente pretenda justamente defender a inexistência de tal dever de

<sup>170</sup> KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes. 2006.

<sup>171</sup> GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça depois de Rawls. Um breve manual de filosofia política*. São Paulo: Martins Fontes. 2008.

<sup>172</sup> Contemporaneamente, uma das principais correntes de filosofia político-moral é aquela que defende como parâmetro de aferição de correção do direito positivo bem como das estruturas estatais político-jurídicas postas a aptidão de tais institutos para fins de maximização da riqueza social. Por todos, v. POSNER, Richard. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 2007. Embora dotada de novas terminologia e roupagem para se apresentar como corrente contemporânea de filosofia político-moral, a maximização da riqueza social, no entender da presente tese, em muito corresponde à clássica corrente do utilitarismo, surgida bem antes da obra de Rawls. V. BENTHAM, Jeremy. *The Principles of Morals and Legislation*. New York: Hafner Press. 1948.

<sup>173</sup> V. NOZICK, Robert. *Anarchy, State, and Utopia*. Basic Books. 1974. V. Tb. HAYEK, Friedrich A.. *Law, Legislation and Liberty. A new statement of the liberal principles of justice and political economy*. V. I *Rules and Order*. Chicago: The University of Chicago Press. 1973.

<sup>174</sup> V. RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes. 2002; v. tb. DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana. A teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes. 2005.

<sup>175</sup> V. SUNSTEIN, Cass. *After the Rights Revolution. Reconceiving the Regulatory State*. Cambridge: Harvard University Press. 1990.

<sup>176</sup> V. PETTIT, Philip. *Contemporary Political Theory*. New York: Macmillan Publishing Company. 1991.

<sup>177</sup> V. TAYLOR, Charles. *Argumentos Filosóficos*. Barcelona: Paidós. 1997; v. tb. SANDEL, Michael. *Liberalism and the Limits of Justice*. Cambridge: Cambridge University Press; v. tb. WALZER, Michael. *Esferas da Justiça. Uma defesa do pluralismo e da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

<sup>178</sup> V. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003.



legitimação. Devido à virada kantiana exposta, marcada pela retomada nas últimas décadas de importantes questionamentos no âmbito da filosofia político-moral, o direito não pode mais fugir às questões de legitimação jurídico-moral. Não se pode mais aceitar de forma passiva e acrítica a afirmação de que o direito positivo bem como as instituições estatais político-jurídicas postas se encontram legitimadas pelo simples fato de existirem como instituições estatais afirmadas pela autoridade vigente. Tratar-se-ia de tautologia inaceitável. Devido à virada mencionada, todo o direito positivo bem como todas as instituições estatais político-jurídicas postas devem ser submetidos a um exame de “legitimação jurídico-moral”. A saber, deve-se aferir se tais instituições se encontram “legitimadas jurídico-moralmente”, estando justificadas, respaldadas, em conformidade ou correção com determinada concepção de filosofia político-moral e determinada teoria de justiça tomadas por paradigmas de aferição.

Com o direito regulatório e com o instituto da regulação estatal não deve ser diferente. O que justificaria a regulação estatal em um plano jurídico-moral? Quais seriam os fundamentos e razões jurídico-morais a justificar a existência de regulação? Enfim: por que regular em uma perspectiva de legitimação jurídico-moral?

Sendo certo que toda e qualquer regulação estatal, por definição e *in re ipsa*, representa uma limitação à liberdade e à autonomia individuais, como se poderia defender a legitimação jurídico-moral da mesma? Que argumentos poderiam ser manejados de forma a se considerar jurídico-moralmente legitimada a regulação? Quais deveriam ser as concepções de filosofia político-moral e de teoria da justiça a serem tomadas como parâmetros de aferição da legitimação jurídico-moral da regulação? Tais concepções de filosofia político-moral e de teoria da justiça a serem tomadas como parâmetros de aferição de legitimação jurídico-moral da regulação já haveriam sido adotadas expressa ou implicitamente pela Constituição da República de 1988? Poder-se-ia impor, quando da interpretação da Carta Magna de 1988 para fins de aferição de constitucionalidade da regulação estatal, determinada leitura de filosofia político-moral específica da Lei Maior? Que valores morais fundamentais e princípios morais de teoria da justiça poderiam se apresentar como pilares de legitimação jurídico-moral da regulação estatal? Que institutos metodológicos poderiam ser utilizados para instrumentalizar o ingresso de valores jurídico-morais no ordenamento bem como para operacionalizar a aferição de legitimação jurídico-moral da regulação estatal?

Todas as questões expostas inserem-se no âmbito de preocupações da legitimação jurídico-moral da regulação. Sendo certo que, desde a virada kantiana, todo o direito positivo bem como todas as instituições estatais político-jurídicas positivadas devem se encontrar

jurídico-moralmente legitimados, o mesmo deve se passar com o direito regulatório e com a regulação estatal. Este será o objetivo primordial da presente Parte II da tese<sup>179</sup>: indagar acerca da legitimação jurídico-moral da regulação estatal. Indagar quando, com base em que fundamentos e em que medida se encontraria legitimada jurídico-moralmente a regulação estatal, este instrumento que, tal qual exposto, consiste em direcionar ou mesmo controlar condutas de agentes em clara tensão com a autonomia dos indivíduos.

**2.3 Por um liberalismo-republicano a ser adotado como o paradigma de aferição da legitimação jurídico-moral do ordenamento. É possível a leitura das mais diversas constituições positivas a partir de qualquer concepção prévia de filosofia político-moral? O que vem antes: determinada concepção de filosofia político-moral pré-constitucional universal molda as constituições positivas a serem pactuadas ou determinada constituição positiva específica estabelece qual a concepção de filosofia político-moral a ser adotada? As leituras jurídico-morais possíveis diante do texto específico da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A concepção de filosofia político-moral que parece mais adequada independente de qualquer constituição em particular e que é compatível especificamente com a Carta Magna de 1988**

Nos capítulos anteriores, foi exposto que o instituto da legitimação jurídico-moral, ao qual necessariamente deve se submeter toda e qualquer regulação estatal, consiste na aferição de correção e de justificação das medidas regulatórias adotadas pelo Poder Público perante determinada concepção de filosofia político-moral a servir de paradigma externo. No momento, cabe deixar claro qual dentre as inúmeras concepções de filosofia político-moral contemporâneas deve ser utilizada para fins de ser levada adiante a empreitada de legitimação jurídico-moral das regulações estatais.

---

<sup>179</sup> A presente Parte II da tese será destinada a enfrentar os pontos mais sensíveis bem como a estabelecer uma teoria geral pertinente à legitimação jurídico-moral de toda e qualquer regulação estatal.

A Parte III da tese, por sua vez, terá por objeto o estudo de caso das regulações estatais que utilizem especificamente argumentos de natureza paternalista. Na Parte III, serão aplicadas especificamente às regulações estatais paternalistas as premissas teóricas desenvolvidas genérica e abstratamente na Parte II acerca da legitimação jurídico-moral de toda e qualquer regulação estatal.

Na Parte III, será utilizada como estudo de caso a legitimação jurídico-moral das regulações estatais que se baseiam especificamente em argumentos de natureza paternalista em decorrência da extrema sensibilidade jurídico-moral de tais argumentos bem como em decorrência da frequência com a qual tais argumentos são manejados como supostos fundamentos a legitimar jurídico-moralmente inúmeras medidas regulatórias.

Esta grande indagação (“qual concepção de filosofia político-moral deve ser adotada como paradigma externo de aferição da legitimação jurídico-moral das instituições político-jurídicas postas no Brasil?”) deve ser precedida de um importante questionamento que lhe é prejudicial. Tal questionamento prejudicial consiste na metaindagação acerca de qual deve ser a relação mantida entre as especificidades das diferentes constituições dos ordenamentos jurídicos postos e a escolha de uma concepção de filosofia político-moral como paradigma externo de legitimação das instituições político-jurídicas positivadas especificamente destes ordenamentos postos.

Somente após respondida a metaindagação prejudicial exposta, dependendo das conclusões a que se chegar, cabe enfrentar diretamente as indagações ou acerca da definição de qual concepção de filosofia político-moral deve ser adotada como paradigma de aferição de legitimação de toda e qualquer constituição dos mais diferentes ordenamentos positivos ou acerca da definição de qual concepção de filosofia político-moral deve ser adotada como paradigma de aferição de legitimação de uma constituição de um ordenamento jurídico positivo em específico. Explica-se.

Dentro da metaindagação acerca de qual deve ser a relação mantida entre as especificidades das diferentes constituições dos ordenamentos jurídicos postos determinados e a escolha de uma concepção de filosofia político-moral como paradigma externo de legitimação das instituições político-jurídicas positivadas especificamente destes ordenamentos postos, devem ser enfrentadas as seguintes questões: seria possível definir-se uma concepção de filosofia político-moral como “a melhor ou a correta ou a mais adequada” independente de qualquer constituição positiva em específico? Seria possível definir-se que uma mesma determinada concepção de filosofia político-moral deve ser utilizada como “o correto ou o melhor ou o mais adequado” parâmetro externo de legitimação jurídico-moral das instituições político-jurídicas positivadas em toda e qualquer sociedade específica, independentemente do conteúdo das diferentes constituições que instituam esses diversos ordenamentos jurídicos positivos? Uma vez escolhida uma concepção de filosofia político-moral para fins de paradigma externo de legitimação jurídico-moral de todos os mais diversos ordenamentos positivos, caso a mesma seja incompatível com a constituição de determinado ordenamento positivo, o que se deve fazer? Deve-se considerar a constituição em questão “jurídico-moralmente inconstitucional”? Caso possível, deve-se realizar uma “interpretação jurídico-moralmente conforme” de tal constituição? Quais seriam os limites da interpretação jurídico-moral das mais diversas constituições positivas específicas? Por outro lado, seria

possível que determinada constituição específica seja compatível com diversas concepções de filosofia político-moral?

Definidas as conclusões acerca das metaindagações prejudiciais expostas, poder-se-á responder à indagação principal sobre qual a concepção de filosofia político-moral a ser adotada como paradigma externo de legitimação jurídico-moral do ordenamento brasileiro e de suas instituições político-jurídicas positivadas (entre estas as regulações estatais). A depender das conclusões obtidas acerca das metaindagações prejudiciais, deverá ser escolhida ou uma concepção de filosofia político-moral a ser adotada como paradigma universal de legitimação jurídico-moral de toda e qualquer constituição positiva, ou uma concepção de filosofia político-moral a ser adotada como paradigma de legitimação jurídico-moral especificamente da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Deve-se iniciar, portanto, evidentemente com o enfrentamento das metaindagações prejudiciais expostas. Estar-se-ia diante de concepções de filosofia político-moral de caráter pré-constitucional, com fundamento anterior ao advento das diversas constituições positivas e capazes mesmo de definir os limites de conteúdo destas últimas? Ou estar-se-ia diante de concepções de filosofia político-moral de caráter pós-constitucional e pós-político, estabelecidas e fundamentadas por determinada constituição positiva?

No Capítulo I.2 da presente tese, foi analisado interessante artigo de CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO e de JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA<sup>180</sup> acerca da interpretação que deveria ser conferida ao princípio constitucional da livre iniciativa. Foi exposto na ocasião que os autores, em tal artigo, enfrentaram de forma bastante instigante a interpretação de diversas normas e institutos constitucionais pertinentes principalmente à ordem econômica na Constituição de 1988 (princípio da livre iniciativa, princípio da subsidiariedade, regime de monopólios, entre outros). Buscaram, neste sentido, definir o conteúdo bem como a extensão que deveriam ser conferidos a tais normas e institutos quando da interpretação constitucional.

Ao realizarem a empreitada em tela, os autores não partiram de uma interpretação neutra do ponto de vista da filosofia político-moral. A presente tese não possui qualquer ressalva a fazer aos autores quanto a tal não neutralidade interpretativa do ponto de vista da filosofia político-moral. Pelo contrário, a presente tese se coloca de acordo com os autores

---

<sup>180</sup> MENDONÇA, José Vicente Santos de & SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa”. IN SARMENTO, Daniel & SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

quanto à necessidade de a interpretação jurídica da Constituição ser necessariamente uma interpretação jurídico-moral constitucional. A própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 exige que sua interpretação jurídica seja complementada através de elementos morais. A interpretação jurídica da Constituição de 1988 deve necessariamente ser uma interpretação jurídico-moral. Nada obstante, qual deveria ser a concepção de filosofia político-moral, entre as inúmeras importantes correntes contemporâneas, que deve nortear tal interpretação jurídico-moral da Carta de 88?

Tal qual devidamente exposto no Capítulo I.2 da presente tese, CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO e JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA<sup>181</sup> realizaram leitura liberal rawlsiana da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Neste sentido, os autores trabalham de forma interessante com o Liberalismo Político de JOHN RAWLS, manejando principalmente os institutos do consenso sobreposto e das doutrinas particulares abrangentes. Isto para afirmar que, no entender dos autores, a primazia da livre iniciativa e o princípio da subsidiariedade seriam parte de doutrinas abrangentes, não do consenso sobreposto, não devendo ser considerados tais princípios como dotados de jusfundamentalidade. Enfim, os autores realizam uma interpretação constitucional não neutra do ponto de vista da filosofia político-moral. Expressamente propõem uma interpretação jurídico-moral da Constituição da República Federativa do Brasil informada por uma concepção liberal rawlsiana de filosofia político-moral.

Mas por que se deveria aceitar acriticamente esta premissa? Por que razão a interpretação jurídico-moral da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 deveria ser informada por uma concepção liberal rawlsiana de filosofia político-moral? Por que não se deveria fazer uma leitura jurídico-moral habermasiana da Carta de 88 tal qual parece propor ÁLVARO RICARDO DE SOUZA CRUZ<sup>182</sup>? Por que não aceitar que a interpretação jurídico-moral da Lei Maior de 88 deva ser informada mesmo por qualquer outra concepção de filosofia político-moral?

---

<sup>181</sup> MENDONÇA, José Vicente Santos de & SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa”. IN SARMENTO, Daniel & SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

<sup>182</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. “Uma Nova Alternativa para o Direito Brasileiro: O Procedimentalismo”. In SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO e JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA<sup>183</sup> não justificam por que razão propõem uma interpretação jurídico-moral da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 informada por uma concepção liberal rawlsiana de filosofia político-moral. Tratar-se-ia de uma concepção de filosofia político-moral de fundamento pré-constitucional, adotada pelos autores como “o melhor ou mais correto” parâmetro de legitimação que deva ser aplicável a toda e qualquer constituição independentemente do ordenamento positivo de que se esteja falando, ou tratar-se-ia de uma concepção de filosofia político-moral que os autores entendem ser imposta especificamente pela Lei Maior pátria de 1988? Enfim, os autores não justificam por que razão deveria a interpretação da Carta Magna ser informada por uma leitura liberal rawlsiana: por uma concepção pré-constitucional e universal a todas as constituições ou se por uma concepção decorrente das escolhas realizadas especificamente pela própria Constituição de 1988.

Mister se faz enfrentar imediatamente estas metaindagações acerca da relação mantida entre as concepções de filosofia político-moral e a especificidade das constituições dos diferentes ordenamentos jurídicos postos. A discussão passa diretamente pelo debate sobre a superação dos positivismos de todas as espécies bem como pela constatação nem sempre evidente de que as constituições, por mais que sejam as normas de maior hierarquia dos ordenamentos positivos, não deixam de ser normas positivadas.

No Capítulo II.2 da presente tese, defendeu-se a posição de que o instituto da legitimação jurídico-moral exige a superação dos positivismos de todas as espécies, sendo consideradas “positivistas” todas as teorias que não compreendam a necessidade de fundamentação última e de correção do direito positivo perante um paradigma moral crítico metapositivo. Outrossim, afirmou-se em tal ocasião o entendimento de que as diversas espécies de positivismo recaem em uma petição de princípio/tautologia ao afirmarem que o direito positivo é válido e possui autoridade porque este próprio direito positivo assim determina.

Neste sentido, parece uma inversão de lógica a afirmação de que deve decorrer da própria constituição a escolha da concepção de filosofia político-moral responsável última pela fundamentação desta mesma constituição. Não parece que a própria norma positivada (e as constituições, por mais que sejam as normas de maior hierarquia dentro dos ordenamentos

---

<sup>183</sup> MENDONÇA, José Vicente Santos de & SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa”. IN SARMENTO, Daniel & SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

positivos, são normas positivadas), que deve ser objeto de legitimação jurídico-moral perante um paradigma externo de aferição de correção, possa definir qual a concepção de filosofia político-moral a ser adotada como tal paradigma externo. A partir do momento em que se entenda que a escolha da concepção de filosofia político-moral a servir de parâmetro para a aferição de legitimação decorre de uma constituição positivada, tal paradigma deixa de verdadeiramente constituir um parâmetro “externo” ao próprio ente sob análise. Em última instância, o próprio ente que é objeto de aferição de legitimação estará determinando qual o parâmetro a servir de critério de sua legitimação.

Tratar-se-ia, portanto, de uma tautologia ou petição de princípio tipicamente positivista e incompatível com o instituto da legitimação jurídico-moral das instituições político-jurídicas positivadas. No Capítulo II.2, já havia sido mencionada a lição do professor RICARDO LOBO TORRES<sup>184</sup>, que bem explica que toda e qualquer pretensão de legitimação, por definição, pressupõe que o objeto cuja legitimação se busca aferir seja submetido a um parâmetro que lhe seja externo. Ou seja, a concepção de filosofia político-moral que constitui o fundamento último de legitimação de todo o ordenamento positivo (incluindo a constituição, que é norma positivada) deve ser pré-constitucional. Tal concepção é que deve servir de fundamento para o estabelecimento das constituições positivas, determinando os conteúdos que estas poderão ou não adotar quando da instituição dos ordenamentos positivos em conformidade com os fundamentos de filosofia político-moral. Não são as constituições positivadas que determinarão qual a concepção de filosofia político-moral que deve ser adotada. A concepção de filosofia político-moral deve constituir fundamento para o estabelecimento das constituições positivas, não o contrário (as constituições positivas servirem de fundamento para a adoção de determinada concepção de filosofia político-moral)<sup>185</sup>.

---

<sup>184</sup> TORRES, Ricardo Lobo. “A Legitimação dos Direitos Humanos e os princípios da Ponderação e da Razoabilidade”. In TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.

<sup>185</sup> Além de representar uma tautologia quanto à fundamentação e legitimação (eis que as próprias constituições positivas que devem ser objeto de legitimação estariam escolhendo em última análise os fundamentos a lhes servirem de justificação), caso se entendesse que caberia às constituições positivas definir qual a concepção de filosofia político-moral a ser adotada, estar-se-ia igualmente diante de uma subversão da metodologia interpretativa. Explica-se.

O Código Tributário Nacional, em seu Livro Segundo, Título I, Capítulo IV, expressamente busca disciplinar a “Interpretação e Integração da Legislação Tributária”. O professor RICARDO LOBO TORRES (v. TORRES, Ricardo Lobo. *Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar. 3ª Ed. 2000) escreveu obra interessantíssima precisamente destinada a debater tal parte do CTN. Uma das críticas mais interessantes realizadas pelo professor a respeito de tal Capítulo do CTN é a de que o mesmo estaria realizando uma subversão metodológica do processo de interpretação. Ora, as normas do Código Tributário Nacional

A concepção de filosofia político-moral pré-constitucional, adotada de forma independente das diversas constituições que instituem os diferentes ordenamentos positivos, constitui, em última análise, a salvaguarda final que os indivíduos podem possuir perante uma ordem constitucional positiva injusta. As teorias positivistas somente possuem resposta para o caso em que normas jurídicas de hierarquia inferior violem normas jurídicas de hierarquia superior, único paradigma de aferição de correção. O que fazer, entretanto, diante de uma constituição positivada que seja absurdamente injusta? A ciência do direito, segundo uma ótica positivista, não será capaz de solucionar esta questão.

E se determinada constituição positivada adotar uma concepção comunitária perfeccionista de filosofia político-moral, consistente na consagração de um Estado baseado em um fundamentalismo religioso extremado? Alegando que, pela adoção de uma concepção comunitária, os institutos político-jurídicos positivados deveriam refletir os valores compartilhados por aquela comunidade, poderia uma constituição positiva estabelecer o extermínio de outras minorias religiosas no país? E se determinada constituição positivada adotar uma concepção utilitária extremada de filosofia político-moral, consistente na consagração de um Estado baseado apenas na busca do maior somatório de satisfações e bem-estar? Alegando que, pela adoção de uma concepção utilitária, os institutos político-jurídicos positivados deveriam buscar o maior somatório de satisfação, poderia uma constituição positiva tutelar a escravidão de uma minoria racial caso tal acarrete um maior somatório de satisfação da imensa maioria de pessoas pertencentes à raça dominante?

Os casos mencionados de propósito apresentam exemplos extremados com o intuito de deixar claro o ponto: a concepção de filosofia político-moral a ser adotada para fins de

---

deveriam ser objeto de interpretação, não normas destinadas a determinar como deveria ser realizado o processo de interpretação.

Parece que subversão metodológica do processo de interpretação semelhante ocorreria no caso de entender-se que as constituições positivas seriam responsáveis pela escolha de qual concepção de filosofia político-moral deva servir de fundamento último e parâmetro de correção do ordenamento positivo. Ora, a interpretação jurídica das constituições positivas necessariamente constitui uma interpretação jurídico-moral. O conteúdo das normas constitucionais somente pode ser revelado, quando da interpretação, através do ingresso de valores e complementos político-morais. Neste sentido, a interpretação das constituições positivas deve ser feita à luz de determinada concepção de filosofia político-moral que lhe confere um norte axiológico. Tal qual as normas jurídicas positivadas infraconstitucionais através do princípio da unidade (acerca do princípio da unidade, v. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva. 1999) e do fenômeno da constitucionalização-releitura (acerca do fenômeno da constitucionalização do direito, v. SARMENTO, Daniel & SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007) devem ser interpretadas à luz das constituições positivas, buscando nestas seu eixo axiológico, as próprias constituições positivas devem ser interpretadas à luz de determinada concepção de filosofia político-moral.

Desta forma, caso se entenda que das constituições positivadas deva decorrer a escolha da concepção de filosofia político-moral que deve servir de norte axiológico para a interpretação das mesmas, estar-se-ia diante de subversão metodológica do processo interpretativo. A saber, as próprias normas objeto de interpretação estariam determinando o eixo axiológico à luz do qual deveriam ser interpretadas.



fundamentação última do ordenamento positivo bem como para conferir o norte axiológico de interpretação do mesmo não pode ser adotada pelas próprias constituições positivadas. Além de representar tautologia positivista e subversão lógica no que diz respeito à fundamentação do ordenamento, tal entendimento corresponderia à impossibilidade de realização de uma verdadeira pretensão de legitimação e correção dos ordenamentos positivos, acabando-se com a última salvaguarda diante de uma constituição positiva eventualmente injusta.

Em termos bastante diretos: para que se possa ter uma pretensão de correção e análise de legitimação de uma constituição positivada, o parâmetro de tal aferição (a concepção de filosofia político-moral adotada) não pode decorrer desta própria constituição. Pelo contrário, em situações dramáticas e excepcionais, pode ocorrer mesmo de, estando uma constituição em tal grau contrária à concepção de filosofia político-moral adotada, dever ser declarada a “inconstitucionalidade-imoralidade” da constituição positiva em tela.

Como se sabe, OTTO BACHOF<sup>186</sup> escreveu interessante livro acerca das diferentes possibilidades de eventualmente as normas constitucionais serem consideradas inconstitucionais. Não existe qualquer polêmica entre os constitucionalistas brasileiros acerca da possibilidade de ser declarada a inconstitucionalidade de normas constitucionais que tenham sido criadas pelo Poder Constituinte Derivado (emendas e revisões) em desconformidade com as limitações de reforma constitucionalmente impostas pelo Poder Constituinte Originário<sup>187</sup>. OTTO BACHOF<sup>188</sup>, entretanto, vai muito além desta possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais. O autor em tela expõe duas principais possibilidades de declaração de inconstitucionalidade mesmo de normas constitucionais que tenham sido fruto do trabalho do Poder Constituinte Originário.

Primeiramente, seria o caso em que uma Assembléia Constituinte tenha violado, ao elaborar o texto originário de uma constituição, procedimentos que haviam sido pactuados quando da instauração da Assembléia. Além disto, o outro caso seria aquele em que o texto originário de uma constituição violasse o conteúdo de algumas normas universais (violação a uma espécie de direito natural embora o autor não tenha desenvolvido muito que normas seriam essas).

Óbvio que a possibilidade mencionada por BACHOF de declaração de inconstitucionalidade das normas constitucionais elaboradas pelo Poder Constituinte

---

<sup>186</sup> BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?*. Coimbra: Almedina. 1994.

<sup>187</sup> Acerca da posição pacífica entre os constitucionalistas brasileiros de que é possível a declaração de inconstitucionalidade de emendas constitucionais, v. BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva. 2004.

<sup>188</sup> BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?*. Coimbra: Almedina. 1994.

Originário em virtude de violação de um conjunto de normas universais superiores deve ser utilizada com extrema parcimônia. Em respeito à segurança institucional, à estabilidade política e mesmo à legitimidade democrática, não se pode nunca banalizar qualquer declaração de inconstitucionalidade da obra de um Poder Constituinte Originário. Nada obstante, utilizada com extrema parcimônia, a possibilidade mencionada por OTTO BACHOF não deve ser completamente abandonada. Com alguns aperfeiçoamentos, deve sim ser mantida a possibilidade de realização de uma pretensão de correção das normas constitucionais originárias perante um paradigma externo.

A rigor, entretanto, dever-se-ia adaptar a teoria de OTTO BACHOF para falar não em declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias, mas sim em declaração de falta de legitimação jurídico-moral de tais normas constitucionais.

Neste ponto, fica claro que, embora a posição adotada pela presente tese se aproxime em certos pontos daquela defendida por RONALD DWORKIN, certamente não se confunde com esta última. RONALD DWORKIN, como se sabe, postula a necessidade de que seja realizada uma “leitura moral da constituição”<sup>189</sup>, filtrando-se através da melhor ótica moral possível o material constitucional (além do sintético texto da Constituição norte-americana, principalmente dos precedentes daquele sistema, que devem ser, na visão do autor, entendidos como um “romance em cadeia”<sup>190</sup>). Entre as diversas possibilidades, dever-se-ia interpretar o material constitucional da *chain novel* à luz da melhor leitura moral disponível.

Nada obstante, como se percebe, as possibilidades de interpretação moral, segundo a posição de RONALD DWORKIN, encontram-se adstritas ao material constitucional histórico da *chain novel*. Eis a grande divergência entre a posição do autor e aquela adotada pela presente tese. No entender da presente tese, em casos extremos de uma incompatibilidade total e absoluta entre o texto constitucional e a concepção de filosofia político-moral utilizada como parâmetro externo de correção, não haverá como se afastar a declaração de falta de legitimação da constituição positiva sob análise.

Fala-se em casos “extremos”, de “incompatibilidade total e absoluta” entre as constituições positivas e a concepção de filosofia político-moral tomada como paradigma externo de correção, pois a declaração de falta de legitimação jurídico-moral *tout court* de qualquer constituição positiva somente pode ocorrer em situações excepcionais e dramáticas. Via de regra, ainda que o texto da constituição positiva *a priori* não pareça perfeitamente

---

<sup>189</sup> DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes. 2006.

<sup>190</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 2007.

compatível com a concepção de filosofia político-moral adotada como paradigma externo e pré-constitucional de correção, caso exista alguma mínima possibilidade de compatibilização, o texto da constituição positiva deve ser salvo.

No entender da presente tese, alguns dos já consagrados “princípios de interpretação especificamente constitucional”<sup>191</sup> expostos por LUÍS ROBERTO BARROSO<sup>192</sup> poderiam inspirar novos princípios de interpretação jurídico-moral da Constituição bastante semelhantes. Tal qual o “princípio de presunção de constitucionalidade das leis”, poder-se-ia falar em um princípio de presunção de legitimação jurídico-moral das normas constitucionais. Da mesma forma, tal qual o “princípio de interpretação conforme a Constituição”, poder-se-ia falar em um princípio de interpretação conforme a concepção de filosofia político-moral adotada como paradigma externo de legitimação.

Enfim, transportando a relação mantida entre a Constituição e as normas infraconstitucionais para a relação mantida entre a concepção de filosofia político-moral metapositiva e a Constituição positivada, buscando inspiração nos já consagrados princípio de “interpretação das leis conforme a Constituição” e princípio de “presunção de constitucionalidade das leis”, parece possível a defesa da existência de mais dois princípios de interpretação constitucional. Parece possível o estabelecimento como legítimos princípios de interpretação constitucional o princípio da “presunção de legitimação jurídico-moral das constituições” bem como o princípio da “interpretação das constituições conforme a concepção de filosofia político-moral adotada”.

De fato, a possibilidade de excepcional declaração de falta de legitimação jurídico-moral dos textos constitucionais não pode ser banalizada. Os textos das constituições positivadas, via de regra, contam com ampla legitimidade democrática, tendo sido elaborados

<sup>191</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva. 1999.

<sup>192</sup> Em verdade, crítica interessante foi formulada por VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA (v. SILVA, Virgílio Afonso da. “Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico”. In SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros. 2005) ao professor LUÍS ROBERTO BARROSO, destacando que, na realidade, o “princípio da presunção de constitucionalidade **das leis**” e o “princípio de interpretação **das leis** conforme a Constituição” não seriam princípios de interpretação constitucional, mas sim princípios de interpretação das leis infraconstitucionais.

O professor LUÍS ROBERTO BARROSO (v. BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito”. In *Revista de Direito Administrativo (RDA)*. Nº 240), porém, respondeu tal crítica de forma perfeita. A interpretação dos atos e normas infraconstitucionais à luz da Constituição não representaria uma interpretação apenas dos atos e normas infraconstitucionais. A saber, para que tais atos e normas sejam interpretados à luz da Constituição, inafastável seria, em tal procedimento, a realização da interpretação da própria Constituição!

Fato é que ambos os autores parecem ter razão. O princípio da interpretação das leis conforme a Constituição, *a priori*, certamente se preocupa com a forma com a qual devem ser interpretadas as leis infraconstitucionais. Nada obstante, em tal empreitada, para que as leis infraconstitucionais sejam colocadas em compatibilidade com a Constituição, mister se faz o conhecimento do conteúdo das normas constitucionais através da interpretação desta última também.

por Assembléias em tese representativas da vontade popular majoritária. Já foi exposto acima que “legitimidade democrática” e “legitimação jurídico-moral” não se confundem. Pode perfeitamente ocorrer de uma constituição que goze de *accountability*, responsividade, com ampla aceitação popular e refletindo a vontade amplamente majoritária do povo, não possuir legitimação jurídico-moral. A aferição de legitimação jurídico-moral exige um crivo de correção perante um paradigma moral crítico externo e metapositivo, cujo conteúdo pode ser contramajoritário, contrário ao conteúdo da constituição positiva que goze de legitimidade democrática. Nada obstante, o fato de as constituições geralmente<sup>193</sup> contarem com legitimidade democrática parece razão forte para se considerar existir uma “presunção de legitimação jurídico-moral das constituições positivas”.

Caso o texto constitucional enseje diversas possibilidades de interpretação, ainda que a interpretação constitucional aparentemente mais óbvia seja contrária à concepção externa e pré-constitucional de filosofia político-moral adotada, não se deve declarar a falta de legitimação jurídico-moral da constituição. Neste caso, deve-se buscar uma “interpretação da constituição conforme a concepção de filosofia político-moral” adotada. Somente nas situações extremamente excepcionais, em que a compatibilização do texto constitucional com a concepção de filosofia político-moral se apresente fora das possibilidades interpretativas abarcadas pelos limites máximos gramaticais, deverá ser declarada a falta de legitimação da constituição positiva (situação dramática em que surgiria, inclusive, o direito de resistência<sup>194</sup> dos indivíduos).

Não há dúvidas acerca da posição que a presente tese acaba de firmar acima: a adoção de determinada concepção de filosofia político-moral deve possuir fundamento pré-constituições positivas. Não pode decorrer das constituições positivas sob pena de deixar de ser um parâmetro externo de legitimação, acarretando positivismo tautológico.

Nada obstante, embora não existam dúvidas de que a adoção de determinada concepção de filosofia político-moral como eixo axiológico de justiça e paradigma externo de correção dos ordenamentos positivos possua fundamentação independente e prévia às constituições positivadas, não parece que os textos constitucionais positivos não possuam qualquer papel na revelação de qual a concepção de filosofia político-moral a ser adotada. Embora o texto constitucional positivo não possa ser constitutivo nem fundamento de

---

<sup>193</sup> Embora nem todas, havendo constituições que são outorgadas de forma ditatorial e que não gozam de *accountability*.

<sup>194</sup> Acerca do direito de resistência, v. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes. 2002; v. tb. MONTEIRO, Maurício Gentil. *O Direito de Resistência na Ordem Jurídica Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

determinada concepção de filosofia político-moral (que lhe é externa), pode exercer papel interpretativo e declaratório de qual deve ser tal concepção externa de filosofia político-moral. Explica-se.

Mais uma vez devem ser levantadas as lições interpretativas de LUÍS ROBERTO BARROSO<sup>195</sup>. Segundo o professor, as normas constitucionais podem ser interpretadas por diferentes órgãos e através de instrumentos diversos. Neste sentido, as normas constitucionais poderiam ser objeto de interpretação doutrinária pelas obras acadêmicas, interpretação judicial pelas decisões jurisdicionais, interpretação autêntica por emendas constitucionais e mesmo interpretações legais por leis infraconstitucionais. Interessa particularmente no presente momento a possibilidade destacada pelo professor LUÍS ROBERTO BARROSO de interpretação legal das normas constitucionais. Ora, como se sabe, as leis infraconstitucionais devem ser objeto de aferição de constitucionalidade perante as constituições. Como seria possível que um objeto que deve se submeter a exame de compatibilidade perante um paradigma interprete esse próprio paradigma, revelando o que diz o parâmetro ao qual irá se submeter?

A petição de princípio e a tautologia que poderiam ser visualizadas na interpretação legal das normas constitucionais são apenas aparentes. O ponto sensível se refere ao fato de que as leis infraconstitucionais não estão constituindo o conteúdo das normas constitucionais às quais irão se submeter. Diferentemente, as leis infraconstitucionais estão apenas interpretando ou declarando o conteúdo das normas constitucionais que já existem. O conteúdo das normas constitucionais somente pode ser atingido através da necessária interpretação do texto da Constituição. Nada obstante, inúmeras são as possibilidades de interpretação. Qual das interpretações seria “a correta”? A interpretação legal possui grande força para revelar o que já se encontrava contido nas normas constitucionais em virtude de ser interpretação com ampla legitimidade democrática.

No entender da presente tese, as relações de interface “para baixo” (entre as normas constitucionais e as leis infraconstitucionais) podem servir de exemplo para as relações de interface “para cima” (entre as normas constitucionais e a concepção externa metapositiva de filosofia político-moral a ser adotada como eixo axiológico de justiça dos ordenamentos positivos). Embora seja certo que a concepção de filosofia político-moral não decorra das constituições positivas (pelo contrário, possuindo a mesma fundamento externo e pré-constitucional, apresentando-se como paradigma de legitimação jurídico-moral das próprias

---

<sup>195</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva. 1999.

constituições positivas), as normas constitucionais podem auxiliar a “revelar” qual o conteúdo de tal concepção externa de filosofia político-moral pré-constitucional.

A relação entre as constituições positivadas e a concepção externa de filosofia político-moral a ser adotada, portanto, deve ser marcada por um procedimento dialético. A concepção de filosofia político-moral a ser adotada como eixo axiológico e parâmetro externo de correção e legitimação dos ordenamentos jurídicos positivos não encontra fundamento nas constituições positivadas. Não pode ser constituída nem decorrer das constituições positivadas. Nada obstante, via de regra possuindo as normas constitucionais ampla legitimidade democrática e *accountability*, as mesmas devem gozar de força na revelação e na interpretação de qual deve ser a concepção externa de filosofia político-moral adotada.

Pode-se partir das normas constitucionais como *a priori* instrumentos úteis para fins declaratórios, não constitutivos de qual a concepção de filosofia político-moral e de teoria da justiça de fundamentação externa e pré-constitucional. A partir de tais indícios, entretanto, dever-se-á realizar um crivo racional baseado em razões públicas filosóficas. Isto porque não necessariamente a interpretação oferecida pelas normas constitucionais positivadas será a mais adequada. Trata-se de uma das interpretações possíveis de qual deve ser a concepção de filosofia político-moral e de teoria da justiça. Nada obstante, não se trata da única interpretação possível. Pode ocorrer mesmo, tal qual exposto, ainda que em casos excepcionais em que não seja possível uma interpretação jurídico-moralmente conforme da constituição positivada, de a mesma dever ser declarada jurídico-moralmente não fundamentada.

Respondidas as metaindagações de natureza prejudicial anteriormente problematizadas, cabe enfrentar diretamente neste momento a indagação principal à qual se dedica o presente capítulo. Ou seja, estabelecidas as conclusões acerca das relações mantidas entre as concepções de filosofia político-moral passíveis de serem adotadas e as diferentes constituições positivadas, deve-se passar a questionar qual concepção de filosofia político-moral deve ser adotada para fins de legitimação e de interpretação jurídico-moral da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Examine-se, portanto, o que diz a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Não há dúvidas de que a Lei Maior de 1988 apresenta nítidas influências do liberalismo-igualitário. Os inúmeros direitos individuais de liberdade (consagrados especialmente no art. 5º) e os inúmeros direitos sociais que asseguram condições igualitárias mínimas (consagrados especialmente nos arts. 6º e 7º) deixam claro que a Carta Magna de 88

defende concepção de filosofia político-moral com influência liberal-igualitária. Aos indivíduos devem ser asseguradas a capacidade de autodeterminação e a autonomia privada bem como condições igualitárias mínimas de liberdade e de dignidade.

Entre os direitos de liberdade, são assegurados, entre outros, a liberdade de ir e vir, a liberdade de expressão, a liberdade religiosa, a liberdade de associação e de reunião e o direito de propriedade. Entre os direitos sociais, são assegurados, entre outros, a educação, a saúde, a moradia básica, a alimentação, a renda mínima, a função social da propriedade. A mensagem contida na consagração de tal conjunto de direitos é a de que os indivíduos devem ser livres e iguais na escolha de quais planos e projetos de vida pessoais adotar em dignidade. Trata-se de nítida característica marcante da concepção liberal-igualitária de filosofia político-moral. Além da garantia dos direitos de liberdade consagrados no art. 5º e dos direitos sociais consagrados nos arts. 6º e 7º, a Constituição de 1988 evidencia seu viés liberal-igualitário já no art. 1º quando da afirmação do princípio da dignidade da pessoa humana como um dos princípios constitucionais fundamentais<sup>196</sup>.

---

<sup>196</sup> Acerca do liberalismo-igualitário, v. RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes. 2002. Trata-se da obra pioneira de tal concepção de filosofia político-moral bem como pioneira na retomada das preocupações com a legitimação jurídico-moral das instituições político-jurídicas positivadas perante princípios morais metapositivos de justiça críticos.

Realizando modificação nas teorias clássicas dos contratualistas, o autor imagina um estado original hipotético, marcado por inúmeras condições especiais, bem como um procedimento a atingir objetivamente (em seu entender) os tão procurados princípios de justiça.

A posição original de RAWLS representa situação hipotética e contrafática, imaginando o autor cenário onde os homens seriam todos livres e iguais para pactuar princípios de justiça em uma nova espécie de contrato social. Em tal posição, os homens se encontrariam sujeitos ao “véu da ignorância”, desconhecendo as posições sociais que viriam a ocupar posteriormente na sociedade estabelecida.

Seguindo tal procedimentalismo puro, RAWLS acredita que os homens pactuariam dois princípios morais básicos de justiça a serem obedecidos pela estruturação da sociedade que será positivada. O primeiro princípio de justiça determinaria que cada pessoa deveria ter direito ao máximo de liberdade compatível com um esquema de semelhante liberdade para todos os demais (nítida influência do imperativo categórico de possibilidade de universalização das condutas de KANT). O segundo princípio de justiça que seria pactuado pelos homens diria respeito às condições para que as desigualdades presentes na sociedade positiva fossem legitimamente aceitas. Tais desigualdades seriam legítimas tão somente se (i) acarretassem benefícios mesmo para os indivíduos menos favorecidos por tal situação (nítido rompimento com o utilitarismo, onde o sacrifício dos menos favorecidos poderia ser justificado pela maximização da felicidade geral e aproximação do imperativo de KANT segundo o qual as pessoas não são meio, mas fins em si mesmas, possuindo autonomia individual e dignidade), e (ii) se os cargos e posições da sociedade se encontrassem acessíveis a todos. A garantia pelo liberalismo-igualitário de algumas condições igualitárias materiais sociais mínimas é o que distingue tal concepção da filosofia político-moral do libertarianismo, concepção esta baseada unicamente na proteção da autonomia privada, sem qualquer preocupação com o valor igualitário.

O conteúdo de tais princípios, por sua vez, que foram pactuados por homens livres e iguais na posição original sob o véu da ignorância quando do contrato social, exigiria um Estado neutro. Deveria ser garantida a máxima liberdade e autonomia aos indivíduos na escolha e implementação de seus projetos de vida sem qualquer interferência estatal. O Estado somente deveria intervir ou para garantir um igual esquema de liberdade para os demais indivíduos ou para impedir que algumas pessoas estejam sendo tratadas como meio, não como fins em si mesmas e com dignidade.

Eis as principais idéias do liberalismo-igualitário, baseado nas premissas kantianas de autonomia e dignidade dos indivíduos. As pessoas devem ser tratadas como fins em si mesmas, possuidoras de dignidade e, acima de tudo,

Neste sentido, por um lado, completamente incompatível a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 com uma concepção comunitária de filosofia político-moral<sup>197</sup>.

---

de autonomia. O Estado deve se constituir como uma estrutura neutra, no sentido de que não deve interferir nas escolhas pessoais e projetos de vida dos indivíduos, salvo excepcionalmente e com a justificativa precisamente de proteger a autonomia e dignidade de outros indivíduos. O Estado neutro não deve buscar impor um projeto específico de vida boa ou perfeita para os indivíduos com base em valores da comunidade, no que o liberalismo-igualitário se apresenta também incompatível com a concepção de filosofia político-moral do comunitarismo.

Em “O Liberalismo Político” (v. RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Lisboa: Editorial Presença. 1997), JOHN RAWLS concorda com as observações realizadas por alguns críticos comunitários acerca da existência de um fato do pluralismo. É uma verdade empiricamente evidente a existência de diversas comunidades ao redor do mundo, que compartilham diferentes culturas, valores morais comunitários, e concepções de vida. Claro que se observa faticamente a existência de diversas doutrinas abrangentes acerca do que se deva entender como um projeto de “vida boa” pessoal. Nada obstante, RAWLS afirma que seus princípios morais de justiça universais bem como sua defesa de um Estado neutro, que não interfira na livre escolha pelos indivíduos de seus planos de vida pessoal, não significam a negação do fato do pluralismo destacado pelos comunitários. Tão somente, RAWLS pretende defender a possibilidade de estabelecer-se um fato do pluralismo “razoável”.

RAWLS aceita perfeitamente o fato do pluralismo. Tal fato consistiria na existência das mais diversas concepções acerca do que deveria ser entendido por uma “vida boa” ou “virtuosa”. Haveria, neste sentido, diversas “doutrinas abrangentes”. Nada obstante, desde que se esteja diante de doutrinas abrangentes “razoáveis”, seria possível, mesmo diante do fato do pluralismo, delimitar um “consenso sobreposto” a todas essas diversas doutrinas abrangentes. O conteúdo de tal “consenso sobreposto”, a rigor, basicamente corresponderia aos princípios morais de justiça da teoria da justiça de RAWLS.

Os indivíduos, em um mundo marcado pelo fato do pluralismo, poderiam livremente aderir, em suas escolhas de vida pessoal, a qualquer uma das diversas doutrinas abrangentes, desde que a mesma seja razoável. Ao Estado caberia tão somente impedir a adoção pelos indivíduos de doutrinas que violem o consenso sobreposto (leia-se: os princípios morais de justiça), eis que as mesmas seriam doutrinas abrangentes não razoáveis. Não caberia ao Estado a imposição aos particulares de qualquer doutrina abrangente em específico, decorrente de valores de uma moral comunitária determinada. O Estado deveria impor tão somente os princípios morais de justiça, que são públicos e neutros.

O foco das correntes liberais é um homem desenraizado, independente de sua inserção em determinada comunidade, em tempo ou espaço específicos. Os princípios morais de justiça de “Uma Teoria da Justiça” de JOHN RAWLS<sup>196</sup> se propõem a ser preceitos universais, aplicáveis aos homens independente de em que comunidade específica se insiram. Não se trata de uma teoria da justiça estabelecida especificamente para a sociedade norte-americana contemporânea onde vive o autor, mas sim para toda e qualquer instituição política pelo mundo.

Acerca da concepção de filosofia político-moral do liberalismo-igualitário, v. tb. DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*. São Paulo: Martins Fontes. 2005. V. tb. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes. 2002. V. tb. DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes. 2006. V. tb. DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 2007. V. tb. DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes. 2005.

Junto ao próprio JOHN RAWLS, RONALD DWORKIN certamente pode ser apontado como o maior expoente do liberalismo de viés igualitário.

O autor define o que seria o conteúdo essencial distintivo de seu “liberalismo”, chegando à conclusão de que tal fator seria uma determinada concepção específica de igualdade (“concepção liberal de igualdade”).

DWORKIN aponta a igualdade como o grande fundamento para que o liberalismo afaste qualquer tipo de perfeccionismo ou imposição de concepções particulares de *good life* sobre os planos de vida dos indivíduos. Como consequência da necessidade de todos os indivíduos deverem receber igual respeito e consideração, nenhuma concepção específica de plano de vida deveria ser imposta aos mesmos, sob pena de não se estar tratando com igual respeito e consideração o indivíduo cujo plano de vida foi preterido. A liberdade e a autonomia dos indivíduos na adoção de seus projetos de vida, traço marcante do liberalismo, tem como pilar para o autor a concepção liberal de igualdade.

DWORKIN busca construir em sua Teoria da Justiça um sistema distributivo imposto por princípios morais que aceite as desigualdades decorrentes do mérito e da ambição dos indivíduos, mas que busque combater as desigualdades resultantes da falta de sorte na loteria natural.

<sup>197</sup> Não concorda a presente tese com alguns autores que entendem que a Constituição de 1988 faticamente adotou uma postura comunitária. Em sentido contrário ao defendido pela presente tese, acreditando que a



Tanto a autonomia individual, o rol de direitos individuais de liberdade, a capacidade de autodeterminação dos indivíduos na escolha de seus planos e projetos de vida pessoais quanto o direito dos indivíduos a serem tratados com igual respeito e consideração não se apresentam compatíveis com a visão comunitária. Não admite a Carta Magna de 1988 que seja imposta aos indivíduos determinada visão particular de “vida boa” (de “*good life*”) decorrente de valores especificamente compartilhados por determinada comunidade<sup>198</sup>.

---

Constituição de 1988 pode ser considerada adepta da concepção comunitária de filosofia político-moral, v. CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004.

<sup>198</sup> Os pensadores comunitários possuem visão de mundo diametralmente oposta àquela dos liberais. Não acreditam na existência de um homem desenraizado de qualquer comunidade específica. Todo e qualquer indivíduo, sob a ótica comunitária, deve ser entendido como um produto do meio social. Os seres humanos bem como os valores morais que devem servir de base para as normas que venham a reger suas interações na sociedade não podem ser conhecidos fora do contexto específico da comunidade em que se inserem. Enquanto os liberais perguntam “o que eu quero da minha vida autônoma?”, os comunitários perguntam “de onde venho, quem eu sou?”. Neste sentido, os comunitários acusam os liberais de serem “atomistas” quando estes últimos tentam analisar as instituições sociais a partir de indivíduos isolados e completamente desconectados como “átomos”. Tal postura “atomista” impediria uma correta cognição da identidade dos próprios indivíduos que os liberais buscam tomar como base para suas teorias. Não haveria “um único homem” ao redor do mundo, mas sim diferentes homens, a depender da comunidade à qual este pertença.

Tal crítica questiona a própria possibilidade de um teórico estabelecer princípios morais de justiça metapositivos. Diante do fato de este mesmo teórico também ser produto de um meio social em que se encontra inserido, seria impossível seu esforço de cognição de princípios metapositivos desconectados dos valores comunitários que permeiam sua mente e seu espírito.

CHARLES TAYLOR (v. TAYLOR, Charles. *Argumentos Filosóficos*. Barcelona: Paidós. 1997) é um dos autores comunitários que mais bem explora tal problemática filosófica de epistemologia. TAYLOR destaca as críticas contemporâneas à epistemologia da filosofia modernista, que, remontando a pensadores como DESCARTES, acreditava na possibilidade de busca de uma verdade única e objetiva, alcançada de forma científica por um sujeito desconectado do objeto de estudo. O comunitário bem ressalta o golpe que HEIDEGGER desferiu contra a epistemologia modernista ao evidenciar que o conhecimento e a “verdade” são representados de formas diferentes conforme o sujeito observador se relacione com os mesmos.

CHARLES TAYLOR transporta tais questionamentos para o âmbito específico da filosofia político-moral liberal. Segundo o autor, os diferentes valores comunitários, mais do que impedir que princípios morais de justiça metapositivos fossem aplicados de forma idêntica em diferentes comunidades, impediriam a própria definição/cognição de princípios morais de justiça metapositivos. O próprio JOHN RAWLS, ao buscar seus princípios morais de justiça metapositivos, seria um sujeito inserido em determinada comunidade, com sua visão de mundo embebida em determinados valores e culturas, sendo impossível a definição de valores metapositivos objetivos neutros.

As críticas filosóficas de epistemologia expostas levarão os comunitários a defender tanto a impossibilidade quanto a inutilidade de fixação de princípios de justiça baseados em uma moral metapositiva.

Desta forma, em substituição à busca pelos liberais de princípios morais baseados em valores metapositivos, os comunitários defenderão que o direito de determinada sociedade seja alimentado pelos valores compartilhados por aquela mesma comunidade. CHARLES TAYLOR (v. TAYLOR, Charles. *Argumentos Filosóficos*. Barcelona: Paidós. 1997), neste sentido, afirma expressamente que sua posição se aproxima da obra de HANS-GEORG GADAMER (v. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes. 2004), que defende, quando da interpretação jurídica, um círculo hermenêutico (que parte da idéia de “precompreensão com valores comunitários”) entre o texto legal interpretado e o contexto fático de incidência até o alcance final da norma que regerá o caso concreto.

O comunitarismo de MICHAEL SANDEL caminha no mesmo sentido. Tal qual TAYLOR, SANDEL (V. SANDEL, Michael. *Liberalism and its Critics*. New York: New York University Press. 1984. V. tb. SANDEL, Michael. *Liberalism and the Limits of Justice*. Cambridge: Cambridge University Press. 1982) destaca a fragilidade da tentativa liberal de analisar os indivíduos como seres desenraizados de suas culturas, histórias de vida e comunidades específicas. Ressalta o autor que a própria identidade dos seres humanos é constituída por sua inserção em determinado meio social, sendo impossível o estabelecimento de princípios morais de justiça

Ademais, o viés de liberalismo-igualitário apontado deixa clara igualmente a incompatibilidade da Constituição da República Federativa do Brasil de 88 com uma concepção completamente pura de utilitarismo. O viés liberal-igualitário exposto evidencia que não se compatibiliza a Carta Magna de 1988 com qualquer tipo de instrumentalização de indivíduos. Não seria possível a compatibilização da Lei Maior de 1988 com uma concepção de filosofia político-moral utilitária pura que implique, caso tal seja necessário para fins de maximização do somatório de bem-estar geral, a instrumentalização de alguns indivíduos. A instrumentalização de alguns indivíduos em prol da maximização do bem-estar social seria completamente incompatível com a consagração da dignidade da pessoa humana como um princípio fundamental pela Carta de 88<sup>199</sup>.

---

objetivos e metapositivos aplicáveis de forma universal a todas as sociedades. Em coerência com sua posição comunitária, MICHAEL SANDEL defenderá que o direito positivo de determinada sociedade seja influenciado pelos valores compartilhados por aquela comunidade em particular.

WILL KYMLICKA (v. KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes. 2006) corretamente destaca que os pensadores comunitários, ao defenderem que o direito positivo de determinada sociedade deva ser moldado à luz dos valores compartilhados por aquela comunidade específica, encontram-se diretamente ligados às denominadas correntes perfeccionistas. A saber, em sentido diametralmente oposto ao lecionado pelos liberais, os comunitários não sustentam que cada indivíduo autônomo e fim digno em si mesmo deva ser livre para adotar seus projetos e planos de vida pessoais. Justamente ao contrário, os comunitários entendem ser possível e desejável o estabelecimento de uma concepção específica de “vida boa” (“good life”). Tal projeto de vida boa, que deverá ser seguido pelos indivíduos, será determinado não por suas escolhas individuais de seus projetos de vida autônomos, mas sim com base nos valores compartilhados pela comunidade.

A outra face da moeda, decorrente de as correntes comunitárias poderem ser classificadas de perfeccionistas, diz respeito à visão particular que esses autores possuem acerca do tema da neutralidade estatal. Enquanto os liberais, defensores da autonomia dos indivíduos na escolha de seus planos e projetos de vida pessoais, sustentam um Estado Neutro, os comunitários, defensores de concepções de “vida boa” virtuosa em conformidade com os valores da comunidade, sustentam um Estado que direcione os projetos e planos de vida dos indivíduos na busca de tais concepções de *good life*.

Nas palavras de KYMLICKA, “um Estado comunitário, portanto, é um Estado perfeccionista, já que envolve uma hierarquização pública do valor de diferentes modos de vida.”

<sup>199</sup> O utilitarismo (fazendo-se a ressalva de haver uma pluralidade de variações entre os autores do utilitarismo, sendo seus principais expoentes históricos JEREMY BENTHAM- v. BENTHAM, Jeremy. *The Principles of Morals and Legislation*. New York: Hafner Press. 1948- e JOHN STUART MILL- v. MILL, John Stuart. *Utilitarianism*. New York: Penguin Books. 2004) prega, em termos bastante simplificados, ora a “maximização da felicidade geral” ora o maior somatório de satisfações de bem-estar e de interesses individuais dentro da sociedade. Segundo o pensamento utilitário, as instituições político-jurídicas positivadas deveriam se organizar de forma a atingir tais objetivos.

O forte argumento manejado a favor do utilitarismo sempre foi o de que tal pensamento, ao pleitear que as instituições se estruturassem na busca da maximização da felicidade geral ou do maior somatório de bem-estar e de satisfações de interesses individuais na sociedade, encontrava-se verdadeiramente defendendo o próprio valor moral igualitário. Isto porque, ao se buscar a maximização da felicidade geral ou do maior somatório de satisfações de interesses individuais, estar-se-ia tratando com igual peso cada um dos indivíduos, adotando-se as medidas que trouxessem maior felicidade no cômputo geral dos diversos indivíduos.

Como decorrência inerente à doutrina que defende, o utilitarismo sempre foi marcado por uma grande preocupação com as conseqüências práticas das medidas político-jurídicas sobre o mundo dos fatos. Defendendo como critério de correção das instituições a maior capacidade das mesmas na maximização da felicidade geral ou do maior somatório de bem-estar e de satisfações de interesses individuais na sociedade, os utilitários sempre possuíram grandes preocupações consequencialistas e pragmáticas. Era necessário averiguarem-se quais as instituições cujas conseqüências práticas no mundo dos fatos levariam a tal maximização da felicidade geral e a tal maior somatório de bem-estar e de satisfações de interesses individuais.

Além do comunitarismo e do utilitarismo, outra concepção de filosofia político-moral que se apresenta completamente incompatível com a Constituição de 1988 é a do libertarianismo. Isto porque, como se sabe, os libertários entendem indevida qualquer intervenção estatal na liberdade dos indivíduos para fins de promoção da “justiça social”. Neste sentido, a consagração de direitos sociais nos arts. 6º e 7º deixa claro que a Carta de 1988 não pode ser compatibilizada com uma concepção libertária de filosofia político-moral<sup>200</sup>. Mais que isto, a Carta Magna se preocupa nitidamente com a garantia das condições

Na atualidade, grande similitude com o clássico pensamento utilitarista apresenta o pragmatismo do juiz norte-americano RICHARD POSNER (v. POSNER, Richard. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 2007). Embora o autor não utilize as expressões “maior felicidade geral” ou “maior somatório de bem-estar e de satisfações de interesses individuais” (tradicional objetivos traçados pelo utilitarismo a serem alcançados pelo direito), POSNER defende expressamente que a aplicação do direito deve buscar a “maximização da riqueza social”.

Mais ainda que os utilitaristas clássicos, RICHARD POSNER apresenta grande preocupação com as conseqüências pragmáticas decorrentes da aplicação concreta do direito no mundo dos fatos. Somente ao levar em consideração as conseqüências que advirão da aplicação das soluções concretas aos casos jurídicos o juiz poderá saber qual conteúdo jurídico será aquele mais adequado a atingir a finalidade de “maximização da riqueza social”.

Ponto que chama a atenção tanto na obra do clássico utilitarista BENTHAM quanto na teoria do atual POSNER é o de que ambos os autores, embora ofereçam um paradigma que poderia ser utilizado para fins de correção e legitimação metapositiva do direito posto, mesmo assim flertam com posições positivistas.

JEREMY BENTHAM (v. BENTHAM, Jeremy. *The Principles of Morals and Legislation*. New York: Hafner Press. 1948), clássico expoente utilitarista, afirma que o direito deveria buscar como objetivo a “maximização da felicidade geral”. Ora, tal afirmação apresenta nítido potencial para fins de definição de um paradigma de aferição metapositivo da correção do direito positivado. A saber, se o direito e as instituições postas não se apresentassem em conformidade com tal paradigma metapositivo de maximização da felicidade geral, os mesmos poderiam ser considerados injustos em uma aferição de correção ou legitimação jurídico-moral. Nada obstante, na leitura da obra de BENTHAM realizada pela presente tese, o autor em momento algum utiliza tal objetivo a ser perseguido pelo direito (maximização da felicidade geral) como um parâmetro de aferição ou correção do direito já posto. Salvo melhor juízo, o autor utiliza tal objetivo essencialmente como fator a ser levado em consideração pela ciência legislativa quando da criação das leis (embora pertencente à tradição anglo-americana, BENTHAM foi um entusiasta das leis e codificações). De certa forma, poder-se-ia ler a obra do autor sob um viés de positivismo legalista.

A obra de RICHARD POSNER, por sua vez, parece flertar de forma mais clara ainda com um positivismo de viés sociológico-realista. O autor afirma que o direito deveria buscar como objetivo a “maximização da riqueza social”. Ora, também tal afirmação apresenta nítido potencial para fins de definição de um paradigma de aferição metapositivo da correção do direito positivado. A saber, se o direito e as instituições postas não se apresentarem em conformidade com tal paradigma metapositivo de maximização da riqueza social, os mesmos poderiam ser considerados injustos em uma aferição de correção ou legitimação jurídico-moral. Nada obstante, na leitura realizada pela presente tese da obra de POSNER, o autor em momento algum utiliza tal objetivo a ser perseguido pelo direito (maximização da riqueza social) como um parâmetro de aferição ou correção do direito já posto. Em verdade, a teoria do autor parece se aproximar muito de uma espécie de realismo jurídico. Isto porque o autor, embora defenda que o direito deva buscar determinado objetivo, entende que o direito só surge quando da criação do mesmo no caso concreto pelo juiz, que se encontra despido de quaisquer amarras prévias acerca de qual deve ser o conteúdo do direito.

<sup>200</sup> Pode-se fazer uma grande bipartição do “liberalismo” em duas espécies: o “libertarianismo” e o “liberalismo-igualitário”. Os autores denominados libertários ou ultra-liberais são marcados por considerar a teoria de RAWLS como insuficientemente liberal. Segundo tais autores, os princípios morais de justiça definidos na Teoria da Justiça de RAWLS encontrar-se-iam incorretos. O estabelecimento de instituições político-jurídicas em conformidade com os princípios de RAWLS, à luz do entendimento desses autores, violaria a verdadeira e principal determinação moral: a proteção da autonomia privada e da liberdade dos indivíduos. Preconizam os pensadores libertários determinado modelo a pautar as instituições político-jurídicas, segundo o qual o Estado deveria intervir o mínimo necessário sobre a vida dos indivíduos. Em verdade, segundo tais autores, a regra

---

deveria ser a não intervenção do Estado, salvo exceções onde a intervenção estatal seja indispensável para proteger a própria liberdade dos indivíduos.

Mais do que não haver nenhum princípio de justiça preocupado com a distribuição de bens (tal como o segundo princípio de justiça de RAWLS), a atuação de qualquer instituição neste sentido representaria justamente violação à justiça moral libertária, vez que acarretaria indevida intervenção sobre a liberdade moral dos indivíduos.

A defesa da estruturação de um Estado Mínimo pode ser facilmente percebida já mesmo no título da principal obra de ROBERT NOZICK, famoso expoente da corrente libertária: *Anarchy, State and Utopia* (v. NOZICK, Robert. *Anarchy, State and Utopia*. Basic Books. 1974). NOZICK não defende a anarquia nem a ilegitimidade da instituição estatal. Nada obstante, preocupa-se largamente em sua obra em esforçar-se para afastar o pensamento anarquista. Trata-se de nítida demonstração de que, embora o autor não concorde com tal corrente, a ilegitimidade completa da figura estatal não lhe parece ser uma posição desprovida de qualquer fundamento, razão pela qual merece o esforço do autor em lhe refutar.

Enquanto os defensores de modelos estatais interventores em prol da distribuição social igualitária de bens nem possuem dúvidas acerca da legitimidade da existência da instituição estatal (sendo certa a legitimidade do Estado, pleiteiam mais que isto: a possibilidade de uma maior intervenção do mesmo), NOZICK esforça-se para afastar o anarquismo mas aceitar tão somente um Estado mínimo. Sua preocupação é defender que um Estado mínimo não viola as liberdades individuais (o que certamente seria feito, em sua opinião, por um Estado igualitário).

NOZICK aponta como origem do Estado sucessivas realizações de associações pelos indivíduos. Em busca de melhor proteção de suas liberdades e interesses, os indivíduos, originariamente isolados, teriam se associado voluntariamente (já que marcados pelo fundamental traço da liberdade individual) em pequenos grupos. Com o passar do tempo, tais agrupamentos seriam realizados em associações cada vez maiores até o surgimento de uma única e enorme associação, denominada por NOZICK de “Estado Ultramínimo”. No “Estado Ultramínimo”, entretanto, haveria ainda alguns indivíduos que poderiam ter optado por permanecerem isolados da “associação”, sendo a não-associação um direito fundamental destas pessoas em tal concepção baseada na liberdade dos indivíduos.

O grande salto para o surgimento do “Estado Mínimo”, segundo ROBERT NOZICK, ocorreria quando, já há algum tempo vivendo no “Estado Ultramínimo”, os indivíduos percebessem a necessidade de imposição da associação mesmo sobre aqueles indivíduos que haviam escolhido não integrar a mesma (Robert Nozick utiliza um indivíduo denominado John Wayne como individualista e relutante a se associar voluntariamente). Embora tal decisão representasse uma certa invasão na liberdade fundamental de tais indivíduos, a mesma seria tutelada por se basear em um intuito mais amplo de proteção da própria liberdade de forma mais estável e duradoura. Desta forma, o Estado encontrar-se-ia legitimado desde que estruturado como “Estado Mínimo”, pautado pela não intervenção, salvo para a própria proteção da liberdade individual.

Uma vez afastada a corrente anarquista e aceita a legitimidade da instituição estatal sem violação à justiça moral libertária de proteção às liberdades individuais, NOZICK se concentra em refutar quaisquer pretensões de estruturação das instituições político-jurídicas segundo critérios de redistribuição igualitária de bens sociais tais como o segundo princípio de justiça de RAWLS. Neste sentido, a desigualdade fática na distribuição de bens sociais seria perfeitamente legítima e compatível com os valores morais libertários, sendo incompatível com o valor moral libertário (de liberdade individual) justamente a pretensão de intervenção estatal em tal distribuição voluntariamente realizada.

ROBERT NOZICK pautava suas exigências para a legitimidade da distribuição de bens na sociedade em um sistema fulcrado em dois momentos essenciais: a apropriação e a transferência de bens. Caso os bens sob análise tenham sido adquiridos originariamente bem como transferidos de forma inquestionável, as desigualdades encontradas na sociedade apresentam-se como moralmente justificadas diante dos valores libertários de proteção às liberdades individuais. Apenas em caso de apropriação originária ou transferência ilegítima poder-se-ia declarar como injusta determinada desigualdade na distribuição social de bens, devendo ser aplicado o princípio da retificação para desfazer tal situação.

Outro importante expoente da corrente libertária é FRIEDRICH HAYEK (v. HAYEK, Friedrich A.. *Law, Legislation and Liberty*. Chicago: The University of Chicago Press. 1973). Embora HAYEK defenda determinado conceito de justiça como indispensável fundação e limitação de todo o direito posto, o autor formula forte crítica ao que denomina um abuso que ameaça o próprio papel do direito como salvaguarda da liberdade individual: a justiça “social” ou “distributiva”.

Segundo HAYEK, os defensores de um conceito de justiça social/distributiva apoiariam sua tese em uma premissa já equivocada. A imposição de regras morais de distribuição sobre os benefícios e danos trazidos espontaneamente pelo mercado encontrar-se-ia baseada na errônea premissa de personificação dos processos de ordenação do mercado.

igualitárias mínimas sociais, como parte integrante do conceito de dignidade da pessoa humana e de defesa da própria liberdade. A saber, condições igualitárias mínimas sociais de renda, alimentação, moradia, saúde e educação apresentam-se, no espírito da Carta de 88, como parte integrante da dignidade humana e das condições necessárias para que seja possível que os indivíduos exerçam plenamente suas autonomias e escolhas de planos de vida pessoais. Como se percebe, dentro do gênero do liberalismo, a Constituição de 88 apresenta um viés mais compatível com a espécie do liberalismo-igualitário.

Por outro lado, além de a Carta Magna de 1988 apresentar uma nítida influência de liberalismo-igualitário, demonstrando-se incompatível com concepções puras de libertarianismo, comunitarismo e de utilitarismo, há evidentemente outras concepções de filosofia político-moral que também apresentam viés compatível com a Lei Maior de 88. É o caso das concepções moderadas de republicanismo<sup>201</sup> e de procedimentalismo da democracia

O mercado, no entender de HAYEK, distribuiria benefícios e danos de forma espontânea e natural. Seria ingenuidade entender que o mercado, somatório de inúmeras ações individuais dispersas, possuiria uma intenção expressa de sentido ou atos deliberados de vontade. Seria ingênuo a tentativa dos defensores da justiça distributiva/social de, ao buscar impor regras morais a incidir sobre a organização social, imaginar um antropomorfismo ou personificação do mercado. Não sendo o mercado movido por atos deliberados de vontade, impossível seria a pretensão de serem aplicadas ao mesmo regras morais de distribuição. Não haveria necessariamente alguém para se culpar pelas desigualdades e frustrações.

Mais que a impossibilidade de se aplicarem regras morais ao mercado devido à inexistência de personificação do mesmo, HAYEK mostra-se ainda cético quanto às possibilidades de a aplicação de regras morais racionalmente estabelecidas pelos indivíduos acarretarem maiores benefícios que a ordem natural do mercado. Para o libertário, nenhuma organização humana seria capaz de trazer tantos benefícios aos indivíduos quanto a ordem natural do mercado. Este último consistiria no melhor meio de atingir a satisfação das necessidades dos indivíduos).

Desta forma, HAYEK conclui por afirmar expressamente que o pleito por uma justiça social é provavelmente a maior ameaça à civilização livre. As eventuais desigualdades deveriam ser aceitas como contrapartida pelos inúmeros benefícios trazidos pelo mercado, meio mais eficaz de satisfação das necessidades dos indivíduos (afinal, o mercado paga teoricamente mais pelo que a sociedade mais quer).

Somente uma autoridade totalitária, invadindo o livremente escolhido pelos indivíduos no mercado, poderia alterar a distribuição em nítida violação da liberdade.

<sup>201</sup> O republicanismo clássico é marcado essencialmente pela grande ênfase no incentivo ao desempenho das virtudes cívicas. Indivíduos civicamente virtuosos, para os republicanos, são aqueles que se interessam pela coisa pública, pela *res publica*, zelando pelo cuidado com a mesma. O homem virtuoso republicano é engajado politicamente, participando de todas as deliberações e tomadas de decisões bem como comprometido com a defesa da coisa pública, seja através de combates a violações ao erário público ou a usurpações privadas da máquina estatal, seja mesmo através da prestação de serviço militar em defesa do Estado.

Busca-se, segundo a concepção clássica e mais pura de republicanismo, que as decisões estatais sejam tomadas na maior medida possível diretamente pelo povo, que deve ser engajado e atuante na vida pública de sua sociedade política. Estimula-se bastante a participação popular da sociedade nas deliberações políticas. Neste sentido, as diversas normas jurídicas do ordenamento positivo, à luz do republicanismo, devem ser fruto das deliberações políticas. O fundamento último de legitimação das normas jurídicas e do ordenamento positivo como um todo, sob um viés republicano, consiste na conformidade do conteúdo destes com a vontade popular manifestada pelos virtuosos cidadãos engajados com a vida pública.

Neste ponto, percebem-se já claramente grandes distinções de filosofia político-moral entre o liberalismo e a vertente clássica e pura do republicano. A primeira grande distinção diz respeito à possibilidade ou não de estabelecimento de uma teoria da justiça. Os liberais, tal qual já amplamente exposto, defendem a possibilidade de ser estabelecida uma teoria da justiça baseada em valores morais metapositivos. Tais princípios morais de justiça metapositivos serviriam de aferição de correção ou legitimação do conteúdo das normas jurídicas do ordenamento positivo. O republicanismo clássico e puro, por sua vez, não se preocupa com o estabelecimento de

---

princípios morais de justiça metapositivos. Muito menos com a aferição de correção do conteúdo material das normas jurídicas do ordenamento positivo perante valores morais superiores. O objetivo central do republicanismo clássico puro é o de que o conteúdo das normas jurídicas do ordenamento positivo corresponda à vontade popular, sendo fruto da participação ativa de cidadãos virtuosos e engajados com a coisa pública.

A outra grande distinção entre liberalismo e republicanismo clássico se refere ao foco sob o qual os indivíduos são examinados. Explica-se. Se o foco do liberalismo é o indivíduo desenraizado em si, fim em si mesmo e independente de qualquer inserção em uma sociedade política específica, o republicanismo analisa cidadãos. A saber, tal corrente se preocupa com os indivíduos particularmente na qualidade de partícipes de uma sociedade política específica. Como se percebe em artigo de JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO (v. SAMPAIO, José Adércio Leite. “A Tradição Comunitarista”. In SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009), tal abordagem dos indivíduos como necessariamente inseridos em determinada sociedade política leva muitos autores a realizar uma associação entre o republicanismo e o próprio comunitarismo acima exposto.

A presente tese não concorda com essa associação. Embora tanto os comunitários quanto os defensores de um republicanismo clássico puro se afastem dos liberais ao não examinarem os indivíduos como seres desenraizados e independentes de qualquer sociedade específica, cada corrente o faz sob óticas completamente distintas. Os comunitários exigem a análise dos indivíduos como seres inseridos em determinada comunidade específica com o intuito de estudar a tradição e a cultura à qual os mesmos pertencem. Não se importam os comunitários com o fato de os indivíduos estarem em determinada sociedade pela razão de possuírem ou não virtudes cívicas, participando ou não em deliberações acerca do futuro da coisa pública. O conteúdo do direito, para os comunitários, não decorre das deliberações presentes/futuras da sociedade política, mas sim dos valores comunitários decorrentes da tradição passada da comunidade.

Os republicanos, ao contrário, exigem uma análise dos indivíduos como seres inseridos em determinada sociedade por razões inteiramente diversas. Não se preocupam os republicanos com os valores comunitários decorrentes da tradição passada da comunidade. O conteúdo das normas jurídicas positivas não deve decorrer de tal moral comunitária. Para os republicanos, é necessário o exame dos indivíduos como inseridos em determinada sociedade para fins de análise das virtudes cívicas. Dentro da sociedade política os indivíduos exercerão suas cidadanias, se engajando na proteção da coisa pública e participando ativamente das deliberações acerca dos rumos futuros da sociedade.

O republicanismo apresenta raízes históricas que remontam à antiguidade clássica. Na Grécia antiga, a exaltação às virtudes cívicas já era clara nos serviços militares prestados à pátria nas epopéias de HOMERO (v. HOMERO. *Iliada*. São Paulo: Editora Scipione; v. tb. HOMERO. *Odisséia*. São Paulo: Editora Scipione) bem como nos discursos públicos de SÓFOCLES. Entretanto, como bem destaca JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO, talvez o auge do republicanismo clássico tenha sido presenciado na república romana. No renascimento, merece destaque a presença do republicanismo nos textos de MAQUIAVEL (v. MAQUIAVEL, Nicolau. *Comentários sobre a primeira década de Tito*. Brasília: Unb), destinados a promover sociedades políticas marcadas por homens civicamente virtuosos nos principados da península italiana. Por fim, o precedente histórico mais recente e direto do republicanismo clássico se encontra provavelmente na obra de ROUSSEAU (v. ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social*. São Paulo: Saraiva) durante o ideário iluminista francês, onde o autor defende a origem do poder na soberania popular bem como entende que deva ser conferida enorme primazia à lei, fruto de uma ampla participação política que expresse a “vontade geral”.

Bem destacaram ANTONIO CAVALCANTI MAIA e TARCÍSIO MENEZES (v. MAIA, Antonio Cavalcanti & MENEZES, Tarcísio. “Republicanism Contemporâneo, Constituição e Política”. In SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009) que as divergências entre os liberais e os republicanos clássicos puros têm sido frequentemente remetidas à distinção entre “liberdade dos antigos” e “liberdade dos modernos” ou à dicotomia ‘liberdade positiva/liberdade negativa’. Como se sabe, ISIAH BERLIN (v. BERLIN, Isaiah. “Two Concepts of Liberty”. In SANDEL, Michael. *Liberalism and its Critics*. New York: New York University Press. 1984) se dedicou a distinguir “dois conceitos de liberdade”: a “liberdade negativa” e a “liberdade positiva”. A concepção negativa de liberdade teria por objetivo principal preocupar-se com o estabelecimento de limites a serem observados pelo exercício do Poder. Eis o sentido de liberdade “negativa”: o estabelecimento de vedações, de proibições ao exercício do Poder, quando em violação a determinados direitos individuais e princípios. Segundo tal concepção, a liberdade seria protegida através de imposições negativas ao Poder, imposições de restrição ao exercício do Poder.

A concepção positiva de liberdade, por outro lado, teria contornos bastante diversos. Seu foco principal seria a preocupação com quem ocupa os órgãos e instituições que exercem o Poder. A saber, o Poder deve positivamente ser exercido pelo povo, legítimo titular do mesmo. Não há qualquer limite negativo, qualquer restrição de normas materiais ao exercício do Poder. Pelo contrário, uma vez demonstrado que o Poder está sendo exercido pelo povo (seu legítimo titular), segundo uma concepção positiva de liberdade, não seria possível qualquer limitação ao exercício do poder popular justamente sob pena de violação da liberdade.

Em sentido bastante semelhante, BENJAMIN CONSTANT (v. CONSTANT, Benjamin. *Sobre a Liberdade dos Antigos Comparada com a dos modernos*. Publicada originalmente em 1819) estabeleceu a dicotomia entre a “liberdade dos antigos” e a “liberdade dos modernos”. A grosso modo, a liberdade dos antigos, recebendo este nome em alusão aos modelos estatais da antiguidade em que havia ampla participação direta dos cidadãos na tomada de decisões políticas, corresponderia à exposta liberdade positiva. A liberdade dos modernos, por sua vez, recebendo este nome em alusão às conquistas principiológicas das revoluções liberais iluministas como a separação de poderes e o princípio da legalidade, corresponderia à liberdade negativa. Evidentemente, não é difícil perceber a associação que pode ser rapidamente estabelecida entre o republicanismo clássico puro e a liberdade positiva bem como a associação que pode ser estabelecida entre o liberalismo e a liberdade negativa.

O interessante é que tanto o liberalismo quanto o republicanismo clássico, embora tenham formulado teorias completamente distintas de filosofia política, apresentam um ponto de origem em comum na soberania do ser humano e na prevenção contra o Poder Estatal autoritário. Tanto liberais quanto republicanos apresentam como fundamento último para suas teorias a busca pela proteção da liberdade!

Com as revoluções liberais do século XVIII, a origem do Poder Estatal deixa de decorrer de fontes divinas ou da realeza para se encontrar no homem. O uso arbitrário do Poder Estatal presenciado no modelo absolutista deveria ser afastado. Ocorre que, com a exata mesma finalidade de se alcançar esta proteção contra o arbítrio do Poder Estatal, foram construídas concepções bem distintas de filosofia política.

Para combater possíveis exercícios arbitrários do Poder Estatal, o liberalismo estabeleceu a existência de uma esfera de proteção individual de todo homem em face do Estado. Tal esfera seria composta de direitos individuais morais decorrentes da própria condição humana e que teriam a força de controlar o direito positivo quando este fosse estabelecido em desconformidade com aqueles. Geralmente tal função de aferição do direito positivo, segundo os liberais, cabe institucionalmente ao Judiciário pelo *judicial review*.

Os republicanos clássicos, por outro lado, embora buscando a mesma proteção do ser humano, que passa a ser a origem do poder, caminha em sentido diametralmente oposto. Para combater o exercício arbitrário do Poder Estatal, os republicanos buscam não erigir uma esfera de direitos capazes de controlar o direito positivo quando este seja injusto, mas sim se preocupam em afirmar que tal direito positivo deve ser criado e aplicado o mais diretamente possível pelo povo. Tendo o direito positivo sido estabelecido pelo próprio povo, justamente ao contrário do pensamento liberal, deve-se impedir qualquer controle sobre suas normas.

Talvez nenhum outro autor liberal tenha deixado tão clara a distinção que separa uma concepção pura de liberalismo e uma concepção clássica pura de republicanismo quanto RONALD DWORKIN (v. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes. 2002). O professor norte americano afirma que os “princípios” devem ser entendidos como “trunfos” sobre as *policies*. O medo de todo autor que defende uma concepção mais pura de liberalismo é o de que o republicanismo clássico leve a uma espécie de totalitarismo popular como aquele vivenciado na fase do terror da revolução francesa quando os jacobinos assumiram o controle (ou o descontrole).

Ocorre, entretanto, que nem todas as concepções de liberalismo e de republicanismo se apresentam completamente incompatíveis entre si. ANTONIO CAVALCANTI MAIA e TARCÍSIO MENEZES expressamente entendem ser possível a defesa de uma composição de filosofia político-moral em torno de uma espécie de “republicanismo liberal”. Segundo os autores, a concepção de liberdade defendida pelos republicanos contemporâneos superaria a clássica dicotomia entre “liberdade positiva” e “liberdade negativa”. Tratar-se-ia de uma concepção de liberdade baseada na “não interferência autoritária do Estado”.

Na atualidade, merecem destaque como expoentes do republicanismo contemporâneo, entre outros, PHILIP PETTIT (v. PETTIT, Philip. *Republicanism. Uma Teoría sobre La Libertad y El Gobierno*. Barcelona: Paidós. 1999) e QUENTIN SKINNER (v. SKINNER, Quentin. “Two Views on the Maintenance of Liberty”. In PETTIT, Philip. *Contemporary Political Theory*. New York: Macmillan Publishing Company. 1991). Ambos os autores são expoentes de um republicanismo contemporâneo, que preceitua a necessidade de um novo conceito de liberdade republicana. Certamente tais autores mantêm um foco na exigência de cultivo das virtudes cívicas de participação política e de proteção da coisa pública, combatendo-se a apatia política e a corrupção. Nada obstante, tal não significa a adesão a um republicanismo clássico puro, incompatível com toda e qualquer instituição estatal contramajoritária ou com a própria idéia de direitos inerentes à condição humana digna.

Se, por um lado, os autores mencionados demonstraram a recente aproximação que os republicanos vêm buscando junto aos liberais, não se pode deixar de ressaltar, por outro lado, que igualmente as teorias liberais têm deixado espaço compatível com elementos de viés republicano moderado. O próprio Liberalismo Político de JOHN RAWLS (v. RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Lisboa: Editorial Presença. 1997) deixa bastante clara a importância da deliberação pública dentro da sociedade política.

deliberativa<sup>202</sup>. Se por um lado liberal a Constituição de 88 prevê inúmeros direitos individuais de liberdade bem como a capacidade autônoma de os indivíduos escolherem seus

---

<sup>202</sup> Em certa medida, a obra de HABERMAS mantém pontos de contato com o comunitarismo, o republicanismo e mesmo com o liberalismo-igualitário de RAWLS, embora não se confunda com nenhuma das correntes mencionadas.

Por um lado, tal qual os comunitários, diante do fato do pluralismo e da necessária inserção do sujeito em determinado contexto social, HABERMAS não concorda com a criação de princípios morais de justiça universais criados através de um procedimento monológico solipsista. Nesta questão epistemológica, HABERMAS segue linha bastante semelhante à do comunitário CHARLES TAYLOR (v. TAYLOR, Charles. *Argumentos Filosóficos*. Paidós. 1997). De certa forma, partilha da mesma crítica de TAYLOR acerca da impossibilidade epistemológica de definição de “o conteúdo universal de justo”, razão pela qual os comunitários já haviam se oposto à Teoria da Justiça monologicamente desenvolvida por JOHN RAWLS.

Citando HEIDEGGER, JÜRGEN HABERMAS (v. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003) destaca a dificuldade epistemológica de definição de um conteúdo substantivo material e objetivo de “a verdade”. A própria separação clássica apreendida pela ciência modernista entre sujeito e objeto pode ser questionada. A definição do objeto é nitidamente influenciada pelo sujeito que o observa e descreve. A atuação do sujeito, por sua vez, é influenciada pela inserção do mesmo em determinado contexto específico, em tempo e local. Tal dificuldade de epistemologia pode ser aplicada ao âmbito do direito e da teoria da justiça, a partir da impossibilidade de definição de forma monológica e solipsista por um sujeito de “o conteúdo verdadeiro e correto” dos princípios morais de justiça a moldarem todas as instituições político-jurídicas positivadas.

Se em teoria e racionalmente já se percebe a dificuldade epistemológica na definição de um conteúdo material necessariamente correto e universal de justiça, empiricamente o cenário não é diferente em virtude da constatação fática do “fato do pluralismo”. HABERMAS, portanto, se torna um forte crítico da pretensão de JOHN RAWLS, um sujeito enraizado em determinado contexto cultural em tempo e espaço, de monologicamente buscar estabelecer um conteúdo supostamente objetivo, verdadeiro e certo de princípios morais universais de justiça.

Por outro lado, o sociólogo alemão não aceita a simplória postura comunitária que afirma que, em virtude da impossibilidade de definição de conteúdo material objetivo correto e universal de justiça, o direito deveria ser fruto da moral comunitária positivada nos valores compartilhados em determinada comunidade e observáveis nas relações sociais. Ao contrário, HABERMAS destaca que o direito vive em permanente tensão entre facticidade e validade. Desta forma, claro que o direito não pode ignorar completamente o contexto sócio-cultural nem a inserção do sujeito no mundo que o cerca (facticidade). Nada obstante, o direito não pode se resumir a uma função descritiva dos valores morais comunitários postos na sociedade. Deve possuir também caráter prescritivo (validade). Entre facticidade e validade, o direito não pode ignorar completamente o contexto social ao seguir supostos princípios morais objetivos de justiça universais nem pode simplesmente descrever os fatores sociais e os valores comunitários.

HABERMAS (v. HABERMAS, Jürgen. “Três Modelos normativos de democracia”. In *Lua Nova- Revista de Cultura e Política*. N. 36. 1995) formula assim uma concepção de filosofia político-moral procedimentalista denominada de “democracia deliberativa” e consistente eminentemente na legitimação através da ética do discurso e do agir comunicativo. A tensão entre facticidade e validade seria resolvida pela criação do direito justo e legitimado através do agir comunicativo dos indivíduos na democracia deliberativa, desde que sempre respeitadas as condições procedimentais básicas contramajoritárias e inerentes ao próprio funcionamento do sistema deliberativo. Há uma interessante tentativa de deslocamento da legitimação jurídico-moral a partir do conteúdo substancial de valores e princípios morais (sejam estes decorrentes de uma moral crítica metapositiva ou de uma moral comunitária) para uma legitimação jurídico-moral procedimental pura e baseada na ética do discurso e do procedimento.

Ao invés de princípios morais pré-políticos substanciais de justiça que limitassem as deliberações dos indivíduos, HABERMAS defende que o foco das decisões jurídicas e políticas deve justamente se concentrar nas deliberações intersubjetivas dos indivíduos com o mínimo de restrições possível. As deliberações na democracia deliberativa deveriam ser restringidas unicamente para fins de ser assegurado o respeito ao próprio procedimento democrático-deliberativo. Observadas as condições procedimentais, as decisões políticas e jurídicas deveriam ser fruto das decisões dos cidadãos através da interação comunicativa na democracia deliberativa (v. HABERMAS, Jürgen. “O Estado democrático de direito- uma amarração paradoxal de princípios contraditório?”. In *A Era das Transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003).

CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO (v. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na*



---

*deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006; v. tb. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Deliberação Pública, Constitucionalismo e Cooperação Democrática”. In SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009), neste sentido, aponta de forma minuciosa as distinções basilares entre a teoria de JOHN RAWLS e aquela de JÜRGEN HABERMAS. Embora ambos os autores possam ser designados como “procedimentalistas”, não se pode confundir o sentido em que tal expressão é empregada acerca da obra de cada um dos autores. JOHN RAWLS apresenta uma espécie de “procedimentalismo substantivo”. Isto porque o autor define o conteúdo substancial de princípios morais de justiça que possuem a pretensão de serem objetivamente corretos quanto à definição do justo. Segundo CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO, o estabelecimento monológico solipsista dos princípios em tela por JOHN RAWLS marcam uma postura construtivista pré-política do filósofo norte-americano.

JÜRGEN HABERMAS, por outro lado, apresenta uma espécie de “procedimentalismo puro”. Isto porque o autor, *a priori*, não define nenhum conteúdo substancial de princípios morais de justiça que possuem a pretensão de serem objetivamente corretos quanto à definição do justo. Segundo CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO, a obra de HABERMAS, neste sentido, é marcada por um reconstrutivismo político da moral através do agir comunicativo e do procedimento da democracia deliberativa. ÁLVARO RICARDO DE SOUZA CRUZ (v. CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. “Uma Nova Alternativa para o Direito Brasileiro: O Procedimentalismo”. In SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009) destaca, neste ponto, que o procedimentalismo habermasiano substitui a “moral monológica kantiana” pela “moral pós-convencional”.

Em verdade, a obra de HABERMAS não pode ser compreendida apenas como um trabalho de filosofia político-moral. Para ser compreendida em sua totalidade, deve ser estudada simultaneamente (talvez até primordialmente) como um trabalho sociológico. O conceito de democracia deliberativa não deve ser entendido como simples sinônimo de democracia direta. Ainda que se esteja diante de sistema onde as decisões sejam fruto de votação direta pelos cidadãos e sem qualquer eleição de representantes (conceito de democracia direta em oposição ao de democracia indireta ou representativa), não necessariamente se vivencia uma democracia deliberativa nos termos defendidos por HABERMAS. Muito mais do que uma discussão acerca de as decisões serem tomadas diretamente pelos cidadãos ou através de seus representantes, o conceito de democracia deliberativa diz respeito ao procedimento de interação entre os indivíduos de determinada sociedade quando da tomada de tais deliberações.

A democracia deliberativa deve consistir em um processo de tomada de decisões marcado por interações intersubjetivas informadas, respeitadas as condições procedimentais de deliberação, bem como movidas pela “ética do discurso” e pelo “agir comunicativo”. A idéia de “agir comunicativo” deveria ser entendida em oposição à idéia de agir estratégico. O agir comunicativo seria o conjunto de ações através das quais os indivíduos buscariam interagir de forma sincera e honesta perante os demais membros da sociedade com o intuito de deliberar acerca do que realmente seja a melhor solução. A submissão das idéias individuais ao crivo da intersubjetividade quando apresentadas perante os demais indivíduos no agir comunicativo seria a solução para as críticas formuladas ao procedimento monológico de RAWLS. Neste sentido, HABERMAS não pretende ser irracional ao criticar o estabelecimento de princípios-verdades objetivos por um sujeito isolado. Pretende apenas substituir a razão monológica individual por uma razão comunicativa.

A proposta procedimental da democracia deliberativa de HABERMAS, por outro lado, não se confunde igualmente com a corrente do republicanismo. Primeiramente, como destaca CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO, a teoria da democracia deliberativa de HABERMAS, ao contrário do republicanismo, não exige que a sociedade seja composta por homens civicamente virtuosos. Não há uma preocupação com qualquer tipo de engajamento e mobilização permanentes dos cidadãos na vida pública. Pelo contrário, cada cidadão, no dia-a-dia de sua vida, pode simplesmente “ficar no seu canto”. Não há necessidade de que os cidadãos se identifiquem nem que se reconheçam nos demais de forma intensa. Na sociedade contemporânea, extremamente plural e diversificada, HABERMAS acredita inclusive ser uma utopia acreditar-se na existência de cidadãos com esse grau de engajamento e mobilização permanente com a coisa pública tal qual o modelo de homem virtuoso defendido pelo republicanismo.

Os indivíduos dentro de uma mesma sociedade, em verdade, se encontram unidos por um laço mínimo que poderia ser denominado de “patriotismo constitucional”. A saber, os indivíduos seriam unidos por compartilharem um consenso mínimo de direitos fundamentais e um regime de proteções jurídicas básicas na Constituição que permite que todos, por mais diferentes entre si e plurais que sejam, vivam sob o procedimento descrito.

A teoria procedimentalista da democracia deliberativa de HABERMAS difere do republicanismo puro clássico igualmente por não permitir que as tomadas de decisões populares se encontrem completamente despidas de toda e qualquer restrição quanto a seus conteúdos. O republicanismo (evidentemente em sua versão mais pura e sem qualquer mitigação) confere *tout court* as tomadas de decisões políticas e jurídicas à manifestação popular

planos de vida pessoais; se por um lado igualitário a Constituição de 88 prevê inúmeros direitos sociais e condições igualitárias sociais de liberdade e de dignidade; por fim, em inúmeros pontos, a Constituição de 88 prevê igualmente a participação popular na deliberação democrática e o princípio da soberania popular, elementos indispensáveis para as concepções moderadas de republicanismo e da democracia deliberativa. É o caso do parágrafo único do art. 1º, que estabelece que todo o Poder emana do povo e em seu nome será exercido, bem como dos inúmeros dispositivos que disciplinam o sistema político-eleitoral e o processo legislativo.

---

mobilizada, não havendo que se falar em qualquer restrição ao conteúdo material de tais deliberações por princípios morais e direitos inatos.

Não se pode falar o mesmo da democracia deliberativa de HABERMAS. Tal qual exposto, pelo procedimentalismo imaginado pelo sociólogo alemão, as tomadas de decisões políticas e jurídicas devem ser deixadas realmente à deliberação dos cidadãos. Nada obstante, tal deliberação se sujeita a procedimento bastante específico. Deve haver deliberação intersubjetiva informada pela ética do discurso e pelo agir comunicativo bem como respeitadas as condições procedimentais da democracia deliberativa. Devem ser mantidas as “condições ideais de discurso”.

Neste sentido, a teoria de HABERMAS se propõe a fazer uma compatibilização entre a soberania popular e o Estado de Direito. Haveria em tal teoria uma cooriginaridade entre a autonomia pública e a autonomia privada.

No entender da presente tese, ao estipular as “condições do procedimento da democracia deliberativa” (que devem ser obedecidas e se apresentam como restrições ao conteúdo que poderá ser deliberado), a teoria de HABERMAS necessariamente já deixou de ser procedimentalista “pura”. A idéia de um “procedimentalismo puro” parece configurar uma contradição em termos. Isto porque a própria definição do procedimento a ser seguido é em algum grau um conteúdo substancial. Poder-se-ia, no máximo, falar em um “substancialismo mínimo”, diante de princípios de justiça ou condições procedimentais (pouco importa o rótulo) de conteúdo não excessivo. Porém, um mínimo de substância decorre do próprio estabelecimento de quaisquer condições de procedimento.

Por fim, merece destaque a proposta trazida pela obra do professor CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO (v. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006) de, em certa medida, aproximar o “procedimentalismo substantivo” de JOHN RAWLS e o “procedimentalismo puro” de JÜRGEN HABERMAS. Propõe o professor da UFF interessante modelo deliberativo-cooperativo em que seja ainda mais aperfeiçoada a tentativa de compatibilização da soberania popular com o Estado de Direito.

Segundo CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO, a teoria de HABERMAS pecaria no que diz respeito às condições procedimentais da democracia deliberativa. Tal qual exposto acima, o autor alemão estabelece suas condições procedimentais em decorrência da própria funcionalidade do procedimento da democracia deliberativa. Neste sentido, o conteúdo das condições procedimentais habermasianas somente pode ser sustentado quando tais condições se apresentem diretamente indispensáveis à manutenção do procedimento democrático deliberativo.

CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO entende que tal modelo poderia ser aperfeiçoado. Para que o procedimento deliberativo se torne viável, seria necessária uma maior estabilidade cooperativa entre os membros da sociedade. Neste sentido, não bastariam as condições habermasianas, que seriam apenas aquelas que poderiam ser diretamente remetidas à manutenção do procedimento democrático. Em substituição, CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO defende a proteção das condições necessárias a garantir a cooperação social. Tais condições abrangeriam direitos outros que não apenas aqueles diretamente ligados à manutenção do procedimento democrático.

Neste sentido, as condições de cooperação do autor são informadas não apenas por elementos de proteção da soberania popular e da autonomia pública, mas também do Estado de Direito e da autonomia privada bem como condições materiais necessárias à dignidade humana. Assim, as condições de cooperação devem se encontrar diretamente ligadas à proteção da liberdade e da igualdade. Segundo o professor, somente sendo assegurado que as pessoas serão tratadas com igual respeito e dignidade, lhes sendo facultadas as escolhas de seus projetos de vida pessoais, poderia ser viável um procedimento deliberativo em cooperação.

Enfim, uma interpretação sistemática da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, depreendida não apenas de um dispositivo mas da totalidade de seu texto, deixa claro que a Lei Maior busca uma verdadeira compatibilização dos valores da autonomia privada, das condições igualitárias e da autonomia pública. A Carta Magna em vigor, embora não deva ser entendida como o fundamento do qual decorra a concepção de filosofia político-moral externa e pré-constitucional, ao possuir ampla legitimidade democrática, exerce importante papel interpretativo e declaratório de qual deve *a priori* ser tal concepção, desde que não completamente violadora de argumentos de razão pública. Neste ponto, a Carta Magna de 1988, em tal função interpretativa com ampla legitimidade democrática, parece apontar para uma compatibilização do liberalismo-igualitário com influências tanto de um republicanismo moderado quanto de uma democracia deliberativa. A saber, uma busca de compatibilização da autonomia liberal, das condições igualitárias e da autonomia pública em uma espécie de liberalismo-republicano.

Uma vez definidas quais as concepções de filosofia político-moral compatíveis com o texto da vigente Constituição de 1988 (que, embora não seja fundamento constitutivo das concepções de filosofia político-moral pré-constitucionais, pode exercer papel interpretativo na declaração de quais são as mesmas), cabe, em processo dialético, submeter tais concepções indicadas pela Constituição de 88 a um crivo de razões públicas. Lembre-se que, devido à ampla legitimidade democrática de que goza a interpretação realizada pela Carta Magna, a princípio deve haver uma presunção de legitimação jurídico-moral da concepção de filosofia político-moral depreendida da Constituição. Somente em caso de gritante violação pela concepção depreendida da Constituição ao crivo racional público deveria a mesma ser entendida como não legitimada jurídico-moralmente.

Não parece ser este o caso da concepção inerente à Constituição de 1988, que, tal qual exposto, propõe uma compatibilização das autonomias pública e privada dos indivíduos com as condições igualitárias. Não se trata de concepção de filosofia político-moral cuja presunção de legitimação jurídico-moral deva ser afastada quando submetida a um crivo de razão pública.

Ainda que se ignorassem os indícios interpretativos e declaratórios depreendidos do conjunto da Constituição de 1988, por força de um procedimento baseado em razões públicas, de fato, uma das concepções de filosofia político-moral a se destacar com grande coerência e respaldo racional já consistiria em uma espécie de liberalismo-republicano, que buscasse a compatibilização das autonomias pública e privada dos indivíduos com as condições

igualitárias de liberdade e de dignidade. Explique-se tal alegada primazia do liberalismo-republicano como concepção de filosofia político-moral coerente perante um procedimento baseado em razões públicas.

O liberalismo-igualitário, tal qual exposto, a partir da obra de JOHN RAWLS, foi a grande corrente de filosofia político-moral responsável pela retomada da necessidade de aferição da legitimação das instituições político-jurídicas positivadas perante um paradigma crítico-moral superior. Em verdade e a rigor, todo e qualquer esforço de legitimação jurídico-moral das instituições político-jurídicas positivadas exige um paradigma externo em algum grau influenciado pela concepção liberal de filosofia político-moral. Ocorre que a própria pretensão de correção ou conformidade das instituições positivadas perante um paradigma externo metapositivo, essência do instituto da legitimação jurídico-moral, encontra-se diretamente ligada ao pensamento liberal, não se encontrando completamente presente em diversas das demais concepções de filosofia político-moral contemporâneas.

Neste sentido, em um procedimento racional, de plano já seria possível afastar-se o comunitarismo como concepção de filosofia político-moral adequada a ser utilizada como parâmetro externo a instrumentalizar o instituto da legitimação jurídico-moral. Ocorre que a concepção comunitária, ao preceituar que as instituições postas deveriam tomar por norte os valores morais compartilhados pela própria comunidade específica posta (a moral comunitária), acaba por recair em um positivismo sociológico ou historicista. Assim, consistindo a concepção comunitária em uma espécie de positivismo sociológico ou historicista, ao passo que o instituto da legitimação jurídico-moral exige como requisito inafastável para sua existência a superação dos positivismos de todas as espécies e a utilização de um paradigma de aferição externo ao objeto a ser legitimado, o comunitarismo se apresenta como concepção de filosofia político-moral incompatível com o próprio instituto da legitimação jurídico-moral já em decorrência de um procedimento racional.

Da mesma forma, pelos exatos mesmos motivos, uma corrente de republicanismo puro e radical se apresentaria igualmente como concepção de filosofia político-moral incompatível com o próprio instituto da legitimação jurídico-moral já em decorrência de um procedimento racional. Ocorre que também a corrente do republicanismo, se tomada em vertente completamente pura e radical, acaba por recair em espécie do gênero positivista por não permitir a aferição das instituições postas perante uma ordem moral crítica e metapositiva que constitua paradigma de aferição externo ao próprio objeto a ser legitimado.

Portanto, ainda que se ignorassem os indícios declaratórios e interpretativos fornecidos pela Constituição de 1988 acerca de qual deva ser a concepção pré-constitucional e externa adequada de filosofia político-moral, por força de um procedimento racional, as correntes do comunitarismo e de um republicanismo puro e radical já se apresentariam incompatíveis por definição com o instituto da legitimação jurídico-moral, eis que tais correntes acabariam por recair em espécies do gênero positivismo, não oferecendo paradigmas de aferição de legitimação que sejam externos ao próprio objeto que se pretende legitimar.

Afastados o comunitarismo e o republicanismo puro e radical, entretanto, por que razão não poderiam as correntes do libertarianismo e do utilitarismo serem tomadas como as concepções de filosofia político-moral mais adequadas em um procedimento racional? Afinal de contas, é possível extrair dessas concepções de filosofia político-moral supostas pretensões de correção metapositivas a servirem de paradigma externo a ser seguido pelas instituições político-jurídicas positivadas.

A divergência entre o liberalismo-igualitário, o libertarianismo e o utilitarismo, neste ponto, não consiste na possibilidade ou impossibilidade de submissão das instituições político-jurídicas postas perante paradigmas metapositivos de aferição de justiça que lhes sejam externos. A divergência entre liberais-igualitários, libertários e utilitários, neste ponto, consiste em qual deva ser o conteúdo do paradigma metapositivo a ser seguido pelas instituições político-jurídicas postas. Para os liberais-igualitários, as instituições político-jurídicas deverão obedecer princípios de justiça que consagrem tanto o valor da liberdade quanto o valor da igualdade. Para os libertários, por sua vez, as instituições político-jurídicas deverão obedecer princípios de justiça que consagrem unicamente o valor liberdade. Por fim, para os utilitários, as instituições político-jurídicas deverão obedecer princípios de justiça que determinem a maximização do bem-estar social.

Dentro do liberalismo, parece indispensável a adesão à espécie do liberalismo-igualitário, sendo insuficiente a proteção meramente formal da liberdade pleiteada pelos libertários. Neste ponto, a razão para o afastamento do libertarianismo como concepção mais adequada de filosofia político-moral, por força de um procedimento racional, consiste na incoerência interna de que os princípios morais de justiça apresentados pelo libertarianismo não se revelam aptos a implementar o valor moral definido como fundamental pelo próprio libertarianismo: a autonomia privada dos indivíduos. Como se sabe, os autores do libertarianismo apontam como valor moral fundamental a ser protegido a autonomia privada dos indivíduos. Com vistas à proteção e implementação de tal valor moral fundamental os

libertários estabelecem seus princípios de justiça, destinados basicamente à proteção apenas dos direitos individuais de liberdade.

Ocorre, entretanto, que os princípios de justiça preceituados pelos libertários, muitas vezes, acabam por violar o próprio valor moral fundamental da autonomia privada individual que buscavam proteger. Isto pois, por diversas vezes, a proteção e implementação da autonomia privada dos indivíduos não poderá consistir na simples proteção de direitos individuais de liberdade. Pelo contrário, por vezes, para que a autonomia privada dos indivíduos seja implementada, será necessária a proteção de condições materiais sociais mínimas. A saber, condições que se apresentem como condições igualitárias de liberdade.

Neste sentido, o conteúdo da teoria de justiça libertária acaba por apresentar uma incoerência interna bastante relevante. Embora tal corrente eleja a autonomia privada dos indivíduos como o valor moral fundamental a ser implementado, a mesma corrente estabelece princípios de justiça que vedam a adoção pelas instituições político-jurídicas de condutas necessárias a implementar este mesmo valor moral fundamental. Assim, já por força de um procedimento racional, ainda independente de qualquer indício declaratório ou interpretativo fornecido especificamente pela Constituição positiva de 1988, o libertarianismo não se apresenta como concepção mais adequada de filosofia político-moral.

Neste ponto, os liberais-igualitários, ao contrário, apresentam teoria da justiça despida de tal contradição interna. Tal qual os libertários, os liberais-igualitários elegem a autonomia privada dos indivíduos como um valor moral fundamental a ser implementado. Porém, ao contrário dos libertários, os liberais-igualitários não estabelecem princípios de justiça que acabem por violar tal valor moral fundamental. Isto pois os autores do liberalismo-igualitário admitem que, para que seja assegurada a dignidade humana bem como a capacidade de autodeterminação dos indivíduos, necessária também a proteção de condições igualitárias sociais mínimas de liberdade.

No que diz respeito ao utilitarismo, o mesmo deve ser afastado em um procedimento baseado em razões públicas por força de tal concepção de filosofia político-moral se apresentar contrária à premissa adotada pela presente tese de que as pessoas humanas devem possuir dignidade e serem fins em si mesmas. Em sentido oposto, a corrente utilitária apresenta raízes em premissas coletivistas, assentadas na possibilidade de instrumentalização das pessoas humanas em prol do somatório do corpo social.

Enfim, não só por indícios declaratórios ou interpretativos da Constituição de 1988, já por um procedimento racional as correntes do comunitarismo, do republicanismo puro e

radical, do libertarianismo e do utilitarismo não se apresentam como concepções de filosofia político-moral adequadas a pautar o instituto da legitimação jurídico-moral. O comunitarismo bem como o republicanismo puro e radical acabam por configurar espécies de positivismo, não oferecendo paradigmas de aferição de legitimação que sejam externos ao próprio objeto a ser legitimado. A teoria da justiça do libertarianismo, por sua vez, apresenta contradição interna, eis que os princípios de justiça estabelecidos por esta corrente por vezes acabam por violar o valor moral eleito como fundamental por este próprio libertarianismo. Por fim, o utilitarismo constitui concepção assentada em raiz coletivista, que viola o mais básico preceito de que as pessoas humanas devam possuir dignidade e fim em si mesmas, não podendo ser instrumentalizadas em prol do somatório social.

O liberalismo-igualitário, ao contrário, se apresenta como concepção de filosofia político-moral mais adequada já sob um procedimento racional. Isto por constituir corrente cuja própria essência corresponde à superação dos positivismos (apresentando princípios morais de justiça metapositivos que possam servir de paradigma externo às instituições político-jurídicas postas a serem examinadas) bem como por não apresentar contradições internas entre seus princípios de justiça e os valores morais fundamentais que consagra.

Nada obstante, parece insuficiente uma posição de filosofia político-moral baseada em uma ênfase excessiva na afirmação de direitos inatos de liberdade, de igualdade e de dignidade humana dos indivíduos tal qual o liberalismo-igualitário, cujo foco é a garantia dos direitos individuais de liberdade bem como das condições mínimas sociais igualitárias para que os indivíduos possuam autonomia na escolha de seus planos de vida pessoais. A teoria dos direitos liberais-igualitários inatos aos indivíduos, típica do Estado de Direito, deve ser complementada por exigências de participação popular na deliberação de políticas e direitos outros que não aqueles inatos e indispensáveis à dignidade do indivíduo como pessoa humana. A autonomia dos indivíduos, além de uma dimensão privada consistente em direitos inatos inerentes à própria dignidade humana, pré-políticos e barreiras que não podem ser afastadas pela deliberação, possui uma dimensão pública, consistente na possibilidade de deliberação sobre políticas e direitos não fundamentais. Exageradamente calcada na autonomia privada, por exemplo, a posição de DWORKIN<sup>203</sup> de que os princípios sempre devem ser entendidos como trunfos, que não podem nunca ser limitados por *policies*.

Evidentemente que o liberalismo-igualitário, baseado em direitos inatos e pré-políticos dos indivíduos, não pode ser associado a uma vertente radical de republicanismo, cujo foco

---

<sup>203</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes. 2005.

basilar seja a tomada de toda e qualquer decisão através da participação popular. Não pode o liberalismo-igualitário consentir que a própria decisão acerca da supressão dos direitos individuais, por exemplo, seja deixada à deliberação popular majoritária. Nada obstante, é possível a compatibilização das premissas liberais-igualitárias de proteção da autonomia privada, das condições igualitárias e de direitos inatos básicos dos indivíduos com uma concepção não radical de republicanismo, onde as decisões diuturnas acerca de direitos e políticas públicas, desde que não violem a dignidade humana, devam ser tomadas pela participação popular através da autonomia pública.

Tal compatibilização do liberalismo-igualitário com versões não extremadas do republicanismo não parece muito distante dos modelos propostos pela democracia deliberativa ou pela democracia cooperativa. Ocorre tão somente que, se o liberalismo-republicano caminha de uma teoria *a priori* filosófica e pré-política baseada na autonomia privada e nas condições igualitárias de liberdade e dignidade para a inserção de elementos políticos de autonomia pública, as teorias da democracia deliberativa e da democracia cooperativa caminham de posições *a priori* políticas baseadas na autonomia pública deliberativa para a inserção de elementos pré-políticos de autonomia privada e de condições igualitárias.

Por mais que JÜRGEN HABERMAS<sup>204</sup> seja apresentado como um “procedimentalista puro”, não é possível a existência de tal idéia de pureza de procedimento. A própria definição de um procedimento constitui em si um conteúdo substancial. A teoria de HABERMAS, ao definir condições procedimentais a serem seguidas pela democracia deliberativa, nada mais faz do que outra tentativa de conciliação da autonomia pública com a autonomia privada e as condições igualitárias. As decisões deveriam ser deixadas ao agir comunicativo dos indivíduos através da ética do discurso no seguimento do procedimento da democracia deliberativa em homenagem à autonomia pública dos cidadãos. Nada obstante, não poderia ser objeto de deliberação a violação às próprias condições do procedimento deliberativo democrático, o que não deixa de ser uma proteção à esfera privada da autonomia e às condições igualitárias de liberdade e de dignidade humana. Por mais que HABERMAS afirme que os direitos consistentes nas condições deliberativas não possuam fundamento pré-político monológico, decorrendo da própria funcionalidade democrática, fato é que sua teoria realiza compatibilização da autonomia pública com a autonomia privada e as condições igualitárias, valendo-se de direitos substantivos, não “procedimentais”.

---

<sup>204</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003.



Outra tentativa de compatibilização entre Estado de Direito e soberania popular, entre autonomia privada, condições igualitárias e autonomia pública, se encontra de forma mais clara ainda na teoria da democracia cooperativa de CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO<sup>205</sup>. O autor também defende que a tomada de decisões diuturnas acerca das políticas públicas e dos direitos seja deixada à soberania popular em exercício da autonomia pública. Nada obstante, tal deliberação encontrará limite nas condições da democracia cooperativa. A grande diferença de tais condições para aquelas propostas por HABERMAS seria a de que as condições cooperativas não se restringiriam àquelas decorrentes diretamente apenas da funcionalidade do procedimento democrático, abrangendo também as condições necessárias à cooperação entre os indivíduos em uma sociedade.

Ou seja, todas as três posições (tanto um liberalismo-republicano, quanto uma democracia deliberativa, quanto uma democracia cooperativa), por mais que não se negue decorrerem de fundamentações e modelos teóricos diferentes, parecem em vias de aproximação. O liberalismo-republicano parte de uma base filosófica pré-política, assentada na idéia de direitos inatos aos indivíduos decorrentes da própria condição humana de autonomia privada e condições igualitárias de liberdade e dignidade para incorporar a possibilidade de deliberações políticas em autonomia pública desde que não incompatíveis com tais direitos. A democracia deliberativa parte de uma base política, assentada na tomada de decisões através da deliberação democrática em exercício da autonomia pública para incorporar direitos “procedimentais” (que, em verdade, sempre são substanciais), que não possam ser violados pelas deliberações democráticas. A concepção da democracia cooperativa, por fim, mais expressamente ainda admitirá um ingresso maior de “substância” em suas “condições de cooperação”.

Enfim, parece que a concepção de filosofia político-moral mais adequada a servir de eixo axiológico de fundamentação e interpretação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 deva se basear em uma compatibilização da autonomia privada, das condições igualitárias de liberdade e de dignidade e da autonomia pública, em uma espécie de liberalismo-republicano.

Por um lado, trata-se de concepção que parte da premissa de que os indivíduos são fins em si mesmos com dignidade, não podendo ser tratados como meio para fins de promoção de

---

<sup>205</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.; v. tb. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Deliberação Pública, Constitucionalismo e Cooperação Democrática”. In SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

outros indivíduos ou de qualquer projeto coletivista organicista. Sendo fins com dignidade e autonomia em si mesmos, os indivíduos devem possuir direitos mínimos que lhes sejam inatos e de caráter pré-político, resguardados de qualquer possibilidade de deliberação política. Neste sentido, devem ser asseguradas a neutralidade estatal e a capacidade de autodeterminação de todas as pessoas na escolha de seus planos de vida e projetos pessoais, sendo vedada qualquer imposição de concepções de projetos específicos de *good life* às pessoas.

Por outro lado, nem todos os direitos e decisões políticas mais pormenorizados do dia-a-dia devem decorrer da autonomia privada. A concepção liberal-igualitária deve ser complementada por elementos de um republicanismo não extremado, sendo deixadas à deliberação política da soberania popular as decisões acerca dos direitos e das políticas públicas diuturnas desde que tais decisões não violem os direitos mínimos inatos necessários à proteção da dignidade humana.

O liberalismo-republicano cujo conteúdo se acaba de expor, portanto, será adotado pela presente tese como a concepção de filosofia político-moral a servir de paradigma externo quando da aferição de legitimação jurídico-moral a que deve se submeter toda e qualquer instituição político-jurídica positivada. Entre as inúmeras instituições político-jurídicas existentes, mais especificamente, a presente tese buscará aferir a legitimação jurídico-moral do direito regulatório e da regulação estatal perante o liberalismo-republicano. Indagar-se-á em que situações, em que medida e com base em que fundamentos a regulação estatal poderá se encontrar justificada, em correção e em conformidade perante o liberalismo-republicano.

#### **2.4. Da legitimação jurídico-moral da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 à legitimação jurídico-moral das medidas regulatórias infraconstitucionais. Os princípios de legitimação jurídico-moral e a “constitucionalização jurídico-moral do ordenamento”**

No Capítulo II.3, foi afirmado que o liberalismo-republicano deve ser adotado como a concepção de filosofia político-moral, de fundamento externo metapositivo e pré-constitucional, a servir de parâmetro para fins de implementação do instituto da legitimação jurídico-moral.

Nada obstante, não basta simplesmente a afirmação genérica de que as instituições político-jurídicas positivadas devam se encontrar legitimadas jurídico-moralmente perante o paradigma externo metapositivo e pré-constitucional do liberalismo-republicano. Como ocorreria metodologicamente tal procedimento de legitimação jurídico-moral? Como os valores morais metapositivos e externos ao ordenamento jurídico posto ingressariam no direito? Que instrumentos metodológicos poderiam ser utilizados para operacionalizar tal legitimação jurídico-moral? Como fazer tal instituto de legitimação jurídico-moral alcançar não apenas as normas de hierarquia constitucional, mas também as medidas jurídicas regulatórias de hierarquia legal ou mesmo regulamentar? É o que se passa a expor no presente Capítulo II.4.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 apresenta texto que nitidamente se abre ao ingresso de valores morais. Explica-se.

Como bem leciona HUMBERTO ÁVILA<sup>206</sup>, norma e texto normativo não se confundem. As normas jurídicas são, em verdade, o produto da interpretação jurídica, que, por sua vez, parte dos textos normativos, levando em consideração ainda fatores fáticos e valores morais. O mesmo texto legal, inclusive, pode ser a base para a existência de mais de uma norma jurídica, sendo tais normas distintas e independentes entre si. Por mais que a interpretação consista na revelação do conteúdo de uma norma a partir de um texto específico, o mesmo texto possibilitará diferentes interpretações e a criação de diferentes normas. Isto porque os códigos lingüísticos, como bem destaca ZYGMUN BAUMAN<sup>207</sup>, sempre apresentam algum grau de ambigüidade, não possuindo significado unívoco.

Os símbolos lingüísticos utilizados pelos indivíduos para codificar mensagens no processo de comunicação são criados através de um mecanismo de redução da rica realidade das coisas. Neste sentido, o símbolo lingüístico utilizado nunca esgotará completamente o conteúdo/mensagem que está transportando. A interpretação dos mesmos textos, portanto, sempre possibilitará como resultado a revelação de conteúdos/mensagens diversos. Isto porque o processo de descodificação dos textos realizado pelo intérprete/receptor da comunicação para compreender a mensagem, ao contrário do processo de codificação da mensagem nos textos realizado pelo emissor da codificação, partirá de símbolos (que consistem em reduções da riqueza da vida real) para recriar o conteúdo/mensagem (que é muito mais rica que os símbolos reduzidos).

---

<sup>206</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros. 2004.

<sup>207</sup> BAUMAN, Zygmund. *Modernidade e Ambivalência*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora. 1999.

KARL LARENZ<sup>208</sup>, superando a metodologia da subsunção aos casos concretos de uma norma pronta e acabada no texto legal, já destacava a necessidade de complementação do texto legal com os fatores sociais e os valores morais quando da interpretação através do círculo hermenêutico. Os elementos complementares ao texto legal, que serão exigidos quando da interpretação e do descobrimento da norma jurídica subjacente, variarão conforme as particularidades das normas jurídicas sob análise. Há textos jurídicos que exigem quando de sua interpretação complementação primordialmente através de elementos fáticos do contexto de incidência da norma. Outros textos jurídicos exigem quando de sua interpretação complementação primordialmente através de valores morais. Por fim, há mesmo textos que exigem pouca complementação quando de sua interpretação.

Há textos normativos que, quando submetidos à interpretação, encontram-se mais propensos à revelação de normas da espécie “regras”, enquanto há textos normativos que, quando submetidos à interpretação, encontram-se mais propensos à revelação de normas da espécie “princípios”. Como bem destaca FÁBIO CORRÊA SOUZA DE OLIVEIRA<sup>209</sup>, uma primeira diferença bastante acentuada existe entre os princípios e as regras no que diz respeito ao grau de abstração dessas duas diferentes espécies do gênero norma. Os textos normativos mais suscetíveis a ensejar, quando de suas interpretações, normas da espécie principiológica, exigem uma complementação muito maior do que aquela exigida pelos textos normativos mais suscetíveis a ensejar, quando de suas interpretações, normas da espécie regras. Tal maior grau de abstração dos princípios em relação às regras, segundo FÁBIO CORRÊA SOUZA DE OLIVEIRA<sup>210</sup>, encontra-se ligado a uma outra importante característica distintiva entre as duas espécies normativas: a maior proximidade dos princípios da idéia de valores morais.

A vigente Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por sua vez, como há muito já bem destacava LUÍS ROBERTO BARROSO, apresenta algumas particularidades<sup>211</sup>. Segundo o professor, “Embora seja uma lei, e como tal deva ser interpretada, a Constituição merece uma apreciação destacada dentro do sistema, à vista do conjunto de peculiaridades que singularizam suas normas. Quatro delas merecem referência expressa: a) a superioridade hierárquica; b) a natureza da linguagem; c) o conteúdo específico; d) o caráter político.”

---

<sup>208</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução por José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian. 3ª Ed. 1997.

<sup>209</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por Uma Teoria dos Princípios. O Princípio Constitucional da Razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003.

<sup>210</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por Uma Teoria dos Princípios. O Princípio Constitucional da Razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003.

<sup>211</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva. 1999.

No que diz respeito à natureza da linguagem, o professor bem percebeu a freqüente utilização pela Carta Magna de textos predispostos, quando de suas interpretações jurídicas, ao fornecimento de normas de caráter principiológico. A Lei Maior de 1988 se vale bastante da espécie normativa dos princípios, cujo traço distintivo essencial em relação à espécie normativa das regras é o fato de que os primeiros apresentam um alto grau de abstração bem como uma maior proximidade da idéia de valores. Em verdade, justamente por decorrerem da interpretação de textos com linguagem mais aberta e abstrata, os princípios constitucionais se aproximam mais da idéia de valores. Quando do processo de interpretação dos textos jurídicos que ensejarão o descobrimento dos princípios constitucionais, a linguagem extremamente aberta e abstrata dos mesmos necessariamente exigirá uma complementação interpretativa dos textos através dos valores morais.

Inúmeras são as previsões abstratas e abertas realizadas pela vigente Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (tais quais os princípios da liberdade, da privacidade, da igualdade, da moralidade entre diversos outros) cujo conteúdo somente poderá ser preenchido, quando da interpretação do texto constitucional, através do ingresso dos valores morais. Vale para a Carta Magna brasileira a mesma afirmação realizada por RONALD DWORKIN<sup>212</sup> acerca de a Constituição norte americana necessariamente exigir uma leitura moral quando de sua interpretação jurídica. A interpretação jurídica da Constituição, desta forma, deve ser necessária e simultaneamente uma interpretação moral. Uma interpretação jurídico-moral, eis que, para que as normas jurídicas subjacentes ao texto da Constituição tenham seus conteúdos revelados, a interpretação jurídica deste texto necessariamente deverá ser complementada por valores morais, complemento exigido pela natureza da linguagem e conteúdo específicos da Lei Maior.

Diante do rompimento com os positivismos de todas as espécies, tal complementação moral exigida pelos próprios textos constitucionais quando da interpretação jurídica dos mesmos não poderá ser fornecida simplesmente por fatores sociológicos e valores morais decorrentes de uma moral historicista compartilhada por determinada comunidade posta. Pelo contrário, tal complementação moral exigida pelos próprios textos constitucionais quando da interpretação jurídica dos mesmos necessariamente exigirá o ingresso dos valores morais metapositivos decorrente de uma moral crítica externa. Eis, portanto, a forma de ingresso e a porta de entrada dos valores morais metapositivos no ordenamento jurídico positivo: a interpretação jurídica da Constituição de 1988, que necessariamente deve ser uma

---

<sup>212</sup> DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes. 2006.

interpretação jurídico-moral da Constituição de 1988 à luz de valores morais críticos metapositivos.

Os valores morais metapositivos são, neste exato momento, “juridicizados” por se tornarem elementos exigidos pela interpretação jurídica das normas constitucionais. Mais especificamente, os valores morais do liberalismo-republicano, adotado como concepção de filosofia político-moral a conduzir a legitimação jurídico-moral do ordenamento jurídico positivo, sofrem juridicização ao servirem de complemento moral da interpretação jurídica da Constituição de 1988.

Se todo e qualquer princípio constitucional de conteúdo material, em virtude do alto grau de abstração e da manifestação em texto de linguagem genérica, já apresenta grande potencial para a entrada de valores morais no ordenamento positivo, maior destaque ainda em tal função deve-se conferir aos princípios constitucionais instrumentais. Explica-se.

Dentre o rol dos princípios, há determinados preceitos que, por apresentarem certas particularidades operacionais, levantam complexos questionamentos acerca de sua natureza jurídica. Ocorre que os preceitos em tela são caracterizados por apresentarem conteúdo material imediato e *a priori* vazio. Não prescrevem de forma imediata conduta ou conteúdo material direto. Na verdade, tais princípios apresentam imediatamente e *a priori* tão-somente conteúdo operacional, consistente justamente na aplicação de outros princípios ou regras. Tais princípios, destinados imediatamente a um objetivo operacional de instrumentalizar a aplicação de outros princípios e regras (estes sim com conteúdo material), apenas mediadamente apresentam conteúdo material.

Para certos autores, tratando-se de princípios cujo objeto é justamente a aplicação de outros princípios, tais preceitos poderiam ser denominados “princípios de segundo grau”, “sobreprincípios” ou “metaprincípios”. Utilizando-se a classificação de LUÍS ROBERTO BARROSO<sup>213</sup>, tais metanormas corresponderiam em grande parte aos “princípios de interpretação constitucional” apresentados pelo professor. HUMBERTO ÁVILA<sup>214</sup>, por sua vez, adota como nomenclatura destinada a designar tais preceitos a expressão “postulados normativos aplicativos”, destacando que a função desses postulados consiste precisamente na aplicação de normas.

---

<sup>213</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva. 1999.

<sup>214</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros. 2004.

Para os fins de estudo da presente tese, entretanto, merece maior destaque a expressão cunhada pelo professor RICARDO LOBO TORRES<sup>215</sup> ao denominar tais preceitos de “princípios de legitimação”. No âmbito da afirmação do não-positivismo, sendo necessária a legitimação do ordenamento jurídico positivo perante uma ordem moral metapositiva, os preceitos em tela, ao apresentarem conteúdo imediato e *a priori* tão-somente operacional, apresentam-se como interessantes instrumentos para o ingresso dos valores morais no ordenamento jurídico positivo. Tais princípios passam a servir como moldura operacional, cujo conteúdo material passa a ser preenchido pelos valores morais que legitimam o ordenamento.

O “princípio” da igualdade e o “princípio” da proporcionalidade se inserem entre os preceitos destacados. Ambos os princípios possuem conteúdo material imediato e *a priori* vazio. Apresentam de forma imediata tão-somente conteúdo operacional, visando à aplicação de outros princípios e regras. Desta forma, tais princípios constituem instrumentos valiosos metodologicamente para operacionalizar o procedimento de legitimação do ordenamento jurídico positivo à luz dos valores morais.

Tendo seus conteúdos preenchidos pelos valores morais decorrentes da concepção de filosofia político-moral adotada (um liberalismo-republicano consistente na compatibilização entre a autonomia privada, as condições igualitárias e a autonomia pública dos indivíduos), tais princípios conduzirão a interpretação jurídico-moral da Constituição de 1988.

Nada obstante, estabelecida a forma de ingresso dos valores morais do liberalismo-republicano no ordenamento jurídico através da interpretação jurídico-moral da Constituição de 1988 bem como destacado o papel dos “postulados”, “princípios de interpretação constitucional” ou “princípios de legitimação” em tal papel de ingresso dos valores morais na interpretação jurídico-moral da Lei Maior, não se pode simplesmente realizar um “salto metodológico”. Como avançar da afirmação genérica de que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 deve encontrar sua fundamentação última em um liberalismo-republicano tomado como concepção de filosofia político-moral (sendo a interpretação jurídica da Lei Maior uma interpretação jurídico-moral da Lei Maior complementada pela juridicização de tais valores morais do liberalismo-republicano) até afirmações específicas e casuísticas de que “determinada instituição político-jurídica positivada, determinada norma ou regulação estatal específica infraconstitucional se encontra ou não legitimada jurídico-

---

<sup>215</sup> TORRES, Ricardo Lobo. “A Legitimação dos Direitos Humanos e os princípios da Ponderação e da Razoabilidade”. In TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.

moralmente”? Como operacionalizar tal empreitada de legitimação jurídico-moral não apenas das normas constitucionais (normas jurídicas positivas de mais alta hierarquia, já na fronteira entre o ordenamento jurídico positivo e a filosofia político-moral), mas também das normas legais e mesmo regulamentares sem um salto metodológico?

Afinal de contas, a presente tese busca indagar acerca da legitimação jurídico-moral das medidas regulatórias. Embora certamente haja adoção de algumas medidas jurídicas regulatórias já através de normas de hierarquia constitucional, a imensa maioria das medidas regulatórias é adotada através de instrumentos legais ou mesmo regulamentares. Como metodologicamente operacionalizar a legitimação jurídico-moral mesmo destas medidas regulatórias legais ou regulamentares perante os valores morais externos e metapositivos do liberalismo-republicano? Cabe prosseguir neste sentido.

A resposta para tal angústia se encontra em institutos já bem trabalhados pela doutrina constitucionalista e administrativista brasileira: o princípio da unidade da constituição, passando pela concepção de filtragem constitucional, até o fenômeno da “constitucionalização do direito”. Tais institutos possuem o condão de fazer com que a interpretação jurídico-moral da Constituição implique a interpretação jurídico-moral das demais normas e atos jurídicos infraconstitucionais. Explica-se.

O princípio da unidade já foi muito bem examinado há tempos por LUÍS ROBERTO BARROSO<sup>216</sup> como um dos importantes “princípios de interpretação constitucional”. Segundo o professor, tal princípio poderia ser analisado sob duas perspectivas diferentes. Em uma ótica intraconstitucional, o princípio da unidade determinaria a unidade interna da Constituição. Desta forma, a Carta Magna deveria se apresentar como um sistema coerente, sem antinomias e a ser interpretado como um todo. Por outro lado, em uma ótica externa (e esta a que interessa mais neste momento), o princípio da unidade deveria ser entendido como uma exigência de que todo o ordenamento jurídico positivo seja interpretado como um sistema que tenha por eixo axiológico a Constituição da República Federativa do Brasil.

Caminhando em sentido semelhante, PAULO RICARDO SCHIER<sup>217</sup> cunhou a interessantíssima expressão “filtragem constitucional”. No entender do autor, servindo a Constituição de eixo interpretativo e de coesão de todo o sistema jurídico positivo, a interpretação das mais diversas normas jurídicas positivas infraconstitucionais deveria passar por uma “filtragem constitucional”.

---

<sup>216</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva. 1999.

<sup>217</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional. Construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Fabris. 1999.



O viés já presente na obra dos autores acima mencionados acabaria por desaguar no fenômeno da “constitucionalização do direito”. Tal instituto deve ser entendido muito além do fato de a Constituição de 1988, por ser extremamente analítica, possuir extensas normas que versam sobre os mais diversos campos do direito. Além da faceta “constitucionalização-inclusão” (o fato de a Constituição expressamente conter normas que versam sobre os mais diversos campos do direito), o instituto da “constitucionalização” apresenta igualmente a faceta “constitucionalização-releitura”. A saber, todos os atos e normas jurídicos infraconstitucionais, pertencentes aos mais diversos ramos do direito, devem ser interpretados à luz da Constituição de 1988. Exemplos paradigmáticos de tal fenômeno são bem expostos por GUSTAVO TEPEDINO<sup>218</sup> no âmbito do Direito Civil e por GUSTAVO BINENBOJM<sup>219</sup> no âmbito do Direito Administrativo.

Por mais que mereçam consideração as observações de DANIEL SARMENTO<sup>220</sup> quanto à necessidade de cautela diante do fenômeno da constitucionalização em excesso, não se pode ignorar que o instituto da constitucionalização em si é inafastável diante da visão atualmente dominante acerca de sistema jurídico. Claro que um excesso de constitucionalização pode ser nocivo diante de uma potencial supressão indevida das instâncias de deliberação democrática popular, acarretando, inclusive, problemas intergeracionais. Nada obstante, impensável o direito atual sem um grau tolerável de constitucionalização, fruto de nítidos imperativos decorrentes da supremacia e da unidade constitucional bem como da necessidade de filtragem constitucional.

Instrumentos diretamente ligados ao instituto da constitucionalização do direito e ao princípio da unidade são os já anteriormente mencionados princípios de “presunção de constitucionalidade das leis” e de “interpretação das leis conforme a Constituição”.

---

<sup>218</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Direito Civil Contemporâneo. Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional*. São Paulo: Atlas. 2008.

<sup>219</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

<sup>220</sup> Muito corretamente, o professor Daniel Sarmiento destaca que se deve ter cautela diante do fenômeno da constitucionalização do direito. Trata-se de fenômeno inafastável diante da supremacia da Constituição, da unidade da Constituição e da necessidade de filtragem constitucional, sendo a Carta Magna o eixo axiológico de fundamentação e interpretação de todo o ordenamento. Os atos e normas infraconstitucionais não podem ser observados de forma isolada e completamente desprendida da Lei Maior. Nada obstante, destaca Daniel Sarmiento que o excesso de constitucionalização também pode provocar efeitos nocivos diante de uma supressão das instâncias de deliberação democrática popular, permanentemente em tensão com o constitucionalismo. V. SARMENTO, Daniel. “Ubiquidade Constitucional: Os dois lados da moeda”. In SARMENTO, Daniel & SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

Já foi exposta a crítica interessante formulada por VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA<sup>221</sup> ao professor LUÍS ROBERTO BARROSO, no sentido de que, na realidade, o “princípio da presunção de constitucionalidade **das leis**” e o “princípio de interpretação **das leis** conforme a Constituição” não seriam a rigor princípios de interpretação constitucional, mas sim princípios de interpretação das leis infraconstitucionais. Em resposta, o professor LUÍS ROBERTO BARROSO deixou claro que, para interpretar as leis “conforme a Constituição”, além de se interpretar a lei em questão, deve-se necessariamente interpretar também a Constituição.

Em verdade, ambos os professores estão certos. Claro que procede a afirmação de VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA de que o princípio da “interpretação **das leis** conforme a Constituição” diz respeito, acima de tudo, à interpretação preponderantemente das leis infraconstitucionais. Afinal, trata-se de princípio destinado a estabelecer a forma segundo a qual as leis infraconstitucionais devem ser interpretadas. Nada obstante, também possui razão LUÍS ROBERTO BARROSO ao afirmar que tal princípio diz respeito igualmente à interpretação da Constituição. Ora, se tal princípio estabelece que as leis infraconstitucionais devem ser interpretadas em conformidade com a Constituição, é preciso saber o conteúdo das normas constitucionais, o que somente pode ser feito através da interpretação da Lei Maior.

Para os intuítos da presente tese neste momento, pode-se afirmar ainda mais do que a posição defendida pelo professor LUÍS ROBERTO BARROSO. Se por um lado toda interpretação das leis infraconstitucionais exige a interpretação da própria Constituição (para que se interprete a lei em conformidade com a Constituição, deve-se saber o conteúdo desta última, devendo a mesma também ser interpretada); se por outro lado a interpretação jurídica da Constituição é necessariamente uma interpretação jurídico-moral (somente se pode atingir o conteúdo das normas constitucionais a partir de interpretação jurídico-moral da Carta); então, a interpretação jurídica de toda e qualquer norma ou ato jurídico infralegal positivo também é necessariamente uma interpretação jurídico-moral.

Ora, diante do princípio da unidade e do fenômeno da constitucionalização-releitura, tendo a Constituição se tornado o centro axiológico-interpretativo de todo o ordenamento, todo ato ou norma infraconstitucional deve sofrer filtragem constitucional e ser interpretado à luz da Constituição. O conteúdo de todo ato ou norma infraconstitucional deve ser interpretado de forma a ser compatibilizado com o conteúdo constitucional. Ocorre que, tal qual exposto, o conteúdo constitucional (em conformidade com o qual os atos e normas

---

<sup>221</sup> V. SILVA, Virgílio Afonso da. “Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico”. In SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros. 2005.

devem ser interpretados) somente pode ser revelado através da interpretação jurídico-moral do texto constitucional.

Desta forma, se o ingresso dos valores político-morais do liberalismo-republicano no ordenamento, tal qual exposto acima, ocorre através da interpretação jurídico-moral da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tais valores político-morais se irradiam por todo o sistema jurídico positivo através da interpretação de todos os atos e normas infraconstitucionais à luz da Constituição. Uma vez “juridicizados” os valores político-morais do liberalismo-republicano através da interpretação jurídico-moral da Carta Magna, tais valores jurídico-morais se tornam o eixo axiológico de todo o ordenamento positivo infraconstitucional.

## **2.5. A legitimação jurídico-moral da regulação estatal à luz do liberalismo-republicano. Questionando a “premissa-objetivo” adotada por grande parte da ciência econômica: a maximização do bem-estar coletivo e da riqueza social. O pilar liberal-igualitário e o pilar republicano de legitimação jurídico-moral das medidas regulatórias: autonomia privada, condições igualitárias de liberdade e autonomia pública**

Na Parte I da presente tese, restou claro que as indagações acerca da legitimação da regulação estatal há tempos já vêm sendo objeto reiterado de estudo pelos economistas, não representando qualquer novidade para a ciência econômica. Os economistas bem definiram um paradigma externo a servir de parâmetro de aferição da legitimação da regulação estatal sob um viés econômico: a necessidade de correção do atuar livre dos agentes no mercado para fins de atingimento dos melhores resultados de produção e alocação de riquezas, bens e serviços, quando estes não seriam naturalmente alcançados na ausência de regulação<sup>222</sup>.

Afirmou-se que, a depender da corrente, os economistas podem entender que o atuar livre dos agentes no mercado não se apresenta capaz de atingir naturalmente os melhores resultados de produção e alocação de riquezas, bens e serviços (exigindo, portanto, regulação que se encontra legitimada sob um viés econômico) por razões distintas. Neste sentido, por um lado, foi exposto que, ainda dentro do paradigma da racionalidade<sup>223</sup>, as falhas de

---

<sup>222</sup> V. Capítulo I.3 *supra*.

<sup>223</sup> O instituto das “falhas de mercado”, portanto, não rompeu com o paradigma da racionalidade já presente na economia clássica. Pelo contrário, o instituto das falhas de mercado surge dentro do âmbito do paradigma

mercado<sup>224</sup> (mercados não competitivos, problemas de coordenação, externalidades negativas ou assimetria de informações<sup>225</sup>) têm sido tradicionalmente apresentadas como as razões a servir de legitimação econômica da regulação estatal. Presente uma ou algumas das falhas de mercado, o atuar dos agentes, mesmo que racional, no mercado livre, despido de qualquer intervenção estatal, não se apresenta capaz de atingir os melhores resultados desejáveis de produção e alocação de bens, riquezas e serviços.

Por outro lado, foi igualmente exposto<sup>226</sup> que, nas últimas décadas, os adeptos da economia comportamental<sup>227</sup> têm relativizado mesmo o paradigma da racionalidade, somando às falhas de mercado os casos de ações irracionais em heurística como razões a também servir de legitimação econômica da regulação estatal. Para tais economistas, em determinados casos, o atuar irracional em heurística dos agentes no mercado livre, despido de qualquer intervenção estatal, também não se apresentaria capaz de atingir os melhores resultados desejáveis de produção e alocação de bens, riquezas e serviços.

Deixou-se consignado, portanto, que, em última análise, para os economistas, a finalidade da regulação estatal pode ser remetida ao intuito de serem retomados os objetivos pressupostos pela ciência econômica como desejáveis e que deveriam ter sido naturalmente atingidos pelo atuar livre dos agentes caso não fosse verificada a existência ou de uma falha de mercado ou de um agir individual irracional movido por heurística.

Por fim, acerca deste ponto, discorreu-se<sup>228</sup> que os economistas partem geralmente (embora nem sempre)<sup>229</sup> da premissa de que constituem objetivos desejáveis a serem

econômico da racionalidade. A saber, os agentes econômicos, ao atuarem livre e individualmente de forma racional na busca de seus objetivos, não produzem os melhores resultados em decorrência da existência de falhas de mercado.

<sup>224</sup> V. Capítulo I.3.1 *supra*.

<sup>225</sup> Sobre o conceito de falhas de mercado e suas espécies, v. RAGGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico*. Rio de Janeiro: Renovar. 2011. V. tb. VISCUSI, W. KIP. *Economics of Regulation and Antitrust*. MIT Press. 2005. V. tb. SUNSTEIN, Cass. *After the Rights Revolution. Reconceiving the Regulatory State*. Cambridge: Harvard University Press. 1990.

<sup>226</sup> V. Capítulo I.3.2 *supra*.

<sup>227</sup> Acerca das premissas principais da *behavioral economics*, v. KAHNEMAN, Daniel & TVERSKY, Amos. "Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk". In *Econometrica*. 47 (2). Pp. 263-291. 1979. V. tb. KAHNEMAN, Daniel & TVERSKY, Amos. "Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases". In *Science*. Vol 185. N. 4157. 1974. V. tb. SLOVIC, Paul. "Do adolescent Smokers Know the Risks?". In *Duke Law Journal*. Vol. 47, n. 6. 1998. V. tb. WEINSTEIN, Neil D.. "Optimistic Biases About Personal Risks". In *Science*. 246.4935. 1989. V. tb. BANERJEE, Abhijit V.. "A Simple Model of Herd Behavior". In *The Quarterly Journal of Economics*. 107 (3). 1992. V. tb. MADRIAN, Brigitte C. & SHEA, Dennis F.. "The Power of Suggestion: Inertia in 401 (k) Participation and Savings Behavior". In *The Quarterly Journal of Economics*. 116 (4). 2001. V. tb. SHANE, Frederick. "Time Discounting and Time Preference: A Critical Review". In *Journal of Economic Literature*. V. 40. N. 2. 2002.

<sup>228</sup> V. Capítulo I.3 *supra*.

<sup>229</sup> Nem sempre, porém, todo e qualquer economista busca apenas a maximização da riqueza social ou o maior somatório de satisfação de interesses individuais como objetivos pressupostos pela economia como aqueles desejáveis a serem atingidos naturalmente pelo atuar racional dos agentes no mercado livre. Uma exceção

atingidos pelo atuar racional dos agentes em um mercado livre e infalível a maximização da riqueza social e o maior somatório de satisfação de interesses individuais. A ciência econômica geralmente toma como ponto de partida de seu objeto de estudo<sup>230</sup> a premissa de serem estas as finalidades desejáveis a serem atingidas.

Desta forma, restou claro na Parte I que a falta de legitimação da regulação estatal sob um viés econômico, enfim, pode decorrer tanto da inexistência de falha de mercado ou ação irracional em heurística a ser corrigida (não havendo que se falar em intervenção sobre o atuar livre dos agentes no mercado quando este já seja capaz de naturalmente atingir as finalidades-premissas desejadas pela economia de maximização da riqueza social e de maior somatório de bem-estar e de satisfações de interesses individuais) quanto da existência de falha da regulação (havendo adoção de medida regulatória não adequada e eficiente a corrigir a falha de mercado ou ação irracional em heurística e a restabelecer o atingimento das finalidades-premissas da economia).

Ocorre, entretanto, que, quando da submissão da regulação estatal, na condição de instituto político-jurídico positivado que também é, à aferição de legitimação sob um viés jurídico-moral perante o liberalismo-republicano adotado como paradigma externo de correção, sérios questionamentos de natureza jurídico-moral recairão sobre os objetivos premissas adotados pela ciência econômica majoritária. Explica-se.

Ao se iniciar a aferição de legitimação do instituto político-jurídico positivado da regulação estatal sob um viés jurídico-moral que tome por paradigma externo de aferição a concepção liberal-republicana de filosofia político-moral, coloca-se em xeque já a própria grande premissa-objetivo adotada pela maior parte da ciência econômica de forma

---

bastante paradigmática é o pensamento de AMARTYA SEN. V. SEN, Amartya. *The Idea of Justice*. New York: Penguin Books. 2010.

Em outra obra, o mesmo autor formula uma interessante concepção de “desenvolvimento como liberdade”, devendo o instrumental da economia se prestar a implementar como resultado não a maximização da riqueza social, mas sim a garantia das liberdades e condições igualitárias de liberdade dos indivíduos. A maximização da riqueza social, neste sentido, deveria ser considerada como um instrumento para ser alcançado o objetivo final de garantia da liberdade, não se devendo buscar a maximização da riqueza social como fim em si mesma. V. SEN, Amartya. *Development as Freedom*. New York: Alfred A. Knopf. 2001.

<sup>230</sup> Via de regra, os economistas não entendem ser tarefa da economia qualquer discussão acerca da ética e da justiça que envolvem os objetivos e resultados a serem implementados. Não seria objeto da ciência econômica discutir quais deveriam ser os parâmetros de uma distribuição ou alocação “justa”. A ciência econômica, em um corte epistemológico, geralmente entende ser seu objeto de estudo tão somente examinar as leis de funcionamento do mercado bem como que instrumentos poderiam ser utilizados de forma eficiente para alterar seus resultados quando os mesmos não sejam considerados satisfatórios ou desejáveis. Quais seriam tais resultados “satisfatórios”, “desejáveis” ou “justos”, porém, a grande maioria dos economistas não pretende discutir, tomando por premissa serem objetivos desejáveis a serem atingidos pelo mercado a maximização da riqueza social e o maior somatório de satisfações de interesses individuais. Trata-se de nítida herança da longa tradição de economistas utilitários, onde a ética pressuposta pela economia para fins de implementação decorre do utilitarismo.

inquestionável: a de que a maximização da riqueza social e o maior somatório de satisfações de interesses individuais deveriam, por premissa, ser tomados como resultados/finalidades desejáveis a serem atingidos.

De fato, são precisamente estes os primeiros questionamentos que se inserem no âmbito de preocupações do instituto da legitimação jurídico-moral das regulações estatais. Tais objetivos de maximização da riqueza social e de busca do maior somatório de bem-estar e de satisfações individuais deveriam mesmo ser as premissas corretas a serem assumidas pela maioria dos economistas como melhor sistema de alocação de direitos, recursos e liberdades na sociedade? As inúmeras reflexões realizadas ao longo da presente Parte II da tese deixam claro que não. O instituto da legitimação jurídico-moral não pode tomar por paradigma a ser utilizado como parâmetro externo de aferição de correção das instituições político-jurídicas positivadas a maximização da riqueza social nem a busca do maior somatório de bem-estar ou satisfações individuais.

Em capítulo anterior da presente Parte II da tese<sup>231</sup>, ficou assentado que a concepção de filosofia político-moral mais adequada a servir de fundamentação e legitimação do ordenamento jurídico positivo, já a partir de um procedimento baseado em argumentos de razão pública, consistiria em um liberalismo-republicano. Mais que isto, além de tratar-se da concepção de filosofia político-moral mais adequada já a partir de um procedimento monológico baseado em argumentos de razão pública, o liberalismo-republicano reflete opção dotada de ampla legitimidade democrática por ser compatível com os indícios declaratórios e interpretativos depreendidos do conjunto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O liberalismo-republicano mencionado consistente na busca de compatibilização da autonomia privada, das condições igualitárias de liberdade e da autonomia pública. Uma tentativa de harmonização do modelo teórico do Estado de Direito, baseado em direitos de liberdade e condições materiais de dignidade inatos aos indivíduos, com o modelo teórico do republicanismo moderado, baseado na tomada de decisões através da manifestação do povo em sua autonomia pública, desde que respeitados os direitos fundamentais e a dignidade humana.

Tal concepção de filosofia político-moral deve ser adotada como fundamento de justificação do ordenamento jurídico positivo e como paradigma de legitimação jurídico-moral de toda e qualquer instituição político-jurídica positivada. Os valores da moral crítica

---

<sup>231</sup> V. Capítulo II.3 *supra*.

metapositiva inerente ao liberalismo-republicano ingressarão no ordenamento a partir da interpretação jurídico-moral da Constituição de 1988, momento em que os mesmos são “juridicizados”. A partir deste momento, tais valores jurídico-morais serão irradiados para todo o ordenamento positivo diante do papel exercido pela Carta Magna como eixo axiológico do sistema.

Neste sentido, se a afirmação de que o mercado deve ter por objetivo a busca da maximização da riqueza social e do maior somatório de bem-estar e de satisfações individuais pode ser tomada por premissa pela maior parte dos economistas<sup>232</sup>, sob a alegação de que o questionamento acerca da “justiça” e da “correção” de tais objetivos não constituiria objeto da ciência econômica, o mesmo certamente não pode ser afirmado em relação aos filósofos e juristas. Constituem objeto por excelência da ciência jurídica bem como da filosofia os questionamentos acerca da correção e da justiça do sistema de alocação de direitos, riquezas e liberdades que se pretende seja alcançado pelas instituições político-jurídicas positivadas.

As medidas regulatórias estatais, portanto, para serem consideradas legitimadas jurídico-moralmente no ordenamento brasileiro perante a concepção adotada de liberalismo-republicano, não podem mais encontrar fundamentação última na busca pela maximização da riqueza social nem no maior somatório de bem-estar social ou de satisfações de interesses individuais. Isto pois a premissa tomada pela maioria dos economistas de que o mercado deve buscar a maximização da riqueza social ou o maior somatório de bem-estar social e satisfações de interesses individuais encontra-se ligada a uma concepção utilitária de filosofia político-moral.

Trata-se de concepção de filosofia político-moral que pode apresentar viés coletivista/organicista e ter por conseqüência a instrumentalização das pessoas humanas em prol de um todo coletivo. Minorias ou indivíduos podem ser sacrificados caso as medidas regulatórias sejam tuteladas ou mesmo exigidas com o intuito de maximizar a riqueza social ou o somatório de bem-estar/satisfação da coletividade. Enfim, a premissa adotada pela maioria dos economistas de tomar por resultados/finalidades desejáveis a maximização da riqueza social e o maior somatório de bem-estar ou interesses individuais assenta-se em raízes filosóficas que podem se apresentar completamente antagônicas à premissa liberal-igualitária de que as pessoas humanas são fins em si mesmos, possuindo dignidade, e não podendo ser instrumentalizadas em uma visão organicista.

---

<sup>232</sup> Uma exceção bastante paradigmática é o pensamento de AMARTYA SEN. V. SEN, Amartya. *The Idea of Justice*. New York: Penguin Books. 2010. V. tb. SEN, Amartya. *Development as Freedom*. New York: Alfred A. Knopf. 2001.

A afirmação de que a concepção utilitária de busca da maximização da riqueza social ou do maior somatório de bem-estar/satisfação coletiva não pode ser adotada como fundamentação última e em si mesma das instituições político-jurídicas positivadas (entre estas as medidas regulatórias estatais) não deve significar, entretanto, *tout court* a impossibilidade *at all* de legitimação jurídico-moral das medidas regulatórias. Tal afirmação significa tão somente que as diversas instituições político-jurídicas positivadas (entre estas as medidas regulatórias estatais) devem buscar sua fundamentação última e seu parâmetro externo de aferição de legitimação em outra concepção de filosofia político-moral: o liberalismo-republicano, eixo axiológico da interpretação jurídico-moral de todo o ordenamento.

A fundamentação jurídico-moral das medidas regulatórias estatais (como a fundamentação jurídico-moral de toda e qualquer instituição político-jurídica positivada), em última instância, deverá ser encontrada no liberalismo-republicano, concepção de filosofia político-moral adotada como paradigma externo e metapositivo de correção do ordenamento posto e de suas respectivas instituições. Desta forma, podem-se agrupar as razões que se apresentam como fundamentos para a legitimação jurídico-moral das regulações estatais postas em dois grandes grupos: um primeiro grupo de razões a oferecer fundamento de legitimação jurídico-moral das regulações estatais postas decorre do pilar liberal-igualitário do liberalismo-republicano. Trata-se de razões que se assentam na proteção aos valores da autonomia privada, das condições igualitárias de liberdade e da dignidade da pessoa humana. O segundo grupo de razões que se apresentam como fundamento para a legitimação jurídico-moral das regulações estatais postas, por sua vez, decorre do pilar republicano do liberalismo-republicano. Trata-se de razões que se assentam na promoção e implementação dos valores da autonomia pública e da soberania popular.

**2.6. A legitimação jurídico-moral da regulação estatal com base no pilar liberal-igualitário. Os valores fundamentais da autonomia privada e das condições igualitárias de liberdade e de dignidade a justificar a legitimação jurídico-moral da regulação estatal. Uma releitura dos institutos apresentados pelos economistas como razões a justificar a legitimação da regulação estatal sob um viés econômico**



Inicia-se pelo exame das medidas jurídicas regulatórias que buscam legitimação jurídico-moral no pilar liberal-igualitário do liberalismo-republicano, a saber, na proteção ou implementação dos valores morais fundamentais da autonomia privada, das condições igualitárias de liberdade e da dignidade humana.

Neste ponto, a primeira observação interessante a ser feita é a de que a afirmação que se realizou de que a economia se encontra equivocada ao adotar a busca da maximização da riqueza social ou do maior somatório de bem-estar/satisfação coletiva como resultado-premissa desejável a ser alcançado não significa que os institutos econômicos das falhas de mercado e das ações irracionais em heurística não possam ensejar a necessidade de regulações estatais legitimadas sob um viés jurídico-moral que tome por parâmetro o liberalismo-republicano. Tão somente, os institutos da ciência econômica das falhas de mercado e das ações irracionais em heurística deverão ser objeto de uma releitura jurídico-moral, passando a designar situações especiais em que o atuar livre dos agentes econômicos no mercado não seja capaz de atingir os resultados-premissas considerados desejáveis à luz da concepção liberal-republicana de filosofia político-moral. Explica-se.

Não há qualquer problema no fato de a ciência econômica continuar a entender que a regulação estatal é economicamente exigida nos casos em que o atuar livre dos agentes no mercado, despido de qualquer intervenção, não atinja naturalmente os resultados-premissas considerados desejados. Não há qualquer problema no fato de a ciência econômica continuar a entender que a regulação estatal encontra justificção e legitimação sob um viés econômico no intuito de implementar os resultados-premissas considerados desejados quando os mesmos não sejam naturalmente atingidos pelo atuar livre dos agentes econômicos no mercado. Por fim, mais que isto, não há qualquer problema no fato de a ciência econômica continuar a entender que, nos casos em que verificados os institutos econômicos das falhas de mercado e das ações irracionais em heurística, o atuar livre dos agentes no mercado, despido de qualquer intervenção, não se encontra apto a implementar os resultados-premissas considerados desejados, estando legitimada e fundamentada a regulação estatal sob um viés econômico. Todos estes entendimentos da ciência econômica acerca da legitimação da regulação estatal sob um viés econômico são perfeitamente compatíveis com a necessidade de legitimação da regulação estatal sob um viés jurídico-moral à luz da concepção liberal-republicana de filosofia político-moral.

O entendimento manifestado pela grande maioria<sup>233</sup> dos economistas acerca da legitimação da regulação estatal sob um viés econômico e que se apresenta plenamente incompatível com a necessidade de legitimação da regulação estatal sob um viés jurídico-moral à luz da concepção liberal-republicana de filosofia político-moral consiste especificamente na afirmação de que a maximização da riqueza social e o maior somatório de bem-estar e de satisfações de interesses individuais devem ser adotados, por premissa, como os resultados considerados desejados. Trata-se, este sim, do entendimento exposto pela imensa maioria dos economistas acerca da legitimação da regulação estatal sob um viés econômico que se apresenta completamente inconciliável com a necessidade de legitimação da regulação estatal sob um viés jurídico-moral à luz do liberalismo-republicano.

Nada obstante, uma vez afastada pela ciência econômica a adoção da maximização da riqueza social como resultado-premissa considerado desejado, substituindo-se os valores de raiz utilitária pelos valores decorrentes do liberalismo-republicano como bases filosóficas a informar os resultados-premissas a serem buscados pela economia, é perfeitamente possível a conciliação dos discursos de legitimação da regulação estatal sob um viés econômico e de legitimação da regulação estatal sob um viés jurídico-moral à luz do liberalismo-republicano.

Neste sentido, deve a ciência econômica passar a tomar por premissa o fato de que o resultado desejável que se espera seja atingido naturalmente pelo atuar livre dos agentes econômicos no mercado é a implementação dos valores morais críticos metapositivos inerentes ao pilar liberal-igualitário do liberalismo-republicano: a autonomia privada e as condições igualitárias de liberdade e dignidade dos indivíduos. O conceito de “atuar livre e racional dos agentes econômicos em um mercado despido de falhas” deve ser redefinido como a situação que naturalmente promova a autonomia privada, as condições igualitárias de liberdade e a dignidade da pessoa humana, não mais aquela que promova naturalmente a maximização da riqueza social e o maior somatório de bem-estar/satisfações de interesses individuais.

Desta forma, tanto o conceito de “falhas de mercado”<sup>234</sup> quanto o conceito de “ação irracional em heurística”<sup>235</sup> devem sofrer releitura jurídico-moral para que tais institutos

---

<sup>233</sup> Uma exceção bastante paradigmática é o pensamento de AMARTYA SEN. V. SEN, Amartya. *The Idea of Justice*. New York: Penguin Books. 2010. V. tb. SEN, Amartya. *Development as Freedom*. New York: Alfred A. Knopf. 2001.

<sup>234</sup> Sobre o conceito de falhas de mercado e suas espécies, v. RAGGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico*. Rio de Janeiro: Renovar. 2011. V. tb. VISCUSI, W. KIP. *Economics of Regulation and Antitrust*. MIT Press. 2005. V. tb. SUNSTEIN, Cass. *After the Rights Revolution. Reconceiving the Regulatory State*. Cambridge: Harvard University Press. 1990. V. tb. Capítulo I.3.1 *supra*.

pertinentes ao discurso de legitimação da regulação estatal sob um viés econômico possam ser compatibilizados com o discurso de legitimação da regulação estatal sob um viés jurídico-moral à luz do liberalismo-republicano.

O conceito de “falhas de mercado” deverá ser redefinido como as situações em que o atuar livre dos agentes econômicos, mesmo que racional (portanto, ainda dentro do paradigma econômico clássico da racionalidade), em decorrência de peculiaridades fáticas do mercado (que apresenta falhas, rompido o paradigma econômico clássico da infalibilidade do mercado), acaba por violar os resultados-premissas consubstanciados nos valores morais da autonomia privada, das condições igualitárias de liberdade ou da dignidade humana (valores morais fundamentais inerentes ao pilar liberal-igualitário do liberalismo-republicano, não mais a maximização da riqueza social, ligada aos valores de raiz filosófica utilitária).

O conceito de “agir irracional em heurística”, por sua vez, deverá ser redefinido como as situações em que o atuar livre dos agentes, em decorrência de irracionalidade e influências psico-emotivas (para os adeptos da economia comportamental, portanto, relativizando o paradigma econômico clássico da racionalidade), acaba por violar os resultados-premissas consubstanciados nos valores morais da autonomia privada, das condições igualitárias de liberdade ou da dignidade humana (valores morais fundamentais inerentes ao pilar liberal-igualitário do liberalismo-republicano, não mais a maximização da riqueza social, ligada aos valores de raiz filosófica utilitária).

Enfim, os valores morais fundamentais inerentes ao pilar liberal-igualitário permitem a compatibilização do discurso de legitimação da regulação estatal sob um viés econômico com o discurso de legitimação da regulação estatal sob um viés jurídico-moral. Por um lado, os economistas afirmarão que, para que as medidas regulatórias estatais estejam justificadas em uma aferição de legitimação perante um paradigma externo de viés econômico, as mesmas deverão encontrar fundamento na existência de falhas de mercado ou de ações irracionais em heurística, eis que em tais situações o atuar livre dos agentes econômicos não se apresentará capaz de implementar naturalmente os resultados-premissas adotados como desejados. Por

---

<sup>235</sup> Acerca do conceito de ação irracional em heurística e das premissas principais da *behavioral economics*, v. KAHNEMAN, Daniel & TVERSKY, Amos. “Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk”. In *Econometrica*. 47 (2). Pp. 263-291. 1979. V. tb. KAHNEMAN, Daniel & TVERSKY, Amos. “Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases”. In *Science*. Vol 185. N. 4157. 1974. V. tb. SLOVIC, Paul. “Do adolescent Smokers Know the Risks?”. In *Duke Law Journal*. Vol. 47, n. 6. 1998. V. tb. WEINSTEIN, Neil D.. “Optimistic Biases About Personal Risks”. In *Science*. 246.4935. 1989. V. tb. BANERJEE, Abhijit V.. “A Simple Model of Herd Behavior”. In *The Quarterly Journal of Economics*. 107 (3). 1992. V. tb. MADRIAN, Brigitte C. & SHEA, Dennis F.. “The Power of Suggestion: Inertia in 401 (k) Participation and Savings Behavior”. In *The Quarterly Journal of Economics*. 116 (4). 2001. V. tb. SHANE, Frederick. “Time Discounting and Time Preference: A Critical Review”. In *Journal of Economic Literature*. V. 40. N. 2. 2002. V. tb. Capítulo I.3.2 *supra*.

outro lado, os juristas e filósofos afirmarão que, para que as medidas regulatórias estatais destinadas a combater falhas de mercado ou ações irracionais em heurística estejam justificadas em uma aferição de legitimação perante um paradigma externo de viés jurídico-moral, as mesmas deverão encontrar fundamento na promoção dos valores morais fundamentais da autonomia privada, das condições igualitárias de liberdade ou da dignidade humana, decorrentes do pilar liberal-igualitário do liberalismo-republicano e que devem ser tomados por resultados-premissas desejados pela ciência econômica.

### 2.6.1. Uma leitura jurídico-moral das “falhas de mercado”

Como bastante exposto na Parte I<sup>236</sup>, o conceito de “falhas de mercado”<sup>237</sup> foi criado pela ciência econômica para designar as situações em que o atuar livre dos agentes econômicos, mesmo que racional (portanto, ainda dentro do paradigma econômico clássico da racionalidade<sup>238</sup>), em decorrência de peculiaridades fáticas do mercado (que apresenta falhas, rompido o paradigma econômico clássico da infalibilidade do mercado), acaba por violar os resultados-premissas considerados desejados pela economia. Naquela ocasião, entretanto, ficou consignado que os “resultados-premissas considerados desejados”, para a grande maioria<sup>239</sup> dos economistas, consistiam simplesmente na busca da maximização da riqueza social e do maior somatório de bem-estar ou de satisfações de interesses individuais, em nítida raiz filosófica utilitária.

Cabe, no presente Capítulo II.6.A, demonstrar que o conceito do instituto econômico das “falhas de mercado” pode se prestar a uma releitura diante da necessidade de legitimação jurídico-moral da regulação estatal à luz da premissa liberal-republicana. A saber, demonstrar-se-á ser possível a adoção de um conceito de “falhas de mercado” consistente nas situações

<sup>236</sup> V. Capítulo I.3.1 *supra*.

<sup>237</sup> Sobre o conceito de falhas de mercado e suas espécies, v. RAGGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico*. Rio de Janeiro: Renovar. 2011. V. tb. VISCUSI, W. KIP. *Economics of Regulation and Antitrust*. MIT Press. 2005. V. tb. SUNSTEIN, Cass. *After the Rights Revolution. Reconceiving the Regulatory State*. Cambridge: Harvard University Press. 1990.

<sup>238</sup> O instituto das “falhas de mercado”, portanto, não rompeu com o paradigma da racionalidade já presente na economia clássica. Pelo contrário, o instituto das falhas de mercado surge dentro do âmbito do paradigma econômico da racionalidade. A saber, os agentes econômicos, ao atuarem livre e individualmente de forma racional na busca de seus objetivos, não produzem os melhores resultados em decorrência da existência de falhas de mercado.

<sup>239</sup> Uma exceção bastante paradigmática é o pensamento de AMARTYA SEN. V. SEN, Amartya. *The Idea of Justice*. New York: Penguin Books. 2010. V. tb. SEN, Amartya. *Development as Freedom*. New York: Alfred A. Knopf. 2001.

em que o atuar livre dos agentes econômicos, mesmo que racional (portanto, ainda dentro do paradigma econômico clássico da racionalidade), em decorrência de peculiaridades fáticas do mercado (que apresenta falhas, rompido o paradigma econômico clássico da infalibilidade do mercado), acaba por violar os resultados-premissas consubstanciados nos valores morais da autonomia privada, das condições igualitárias de liberdade ou da dignidade humana (valores morais fundamentais inerentes ao pilar liberal-igualitário do liberalismo-republicano, não mais a maximização da riqueza social, ligada aos valores de raiz filosófica utilitária).

Conforme já foi relatado na Parte I da tese<sup>240</sup>, dentro do gênero “falhas de mercado”, foram individualizadas pelos economistas as seguintes espécies: mercados não competitivos, problemas de coordenação, externalidades negativas e assimetria de informações. Todas as espécies de falhas de mercado mencionadas representariam para os economistas situações em que, devido às peculiaridades do setor, a atuação livre dos agentes no mercado, ainda que racional, não seria capaz de atingir naturalmente as finalidades desejadas de maximização da riqueza social e de maior somatório de bem-estar ou satisfações de interesses individuais.

No presente tópico, porém, pretende-se demonstrar que cada uma destas mesmas espécies de falhas de mercado (mercados não competitivos, problemas de coordenação, externalidades negativas e assimetria de informações) pode ser entendida como situação em que, devido às peculiaridades do setor, a atuação livre dos agentes no mercado, ainda que racional, não seria capaz de atingir naturalmente as finalidades desejadas de proteção ou implementação da autonomia privada, das condições igualitárias de liberdade ou da dignidade humana.

Os mercados não competitivos foram apresentados no Capítulo I.3.1.A como situações em que a concorrência não é faticamente possível ou mesmo desejável. Por um lado, pode ocorrer de uma determinada atividade exigir estruturas físicas únicas e que não possam ser compartilhadas. Por outro lado, pode ocorrer de razões financeiras do setor imporem uma desejável concentração no caso das economias de escala e de escopo.

Ocorre, porém, que o fato de a não competitividade de tais mercados decorrer naturalmente das peculiaridades do setor não afasta os clássicos malefícios dos monopólios. Não há qualquer incentivo para que os agentes prestadores busquem otimizar seus serviços, havendo uma tendência à cobrança de preços excessivos por serviços de má qualidade. Desta forma, tratando-se de cenário em que não é possível combater a existência da não-

---

<sup>240</sup> V. Capítulo I.3.1 *supra*.

competitividade em si, será necessária a intervenção regulatória com o intuito de combater os efeitos maléficos decorrentes de tal não competitividade natural.

Os economistas afirmam corretamente que a razão a justificar a legitimação da existência de uma medida regulatória no caso, sob um paradigma de aferição econômico, seria a verificação da falha de mercado dos “mercados não competitivos ou monopólios naturais”, eis que a atuação livre e natural dos agentes no mercado não atingiria resultados desejáveis. Nada obstante, tais resultados desejáveis, para os economistas, consistiam na maximização da riqueza social e no maior somatório de bem-estar coletivo. Haveria uma falha de mercado, enfim, pois a não competitividade necessariamente inerente aos mercados naturalmente não competitivos tenderia ao oferecimento de prestações não otimizadas (por preços altos e baixa qualidade), impedindo-se que na sociedade fossem alcançados o maior somatório de bem-estar coletivo e a maximização da riqueza social.

Pode-se, porém, certamente entender a falha de mercado dos “mercados naturalmente não competitivos” como situação em que, devido às peculiaridades do setor, a atuação livre e natural dos agentes no mercado, ainda que racional, não seria capaz de atingir as finalidades desejadas de proteção ou implementação da autonomia privada, das condições igualitárias de liberdade ou da dignidade humana.

Os diversos consumidores, no exercício da mais plena autonomia privada de vontade e da capacidade de autodeterminação, certamente não escolheriam livremente e em condições igualitárias de liberdade adquirir produtos ou serviços prestados pelo agente monopolista a preços excessivos e baixa qualidade. Nada obstante, diante da ausência de outra opção, em um cenário de monopólio e despido de qualquer regulação, os consumidores se verão verdadeiramente obrigados a adotar conduta contrária ao verdadeiro exercício de suas autonomias em decorrência de não possuírem condições igualitárias mínimas necessárias ao exercício de suas liberdades negociais. Neste sentido, a regulação estatal que tenha por objetivo combater a falha de mercado dos “mercados não competitivos”, disciplinando os preços, a qualidade e mesmo a quantidade da prestação pelo agente explorador, terá como fundamento de legitimação jurídico-moral precisamente a proteção da autonomia privada, da capacidade de autodeterminação e das condições igualitárias de liberdade dos indivíduos.

No mesmo sentido, a falha de mercado dos “problemas de coordenação” também é passível de uma releitura jurídico-moral com o intuito de compatibilizar tal instituto da ciência econômica com a necessidade de legitimação jurídico-moral das regulações estatais à

luz do liberalismo-republicano. Relembrem-se os casos utilizados como exemplos de problemas de coordenação no Capítulo I.3.1.B.

Primeiramente foram abordados os casos denominados de “problemas de coordenação em sentido estrito”. Como exemplo, foi imaginada a situação em que dois carros desejam percorrer simultaneamente, em sentidos opostos, determinado trecho da rodovia que liga o litoral do Rio de Janeiro ao litoral de São Paulo. Juliana desejava percorrer o trajeto RJ-SP enquanto Carlos desejava percorrer o trajeto SP-RJ. Tratando-se de estrada duplicada, com largura suficiente para a passagem de dois carros, foi destacado estar-se diante de um caso de problema de coordenação em sentido estrito ou puro. Não seria necessário que determinada medida regulatória, além de coordenar as condutas dos agentes, limitasse parte da satisfação máxima de um ou de ambos os agentes.

Ainda assim, o caso demandava a atuação de medidas regulatórias. Ocorre que, caso Juliana desejasse percorrer o trajeto RJ-SP por seu lado direito (perto das montanhas) e Carlos optasse por percorrer o trajeto SP-RJ por seu lado esquerdo (perto das montanhas), nenhum dos carros conseguiria seguir adiante. Neste sentido, medidas regulatórias, embora não precisassem limitar as pretensões dos agentes (que podiam ser compatibilizadas de forma a serem ambas satisfeitas em seu mais alto grau), deviam atuar para fins de coordenação em sentido estrito das condutas dos agentes.

Tal qual exposto, os economistas corretamente afirmam que a razão a justificar a legitimação da existência de uma medida regulatória no caso, sob um paradigma de aferição econômico, seria a verificação da falha de mercado “problemas de coordenação em sentido estrito”, eis que a atuação livre e natural dos agentes no mercado não atingiria resultados desejáveis. Nada obstante, tais resultados desejáveis, para os economistas, consistiam na maximização da riqueza social e no maior somatório de bem-estar coletivo. Haveria uma falha de mercado, enfim, pois o problema de coordenação dos carros de Juliana e Carlos estaria inviabilizando a satisfação máxima dos interesses dos agentes (possível no caso concreto em seu mais alto grau), impedindo que fossem alcançados o maior somatório de bem-estar coletivo e a maximização da riqueza social.

Pode-se, porém, certamente entender a falha de mercado dos “problemas de coordenação em sentido estrito” como situação em que, devido às peculiaridades do setor, a atuação livre dos agentes no mercado, ainda que racional, não seria capaz de atingir naturalmente as finalidades desejadas de proteção ou implementação da autonomia privada e da capacidade de auto-determinação dos indivíduos.

O resultado caótico dos problemas de coordenação verificados no exemplo utilizado seria o de que, caso Carlos e Juliana escolhessem utilizar o mesmo lado da estrada, ambos os agentes teriam violadas suas autonomias e capacidades de autodeterminação privadas. A regulação a combater a falha de mercado dos problemas de coordenação em sentido estrito, portanto, pode ser perfeitamente compreendida, em última instância jurídico-moral, no exemplo citado, permitir que o direito de liberdade de ir e vir e a capacidade de os indivíduos escolherem suas condutas pessoais possam ser exercidos.

Ainda no Capítulo I.3.1.B, foram abordados também os casos de problemas de coordenação em sentido lato. Em tais situações, denominadas na teoria regulatória norte americana de “dilema do prisioneiro”, além de exercer a coordenação em sentido estrito das condutas dos agentes, a regulação deverá inclusive limitar em algum grau a satisfação das pretensões de um ou de mais agentes. Isto porque tais agentes apresentam condutas que, além de descoordenadas em sentido estrito, são em alguma medida contrapostas.

Foi imaginado como exemplo de tais situações o caso em que a mesma estrada que liga o litoral do Rio de Janeiro e o litoral de São Paulo tivesse sido parcialmente interditada devido aos deslizamentos provocados pela chuva. Em determinado trecho, uma das faixas estaria interditada, apresentando a estrada largura suficiente para a passagem apenas de um carro por vez. Foi exposto que nesta situação a satisfação máxima dos carros que percorrem o trajeto RJ-SP consistiria em tais veículos percorrerem imediatamente o trecho em poucos três minutos, utilizando com exclusividade a única faixa disponível enquanto os carros que percorrem o trajeto SP-RJ ficassem completamente parados esperando por cerca de quatro horas. Ocorre que, por outro lado, a satisfação máxima dos carros que percorrem o trajeto SP-RJ também consistiria em tais veículos percorrerem imediatamente o trecho em poucos três minutos, utilizando com exclusividade a única faixa disponível, enquanto os carros que percorrem o trajeto RJ-SP ficassem completamente parados esperando por cerca de quatro horas.

Tendo-se em vista que os agentes tendem a atuar livremente no mercado com o intuito de maximizar suas posições pessoais (e a ciência econômica, na esmagadora maioria das vezes<sup>241</sup>, está certa em relação a esta premissa de atuação racional dos indivíduos por interesses pessoais), a lógica econômica indica (e a experiência prática geralmente demonstra) que os carros de ambos os sentidos optariam por percorrer o trajeto imediatamente, sem esperar pela passagem dos carros que percorrem o sentido oposto. O resultado, entretanto,

---

<sup>241</sup> Acerca dos economistas que relativizam a premissa econômica clássica da racionalidade bem como acerca da economia comportamental, v. Capítulo I.3.2 *supra*.



seria o péssimo cenário em que tanto os carros do trajeto RJ-SP quanto os carros do trajeto SP-RJ percorreriam o trecho em duas horas.

A solução regulatória, no caso, consistiria na implantação de um regime de alternância de turnos. Por certo período, circulariam apenas carros no sentido SP-RJ. Posteriormente, apenas circulariam carros no sentido RJ-SP. O resultado seria o de que o tempo médio tanto para o trajeto SP-RJ quanto para o trajeto RJ-SP seria reduzido para razoáveis vinte minutos. Como se percebe, no caso em tela, a regulação, além de realizar coordenação em sentido estrito das condutas dos agentes, consistiria igualmente em limitar em parte as pretensões máximas dos mesmos. Isto porque, tratando-se de pretensões contrapostas, as mesmas não poderiam ser simultaneamente atendidas em suas totalidades (percorrer o trecho em apenas três minutos). A solução regulatória viabilizaria um cenário razoável para ambos os agentes (percorrer o trecho em vinte minutos) em substituição ao péssimo cenário em que se encontrariam ambos os agentes no mercado natural (percorrer o trecho em duas horas).

Mais uma vez os economistas afirmam corretamente que a razão a justificar a legitimação da existência de uma medida regulatória no caso, sob um paradigma de aferição econômico, seria a verificação da falha de mercado “problemas de coordenação em sentido lato ou dilema do prisioneiro”, eis que a atuação livre e natural dos agentes no mercado não atingiria resultados desejáveis. Nada obstante, tais resultados desejáveis, para os economistas, consistiriam na maximização da riqueza social e no maior somatório de bem-estar coletivo. Haveria uma falha de mercado, enfim, pois o dilema do prisioneiro entre os carros do trajeto SP-RJ e aqueles do trajeto RJ-SP tenderia a gerar um cenário pior do que o possível com a regulação, impedindo que fossem alcançados o maior somatório de bem-estar coletivo e a maximização da riqueza social.

Pode-se, porém, certamente entender a falha de mercado dos “problemas de coordenação em sentido lato ou dilema do prisioneiro” como situação em que, devido às peculiaridades do setor, a atuação livre dos agentes no mercado, ainda que racional, não seria capaz de atingir naturalmente as finalidades desejadas de proteção ou implementação da autonomia privada e da capacidade de auto-determinação dos indivíduos.

Ocorre que, por mais que pareça que a regulação estatal nos casos de dilema do prisioneiro, ao limitar em certa medida as pretensões máximas dos agentes, está restringindo a autonomia privada dos indivíduos, na realidade, tal regulação está verdadeiramente implementando a autonomia privada destes próprios indivíduos regulados. Nos casos de dilema do prisioneiro, a regulação limita em certa medida pretensões máximas utópicas e

irrealizáveis dos agentes em prol da garantia da maior implementação faticamente possível de tais pretensões.

No exemplo citado, em uma análise superficial, poderia parecer que a regulação, ao restringir a pretensão máxima dos agentes (em vez de percorrer o trecho em três minutos, deverão percorrer o mesmo em vinte minutos), estaria limitando a autonomia privada dos indivíduos. Tal constatação, porém, seria equivocada. Em verdade, a pretensão máxima dos agentes de percorrer o trecho em três minutos seria completamente utópica e irrealizável quando da coletivização das condutas individuais. Na realidade, sem qualquer regulação, o trecho seria percorrido pelos agentes em péssimas duas horas. Neste sentido, a regulação estatal no caso em tela não está trocando a utópica pretensão máxima de três minutos pela pretensão razoável de vinte minutos. Em verdade, a regulação no caso em tela está trocando o provável péssimo resultado de duas horas pela razoável pretensão de vinte minutos. Trata-se, portanto, de nítida implementação da autonomia privada e da capacidade de auto-determinação dos próprios indivíduos regulados.

Por outro lado, outros exemplos de falha de mercado de “problemas de coordenação em sentido lato ou dilema do prisioneiro” podem deixar claro que a regulação destinada ao combate desta espécie de falha de mercado pode simultaneamente encontrar fundamentação jurídico-moral na proteção, não apenas da autonomia privada e da capacidade de auto-determinação, mas também das condições igualitárias de liberdade e de dignidade dos agentes regulados. São os exemplos de “problemas de coordenação em sentido lato ou dilema do prisioneiro” em que vislumbrados “leilões concorrenciais predatórios”. Trata-se dos casos em que os interesses descoordenados e em alguma medida contrapostos dos agentes no mercado livre implicam situação de fragilidade destes agentes quando na negociação perante terceiros.

É o exemplo do problema de coordenação em sentido lato entre trabalhadores de uma mesma profissão. Em havendo excesso de profissionais disponíveis no mercado, os mesmos, na ausência de qualquer regulação coordenadora, iniciariam um “leilão concorrencial predatório” por clientes. Sucessivamente, cada um dos profissionais cobraria preços menores por seus serviços por não se encontrarem em condições igualitárias de liberdade negocial perante seus clientes. Caso não cobrem tais preços ínfimos, simplesmente perderão o cliente, que procurará outro dos inúmeros profissionais em excesso no mercado.

Neste sentido, a regulação estatal que imponha um preço mínimo a ser cobrado pelos profissionais perante os clientes, ao resolver a falha de coordenação em sentido lato e o dilema do prisioneiro, coordenando interesses em alguma medida contrapostos, apresenta

neste caso fundamentação jurídico-moral tanto na proteção da autonomia privada quanto nas condições igualitárias de liberdade e de dignidade dos próprios agentes regulados.

Ainda no Capítulo I.3.1.B, foi destacado que uma das espécies mais frequentemente verificada de dilema do prisioneiro é a dos “bens públicos”. Trata-se de situações em que o gozo dos benefícios decorrentes de determinado bem não poderia ser restringido aos agentes que tenham custeado a aquisição e manutenção do mesmo. Pela lógica dos incentivos, portanto, cada um dos indivíduos teria como pretensão máxima não gastar seus próprios recursos com a manutenção de tal bem, embora se beneficiando do custeio do mesmo por outros indivíduos. O resultado seria o de que nenhum indivíduo acabaria por contribuir para a manutenção do bem público. Sendo espécie de dilema do prisioneiro, trata-se de falha de mercado que evidencia a existência de interesses contrapostos entre os agentes. Todo agente possuiria como interesse deixar de custear o bem enquanto os demais agentes custeassem o mesmo.

O exemplo clássico trazido de bem público foi o da segurança nacional. A manutenção da segurança nacional evidentemente exigiria custos tanto pessoais (serviço militar) quanto financeiros (compra e conservação de equipamentos). Nada obstante, ainda que determinado brasileiro não tenha prestado serviço militar nem tenha pago seus impostos, pelo simples fato de residir dentro do território brasileiro, já estará se beneficiando da segurança nacional custeada pelos demais. Não se pode fazer com que os agentes que não tenham custeado o bem público deixem de se beneficiar do mesmo. Necessária, portanto, uma medida regulatória que obrigue os diversos agentes a contribuir com a manutenção do bem público do qual os mesmos irão se beneficiar.

Mais uma vez os economistas afirmam corretamente que a razão a justificar a legitimação da existência de uma medida regulatória no caso, sob um paradigma de aferição econômico, seria a verificação da falha de mercado “problemas de coordenação em sentido lato ou dilema do prisioneiro denominado bem público”, eis que a atuação livre dos agentes no mercado não atingiria naturalmente resultados desejáveis. Nada obstante, tais resultados desejáveis, para os economistas, consistiam na maximização da riqueza social e no maior somatório de bem-estar coletivo. Haveria uma falha de mercado, enfim, pois, sendo a segurança nacional um bem público, sem regulação, a mesma não seria custeada por nenhum agente, inviabilizando-se que fossem alcançados o maior somatório de bem-estar coletivo e a maximização da riqueza social.

Pode-se, porém, certamente entender a falha de mercado dos “problemas de coordenação em sentido lato ou dilema do prisioneiro denominado bem público” como situação em que, devido às peculiaridades do setor, a atuação livre dos agentes no mercado, ainda que racional, não seria capaz de atingir naturalmente as finalidades desejadas de proteção ou implementação da autonomia privada e da capacidade de auto-determinação dos indivíduos.

No exemplo exposto, todos os indivíduos, no exercício de suas autonomias privadas e capacidades de auto-determinação, desejam a manutenção do bem público segurança nacional. Nada obstante, por peculiaridades do setor (dilema do prisioneiro particularmente denominado de bem público), tal autonomia privada somente poderá ser viabilizada através de regulação estatal que imponha que os indivíduos contribuam compulsoriamente para a manutenção do bem.

No Capítulo I.3.1.C, por sua vez, foi exposta a falha de mercado das externalidades negativas. Tal espécie de falha de mercado consiste no fato de as conseqüências negativas decorrentes de determinada atividade deverem ser suportadas por outros indivíduos que não o agente responsável pela prática da mesma. Como exemplo desta falha de mercado foi apresentado o caso de uma indústria que, quando do desempenho de suas atividades, provoque a poluição de um rio. Tendo-se em vista que os efeitos negativos da poluição do rio não serão suportados pela empresa (já que o rio se tornará poluído apenas a partir da propriedade da indústria), a mesma não possui nenhum incentivo para levar a sério tal custo. Os efeitos negativos decorrentes da prestação (a poluição) deverão ser suportados por terceiros que não o agente explorador da atividade. Tais efeitos são “externalizados”, não havendo nenhum incentivo para que a empresa gaste recursos na compra de um filtro.

Mais uma vez os economistas afirmam corretamente que a razão a justificar a legitimação da existência de uma medida regulatória no caso, sob um paradigma de aferição econômico, seria a verificação da falha de mercado “externalidades negativas”, eis que a atuação livre dos agentes no mercado não atingiria naturalmente resultados desejáveis. Nada obstante, tais resultados desejáveis, para os economistas, consistiriam na maximização da riqueza social e no maior somatório de bem-estar coletivo. Haveria uma falha de mercado, enfim, pois as externalidades negativas fariam com que os agentes, diante da “externalização” dos custos, ignorassem a correta avaliação de custos/benefícios inerentes a determinada atividade, impedindo que fossem alcançados o maior somatório de bem-estar coletivo e a maximização da riqueza social.

Pode-se, porém, certamente entender a falha de mercado das “externalidades negativas” como situação em que, devido às peculiaridades do setor, a atuação livre dos agentes no mercado, ainda que racional, não seria capaz de atingir naturalmente as finalidades desejadas de proteção ou implementação da autonomia privada e da capacidade de auto-determinação dos indivíduos.

Como se percebe, talvez esta seja a falha de mercado em que seja mais fácil visualizar-se a violação da autonomia privada e dos direitos inatos de liberdade dos indivíduos, eis que diversas pessoas estariam sendo obrigadas a arcar com ônus decorrente de conduta que não optaram livre e autonomamente por praticar. Desta forma, a regulação que combate a falha de mercado da externalidade negativa, em última instância, igualmente encontra sua legitimação jurídico-moral na proteção da autonomia privada e dos direitos inatos de liberdade dos indivíduos.

Por fim, apresentou-se no Capítulo I.3.1.D a falha de mercado da “assimetria de informações”. Tal espécie de falha de mercado consiste nas situações em que, devido às peculiaridades do setor, os agentes não possuem as informações necessárias a corretamente analisar a relação de custo/benefício inerente à conduta que poderão ou não adotar. Um dos exemplos utilizados para ilustrar tal falha de mercado foi o do comércio de substâncias cujo consumo possa produzir danos à saúde dos indivíduos. Por vezes, pode-se estar diante de danos ocultos e que sejam ignorados pelos consumidores<sup>242</sup>.

O resultado de tal falha de mercado da assimetria de informações é o de que, ignorando informações pertinentes à escolha que deverão realizar, os agentes podem adotar condutas pelo simples fato de não saberem realmente o que estão escolhendo. Podem adotar condutas cujos efeitos nocivos em muito superem os benefícios.

Mais uma vez os economistas afirmam corretamente que a razão a justificar a legitimação da existência de uma medida regulatória no caso, sob um paradigma de aferição econômico, seria a verificação da falha de mercado “assimetria de informações”, eis que a atuação livre dos agentes no mercado não atingiria naturalmente resultados desejáveis. Nada obstante, tais resultados desejáveis, para os economistas, consistiriam na maximização da riqueza social e no maior somatório de bem-estar coletivo. Haveria uma falha de mercado, enfim, pois a ausência de informações pertinentes à escolha a ser realizada implicaria muitas

---

<sup>242</sup> Caso se esteja diante de substância cujos efeitos nocivos à saúde sejam de conhecimento do consumidor, a situação não configurará falha de mercado de assimetria de informações ainda dentro do paradigma econômico clássico da racionalidade.

Possivelmente, tratar-se-á de ação irracional em heurística. V. Capítulo I.3.2 *supra*.

vezes a adoção pelos indivíduos de condutas cujos efeitos nocivos superem os benefícios, impedindo que fossem alcançados o maior somatório de bem-estar coletivo e a maximização da riqueza social.

Pode-se, porém, certamente entender a falha de mercado da “assimetria de informações” como situação em que, devido às peculiaridades do setor, a atuação livre dos agentes no mercado, ainda que racional, não seria capaz de atingir naturalmente as finalidades desejadas de proteção ou implementação da autonomia privada, da capacidade de auto-determinação e das condições igualitárias de liberdade e de dignidade dos indivíduos.

No caso do exemplo utilizado, ao optarem por consumir substâncias cujos efeitos nocivos desconheçam, os consumidores não estão verdadeiramente exercendo suas autonomias privadas e capacidades de autodeterminação, já que não possuem as informações necessárias para tal exercício de autonomia. Em verdade, caso possuíssem as informações necessárias à correta avaliação de custo-benefício inerente à conduta, possivelmente os agentes não escolhessem de forma livre e autônoma tal opção.

Da mesma forma, em decorrência da mesma assimetria de informações, não possuem os agentes as devidas condições igualitárias de liberdade e de dignidade para corretamente negociar com os agentes vendedores a compra de tais substâncias. A regulação destinada a combater a falha de mercado da “assimetria de informações”, portanto, também pode encontrar sua fundamentação jurídico-moral na proteção da autonomia privada, da capacidade de autodeterminação e das condições igualitárias de liberdade e de dignidade dos indivíduos.

Assim, a primeira conclusão obtida ao se analisar o liberalismo-republicano em sua primeira vertente de fundamentação das regulações estatais (o pilar do liberalismo-igualitário, da autonomia privada, da capacidade de autodeterminação, das condições igualitárias de liberdade, da dignidade humana ou do Estado de Direito) é a de que o tradicional instituto econômico das falhas de mercado pode certamente sofrer uma releitura jurídico-moral. Tais falhas de mercado podem ser entendidas como os casos em que o atuar livre dos indivíduos no mercado, ainda que racional, provoca resultados indesejados em relação ao pilar liberal-igualitário do liberalismo-republicano. Neste sentido, nestes casos, legitimada se encontra a regulação estatal ao combater as falhas de mercado e buscar a implementação dos valores morais fundamentais da autonomia privada, da capacidade de auto-determinação, das condições igualitárias de liberdade e da dignidade humana.

### 2.6.2. Uma leitura jurídico-moral do argumento de irracionalidade da economia comportamental

Como bastante exposto na Parte I<sup>243</sup>, o conceito de “ações irracionais em heurística”<sup>244</sup> foi criado pelos adeptos da economia comportamental para designar os casos em que o atuar livre dos agentes se encontra marcado por traços de irracionalidade e influências psico-emotivas (relativizando-se, portanto, o paradigma econômico clássico da racionalidade). Nestas situações, para muitos autores da economia comportamental, o atuar livre dos agentes econômicos, em decorrência de sua irracionalidade, acaba por violar os resultados-premissas considerados desejados pela economia. Naquela ocasião, entretanto, ficou consignado que os “resultados-premissas considerados desejados”, para a grande maioria<sup>245</sup> dos economistas, consistiriam simplesmente na busca da maximização da riqueza social e do maior somatório de bem-estar ou de satisfações de interesses individuais, em nítida raiz filosófica utilitária.

Cabe, no presente Capítulo II.6.B, questionar se (e, em caso afirmativo, quando e em que medida) o conceito do instituto econômico das “ações irracionais em heurística” pode se prestar a uma releitura diante da necessidade de legitimação jurídico-moral da regulação estatal à luz da premissa liberal-republicana. A saber, questionar-se-á acerca da possibilidade de ser adotado um conceito de “ações irracionais em heurística” consistente nas situações em que o atuar livre dos agentes, em decorrência de irracionalidade e influências psico-emotivas (para os adeptos da economia comportamental, portanto, relativizando o paradigma econômico clássico da racionalidade), acaba por violar os resultados-premissas consubstanciados nos valores morais da autonomia privada, das condições igualitárias de liberdade ou da dignidade humana (valores morais fundamentais inerentes ao pilar liberal-

---

<sup>243</sup> V. Capítulo I.3.2 *supra*.

<sup>244</sup> Acerca das premissas principais da *behavioral economics*, v. KAHNEMAN, Daniel & TVERSKY, Amos. “Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk”. In *Econometrica*. 47 (2). Pp. 263-291. 1979. V. tb. KAHNEMAN, Daniel & TVERSKY, Amos. “Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases”. In *Science*. Vol 185. N. 4157. 1974. V. tb. SLOVIC, Paul. “Do adolescent Smokers Know the Risks?”. In *Duke Law Journal*. Vol. 47, n. 6. 1998. V. tb. WEINSTEIN, Neil D.. “Optimistic Biases About Personal Risks”. In *Science*. 246.4935. 1989. V. tb. BANERJEE, Abhijit V.. “A Simple Model of Herd Behavior”. In *The Quarterly Journal of Economics*. 107 (3). 1992. V. tb. MADRIAN, Brigitte C. & SHEA, Dennis F.. “The Power of Suggestion: Inertia in 401 (k) Participation and Savings Behavior”. In *The Quarterly Journal of Economics*. 116 (4). 2001. V. tb. SHANE, Frederick. “Time Discounting and Time Preference: A Critical Review”. In *Journal of Economic Literature*. V. 40. N. 2. 2002.

<sup>245</sup> Uma exceção bastante paradigmática é o pensamento de AMARTYA SEN. V. SEN, Amartya. *The Idea of Justice*. New York: Penguin Books. 2010. V. tb. SEN, Amartya. *Development as Freedom*. New York: Alfred A. Knopf. 2001.

igualitário do liberalismo-republicano, não mais a maximização da riqueza social, ligada aos valores de raiz filosófica utilitária).

Conforme já foi relatado na Parte I da tese<sup>246</sup>, os economistas adeptos da economia comportamental fornecem inúmeros fatores fáticos cujas especificidades tenderiam a ensejar com maior frequência a adoção de ações irracionais em heurística pelos agentes econômicos. Neste ponto, foram destacados os casos de otimismo<sup>247</sup> dos indivíduos quando da subavaliação de risco próprio, os casos de superavaliação de riscos quando da utilização de eventos trágicos recentes na memória<sup>248</sup>, os casos de “efeito de manada”<sup>249</sup>, os casos de inércia ou comportamento default<sup>250</sup>, os casos que envolvam opções que gerem efeitos diferidos no tempo<sup>251</sup> e os casos que envolvam o consumo de substâncias que provoquem efeitos viciantes.

Para alguns economistas, portanto, adeptos da economia comportamental, as peculiaridades dos fatores fáticos mencionados tenderia a ensejar a adoção com maior frequência de ações irracionais em heurística pelos agentes econômicos no mercado livre, tendo por consequência o não atingimento das finalidades desejadas de maximização da riqueza social e de maior somatório de bem-estar ou satisfações de interesses individuais.

No presente tópico, porém, pretende-se questionar se (e, em caso afirmativo, quando e em que medida) cada um destes mesmos fatores fáticos mencionados pode ser entendido como tendente a ensejar ação irracional em heurística violadora das finalidades desejadas de proteção ou implementação da autonomia privada, das condições igualitárias de liberdade ou da dignidade humana.

A tentativa que se pretende realizar no presente Capítulo II.6.B de releitura jurídico-moral do conceito de “ação irracional em heurística” que seja compatível com a premissa liberal-republicana de filosofia político-moral (como conceito que passe a designar situações em que não sejam naturalmente implementadas a autonomia privada, as condições igualitárias de liberdade ou a dignidade humana, não mais a maximização da riqueza social) se apresenta bem mais tormentosa e difícil do que a releitura jurídico-moral que se acabou de realizar no

<sup>246</sup> V. Capítulo I.3.2 *supra*.

<sup>247</sup> WEINSTEIN, Neil D.. “Optimistic Biases About Personal Risks”. In *Science*. 246.4935. 1989.

<sup>248</sup> KAHNEMAN, Daniel & TVERSKY, Amos. “Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases”. In *Science*. Vol 185. N. 4157. 1974.

<sup>249</sup> BANERJEE, Abhijit V.. “A Simple Model of Herd Behavior”. In *The Quarterly Journal of Economics*. 107 (3). 1992.

<sup>250</sup> MADRIAN, Brigitte C. & SHEA, Dennis F.. “The Power of Suggestion: Inertia in 401 (k) Participation and Savings Behavior”. In *The Quarterly Journal of Economics*. 116 (4). 2001.

<sup>251</sup> V. SHANE, Frederick. “Time Discounting and Time Preference: A Critical Review”. In *Journal of Economic Literature*. V. 40. N. 2. 2002. V. tb. MADRIAN, Brigitte C. & SHEA, Dennis F.. “The Power of Suggestion: Inertia in 401 (k) Participation and Savings Behavior”. In *The Quarterly Journal of Economics*. 116 (4). 2001.



precedente Capítulo II.6.A acerca do conceito de “falhas de mercado” (como conceito que passe a designar situações em que não sejam naturalmente implementadas a autonomia privada, as condições igualitárias de liberdade ou a dignidade humana, não mais a maximização da riqueza social).

Ocorre que, de fato, nas situações que envolvem “falhas de mercado”, geralmente não há grandes dúvidas ou ambigüidades acerca do que seria a escolha ou opção destinada a efetivar a autonomia e a capacidade de auto-determinação do próprio indivíduo. Isto pois, nas situações de falhas de mercado, não há qualquer pretensão de apontar-se irregularidade interna à formação de vontade do agente que torne obscuras ou desconhecidas as escolhas e opções autônomas do próprio indivíduo. Nas situações de falhas de mercado, embora sejam claras quais as escolhas e opções autônomas do próprio agente econômico quando da formação interna de sua vontade, tais opções autônomas não podem ser implementadas através do atuar livre e racional dos agentes em decorrência de peculiaridades fáticas do próprio mercado (externas, portanto à formação de vontade dos agentes). Revejam-se, sob esta ótica, alguns dos exemplos de falhas de mercado.

Não há dúvidas de que a opção autônoma de um indivíduo é a de adquirir produtos a preços baixos e qualidade alta. Inexistente qualquer irregularidade interna à formação de vontade do indivíduo, é certo que tal escolha corresponde à opção de autonomia privada do agente. Nada obstante, em decorrência de peculiaridades fáticas do mercado (externas, portanto, à formação de vontade do indivíduo), em um cenário de monopólio natural, o atuar livre e racional dos agentes pode ser incapaz de implementar tal valor autonomia em decorrência da inexistência de condições igualitárias de liberdade do consumidor perante o explorador do monopólio.

Não há dúvidas de que a opção autônoma de um indivíduo é a de cobrar preços justos por seus serviços profissionais, recebendo renda suficiente para prover as necessidades básicas de sua família. Inexistente qualquer irregularidade interna à formação de vontade do indivíduo, é certo que tal escolha corresponde à opção de autonomia privada do agente. Nada obstante, em decorrência de peculiaridades fáticas do mercado (externas, portanto, à formação de vontade do indivíduo), em um cenário de problemas de coordenação em sentido lato onde o excesso de profissionais enseje um leilão negativo predatório, o atuar livre e racional dos agentes pode ser incapaz de implementar tal valor autonomia em decorrência da inexistência de condições igualitárias de liberdade dos profissionais diante dos clientes.

Não há dúvidas de que a opção autônoma de um indivíduo é a de não suportar os custos de poluição decorrentes da exploração de atividade industrial por uma sociedade empresária. Inexistente qualquer irregularidade interna à formação de vontade do indivíduo, é certo que tal escolha corresponde à opção de autonomia privada do agente. Nada obstante, em decorrência de peculiaridades fáticas do mercado (externas, portanto, à formação de vontade do indivíduo), em um cenário de externalidades negativas, o atuar livre e racional dos agentes pode ser incapaz de respeitar tal valor autonomia.

Por fim, não há dúvidas de que a opção autônoma de um indivíduo é a de consumir um produto ou substância que não faça mal a sua saúde. Inexistente qualquer irregularidade interna à formação de vontade do indivíduo, é certo que tal escolha corresponde à opção de autonomia privada do agente. Nada obstante, em decorrência de peculiaridades fáticas do mercado (externas, portanto, à formação de vontade do indivíduo), em um cenário de assimetria de informações, o atuar livre e racional dos agentes pode ser incapaz de proteger tal valor autonomia.

Ou seja, o instituto das falhas de mercado não diz respeito a qualquer irregularidade interna à própria formação de vontade do indivíduo. Pelo contrário, tratando-se de manifestação de vontade puramente racional, restam claramente identificadas quais as escolhas e opções que implementam a autonomia privada e a capacidade de auto-determinação dos indivíduos. Nada obstante, ainda que claras quais seriam as escolhas e opções autônomas dos próprios indivíduos, em decorrência de peculiaridades fáticas externas à formação de vontade destes mesmos indivíduos, o atuar livre e racional dos agentes não se encontra capaz de implementar estas opções. Sem maiores dificuldades, portanto, é possível uma releitura do conceito de falhas de mercado à luz da premissa liberal-republicana como as situações em que, devido às peculiaridades fáticas do mercado, o atuar livre e racional dos agentes não seja capaz de naturalmente implementar os valores fundamentais da autonomia privada, das condições igualitárias de liberdade e da dignidade humana<sup>252</sup>, exigindo portanto regulação estatal.

No caso das “ações irracionais em heurística”, entretanto, a situação se apresenta bem mais complexa quando da tentativa de releitura jurídico-moral de tal conceito à luz da premissa liberal-republicana. Ocorre que o instituto das “ações irracionais em heurística” pretende justamente alegar a existência de irregularidades internas à própria formação de vontade dos agentes econômicos. Desta forma, a releitura do conceito de “ações irracionais

---

<sup>252</sup> V. Capítulo II.6.A *supra*.

em heurística” capaz de compatibilizar tal instituto econômico com a legitimação jurídico-moral da regulação estatal à luz da premissa liberal-republicana exige que se passe a entender que a própria formação interna de vontade dos agentes econômicos, quando das situações de “ações irracionais em heurística”, seria violadora da autonomia privada, da capacidade de auto-determinação e das condições igualitárias de liberdade e de dignidade destes próprios indivíduos.

A pretensão é certamente bem mais ousada. A idéia é a de que, em decorrência de raciocínio semi-intuitivo por heurística bem como de influências psico-emocionais, ao realizarem escolhas irracionais (ou não completamente racionais), o atuar livre dos agentes no mercado seria violador da autonomia privada, das condições igualitárias de liberdade e da dignidade humana destes mesmos indivíduos por força de irregularidades internas à sua própria formação de vontade. Revejam-se, sob esta ótica, alguns dos exemplos de ações supostamente irracionais em heurística.

Um jovem fumante, quando indagado, sabe perfeitamente que os fumantes em geral possuem maiores chances que os não-fumantes de desenvolver câncer de pulmão<sup>253</sup>. É um objetivo deste jovem fumante possuir uma boa saúde. Nada obstante, ainda assim tal jovem manifesta a vontade de fumar. Para alguns economistas, adeptos da economia comportamental, poder-se-ia argumentar tratar-se de um caso em que haveria ação irracional em heurística. O jovem somente manifestaria a vontade de fumar em decorrência de um otimismo quando da subavaliação de riscos especificamente para si próprio<sup>254</sup>, em decorrência de os custos futuros de tal opção (dano à saúde) serem diferidos no tempo<sup>255</sup> em comparação ao benefício imediato (prazer do fumo) bem como em decorrência de a escolha envolver o consumo de substância que gere efeitos viciantes. Haveria fatores internos à própria formação de vontade do jovem em questão que ensejariam irregularidades de racionalidade sobre a mesma. A formação interna correta de vontade racional do jovem deveria ser a de não fumar.

Um adulto profissional liberal recebe rendimentos confortáveis para, além de seu sustento mensal digno, poupar dinheiro para fins de assegurar uma previdência mínima para quando deixar de trabalhar. É um objetivo de vida deste profissional liberal possuir uma aposentadoria digna. Nada obstante, sempre posterga para o ano seguinte o início da poupança, restando o futuro de suas finanças pessoais completamente desamparado. Para

---

<sup>253</sup> SLOVIC, Paul. “Do adolescent Smokers Know the Risks?”. In *Duke Law Journal*. Vol. 47, n. 6. 1998.

<sup>254</sup> WEINSTEIN, Neil D.. “Optimistic Biases About Personal Risks”. In *Science*. 246.4935. 1989.

<sup>255</sup> V. SHANE, Frederick. “Time Discounting and Time Preference: A Critical Review”. In *Journal of Economic Literature*. V. 40. N. 2. 2002. V. tb. MADRIAN, Brigitte C. & SHEA, Dennis F.. “The Power of Suggestion: Inertia in 401 (k) Participation and Savings Behavior”. In *The Quarterly Journal of Economics*. 116 (4). 2001.

alguns economistas, adeptos da economia comportamental, novamente poder-se-ia argumentar tratar-se de um caso em que haveria ação irracional em heurística. O profissional liberal somente estaria optando pela omissão em iniciar uma poupança previdenciária em decorrência da tendência humana de permanecer em inércia bem como em decorrência de os custos futuros de tal opção (desamparo financeiro) serem diferidos no tempo<sup>256</sup> em comparação ao benefício imediato (gastar toda a renda sem qualquer sacrifício mínimo de poupança). Haveria fatores internos à própria formação de vontade do profissional liberal em questão que ensejariam irregularidades de racionalidade sobre a mesma. A formação interna correta de vontade racional do profissional liberal deveria ser a de passar a poupar o quanto antes.

Para um adepto de uma concepção de filosofia político-moral ligada a valores utilitários, argumentar-se a favor da legitimação jurídico-moral de regulações estatais em tais casos de suposta irracionalidade seria relativamente mais simples. Bastar-se-ia afirmar que nestes casos o atuar voluntário dos agentes econômicos, em decorrência da irracionalidade provocada por fatores internos à formação de vontade dos mesmos, seria incapaz de maximizar o bem-estar destes mesmos indivíduos e, conseqüentemente, de maximizar o bem-estar coletivo. Desta forma, para um utilitário, ainda que o atuar irracional dos agentes correspondesse à vontade autônoma destes mesmos indivíduos, ao constatar-se a irracionalidade de tais ações em decorrência de fatores internos à própria formação de vontade, talvez fosse possível a existência de regulação estatal que restringisse a autonomia dos indivíduos com o intuito de proteger o bem-estar dos mesmos<sup>257</sup>. Não necessariamente, para um utilitário, o valor da autonomia privada deveria ser respeitado. Pelo contrário, deve o

---

<sup>256</sup> V. SHANE, Frederick. "Time Discounting and Time Preference: A Critical Review". In *Journal of Economic Literature*. V. 40. N. 2. 2002. V. tb. MADRIAN, Brigitte C. & SHEA, Dennis F.. "The Power of Suggestion: Inertia in 401 (k) Participation and Savings Behavior". In *The Quarterly Journal of Economics*. 116 (4). 2001.

<sup>257</sup> O valor fundamental para a concepção utilitária de filosofia político-moral é a busca pela maximização da felicidade ou do bem-estar social. Em uma vertente mais moderna, há quem defenda atualmente a busca da maximização da riqueza social. V. POSNER, Richard. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 2007.

Para os utilitários, portanto, em tese, seria possível a restrição de opções e escolhas autônomas de um indivíduo com o intuito de proteger a maximização da felicidade e do bem-estar deste mesmo indivíduo. Basta se sustentar posição segundo a qual a ação do indivíduo, ainda que autônoma, por irracional, não ensejaria a maximização da felicidade nem do bem-estar do mesmo.

A grande preocupação com o valor fundamental da autonomia independentemente de suas conseqüências é um traço marcante da concepção liberal de filosofia político-moral.

Deve-se, porém, destacar a posição de John Stuart Mill. Trata-se de autor utilitário, cujo valor fundamental a ser perseguido, portanto, é a maximização da utilidade, da felicidade e do bem-estar geral. Nada obstante, o autor consegue compatibilizar tal posição com um forte respeito à liberdade e à autonomia privada individual. Isto pois, segundo o autor, a proteção imediata da liberdade individual seria a forma mais eficiente de proteção mediata da maximização da utilidade. Ninguém saberia melhor do que o próprio indivíduo o que maximizaria seu próprio bem-estar! V. MILL, John Stuart. *On Liberty*. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company. 1956.

mesmo ceder quando se apresente em sentido contrário à implementação da maximização da utilidade.

Bem mais complexa, porém, qualquer tentativa de argumentação a favor da legitimação jurídico-moral de regulações estatais destinadas ao combate de ações irracionais em heurística com base no liberalismo-republicano adotado. Seria possível afirmar-se que o jovem fumante e o profissional liberal perdulário, ao adotarem ações supostamente irracionais em heurística, estariam violando suas próprias autonomias privadas, condições igualitárias de liberdade e dignidade humana? Ainda que os indivíduos tenham expressa e voluntariamente adotado as condutas mencionadas, as mesmas poderiam ser consideradas violadoras de suas próprias autonomias privadas, condições igualitárias de liberdade e dignidade humana? Não seria possível estar-se indevidamente considerando como irracionais opções que, embora irrazoáveis, são racionais? O fato de uma escolha individual expressamente voluntária não decorrer de razão completamente pura, havendo influência de impulsos e valores psico-emocionais e culturais, faria com que tal escolha deixasse de ser autônoma?

Eis a grande dificuldade de ser realizada releitura jurídico-moral do instituto econômico das ações irracionais em heurística que seja capaz de compatibilizar o mesmo com o liberalismo-republicano. O fundamento principal de legitimação jurídico-moral da regulação estatal destinada ao combate de ações irracionais em heurística à luz do liberalismo-republicano deveria ser o de proteção à autonomia privada dos próprios agentes regulados, eis que a formação interna de vontade irracional não corresponderia mais ao exercício de autonomia dos agentes. Nada obstante, ao se questionar a ligação necessária entre a manifestação de vontade do agente e o exercício de sua autonomia, em tais casos perde-se o próprio referencial mais claro existente acerca de qual deva ser considerado o conteúdo das escolhas e opções que implementem a autonomia desse indivíduo. Uma vez que o instituto das ações irracionais em heurística invoca supostas irregularidades que atuariam no plano interno à própria formação de vontade dos indivíduos, alegando que a manifestação de vontade exercida pelo indivíduo deixa de corresponder à opção autônoma do mesmo, perde-se o referencial mais claro de quais seriam as escolhas e opções que implementam a autonomia dos indivíduos.

É tarefa bastante difícil e complexa se afastar a presunção de que a opção autônoma de um indivíduo é aquela que corresponde a sua manifestação expressa de vontade para se presumir que outra escolha ou opção deva ser apontada como aquela a estar efetivando a autonomia e a capacidade de auto-determinação deste indivíduo. Neste ponto, duas

observações parecem pertinentes: (i) primeiramente, pode-se estar diante de situação em que o indivíduo tenha conscientemente refletido acerca dos fatores destacados pela economia comportamental como indutores de escolhas irracionais e simplesmente possua um projeto de vida diferente da maioria das pessoas, havendo escolha racional; (ii) ainda que não haja dúvida acerca de a escolha do indivíduo não ser completamente racional, tal não necessariamente deva ser entendido como um sinônimo de opção não autônoma.

A primeira observação pertinente a ser realizada no âmbito das considerações em questão é a de que pode ocorrer de, embora presentes diversos dos fatores fáticos apontados pela economia comportamental como frequentemente propensos a ensejar a tomada de ações irracionais em heurística, não se estar diante de um caso de irracionalidade. Pode ocorrer de a opção realizada pelo agente ser incomum e diferente das escolhas realizadas pela imensa maioria das pessoas em virtude não da presença de irracionalidade, mas sim da eleição e valoração de interesses e projetos de vida pessoais diferentes. Explica-se através da problematização dos dois exemplos oferecidos acima.

Foi afirmado que determinado jovem fumante sabe que fumar aumenta as chances de desenvolvimento de câncer de pulmão. Ademais, foi exposto que tal jovem tem por objetivo de vida possuir uma boa saúde. Nada obstante, ainda assim, fuma. Desta forma, discorreu-se que um adepto da economia comportamental poderia vislumbrar no caso uma situação de ação irracional em heurística ensejada por diversos fatores fáticos (otimismo em relação a riscos próprios, efeitos diferidos no tempo e efeitos viciantes). Mesmo tendo por objetivo ter uma boa saúde e sabendo que fumar é um meio cujo resultado será contrário a tal objetivo, o jovem fuma. A escolha realizada pelo agente seria irracional, tendo-se em vista o jovem saber que os resultados decorrentes da mesma serão contrários a seu objetivo de ter uma boa saúde.

Não necessariamente, porém, todo e qualquer jovem que escolha fumar, ainda que sabendo que tal ação aumenta os riscos de câncer, realiza uma opção irracional. Ocorre que, ainda que saiba que fumar aumenta os risco de câncer, não necessariamente o jovem terá por objetivo de vida ter uma boa saúde. Possivelmente, em sua valoração pessoal, o prazer de fumar supere os efeitos colaterais que recairão sobre sua saúde. Desta forma, à luz dos projetos pessoais escolhidos pelo jovem, não há qualquer irracionalidade na opção exercida. A saber, a opção de fumar encontra-se perfeitamente racional diante de uma valoração pessoal que atribua maior importância para o prazer do que para a preservação da saúde.

Reflexão semelhante poderia ser aplicada ao exemplo do profissional liberal perdulário. Foi imaginado o caso em que um profissional liberal possui rendimentos mensais

confortáveis para realizar poupança previdenciária. Ademais, explicou-se ser um objetivo de tal profissional liberal possuir uma previdência quando se aposentar no futuro. Nada obstante, o profissional liberal em tela simplesmente não poupa, sempre adiando para o futuro o início das contribuições. Neste sentido, discorreu-se que um adepto da economia comportamental poderia vislumbrar no caso uma situação de ação irracional em heurística ensejada por peculiares fatores fáticos (efeitos diferidos no tempo e inércia). Mesmo tendo por objetivo possuir uma previdência no futuro e sabendo que para tanto precisa poupar no presente, o profissional liberal não contribui. A escolha realizada pelo agente seria irracional, tendo-se em vista o indivíduo saber que os resultados decorrentes da mesma serão contrários a seu objetivo de possuir uma previdência no futuro.

Não necessariamente, porém, todo e qualquer profissional liberal que escolha não contribuir, ainda que sabendo que tal ação implicará um futuro desprovido de recursos, realiza uma opção irracional. Ocorre que, ainda que saiba que não contribuir representa a inexistência de recursos futuros, não necessariamente o profissional liberal terá por objetivo de vida ter um futuro financeiramente saudável. Possivelmente, em sua valoração pessoal, o gozo imediato de gastar a integralidade de seus rendimentos mensais em prazeres caros (como viajar de primeira classe todo mês para Paris e tomar uma garrafa por semana de *Chateau La Tour*) compense a vida regrada que deverá levar no futuro. Desta forma, à luz dos projetos pessoais escolhidos pelo profissional liberal, não há qualquer irracionalidade na opção exercida. A saber, a opção de não contribuir encontra-se perfeitamente racional diante de uma valoração pessoal que atribua maior importância para o prazer de gastar imediatamente a integralidade de seus rendimentos mensais em prazeres caros.

Ou seja, pode ocorrer de, ainda que presentes os fatores fáticos apontados pelos adeptos da economia comportamental como propensos a frequentemente ensejar a adoção de ações irracionais em heurística bem como ainda que um agente tenha neste cenário fático realizado escolha incomum e raramente realizada pela maioria das demais pessoas, estar-se diante de opção perfeitamente racional. Ainda que presentes diversos dos fatores fáticos tendentes a ensejar ações irracionais em heurística, o agente pode ter realizado escolha baseada em razão pura e pouco influenciada por fatores psico-emocionais e culturais. Uma escolha perfeitamente racional com vistas a atingir as finalidades e os projetos de vida pessoais eleitos pelo agente. Ocorre, tão somente, que os projetos de vida pessoais eleitos pelo agente para sua vida particular não correspondem à concepção de vida boa escolhida pela maioria das pessoas na comunidade posta específica.

Neste ponto, JOEL FEINBERG<sup>258</sup> alerta para os perigos de serem tomados por sinônimos os conceitos de opção “irracional” e de opção “irrazoável”. Por um lado, uma opção poderia ser considerada irracional quando a conduta escolhida pelo agente seja completamente incompatível com o atingimento dos objetivos e planos de vida pessoais eleitos como desejáveis por este mesmo indivíduo, sendo certo que tal incompatibilidade era de seu perfeito conhecimento. Por outro lado, uma opção poderia ser considerada irrazoável quando, embora a conduta escolhida pelo agente seja perfeitamente adequada e eficiente para atingir os objetivos e planos de vida pessoais eleitos como desejáveis por este mesmo indivíduo, trate-se de objetivos e planos de vida pessoais estranhos às escolhas de vida boa realizadas pela esmagadora maioria da comunidade.

No entender de JOEL FEINBERG<sup>259</sup>, conforme será examinado com maior detalhe na Parte III da tese, nos casos de opção irracional, poder-se-ia admitir regulação estatal destinada a proteger a autonomia do próprio indivíduo regulado. Tal regulação estatal, ainda que destinada a restringir a opção decorrente da manifestação de vontade expressada pelo agente, encontraria fundamento precisamente nas premissas liberais de autonomia privada e capacidade de auto-determinação dos indivíduos. Nos casos de opção racionais, porém, ainda que as mesmas se apresentem como irrazoáveis, não seria possível qualquer regulação estatal destinada a restringir a opção decorrente da manifestação de vontade expressada pelo agente com fundamento nas premissas liberais de autonomia privada e capacidade de auto-determinação dos indivíduos. Pelo contrário, no caso de opções apenas irrazoáveis (mas que sejam racionais), caso tais opções racionais não afetem quaisquer direitos de terceiros, a regulação estatal em tela representará violação às premissas liberais da autonomia privada e capacidade de auto-determinação dos indivíduos na escolha de seus próprios planos e projetos de vida pessoais<sup>260</sup>.

---

<sup>258</sup> FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Self*. Oxford: Oxford University Press. 1986.

<sup>259</sup> FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Self*. Oxford: Oxford University Press. 1986.

<sup>260</sup> Conforme será exposto na Parte III da tese, a fim de conciliar as regulações estatais de natureza paternalista com a premissa liberal de filosofia político-moral, Joel Feinberg defende um viés de paternalismo “soft”. Somente estaria legitimada a regulação paternalista, restringindo as opções dos agentes, quando estas se apresentem irracionais e involuntárias diante dos objetivos e projetos de vida pessoais escolhidos por estes próprios indivíduos.

Não admite o autor o paternalismo “hard”, onde seria possível a restrição de opções irrazoáveis dos indivíduos ainda que as mesmas sejam racionais e eficientes no atingimento dos projetos de vida pessoais escolhidos por estes próprios indivíduos. O paternalismo “hard” representaria o rompimento com a premissa liberal de filosofia político-moral e com a garantia da autonomia e capacidade de auto-determinação dos indivíduos na escolha de seus próprios projetos de vida pessoais desde que não afetados direitos de terceiros. O paternalismo “hard”



Ou seja, ainda que se esteja diante de escolhas irrazoáveis de planos de vida pessoais completamente estranhos à concepção de vida boa adotada pela maioria esmagadora da comunidade e ainda que presentes diversos dos fatores fáticos apontados pela economia comportamental como capazes de frequentemente ensejar a adoção de ações irracionais em heurística, caso os agentes tenham adotado condutas que sejam eficientes no atingimento de objetivos e planos de vida pessoal que realmente tenham escolhido para suas vidas particulares, estar-se-á diante de opções perfeitamente racionais. Nesta situação, se nem mesmo se pode acusar as opções adotadas pelos agentes econômicos de irracionais, muito menos seria possível caracterizar tais escolhas como contrárias à autonomia dos mesmos. Impossível, portanto, nestes casos, a realização de uma interpretação jurídico-moral de estar-se diante de uma “ação irracional em heurística” no sentido de que, devido a irregularidades internas à própria formação de vontade, a opção realizada livremente pelo agente não corresponderia à implementação de sua verdadeira autonomia privada.

A segunda importante observação a ser realizada é a de que, ainda que se esteja indiscutivelmente diante de opção adotada por um agente de forma não completamente racional, não necessariamente tal fato empírico deva ser interpretado pelos jusfilósofos como opção não autônoma.

A verdade é que não parece haver na atualidade espaço para dúvidas acerca da correção (ainda que parcial) das inovações trazidas pela economia comportamental de cunho descritivo acerca do comportamento humano empírico. Como bem destacado por AMARTYA SEN<sup>261</sup>, somente um cego adepto da *Rational Choice Theory-RCT*<sup>262</sup> poderia tentar negar o fato empírico de que muitas vezes os seres humanos agem de forma impulsiva, influenciados por fatores psicológicos, emocionais, morais e culturais. Enfim, desde que adotada com parcimônia e sem a pretensão radical de afirmar que o homem é inteiramente produto de seu meio e escravo de um determinismo econômico, cultural ou psicológico, inegável que há

---

representaria a imposição aos indivíduos em suas vidas particulares de determinado projeto de vida boa decorrente de valores comunitários em nítida raiz perfeccionista-comunitária de filosofia político-moral.

Joel Feinberg destaca apenas que, possivelmente, os casos de opções irrazoáveis (as escolhas pelos indivíduos de projetos de vida pessoais estranhos diante das escolhas da esmagadora maioria de indivíduos da comunidade) podem ser indícios de irracionalidade. Desta forma, o paternalismo “*soft*” justifica a intervenção temporária para fins de aferição e escrutínio rigoroso com o intuito de averiguar-se a presença de racionalidade ou irracionalidade no caso concreto.

Por um lado, provada ser aquela a real opção autônoma e racional do indivíduo, diante de um paternalismo “*soft*”, a regulação estatal deverá se retirar. Por outro lado, confirmada a existência de irracionalidade e de opção não voluntária, o paternalismo “*soft*” justificará a regulação estatal com o intuito de proteger a autonomia do próprio agente regulado em conformidade com a premissa liberal de filosofia político-moral.

<sup>261</sup> V. SEN, Amartya. *Development as Freedom*. New York: Alfred A. Knopf. 2001.

<sup>262</sup> Acerca da *Rational Choice Theory-RCT*, v. Capítulo I.3.2 *supra*.

verdade na inovação descritiva dos adeptos da economia comportamental ao desvelar que muitas vezes os indivíduos agem de forma não completamente racional. Parece ser da natureza humana tomar algumas decisões sobre bases racionais, outras sobre bases emocionais, e, provavelmente, a maioria delas em decorrência simultaneamente de fatores racionais e de fatores emocionais.

Ocorre que a aceitação de tal inovação de cunho empírico-descritivo da economia comportamental não necessariamente deve ser acompanhada de uma inovação de cunho prescritivo sobre as instituições político-jurídicas pertinentes. A saber, a constatação empírica de que os indivíduos frequentemente realizam opções e escolhas em procedimento não completamente racional de vontade não necessariamente deve significar um problema ou uma irregularidade na formação interna de vontade do agente. Mais especificamente, a constatação fática de que um agente realiza opções e escolhas influenciadas por outros fatores além de sua razão não necessariamente significa que tais opções e escolhas não devam mais ser consideradas fruto da autonomia e capacidade de auto-determinação de tal indivíduo na escolha de seus projetos e planos de vida pessoais.

Neste ponto, portanto, importante questionar-se a relação a ser estabelecida entre os conceitos de formação de vontade “racional” (entendida como “apenas racional”, fruto de uma razão pura) e “autonomia”. Defende-se na presente tese que os conceitos de autonomia privada e capacidade de auto-determinação dos indivíduos, principais pilares do liberalismo, não devem ser confundidos com o conceito de racionalidade. Uma decisão tomada autonomamente por um agente não necessariamente é sinônimo de uma decisão decorrente de processo puramente racional de formação de vontade. Pelo contrário, um indivíduo pode perfeitamente realizar opção evidentemente calcada em outros fatores preponderantes na formação de vontade e que seja fruto de sua autonomia e capacidade de auto-determinação na escolha de seus projetos e planos de vida pessoais.

Talvez não exista explicação puramente racional para a escolha voluntária de um católico ir à missa todos os domingos. Nem para voluntariamente fazer jejum durante toda a quaresma. Muito menos ainda para se abster de utilizar preservativos. Talvez não se trate de opção cuja formação de vontade tenha sido tomada com base apenas na razão. Nada obstante, absurda seria qualquer tentativa de considerar-se que as opções em tela não consistem em exercício da autonomia privada e da capacidade de auto-determinação de tal indivíduo. Ainda que opção “não completamente racional” (no sentido de não baseada apenas em uma razão

pura), trata-se de opção autônoma, de escolha realizada pelo próprio indivíduo, não imposta por um terceiro, para reger sua vida.

Os exemplos de opções que, embora não completamente racionais, decorrem evidentemente do exercício de autonomia e capacidade de auto-determinação seriam infinitos no âmbito religioso. Poderiam ser citados, entre inúmeros outros, a recusa dos testemunhas de Jeová ao recebimento de sangue bem como imposições de vestimentas e restrições alimentares tanto em vertentes do islamismo quanto em vertentes do judaísmo.

Mas os casos de opções que, embora não puramente racionais, são perfeitamente autônomas evidentemente não se esgotam no âmbito religioso. Qualquer elemento emocional, psicológico, cultural, econômico ou moral pode ser o fator preponderante na formação de vontade de um agente quando da realização de uma opção que, embora não preponderantemente racional, certamente é fruto de sua autonomia.

Talvez não exista explicação puramente racional para a escolha voluntária de um casal carioca de interromper sua lua de mel em Maui, entre a Califórnia e o Japão, viajar mais de vinte horas até o Rio de Janeiro somente para assistir uma partida de futebol do Fluminense no Maracanã uma noite e no dia seguinte já retornar aos Estados Unidos para continuar a lua de mel. Talvez não se trate de opção cuja formação de vontade tenha sido tomada com base em razão pura. Nada obstante, absurda seria qualquer tentativa de considerar-se que a opção em tela não consistiu em exercício da autonomia de tal casal.

Homens e mulheres apaixonados frequentemente adotam ações que, embora não puramente racionais, são autônomas. Gastam mais dinheiro do que fariam, se preocupam menos com a rotina de trabalho e estudo, e dimensionam diferentemente as horas de seus dias. Homens e mulheres que acabaram de sofrer fortes desilusões amorosas também adotam ações que, embora não completamente racionais, são autônomas. Passam a sair com muito mais frequência, mudam a forma de se vestir e até intuitivamente mudam o jeito de conversar com outras pessoas. Nenhuma das opções mencionadas, embora todas influenciadas preponderantemente por fatores emocionais e psicológicos (não completamente racionais), poderia ser acusada de violar a autonomia dos agentes. Justamente pelo contrário, tais opções parcialmente irracionais consistem precisamente na implementação da autonomia e na capacidade de auto-determinação de tais agentes nos casos mencionados.

Desta forma, esta segunda observação que se acaba de realizar levanta mais uma dificuldade na tentativa de ser oferecida uma releitura do instituto econômico das “ações irracionais em heurística” à luz do liberalismo-republicano. A saber, nos casos em que a

existência de uma opção não completamente racional não possa ser confundida com uma opção não autônoma, impossível a realização de uma interpretação jurídico-moral de estar-se diante de uma “ação irracional em heurística” no sentido de que, devido a irregularidades internas à própria formação de vontade, a opção realizada livremente pelo agente não corresponderia à implementação de sua verdadeira autonomia privada.

Enfim, o fato de serem inquestionáveis os méritos da inovação empírico-descritiva trazida pelos adeptos da economia comportamental ao desvelarem que os agentes nem sempre agem de forma racional (ou puramente racional), havendo ações irracionais em heurística, não necessariamente deve significar prescritivamente que a verificação de tais ações irracionais em heurística se apresente sempre como fundamento a justificar jurídico-moralmente a regulação estatal diante da premissa liberal-republicana. Como exposto, diferentemente do instituto econômico das “falhas de mercado”, é bem mais complexa a empreitada de buscar-se uma releitura jurídico-moral do instituto econômico das “ações irracionais em heurística” de forma a compatibilizar o mesmo com o liberalismo-republicano.

As “ações irracionais em heurística” apontam supostas irregularidades que atuariam no âmbito interno à própria formação de vontade dos agentes econômicos. Difícil, portanto, identificar-se qual o conteúdo das opções autônomas dos agentes, eis que se perde o referencial mais claro existente para tal definição (que consistia precisamente na identificação do conteúdo das opções autônomas dos agentes através da manifestação de vontade expressa pelos mesmos). Por conseqüência, igualmente difícil a releitura jurídico-moral do instituto econômico das “ações irracionais em heurística” à luz da premissa liberal-republicana. A partir do momento em que se perde o referencial claro de qual seria o conteúdo das opções autônomas dos agentes, difícil afirmar-se que nos casos de ações irracionais em heurística, devido às supostas irregularidades existentes no procedimento interior à formação de vontade dos agentes, as opções autônomas dos mesmos não seriam implementadas. Difícil, enfim, realizar-se releitura do instituto econômico das ações irracionais em heurística para fins de considerar que o mesmo se apresenta como fator de impedimento à implementação dos valores fundamentais do pilar liberal-igualitário da autonomia privada, das condições igualitárias de liberdade e da dignidade humana.

Tal qual exposto, uma vez questionado o processo interno de formação de vontade dos agentes e perdido o referencial claro de qual deva ser considerado o conteúdo das opções autônomas dos mesmos, o instituto econômico das ações irracionais em heurística pode induzir a conceito excessivamente elástico e que compreenda duas situações completamente

incompatíveis com releitura jurídico-moral que defina as ações irracionais em heurística como situações violadoras da autonomia dos agentes. Por um lado, ainda que presentes os fatores fáticos apontados pela economia comportamental como freqüentemente capazes de ensejar a adoção de ações irracionais em heurística e ainda que os agentes tenham realizado escolhas incomuns e não freqüentemente adotadas pela maioria da comunidade, pode-se estar diante de opções tão somente “irrazoáveis”, embora certamente “racionais” (e, portanto, evidentemente autônomas) diante dos projetos e planos de vida pessoais escolhidos pelos próprios agentes. Por outro lado, ainda que se considere que as opções realizadas pelos agentes não tenham decorrido tão somente de uma razão pura, tendo ocorrido influências emocionais, psicológicas, econômicas, morais ou culturais, não necessariamente tal não racionalidade pura deva ser confundida com falta de autonomia.

Neste sentido, como bem destacou CASS SUNSTEIN<sup>263</sup> em crítica ao posicionamento de SARAH CONLY<sup>264</sup>, a adoção de forma extremada tanto das inovações descritivas quanto das prescritivas da economia comportamental pode apresentar conseqüências jurídico-morais bastante sensíveis e controversas. A adoção, sem qualquer mitigação, de posição segundo a qual qualquer ação humana em heurística e que não seja fruto de uma utópica razão pura (ainda que minimamente impulsiva, influenciada por emoções ou valores morais e culturais) deva ser objeto de regulação estatal pode significar o completo rompimento com qualquer possibilidade de conciliação com as premissas basilares do liberalismo-igualitário de respeito à autonomia privada, à capacidade de auto-determinação e ao igual respeito e consideração dos indivíduos na escolhas de seus próprios planos e projetos de vida pessoais desde que não afetados direitos de terceiros.

Ocorre, porém, que, embora excepcionais, também parece haver casos em que o diagnóstico de falta de racionalidade quando da formação interna de vontade do agente pode implicar simultaneamente a falta de opção que esteja verdadeiramente implementando a autonomia privada e a capacidade de auto-determinação de tal indivíduo.

Já foi afirmado acima ser um fato empírico dificilmente contestável o de que os indivíduos muitas vezes agem de forma irracional (ou não completamente racional), movidos, entre outros, por impulsos emocionais, psicológicos, culturais e morais. A grande dificuldade, porém, como destacado, recai sobre como devem as instituições político-jurídicas se posicionar perante este fato empírico. Até o presente momento, foram destacadas a

---

<sup>263</sup> SUNSTEIN, Cass. “It’s For Your Own Good!”. In *The New York Review of Books*. New York. 2013.

<sup>264</sup> v. CONLY, Sarah. *Against Autonomy. Justifying Coercive Paternalism*. Cambridge: Cambridge University Press. 2013.

dificuldade de presumir-se que escolhas adotadas por agentes são irracionais bem como a dificuldade de, ainda que tais escolhas sejam parcialmente irracionais, presumir-se que as mesmas não são fruto da autonomia de tais indivíduos.

Nada obstante, deve-se destacar ser igualmente um fato empírico dificilmente contestável o de que, em inúmeras vezes em que presentes as peculiaridades fáticas apontadas pela economia comportamental como capazes de frequentemente ensejar a adoção de ações irracionais em heurística, após o decurso de certo tempo a contar da adoção de uma opção sob suspeita de irracionalidade, o agente econômico tende a expressamente manifestar arrependimento em relação à escolha adotada no passado.

O fumante, quando desenvolve câncer de pulmão, geralmente se arrepende expressamente de ter fumado. O enfermo, após quase morrer em um ataque cardíaco, geralmente se arrepende expressamente de ter levado uma vida sedentária e de ter exagerado no consumo de *junk food*. O profissional liberal, quando atinge idade avançada sem qualquer plano de previdência, geralmente se arrepende expressamente de não ter poupado. O motociclista, após sofrer um grave acidente, geralmente se arrepende expressamente de não ter usado capacete.

Enfim, os exemplos evidentemente são inúmeros. Da mesma forma que é um fato empírico incontestável o de que os seres humanos muitas vezes realizam opções de forma não completamente racional, é um fato empírico igualmente incontestável o de que os seres humanos muitas vezes se arrependem no futuro de tais escolhas. Neste sentido, levanta-se a séria possibilidade de, em algumas situações, a adoção de escolhas irracionais significar sim a realização de opções não autônomas pelos agentes.

Deve-se, portanto, examinar a possibilidade de a manifestação de vontade realizada por um agente no presente eventualmente não corresponder de fato ao exercício da mais plena e consistente autonomia privada e capacidade de auto-determinação deste mesmo indivíduo. Tratar-se-ia de escolha irracional realizada com base em irregularidades internas ao processo de formação de vontade do agente e que não corresponderia à real e efetiva autonomia privada de tal indivíduo. A maior prova empírica disto seria precisamente a futura manifestação expressa de arrependimento pelo mesmo agente em relação à escolha adotada no passado.

Mas não basta a afirmação genérica de que em inúmeras situações indivíduos se arrependem expressamente no futuro em relação a escolhas que realizaram no passado para que se passe a sustentar a posição de que toda e qualquer ação minimamente irracional em heurística adotada pelos agentes é sempre incompatível com o exercício de suas autonomias,

sendo certo que o passar do tempo irá demonstrar tal assertiva quando do arrependimento expresso dos mesmos em relação às escolhas realizadas no passado.

Pode acontecer de o tempo passar e tal arrependimento expresso por parte do agente em relação à escolha que havia realizado no passado nunca vir a ocorrer. Na verdade, não se tratando de uma ciência exata, não há qualquer garantia de que tais indivíduos irão se arrepender. Pode o fumante, mesmo depois de já ter desenvolvido câncer, continuar achando que o prazer que sentiu durante anos em que fumou compensa os danos de saúde que agora sofre à luz dos projetos de vida pessoais que escolheu autonomamente para si. Pode o enfermo, mesmo tendo acabado de sofrer um ataque cardíaco, continuar a acreditar que o prazer de anos deitado no sofá em frente à televisão comendo pizza compensa seu estado de saúde presente. O profissional liberal, mesmo quando já atingida idade avançada sem qualquer previdência, pode continuar achando que o prazer proporcionado ao ter gastado a integralidade de seus rendimentos por anos compensa a vida regrada que agora deverá levar na velhice. O motociclista, mesmo já à beira da morte no hospital, pode continuar achando que o prazer de percorrer a estrada com cabelos ao vento compensa a gravidade do acidente que sofreu.

Como saber, portanto, se e quando haverá arrependimento futuro expresso por parte do agente em relação a alguma opção que o mesmo tenha realizado no passado? Eis a grande dificuldade do ponto. Trata-se de fato simplesmente impossível de ser previsto com certeza absoluta e infalibilidade para cada um dos casos individualmente. Diferentes pessoas que tenham adotado uma mesma escolha no presente, após o decurso do mesmo período de tempo e vivenciados por ambas os mesmos eventos, podem reagir de formas distintas em relação à opção que adotaram no passado: uma pode manter a posição de que tomou a escolha correta no passado, enquanto outra pode manifestar expresso arrependimento em relação a tal decisão de outrora. Ilustrando-se com um dos exemplos utilizados acima, embora alguns fumantes certamente se arrependam de ter fumado no passado quando descobrem que sofrem de câncer, há também aqueles que, mesmo após terem descoberto que sofrem de câncer, reiteram concordância com a opção que realizaram no passado.

A impossibilidade de ser realizada uma previsão infalível acerca da ocorrência ou não de arrependimento no futuro pelos agentes em relação a opções que realizem no presente e que seja aplicável genericamente a absolutamente cada um dos indivíduos sem distinção deve exigir uma postura restritiva e de abstenção por parte do direito regulatório? Em outros termos, o fato de ser impossível estabelecer-se uma previsão genérica e que seja aplicável a

absolutamente todos os indivíduos no sentido de que os mesmos irão no futuro certamente manifestar expressamente arrependimento em relação a determinada decisão que tomam no presente (eis que, como exposto, por mais que a imensa maioria dos agentes manifeste expressamente arrependimento, não se pode garantir tal posição na condição de preceito generalizado, tratando-se de adoções de posturas individualizadas por cada um dos agentes) deve afastar por completo a legitimação jurídico-moral da utilização da regulação estatal na seara? A presente tese entende que não. Trata-se de caso em que se pode perfeitamente trabalhar com a análise de probabilidades oferecidas pelo útil instrumental da ciência econômica. Explica-se.

Não há dúvidas de que na situação em que o Poder Público estabeleça uma regulação estatal que restrinja a opção voluntária de um indivíduo sob o argumento de estar-se diante de escolha irracional e que será certamente objeto de arrependimento futuro por parte deste mesmo indivíduo, caso futuramente tal arrependimento não venha a ocorrer, estar-se-á diante de regulação estatal violadora da autonomia e capacidade de auto-determinação do indivíduo regulado. De fato, o Poder Público estaria equivocado ao pressupor que a manifestação de vontade presente do agente não corresponderia à real autonomia do mesmo, sendo certamente objeto de arrependimento futuro. Não ocorrendo arrependimento futuro, confirmado que a manifestação de vontade do agente correspondia a sua real autonomia, a regulação estatal que restringia tal opção voluntária se encontraria incompatível jurídico-moralmente com a premissa liberal-republicana ao violar a autonomia e a capacidade de auto-determinação do indivíduo regulado.

Por outro lado, porém, caso na mesma situação em tela o Poder Público deixe de estabelecer regulação estatal (justamente por medo de errar a previsão exposta acerca do arrependimento futuro e, desta forma, incorrer em regulação estatal que indevidamente restringiu opção que correspondia à autonomia real do agente) que restrinja a opção voluntária de um indivíduo que apresenta fortes indícios de absoluta irracionalidade e que provavelmente será objeto de arrependimento futuro por parte deste mesmo indivíduo, caso futuramente confirmada a ocorrência de tal arrependimento, estar-se-á possivelmente diante de inércia regulatória estatal igualmente violadora da autonomia e capacidade de auto-determinação do indivíduo não regulado. De fato, o Poder Público estaria equivocado ao pressupor que a manifestação de vontade presente do agente corresponderia à real autonomia do mesmo. A futura manifestação expressa de arrependimento por parte do próprio agente seria a prova empírica de que sua manifestação de vontade irracional passada não



correspondia ao exercício de sua real e efetiva autonomia. Neste caso, a inércia regulatória estatal se apresentaria como responsável pela impossibilidade de implementação da autonomia e capacidade de auto-determinação do indivíduo.

Por mais paradoxal que isto passa parecer, a verdade é que, diante do fato exposto de ser impossível a definição de uma previsão genérica e aplicável a absolutamente todos os indivíduos de maneira uniforme acerca da manifestação ou não de futuro arrependimento por parte dos mesmos em relação a suas escolhas voluntárias passadas, qualquer decisão genérica do Poder Público, seja no sentido de impor ou no sentido de não impor regulação estatal que restrinja as escolhas voluntárias dos agentes, terá por conseqüências simultaneamente implementar a autonomia de alguns indivíduos bem como violar a autonomia de outros. Por um lado, regulações estatais que se apresentem genericamente como grandes implementadoras da autonomia da maioria dos indivíduos poderão simultaneamente realizar invasões pontuais da autonomia de alguns poucos outros indivíduos. Por outro lado, da mesma forma, regulações estatais que se apresentem genericamente como violadoras da autonomia da maioria dos indivíduos poderão simultaneamente implementar de forma pontual a autonomia de alguns poucos outros indivíduos.

Reveja-se o exemplo do profissional liberal que não realiza qualquer plano de previdência para que possa se aposentar no futuro. Foi afirmado que, no mundo real, diferentes profissionais liberais, quando do advento da velhice, provavelmente reagiriam de formas distintas em relação à escolha realizada livremente no passado de não realizar qualquer plano de previdência. Alguns profissionais liberais, quando chegada a velhice desprovida de recursos, manifestariam arrependimento expresso em relação à escolha voluntária que realizaram no passado de não efetuar qualquer contribuição previdenciária (abrindo, portanto, possibilidade para o entendimento de que a escolha irracional realizada no passado não correspondia ao exercício da real e efetiva autonomia destes indivíduos). Outros profissionais liberais, ao contrário, mesmo já chegada a velhice desprovida de recursos, não manifestariam qualquer arrependimento em relação à manifestação de vontade passada (sendo difícil acusar-se a escolha realizada no passado de irracional ou de não implementar a autonomia destes indivíduos).

Neste cenário, uma regulação estatal que imponha que os profissionais realizem no presente, mesmo contra suas manifestações expressas de vontade, periodicamente contribuições mínimas com o intuito de garantir para os mesmos uma renda básica no futuro pode estar implementando a autonomia de alguns destes profissionais liberais (dos que estão

manifestando no presente vontade irracional e não autônoma da qual iriam se arrepender no futuro caso não houvesse a regulação estatal) enquanto esteja, em sentido diametralmente oposto, simultaneamente violando a autonomia de outros destes profissionais liberais (dos que estão manifestando no presente vontade racional ou, ainda que irracional, ao menos autônoma e da qual não iriam se arrepender no futuro caso não existisse a regulação estatal).

Neste sentido, uma boa solução parece se encontrar na correta utilização, quando da decisão político-jurídica acerca de estabelecer-se ou não determinada regulação estatal cujo objetivo seja restringir escolhas individuais sob o argumento de que as mesmas são irracionais e não autônomas, dos conhecimentos disponíveis sobre a probabilidade e frequência com que os agentes no mundo dos fatos tendem a manifestar futuro arrependimento em relação à realização de tais escolhas no passado. A estratégia nem mesmo poderia ser considerada uma inovação no mundo jurídico. Não deixa de ser exatamente o que o direito já faz há muito tempo com o instituto clássico do Direito Civil da incapacidade de fato decorrente da idade da pessoa natural.

Como se sabe, o Código Civil Brasileiro<sup>265</sup> estabelece serem absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de dezesseis anos. Da mesma forma, prescreve o Código Civil serem incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos. A saber, por mais que toda e qualquer pessoa natural possua “capacidade de direito” (aptidão inerente à própria personalidade para ser titular de direitos e contrair obrigações), nem toda pessoa possui “capacidade de fato” (capacidade para, independentemente de qualquer assistência ou representação, exercer por si só os direitos e obrigações de que seja titular)<sup>266</sup>.

A razão pela qual o Direito Civil há tempos já consagra o instituto da incapacidade de fato decorre precisamente da adoção da premissa de que algumas pessoas, ainda que manifestem expressamente determinada vontade, não necessariamente estão exercendo suas

<sup>265</sup> Veja-se o que estabelecem os arts. 3º e 4º do Código Civil de 2002:

“**Art. 3º-** São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

**I-** os menores de dezesseis anos;

**II-** os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

**III-** os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

**Art. 4º-** São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

**I-** os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

**II-** os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

**III-** os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

**IV-** os pródigos.”

<sup>266</sup> Acerca da distinção entre capacidade de direito e capacidade de fato, v. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense.

reais e consistentes autonomias. Em decorrência de irregularidades ou inconsistências internas ao procedimento de formação de vontade dos indivíduos, entende-se que a vontade manifestada pelos mesmos não corresponde ao exercício de suas efetivas e consistentes autonomias.

No caso da incapacidade de fato em decorrência da idade, a observação diária da realidade fática sempre demonstrou que frequentemente pessoas menores de dezesseis anos realizam no presente escolhas irracionais das quais irão se arrepender no futuro. Em decorrência da falta de experiência de vida e de amadurecimento, entende-se haver geralmente uma inconsistência interna à formação de vontade de tais jovens, ensejando frequentemente a realização de escolhas irracionais das quais irão se arrepender expressamente no futuro<sup>267</sup>.

Eis o fundamento pelo qual o instituto da incapacidade de fato, mesmo ao impedir que menores de idade realizem voluntariamente escolhas que digam respeito apenas a suas vidas pessoais, se encontra legitimado jurídico-moralmente diante da premissa liberal-republicana. Em verdade, ao restringir a manifestação expressa de vontade de tais indivíduos menores de idade, o instituto da incapacidade de fato está verdadeiramente protegendo a autonomia real e consistente bem como as condições igualitárias de liberdade e de dignidade destes mesmos indivíduos.

Perceba-se neste ponto que o clássico instituto da incapacidade de fato do Direito Civil sempre se baseou em uma generalização a partir dos conhecimentos de probabilidade adquiridos a partir da observação reiterada dos acontecimentos fáticos. Como qualquer proposta de generalização a partir de análises de probabilidade, também o instituto da incapacidade de fato sempre esteve sujeito a não se adequar com perfeição em algumas situações individuais e pontuais.

Por um lado, não há dúvidas de que existem alguns jovens menores de dezesseis anos que já possuem bastante experiência de vida e que demonstram amadurecimento acima da média. Não há dúvidas de que tais indivíduos menores de dezesseis anos podem no presente realizar escolhas perfeitamente racionais e das quais não viriam a se arrepender no futuro. Estar-se-ia diante de casos em que, não havendo qualquer irregularidade ou inconsistência interna à formação de vontade, as escolhas realizadas por tais indivíduos corresponderiam ao perfeito exercício de suas autonomias. Desta forma, o instituto da incapacidade de fato, nestes casos específicos e pontuais, ao impedir a realização por tais indivíduos menores de dezesseis

---

<sup>267</sup> V. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense.

anos de escolhas pertinentes apenas a seus próprios projetos de vida pessoal, representaria violação à autonomia, à capacidade de auto-determinação e às condições igualitárias dos mesmos.

Por outro lado, não há dúvidas de que existem alguns adultos que, mesmo maiores de idade, possuem menos experiência de vida bem como são muito menos maduros do que alguns jovens menores de idade. Não há dúvidas de que tais indivíduos, mesmo maiores de dezoito anos, podem eventualmente realizar escolhas completamente irracionais e das quais certamente irão se arrepender no futuro. Estar-se-ia diante de casos em que as escolhas de tais indivíduos, ainda que voluntárias, possivelmente não corresponderiam ao exercício de suas reais e consistentes autonomias. Desta forma, o instituto da capacidade de fato, nestes casos específicos e pontuais, ao permitir a realização de escolhas voluntárias por tais indivíduos maiores de dezoito anos, eventualmente poderia representar falta de proteção à autonomia, à capacidade de auto-determinação e às condições igualitárias dos mesmos.

Como se percebe, é impossível estabelecer-se uma regra acerca do instituto da capacidade de fato que, ao ser generalizada, seja passível de aplicação perfeitamente adequada a absolutamente todas as situações pontuais e individuais. Nada obstante, tal não deve significar a impossibilidade de o direito adotar (como o faz no Código Civil) o instituto da incapacidade de fato em decorrência de idade. Os conhecimentos empíricos de probabilidade obtidos pela observação diária do mundo dos fatos devem ser utilizados pelo Direito Civil. Por mais que indivíduos menores de dezesseis anos possam em situações pontuais e individuais realizar escolhas voluntárias que correspondam perfeitamente a suas opções autônomas (caso em que impor a tais indivíduos o instituto da incapacidade de fato representa violação à autonomia individual e às condições igualitárias), entende-se que geralmente tais indivíduos manifestam vontade não perfeitamente correspondente a suas autonomias (caso em que justamente a inexistência do instituto da incapacidade de fato representaria falta de tutela à autonomia individual e às condições igualitárias).

A presente tese defende que com o instituto da regulação destinada ao combate de ações irracionais em heurística possa acontecer algo semelhante. Por mais que seja impossível estabelecer-se uma previsão acerca do arrependimento futuro pelos agentes em relação às escolhas voluntárias que adotaram no passado e que seja passível de generalização a absolutamente todos os casos pontuais e individuais, tal não significa que nenhuma regulação estatal possa ser adotada com o intuito de restringir as escolhas voluntárias dos agentes com vistas a proteger a real autonomia e condições igualitárias dos mesmos. Podem ser utilizados

os conhecimentos fáticos disponíveis a partir da reiterada observação diária da realidade no que diz respeito à probabilidade de determinadas escolhas voluntárias dos agentes serem futuramente objeto de arrependimento expresso por parte destes mesmos indivíduos.

Tratando-se de situação em que agentes realizem escolhas voluntárias que, segundo os conhecimentos empíricos desenvolvidos, possuem grande probabilidade de serem objeto de arrependimento futuro por parte desses mesmos indivíduos (abrindo espaço para questionar-se a identificação da manifestação voluntária dos agentes com suas opções autônomas), ainda que pontual e individualmente exista uma minoria de agentes que não venham a se arrepender das escolhas realizadas (havendo identidade entre a manifestação voluntária de tais agentes e suas opções autônomas), a adoção de regulação estatal destinada a restringir a manifestação de vontade dos indivíduos tende a se apresentar, no somatório geral dos casos, como grande instrumento protetor da autonomia, da capacidade de auto-determinação e das condições igualitárias dos agentes regulados. Nestes casos, sabendo-se que as escolhas voluntárias realizadas pelos agentes provavelmente serão objeto de futuro arrependimento bem como que a manifestação de vontade dos agentes provavelmente não corresponde a suas opções realmente autônomas, a omissão regulatória estatal poderia significar, para a maioria das pessoas, uma falta de tutela e de proteção à autonomia, à capacidade de auto-determinação e às condições igualitárias de liberdade e de dignidade.

Em sentido diametralmente oposto, tratando-se de situação em que agentes realizem escolhas voluntárias que, segundo os conhecimentos empíricos desenvolvidos, possuem grande probabilidade de serem mantidas (havendo provável identidade entre a manifestação voluntária dos agentes e suas opções autônomas), ainda que pontual e individualmente exista uma minoria de agentes que venha a futuramente se arrepender das escolhas realizadas (abrindo espaço para questionar-se a identificação da manifestação voluntária de tais agentes com suas opções autônomas), a adoção de regulação estatal destinada a restringir a manifestação de vontade dos indivíduos tende a se apresentar, no somatório geral dos casos, como perigoso instrumento violador da autonomia, da capacidade de auto-determinação e das condições igualitárias dos agentes regulados. Nestes casos, sabendo-se que as escolhas voluntárias realizadas pelos agentes provavelmente serão mantidas bem como que a manifestação de vontade dos agentes provavelmente corresponde a suas opções realmente autônomas, a omissão regulatória estatal significaria, para a maioria das pessoas, o verdadeiro respeito à autonomia, à capacidade de auto-determinação e às condições igualitárias de liberdade e de dignidade.

Como, porém, saber distinguir qual das duas distintas situações se encontra presente nos diversos cenários concretos? Como saber quando se está diante de escolhas voluntárias dos agentes que provavelmente serão objeto de arrependimento e quando se está diante de escolhas voluntárias dos agentes que provavelmente serão mantidas? Precisamente neste ponto os conhecimentos desenvolvidos pela economia comportamental podem ajudar bastante. Os institutos econômicos das ações irracionais em heurística bem como dos fatores fáticos que freqüentemente ensejam a tomada de ações irracionais em heurística pelos agentes podem ser úteis como indícios de forte probabilidade de futuro arrependimento pelos agentes em relação às escolhas voluntárias que adotaram no passado.

É evidente que, no mundo dos fatos, pessoas podem futuramente se arrepender (ou não se arrepender) de escolhas que realizaram no passado em virtude dos mais diversos fatores (ou simplesmente sem qualquer explicação *at all*). Mesmo que não se esteja diante de nenhum dos fatores fáticos apontados pela economia comportamental como geralmente capazes de ensejar a adoção de ações irracionais em heurística pelos agentes, pode-se presenciar o arrependimento de um indivíduo em relação a escolha que havia realizado no passado. As pessoas se arrependem inclusive de escolhas passadas que foram perfeitamente racionais. Da mesma forma, pode-se estar diante de inúmeros dos fatores fáticos apontados pela economia comportamental como geralmente capazes de ensejar a adoção de ações irracionais em heurística pelos agentes, porém, ainda assim, não haver qualquer arrependimento futuro.

Nada obstante, não se pode ignorar a utilidade dos conhecimentos desenvolvidos pela economia comportamental na seara. Por mais que não se esteja diante de ciência exata capaz de fornecer previsão futura infalível, quando presentes os fatores fáticos apontados pela economia comportamental como geralmente capazes de ensejar a adoção de ações irracionais em heurística, existe certamente uma probabilidade maior de haver arrependimentos futuros por parte dos agentes em relação a escolhas voluntárias que adotaram no passado. Não há dúvidas de que, quando presentes fatores fáticos tais como o otimismo na avaliação de risco próprio, a utilização de exemplos trágicos da memória recente para fins de projeção de riscos futuros, a inércia e os comportamentos default, os efeitos diferidos no tempo e os efeitos viciantes, existe uma probabilidade muito maior de os agentes futuramente manifestarem arrependimento em relação a escolhas voluntárias que realizaram no passado.

Neste momento, porém, é importante destacar que a constatação em um caso concreto de alta probabilidade de arrependimento futuro dos agentes em relação a escolhas que tenham realizado no passado não deve ser, de forma nenhuma, considerada *tout court* como sinônimo

de estar-se diante de situação em que a manifestação de vontade dos indivíduos necessariamente não corresponde ao exercício da real e consistente autonomia dos mesmos. Foi exposto acima ser um fato empírico o de que as pessoas muitas vezes, após transcorrido certo tempo, se arrependem das escolhas que realizaram no passado. Mais que isto, foi levantado que o fato empírico de que as pessoas freqüentemente se arrependem de escolhas que tomaram no passado pode ser um indício de que as manifestações de vontade, ainda que expressas e inequívocas, podem muitas vezes não coincidir com a real e consistente autonomia dos indivíduos.

Ocorre, entretanto, que não basta a simplória verificação de um arrependimento qualquer de um indivíduo em relação a escolha sua passada para que se possa taxativamente afirmar que a manifestação de vontade do agente, ainda que expressa e inequívoca, não correspondia à sua real e efetiva autonomia. Muito além disto, evidentemente não basta a simplória verificação de um arrependimento qualquer de um indivíduo em relação a escolha sua passada para que se afirme que o Poder Público deveria ter estabelecido regulação estatal destinada a restringir a escolha voluntária do agente com o intuito de proteger as reais e consistentes autonomia e capacidade de auto-determinação do mesmo.

O fato de que as pessoas muitas vezes se arrependem de escolhas e decisões que tomaram voluntariamente no passado não pode ensejar banalização ao ponto de afirmar-se que toda e qualquer escolha realizada no passado e que tenha sido objeto de arrependimento futuro foi tomada de forma não autônoma e que deveria ter sido combatida pelo Poder Público através de regulação estatal. Justamente pelo contrário, a imensa maioria das decisões que são objeto de arrependimento futuro foram adotadas no passado de forma perfeitamente autônoma, não procedendo qualquer argumentação no sentido de que as mesmas deveriam ter sofrido restrição estatal pela via da regulação.

Na verdade, o fato de os indivíduos deverem suportar no futuro os efeitos de escolhas passadas das quais tenham se arrependido, via de regra, em absolutamente nada viola a autonomia de tais agentes. Pelo contrário, a obrigatoriedade de os indivíduos suportarem os efeitos decorrentes de escolhas passadas das quais tenham se arrependido não deixa de ser uma faceta precisamente de implementação do conceito de autonomia. A saber, se, por um lado, os indivíduos devem ser autônomos para escolher livremente condutas que digam respeito tão somente a suas próprias vidas particulares, por outro, também decorre da mesma autonomia individual a obrigatoriedade de tais indivíduos suportarem as conseqüências decorrentes das opções que eles próprios realizaram.

Neste sentido, por mais que a verificação de uma situação fática em que se saiba (devido aos conhecimentos desenvolvidos a partir da diuturna observação empírica) existir alta probabilidade de futuro arrependimento sirva como indício de possivelmente estar-se diante de manifestação de vontade que não corresponde à real e efetiva autonomia do agente, não é todo e qualquer arrependimento que se presta a confirmar a veracidade de tal indício. No entender da presente tese, tão somente os arrependimentos decorrentes da verificação da total ou quase completa irracionalidade quando da tomada de decisão poderão ser compreendidos como aqueles arrependimentos que denotam que a manifestação de vontade dos indivíduos não correspondia ao exercício da real e consistente da autonomia dos mesmos. Explica-se.

Foi afirmado anteriormente que, ainda que um indivíduo realize uma escolha não completamente racional, sendo influenciado por fatores outros que não uma razão pura e utópica, pode-se estar perfeitamente diante de opção autônoma. O fato de as escolhas diurnas dos indivíduos serem frequentemente influenciadas preponderantemente por fatores psicológicos, emocionais, religiosos, sociais, morais e culturais não significa em absoluto que tais opções devam necessariamente ser consideradas não autônomas. O conceito de autonomia, foi destacado, não deve ser sinônimo do de racionalidade.

Ocorre, entretanto, que um grau mínimo de racionalidade parece ser condição necessária para que se possa falar na realização de uma escolha individual autônoma. Ainda que uma escolha não precise decorrer única e exclusivamente de uma razão pura para ser considerada exercício da autonomia individual, podendo uma opção autônoma decorrer preponderantemente de outros fatores não racionais, existe um nível mínimo de racionalidade abaixo do qual excepcionalmente não se pode falar na existência de qualquer opção autônoma por parte dos agentes.

Neste ponto, deve-se destacar que a presença ou não de racionalidade quando da tomada de decisões pelos agentes não é uma questão que se submeta à lógica bipartida do “tudo ou nada”. Pelo contrário, a verificação de racionalidade quando da tomada das escolhas e opções individuais consiste em uma questão de grau. Na imensa maioria das vezes, os indivíduos adotam condutas por influência simultaneamente da razão bem como de outros fatores não racionais. Por um lado, como bem destacam os adeptos da economia comportamental<sup>268</sup> ao criticarem a doutrina da *Rational Choice Theory*<sup>269</sup>, é muito difícil

---

<sup>268</sup> Acerca das premissas principais da *behavioral economics*, v. KAHNEMAN, Daniel & TVERSKY, Amos. “Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk”. In *Econometrica*. 47 (2). Pp. 263-291. 1979. V. tb. KAHNEMAN, Daniel & TVERSKY, Amos. “Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases”. In *Science*.



vislumbrar-se situação em que um indivíduo realize escolha baseada única e exclusivamente em uma utópica razão pura, sem absolutamente nenhuma influência de fatores psicológicos, emocionais, culturais, religiosos, sociais e morais. Por outro lado, porém, as críticas da economia comportamental não podem ser levadas ao extremo oposto, igualmente equivocado, em que seja afirmado que os homens geralmente agem de forma completamente irracional, não guiados por seus pensamentos racionais.

Enfim, na esmagadora maioria das vezes, os indivíduos realizam escolhas influenciadas simultaneamente por fatores racionais e não racionais. O fato de elementos não racionais influenciarem (até mesmo de forma preponderante em relação ao fator racional) a adoção de determinadas escolhas, desde que atendido um grau mínimo de racionalidade, não faz com que tais opções devam passar a ser consideradas como não autônomas.

Em alguns casos extremamente excepcionais, entretanto, mais do que os fatores não racionais exercerem influência preponderante no processo de tomada de decisões individuais, pode-se estar diante de situação em que não se encontre presente nem mesmo um grau mínimo de racionalidade. Neste cenário de caráter absolutamente excepcional, tendo a tomada de escolhas dos agentes sido influenciada única e exclusivamente por fatores não racionais, não respeitado nem mesmo um grau mínimo de racionalidade, a manifestação expressa de vontade dos agentes não corresponderá ao exercício da efetiva e consistente autonomia destes mesmos indivíduos.

Mas como saber distinguir, afinal, entre os diversos casos concretos, quais as situações em que a tomada de decisão pelos agentes não respeitou nem mesmo um grau mínimo de racionalidade? É impossível o oferecimento de qualquer resposta para esta pergunta que possa ser aplicável de forma generalizada infalível a absolutamente todo e qualquer caso. Qualquer resposta que seja oferecida com a pretensão de aplicação geral necessariamente apresentará falhas quando de algumas aplicações pontuais e individuais. Por mais que todos os indícios fáticos inerentes a determinada situação concreta apontem para a verificação de tomada de decisão completamente irracional por um agente, aquele indivíduo específico pode eventualmente ter tomado aquela decisão de forma racional. Certeza absoluta acerca de um

---

Vol 185. N. 4157. 1974. V. tb. SLOVIC, Paul. "Do adolescent Smokers Know the Risks?". In *Duke Law Journal*. Vol. 47, n. 6. 1998. V. tb. WEINSTEIN, Neil D.. "Optimistic Biases About Personal Risks". In *Science*. 246.4935. 1989. V. tb. BANERJEE, Abhijit V.. "A Simple Model of Herd Behavior". In *The Quarterly Journal of Economics*. 107 (3). 1992. V. tb. MADRIAN, Brigitte C. & SHEA, Dennis F.. "The Power of Suggestion: Inertia in 401 (k) Participation and Savings Behavior". In *The Quarterly Journal of Economics*. 116 (4). 2001. V. tb. SHANE, Frederick. "Time Discounting and Time Preference: A Critical Review". In *Journal of Economic Literature*. V. 40. N. 2. 2002.

<sup>269</sup> Acerca da *Rational Choice Theory-RCT*, v. Capítulo I.3.2 *supra*.

agente ter manifestado vontade irracional somente poderia ser obtida caso fosse possível invadir-se o interior da própria mente do sujeito. A solução é trabalhar com os indícios de probabilidade de haver maior ou menor racionalidade a partir dos conhecimentos desenvolvidos com base nas observações diárias dos comportamentos humanos no mundo dos fatos.

As inúmeras peculiaridades fáticas apontadas pela economia comportamental como capazes de frequentemente ensejar a adoção de ações irracionais em heurística pelos agentes econômicos devem ser entendidas como *standards* sujeitos a diferentes gradações. Neste sentido, quão maior a intensidade em que se apresente a peculiaridade fática apontada pela economia comportamental como frequentemente capaz de ensejar a adoção de ação irracional em heurística pelos agentes, maiores os indícios de estar-se diante de manifestação de vontade que não corresponde ao exercício da real e consistente autonomia de tais indivíduos.

O otimismo dos indivíduos em algumas situações no que diz respeito à avaliação dos próprios riscos de sofrer algum dano é um dos elementos fáticos apontados pela economia comportamental como frequentemente capaz de ensejar a tomada de ações irracionais em heurística pelos agentes econômicos<sup>270</sup>. Ocorre que as pessoas não são simplesmente otimistas, realistas ou pessimistas em uma classificação tripartite estática. A depender das situações, as pessoas podem manifestar maior ou menor intensidade de otimismo. Desta forma, quão mais intensa a presença de otimismo que se afaste da análise realista da situação, maiores os indícios de haver irracionalidade no caso.

Outro elemento fático apontado pela economia comportamental como frequentemente capaz de ensejar a tomada de ações irracionais em heurística pelos agentes econômicos é a utilização de eventos trágicos guardados na memória recente para fins de realização de prognósticos futuros<sup>271</sup>. A intensidade da tragédia passada bem como de sua repercussão nos meios sociais e midiáticos, da mesma forma, também pode apresentar diversos graus. Quão mais forte a intensidade de tais eventos passados nas memórias das pessoas, maiores os indícios de haver irracionalidade no caso.

O mesmo ocorre com o fator inércia ou comportamento default<sup>272</sup>. Quão maior a força da inércia, tratando-se de postura inúmeras vezes reiteradas no passado e cuja alteração seja mais trabalhosa, maiores os indícios de haver irracionalidade no caso.

---

<sup>270</sup> WEINSTEIN, Neil D.. “Optimistic Biases About Personal Risks”. In *Science*. 246.4935. 1989.

<sup>271</sup> KAHNEMAN, Daniel & TVERSKY, Amos. “Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases”. In *Science*. Vol 185. N. 4157. 1974.

<sup>272</sup> MADRIAN, Brigitte C. & SHEA, Dennis F.. “The Power of Suggestion: Inertia in 401 (k) Participation and Savings Behavior”. In *The Quarterly Journal of Economics*. 116 (4). 2001.

O comportamento de manada também não foge à regra<sup>273</sup>. Em diferentes situações, os indivíduos podem ser influenciados com maior ou menor intensidade pelo comportamento dos demais membros do grupo social, havendo maiores ou menores indícios de irracionalidade.

Ainda elemento fático apontado pela economia comportamental como frequentemente capaz de ensejar a adoção de comportamentos irracionais em heurística diz respeito às escolhas cujas conseqüências envolvam efeitos diferidos no tempo<sup>274</sup>. Não é difícil perceber que este elemento fático apresenta diferentes intensidades a depender da situação. Quão mais diferidos no tempo os efeitos, sendo mais difícil que os mesmos sejam corretamente visualizados e levados a sério pelos agentes quando da tomada de decisões, maiores os indícios de irracionalidade.

Por fim, talvez o elemento cuja peculiaridade fática frequentemente enseja a tomada de ações irracionais em heurística pelos agentes econômicos e cuja presença em diferentes graus seja mais facilmente verificada é o dos efeitos viciantes inerentes a determinadas substâncias. Evidentemente, as diferentes substâncias cujos consumos geram efeitos viciantes podem provocar distintos graus de vício. Neste sentido, quão mais intensa e rapidamente possa se considerar uma pessoa viciada em relação a determinada substância, maiores os indícios de irracionalidade quando da opção voluntária de consumo da mesma.

Mas não são apenas os elementos fáticos cujas peculiaridades são frequentemente destacadas pela economia comportamental como “causa” para a adoção de ações irracionais em heurística pelos agentes econômicos que podem servir de indícios fáticos ou *standards* da presença de irracionalidade quando da manifestação de escolha voluntária por um indivíduo. No entender da presente tese, também o pólo das “conseqüências” frequentemente decorrentes das ações irracionais em heurística pode oferecer indícios fáticos ou *standards* da presença de irracionalidade quando da manifestação de escolha voluntária por um indivíduo. Explica-se.

Tanto a verificação fática de “causas” quanto a verificação fática de “conseqüências” ligadas a uma determinada espécie de escolha, ação ou conduta podem servir de indícios fáticos de que tal conduta ocorreu no mundo dos fatos. Por um lado, as “causas” fáticas de uma escolha, ação ou conduta, como se sabe, consistem nas razões ou nos elementos cuja

---

<sup>273</sup> BANERJEE, Abhijit V.. “A Simple Model of Herd Behavior”. In *The Quarterly Journal of Economics*. 107 (3). 1992.

<sup>274</sup> V. SHANE, Frederick. “Time Discounting and Time Preference: A Critical Review”. In *Journal of Economic Literature*. V. 40. N. 2. 2002. V. tb. MADRIAN, Brigitte C. & SHEA, Dennis F.. “The Power of Suggestion: Inertia in 401 (k) Participation and Savings Behavior”. In *The Quarterly Journal of Economics*. 116 (4). 2001.

verificação fática enseja a adoção futura de tal escolha, ação ou conduta. Por outro lado, as “conseqüências” fáticas de uma escolha, ação ou conduta, como igualmente se sabe, consistem nos efeitos cuja verificação fática decorre da adoção passada de tal escolha, ação ou conduta.

Ora, tanto a verificação fática das “causas” que ensejam a adoção futura de ações irracionais em heurística quanto a verificação fática das “conseqüências” decorrentes da adoção passada de ações irracionais em heurística, portanto, constituem indícios ou *standards* da ocorrência de ação irracional no caso concreto. Presenciadas faticamente as causas que geralmente ensejam a adoção de ação irracional, provavelmente haverá no caso concreto futura ação irracional. Da mesma forma, presenciadas faticamente as conseqüências que geralmente decorrem da adoção de ação irracional, provavelmente terá havido no caso concreto ação irracional.

Os elementos fáticos apontados pela economia comportamental como geralmente capazes de ensejar a adoção de ação irracional em heurística pelos agentes econômicos certamente constituem indícios de irracionalidade. Mais que isto, constituem indícios quantitativos do grau de eventual irracionalidade. Quão mais intensos tais elementos fáticos que geralmente ensejam a adoção de ações irracionais em heurística, há “indícios ou *standards* causais” de maior presença de irracionalidade.

Neste ponto, deve-se destacar que duas conseqüências fáticas geralmente decorrentes da adoção passada de ação irracional em heurística pelos agentes econômicos podem igualmente se apresentar como indícios da presença de irracionalidade. Mais que isto, prestando-se a verificação fática de tais conseqüências igualmente ao critério de grau, as mesmas se apresentam também como *standards* quantitativos do grau de eventual irracionalidade. Quão mais intensos tais elementos fáticos decorrentes geralmente da adoção de ações irracionais em heurística, há “indícios ou *standards* conseqüenciais” de maior presença de irracionalidade. Trata-se das conseqüências consubstanciadas (i) na gravidade do dano e (ii) no risco ou probabilidade de ocorrência de tal dano.

Quão maior a gravidade do dano que eventualmente possa decorrer da adoção de determinada escolha de conduta por um agente econômico, há indícios de maior presença de irracionalidade quando da realização da escolha pelo indivíduo em questão. Por outro lado, tratando-se de escolha por um agente de conduta cujo potencial dano seja irrisório, há indícios de menor irracionalidade quando da escolha realizada por tal indivíduo.

Dentro da avaliação do grau de gravidade do dano que eventualmente possa decorrer da adoção de determinada escolha de conduta por um agente econômico, um critério bastante importante que deve ser utilizado é o da reversibilidade ou irreversibilidade do dano. A saber, quão mais difícil seja reverter o dano, mais grave deve ser tal dano considerado, havendo indícios de maior irracionalidade.

À luz do *standard* oferecido pelo elemento fático consequencial do “risco ou probabilidade de ocorrência do dano”, por sua vez, quão maiores as chances de o dano ocorrer em virtude da escolha realizada pelo agente, haverá indícios de maior irracionalidade quando da escolha por tal indivíduo. A consequência “risco ou probabilidade de ocorrência do dano”, por sua vez, não se confunde com a consequência “gravidade do dano”. Por um lado, pode-se estar diante de escolha de conduta que apresente enorme risco de ocorrência de dano reversível e de pequena gravidade. Por outro lado, pode-se estar diante de escolha de conduta que apresente risco muito pequeno de ocorrência de dano irreversível e de enorme gravidade.

Por fim, apresentados tanto os elementos fáticos que constituem “indícios ou *standards* causais” de que os agentes econômicos provavelmente tenderão a adotar no futuro ação irracional em heurística quanto os elementos fáticos que constituem “indícios ou *standards* consequenciais” de que os agentes econômicos provavelmente adotaram no passado ação irracional em heurística, bem como destacado que tais indícios podem ser utilizados na avaliação do grau de irracionalidade provavelmente presente no caso, cabe ressaltar que a análise de probabilidade de maior ou menor irracionalidade deve decorrer da apreciação conjunta de todos os elementos apontados. Explica-se.

Quando da apreciação de um caso concreto específico, a utilização dos diferentes *standards* apontados pode levar a conclusões distintas acerca do grau de racionalidade provavelmente presente na manifestação de vontade realizada por um agente. Analisado o caso concreto à luz de um dos critérios, pode-se concluir haver indício da provável presença de maior irracionalidade, enquanto que, analisado este mesmo caso concreto à luz de outro dos critérios, pode-se concluir haver indício da presença de provável menor irracionalidade. Desta forma, quando da indagação acerca do grau de racionalidade provavelmente presente em determinada manifestação de vontade por um agente, não deve ser levado em consideração tão somente um dos *standards* oferecidos de forma isolada. Quando de tal indagação, devem ser levados em consideração simultaneamente todos os *standards* causais e consequenciais apontados como critérios distintivos do grau de racionalidade provavelmente

presente nas manifestações de vontade individuais. Vejam-se alguns exemplos bastante ilustrativos.

Imagine-se um indivíduo que manifesta expressamente a escolha de pular de pára-quedas. Caso, por uma infelicidade, o pára-quedas não venha a abrir ou um repentino vento traiçoeiro entre no percurso, pode ocorrer um terrível acidente. Caso ocorra tal acidente, a consequência certamente será a morte do pára-quedista, acarretando dano irreversível e de grau gravíssimo. À luz do *standard* consequencial da gravidade do dano que pode ser ocasionado pela escolha, portanto, haveria indícios de provável enorme irracionalidade quando da manifestação expressa de vontade de pular de pára-quedas.

Por outro lado, entretanto, a aplicação de outro *standard* consequencial aponta para indício de provável perfeita racionalidade. Pelo critério do risco ou probabilidade de ocorrência do dano, embora, caso a tragédia venha a acontecer, o dano seja de natureza irreversível e bastante grave (a morte), as chances de ocorrência de tal tragédia são muito pequenas, não apontando para qualquer indício de provável irracionalidade por parte do pára-quedista.

Esta seria exatamente a mesma análise de outros exemplos como pular de asa-delta, pular de *bungee jump*, voar de balão ou mesmo de avião. Em todas estas escolhas de conduta, caso uma tragédia venha a ocorrer, o dano acarretado será irreversível e de natureza gravíssima (provavelmente a morte ou, no mínimo, seqüelas permanentes muito severas de saúde). À luz do critério consequencial da gravidade do dano, haveria indícios de provável enorme irracionalidade. Evidentemente, porém, quem escolhe voar de avião não realiza manifestação de vontade irracional. A explicação para tanto se encontra na impossibilidade de análise isolada do critério consequencial da gravidade do dano. À luz do critério consequencial do risco ou probabilidade de ocorrência do dano, as chances de tais tragédias acontecerem são bastante reduzidas, não havendo, portanto, qualquer indício de provável irracionalidade quando da manifestação das escolhas mencionadas.

Imagine-se agora que um indivíduo manifeste expressamente a escolha de morrer. Caso possua condições físicas de fazê-lo sozinho, o indivíduo simplesmente pretende pular da janela ou dar um tiro na própria cabeça em suicídio. Caso não possua condições físicas para tanto (estando, por exemplo, tetraplégico em uma cama de hospital), solicita que outra pessoa auxilie seu suicídio (por exemplo, levando veneno a sua boca para que possa beber e se suicidar) ou pratique eutanásia (por exemplo, injetando em suas veias substância que leve à morte). À luz do *standard* consequencial da gravidade do dano que pode ser ocasionado pela

escolha (morte), haveria indícios de provável enorme irracionalidade quando da manifestação expressa de vontade.

Mais que isto, diferentemente dos exemplos da escolha de pular de pára-quedas, de asa-delta, de *bungee jump*, voar de avião ou de balão, no caso da escolha de cometer suicídio, de solicitar assistência ao suicídio ou de solicitar eutanásia, também o critério consequencial do risco ou probabilidade do dano aponta para indícios de provável grande irracionalidade. Sendo bastante provável que, ao pular da janela ou dar um tiro na cabeça, o dano de natureza irreversível e gravíssima morte irá ocorrer, maiores os indícios de provável irracionalidade também por este *standard* consequencial. Desta forma, embora tanto a escolha de pular de pára-quedas quanto a escolha de solicitar eutanásia envolvam possivelmente o mesmo dano com igual irreversibilidade e gravidade (morte), em decorrência de uma análise mais completa que leve em consideração também outro *standard* consequencial (do risco ou probabilidade de ocorrência do dano), certamente pode-se afirmar haver indícios de maior provável irracionalidade quando da última das duas escolhas mencionadas.

O fato de a manifestação da escolha de cometer suicídio (ou de solicitar assistência ao suicídio ou de solicitar eutanásia), em decorrência dos dois critérios consequenciais analisados, já apresentar indícios de provável maior irracionalidade que a manifestação de escolha de pular de pára-quedas ou de andar de avião não significa que tais escolhas sejam necessariamente fruto de manifestação de vontade completamente irracional. Há ainda outros critérios a serem analisados para fins de uma aferição mais completa e que forneça indícios mais seguros acerca da probabilidade de haver maior ou menor irracionalidade quando da manifestação de vontade pelos agentes.

À luz do critério causal dos efeitos diferidos no tempo, a manifestação de escolha de cometer suicídio (ou de solicitar assistência ao suicídio ou de solicitar eutanásia) pode apresentar indícios de provável perfeita racionalidade. A saber, ao escolher dar um tiro na própria cabeça ou beber veneno levado à sua boca ou ver substância mortífera ser injetada em suas veias, o indivíduo visualiza de forma muito clara os efeitos da escolha que realiza, eis que sua morte será praticamente instantânea.

À luz única e exclusivamente do critério causal dos efeitos diferidos no tempo, uma escolha de um profissional liberal por não realizar qualquer plano de previdência certamente apresenta indícios de provável irracionalidade maiores do que a escolha de um indivíduo de se suicidar dando um tiro na própria cabeça. A saber, enquanto um indivíduo visualiza muito claramente (e, portanto, considera com muita seriedade) os efeitos imediatos de dar um tiro na

própria cabeça, um indivíduo tende a não visualizar muito claramente (e, portanto, não considerar com muita seriedade) os efeitos apenas futuros decorrentes de não contribuir para uma previdência.

Por outro lado, porém, através da aplicação tanto do critério consequencial da gravidade do dano quanto do critério consequencial do risco de ocorrência do dano, haveria indícios de provável maior irracionalidade quando da escolha de suicídio do que quando da escolha de não realização de uma previdência. A ocorrência do dano morte é certa quando da conduta suicídio. Ademais, trata-se de dano de natureza irreversível e gravíssima. Já no caso da conduta de não contribuição, não necessariamente a falta de uma previdência significará a ausência completa de recursos no futuro. O indivíduo pode mesmo optar por continuar trabalhando. Além disto, ainda que o dano da falta de recursos ocorra, o mesmo é certamente mais reversível e menos grave que o dano morte.

Com o intuito de deixar claro o ponto, comparem-se mais dois últimos exemplos: o da escolha de consumir *junk food* e o da escolha de consumir uma droga considerada pesada como o *crack*. Ambos os casos mencionados envolvem escolhas pelo consumo de determinadas substâncias que apresentam indícios de provável existência de algum grau de irracionalidade. Nada obstante, a aplicação conjunta dos diversos *standards* causais e consequenciais apresentados deixa claro haver indícios muito maiores de provável irracionalidade no caso da escolha pelo consumo de *crack* do que no caso da escolha pelo consumo de *junk food*. Tais prováveis distintos graus de irracionalidade apontados pelos *standards* podem se apresentar como a justificativa jurídico-moral para entender-se que, no caso do consumo de *junk food*, ainda que haja indícios da provável existência de algum grau de irracionalidade, trata-se provavelmente de escolha preponderantemente autônoma, enquanto que, no caso do consumo de *crack*, tamanha é a preponderância da provável irracionalidade que trata-se provavelmente de escolha voluntária completamente distinta do exercício da real e consistente da autonomia do próprio indivíduo que a manifestou.

Pelo critério consequencial da gravidade do dano, a escolha de consumir *junk food* certamente pode provocar danos de natureza mais ou menos grave. Pode o dano decorrente do consumo consistir em um simples problema estético de obesidade, sem maiores gravidades. Pode o dano decorrente do consumo consistir em problemas de saúde de natureza grave, como o desenvolvimento de diabetes, perda de capacidade física e hipertensão. Por fim, pode o dano decorrente do consumo consistir mesmo na morte do consumidor. Por outro lado, enquanto o indivíduo opta por consumir *junk food* durante anos, a possibilidade de reversão dos danos



permanece sempre aberta, bastando que o agente interrompa o consumo. Desta forma, talvez o grau de gravidade do dano provocado pelo consumo de *junk food* possa ser considerado médio ou razoável.

No que diz respeito ao critério consequencial da probabilidade de ocorrência do dano, a mesma parece se encontrar igualmente em um patamar razoável. Não há dúvidas de que o consumo de *junk food* estatisticamente aumenta em muito as chances de desenvolvimento de doenças e mesmo de morte. Nada obstante, trata-se muitas vezes de apenas mais um entre diversos outros fatores que apenas aumentam as chances de desenvolvimento de determinado problema de saúde, não sendo o único fator responsável pelos danos em nexo de causalidade direto. Caso um indivíduo não tenha histórico familiar, não fume, pratique esportes regularmente e não se estresse, pode nunca ter um problema de saúde ainda que consuma muita *junk food*.

Outro fator que toca o consumo de *junk food* diz respeito ao critério causal da existência de efeitos viciantes. Atualmente já há alguns estudos que alertam para o fato de que o consumo reiterado e diuturno de *junk food* gera um certo grau de dependência<sup>275</sup>. De fato, inúmeras pessoas possuem enorme dificuldade para interromper o consumo de tais produtos. Nada obstante, certamente o grau de dependência gerado pela *junk food* não pode ser comparado àquele inerente ao consumo de outras drogas entorpecentes. Neste sentido, poder-se-ia considerar que, à luz do critério causal em tela, o consumo de *junk food* provoca um efeito viciante pequeno, apresentando indícios de provável pouca irracionalidade.

Certamente, porém, o principal fator capaz de apresentar indícios de provável maior irracionalidade quando da escolha de consumir *junk food* diz respeito ao critério causal da existência de efeitos diferidos no tempo. A saber, embora os benefícios do consumo de *junk food* (o prazer do gosto) sejam instantâneos, os custos decorrentes de tal consumo (danos à saúde) serão suportados apenas em futuro remoto por se encontrarem diferidos no tempo. Desta forma, o consumidor de *junk food* tende a não analisar corretamente a relação de custos/benefícios inerente à escolha que irá realizar em virtude de não levar a sério os custos diferidos no tempo.

---

<sup>275</sup> Não se pretende aqui afirmar que *junk food* e refrigerantes constituem ou não constituem substâncias em algum grau viciantes ou aditivas em termos químicos, mesmo porque o autor da presente tese não possui conhecimentos técnicos para tanto. Há, entretanto, estudos neste sentido, afirmando que o consumo de *junk food* produz sim efeitos viciantes em um sentido químico-biológico. V. <http://veja.abril.com.br/noticia/saude/junk-food-pode-ser-tao-viciante-quanto-heroina>.

De qualquer forma, não é este o ponto. Ainda que possua natureza psicológica, é fato que o consumo reiterado de *junk food* e de refrigerantes apresenta um efeito viciante e aditivo. Quando consumidos tais produtos com frequência e de forma reiterada e ininterrupta, a vontade de consumi-los aumenta, sendo difícil optar por não consumir os mesmos.

Embora também diga respeito a escolha referente ao consumo de uma substância, o caso do *crack* é evidentemente muito pior quando da aplicação dos *standards* causais e consequenciais. À luz do critério consequencial da gravidade do dano, os efeitos gerados pelo consumo de tal droga são destrutivos, acarretando quase que invariavelmente a morte ou seqüelas irreversíveis sobre a saúde. Há, portanto, indícios de provável alto grau de irracionalidade quando da escolha por um indivíduo de consumir tal droga.

No mesmo sentido aponta o critério consequencial da probabilidade de ocorrência do dano. Como se sabe, trata-se de droga cujo consumo apresenta nexos de causalidade direto com a ocorrência dos danos apontados. Infelizmente, a imensa maioria dos consumidores de *crack* invariavelmente sofrerão os graves danos mencionados. Reiteram-se, portanto, os indícios de provável alto grau de irracionalidade quando da escolha por um indivíduo de consumir tal droga.

Por fim, também o *standard* causal dos efeitos viciantes aponta, no caso do consumo do *crack*, para indícios de provável alto grau de irracionalidade. Inegável que trata-se de substância cujos efeitos viciantes apresentam uma intensidade extremamente elevada, sendo bastante provável que um agente, ao manifestar voluntariamente a escolha de consumo, esteja adotando tal conduta unicamente em decorrência de vício, não do exercício de sua real e consistente autonomia.

Enfim, cada um dos critérios causais e consequenciais apresentados pode servir de *standard* no descobrimento de indícios do grau de racionalidade ou irracionalidade provavelmente inerente à manifestação de vontade pelos agentes econômicos quando da realização de escolhas. Quando da aferição do grau de racionalidade provavelmente inerente à manifestação de vontade pelos agentes econômicos, não deve ser apreciado tão somente um dos critérios causais ou consequenciais apresentados de forma isolada. Pelo contrário, quando da aferição do grau de racionalidade provavelmente inerente à manifestação de vontade pelos agentes econômicos, devem ser utilizados simultaneamente e em conjunto todos os critérios causais e consequenciais expostos e que sejam potencialmente aplicáveis à situação concreta.

Desenvolvidos a partir das observações empíricas diuturnas realizadas, tais *standards* podem servir de indícios do provável grau de irracionalidade ou racionalidade inerente à manifestação de vontade pelos agentes econômicos. Sempre, porém, tais indícios serão aplicados de forma geral através da utilização de uma lógica de probabilidade, sendo certo que em alguns casos pontuais e individuais haverá erro de diagnóstico quanto ao grau de

racionalidade e autonomia inerente à manifestação de vontade de um indivíduo em um caso concreto específico.

Eis a releitura jurídico-moral que pode ser feita em caráter absolutamente excepcional do instituto econômico das “ações irracionais em heurística” à luz do liberalismo-republicano. Apenas em situações excepcionais, quando a aplicação do conjunto de *standards* causais e consequenciais apresentados indique a existência de indícios de provável imenso grau de irracionalidade na manifestação de vontade pelos agentes econômicos, poder-se-á entender que tais escolhas não correspondem ao exercício da real e consistente autonomia destes mesmos indivíduos. Neste cenário, forçoso o reconhecimento também de que tais indivíduos não possuem as condições igualitárias mínimas de liberdade e de dignidade.

Quando a aplicação do conjunto de *standards* apresentados indicar a existência de indícios de que provavelmente a manifestação de vontade pelos agentes econômicos não respeitou nem mesmo um patamar mínimo de racionalidade, poder-se-á entender que houve ação irracional em heurística no sentido jurídico-moral de que tais escolhas não correspondem à autonomia dos indivíduos que as realizaram, não possuindo os mesmos as condições igualitárias mínimas de liberdade e de dignidade. Legitimada, portanto, nestes casos absolutamente excepcionais, a regulação estatal restritiva da manifestação de vontade dos agentes, ainda que suas escolhas não afetem direitos de terceiros, com o intuito de proteger a própria autonomia e as condições igualitárias de liberdade e de dignidade destes mesmos indivíduos regulados.

## **2.7. A legitimação jurídico-moral da regulação estatal ainda com base no pilar liberal-igualitário. O valor fundamental igualitário a justificar a legitimação jurídico-moral da regulação estatal além dos casos de “falhas de mercado” bem como além dos casos em que apontada suposta “irracionalidade” pela economia comportamental**

No anterior Capítulo II.6, acabou-se de deixar claro que uma das primeiras constatações, quando da aferição das regulações estatais que buscam legitimação jurídico-moral perante o pilar liberal-igualitário do liberalismo-republicano, é a de que os institutos econômicos das falhas de mercado e das ações irracionais em heurística, utilizados pela ciência econômica como razões a justificar as regulações estatais sob um viés econômico,

podem ser objeto de releitura jurídico-moral à luz do liberalismo-republicano. Desta forma, defendeu-se que tanto as regulações estatais destinadas a combater a existência de falhas de mercado quanto aquelas destinadas a combater a existência de ações irracionais em heurística podem encontrar legitimação jurídico-moral no pilar liberal-igualitário do liberalismo-republicano por implementarem a autonomia privada, as condições igualitárias de liberdade, a dignidade humana ou o Estado de Direito.

No presente Capítulo II.7, entretanto, é necessário deixar consignado que, embora as regulações estatais destinadas ao combate de falhas de mercado ou ao combate de ações irracionais em heurística encontrem legitimação jurídico-moral no pilar liberal-igualitário muitas vezes especificamente na implementação das condições igualitárias de liberdade e de dignidade, tal não significa que o valor fundamental igualitário ensejará a legitimação jurídico-moral tão somente de regulações estatais destinadas ao combate de falhas de mercado ou de ações irracionais em heurística. As regulações estatais destinadas ao combate de falhas de mercado ou ao combate de ações irracionais em heurística não esgotam todo o potencial de legitimação jurídico-moral conferido pelo valor igualitário às regulações estatais. Pelo contrário, outras regulações estatais, ainda que não destinadas ao combate de falhas de mercado ou ao combate de ações irracionais em heurística, podem encontrar legitimação jurídico-moral perante o pilar liberal-igualitário do liberalismo-republicano por força de implementarem o valor fundamental igualitário.

Trata-se dos casos em que, ainda que não presenciada qualquer falha de mercado ou ação irracional em heurística quando do atuar livre dos agentes econômicos no mercado, a regulação estatal seja utilizada pelo Poder Público com o intuito de reduzir desigualdades bem como de implementar condições igualitárias necessárias ao próprio exercício de liberdade e à manutenção do mínimo existencial de dignidade humana, imposição moral pré-política e metapositiva de justiça inerente ao liberalismo-igualitário.

Como se sabe e conforme já exposto anteriormente na tese<sup>276</sup>, dentro do gênero do liberalismo, o principal fator de distinção entre as espécies do libertarianismo e do liberalismo-igualitário consiste precisamente no papel exercido pelo valor igualdade em cada uma de tais correntes de filosofia político-moral. Enquanto os libertários<sup>277</sup> defendem uma teoria da justiça e princípios morais assentados unicamente sobre o valor fundamental

---

<sup>276</sup> V. Capítulo II.3 *supra*.

<sup>277</sup> V. NOZICK, Robert. *Anarchy, State, and Utopia*. Basic Books. 1974. V. Tb. HAYEK, Friedrich A.. *Law, Legislation and Liberty. A new statement of the liberal principles of justice and political economy*. V. I *Rules and Order*. Chicago: The University of Chicago Press. 1973.

“liberdade”, os liberais-igualitários<sup>278</sup> oferecem uma teoria da justiça e princípios morais sensíveis também, em alguma medida<sup>279</sup>, ao valor fundamental “igualdade”.

Neste ponto, à luz do liberalismo-igualitário, determinadas condições materiais sociais mínimas de igualdade são consideradas parte integrante da teoria da justiça bem como dos princípios morais metapositivos de caráter pré-político. Para o liberalismo-igualitário, independentemente de qualquer deliberação política em uma sociedade específica, a necessidade de implementação de condições materiais de igualdades mínimas, quando estas se façam necessárias à manutenção da dignidade humana e da própria possibilidade de exercício da autonomia privada pelos indivíduos<sup>280</sup>, apresenta natureza moral jusfundamental. Ou seja, as “condições igualitárias”, exigências que são do “mínimo existencial”, da dignidade da pessoa humana, e mesmo da própria possibilidade de pleno exercício da autonomia, devem ser consideradas imposições jurídico-morais do pilar do liberalismo-igualitário.

Neste sentido, ainda que não se esteja diante de falha de mercado ou de ação irracional em heurística, as regulações estatais podem encontrar legitimação jurídico-moral no pilar liberal-igualitário do liberalismo-republicano quando as mesmas tenham por objetivo implementar as condições igualitárias mínimas necessárias à garantia do mínimo existencial, da dignidade da pessoa humana e da própria possibilidade de exercício da autonomia privada pelos indivíduos.

Dentro das condições materiais igualitárias inerentes à garantia da autonomia, do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana, incluem-se, entre outras exigências, o direito a uma renda mínima, a uma alimentação básica, a uma moradia digna bem como a prestações razoáveis de serviços de saúde e de educação. Desta forma, inúmeros são os exemplos que poderiam ser citados de regulações estatais que, embora não destinadas ao combate de falhas de mercado ou ao combate de ações irracionais em heurística, podem encontrar legitimação jurídico-moral no pilar liberal-igualitário do liberalismo-republicano ao implementar condições igualitárias inerentes à garantia do mínimo existencial, da dignidade da pessoa humana, e mesmo da própria possibilidade de exercício da autonomia privada individual.

---

<sup>278</sup> V. RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes. 2002; v. tb. DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana. A teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes. 2005.

<sup>279</sup> Não se trata simplesmente de consagrar ou não o valor igualdade *at all*. As diferentes teorias de justiça e princípios morais oferecidos pelos diversos autores consagram graus distintos de busca a tal valor, sendo mais ou menos igualitárias. V. GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça depois de Rawls. Um breve manual de filosofia política*. São Paulo: Martins Fontes. 2008.

<sup>280</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar. 2009.

Um bom exemplo de regulação estatal destinada à garantia do direito a uma renda mínima digna aos indivíduos, implementando condições básicas de igualdade impostas pelos princípios morais do liberalismo-igualitário, é o da faixa de isenção do imposto de renda. Na declaração de 2013, por exemplo, foi considerado isento do imposto de renda o contribuinte pessoa física que tenha recebido em 2012 menos de R\$ 24.556,65<sup>281</sup>.

Em outra seara, exemplo de regulação estatal cujo objetivo é nitidamente garantir o direito a uma alimentação básica dos indivíduos, novamente implementando condições de igualdade impostas pelos princípios morais do liberalismo-igualitário, consiste nas isenções ou reduções de alíquotas dos impostos que recaiam especificamente sobre os produtos da cesta básica. Muito além de simplesmente estabelecer isenção ou reduções de alíquotas dos impostos que recaiam sobre os produtos da cesta básica, ainda com o intuito de garantir o direito a uma alimentação básica, implementando condições materiais de igualdade mínimas, o Poder Público pode, por exemplo, adotar regulação estatal consistente no financiamento subsidiado da produção agropecuária.

No que diz respeito à moradia digna, da mesma forma, regulações estatais destinadas a implementar condições mínimas de igualdade material necessárias à dignidade humana e ao exercício da autonomia podem, por exemplo, variar desde a fixação de alíquotas reduzidas para os impostos que recaiam sobre os materiais de construção até a concessão de financiamentos diferenciados e subsidiados a construtoras especificamente para projetos de construção de casas populares.

Enfim, inúmeros exemplos poderiam ser imaginados de regulações estatais que, mesmo não estando destinadas ao combate de falhas de mercado ou ao combate de ações irracionais em heurística, buscam legitimação jurídico-moral no pilar liberal-igualitário do liberalismo-republicano ao implementarem condições de igualdade necessárias à garantia do mínimo existencial, da dignidade da pessoa humana e do Estado de Direito. Trata-se, tal qual exposto, de regulações estatais destinadas a implementar direitos e condições igualitárias de natureza pré-política, cujo fundamento metapositivo decorre diretamente dos princípios morais de justiça do liberalismo-igualitário, não de qualquer deliberação ou projeto político da sociedade.

---

<sup>281</sup> <http://www.receita.fazenda.gov.br/pessoafisica/irpf/2013/declaracao/obrigatoriedade.htm>.

## **2.8. A legitimação jurídico-moral da regulação estatal com base no pilar republicano. O valor fundamental da autonomia pública a justificar a legitimação jurídico-moral da regulação estatal. A regulação como instrumento de implementação dos projetos políticos deliberados pelos cidadãos**

O pilar liberal-igualitário, entretanto, não é o único da concepção de filosofia político-moral adotada a servir de fundamento para a legitimação jurídico-moral das regulações estatais. Em outras situações, poder-se-á remeter a legitimação jurídico-moral da regulação estatal ao segundo pilar da concepção de filosofia político-moral do liberalismo-republicano: o pilar republicano.

Ao adotar o liberalismo-republicano como paradigma de legitimação jurídico-moral do ordenamento positivo, a presente tese deixou claro que a concepção de filosofia político-moral em questão não consiste em um liberalismo-igualitário puro. Incorreta, no entender da presente tese, a tentativa de estruturação de um modelo em que absolutamente todo e qualquer direito, instituto jurídico positivo ou política pública, por mais comezinhos e diuturnos que sejam, devam em última instância derivar diretamente dos fundamentos pré-políticos/pré-constitucionais de teoria da justiça e dos princípios morais críticos metapositivos baseados na autonomia privada, nas condições igualitárias e na dignidade humana.

Parece ser absolutamente necessária a manutenção de um espaço para as deliberações públicas diuturnas e de natureza eminentemente política não jusfundamental no exercício da soberania popular e da autonomia pública. O liberalismo-republicano, tal qual exposto ao longo da presente Parte II tese<sup>282</sup>, deve consistir em uma tentativa de compatibilização entre as esferas pública e privada da autonomia com as condições igualitárias. De um lado, o Estado de Direito e a proteção aos direitos inatos de liberdade e igualdade em dignidade humana. De outro, a soberania popular e a autonomia pública.

Evidente que não se adota um modelo republicano clássico puro e radical, onde toda e qualquer decisão, desde que tomada pela participação popular, deveria prevalecer independentemente de seu conteúdo material. De acordo com o liberalismo-republicano adotado, deverá ser assegurado o espaço de manifestação da soberania popular e do exercício da autonomia pública na deliberação acerca dos direitos e políticas públicas, desde que tais

---

<sup>282</sup> V. Capítulo II.3 *supra*.

deliberações não impliquem uma violação ao núcleo mais sensível dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana<sup>283</sup>.

Não pode ser tomada por absoluta a separação realizada por RONALD DWORKIN<sup>284</sup> entre princípios e *policies*. Segundo o autor, os princípios, dotados de conteúdo moral jusfundamental, deveriam ser entendidos como “trunfos” não passíveis de restrição pelas deliberações políticas acerca das *policies*. No entender da presente tese, não deve haver uma separação em termos completamente absolutos entre políticas e direitos fundamentais. Isto pois, em alguma medida, toda e qualquer política pública, quando elevada a um alto grau de abstração, pode ser remetida, em última análise, à implementação de algum direito fundamental. Como bem destacou ANA PAULA DE BARCELLOS<sup>285</sup>, constatando que praticamente toda norma jurídica pode ser remetida a algum direito fundamental, a questão parece consistir cada vez mais na indagação acerca de qual norma efetiva “mais diretamente” um direito dessa natureza.

Desta forma, desde que se esteja falando de uma restrição pequena ou periférica, não do núcleo sensível do mínimo existencial, é possível sim falar-se em ocasionais situações em que um direito em tese fundamental ceda no caso concreto a uma política pública deliberada. Afinal de contas, o entendimento em sentido contrário praticamente inviabilizaria toda e qualquer deliberação política, já que, em uma visão “expansiva” da impossibilidade de restrição mínima dos direitos fundamentais, toda e qualquer política sempre estaria em tensão com algum grau mínimo de um direito fundamental qualquer. Nenhuma regulação estatal poderia ter por fundamento a implementação de política pública, eis que, tal qual já definido amplamente ao longo da tese, toda e qualquer regulação, por definição *in re ipsa*, ao direcionar a conduta dos agentes, sempre se encontra em algum grau de tensão com o direito fundamental da liberdade individual.

Assim, plenamente possível a deliberação diuturna pelos indivíduos, no exercício da soberania popular e da autonomia pública, acerca de políticas e direitos, desde que não se esteja diante de uma violação ao núcleo mais sensível dos direitos fundamentais, tocado pelo mínimo existencial. As medidas regulatórias destinadas à implementação das políticas públicas deliberadas no exercício da soberania popular e da autonomia pública, portanto, encontram legitimação jurídico-moral no segundo pilar da concepção de filosofia político-

---

<sup>283</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar. 2009.

<sup>284</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes. 2002. V. tb. DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes. 2005.

<sup>285</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.



moral do liberalismo-republicano (o pilar do republicanismo), desde que tais deliberações não violem o núcleo de jusfundamentalidade tocado pelo mínimo existencial<sup>286</sup>.

Inúmeros poderiam ser os casos a serem citados como exemplos de medidas jurídicas regulatórias adotadas com fundamentação jurídico-moral no pilar republicano do liberalismo-republicano. A saber, inúmeros poderiam ser os casos a serem citados como exemplos de medidas jurídicas regulatórias adotadas com o intuito de implementar projetos políticos decorrentes da deliberação democrática no pleno exercício pelos cidadãos da autonomia pública e da soberania popular. Trata-se de situações em que as medidas jurídicas regulatórias não se destinam a proteger direitos individuais de liberdade e de igualdade de natureza jusfundamental, impostos independentemente de qualquer deliberação político-democrática por força da autonomia privada, da dignidade humana e do Estado de Direito. Trata-se de projetos políticos e direitos estabelecidos por força da deliberação político-democrática dos membros da sociedade desde que tais projetos e direitos não violem o conteúdo mínimo dos direitos morais e metapositivos individuais inatos de liberdade, de igualdade e da dignidade humana.

Exemplos claros de medidas regulatórias que buscam implementar políticas deliberadas democraticamente pela sociedade e que não decorreriam necessariamente de qualquer teoria da justiça pré-política metapositiva são as regulações previstas no art. 177 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A redação do dispositivo em tela já foi objeto de mais de uma reforma constitucional. Eis o texto originário do art. 177 quando do surgimento da Constituição de 1988:

**Art. 177-** Constituem monopólio da União:

**I-** a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

**II-** a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

**III-** a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

**IV-** o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

**V-** a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados.

**§ 1º-** O monopólio previsto neste artigo inclui os riscos e resultados decorrentes das atividades nele mencionadas, sendo vedado à União ceder ou conceder qualquer tipo de participação, em espécie ou em valor, na exploração de jazidas de petróleo ou gás natural, ressalvado o disposto no art. 20, § 1º.

**§ 2º-** A lei disporá sobre o transporte e a utilização de materiais radioativos no território nacional.

---

<sup>286</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar. 2009.

A Emenda Constitucional nº 9 de 1995 foi a primeira a reformar o texto originário do art. 177 da C.R.F.B./88. Tal EC 9/95 alterou a redação do § 1º do art. 177 bem como inseriu um novo § 2º em tal art. 177, fazendo com que o anterior e originário § 2º fosse renumerado como § 3º. Posteriormente<sup>287</sup>, a Emenda Constitucional nº 49 de 2006 realizou nova reforma do texto do art. 177, alterando a redação do inciso V de tal artigo. Eis, portanto, a redação atual do art. 177 da C.R.F.B./88:

**Art. 177-** Constituem monopólio da União:

**I-** a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

**II-** a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

**III-** a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

**IV-** o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

**V-** a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, **com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal.** (redação da EC 49/2006)

**§ 1º-** **A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.** (redação da EC 09/1995)

**§ 2º-** **A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:** (redação da EC 09/1995)

**I-** **a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional;**

**II-** **as condições de contratação;**

**III-** **a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União**

**§ 3º-** A lei disporá sobre o transporte e a utilização de materiais radioativos no território nacional.

Como se percebe, o art. 177 da C.R.F.B./88 sempre teve por objetivo principal estabelecer o regime do monopólio estatal sobre a exploração de algumas atividades econômicas específicas. O regime do monopólio público (ou monopólio estatal), ao contrário da maioria dos monopólios privados, geralmente não constitui um monopólio “de fato”, mas sim um monopólio “de direito”. A saber, os monopólios públicos, via de regra, não decorrem de um atuar econômico anti-concorrencial por parte do prestador da atividade econômica. Da mesma forma, via de regra, o monopólio público não decorre da existência da falha de mercado dos “mercados naturalmente não competitivos”, onde existe, em decorrência das

<sup>287</sup> Cabe destacar que, entre a Emenda Constitucional nº 9 de 1995 e a Emenda Constitucional nº 49 de 2006, o art. 177 da C.R.F.B./88 teve sua redação igualmente alterada pela Emenda Constitucional nº 33 de 2001, que inseriu um § 4º em tal art. 177. Nada obstante, as alterações efetuadas por tal EC 33/01, de finalidades tributárias, não possuirão relevância para o ponto a ser abordado pela presente tese neste momento.

peculiaridades do setor, impossibilidade fática (física ou financeira) de a atividade ser explorada simultaneamente por diversos agentes. Geralmente, os monopólios públicos constituem monopólios de direito, impondo o Direito a exploração monopolística da atividade por um agente público. Confira-se a lição de CAIO TÁCITO acerca do tema:

No plano conceitual impõe-se distinguir o monopólio de fato e o monopólio de direito, perante os quais diversamente se comporta a ordem jurídica.

No monopólio de fato a concentração capitalista se exacerba materialmente em detrimento da liberdade econômica, e a norma jurídica secundária opera como sanção à conduta ilícita, em defesa do princípio da concorrência.

Quando, no entanto, o interesse público recomenda que se reserve ao Estado a exclusividade de determinada atividade econômica, em proteção de relevante interesse geral, a norma jurídica se dirige, primariamente, à garantia do privilégio estatal.

É mister caracterizar o monopólio de fato em confronto com o monopólio jurídico. Na primeira modalidade, o monopolizador adquire a qualidade por ato próprio, fundado em condições peculiares de poder econômico ou de tecnologia privilegiada, tendentes a excluir a concorrência de terceiros.

Contrariamente, no monopólio de direito, é a lei que torna privativa do Estado a atividade econômica, emitindo ato de vedação da concorrência, declarada ilícita<sup>288</sup>.

A saber, via de regra, a exploração monopolística de determinada atividade pelo agente público decorre do fato de uma norma jurídica ter tornado a atividade em questão de exploração privativa pelo Poder Público. Como se percebe, portanto, a instituição dos monopólios públicos decorre nada mais nada menos do que da adoção de medidas regulatórias pelo Poder Público. Mais especificamente, os monopólios públicos são estabelecidos através de regulações que recaem sobre a variável regulatória da “entrada”. As medidas jurídicas regulatórias, neste sentido, direcionam ou controlam as condutas dos agentes, proibindo que os agentes privados ingressem na exploração de determinada atividade em regime de concorrência com o agente público.

Ocorre que as medidas jurídicas regulatórias em questão, ao estabelecerem as barreiras de entrada e estabelecerem monopólios públicos, dificilmente poderiam ser remetidas ao pilar liberal-igualitário do liberalismo-republicano. Dificilmente poder-se-ia justificar a legitimação jurídico-moral das regulações estatais em tela com fundamento na proteção da autonomia privada, das condições igualitárias, do Estado de Direito ou da dignidade da pessoa humana.

Tal não significa, entretanto, que a adoção pelo art. 177 da C.R.F.B./88 da medida regulatória de entrada exposta, ao estabelecer o monopólio público sobre a exploração de determinadas atividades econômicas, se encontre despida de qualquer legitimação jurídico-

---

<sup>288</sup> TÁCITO, Caio. “Importação de Gás- Acordo Binacional- Gasoduto- Monopólio da União- Participação da Iniciativa Privada (Parecer)”. In *Revista Forense*. Vol. 324, p. 106.

moral. A legitimação jurídico-moral da regulação contida no art. 177 da Lei Maior, ao estabelecer monopólios públicos sobre determinadas atividades econômicas, se encontra precisamente no pilar republicano do liberalismo-republicano.

Encontra fundamento, mais especificamente, na implementação de projetos políticos decorrentes da deliberação democrática dos cidadãos. Nos valores jurídico-morais da autonomia pública e da soberania popular. A razão a justificar, sob um parâmetro jurídico-moral externo de liberalismo-republicano, as medida regulatórias em questão é a de que os cidadãos brasileiros, em deliberação democrática, em exercício da autonomia pública e da soberania popular, entenderam ser de interesse relevante o projeto político em questão. Em exercício da autonomia pública e da soberania popular, entenderam que o estabelecimento de monopólios públicos sobre atividades estratégicas constitui um projeto político a ser implementado.

Tal qual exposto anteriormente, a única barreira a limitar a possibilidade de deliberações democráticas bem como o exercício da autonomia pública e da soberania popular encontra-se no coração do pilar liberal-igualitário do liberalismo-republicano. As deliberações democráticas de projetos políticos, em exercício da soberania popular e da autonomia pública, não podem violar o mínimo existencial dos direitos individuais inatos de liberdade e igualdade nem a dignidade da pessoa humana.

No caso exposto do art. 177 da Constituição de 1988, não há dúvidas de que tais deliberações não apresentam conteúdo violador do núcleo essencial do pilar liberal-igualitário do liberalismo-republicano.

A maior prova de que as regulações previstas no art. 177 da Constituição de 1988 decorrem de opções de natureza política, não podendo ser remetidas a uma imposição decorrente diretamente de teoria da justiça pré-política e metapositiva, é o fato de tal artigo ter sido objeto de alteração que mudou seu conteúdo de forma sensível. Não há dúvidas de que a EC 9/95 e a EC 49/2006 provocaram alterações significativas no conteúdo originário do texto do art. 177 da Constituição de 1988 tanto no que diz respeito ao monopólio das atividades pertinentes ao petróleo e ao gás natural quanto no que diz respeito ao monopólio das atividades pertinentes aos minérios e minerais nucleares e seus derivados. A saber, ambos os monopólios foram bastante relativizados.

No que diz respeito à pesquisa, à lavra, ao enriquecimento, ao reprocessamento, à industrialização e ao comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, o art. 177 da Lei Maior, após a EC 49/2006, passou a contar com a exceção dos radioisótopos, cuja

produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão. No que diz respeito à pesquisa e à lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, à refinação do petróleo nacional ou estrangeiro, à importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes dessas atividades, e ao transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim ao transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem, o art. 177 da Lei Maior, após a EC 9/1995, passou a permitir que a União contratasse empresas públicas ou privadas para explorar as atividades mencionadas.

Enfim, o estabelecimento ou não de monopólio público sobre a exploração de tais atividades bem como a definição do grau mais ou menos rígido de tal monopólio (permitindo-se ou não que a União contrate empresas para realizar parte das atividades em tela) encontram-se na seara das opções políticas que devem caber aos cidadãos no exercício da soberania popular e da autonomia pública. Tais valores jurídico-morais da autonomia pública e da soberania popular, inerentes ao pilar republicano do liberalismo-republicano, apresentam-se como razões a justificar as regulações previstas pelo art. 177 da Constituição de 1988.

Outro exemplo claro de regulação estatal que busca legitimação jurídico-moral no pilar republicano do liberalismo-republicano se encontra no art. 222 e seus respectivos parágrafos da Constituição de 1988, que estabelecem que as empresas jornalísticas bem como aquelas de radiodifusão de sons e imagens deverão ser de propriedade de brasileiros. Da mesma forma, tais dispositivos determinam que a responsabilidade pela programação oferecida por tais empresas deverá igualmente recair sobre um brasileiro. Qual a razão a justificar tal regulação? Não se trata de regulação destinada a combater qualquer violação à autonomia privada, às condições igualitárias, ao Estado de Direito ou à dignidade da pessoa humana. Trata-se, novamente, de regulação destinada a implementar uma opção política realizada pelos cidadãos no exercício da soberania popular e da autonomia pública. Em deliberação democrática, os cidadãos entenderam ser politicamente desejável que tal setor estratégico fosse regulado neste sentido.

Enfim, desde a escolha de alíquotas de impostos, taxas de juros, política cambial, regime de concessão de serviços até diversos outros casos, inúmeros exemplos poderiam ser oferecidos de regulações estatais destinadas a implementar as opções políticas deliberadas democraticamente pelos cidadãos no exercício da soberania popular e da autonomia pública,

possuindo legitimação jurídico-moral no pilar republicano do liberalismo-republicano. Independente de qualquer necessidade de proteção da autonomia privada, das condições igualitárias ou da dignidade humana, independente de qualquer decorrência necessária de uma teoria da justiça pré-política e metapositiva, há inúmeras regulações estatais que são adotadas com o intuito de implementar opções políticas dos cidadãos em exercício da autonomia pública e da soberania popular.

### **2.9. A aplicação dos princípios de legitimação jurídico-moral como testes aos quais deve se submeter toda e qualquer medida jurídica regulatória estatal independente de a mesma buscar justificação na autonomia privada, nas condições igualitárias de liberdade e de dignidade ou na autonomia pública. Um conceito jurídico-moral de falhas da regulação**

Foi apresentado, quando do Capítulo II.4 *supra*, o instituto dos “princípios de legitimação jurídico-moral”. Em tal ocasião, destacou-se que, dentre o rol dos princípios, há determinados preceitos que, por apresentarem certas particularidades operacionais, levantam complexos questionamentos acerca de sua natureza jurídica. Ocorre que os preceitos em tela são caracterizados por apresentarem conteúdo material imediato vazio. Na verdade, tais princípios apresentam conteúdo imediato tão somente operacional, consistente justamente na aplicação de outros princípios ou regras. Tais princípios, destinados imediatamente a um objetivo operacional de instrumentalizar a aplicação de outros princípios e regras (estes sim com conteúdo material), apenas mediadamente apresentam conteúdo material.

Expôs-se<sup>289</sup> ainda que, para certos autores, tratando-se de princípios cujo objeto é justamente a aplicação de outros princípios, tais preceitos poderiam ser denominados “princípios de segundo grau”, “sobreprincípios” ou “metaprincípios”. Utilizando-se a classificação de LUÍS ROBERTO BARROSO<sup>290</sup>, tais metanormas corresponderiam em grande parte aos “princípios de interpretação constitucional” apresentados pelo professor. HUMBERTO ÁVILA<sup>291</sup>, por sua vez, adota como nomenclatura destinada a designar tais

---

<sup>289</sup> V. Capítulo II.4 *supra*.

<sup>290</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva. 1999.

<sup>291</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros. 2004.

preceitos a expressão “postulados normativos aplicativos”, destacando que a função desses postulados consiste precisamente na aplicação de normas.

Por fim, foi exposto quando do Capítulo II.4 que, para os fins de estudo da presente tese, merece destaque a expressão cunhada pelo professor RICARDO LOBO TORRES<sup>292</sup> ao denominar tais preceitos como “princípios de legitimação”. No âmbito da afirmação do não-positivismo, sendo necessária a legitimação do ordenamento jurídico positivo perante uma ordem moral metapositiva, os preceitos em tela, ao apresentarem conteúdo imediato tão-somente operacional, apresentam-se como interessantes instrumentos para o ingresso dos valores morais no ordenamento jurídico positivo. Tais princípios passam a servir como moldura operacional, cujo conteúdo material passa a ser preenchido pelos valores morais que legitimam o ordenamento.

O “princípio” da igualdade e o “princípio” da proporcionalidade se inserem entre os preceitos destacados. Ambos os preceitos possuem conteúdo material imediato vazio. Apresentam conteúdo imediato apenas operacional, visando à aplicação de outros princípios e regras. Desta forma, tais princípios se apresentam como instrumentos valiosos metodologicamente para operacionalizar o procedimento de legitimação do ordenamento jurídico positivo à luz dos valores morais.

O princípio da isonomia prescreve que as normas materiais do direito (outros princípios e regras) tratem todos os indivíduos de forma igual. O princípio da proporcionalidade, por sua vez, exige que os atos e normas materiais do direito (outros princípios e regras) adotem meios adequados, necessários e proporcionais em sentido estrito na perseguição de determinada finalidade.

Mas qual o critério material para se definir se os princípios e regras jurídicos materiais estão tratando os indivíduos de forma isonômica? Igualdade segundo qual critério? Qual o critério para saber se os princípios e regras jurídicos materiais são proporcionais em sentido estrito? Tendo seus conteúdos materiais preenchidos pelos valores morais decorrentes da concepção de filosofia político-moral adotada (um liberalismo-republicano consistente na compatibilização entre a autonomia privada, as condições igualitárias e a autonomia pública dos indivíduos), tais princípios conduzirão a interpretação jurídico-moral do ordenamento positivo.

---

<sup>292</sup> TORRES, Ricardo Lobo. “A Legitimação dos Direitos Humanos e os princípios da Ponderação e da Razoabilidade”. In TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.

Como se percebe, portanto, não basta a afirmação genérica de que as diversas instituições político-jurídicas positivadas devem ser submetidas a uma aferição de legitimação jurídico-moral perante o paradigma externo e metapositivo do liberalismo-republicano. Da afirmação genérica e em tese de que todas as instituições político-jurídicas positivadas devem ser submetidas a uma aferição de legitimação jurídico-moral perante o paradigma externo e metapositivo do liberalismo-republicano, não se pode dar um salto metodológico para a afirmação de que determinada instituição político-jurídica positivada em específico se encontra ou não se encontra legitimada jurídico-moralmente.

Desta forma, os princípios de legitimação jurídico-moral se apresentam como institutos extremamente pertinentes para a função de instrumentalizar o procedimento de aferição de legitimação jurídico-moral de cada uma das instituições político-jurídicas positivadas. Por tal razão, perfeita a denominação de tais espécies normativas como princípios de legitimação jurídico-moral.

Se os princípios de legitimação jurídico-moral se prestam a instrumentalizar o processo de legitimação jurídico-moral de todas as instituições político-jurídicas positivadas, destacar-se-á a partir deste ponto a aplicação de tais princípios sobre as medidas jurídicas regulatórias, espécie de instituição político-jurídica positivada que particularmente constitui o objeto de estudo da presente tese.

#### 2.9.1. O princípio da proporcionalidade como teste de legitimação intra-medida jurídica regulatória. Imposição de que seja compensada a restrição de autonomia individual privada *in re ipsa* inerente a toda e qualquer medida regulatória

CARLOS RAGGAZZO<sup>293</sup> já havia anteriormente destacado a possibilidade de utilização do princípio da proporcionalidade como teste ao qual deveriam ser submetidas as mais diversas medidas regulatórias. Segundo o autor, dever-se-ia aferir se os meios adotados pelas medidas regulatórias seriam aptos a atingir as finalidades jurídicas perseguidas pela regulação (adequação), se haveria outros meios a serem adotados com igual eficiência e que produzissem menores restrições de direitos (necessidade), bem como se os direitos perseguidos pela regulação compensariam em peso as restrições de direitos acarretadas pelos meios adotados (proporcionalidade em sentido estrito). Não há qualquer ressalva a ser feita acerca do *insight* do autor. Pelo contrário, perfeita a posição defendida pelo autor acerca de o

---

<sup>293</sup> RAGGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico*. Rio de Janeiro: Renovar. 2011.



princípio da proporcionalidade poder configurar teste ao qual devam se submeter as mais diversas medidas jurídicas regulatórias.

A presente tese, porém, entende que a aplicação do princípio da proporcionalidade às medidas jurídicas regulatórias pode ir além do papel que parece ter sido proposto por CARLOS RAGGAZZO<sup>294</sup>. A presente tese concorda plenamente com o papel proposto por RAGGAZZO ao princípio da proporcionalidade como teste jurídico-positivo de constitucionalidade ao qual devem se submeter as diversas medidas jurídicas regulatórias. A presente tese absolutamente não adota posição contrária à do autor. Porém, entende-se no presente estudo que a aplicação do princípio da proporcionalidade às medidas jurídicas regulatórias poderia ir além. A saber, tal aplicação do princípio da proporcionalidade às medidas jurídicas regulatórias deve ser entendida não apenas como teste de constitucionalidade no âmbito do direito positivo, mas sim como teste de legitimação jurídico-moral.

Cabe neste ponto, portanto, passar a examinar a aplicação do princípio da proporcionalidade às medidas jurídicas regulatórias como teste de legitimação jurídico-moral destas últimas, instituições político-jurídicas positivadas que são. É o que se passa a fazer.

Toda regulação, conforme já amplamente exposto<sup>295</sup>, consiste no direcionamento ou controle da conduta de indivíduos com o intuito de ser atingida alguma finalidade. Neste sentido, toda e qualquer medida regulatória apresenta a seguinte estrutura interna: (i) a adoção de um meio regulatório (que pode recair sobre uma das diversas variáveis regulatórias), destinado a atingir (ii) uma finalidade regulatória. Desta forma, não poderia ser mais clara a utilidade da aplicação do princípio da proporcionalidade, princípio destinado classicamente a aferir as relações estabelecidas entre os meios adotados por determinada medida jurídica e os fins pela mesma perseguidos<sup>296</sup>.

O princípio da proporcionalidade, como se sabe, pode ser subdividido em três subprincípios ou etapas. A primeira etapa do princípio da proporcionalidade é a “adequação”. Tal etapa consiste precisamente na exigência de que os dois elementos integrantes da estrutura interna das medidas regulatórias se encontrem ligados por um nexo de causalidade. A saber, a medida regulatória deve ter adotado (i) meio (que recai sobre uma ou algumas das variáveis

---

<sup>294</sup> RAGGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico*. Rio de Janeiro: Renovar. 2011.

<sup>295</sup> V. Capítulo I.1, Capítulo I.4 e Capítulo I.5 *supra*.

<sup>296</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva. 1999; v. tb. OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por Uma Teoria dos Princípios. O Princípio Constitucional da Razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003.

regulatórias) que seja causa adequada a apresentar no mundo dos fatos como consequência o atingimento da (ii) finalidade perseguida.

Como se percebe, a etapa da “adequação” do princípio da proporcionalidade se insere essencialmente no âmbito das preocupações pragmáticas e de eficiência. A rigor, na etapa da “adequação”, a aplicação do princípio da proporcionalidade ainda não iniciou qualquer implementação do instituto da legitimação jurídico-moral. Pelo contrário, na etapa da “adequação”, pode-se afirmar que a aplicação do princípio da proporcionalidade se refere ainda a uma preocupação com a legitimação jurídico-pragmática do instituto político-jurídico positivo sob exame.

A saber, quando da etapa da “adequação” do princípio da proporcionalidade, ainda não se efetua qualquer indagação acerca de os direitos e finalidades positivos perseguidos implementarem ou não valores jurídico-morais compatíveis com o parâmetro externo e metapositivo do liberalismo-republicano. Quando da etapa da “adequação” do princípio da proporcionalidade, também ainda não se efetua qualquer indagação acerca de os direitos limitados pelo meio adotado restringirem ou não valores jurídico-morais sensíveis ao parâmetro externo e metapositivo do liberalismo-republicano. Muito menos, quando da etapa da “adequação” do princípio da proporcionalidade, se efetua qualquer indagação acerca de as finalidades perseguidas implementarem os valores jurídico-morais do liberalismo-republicano em um peso maior que compense as restrições impostas a estes mesmos valores jurídico-morais do liberalismo-republicano pela limitação de direitos ensejada pela medida regulatória.

A etapa da “adequação” do princípio da proporcionalidade, enfim, ainda não instrumentaliza qualquer pretensão de correção ou legitimação jurídico-moral das instituições político-jurídicas positivadas. Ainda que uma regulação afirme expressamente perseguir finalidade contrária aos valores jurídico-morais do liberalismo-republicano, tal regulação poderá perfeitamente passar na etapa da “adequação” do princípio da proporcionalidade. A etapa da “adequação” do princípio da proporcionalidade, a rigor, se insere no âmbito de preocupações com a legitimação jurídico-pragmática<sup>297</sup> das instituições político-jurídicas positivadas sob análise.

---

<sup>297</sup> A legitimação jurídico-pragmática das medidas jurídicas regulatórias não será aqui examinada por não constituir o objeto de estudo da presente tese. Nada obstante, tal não significa que a mesma não tenha importância. Pelo contrário, a legitimação jurídico-pragmática das instituições político-jurídicas positivas se apresenta tão importante quanto a legitimação jurídico-moral destas mesmas instituições. Trata-se de aferições de correção que devem ser entendidas como cumulativas: a correção jurídico-moral e a correção jurídico-pragmática.

Por um lado, é certo que não servem instituições político-jurídicas que, embora eficientes empírico-pragmaticamente, se destinem a implementar finalidades imorais e injustas. Devem, portanto, as instituições

É mais especificamente através das etapas da “necessidade” e da “proporcionalidade em sentido estrito” que o princípio da proporcionalidade se apresenta como interessante instituto metodológico apto a instrumentalizar a pretensão de correção e de legitimação jurídico-moral das instituições político-jurídicas positivadas. As etapas da “necessidade” e da “proporcionalidade em sentido estrito” se prestarão às seguintes indagações de cunho jurídico-moral: a finalidade perseguida pela medida regulatória implementa em algum grau os valores jurídico-morais do liberalismo-republicano? As limitações implicadas pela medida regulatória adotada restringem em algum grau os valores jurídico-morais do liberalismo-republicano? Haveria alguma medida regulatória passível de ser adotada para implementar com igual eficiência a finalidade perseguida, mas que implicasse em menor grau restrições aos valores jurídico-morais do liberalismo-republicano? Enfim, o grau de implementação dos valores jurídico-morais do liberalismo-republicano pelas medidas regulatórias possuiria maior ou menor peso que as restrições dos valores jurídico-morais do liberalismo-republicano acarretadas por estas mesmas medidas regulatórias?

Ora, se a definição de regulação consiste no direcionamento ou controle das condutas dos indivíduos com o intuito de ser atingida determinada finalidade, a verdade inafastável é que toda e qualquer regulação, por sua própria definição *in re ipsa*, é, *a priori*, restritiva em maior ou menor grau da autonomia privada dos indivíduos. Se regular consiste em direcionar

---

político-jurídicas se submeter a uma pretensão de correção e de legitimação jurídico-moral perante o paradigma externo e metapositivo do liberalismo-republicano.

Por outro lado, porém, igualmente não servem as instituições que, embora destinadas a implementar finalidades morais e justas, sejam completamente ineficazes pragmaticamente para atingir tais finalidades. Devem, portanto, as instituições político-jurídicas se submeter igualmente a uma pretensão de correção e de legitimação jurídico-pragmática.

Enfim, devem as instituições político-jurídicas positivadas se submeter a uma pretensão de correção e de legitimação jurídico-moral e pragmática. São necessárias instituições político-jurídicas positivadas que, além de buscar finalidades justas e morais, sejam pragmaticamente eficientes para implementar tais finalidades.

A etapa da adequação do princípio da proporcionalidade se destina essencialmente a examinar a legitimação jurídico-pragmática das instituições sob sua análise. Não questiona a justiça ou correção moral das finalidades perseguidas pela medida, nem dos efeitos moralmente negativos acarretados pelas mesmas. A etapa da adequação indaga tão somente se a medida adotada constitui meio adequado a pragmaticamente alcançar a finalidade pretendida no mundo dos fatos.

Além da etapa da adequação do princípio da proporcionalidade, o princípio da eficiência também pode se prestar como interessante instrumento metodológico para os fins da legitimação jurídico-pragmática das instituições positivadas.

Neste ponto também os questionamentos do institucionalismo (v. SUNSTEIN, Cass & VERMEULE, Adrian. “Interpretation and Institutions”. In *Michigan Law Review*. V. 101. N. 4. 2003) e da análise econômica do direito (acerca das inúmeras correntes da análise econômica do direito, v. CYRINO, André Rodrigues. *Direito Constitucional Regulatório- elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar. 2010) podem servir na empreitada de legitimação jurídico-pragmática das instituições político-jurídicas positivadas.

Este, entretanto, não é o objeto da presente tese, que se destina a estudar a legitimação jurídico-moral das instituições positivadas, em especial, das medidas jurídicas regulatórias.

ou controlar a conduta de indivíduos, estes agentes sob regulação, *a priori*, necessariamente presenciam limitação em maior ou menor grau de suas autonomias privadas.

Neste sentido, sendo certo que a autonomia privada dos indivíduos constitui valor jurídico-moral fundamental do pilar liberal-igualitário do liberalismo-republicano, inegável que toda e qualquer regulação por definição já apresenta, em maior ou menor grau, um efeito jurídico-moralmente indesejável. Toda e qualquer regulação por definição já apresentará *a priori* o efeito jurídico-moralmente indesejável consistente na violação em algum grau da autonomia privada dos agentes regulados.

A aferição da legitimação jurídico-moral das medidas jurídicas regulatórias através do princípio da proporcionalidade, portanto, consistirá em indagar: se haveria alguma medida regulatória a ser adotada que provocasse menor grau de violação aos valores jurídico-morais do liberalismo-republicano (eis que em algum grau toda e qualquer medida regulatória já implica certa restrição da autonomia privada dos agentes regulados e, portanto, dos valores jurídico-morais fundamentais do liberalismo-republicano), se as finalidades perseguidas pela medida regulatória implementam valores jurídico-moralmente desejáveis pelo liberalismo-republicano, e, acima de tudo, se tais valores jurídico-moralmente desejáveis a serem implementados compensam as restrições que as medidas regulatórias necessariamente acarretam em algum grau aos valores jurídico-morais.

Neste sentido, percebe-se que as etapas da “necessidade” e da “proporcionalidade em sentido estrito” apresentam papel fundamental no questionamento acerca da legitimação jurídico-moral das medidas regulatórias. As etapas da “necessidade” e da “proporcionalidade em sentido estrito”, neste contexto, nada mais são do que parâmetros metodológicos estabelecidos de forma objetiva para se realizar a aferição acerca de determinada medida regulatória se encontrar ou não legitimada jurídico-moralmente. Trata-se de parâmetros metodológicos objetivos capazes de definir se determinada medida regulatória, em última análise, está preponderantemente implementando ou preponderantemente violando os valores jurídico-morais do paradigma externo e metapositivo do liberalismo-republicano. Examinem-se, portanto, alguns casos de aferição de legitimação jurídico-moral de regulações com base na utilização do princípio da proporcionalidade. Para tanto, submeter-se-ão às etapas da “necessidade” e da “proporcionalidade em sentido estrito” alguns exemplos de regulação anteriormente fornecidos.

Afirmou-se anteriormente que, quando da falha de mercado dos “monopólios naturais”<sup>298</sup>, seria possível o estabelecimento de uma regulação que recaísse sobre a variável dos preços (fixando preços máximos), sobre a variável da qualidade (fixando qualidade mínima), e sobre a variável da quantidade (evitando-se o desabastecimento)<sup>299</sup>. Tratando-se de exemplos de regulação estatal, as medidas em tela estariam direcionando ou controlando as condutas do agente regulado com o intuito de atingir determinado fim. Desta forma, inegável a restrição em alguma medida implementada sobre a autonomia privada do agente regulado, que não poderá prestar a atividade pelo preço, qualidade e quantidade que bem entender. A regulação em tela, como toda e qualquer regulação, *a priori*, ao restringir em algum grau a autonomia privada de indivíduos, já atua em certa medida contrária a valores jurídico-morais do liberalismo-republicano.

Tal não significa, porém, que se deva necessariamente e de plano declarar a falta de legitimação jurídico-moral da medida regulatória. Se assim fosse, toda e qualquer medida regulatória deveria ser declarada como despida de legitimação jurídico-moral, eis que, por definição, toda e qualquer regulação representa *a priori* limitação à autonomia privada do agente regulado. A legitimação jurídico-moral ou não da medida regulatória sob exame dependerá de a mesma resistir ou não às etapas da “necessidade” e da “proporcionalidade em sentido estrito”.

Neste sentido, para que a regulação em tela resista à etapa da “necessidade”, não pode existir qualquer outra medida que seja igualmente eficiente a alcançar as finalidades perseguidas e que ocasione menor restrição da autonomia privada do agente regulado. A saber, não pode haver outra medida a ser adotada que provoque menor restrição dos valores jurídico-morais do liberalismo-republicano. Na hipótese da regulação destinada ao combate da falha de mercado do monopólio natural, caso a regulação da variável da informação apresente igual eficiência no atingimento das finalidades desejadas, provavelmente a mesma será aquela de menores efeitos colaterais, devendo ser adotada por exigência da etapa da necessidade.

Muito dificilmente, porém, em uma situação de monopólio natural, a regulação da variável das informações apresentará eficiência igual à da regulação sobre as variáveis do preço, da qualidade e da quantidade. Desta forma, desde que não havendo outra medida regulatória a ser adotada que atinja a finalidade regulatória pretendida com igual eficiência e menor invasão de valores jurídico-morais inerentes ao liberalismo-republicano, a regulação

---

<sup>298</sup> V. Capítulo I.3.1.A *supra*.

<sup>299</sup> V. Capítulo I.4 *supra*.

resistirá à etapa da necessidade ainda que regulando patamares de preço, de qualidade e mesmo de quantidade da atividade.

Além disto, para que a regulação resista à etapa da “proporcionalidade em sentido estrito”, as finalidades a serem implementadas pela medida devem efetivar os valores jurídico-morais do liberalismo-republicano em um grau maior e que compense as restrições trazidas pela medida regulatória sobre estes mesmos valores jurídico-morais do liberalismo-republicano. No caso em tela, é perfeitamente possível que a regulação resista igualmente a tal etapa. Por um lado, a regulação pode implementar em altíssimo grau a proteção da autonomia privada e das condições igualitárias de todos os clientes que se viam impossibilitados, antes da regulação, em virtude de não possuírem condições igualitárias para negociar perante o agente monopolista, de exercerem suas autonomias de adquirir os bens e serviços na qualidade e preço conforme suas vontades. Por outro lado, a regulação parece restringir a autonomia privada do agente monopolista em grau muito menor ao impedir apenas que tal agente exerça a atividade de forma a obter lucros além dos patamares razoáveis, abusivos e decorrentes unicamente de sua condição de prestador monopolista.

Desta forma, a aplicação do princípio da proporcionalidade (com conteúdo material informado pelo ingresso dos valores morais inerentes ao liberalismo-republicano), em especial das etapas da “necessidade” e da “proporcionalidade em sentido estrito”, pode comprovar de forma metodológica razoavelmente objetiva a legitimação jurídico-moral da medida jurídica regulatória em tela. Resistindo ao teste da proporcionalidade, em especial das duas etapas mencionadas, a regulação exposta apresentar-se-á legitimada jurídico-moralmente à luz do liberalismo-republicano.

Quando da falha dos “problemas de coordenação”<sup>300</sup>, por sua vez, afirmou-se ser possível a adoção de regulação que direcionasse as condutas adotadas individual e isoladamente pelos diversos agentes com o intuito de possibilitar a compatibilização das mesmas quando coletivizadas. Para combater a falha de mercado dos “problemas de coordenação”, pode a regulação recair principalmente sobre as variáveis regulatórias das informações, do preço e da entrada<sup>301</sup>. Novamente, como toda e qualquer regulação, a regulação em tela, ao direcionar as condutas dos agentes, representa *a priori* certa limitação da autonomia privada dos mesmos, cerceando em algum grau os valores jurídico-morais do liberalismo-republicano.

---

<sup>300</sup> V. Capítulo I.3.1.B *supra*.

<sup>301</sup> V. Capítulo I.4 *supra*.

Tal não significa, porém, que se deva necessariamente e de plano declarar a falta de legitimação jurídico-moral da medida regulatória. A legitimação jurídico-moral ou não da medida regulatória sob exame dependerá de a mesma resistir ou não às etapas da “necessidade” e da “proporcionalidade em sentido estrito”.

Em se tratando de problema de coordenação cuja resolução possa ser alcançada com igual eficiência através da regulação de qualquer uma das variáveis regulatórias mencionadas, provavelmente a regulação das informações será aquela menos invasiva da autonomia dos agentes regulados, devendo ser a mesma adotada por exigência da etapa da necessidade. Em se tratando de problema de coordenação que possa ser perfeitamente resolvido com o simples oferecimento de informações (o que tende a ser o caso dos problemas de coordenação em sentido estrito, onde não há interesses contrapostos dos agentes<sup>302</sup>), provavelmente não resistiriam à etapa da necessidade as regulações que estabelecessem barreiras de entrada ou mesmo fixassem preço.

Evidentemente, porém, se o simples oferecimento de informações não apresentar a mesma eficiência no atingimento das finalidades regulatórias perseguidas que a regulação das demais variáveis (o que tende a ser o caso dos problemas de coordenação em sentido amplo ou dilema do prisioneiro<sup>303</sup>), não haverá qualquer violação à etapa da necessidade por regulação que recaia sobre o preço ou que estabeleça barreiras de entrada.

Além disto, é perfeitamente possível que a regulação em questão resista igualmente à etapa da proporcionalidade em sentido estrito. Por um lado, a regulação possivelmente implementará em altíssimo grau a proteção da autonomia e das condições igualitárias de todos os agentes que se viam impossibilitados, antes da regulação, de exercer suas vontades em decorrência do caos gerado pela coletivização das condutas e pela falta de condições mínimas de igualdade. Por outro lado, a regulação parece restringir a autonomia privada dos agentes regulados em grau muito menor, eis que a autonomia dos agentes regulados, em verdade, será viabilizada faticamente pela regulação.

Na realidade, nos casos de regulação destinada a combater problemas de coordenação, embora a medida regulatória *a priori* restrinja a manifestação de vontade dos agentes regulados, tal regulação pode na realidade estar verdadeiramente protegendo a própria autonomia real e consistente destes mesmos indivíduos regulados. Desta forma, no caso dos problemas de coordenação, na maioria das vezes talvez nem mesmo haverá que se falar na existência de algum efeito colateral negativo da regulação (restrição da autonomia dos agentes

---

<sup>302</sup> V. Capítulo I.3.1.B *supra*.

<sup>303</sup> V. Capítulo I.3.1.B *supra*.

regulados) a ser compensado pelos benefícios da regulação. Pode-se estar diante de um caso de apenas aparente existência de violação à autonomia dos agentes regulados, sendo mais facilmente ainda demonstrado que a regulação resiste à aplicação da etapa da proporcionalidade em sentido estrito.

Quando da falha das “externalidades negativas”<sup>304</sup>, afirmou-se ser possível a adoção de regulação que direcionasse a conduta dos agentes com o intuito de internalizar os custos decorrentes das opções realizadas pelos mesmos. Foi exposto que a regulação destinada a combater a falha das externalidades negativas pode recair principalmente sobre as variáveis regulatórias das informações, da qualidade e mesmo do banimento<sup>305</sup>. Novamente, como toda e qualquer regulação, a regulação em tela, ao direcionar as condutas dos agentes, impondo o oferecimento de informações ou que a prestação da atividade obedeça a determinado padrão de qualidade ou, mais ainda, que a atividade não seja prestada em absoluto, representa *a priori* certa limitação da autonomia privada dos mesmos, cerceando em algum grau os valores jurídico-morais do liberalismo-republicano.

Tal não significa, porém, que se deva necessariamente e de plano declarar a falta de legitimação jurídico-moral da medida regulatória. A legitimação jurídico-moral ou não da medida regulatória sob exame dependerá de a mesma resistir ou não às etapas da “necessidade” e da “proporcionalidade em sentido estrito”.

Na hipótese da regulação destinada ao combate da falha de mercado das externalidades negativas, caso a regulação da variável da informação apresente igual eficiência no atingimento das finalidades desejadas, provavelmente a mesma será aquela de menores efeitos colaterais, devendo ser adotada por exigência da etapa da necessidade.

Muito dificilmente, porém, em uma situação de externalidade negativa, a regulação da variável das informações apresentará eficiência igual à da regulação sobre a variável da qualidade ou mesmo sobre a variável do banimento. Desta forma, desde que não havendo outra medida regulatória a ser adotada que atinja a finalidade regulatória pretendida com igual eficiência e menor invasão de valores jurídico-morais inerentes ao liberalismo-republicano, a regulação resistirá à etapa da necessidade ainda que regulando padrões de qualidade dentro dos quais deva ser prestada a atividade ou mesmo (em caso mais drástico ainda) que estabelecendo o próprio banimento da atividade.

Além disto, é perfeitamente possível que a regulação em questão resista igualmente à etapa da proporcionalidade em sentido estrito. Por um lado, a regulação possivelmente

---

<sup>304</sup> V. Capítulo I.3.1.C *supra*.

<sup>305</sup> V. Capítulo I.4 *supra*.



implementará em altíssimo grau a proteção da autonomia de todos os terceiros que se viam obrigados, antes da regulação, a arcar com os custos decorrentes de opções pelas quais não eram responsáveis. Por outro lado, a regulação parece restringir a autonomia privada do agente regulado em grau muito menor, eis que impõe apenas que tal agente arque com os custos inerentes à própria opção que realiza autonomamente.

Quando da falha da “assimetria de informações”<sup>306</sup>, afirmou-se ser possível a adoção de regulação que direcionasse a conduta dos agentes com o intuito de suprir a deficiência dos agentes de corretamente avaliar a relação de custos/benefícios inerente às opções que deverão realizar. Neste sentido, poder-se-ia impor a regulação sobre a variável das informações, sobre a variável da qualidade, sobre a variável do preço ou mesmo sobre a variável do banimento<sup>307</sup>. Novamente, como toda e qualquer regulação, a regulação em tela, ao direcionar as condutas dos agentes, representa certa limitação da autonomia privada dos mesmos, cerceando em algum grau os valores jurídico-morais do liberalismo-republicano.

Tal não significa, porém, que se deva necessariamente e de plano declarar a falta de legitimação jurídico-moral da medida regulatória. A legitimação jurídico-moral ou não da medida regulatória sob exame dependerá de a mesma resistir ou não às etapas da “necessidade” e da “proporcionalidade em sentido estrito”.

No caso em tela, sendo as diferentes medidas igualmente eficientes para resolver a assimetria de informações, via de regra, a prestação de informações provavelmente será aquela que implicará menores restrições à autonomia do agente regulado, atendendo à etapa da necessidade. Há grandes chances de a regulação da variável regulatória das informações ser eficiente no combate à falha de mercado da assimetria de informações.

Pode ocorrer, porém, de o oferecimento de informações não ser a forma mais eficiente de combater a falha de mercado da assimetria de informação por se tratar de conhecimentos e dados de difícil compreensão ainda que disponibilizados ao público. Da mesma forma, pode ocorrer de a variável das informações excepcionalmente não ser a menos invasiva da autonomia do agente regulado. Pode ser que, a depender das peculiaridades fáticas e técnicas, a produção e divulgação de tais informações sejam extremamente custosas no caso concreto. Nestes dois cenários, a adoção de regulação que recaia sobre a variável do preço, sobre a variável da qualidade ou mesmo sobre a variável do banimento pode perfeitamente resistir à etapa da necessidade, não havendo outro meio regulatório igualmente eficiente a atingir a

---

<sup>306</sup> V. Capítulo I.3.1.D *supra*.

<sup>307</sup> V. Capítulo I.4 *supra*.

finalidade regulatória e que implique menor invasão de valores fundamentais caros ao liberalismo-republicano.

Além disto, é perfeitamente possível que a regulação em questão resista igualmente à etapa da proporcionalidade em sentido estrito. Pode a regulação destinada a combater a falha da assimetria de informações direcionar as condutas do próprio agente regulado vítima da assimetria de informações (buscando impedir que o mesmo atue em erro por desconhecer as informações necessárias à tomada de decisão) ou as condutas de outro indivíduo que interage com a vítima da assimetria de informações (buscando impedir que o mesmo explore o fato de a vítima da assimetria de informações desconhecer as informações necessárias à tomada de decisão). Em ambas as situações é possível que a regulação destinada a combater a falha da assimetria de informação atenda à etapa da proporcionalidade em sentido estrito.

Em se tratando de regulação que direcione a conduta de outro indivíduo com o intuito de impedir que o mesmo explore o fato de a vítima da assimetria de informações desconhecer informações necessárias à tomada de decisão, por um lado, a regulação possivelmente implementará em altíssimo grau a proteção da autonomia e das condições igualitárias de todos os agentes que se viam impossibilitados, antes da regulação, de corretamente exercer suas vontades em decorrência de não disporem das informações pertinentes à análise de custos/benefícios inerente às opções que deveriam realizar, não possuindo portanto condições igualitárias de liberdade para negociar com o agente prestador do serviço ou produto. Por outro lado, a regulação parece restringir a autonomia privada dos agentes regulados em grau muito menor, eis que primeiramente busca apenas impor o fornecimento de informações necessárias à tomada de decisão, determinando padrões de qualidade e preço de exploração da atividade (ou mesmo banimento) tão somente caso tais informações se apresentem muito caras ou de difícil compreensão. Ademais, a restrição da autonomia do regulado neste caso tão somente impede que o mesmo se beneficie da ignorância da vítima da assimetria de informações.

Em se tratando de regulação que direcione a conduta do próprio agente que é vítima da falha da assimetria de informação, talvez mais facilmente ainda possa ser demonstrado que a medida regulatória em tela resiste à etapa da proporcionalidade em sentido estrito. Isto pois, neste caso, talvez nem seja possível se vislumbrar algum efeito colateral negativo decorrente da regulação a ser compensado pelas virtudes jurídico-morais das finalidades regulatórias almejadas. Possivelmente não exista violação nem mesmo da autonomia do agente regulado, eis que a regulação em questão, ao restringir a vontade do agente regulado, estaria em verdade

implementando a real e consistente autonomia deste mesmo indivíduo (sendo restringida apenas sua autonomia imediata e superficial).

Mas não são apenas as regulações estatais destinadas ao combate das falhas de mercado que devem ser submetidas ao crivo do princípio da proporcionalidade como teste de legitimação jurídico-moral diante da premissa liberal-republicana. O mesmo deve ocorrer com as regulações estatais destinadas ao combate das ações irracionais em heurística<sup>308</sup>.

Quando da verificação de uma situação excepcional cujos elementos fáticos apontem indícios causais ou consequenciais de provável elevadíssimo grau de irracionalidade na realização de escolhas por um agente econômico<sup>309</sup>, afirmou-se ser possível a adoção de regulação estatal que recaia sobre as variáveis regulatórias das informações, do preço, da qualidade ou mesmo do banimento<sup>310</sup>.

No caso em tela, sendo as diferentes medidas igualmente eficientes para impedir as ações irracionais em heurística, via de regra, a prestação de informações provavelmente será aquela que implicará menores restrições à autonomia do agente regulado, atendendo à etapa da necessidade.

Ocorre, entretanto, que, no caso das ações irracionais em heurística, por definição, os agentes já possuem as informações pertinentes à tomada de decisão que deverão realizar. O problema na situação em tela diz respeito não à falta de informações, mas sim preponderantemente na irracionalidade quando da utilização das mesmas. Ao contrário das regulações destinadas ao combate da falha da assimetria de informações, portanto, no caso das regulações destinadas ao combate das ações irracionais em heurística, dificilmente a simples utilização da variável regulatória das informações apresentará igual eficiência no atingimento das finalidades regulatórias em relação às demais variáveis mencionadas.

Desta forma, a adoção de regulação que recaia sobre a variável do preço, sobre a variável da qualidade ou mesmo sobre a variável do banimento pode perfeitamente resistir à etapa da necessidade, não havendo outro meio regulatório igualmente eficiente a atingir a finalidade regulatória e que implique menor invasão de valores fundamentais caros ao liberalismo-republicano.

Além disto, é perfeitamente possível que a regulação em questão resista igualmente à etapa da proporcionalidade em sentido estrito. Tal qual no caso das regulações dedicadas ao combate da falha da assimetria de informações, pode a regulação destinada a combater as

---

<sup>308</sup> V. Capítulo I.3.2 *supra*.

<sup>309</sup> V. Capítulo II.6.B *supra*.

<sup>310</sup> V. Capítulo I.4 *supra*.

ações irracionais em heurística direcionar as condutas do próprio agente regulado vítima da manifestação de vontade completamente irracional (buscando impedir que o mesmo atue de forma completamente irracional) ou as condutas de outro indivíduo que interage com a vítima da irracionalidade (buscando impedir que o mesmo explore o fato de a vítima da irracionalidade manifestar vontade eivada de significativas irregularidades). Em ambas as situações é possível que a regulação destinada a combater as ações irracionais em heurística atenda à etapa da proporcionalidade em sentido estrito.

Em se tratando de regulação que direcione a conduta de outro indivíduo com o intuito de impedir que o mesmo explore o fato de a vítima da irracionalidade manifestar vontade eivada de significativas irregularidades, por um lado, a regulação possivelmente implementará em altíssimo grau a proteção da autonomia e das condições igualitárias de liberdade de todos os agentes que se viam impossibilitados, antes da regulação, de corretamente exercer suas vontades em decorrência de suas manifestações de vontade se encontrarem eivadas de irregularidades, não possuindo portanto condições igualitárias de liberdade para negociar com o agente prestador do serviço ou produto. Por outro lado, a regulação parece restringir a autonomia privada dos agentes regulados em grau muito menor, eis que primeiramente busca apenas impor o fornecimento de informações necessárias à tomada de decisão, determinando padrões de qualidade e preço de exploração da atividade (ou mesmo banimento) tão somente caso tais informações se apresentem muito caras ou de difícil compreensão. Ademais, a restrição da autonomia do regulado neste caso tão somente impede que o mesmo se beneficie da completa irracionalidade da vítima que age em heurística.

Em se tratando de regulação que direcione a conduta do próprio agente que é vítima de irracionalidade, talvez mais facilmente ainda possa ser demonstrado que a medida regulatória em tela resiste à etapa da proporcionalidade em sentido estrito. Isto pois, neste caso, talvez nem seja possível se vislumbrar algum efeito colateral negativo decorrente da regulação a ser compensado pelas virtudes jurídico-morais das finalidades regulatórias almejadas. Possivelmente não exista violação nem mesmo da autonomia do agente regulado, eis que a regulação em questão, ao restringir a vontade do agente regulado, estaria em verdade implementando a real e consistente autonomia deste mesmo indivíduo (sendo restringida apenas sua autonomia imediata e superficial).

Neste caso, na hipótese de os elementos fáticos observados oferecerem indícios de um provável grau intolerável de irracionalidade quando da manifestação de vontade por um agente econômico, a aplicação da etapa da proporcionalidade em sentido estrito pode concluir

pela legitimação jurídico-moral da regulação estatal diante simplesmente de tal regulação apresentar tão somente benefícios jurídico-morais à luz da premissa liberal-republicana, sem qualquer efeito colateral negativo. Nos casos excepcionais de ação irracional em heurística, havendo indícios de provável completa irracionalidade, pode-se entender haver regulação estatal que não apresenta como efeito colateral negativo nem mesmo a limitação da autonomia do próprio indivíduo regulado.

Além das regulações dedicadas ao combate das falhas de mercado e ao combate das ações irracionais em heurística, também as regulações destinadas a implementar as condições materiais mínimas de igualdade necessárias à dignidade humana e ao próprio exercício da autonomia individual<sup>311</sup> se sujeitam à aplicação do princípio da proporcionalidade como teste de legitimação jurídico-moral da regulação à luz da premissa liberal-republicana.

O ponto mais sensível no que diz respeito à aplicação do princípio da proporcionalidade como teste de aferição de legitimação jurídico-moral das regulações especificamente destinadas a implementar as condições materiais de igualdade refere-se à extensão conferida por tais regulações ao conteúdo das condições de igualdade. Quão maior a extensão das condições de igualdade cuja implementação é almejada pelas regulações, mais difícil será fundamentar as mesmas jurídico-moralmente na dignidade humana e no mínimo existencial. Explica-se.

Evidentemente, não é toda e qualquer pretensão de prestação social material nem toda e qualquer condição de igualdade que pode ser remetida à dignidade humana e ser dotada de jusfundamentalidade pelo pilar liberal-igualitário. As prestações materiais sociais e as condições de igualdade passam a configurar direitos fundamentais de natureza pré-política bem como a serem asseguradas independente de qualquer deliberação quando tocadas pela dignidade da pessoa humana e pelo mínimo existencial. A saber, as condições de igualdade integram os princípios morais de justiça na medida em que necessárias à manutenção da própria dignidade humana e das condições existenciais mínimas necessárias para que os indivíduos possam exercer suas autonomias<sup>312</sup>.

Não há nenhuma vedação à possibilidade de uma medida regulatória almejar como finalidade a implementação de prestações sociais materiais e condições de igualdade que vão muito além das necessidades básicas exigidas pela dignidade humana, pela autonomia individual e pelo mínimo existencial. Nada obstante, tais regulações precisarão encontrar fundamento no pilar republicano do liberalismo-republicano, nas deliberações políticas pela

---

<sup>311</sup> V. Capítulo II.7 *supra*.

<sup>312</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar. 2009.

sociedade bem como no exercício da soberania popular e da autonomia pública. As regulações que tenham por objetivo implementar tais prestações materiais sociais elásticas não poderão encontrar fundamento no pilar liberal-igualitário do liberalismo-republicano.

Desta forma, quando da aplicação da etapa da proporcionalidade em sentido estrito às regulações que busquem fundamento na implementação das condições igualitárias de liberdade e de dignidade do pilar liberal-igualitário, o ponto mais sensível será o grau de jusfundamentalidade que toca as finalidades regulatórias almejadas pela regulação sob exame. Quão mais básicas as prestações de igualdade almejadas pela regulação, apresentando-se como condições igualitárias mínimas de liberdade e de dignidade humana, maior o grau de jusfundamentalidade das mesmas, encontrando fundamentação pré-política e metapositiva nos princípios morais de justiça. Quão mais elásticas as prestações de igualdade almejadas pela regulação, afastando-se das condições de liberdade e de dignidade humana, menor o grau de jusfundamentalidade das mesmas e menor seu peso quando da aferição da proporcionalidade em sentido estrito da regulação.

Por outro lado, em decorrência da etapa da necessidade, independentemente de a regulação estatal buscar como finalidade regulatória implementar condições igualitárias de liberdade inerentes à dignidade humana, à autonomia individual e ao mínimo existencial, deverá tal regulação adotar, entre os meios regulatórios de igual eficiência eventualmente disponíveis, aquele que implique menor invasão aos valores jurídico-morais inerentes ao liberalismo-republicano. Em especial, caso a regulação estatal busque direcionar as condutas dos agentes regulados privados prestadores de atividades econômicas com o intuito de serem oferecidas de forma mais acessível aos necessitados prestações materiais sociais básicas, deve tal regulação preferencialmente valer-se de incentivos, não de mecanismos cogentes e que restrinjam de forma mais invasiva a autonomia dos agentes regulados.

Por fim, também as regulações estatais que buscam fundamento no pilar republicano do liberalismo-republicano devem ser submetidas à aplicação do princípio da proporcionalidade como teste de legitimação jurídico-moral das regulações diante da premissa liberal-republicana.

Foi exposto que as regulações estatais que buscam fundamento no pilar republicano da premissa liberal-republicana têm por objetivo a implementação de objetivos e políticas deliberados pelos cidadãos integrantes da sociedade no exercício da soberania popular e da autonomia pública, desde que tais objetivos e políticas não violem o núcleo essencial do

Estado de Direito, dos princípios morais de justiça, da autonomia individual, das condições igualitárias e da dignidade humana<sup>313</sup>.

Desta forma, o ponto mais sensível quando da aplicação da etapa da proporcionalidade em sentido estrito às regulações estatais que se destinam à implementação de objetivos ou políticas deliberados democraticamente pelos cidadãos diz respeito precisamente à indagação acerca de tais objetivos e políticas deliberados violarem ou não o núcleo essencial do Estado de Direito, dos princípios morais de justiça, da autonomia individual, das condições igualitárias e da dignidade humana.

Ainda que a implementação pela regulação estatal dos objetivos e políticas deliberados pelos cidadãos no exercício da autonomia pública impliquem restrições em alguma medida da autonomia dos indivíduos e dos direitos fundamentais, caso a intensidade de tais restrições seja mínima ou moderada, a regulação em tela resistirá à etapa da proporcionalidade em sentido estrito. A implementação dos objetivos e políticas deliberados pelos cidadãos, ao consistirem no exercício da soberania popular e da autonomia pública, apresentará nesta hipótese um peso maior do que as restrições de intensidade mínima ou moderada implicadas sobre a autonomia dos indivíduos e sobre alguns direitos fundamentais. Não haverá que se falar na falta de legitimação jurídico-moral das medidas regulatórias em questão em decorrência simplesmente de as mesmas apresentarem algum grau mínimo de restrição à autonomia individual e a direitos fundamentais (do contrário, nenhuma regulação destinada à implementação de objetivos e políticas deliberados democraticamente apresentaria legitimação jurídico-moral, eis que toda e qualquer regulação, por definição, implica algum grau mínimo de restrição da autonomia individual do próprio agente regulado).

Por outro lado, em decorrência da etapa da necessidade, ainda que a implementação dos objetivos e premissas deliberados pelos cidadãos no exercício da autonomia pública e da soberania popular compensem o grau mínimo de invasão à autonomia individual e aos direitos fundamentais decorrente da regulação, em havendo diversas medidas regulatórias que apresentem igual eficiência no atingimento de tais objetivos e políticas deliberadas, a regulação estatal deverá adotar aquele meio que provoque o menor sacrifício de valores jurídico-morais inerentes à premissa liberal-republicana.

Eis a forma pela qual a aplicação do princípio da proporcionalidade, em especial das etapas da “necessidade” e da “proporcionalidade em sentido estrito”, se apresenta como interessante instrumento metodológico na aferição da legitimação jurídico-moral das medidas

---

<sup>313</sup> V. Capítulo II.8 *supra*.

jurídicas regulatórias. Resistindo ao teste da proporcionalidade, a regulação apresenta-se legitimada jurídico-moralmente em uma perspectiva intra-medida regulatória quando da análise da relação estabelecida entre os meios regulatórios adotados e as finalidades perseguidas pela regulação.

Enfim, em última análise, a etapa da “proporcionalidade em sentido estrito” exigirá que se coloquem em uma balança: de um lado, o peso que as finalidades regulatórias possuem na implementação dos valores jurídico-morais do liberalismo-republicano; de outro lado, o peso que as limitações de direitos e liberdades trazidas pelo meio adotado pela medida regulatória possuem na restrição dos valores jurídico-morais do liberalismo-republicano. Como se percebe, há dois caminhos a serem seguidos simultaneamente pelas medidas regulatórias em busca de legitimação jurídico-moral. Por um lado, devem perseguir finalidades que implementem ao máximo os valores jurídico-morais do liberalismo-republicano. Por outro lado, devem evitar ao máximo os “efeitos colaterais indesejáveis”, consistentes na restrição dos valores jurídico-morais do liberalismo-republicano.

Pelo lado da adoção de meios que imponham o menor grau de “efeitos colaterais”, deve-se conferir especial atenção à variável regulatória das informações. Isto pois, muitas vezes, uma finalidade regulatória pode ser atingida com a mesma eficiência tanto pela simples imposição regulatória de que informações sejam fornecidas ao público quanto pela rígida determinação de que certa atividade seja prestada de forma específica. Caso ambas as medidas sejam igualmente eficientes na implementação da finalidade perseguida, geralmente<sup>314</sup>, a imposição de divulgação de informações se apresenta menos invasiva e custosa à liberdade do agente regulado do que a regulação das demais variáveis, aumentando as chances de legitimação jurídico-moral da regulação em tela.

### 2.9.2. O princípio da isonomia como teste de legitimação inter-medidas regulatórias

O princípio da isonomia, por sua vez, apresenta-se como instituto metodológico extremamente útil na aferição da legitimação jurídico-moral das medidas regulatórias em uma perspectiva de análise inter-medidas regulatórias. O princípio da isonomia pode ser um instituto garantidor de coerência das declarações de legitimação ou de falta de legitimação jurídico-moral em uma perspectiva comparativa entre as diversas medidas regulatórias. Explica-se.

---

<sup>314</sup> Geralmente. Nem sempre! Por vezes, a produção de informações pode ser excessivamente custosa e inviável faticamente! Neste sentido, v. Capítulo I. 4 *supra*.



O princípio da igualdade, por um lado, estabelece que situações iguais devam receber igual tratamento jurídico. O mesmo princípio da igualdade, por outro lado, estabelece que situações diferentes devam receber tratamentos jurídicos diversos na medida de suas diferenças.

Mas o que se deve entender por “situações iguais”? A rigor, se por “situações iguais” se pretender designar “situações absolutamente idênticas”, não existe nenhum caso de situações iguais na face da terra. A rigor, absolutamente toda situação, ainda que por força de um aspecto accidental mínimo e irrelevante, é única e diferente de todas as outras. Caso sejam considerados todos os pequenos detalhes accidentais que as individualizam, todas as situações são distintas entre si.

Nada obstante, embora toda e qualquer situação seja única e particular, diferente de todas as outras, as diversas situações podem apresentar aspectos e características comuns entre si. Neste sentido, pode-se falar que duas situações são “iguais” especificamente no fato de ambas apresentarem determinada característica em comum.

Ocorre, portanto, que as diversas situações poderão ser consideradas “iguais” ou “diferentes” entre si a depender da característica distintiva eleita como critério para que as situações sejam classificadas em grupos de identidade. Caso um critério específico seja adotado, a situação “A” pode ser considerada “igual” à situação “B”, sendo ambas diferentes das situações “C” e “D”, iguais entre si. Nada obstante, ao se alterar o critério distintivo adotado, a mesma situação “A” pode ser considerada “igual” à situação “C”, sendo ambas diferentes das situações “B” e “D”, iguais entre si.

Imagine-se um simplório jogo lógico composto por apenas quatro peças: um quadrado azul, um círculo azul, um quadrado vermelho e um círculo vermelho. Como se percebe, absolutamente nenhuma peça é absolutamente idêntica a outra. Haveria, porém, alguma peça “igual” a outra? A resposta depende do critério utilizado para se definir o que seja uma peça “igual” à outra!

Por um lado, caso seja adotada como critério distintivo a forma geométrica das peças, poder-se-á afirmar que o círculo azul é “igual” ao círculo vermelho, enquanto que o quadrado azul é “igual” ao quadrado vermelho. Ambos os quadrados são “diferentes” dos dois círculos. Por outro lado, caso seja adotada como critério distintivo a cor das peças, poder-se-á afirmar que o círculo azul é “igual” ao quadrado azul, enquanto que o círculo vermelho é “igual” ao quadrado vermelho. Ambas as peças azuis são “diferentes” das duas peças vermelhas.

Como se percebe, nenhuma das peças do jogo lógico é idêntica a nenhuma das outras. Somadas todas as características distintivas, cada uma das peças é única e distinta de todas as demais. Se a pretensão de encontrar uma peça “igual” a outra consistir na pretensão de encontrar duas peças absolutamente idênticas em todas as características, tal pretensão restará frustrada. Porém, as diferentes peças apresentam contingentemente características em comum umas com as outras. Neste sentido, se a pretensão de encontrar duas peças “iguais” consistir na pretensão de encontrar duas peças iguais no fato de partilharem em comum alguma característica específica, tal pretensão poderá ser satisfeita. A grande questão consistirá em definir qual a característica eleita como critério que servirá para definir que as duas peças são “iguais”.

O exemplo simplório do jogo lógico com apenas quatro peças facilita a compreensão da aplicação do princípio da isonomia no mundo do direito. As ricas situações a serem regidas pelo direito possuem uma infinidade de características a lhes individualizar (muito mais do que apenas duas características- forma geométrica e cor). Não existe nenhuma situação a ser regida pelo direito que seja idêntica a outra. Cada situação é individual, única e peculiar, caso somadas todas suas infindáveis características mais acidentais. Qual seria o sentido, portanto, da existência de um princípio jurídico da isonomia? Qual seria, portanto, o sentido de um princípio que determina que as situações “iguais” devam receber igual tratamento pelo direito?

Ocorre que, não obstante todas as situações serem diversas entre si, as mais variadas situações apresentam características em comum. Tal qual o caso das peças do jogo lógico, a depender das características eleitas como critério distintivo, as diversas situações poderão ser ora consideradas “iguais”, ora consideradas “diferentes” entre si.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO<sup>315</sup> bem percebeu que a solução para a correta aplicação do princípio da igualdade se encontra na necessidade de o “fator de *discrímen*” eleito para efeitos de considerar situações iguais ou diferentes dever manter pertinência lógica com as finalidades para as quais se está pretendendo tratar de forma igual ou diferente as situações.

Imagine-se a eleição do fator de *discrímen* sexo das pessoas. Seria tal fator de *discrímen* justo para fins de definir se as pessoas são iguais ou não, merecendo ou não receber o mesmo tratamento jurídico? Depende. O fator de *discrímen* não é justo ou injusto em si, mas sim justo ou injusto a depender de o mesmo manter ou não pertinência com a finalidade

---

<sup>315</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2002.

para a qual o mesmo será utilizado a conferir iguais ou distintos tratamentos jurídicos às situações. Caso se pretenda realizar um concurso público para ocupação de cargo de agente de segurança de presídio feminino, pertinente seria a proibição de que homens se inscrevessem. Para esta finalidade, homens e mulheres devem ser considerados diferentes, sendo correta a aplicação de tratamentos jurídicos distintos, eis que as funções do cargo exigirão a realização de revistas íntimas das presas. O fator de *discrímen* sexo, para esta finalidade específica, se apresente justo.

Rigorosamente o mesmo fator de *discrímen* sexo, porém, se apresentaria injusto no caso de proibição de que homens se inscrevessem para realizar concurso público para o cargo de Procurador do Estado. Para esta finalidade, homens e mulheres devem ser considerados “iguais”. Para esta finalidade, o fator de *discrímen* adotado não guarda qualquer pertinência lógica e seria injusto.

LUÍS ROBERTO BARROSO<sup>316</sup>, por sua vez, tendo a mesma percepção de que o princípio da igualdade exige uma complementação, propõe que o mesmo deva ter seu conteúdo definido em conjunto com o princípio da razoabilidade. A saber, o fator utilizado para se considerar situações iguais ou diferentes deverá ser razoável especificamente diante dos tratamentos jurídicos iguais ou distintos que serão conferidos.

Uma grande diferença entre o princípio da proporcionalidade e o princípio da isonomia, entretanto, consiste em que este último é um princípio relacional inter-situações e inter-medidas jurídicas, ao passo que o princípio da proporcionalidade é um princípio cujo âmbito de atuação relacional é essencialmente interno, intra-situação ou intra-medida jurídica. Explica-se.

O princípio da proporcionalidade, tal qual exposto, atua na estrutura interna das medidas jurídicas que regem determinada situação. Afere a relação estabelecida entre o meio adotado por uma medida jurídica e a finalidade perseguida pela mesma.

O princípio da isonomia, por sua vez, é por excelência relacional inter-situações jurídicas. Propõe relacionar comparativamente as diversas situações e medidas jurídicas. É externo ao âmbito de uma medida jurídica em si mesma. Afere a relação mantida entre as diversas situações e medidas jurídicas, exigindo que o direito confira tratamento igual para aquelas que se apresentem iguais e desigual para as que se apresentam desiguais na medida de suas diferenças.

---

<sup>316</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Razoabilidade e Isonomia no direito brasileiro”. In BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo I. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.

Nada obstante, da mesma forma que o princípio da proporcionalidade precisa de critério material para que se defina o que se deve entender por “proporcional”, o princípio da isonomia precisa de critério para que se defina o que se deve entender por “isonômico”. Não bastava, por exemplo, que RONALD DWORKIN<sup>317</sup> definisse a “igualdade” como a “virtude soberana” de sua teoria da justiça. Entre as várias definições de conteúdo possíveis, DWORKIN precisou expressamente definir que adotava um conceito de igualdade consistente na idéia de igual respeito e consideração liberal, onde os indivíduos devam ser iguais na liberdade e condições dignas para escolherem seus próprios planos de vida pessoais. MICHAEL WALZER<sup>318</sup>, por sua vez, oferece conteúdo completamente distinto de igualdade, informado nitidamente pela posição comunitária do autor.

Neste ponto, tal qual o princípio da proporcionalidade, também o princípio da isonomia, ao apresentar conteúdo material imediato vazio, se presta nitidamente a instrumentalizar o ingresso de valores morais no ordenamento jurídico positivo. No entender da presente tese, mais especificamente, tal princípio deve instrumentalizar o ingresso dos valores morais do liberalismo-republicano no ordenamento jurídico. O princípio da isonomia, tal qual o princípio da proporcionalidade, se apresenta como princípio de legitimação jurídico-moral, juridicizando os valores morais do liberalismo-republicano em valores jurídico-morais do ordenamento.

Desta forma, se o princípio da proporcionalidade exige que a relação interna mantida entre os meios e finalidades de uma medida regulatória (intra-medida regulatória) seja proporcional em um sentido jurídico-moral diante do liberalismo-republicano, o princípio da isonomia exige, por sua vez, que a relação externa mantida entre as diversas medidas regulatórias (inter-medidas regulatórias) seja isonômica em um sentido jurídico-moral diante do liberalismo-republicano.

A saber, caso se esteja diante de duas medidas regulatórias consideradas “iguais” sob a ótica de fator de *discrimen* eleito como critério de definição de igualdade baseado no grau em que tais medidas implementam ou restringem os valores jurídico-morais do liberalismo-republicano, ambas as medidas regulatórias deverão receber igual tratamento no que diz respeito à declaração de legitimação ou de falta de legitimação jurídico-moral.

Tratando-se de medidas regulatórias que implementem ou restrinjam de forma igual os valores jurídico-morais do liberalismo-republicano, sendo medidas regulatórias “iguais”

---

<sup>317</sup> DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*. São Paulo: Martins Fontes. 2005.

<sup>318</sup> WALZER, Michael. *Esferas da Justiça. Uma defesa do pluralismo e da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

segundo este critério de definição de igualdade, ou ambas as medidas regulatórias devem ser declaradas legitimadas jurídico-moralmente, ou ambas as medidas regulatórias devem ser declaradas despidas de legitimação jurídico-moral. Tratando-se de medidas regulatórias que implementem ou restrinjam de forma igual os valores jurídico-morais do liberalismo-republicano, não pode ocorrer de uma delas ser declarada legitimada jurídico-moralmente, ao passo que outra seja considerada despida de legitimação jurídico-moral. Tal representaria violação ao princípio da isonomia utilizado como instituto metodológico útil para estabelecer parâmetros objetivos na aferição de legitimação jurídico-moral sob uma perspectiva inter-medidas regulatórias, uma perspectiva externa de coerência relacional entre as medidas regulatórias.

Da mesma forma, representaria violação ao princípio da isonomia como instrumento metodológico operacionalizador da aferição de legitimação jurídico-moral a situação em que, embora duas medidas regulatórias sejam “diferentes” sob a ótica de fator de *discrímén* eleito como critério de definição de igualdade baseado no grau em que tais medidas implementam ou restringem os valores jurídico-morais do liberalismo-republicano, ambas as medidas regulatórias venham a receber igual tratamento no que diz respeito à declaração de legitimação ou de falta de legitimação jurídico-moral. Tal representaria outra espécie de violação ao princípio da isonomia utilizado como instituto metodológico útil para estabelecer parâmetros objetivos na aferição de legitimação jurídico-moral sob uma perspectiva inter-medidas regulatórias, uma perspectiva externa de coerência relacional entre as medidas regulatórias.

A saber, a violação do princípio da isonomia pode decorrer tanto do tratamento igual de medidas regulatórias diferentes quanto do tratamento diferente de medidas regulatórias iguais. Para fins de tratamento igual ou diferente no que diz respeito à declaração de legitimação ou de falta de legitimação jurídico-moral, o fator de *discrímén* a ser adotado para definir se as medidas regulatórias são “iguais” entre si deve consistir no fato de os meios adotados e as finalidades perseguidas pelas mesmas implementarem ou restringirem no mesmo grau os valores jurídico-morais do liberalismo-republicano.

Imagine-se um exemplo de comparação inter-medidas regulatórias instrumentalizada pelo princípio da isonomia como instrumento metodológico a fornecer parâmetros objetivos na aferição de legitimação jurídico-moral das medidas regulatórias.

Foi exposto<sup>319</sup> que um dos melhores exemplos da falha de mercado das “externalidades negativas” é o caso da poluição. O indivíduo que pratica uma conduta poluente não possui qualquer interesse racional individual de levar a sério os custos decorrentes da conduta, eis que os mesmos serão externalizados. Assim, pode-se adotar uma regulação destinada a “internalizar” os custos decorrentes da poluição produzida pelo agente. Um mecanismo bastante utilizado é o da regulação pela via da extrafiscalidade tributária<sup>320</sup>. A saber, o Direito Tributário é manejado não com fins unicamente arrecadatários, mas essencialmente com o intuito de direcionar a conduta dos agentes no sentido desejado.

Como se sabe, a utilização de veículos movidos a combustíveis fósseis derivados do petróleo, como a gasolina, produzem muito mais poluição do que a utilização de veículos movidos a etanol. A queima de etanol é sensivelmente menos degradante ao meio ambiente do que a queima de gasolina. Neste sentido, imagine-se que, no exercício do instituto da extrafiscalidade tributária, o Estado pretenda reduzir a utilização de veículos movidos a gasolina. Desta forma, estabelece alíquota do IPVA em 5% sobre o valor dos veículos movidos a gasolina, enquanto fixa em 3% a alíquota do IPVA sobre o valor dos veículos movidos a etanol.

Imagine-se agora que, em futuro próximo, entrem no mercado brasileiro os carros movidos a energia elétrica. Pelo fundamento de que tais veículos poluem menos que os veículos movidos a gasolina, imagine-se que o Estado fixe IPVA em alíquota de 4% sobre a propriedade dos veículos movidos a energia elétrica, alíquota inferior aos 5% incidentes sobre a propriedade dos veículos movidos a gasolina.

Como se percebe, porém, a alíquota de IPVA a incidir sobre a propriedade dos veículos movidos a energia elétrica terá sido fixada em percentual superior ao da alíquota a incidir sobre a propriedade dos veículos movidos a etanol. O resultado será o de que a regulação incidente sobre os veículos movidos a etanol e a regulação incidente sobre os veículos movidos a energia elétrica, nos termos expostos, constituirão uma violação ao princípio da isonomia. Haverá um problema de incoerência e de falta de isonomia inter-medidas regulatórias.

Por um lado, a medida regulatória incidente sobre a propriedade de veículos movidos a energia elétrica estaria conferindo incentivo menor à compra destes veículos do que o incentivo conferido pela medida regulatória incidente sobre a propriedade de veículos

---

<sup>319</sup> V. Capítulo I.3.1 *supra*.

<sup>320</sup> Acerca do instituto da extrafiscalidade tributária, v. TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar. 2009.

movidos a etanol para a compra destes últimos. A saber, a medida regulatória incidente sobre os veículos movidos a energia elétrica estaria limitando a propriedade e a autonomia privada dos proprietários dos veículos através de uma alíquota de 4%, ao passo que a medida regulatória incidente sobre os veículos movidos a etanol estaria limitando a propriedade e a autonomia privada dos proprietários dos veículos através de uma alíquota menor (3%). Por outro lado, a finalidade regulatória consistente no incentivo à utilização de veículos movidos a energia elétrica possui um peso muito maior na implementação dos valores jurídico-morais do liberalismo-republicano que a finalidade regulatória consistente no incentivo à utilização de veículos movidos a etanol.

A conseqüência do cenário descrito no exemplo seria a falta de legitimação jurídico-moral das regulações mencionadas sob um perspectiva relacional inter-medidas regulatórias. A saber, se a medida regulatória que recai sobre a propriedade dos veículos movidos a etanol, cuja finalidade perseguida protege apenas razoavelmente o meio ambiente (implementando em menor medida os valores jurídico-morais do liberalismo-republicano), incentiva em alto grau a compra destes veículos através de uma pequena alíquota de 3%, a medida regulatória sobre a propriedade dos carros movidos a energia elétrica, cuja finalidade perseguida apresenta enorme proteção do meio ambiente (implementando em maior medida os valores jurídico-morais do liberalismo-republicano), não poderia incentivar em menor grau a compra destes veículos através de uma alta alíquota de 4%.

Imagine-se outro exemplo de comparação inter-medidas regulatórias instrumentalizada pelo princípio da isonomia como instituto metodológico a fornecer parâmetros objetivos na aferição de legitimação jurídico-moral das medidas regulatórias.

Segundo os arts. 28 e 33 da Lei 11.343/06, tanto o consumo quanto a produção e a comercialização de drogas sem autorização legal, muito mais do que atividades proibidas, constituem crimes tipificados pela legislação penal, remédio mais forte do qual pode se valer o direito brasileiro. Consumir<sup>321</sup>, fabricar e/ou comercializar drogas sem autorização legal, muito mais do que ilícitos decorrentes de vedações civis ou administrativas, constituem crimes sujeitos à imposição de penas.

As normas jurídicas mencionadas, em outros termos, estabelecem uma regulação estatal que recai sobre a variável do banimento. A saber, independentemente do preço, da

---

<sup>321</sup> O STF tem entendido que o art. 28 da Lei nº 11.343/06 não descriminalizou o consumo de drogas ilícitas. O consumo de drogas permanece sendo fato típico, tão somente sujeito atualmente a penas alternativas, que não mais a pena privativa de liberdade, ao contrário do que ocorria quando da vigência do art. 16 da Lei nº 6368/76. Tal posicionamento pode ser encontrado no acórdão proferido no RE 430.150, com julgamento em 13/02/2007, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence.

quantidade, do número de agentes ou mesmo dos padrões de qualidade, as atividades econômicas em tela simplesmente não podem ser prestadas *at all*.

As regulações estatais que estabelecem o banimento do consumo, da produção e da comercialização de drogas podem encontrar legitimação jurídico-moral diante da premissa liberal-republicana com base em duas finalidades principais: o combate à falha de mercado das externalidades negativas<sup>322</sup> e o combate às ações irracionais em heurística<sup>323</sup>.

No que diz respeito à existência de externalidades negativas, ao individual e voluntariamente consumir drogas, um indivíduo potencializa suas chances de sofrer danos à saúde. Não haveria qualquer problema de externalidade negativa caso o próprio indivíduo consumidor de drogas assumisse os custos decorrentes dos tratamentos de saúde aos quais deverá se submeter (medicamentos, internações hospitalares, etc).

Essa hipótese, entretanto, não corresponde à realidade<sup>324</sup>. Na maioria dos casos, o consumidor de drogas, cujo estado de saúde estará fragilizado em decorrência de suas próprias opções individuais, se socorrerá junto ao sistema público de saúde, onerando os gastos orçamentários e os contribuintes em geral. Percebe-se, portanto, que os custos decorrentes da opção individual dos consumidores de drogas tendem a ser “externalizados”, suportados por terceiros outros (os contribuintes) não envolvidos na relação específica da aquisição e consumo de drogas. Não haveria, portanto, correto sopesamento pelos agentes entre os benefícios e os custos da opção de adquirir e consumir drogas, eis que, sendo alguns dos custos externalizados, não serviriam de desestímulo à conduta.

No que diz respeito à existência de ações irracionais em heurística, por sua vez, os conhecimentos empíricos adquiridos pela diuturna observação dos fatos apontam haver sérios indícios causais e conseqüenciais de provável irracionalidade em grau bastante elevado quando da manifestação de vontade dos agentes econômicos na realização das escolhas de comprar e de consumir drogas. A verificação, quando da realização das escolhas de compra e de consumo de drogas pelos agentes econômicos, de fatores fáticos como o otimismo na avaliação dos riscos próprios, a presença de substância que provoca efeitos viciantes e a

---

<sup>322</sup> V. Capítulo I.3.1.C *supra*.

<sup>323</sup> V. Capítulo I.3.2 *supra*.

<sup>324</sup> Uma solução para o problema seria buscar “internalizar” os custos através da exigência de que o próprio consumidor de drogas arcasse com seus tratamentos de saúde. Um “Termo de Compromisso” assinado pelo consumidor, se comprometendo, em troca do direito de usar drogas, à obrigação negativa de não recorrer ao S.U.S. em caso de danos futuros à sua saúde, seria certamente declarado nulo pelo Judiciário. Mesmo tendo o indivíduo assinado tal documento para poder utilizar drogas, uma vez necessitando de atendimento público de saúde, o Judiciário afirmaria serem os direitos à vida e à saúde indisponíveis, declarando a nulidade do documento. Solução mais viável, portanto, seria a criação de uma espécie de “seguro saúde complementar obrigatório” para os consumidores de drogas. Tal seguro poderia ser capitalizado através da incidência de impostos mais pesados sobre o comércio de drogas.



existência de consequências que manifestam efeitos diferidos no tempo constitui sérios indícios de que a manifestação de vontade realizada pelos agentes econômicos provavelmente não corresponde ao exercício da real e consistente autonomia privada destes mesmos indivíduos.

A regulação estatal de banimento do consumo, da produção e da comercialização das drogas, porém, não se encontra completamente prevista nos mencionados arts. 28 e 33 da Lei 11.343/06. Trata-se do que os penalistas denominam de “norma penal em branco”<sup>325</sup>. A saber, os tipos penais previstos nos arts. 28 e 33 da Lei 11.343/06 exigem importante complementação através de regulamentação técnica infralegal<sup>326</sup>: precisamente a definição de quais drogas devem ser consideradas ilícitas para os fins do banimento mediante criminalização do consumo, da produção e do comércio.

Ocorre que, quando do exame da regulamentação técnica que complementa a regulação legal de banimento, percebe-se que nem todas as drogas são incluídas em tal regulação. Algumas drogas, como a maconha, a heroína, a cocaína e o *crack*, encontram-se elencadas na lista de drogas ilícitas trazida pela complementação regulamentar da norma penal em branco. Nada obstante, outras drogas, como a cafeína, a nicotina e o álcool, não constam da referida lista de drogas ilícitas, sendo, portanto, consideradas drogas cujos consumo, produção e comercialização são permitidos.

O que fundamentaria esse tratamento diferente? Quando da aplicação do princípio da igualdade como teste de legitimação jurídico-moral das regulações estatais em uma perspectiva inter-medidas regulatórias, cabe indagar se seria jurídico-moralmente legitimada e coerente a postura regulatória estatal de banir algumas drogas ao mesmo tempo em que opte por permitir outras. Em respeito ao princípio da igualdade como teste de legitimação jurídico-moral das regulações, para que as diversas situações envolvendo as distintas drogas recebam tratamento regulatório diferente, deve-se comprovar haver diferenças entre as situações mencionadas no que diz respeito ao grau em que o consumo de cada uma destas drogas implica provável ação irracional em heurística ou externalidades negativas violadoras dos valores fundamentais inerentes à premissa liberal-republicana.

Ao serem analisados os elementos fáticos envolvidos na realização pelos agentes econômicos da escolha de consumir *crack*, percebe-se haver fortes indícios de um provável grau praticamente absoluto de irracionalidade. Todos os indícios deduzidos dos conhecimentos empíricos desenvolvidos a partir da diuturna observação fática apontam, no

---

<sup>325</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. V.1. Parte Geral. São Paulo: Saraiva. 2013.

<sup>326</sup> A ANVISA periodicamente atualiza a lista de drogas ilícitas prevista na Portaria SVS/MS nº 344/98.

caso da escolha de consumir *crack*, para a existência de uma manifestação de vontade por parte dos agentes econômicos que provavelmente não atende a requisitos mínimos de racionalidade. Desta forma, no caso específico da escolha de consumir *crack*, fortes são os indícios de que a manifestação de vontade dos agentes econômicos, provavelmente tocada por quase que absoluta irracionalidade, não corresponde ao exercício da real e consistente autonomia destes indivíduos (pelo contrário, viola a mesma).

O primeiro *standard* consequencial, consistente na gravidade do dano, já indica um provável grau bastante elevado de irracionalidade na manifestação voluntária realizada pelos agentes econômicos na escolha de consumir *crack*. Isto por tratar-se de droga que na esmagadora maioria dos casos leva à morte de seus usuários, dano irreversível da maior gravidade. Na “melhor” das hipóteses, mesmo tendo consumido a droga poucas vezes, os usuários já sofrem seqüelas permanentes e devastadoras.

No mesmo sentido caminha o segundo *standard* consequencial, referente ao risco ou probabilidade de ocorrência do dano. A saber, trata-se de droga cujo consumo muito dificilmente deixará de acarretar os gravíssimos danos mencionados.

O critério causal do otimismo quando da avaliação dos próprios riscos de sofrer dano também aponta para indícios de provável forte irracionalidade quando da escolha realizada pelos agentes de consumir *crack*. Há uma tendência psicológica de a maioria dos indivíduos, quando do consumo de substâncias com efeitos nocivos à saúde, não acreditar que tais efeitos nocivos recairão sobre si próprios na mesma intensidade em que recaem sobre as demais pessoas.

Outro critério causal a apontar indícios de provável irracionalidade quando da escolha realizada pelos agentes de consumir *crack* é o da existência de efeitos diferidos no tempo. A saber, no momento exato em que realiza a escolha de consumir *crack*, o agente leva em consideração tão somente os benefícios que serão colhidos imediatamente quando do consumo (prazer instantâneo), ignorando os custos que serão suportados por sua saúde após.

Por fim, fator fático que, junto dos *standards* consequenciais da gravidade do dano e da probabilidade de ocorrência do dano, apresenta o maior indício de provável grau elevadíssimo de irracionalidade quando da escolha pelos agentes de consumir *crack* é o *standard* causal da existência de substância que provoca efeitos viciantes. No caso do *crack*, trata-se de droga com potencial aditivo extremamente elevado. Indivíduos tornam-se dependentes de tal droga ainda que tenham consumido a mesma pouquíssimas vezes, sendo muito difícil a cura do vício em questão.

Enfim, utilizando-se os conhecimentos empíricos desenvolvidos a partir das diárias observações fáticas, os diversos *standards* causais e consequenciais formulados apontam todos para a existência de fortes indícios de que, quando da realização da escolha de consumir *crack* pelos agentes, tal manifestação de vontade provavelmente não atende a requisitos mínimos de racionalidade, sendo provável que as escolhas em questão sejam completamente irracionais. Neste sentido, embora fruto da manifestação expressa de vontade dos agentes, as escolhas de consumir *crack* podem ser consideradas como provavelmente não correspondendo ao exercício da real e consistente autonomia dos mesmos. Em verdade, tais ações irracionais em heurística, no caso da escolha de consumir *crack*, representam forte violação à autonomia privada e às condições igualitárias de liberdade e de dignidade dos agentes, se encontrando a regulação estatal destinada a combatê-las legitimada jurídico-moralmente diante do pilar liberal-igualitário da premissa liberal-republicana.

Veja-se que a aplicação dos mesmos *standards* causais e consequenciais apresentados apontam para indícios bastante distintos quanto ao provável grau de racionalidade ou irracionalidade inerente às escolhas realizadas pelos agentes econômicos de consumir tabaco. Em comparação com a escolha de consumir *crack*, o exame dos *standards* causais e consequenciais apontam para indícios de haver provavelmente bem mais racionalidade quando da escolha pelos agentes de consumir tabaco. Neste sentido, havendo um grau maior de racionalidade quando da escolha de consumir tabaco, mais difícil afirmar-se que tal manifestação de vontade simplesmente não corresponde ao exercício da real e consistente autonomia dos agentes e que deveria haver regulação estatal destinada a combater ação irracional em heurística com legitimação jurídico-moral no pilar liberal-igualitário do liberalismo-republicano.

Ao analisar-se a escolha pelos agentes de consumir tabaco, o primeiro *standard* consequencial, consistente na gravidade do dano, já indica um provável grau bem menor de irracionalidade do que aquele que havia sido verificado quando da escolha pelos agentes de consumir *crack*. Por mais que o tabaco possa provocar sérios danos à saúde, os mesmos não se comparam àqueles provocados pelo consumo de *crack*. Ademais, geralmente os danos provocados pelo consumo de tabaco apresentam um grau de reversibilidade muito maior do que as permanentes e irreversíveis seqüelas provocadas pelo consumo de *crack*.

No mesmo sentido caminha a análise comparativa do consumo das duas drogas perante o segundo *standard* consequencial, referente ao risco ou probabilidade de ocorrência do dano. Não há dúvidas de que o consumo de tabaco pode aumentar as chances de

desenvolvimento de inúmeras doenças e mesmo levar à morte. Nada obstante, tais riscos e probabilidades de dano nem chegam perto daquelas decorrentes do consumo de *crack*.

Por fim, fator fático que, junto dos *standards* consequenciais da gravidade do dano e da probabilidade de ocorrência do dano, deixa claro que os indícios apontam para um provável grau de irracionalidade muito maior quando da escolha de consumir *crack* do que quando da escolha de consumir tabaco é o *standard* causal da existência de substância que provoca efeitos viciantes. No caso do *crack*, trata-se de droga com potencial aditivo muito mais elevado do que o tabaco. Por um lado, indivíduos tornam-se dependentes de *crack* ainda que tenham consumido a droga pouquíssimas vezes, sendo muito difícil a cura do vício em questão mesmo através de rígidos tratamentos médicos. Por outro lado, por mais que seja difícil, não faltam casos de indivíduos que conseguem abandonar o consumo de tabaco sem mesmo ser necessária a utilização de tratamento para tanto.

Enfim, utilizando-se os conhecimentos empíricos desenvolvidos a partir das diárias observações fáticas, os diversos *standards* causais e consequenciais formulados apontam todos para a existência de fortes indícios de que a escolha de consumir *crack* apresenta um provável grau de irracionalidade bem mais elevado que aquele inerente à escolha de consumir tabaco. Desta forma, o fato de os indícios fáticos afirmarem ser provável que a escolha de consumir *crack* seja completamente irracional não significa que o mesmo deva ser afirmado em relação à escolha de consumir tabaco.

No mesmo sentido, a constatação de que as escolhas de consumir *crack*, mesmo que fruto da manifestação voluntária expressa dos agentes, podem ser consideradas como provavelmente não correspondentes ao exercício da real e consistente autonomia dos mesmos não necessariamente deve ser replicada com referência à relação mantida entre as escolhas de consumir tabaco e a autonomia dos agentes.

Em verdade, as ações irracionais em heurística inerentes à escolha de consumir *crack* representam violação à autonomia privada e às condições igualitárias de liberdade dos agentes muito maior do que a violação a estes mesmos valores morais fundamentais implicada pelas ações irracionais em heurística inerentes à escolha de consumir tabaco. Desta forma, não há qualquer violação ao princípio da isonomia quando do estabelecimento de regulação de banimento da droga *crack* sem que, por outro lado, seja implantada qualquer regulação de banimento da droga tabaco.

Evidentemente, o caso que se acaba de utilizar para exemplificar a aplicação do princípio da igualdade no teste de legitimação jurídico-moral em uma perspectiva inter-

medidas regulatórias não apresenta grandes polêmicas diante da nítida disparidade existente entre as drogas do *crack* e do tabaco (além de apresentar efeitos viciantes muito mais intensos, a primeira droga provoca danos muito mais graves, irreversíveis e prováveis do que a última). A aplicação do princípio da isonomia tende a ser bem mais complexa quando da comparação de drogas cujos efeitos viciantes bem como gravidade e probabilidade de dano sejam bem similares (como seria o caso de questionar os tratamentos regulatórios distintos conferidos ao tabaco, ao álcool e à maconha).

Enfim, o princípio da isonomia, tal qual o princípio da proporcionalidade, se apresenta como instrumento metodológico útil a operacionalizar o ingresso dos valores morais do liberalismo-republicano no ordenamento jurídico e a aferição de legitimação jurídico-moral das medidas regulatórias através do estabelecimento de parâmetros objetivos. Tal princípio atuará na aferição de legitimação jurídico-moral das regulações em um plano relacional inter-medidas regulatórias, analisando se medidas regulatórias consideradas “iguais” sob um critério do grau de implementação ou restrição dos valores jurídico-morais do liberalismo-republicano recebem igual tratamento na declaração de legitimação ou de falta de legitimação jurídico-moral.

### 3 ESTUDO DE CASO. OS ARGUMENTOS DE NATUREZA PATERNALISTA DIANTE DA AFERIÇÃO DE LEGITIMAÇÃO JURÍDICO-MORAL DAS MEDIDAS JURÍDICAS REGULATÓRIAS

Ao longo da Parte II da presente tese, foi delineada uma teoria geral da legitimação jurídico-moral aplicável a toda e qualquer medida jurídica regulatória, sendo enfrentados os pontos mais sensíveis inerentes à empreitada de justificação das mais diversas regulações estatais. Desta forma, deixou-se claro que a legitimação jurídico-moral das diversas medidas jurídicas regulatórias em geral pode encontrar fundamento em qualquer um dos dois pilares inerentes à premissa liberal-republicana de filosofia político-moral adotada como paradigma externo de justificação do ordenamento: o pilar liberal-igualitário ou o pilar republicano<sup>327</sup>. Por um lado, podem as medidas regulatórias buscar legitimação jurídico-moral na promoção da autonomia privada, das condições igualitárias, do Estado de Direito e da dignidade humana. Por outro, podem as medidas regulatórias buscar legitimação jurídico-moral na promoção da autonomia pública e da soberania popular.

Neste sentido, na Parte II da tese, com fundamento no pilar liberal-igualitário, primeiramente vislumbrou-se a possibilidade de existência de medidas regulatórias estatais destinadas a combater as falhas de mercado em uma releitura jurídico-moral de tal instituto econômico como as situações em que o atuar livre e natural dos agentes no mercado, apesar de racional, viole a autonomia individual, as condições igualitárias de liberdade e de dignidade humana, os princípios morais de justiça e o Estado de Direito<sup>328</sup>. Ainda com base no pilar liberal-igualitário, foi exposta a possibilidade de existência de medidas regulatórias estatais destinadas a combater as ações irracionais em heurística em uma releitura jurídico-moral de tal instituto econômico como as situações em que o atuar livre e natural dos agentes no mercado, em decorrência de grau intolerável de irracionalidade, viole a autonomia individual, as condições igualitárias de liberdade e de dignidade humana, os princípios morais de justiça e o Estado de Direito<sup>329</sup>. Por fim, ainda com base no pilar liberal-igualitário, foi defendida a existência de medidas regulatórias estatais que, embora não destinadas a combater nem falhas de mercado nem ações irracionais em heurística, sejam dedicadas a implementar

---

<sup>327</sup> V. Capítulo II.5 *supra*.

<sup>328</sup> V. Capítulo II.6.A *supra*.

<sup>329</sup> V. Capítulo II.6.B *supra*.

as condições igualitárias mínimas necessárias à garantia da autonomia individual, do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana<sup>330</sup>.

No que diz respeito ao pilar republicano, foi exposto que as regulações estatais, ainda que não dedicadas a efetivar direitos de natureza metapositiva e decorrentes de imposições de princípios morais de justiça, podem ser destinadas a implementar objetivos e políticas deliberados democraticamente pelos cidadãos da sociedade no exercício da autonomia pública e da soberania popular, desde que tais objetivos e políticas não violem o núcleo essencial dos direitos fundamentais, da autonomia individual, das condições igualitárias de liberdade e de dignidade, dos princípios morais de justiça e do Estado de Direito<sup>331</sup>.

Na presente Parte III da tese, pretende-se realizar um estudo de caso da legitimação jurídico-moral especificamente das medidas jurídicas regulatórias que utilizem argumentos de natureza paternalista com o intuito de supostamente afirmar suas justificações. Buscar-se-á nesta parte da tese, como estudo de caso, aplicar, especificamente às regulações que se valem de argumentos paternalistas, os conhecimentos teóricos desenvolvidos na Parte II acerca da legitimação jurídico-moral de toda e qualquer regulação estatal.

Ocorre que se percebe ser extremamente freqüente, quando dos debates públicos acerca da justificação ou não de determinadas medidas regulatórias, a utilização de argumentos de natureza paternalista com a intenção de supostamente comprovar a fundamentação de tais medidas regulatórias sob debate. Em inúmeras ocasiões, quando questionados acerca de que razões fundamentariam a adoção de determinada medida regulatória, responsável pela imposição de restrições e limitações às liberdades individuais, políticos ou mesmo pessoas do povo se valem de argumentos de natureza paternalista para responder.

Freqüentemente, afirmam os políticos que a justificativa para a adoção de determinada medida regulatória, que limita as liberdades dos indivíduos regulados, se encontra na proteção destes próprios indivíduos cujas liberdades são restringidas. As conversas entre as pessoas do povo muitas vezes não são muito diferentes. Discutindo determinada regulação, as pessoas comumente aceitam como corretas determinadas medidas regulatórias, ainda que restritivas de suas liberdades, sob a alegação de que a adoção de tais restrições tem por objetivo proteger direitos e bens delas próprias.

Mas será que tais argumentos manejados com freqüência com o objetivo de supostamente justificar a adoção das medidas regulatórias realmente podem servir de

---

<sup>330</sup> V. Capítulo II.7 *supra*.

<sup>331</sup> V. Capítulo II.8 *supra*.

justificação para as mesmas? Poderiam as medidas regulatórias, que, por definição, *a priori* restringem as liberdades dos indivíduos, encontrar justificação com base nos argumentos de natureza paternalista? Por que tais argumentos seriam tão populares? Por que seriam invocados com tanta frequência como supostamente servindo de razões a justificar as medidas regulatórias, mesmo diante da constatação de que estas limitam as liberdades dos indivíduos?

Mais especificamente ainda, poderiam os argumentos de natureza paternalista servir de justificação das medidas regulatórias diante da necessidade de legitimação jurídico-moral das regulações estatais diante da premissa liberal-republicana? Seriam (e, em caso afirmativo, em que situações e em que medida) compatíveis com o pilar liberal-igualitário e/ou com o pilar republicano? Em caso afirmativo, quais os valores morais fundamentais a justificar os argumentos de natureza paternalista?

Os capítulos que se seguem buscam responder as questões que acabam de ser formuladas.

### **3.1. Definição de “paternalismo jurídico”. O binômio constitutivo das medidas jurídicas paternalistas: o poder e o zelo. As diversas definições, espécies e classificações de paternalismo jurídico na doutrina**

Carlos José Castilho, ou simplesmente “Castilho”, foi o maior goleiro de toda a história do Fluminense Football Club. É o jogador com o recorde absoluto de partidas pelo clube, tendo atuado 697 vezes com a camisa tricolor entre 1947 e 1964, período em que defendeu a tradicional agremiação das Laranjeiras. Foi o único goleiro a defender a seleção brasileira em nada menos que 4 Copas do Mundo, incluindo o bicampeonato de 1958 e 1962. Somente em 1952, quando o fluminense foi campeão mundial de clubes, defendeu 6 pênaltis!

Mas não foi nenhuma dessas marcas expressivas que fez com que a torcida do Fluminense erigisse em 2007 um busto em homenagem ao arqueiro na entrada social do clube. Foi um ato autônomo e espontâneo de amor do goleiro pelo clube. Quer dizer, há controvérsias: um ato autônomo e espontâneo de amor ou um ato ilícito violador do ordenamento jurídico cometido pelo jogador? Eis o questionamento que liga a história de Castilho à presente tese de doutorado.



O ano era 1957. Já era a quinta vez consecutiva que Castilho sofria contusão no dedo mínimo da mão esquerda. O médico, de forma categórica, informou ao goleiro que o mesmo deveria permanecer dois meses fora de campo para realizar um tratamento definitivo e que resolvesse completamente sua lesão, restaurando com perfeição o dedo lesionado. Seu dedo ficaria “novo”. Castilho não teve dúvidas:

“ \_ Doutor, pode cortar.”

“ \_ Como assim pode cortar? Cortar o que?” – perguntou o médico incrédulo.

“ \_ Meu dedo.” – não pestanejou o goleiro.

Dois meses afastado dos gramados para fazer um tratamento seria muito tempo. Um dedo “novo”, completamente recuperado, não compensaria a angústia da espera. Apenas duas semanas após a amputação, Castilho já estava em campo defendendo novamente a camisa tricolor. Por essa razão- por nenhuma outra- o goleiro é o único entre os milhares de atletas da centenária história do Fluminense a possuir um busto na entrada social do clube. Para milhões de torcedores, uma opção voluntária, consciente e autônoma de amor. Para muitas outras pessoas, certamente um ato de loucura.

Voltando à tese, Castilho possuía ou não o direito de amputar/solicitar a amputação do próprio dedo? Teria ou não cometido um ato ilícito, violador do ordenamento jurídico? O direito a sua integridade física deveria ser conduzido em conformidade com a vontade do próprio titular do direito ou estar-se-ia diante de direito indisponível e irrenunciável? Mas afinal, estar-se-ia falando de um “direito” ou de um “dever” à integridade física? Haveria um “dever de se manter um direito”? Poderia um agente público ter vedado a amputação desejada por Castilho?

Se o caso narrado tivesse ocorrido nos dias de hoje, o Poder Público certamente teria vedado a conduta de Castilho com fulcro nos arts. 11 e 13 do Código Civil de 2002. Veja-se a transcrição abaixo:

**Art. 11-** Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

**Art. 13-** Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

As discussões levantadas se inserem precisamente no âmbito do tema do paternalismo jurídico<sup>332</sup>. Em um sentido amplo, pode-se afirmar que o paternalismo consiste em determinada perspectiva segundo a qual a liberdade de determinada pessoa para realizar escolhas de condutas comissivas ou omissivas pode/deve ser limitada com o objetivo de serem evitados danos a bens ou de serem implementados benefícios de titularidade desta própria pessoa cuja autonomia está sendo limitada.

O paternalismo é marcado por um binômio, exigindo a verificação cumulativa de dois componentes para que se encontre configurado. De um lado, o paternalismo exige, como primeiro componente, uma manifestação de poder que direcione ou mesmo controle as condutas das pessoas, significando uma restrição ou mesmo uma supressão completa da liberdade de tais indivíduos. Pode, neste sentido, a medida paternalista impor uma ação comissiva ou uma omissão aos indivíduos. Por outro lado, o paternalismo exige, como segundo componente, que esta manifestação de poder limitadora da liberdade de indivíduos tenha por objetivo zelar pela proteção de bens, interesses ou direitos dessas próprias pessoas cuja autonomia está sendo limitada. Pode, neste sentido, a medida paternalista ter por objetivo evitar a ocorrência de um dano ou implementar um interesse em benefício do indivíduo cuja liberdade é restringida.

Não basta, portanto, a verificação de apenas um dos componentes do binômio mencionado de forma alternativa para que reste configurada a existência de uma medida de caráter paternalista. Por um lado, pode existir manifestação de poder que direcione ou controle a conduta das pessoas, significando uma restrição ou mesmo uma supressão completa da liberdade de tais indivíduos, sem que esteja configurada uma medida paternalista. Por outro lado, pode da mesma forma existir uma manifestação de zelo pelos bens, interesses e direitos de um indivíduo sem que a mesma venha a ser caracterizada como uma medida paternalista.

---

<sup>332</sup> Acerca do paternalismo, v. FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Self*. Oxford: Oxford University Press. 1986. V. tb. FEINBERG, Joel. "Legal Paternalism". In SARTORIUS, Rolf (Ed.). *Paternalism*. Minneapolis: University of Minnesota Press. 1983. V. tb. DWORKIN, Gerald. "Paternalism". In SARTORIUS, Rolf (Ed.). *Paternalism*. Minneapolis: University of Minnesota Press. 1983. V. tb. DWORKIN, Gerald. "Paternalism: Some Second Thoughts". In SARTORIUS, Rolf (Ed.). *Paternalism*. Minneapolis: University of Minnesota Press. 1983. V. tb. BUCHANAN, Allen E.. "Medical Paternalism". In SARTORIUS, Rolf (Ed.). *Paternalism*. Minneapolis: University of Minnesota Press. 1983. V. tb. VALDÉS, Ernesto Garzón. "Es Éticamente Justificable El Paternalismo Jurídico?". In *Doxa: Cadernos de Filosofia del Derecho*. Nº 5. 1988. V. tb. VALDÉS, Ernesto Garzón. "Sigamos Discutiendo Sobre El Paternalismo". In *Doxa: Cadernos de Filosofia del Derecho*. Nº 5. 1988. V. tb. ATIENZA, Manuel. "Discutamos Sobre Paternalismo". In *Doxa: Cadernos de Filosofia del Derecho*. Nº 5. 1988. V. tb. DIETERLEN, Paulette. "Paternalismo Y Estado de Bienestar". In *Doxa: Cadernos de Filosofia del Derecho*. Nº 5. 1988. V. tb. CONLY, Sarah. *Against Autonomy. Justifying Coercive Paternalism*. Cambridge: Cambridge University Press. 2013.

Um exemplo não paternalista de manifestação de poder limitadora de liberdades seria o caso já citado de uma regulação destinada a combater a falha de mercado das externalidades negativas consistente na poluição de um rio por uma indústria. A medida regulatória, ao direcionar ou controlar a conduta do agente poluidor, necessariamente representa uma manifestação de poder e uma restrição da liberdade. No caso em tela, a regulação destinada a combater a falha de mercado das externalidades negativas determinará a “internalização” dos efeitos negativos da atividade ao impor que o agente explorador da atividade industrial instale um filtro capaz de reduzir a poluição lançada sobre o rio.

Nada obstante, tal medida regulatória tem por objetivo a proteção dos direitos, interesses e bens de terceiros outros que não o próprio agente cuja liberdade foi restringida pela manifestação de poder. O objetivo da regulação em questão é a proteção do meio ambiente e de um rio despoluído em prol do restante da população ribeirinha e de toda a sociedade, não a proteção de direitos do próprio agente cuja liberdade está sendo restringida pela manifestação de poder. Não há que se falar, portanto, em qualquer caráter paternalista da medida regulatória em questão. Embora presente o componente da manifestação de poder limitadora de liberdades, não se encontra presente de forma cumulativa o componente do zelo pela proteção de direitos, interesses e bens especificamente dos indivíduos cuja autonomia é restringida por tal manifestação.

Por outro lado, um exemplo não paternalista de manifestação de zelo por interesses, bens e direitos de um indivíduo seria a situação em que Marcelo simplesmente ofereça um conselho a seu amigo Zambão para que o mesmo pare de fumar, pois entende que aquilo pode ser prejudicial a sua saúde. O conselho oferecido nitidamente demonstra zelo e preocupação de Marcelo com a proteção de direitos, interesses e bens de Zambão. Na verdade, o intuito de tal conselho é precisamente atingir como objetivo a proteção da saúde, integridade física e vida de Zambão. Nada obstante, tal mero ato de aconselhamento não poderia ser considerado uma medida paternalista. Isto porque a demonstração de zelo exposta não vem acompanhada de qualquer manifestação de poder limitadora da liberdade do indivíduo por cujos interesses se zela. Ao simplesmente aconselhar, Marcelo não exerceu qualquer manifestação de poder nem limitou em nada a liberdade de Zambão.

Enfim, para que se possa considerar uma medida como “paternalista”, necessária a presença cumulativa (não alternativa) dos dois componentes mencionados: (i) uma manifestação de poder limitadora da vontade de um indivíduo, bem como (ii) o objetivo de zelo pela proteção de bens, interesses ou direitos de titularidade dessa mesma pessoa cuja

liberdade está sendo limitada pela manifestação de poder. Nas palavras muito bem escolhidas por LEONARDO CARRILHO JORGE<sup>333</sup>, “o paternalismo, em sentido amplo, é uma forma de dominação em que se fundem e se confundem o zelo e o poder.”.

Por “poder”<sup>334</sup>, em sentido amplo, deve ser entendida a capacidade que uma pessoa ou uma instituição possui de influenciar, direcionar ou mesmo controlar a conduta de outras, instigando ou mesmo impondo ações ou abstenções ainda que contra a vontade dos indivíduos sob tal influência. Caso uma pessoa ou instituição, seja por força política, jurídica, ideológica, econômica, psicológica, ou por qualquer outro meio, consiga impor seus desejos sobre outros indivíduos ou instituições, direcionando ou mesmo controlando a conduta destes últimos, estar-se-á diante de “poder” em sentido amplo. Caso esta manifestação de poder em sentido amplo, direcionando por qualquer meio a conduta de indivíduos ainda que contra a vontade destes últimos, tenha por objetivo zelar pela proteção de algum bem ou interesse dessas próprias pessoas sob o exercício do poder, estar-se-á diante de uma ação “paternalista em sentido amplo”.

Entre as diversas manifestações específicas de “poder em sentido amplo” apresenta-se o Poder Político-Jurídico do Estado. O Poder Político do Estado consiste na institucionalização de um poder último e soberano capaz de viabilizar a convivência entre os diversos indivíduos em uma mesma sociedade política. Tal Poder Político apresenta sua vertente jurídica através da instituição do ordenamento jurídico, cujas normas passarão a exercer o papel de direcionar a conduta dos indivíduos e mesmo da pessoa jurídica estatal, permitindo a convivência e a compatibilização das relações sociais. Neste sentido, o Poder

---

<sup>333</sup> V. JORGE, Leonardo Carrilho. *Paternalismo jurídico na Constituição de 1988: a autonomia individual contra o autoritarismo estatal*. Rio de Janeiro. Dissertação de Mestrado em Direito Público apresentada na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ. 2010. Mimeografada.

<sup>334</sup> Desde a antiguidade, inúmeras manifestações específicas surgiram a partir do gênero “poder” em sentido amplo. ARISTÓTELES já falava na existência de três espécies de “poder”: o poder do pai sobre o filho (que se viria a chamar de pátrio poder), o poder do senhor sobre seu escravo, e o poder do governante sobre os governados. V. ARISTÓTELES. “Ética a Nicômaco”. In *ARISTÓTELES* (Col. Os Pensadores). São Paulo: Abril Cultural. 1973.

No âmbito da sociologia, diversas manifestações específicas de “poder” (a capacidade que uma pessoa ou instituição tem de impor sua vontade sobre outra) podem ser destacadas. Pode-se falar, neste sentido, em “poder econômico”, em “poder político”, em “poder ideológico”, entre outros.

Para os fins políticos e jurídicos, o “Poder Político” deve consistir na estruturação do Estado, composto pelos elementos destacados pela Teoria Geral do Estado: território, povo, governo. V. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva. 2010.

O Poder Político apresenta sua vertente jurídica através do ordenamento jurídico, cujas normas passam a direcionar a conduta dos indivíduos na sociedade político-jurídica instituída. O Poder Político-Jurídico, por sua vez, deve buscar ser exercido de forma legitimada, o que dependerá da concepção de filosofia político-moral e de filosofia jurídica acerca de quais os fundamentos de justificação do Poder Político-Jurídico, qual a origem do mesmo e em que sentido deve ser exercido.

Político-Jurídico é exercido através dos comandos estatais e das normas jurídicas, que direcionam as condutas dos indivíduos ainda que contra a vontade destes últimos.

Da mesma forma que o exercício do gênero “poder em sentido amplo” pode configurar uma atuação “paternalista em sentido amplo”, quando utilizada qualquer espécie de poder para direcionar a conduta de indivíduos com o intuito de zelar pela proteção de interesses das próprias pessoas sob influência de tal poder, também a vertente específica do Poder Político-Jurídico pode configurar uma atuação de “paternalismo jurídico”. A saber, no entender da presente tese, por “paternalismo jurídico” deve-se considerar toda e qualquer manifestação do Poder Político-Jurídico, através da imposição de normas e medidas jurídicas que limitem as liberdades dos indivíduos ao disciplinar suas condutas e relações sociais, com o intuito de zelar pela proteção dos bens, interesses e direitos destes mesmos indivíduos cujas liberdades são restringidas.

Assim, o âmbito de incidência das medidas jurídicas paternalistas compreende os mais diversos setores que não apenas o da escolha de auto-mutilação mencionada no exemplo do goleiro Castilho. Na verdade, os exemplos de medidas jurídicas de natureza paternalista são infundáveis e se espalham pelas mais diferentes searas em que seja verificada manifestação do Poder Político-Jurídico a limitar liberdades dos agentes regulados com o intuito de zelar pela proteção de direitos, bens e interesses destes mesmos indivíduos regulados.

Pode-se vislumbrar medida paternalista destinada a impor a proteção do direito à integridade corporal quando da obrigação do uso de capacetes por motociclistas e do uso de cinto de segurança por condutores de veículos automotores (arts. 54, 55 e 65 do Código de Trânsito Brasileiro de Trânsito- Lei nº 9.503/97). Pode-se vislumbrar medida paternalista destinada a impor a proteção do direito à saúde quando das restrições ao consumo de drogas ilícitas em geral (arts. 28 e 33 da Lei nº 11.343/06). Pode-se vislumbrar medida jurídica paternalista destinada a impor a proteção do direito à vida quando da proibição de eutanásia ou do auxílio ao suicídio (arts. 121 e 122 do CP). Pode-se vislumbrar medida jurídica paternalista destinada a impor a proteção de direitos trabalhistas quando da proibição de renúncia pelos trabalhadores a condições sociais mínimas de trabalho (inúmeros dispositivos da CLT). Pode-se vislumbrar medida paternalista destinada a impor a proteção de direito previdenciário quando da previsão constitucional de filiação obrigatória dos trabalhadores a um regime básico de previdência (art. 201 da C.R.F.B./88).

Ou seja, independentemente da seara jurídica especificamente envolvida, portanto, no entender da presente tese, estar-se-á diante de uma manifestação de “paternalismo jurídico”

quando uma norma ou medida jurídica restrinja a liberdade de determinado indivíduo com o intuito de zelar por direitos, bens ou interesses desta mesma pessoa cuja liberdade é restringida.

Apresentada a definição adotada pela presente tese para o conceito de “paternalismo jurídico” bem como estabelecidos os dois elementos básicos que, no entender da presente tese, integram cumulativamente seu binômio constitutivo, cabe destacar precisamente que a definição do conteúdo de “paternalismo jurídico” bem como quais seriam seus elementos constitutivos estão longe de ser tema pacífico e unânime na doutrina.

Pelo contrário, a rigor, os diferentes autores oferecem as mais distintas definições de conteúdo para o conceito de paternalismo jurídico. O que pode ser inserido dentro do rótulo “paternalismo jurídico” não é uníssono entre os diversos autores, podendo a expressão apresentar contornos mais ou menos elásticos a depender dos elementos constitutivos adotados para fins de definição do conceito.

Por um lado, alguns autores adotam elementos constitutivos do que seja paternalismo jurídico bastante genéricos e abrangentes, ensejando conceito extremamente elástico. Para esses autores, o conceito “paternalismo jurídico” funciona como um gênero que abrange inúmeras e distintas espécies de “paternalismos jurídicos” baseadas nas mais diversas classificações.

Por outro lado, há autores que adotam elementos constitutivos do que seja “paternalismo jurídico” bem mais específicos, ensejando conceito menos elástico. Para estes últimos autores, defensores de um conceito mais restrito de paternalismo jurídico, inúmeras medidas que seriam consideradas pelos defensores de um conceito elástico de paternalismo jurídico modalidades especiais de paternalismo jurídico simplesmente não seriam paternalismo jurídico *at all*<sup>335</sup>. Vejam-se algumas definições doutrinárias acerca do conceito de “paternalismo jurídico” bem como acerca de quais seriam seus elementos constitutivos.

---

<sup>335</sup> É evidente que não existem apenas duas opções de definição de paternalismo: um conceito completamente elástico ou um conceito completamente restrito de paternalismo. Ao contrário, a adoção de conceitos mais ou menos elásticos de paternalismo é uma questão de grau. Entre o conceito mais elástico e o conceito mais restrito de paternalismo, há diversas possibilidades de definição do que seja paternalismo. Neste sentido, o que para um adepto de um conceito mais elástico de paternalismo é uma espécie particular de paternalismo, para um defensor de um conceito mais restrito, pode simplesmente não ser paternalismo. Por exemplo, o “paternalismo impuro” (que designa a restrição de liberdade de um indivíduo com o intuito instrumental imediato de proteger bem de titularidade desta mesma pessoa, mas com o intuito real e definitivo mediato de proteger bem de terceiro que não a pessoa cuja liberdade é restringida) pode ser espécie do gênero “paternalismo” em uma definição ampla ou pode simplesmente não ser “paternalismo” em uma definição restrita. Acerca das classificações às quais podem se submeter as diversas espécies de paternalismo, v. FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Self*. Oxford: Oxford University Press. 1986.

Na definição de LEONARDO CARRILHO JORGE<sup>336</sup>, “o paternalismo jurídico existe se um agente estatal exerce o poder ou a influência sobre um indivíduo, por meio de uma ação governamental, com a finalidade de evitar que o indivíduo pratique ações privadas ou se omita de tal forma a causar danos, ou risco de danos, a si mesmo.”. Da leitura da definição apresentada pelo autor, rapidamente se percebem duas pontuais mas bastante significativas variações dos elementos constitutivos do conceito de paternalismo jurídico em relação àqueles elementos constitutivos do conceito de paternalismo jurídico adotados pela presente tese.

Por um lado, enquanto a presente tese adotou como primeiro elemento constitutivo do conceito de paternalismo jurídico o exercício do Poder Político-Jurídico através de normas ou medidas jurídicas que restrinjam a liberdade de indivíduos, LEONARDO CARRILHO JORGE menciona o exercício por um agente de poder “ou influência” sobre um indivíduo por meio de uma ação governamental. Por outro lado, enquanto a presente tese adotou como segundo elemento constitutivo do conceito de paternalismo jurídico o objetivo de zelo pela proteção de bens, direitos e interesses da própria pessoa cuja liberdade é restringida, LEONARDO CARRILHO JORGE menciona o objetivo de evitar “danos ou riscos de danos” que recaiam sobre a própria pessoa sujeita à medida paternalista.

As expressões “manifestação de poder” e “manifestação de poder ou influência” não necessariamente podem ser tomadas por sinônimos a denominar a adoção rigorosamente do mesmo elemento constitutivo. Tal afirmação também pode ser realizada acerca das expressões “objetivo de zelo pela proteção de bens, direitos e interesses” e “objetivo de evitar danos ou riscos de danos”, que não devem ser tomadas em absoluto por idênticas. Na verdade, as variações percebidas entre os elementos constitutivos do conceito de paternalismo jurídico adotados pela presente tese e os elementos constitutivos do conceito de paternalismo jurídico adotados pela obra de LEONARDO CARRILHO JORGE<sup>337</sup> evidenciam alguns dos pontos mais sensíveis e que ensejam enormes debates no meio doutrinário quando das distintas definições de paternalismo jurídico oferecidas pelos diferentes autores.

De fato, duas são as principais divergências entre os autores quando da apresentação das diferentes definições do conceito de paternalismo jurídico bem como de quais seriam os elementos constitutivos de tal instituto. O primeiro grande embate travado entre os autores

---

<sup>336</sup> V. JORGE, Leonardo Carrilho. *Paternalismo jurídico na Constituição de 1988: a autonomia individual contra o autoritarismo estatal*. Rio de Janeiro. Dissertação de Mestrado em Direito Público apresentada na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ. 2010. Mimeografada.

<sup>337</sup> V. JORGE, Leonardo Carrilho. *Paternalismo jurídico na Constituição de 1988: a autonomia individual contra o autoritarismo estatal*. Rio de Janeiro. Dissertação de Mestrado em Direito Público apresentada na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ. 2010. Mimeografada.

recai sobre o elemento constitutivo do poder. Para determinados autores, tal elemento constitutivo seria excessivamente restrito, deixando de compreender na definição de paternalismo diversas outras medidas não assentadas na manifestação de poder e na restrição da liberdade de ação de forma coercitiva em sentido estrito dos indivíduos. O objeto de divergência deste primeiro debate, no âmbito da doutrina de língua inglesa, fica bem perceptível diante do fato de que GERALD DWORKIN, autor bastante dedicado ao tema, alterou em obras posteriores de sua trajetória acadêmica a definição inicial que havia oferecido de paternalismo jurídico.

GERALD DWORKIN, em um primeiro trabalho sobre o assunto (*“Paternalism”*), definiu o paternalismo jurídico como “a interferência na liberdade de ação de uma pessoa justificada por razões que se referem exclusivamente ao bem-estar, à felicidade, às necessidades, aos interesses ou aos valores da pessoa sob coerção.”<sup>338</sup>.

Inúmeras foram as críticas recebidas por GERALD DWORKIN em virtude de o autor ter feito menção, quando do oferecimento da definição acima mencionada de paternalismo jurídico, apenas aos casos de interferência na “liberdade de ação da pessoa sob coerção”. Neste sentido, tais críticas alegavam a necessidade de serem incluídas dentro da definição de paternalismo jurídico também as medidas jurídicas que de alguma forma influenciassem ou interferissem na autonomia e nas escolhas dos indivíduos ainda que não através propriamente de coerção direta e em sentido estrito da liberdade de ação.

Em artigo sobre o “paternalismo médico”, ALLEN E. BUCHANAN<sup>339</sup> tratou dos casos em que os médicos, com o intuito única e exclusivamente de proteger o bem-estar, a felicidade ou a saúde mental do próprio paciente, restringem o acesso do mesmo a informações sobre seu estado de saúde. O autor cita interessantíssimo estudo empírico realizado sobre as condutas diariamente adotadas pelos médicos em que foi revelado que quase 90% (noventa por cento) dos mesmos admitiram adotarem usualmente a política de não comunicar ao paciente que o mesmo possui câncer. Mais que isto, o estudo revelou que absolutamente nenhum dos médicos afirmou que contaria a absolutamente todo e qualquer um de seus pacientes que o mesmo possui câncer.

---

<sup>338</sup> DWORKIN, Gerald. “Paternalism”. In SARTORIUS, Rolf (Ed.). *Paternalism*. Minneapolis: University of Minnesota Press. 1983.

<sup>339</sup> BUCHANAN, Allen E.. “Medical Paternalism”. In SARTORIUS, Rolf (Ed.). *Paternalism*. Minneapolis: University of Minnesota Press. 1983.



Neste sentido, ALLEN E. BUCHANAN<sup>340</sup> considera excessivamente restritiva a definição de paternalismo que compreenda tão somente as medidas que impliquem interferência coercitiva em sentido estrito na liberdade de ação. Para o autor, todas as vezes em que o governo omite informações ou mesmo mente para a população com o intuito de proteger estas mesmas pessoas poder-se-ia falar em paternalismo. Propõe, portanto, um alargamento do primeiro elemento constitutivo do conceito de paternalismo para que sejam consideradas como paternalistas tanto as medidas que implicam interferência coercitiva em sentido estrito na liberdade de ação quanto aquelas que implicam interferência na “liberdade de informação” dos indivíduos.

Afirmando expressamente estar adaptando a definição de paternalismo jurídico que havia oferecido anteriormente em decorrência das críticas sofridas, GERALD DWORKIN, em trabalho posterior (“*Paternalism: Some Second Thoughts*”)<sup>341</sup>, apresentou conteúdo bem mais elástico para o primeiro elemento constitutivo. Em tal artigo, primeiramente, DWORKIN manifesta concordância com a mencionada proposta de ALLEN E. BUCHANAN<sup>342</sup> no sentido de que devam ser incluídas entre as medidas classificadas como de natureza “paternalista” também aquelas que interfiram na liberdade de informação dos indivíduos.

Nada obstante, neste novo artigo, DWORKIN vai além de estender sua definição anterior (que compreendia apenas interferências coercitivas em sentido estrito sobre a liberdade de ação) para incluir interferências sobre a liberdade de informações dos indivíduos. O autor, expondo adotar uma definição de “autonomia” distinta daquela de “liberdade”, passa a defender haver medidas jurídicas que, embora não consistam em coerção em sentido estrito (limitando a liberdade das pessoas), possam ser consideradas paternalistas ao implicarem violação da autonomia dos indivíduos. Haveria violação da autonomia quando da usurpação do processo de tomada de decisão, ou por se impedir que as pessoas façam o que elas decidiram ou por se interferir no modo pelo qual elas chegam a suas decisões<sup>343</sup>.

---

<sup>340</sup> BUCHANAN, Allen E.. “Medical Paternalism”. In SARTORIUS, Rolf (Ed.). *Paternalism*. Minneapolis: University of Minnesota Press. 1983.

<sup>341</sup> DWORKIN, Gerald. “Paternalism: Some Second Thoughts”. In SARTORIUS, Rolf (Ed.). *Paternalism*. Minneapolis: University of Minnesota Press. 1983.

<sup>342</sup> BUCHANAN, Allen E.. “Medical Paternalism”. In SARTORIUS, Rolf (Ed.). *Paternalism*. Minneapolis: University of Minnesota Press. 1983.

<sup>343</sup> DWORKIN, Gerald. “Paternalism: Some Second Thoughts”. In SARTORIUS, Rolf (Ed.). *Paternalism*. Minneapolis: University of Minnesota Press. 1983.

JOEL FEINBERG, tratando da questão em “*Harm to Self*”<sup>344</sup>, concordou que exemplos como aquele em que um médico omite informações (ou mesmo mente) com o intuito de proteger o próprio indivíduo enganado e como aquele em que o governo oferece “selos de comida” ao invés de dinheiro para direcionar os gastos dos indivíduos com o intuito de proteger os interesses dos mesmos seriam casos de paternalismo não coercitivo. Neste sentido, afirmou haver tanto medidas paternalistas coercitivas quanto medidas paternalistas não coercitivas<sup>345</sup>.

O primeiro elemento constitutivo do conceito de paternalismo jurídico, entretanto, não foi o único a ser problematizado pela doutrina. Também o segundo elemento constitutivo, adotado pela presente tese como o “zelo pela proteção de bens, direitos ou interesses dos próprios indivíduos sob a manifestação de poder”, é objeto de divergências e sujeito a variações entre os mais diversos autores. Neste ponto, para alguns doutrinadores, poder-se-ia falar na existência de medidas jurídicas paternalistas tão somente quando das imposições de ações ou omissões aos agentes destinadas a evitar a ocorrência de um dano sobre bens, direitos ou interesses desses mesmos indivíduos. Para outros doutrinadores, porém, poder-se-ia falar na existência de medidas jurídicas paternalistas igualmente quando das imposições de ações ou omissões aos agentes destinadas a implementar bens, direitos ou interesses desses mesmos indivíduos.

Ainda na doutrina de língua inglesa, a problematização do segundo elemento constitutivo do conceito de paternalismo jurídico pode ser percebida na obra de JOEL FEINBERG. Segundo leciona o autor em “*Harm to Self*”<sup>346</sup>, o “princípio do paternalismo” poderia ser lido como uma antítese ou complementação do “princípio do dano a terceiro” defendido por JOHN STUART MILL em “*On Liberty*”<sup>347</sup>.

Como se sabe, o “princípio do dano” ou “princípio do dano a terceiro” de JOHN STUART MILL estabelece que a intervenção estatal restritiva das liberdades e escolhas dos indivíduos deve possuir por fundamento evitar os danos provocados por tais escolhas à esfera de bens, interesses e direitos de terceiros. Adotando o princípio do dano como o único fundamento jurídico-moral a justificar a restrição estatal das liberdades e escolhas dos

<sup>344</sup> V. FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Self*. Oxford: Oxford University Press. 1986.

<sup>345</sup> Embora dedique sua obra “*Harm to Self*” ao estudo apenas das medidas paternalistas de caráter coercitivo e implementadas através da cominação de sanções penais.

<sup>346</sup> V. FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Self*. Oxford: Oxford University Press. 1986.

<sup>347</sup> MILL, John Stuart. *On Liberty*. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company. 1956.

indivíduos, JOHN STUART MILL repudiou de forma genérica (com raras exceções)<sup>348</sup> as pretensões estatais de intervenção sobre as liberdades e escolhas dos indivíduos com fundamento jurídico-moral no princípio do paternalismo. O “princípio do paternalismo”, por sua vez, na definição de JOEL FEINBERG<sup>349</sup>, consistiria na premissa de que “é sempre uma boa e relevante (embora não necessariamente decisiva) razão na defesa de uma proibição criminal a alegação de que a mesma irá evitar dano (físico, psicológico, ou econômico) ao próprio ator.”.

Segundo JOEL FEINBERG, a máxima “*volenti non fit injuria*” (que seria às vezes traduzida erroneamente como “não há cometimento de dano a quem consente com o mesmo”) exerce papel fundamental na separação entre o princípio do paternalismo e o princípio do dano a terceiro<sup>350</sup>. FEINBERG destaca que é evidente que uma pessoa que consente com dano não deixa de sofrer tal “dano” em sentido literal. Ainda que uma pessoa consinta com a prática de eutanásia, em termos literais, sofrerá o dano morte. A interpretação a ser conferida à máxima “*volenti non fit injuria*” deveria ser a de que, quando há consentimento da vítima, ainda que ocorra “dano”, não terá ocorrido “ofensa” ou “ofensa injusta” a ser reprimida pelo direito<sup>351</sup>.

Eis a razão pela qual a máxima *volenti* ocupa lugar central na separação entre o princípio do paternalismo e o princípio do dano. A saber, enquanto o princípio do dano é informado e determinado pela máxima *volenti*, o princípio do paternalismo existe justamente “apesar da máxima *volenti*”. O princípio do dano a terceiro aplica a máxima *volenti* ao justificar a restrição de liberdade dos indivíduos quando suas condutas causem danos não consentidos a terceiros, uma vez que, não havendo consentimento do sofredor do dano, haveria ofensa injusta a ser reprimida pelo direito. O princípio do paternalismo, porém, simplesmente ignoraria a máxima *volenti* ao justificar a restrição de liberdade dos indivíduos mesmo quando suas condutas causem danos a si próprios, impondo a repressão pelo direito

---

<sup>348</sup> MILL, John Stuart. *On Liberty*. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company. 1956. O autor aponta como raras exceções a proibição de que as pessoas se vendam como escravos (abrindo mão em caráter definitivo de suas liberdades), a tutela de incapazes como crianças e as proibições jurídicas em sociedades que não tenham atingido um nível civilizatório mínimo (embora não discorra sobre tal parâmetro fluido).

<sup>349</sup> V. FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Self*. Oxford: Oxford University Press. 1986.

<sup>350</sup> V. FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Self*. Oxford: Oxford University Press. 1986. V. tb. FEINBERG, Joel. “Legal Paternalism”. In SARTORIUS, Rolf (Ed.). *Paternalism*. Minneapolis: University of Minnesota Press. 1983.

<sup>351</sup> V. FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Self*. Oxford: Oxford University Press. 1986. V. tb. FEINBERG, Joel. “Legal Paternalism”. In SARTORIUS, Rolf (Ed.). *Paternalism*. Minneapolis: University of Minnesota Press. 1983.

ainda que tenha ocorrido consentimento por parte da vítima do dano e, portanto, não tenha ocorrido “ofensa”.

Como se percebe, o segundo elemento constitutivo da definição de paternalismo jurídico adotada por JOEL FEINBERG encontra-se amplamente baseado na idéia de evitar a ocorrência de dano. Como exposto, na definição oferecida pelo próprio autor, o princípio do paternalismo deveria ser entendido como a premissa de que “é sempre uma boa e relevante (embora não necessariamente decisiva) razão na defesa de uma proibição criminal a alegação de que a mesma irá evitar dano (físico, psicológico, ou econômico) ao próprio ator.”<sup>352</sup>.

Nada obstante, o autor abre espaço em sua obra para que o segundo elemento constitutivo da definição de paternalismo jurídico possa ser estendido para, além das medidas destinadas a evitar a ocorrência de danos, compreender também as medidas destinadas a implementar benefícios. JOEL FEINBERG expressamente afirma que, embora as medidas jurídicas destinadas a proteger as pessoas de danos que causariam a si mesmas devam ser consideradas como o caso de aplicação do “princípio do paternalismo propriamente dito”, poderiam ser rotuladas como “paternalismo extremo” as medidas jurídicas destinadas a impor que pessoas atuem em um sentido que seja benéfico a elas próprias<sup>353</sup>.

No âmbito da doutrina de língua espanhola, tal qual ocorreu na doutrina de língua inglesa, também foram bastante debatidos e problematizados os dois elementos constitutivos da definição de paternalismo jurídico. Este fato fica bastante claro nos debates realizados entre ERNESTO GARZÓN VALDÉS<sup>354</sup> e MANUEL ATIENZA<sup>355</sup> acerca da extensão a ser conferida ao conceito de paternalismo jurídico.

Em uma primeira manifestação sobre o tema, ERNESTO GARZÓN VALDÉS<sup>356</sup> apresentou sua definição do instituto ao afirmar que “o paternalismo jurídico sustenta que sempre há uma boa razão em favor de uma proibição ou de uma imposição jurídica, quando isto seja necessário para evitar um dano (físico, psíquico ou econômico) da pessoa a quem se impõe esta medida.”.

---

<sup>352</sup> V. FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Self*. Oxford: Oxford University Press. 1986.

<sup>353</sup> V. FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Self*. Oxford: Oxford University Press. 1986. V. tb. FEINBERG, Joel. “Legal Paternalism”. In SARTORIUS, Rolf (Ed.). *Paternalism*. Minneapolis: University of Minnesota Press. 1983.

<sup>354</sup> V. VALDÉS, Ernesto Garzón. “Es Éticamente Justificable El Paternalismo Jurídico?”. In *Doxa: Cadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 5. 1988. V. tb. VALDÉS, Ernesto Garzón. “Sigamos Discutiendo Sobre El Paternalismo”. In *Doxa: Cadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 5. 1988.

<sup>355</sup> ATIENZA, Manuel. “Discutamos Sobre Paternalismo”. In *Doxa: Cadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 5. 1988.

<sup>356</sup> V. VALDÉS, Ernesto Garzón. “Es Éticamente Justificable El Paternalismo Jurídico?”. In *Doxa: Cadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 5. 1988.

Enfrentando expressamente o conceito de paternalismo jurídico oferecido por ERNESTO GARZÓN VALDÉS, MANUEL ATIENZA<sup>357</sup> questiona a extensão conferida a ambos os elementos constitutivos presentes na definição que acaba de ser mencionada. Por um lado, MANUEL ATIENZA destaca que não necessariamente, para que uma medida jurídica seja considerada “paternalista”, deve a mesma impor uma coerção em sentido estrito das liberdades de ação individuais, bastando que ocorra uma influência ou interferência na tomada de decisões e exercícios das escolhas autônomas. Por outro lado, da mesma forma, ressalta MANUEL ATIENZA que, para que uma medida jurídica seja considerada “paternalista”, não necessariamente deve a mesma ser destinada a evitar a ocorrência de danos que recaiam sobre a própria pessoa cuja autonomia é influenciada, podendo haver medida jurídica paternalista igualmente quando da influência sobre um indivíduo com o intuito de promoção de seu próprio bem.

Apresentadas as principais problematizações que são levantadas no meio doutrinário acerca de cada um dos elementos constitutivos da definição de paternalismo jurídico, cabe reiterar a definição de “paternalismo jurídico” adotada pela presente tese, explicando que posições são assumidas em referência às problematizações expostas.

Afirmou-se que a presente tese defende conceito de “paternalismo jurídico” consistente em toda e qualquer manifestação do Poder Político-Jurídico, através da imposição de normas e medidas jurídicas que limitem as liberdades dos indivíduos ao disciplinar suas condutas e relações sociais, com o intuito de zelar pela proteção dos bens, interesses e direitos destes mesmos indivíduos cujas liberdades são restringidas. Foi destacado ainda que o paternalismo jurídico é constituído por um binômio integrado pelos elementos constitutivos do “poder” e do “zelo”. Portanto, diante das problematizações expostas, devem restar claros os limites e extensões atribuídos a tais elementos do “poder” e do “zelo”, integrantes da definição adotada.

Neste ponto, a concepção adotada pela presente tese de “manifestação do Poder Político-Jurídico que limite a liberdade dos indivíduos” deve ser entendida em termos amplos. Neste sentido, devem ser incluídas no âmbito do paternalismo jurídico tanto as medidas jurídicas de caráter coercitivo (ao exercerem restrições da liberdade dos indivíduos em sentido estrito ou *hard*) quanto aquelas que consistam em incentivos, desincentivos ou manipulação de informações (ao exercerem restrições da liberdade dos indivíduos em sentido amplo ou *soft*). Inclusive, o fato de a medida jurídica paternalista adotada consistir em um meio *hard* ou

---

<sup>357</sup> ATIENZA, Manuel. “Discutamos Sobre Paternalismo”. In *Doxa: Cadernos de Filosofia del Derecho*. Nº 5. 1988.

*soft* poderá apresentar conseqüências importantíssimas para os intuitos da presente tese na investigação acerca de uma medida jurídica paternalista em específico resistir ou não à aferição de legitimação jurídico-moral diante da premissa liberal-republicana<sup>358</sup>.

Da mesma forma, a concepção adotada pela presente tese de “zelo pela proteção de bens, direitos e interesses dos mesmos indivíduos cuja liberdade é restringida” deve ser entendida em termos latos ou amplos. Neste sentido, tanto medidas jurídicas destinadas a impedir que um indivíduo sofra dano (ainda que tenha praticado o mesmo ou consentido com o mesmo) quanto medidas jurídicas destinadas a direcionar as condutas dos indivíduos na promoção de seus próprios bens, direitos e interesses deverão ser classificadas como medidas jurídicas de natureza paternalista. A peculiaridade de uma medida paternalista ser destinada à promoção de um bem ou a evitar a ocorrência de um dano terá como conseqüência, para a presente tese, tão somente o fato de estar-se diante de espécies diferentes do gênero paternalismo.

Enfim, qual é o conceito de paternalismo jurídico adotado pela presente tese (bem como quais seus respectivos elementos constitutivos, seus limites e extensões) e que será utilizado para o estudo de caso da presente Parte III ficará mais fácil ainda de ser visualizado ao passo em que apresentados os principais critérios de classificação e espécies de “paternalismos jurídicos” fornecidos pelos autores. Após tal apresentação, poder-se-á visualizar de forma mais clara que medidas são consideradas por alguns autores modalidades específicas do gênero “paternalismo jurídico” (na definição de conteúdo de paternalismo jurídico que adotam tais autores) mas que, para a definição adotada pela presente tese, simplesmente não configuram o que se deva entender por “paternalismo jurídico”.

Examinem-se, portanto, algumas das principais classificações às quais podem ser submetidas as diferentes espécies de “paternalismos jurídicos”.

### 3.1.1. Ativo ou passivo

A primeira grande classificação à qual podem se submeter as medidas jurídicas paternalistas é aquela que distingue tais medidas em “paternalismo ativo” e em “paternalismo

---

<sup>358</sup> Quanto maiores as restrições implicadas pela medida jurídica paternalista à autonomia e à liberdade do indivíduo, menores as chances de a mesma se encontrar legitimada jurídico-moralmente, sendo necessária uma finalidade regulatória que implemente em peso ainda maior os valores jurídico-morais fundamentais inerentes à premissa liberal-republicana.

passivo”<sup>359</sup>. A terminologia é bastante óbvia e quase que auto-explicativa. Medidas de paternalismo “ativo” seriam aquelas que restringem a liberdade de um indivíduo através da imposição de uma conduta comissiva (ou da proibição de uma conduta omissiva) destinada a zelar pelos bens, direitos e interesses desse próprio indivíduo. Entre inúmeros outros, seriam os exemplos clássicos da obrigatoriedade de o motociclista comissivamente usar capacete, de o motorista de veículo usar cinto de segurança, de caçadores em uma floresta terem que vestir roupas coloridas, de um acidentado testemunha de Jeová receber sangue coercitivamente, bem como de um trabalhador ter que compulsoriamente se filiar a um regime de contribuição previdenciária.

As medidas de paternalismo “passivo”, por sua vez, seriam aquelas que restringem a liberdade de um indivíduo através da imposição de uma conduta omissiva (ou através da proibição da adoção de condutas comissivas) destinada a zelar pelos bens, direitos e interesses desse próprio indivíduo. Os exemplos são mais numerosos ainda: entre inúmeros outros, a proibição ou restrição do consumo de *junk food*, de álcool, de tabaco ou de drogas entorpecentes, bem como a proibição da prática de auto-mutilação, de eutanásia ou de auxílio ao suicídio.

A classificação das medidas paternalistas nas espécies do “paternalismo ativo” e do “paternalismo passivo” é perfeitamente compatível com a definição de “paternalismo jurídico” adotada pela presente tese. A manifestação de poder (primeiro elemento constitutivo da definição de paternalismo adotada pela presente tese), restritiva da liberdade dos agentes com o intuito de zelar por bens, direitos e interesses destes mesmos indivíduos, pode consistir tanto na imposição de condutas comissivas quanto na imposição de condutas omissivas.

### 3.1.2. Direto ou indireto

Outra distinção à qual podem ser submetidas as medidas jurídicas paternalistas é aquela que separa o “paternalismo direto” do “paternalismo indireto”<sup>360</sup>. No primeiro grupo mencionado, inserem-se as medidas jurídicas paternalistas em que se limita diretamente a

<sup>359</sup> V. FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Self*. Oxford: Oxford University Press. 1986.

<sup>360</sup> V. FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Self*. Oxford: Oxford University Press. 1986. JOEL FEINBERG destaca que o sentido que atribui à terminologia “paternalismo direto-indireto” corresponde ao sentido atribuído por GERALD DWORKIN à terminologia “paternalismo puro-impuro”. O que JOEL FEINBERG denomina de “paternalismo direto”, GERALD DWORKIN denomina de “paternalismo puro”. O que JOEL FEINBERG denomina de “paternalismo indireto”, por sua vez, GERALD DWORKIN denomina de “paternalismo impuro”.

liberdade do próprio agente por cujos bens, direitos e interesses se pretende zelar. Impõe-se uma conduta comissiva ou omissiva diretamente ao próprio sujeito a ser tutelado. Seriam exemplos o caso em que se proíbe que determinado indivíduo consuma drogas com o intuito de proteger a saúde deste próprio consumidor bem como o caso em que se impede que um indivíduo se suicide com o intuito de proteger a vida deste próprio suicida.

Os casos de paternalismo jurídico indireto, por sua vez, dizem respeito às medidas jurídicas que, com o intuito de zelar por bens, direitos e interesses de um indivíduo “A”, impõem a um outro indivíduo “B” condutas em benefício de “A”, ainda que “A” tenha expressamente consentido (ou mesmo pedido) que “B” não adote tal conduta benéfica em relação a “A”. Para restar bastante clara a diferença entre o “paternalismo direto” e o “paternalismo indireto”, basta realizar pequenas alterações sobre os exemplos anteriormente citados de paternalismo direto para transformar os mesmos em exemplos de paternalismo indireto. Em relação aos exemplos anteriores, se o impedimento de que alguém se suicide pode ser considerado caso de “paternalismo direto”, a vedação à assistência ao suicídio e à eutanásia são casos de “paternalismo indireto”. Da mesma forma, se a proibição do consumo de drogas com o intuito de proteger a saúde do consumidor pode ser considerada caso de “paternalismo direto”, a criminalização da produção e do comércio de drogas ilícitas com o intuito de proteger a saúde do consumidor configuram casos de “paternalismo indireto”.

A classificação das medidas jurídicas paternalistas nas espécies do “paternalismo direto” e do “paternalismo indireto” também é perfeitamente compatível com a definição de “paternalismo jurídico” adotada pela presente tese. A saber, a manifestação de poder (primeiro elemento constitutivo da definição de paternalismo adotada pela presente tese), restritiva da liberdade de um agente “A” com o intuito de zelar por bens, direitos e interesses deste mesmo agente “A”, pode direcionar única e diretamente a conduta deste próprio agente “A” ou direcionar também a conduta de um agente “B” (ainda que com o objetivo mediato e indireto de restringir a liberdade de “A” com o intuito de zelar por bens, direitos e interesses de “A”).

### 3.1.3. Destinado a evitar dano ou a promover benefício

Outra classificação aplicável ao paternalismo jurídico cuja terminologia é praticamente auto-explicativa é a que separa as medidas destinadas a evitar a ocorrência de danos das medidas destinadas a promover o bem, os direitos ou os interesses dos indivíduos



cuja liberdade é restringida. Como se percebe, a própria possibilidade de existência da classificação em tela exige que seja conferida uma extensão elástica ao segundo elemento constitutivo da definição de paternalismo jurídico.

Neste sentido, por um lado, para os autores que adotam um segundo elemento constitutivo do conteúdo de paternalismo jurídico que seja mais elástico<sup>361</sup>, considerando como paternalistas tanto as medidas destinadas a evitar a ocorrência de danos quanto aquelas destinadas a implementar bens, será possível adotar-se a classificação em questão, sendo o paternalismo jurídico um gênero a compreender duas espécies distintas com base no critério mencionado (a espécie destinada a evitar dano e a espécie destinada a promover bem). Por outro lado, para os autores que adotam um segundo elemento constitutivo do conteúdo de paternalismo jurídico que seja menos elástico<sup>362</sup>, considerando como paternalistas tão somente as medidas destinadas a evitar a ocorrência de danos, simplesmente não será possível a adoção da classificação em tela. Tal classificação não faria sentido, eis que toda e qualquer medida “paternalista”, para poder ser incluída na definição adotada pelo autor de “paternalismo jurídico”, deverá ser destinada a evitar a ocorrência de danos. As medidas destinadas à promoção de bens dos agentes regulados simplesmente não seriam paternalismo *at all*.

JOEL FEINBERG, tal qual exposto, expressamente afirma que, embora as medidas jurídicas destinadas a proteger as pessoas de danos que causariam a si mesmas devam ser consideradas como o caso de aplicação do “princípio do paternalismo propriamente dito”, poderiam ser rotuladas como “paternalismo extremo” as medidas jurídicas destinadas a impor que pessoas atuem em um sentido que seja benéfico a elas próprias<sup>363</sup>.

A classificação das medidas jurídicas paternalistas nas espécies do “paternalismo destinado a evitar a ocorrência de dano” e do “paternalismo destinado a promover benefício” também se apresenta perfeitamente compatível com a definição de “paternalismo jurídico” adotada pela presente tese. A saber, o zelo pelos bens, direitos e interesses do indivíduo cuja liberdade é restringida pela medida paternalista (segundo elemento constitutivo da definição de paternalismo adotada pela presente tese) pode consistir tanto no impedimento de ocorrência de um dano quanto na imposição de promoção de um benefício.

<sup>361</sup> ATIENZA, Manuel. “Discutamos Sobre Paternalismo”. In *Doxa: Cadernos de Filosofia del Derecho*. Nº 5. 1988.

<sup>362</sup> V. VALDÉS, Ernesto Garzón. “Es Éticamente Justificable El Paternalismo Jurídico?”. In *Doxa: Cadernos de Filosofia del Derecho*. Nº 5. 1988.

<sup>363</sup> V. FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Self*. Oxford: Oxford University Press. 1986. V. tb. FEINBERG, Joel. “Legal Paternalism”. In SARTORIUS, Rolf (Ed.). *Paternalism*. Minneapolis: University of Minnesota Press. 1983.

### 3.1.4. *Hard* ou *soft*

Os termos “paternalismo *hard*” e “paternalismo *soft*” podem se referir a duas classificações diversas, baseadas em diferentes critérios distintivos para mensurar o grau ou intensidade com que as medidas jurídicas paternalistas restringem a liberdade dos indivíduos. Por um lado, um primeiro critério de distinção utilizado para mensurar o grau ou intensidade com que as medidas jurídicas paternalistas restringem a liberdade dos indivíduos pode se basear na análise da intensidade interventiva do meio regulatório adotado, que pode variar desde a imposição de coerção em sentido estrito sobre a liberdade de ação dos indivíduos até a simples influência, incentivo, desincentivo ou manipulação de informações quando da realização de escolhas pelos indivíduos.

Por outro lado, um segundo critério de distinção utilizado para mensurar a intensidade com que as medidas jurídicas paternalistas restringem a liberdade dos indivíduos pode se basear na análise da intensidade interventiva da finalidade regulatória adotada, que pode consistir na restrição das manifestações de vontade dos agentes regulados com o intuito de proteger a própria autonomia dos mesmos quando estes não sejam perfeitamente competentes ou que pode consistir na restrição das manifestações de vontade dos agentes regulados ainda que as mesmas sejam autônomas em imposição heterônoma de escolhas.

Quanto ao primeiro critério utilizado para fins de ser aferida a intensidade com que as medidas paternalistas restringem a liberdade dos agentes regulados (análise da intensidade interventiva do meio regulatório adotado), percebe-se que a própria possibilidade de existência da classificação em tela exige que seja conferida uma extensão elástica ao primeiro elemento constitutivo da definição de paternalismo jurídico.

Neste sentido, por um lado, para os autores que adotam um primeiro elemento constitutivo de conteúdo de “paternalismo” mais elástico<sup>364</sup>, considerando como paternalistas tanto as medidas que adotem meios regulatórios coercitivos em sentido estrito da liberdade de ação dos agentes regulados quanto aquelas que adotem apenas a influência, o incentivo, o desincentivo ou a manipulação de informações quando da tomada de escolhas pelos agentes regulados, será possível adotar-se a classificação em questão, sendo o paternalismo jurídico um gênero a compreender duas espécies distintas com base no critério mencionado (a espécie

---

<sup>364</sup> DWORKIN, Gerald. “Paternalism: Some Second Thoughts”. In SARTORIUS, Rolf (Ed.). *Paternalism*. Minneapolis: University of Minnesota Press. 1983. V. tb. ATIENZA, Manuel. “Discutamos Sobre Paternalismo”. In *Doxa: Cadernos de Filosofia del Derecho*. Nº 5. 1988.

paternalismo “*hard*” ou paternalismo “coercitivo” e a espécie paternalismo “*soft*” ou paternalismo “não coercitivo”).

Por outro lado, para os autores que adotam um primeiro elemento constitutivo de conteúdo de “paternalismo” menos elástico<sup>365</sup>, considerando como paternalistas tão somente as medidas que adotem meios regulatórios coercitivos em sentido estrito da liberdade de ação dos agentes regulados, simplesmente não será possível a adoção da classificação em tela. Tal classificação não faria sentido, eis que toda e qualquer medida “paternalista”, para poder ser incluída na definição adotada pelo autor de “paternalismo jurídico”, deverá consistir na adoção de um meio regulatório coercitivo em sentido estrito da liberdade de ação dos agentes regulados. As medidas regulatórias que buscam zelar por bens, direitos e interesses dos agentes regulados através de incentivos, desincentivos e manipulação de informação simplesmente não seriam medidas paternalistas *at all*.

Este último entendimento, de certa forma, parece ser a posição de SARAH CONLY<sup>366</sup>, que entende sem sentido a tentativa de classificação de um suposto gênero do “paternalismo jurídico” nas supostas espécies “paternalismo *hard* ou coercitivo” e “paternalismo *soft* ou não coercitivo”. Não haveria um limite objetivo e claro a ser traçado para fins de separação entre intervenções de natureza coercitiva e intervenções de natureza meramente indutoras, de forma que toda e qualquer medida jurídica “paternalista” seria uma medida jurídica “paternalista coercitiva”.

A classificação das medidas jurídicas paternalistas nas espécies do “paternalismo *hard*” (entendido como “paternalismo coercitivo) e do “paternalismo *soft*” (entendido como paternalismo não coercitivo) apresenta-se perfeitamente compatível com a definição de “paternalismo jurídico” adotada pela presente tese. A manifestação de poder (primeiro elemento constitutivo da definição de paternalismo adotada pela presente tese), limitadora da liberdade dos agentes regulados com o intuito de zelar pelos bens, direitos e interesses destes próprios indivíduos, pode consistir tanto em medidas coercitivas em sentido estrito da liberdade de ação quanto em influências, incentivos, desincentivos ou manipulação de informações.

Quanto ao segundo critério utilizado para fins de ser aferida a intensidade com que as medidas paternalistas restringem a liberdade dos agentes regulados (análise da intensidade

---

<sup>365</sup> V. VALDÉS, Ernesto Garzón. “Es Éticamente Justificable El Paternalismo Jurídico?”. In *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 5. 1988.

<sup>366</sup> V. CONLY, Sarah. *Against Autonomy. Justifying Coercive Paternalism*. Cambridge: Cambridge University Press. 2013.

interventiva da finalidade regulatória adotada), trata-se de discussão que implica profundos questionamentos pertinentes ao âmbito da filosofia político-moral a servir de base para a leitura do instrumental jurídico paternalista<sup>367</sup>.

Segundo este segundo critério utilizado para realizar a classificação das diversas medidas paternalistas entre a espécie paternalista “*hard*” e a espécie paternalista “*soft*”, o ponto essencial não seria o fato de o meio regulatório adotado ser coercitivo ou meramente indutor das liberdades dos agentes regulados. O critério distintivo consistiria na aferição se a medida regulatória paternalista tem por finalidade proteger a autonomia real e mediata do próprio agente regulado (eis que, por algum fator específico de incompetência, poder-se-ia presumir que a manifestação de vontade do agente regulado não corresponderia à sua real e efetiva autonomia) ou se a medida regulatória paternalista tem por finalidade impor sobre as escolhas autônomas dos agentes regulados outros objetivos de forma heterônoma<sup>368</sup>.

A classificação das medidas jurídicas paternalistas nas espécies do “paternalismo *hard*” (entendido como “paternalismo que impõe opção heterônoma ao agente regulado”) e do “paternalismo *soft*” (entendido como “paternalismo destinado a proteger a autonomia real e mediata do próprio agente regulado) também é perfeitamente compatível com a definição de “paternalismo jurídico” adotada pela presente tese. Conforme será exposto no Capítulo III.3 da presente tese, as medidas paternalistas constituem instrumento jurídico positivo que pode se prestar a diferentes leituras que tomem por base distintas raízes de filosofia político-moral. Haverá manifestações de poder, restritivas da liberdade dos agentes regulados e que zelem por bens, interesses e direitos destes mesmos indivíduos cuja liberdade é restringida tanto com a finalidade filosófica de impor heteronomamente aos indivíduos escolhas contrárias às suas autônias quanto com a finalidade filosófica de proteger mediatamente a real e consistente autonomia destes mesmo indivíduos regulados.

Este, inclusive, será um dos pontos mais sensíveis a definir se a medida jurídica de natureza paternalista encontrar-se-á ou não legitimada jurídico-moralmente diante da premissa liberal-republicana.

### 3.1.5. Puro ou impuro. A espécie do “paternalismo impuro” como não compreendida na definição de paternalismo adotada pela presente tese

<sup>367</sup> Sobre a possibilidade de o instrumental jurídico das medidas regulatórias paternalistas positivas sofrer diferentes leituras com base em distintas raízes de filosofia político-moral, v. Capítulo III.3 *infra*.

<sup>368</sup> V. FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Self*. Oxford: Oxford University Press. 1986. V. tb. FEINBERG, Joel. “Legal Paternalism”. In SARTORIUS, Rolf (Ed.). *Paternalism*. Minneapolis: University of Minnesota Press. 1983.

Por fim, última classificação aplicável às medidas jurídicas paternalistas a ser destacada entre aquelas mais importantes oferecidas pela doutrina é a que faz distinção entre as espécies do “paternalismo puro” e do “paternalismo impuro”. Não há muito mais o que se dizer acerca do “paternalismo puro”, eis que a definição de “paternalismo puro” é exatamente a mesma definição de “paternalismo”. O paternalismo puro seria exatamente o paternalismo em sentido estrito, a manifestação de poder, restringindo a liberdade dos agentes regulados, com o intuito de zelar pelos bens, direitos e interesses destes próprios indivíduos cuja liberdade é restringida.

Por outro lado, o “paternalismo impuro” seria uma espécie de paternalismo em sentido lato. JOEL FEINBERG<sup>369</sup> destaca que frequentemente as medidas jurídicas restritivas da liberdade defendidas com fundamento paternalista de proteger as mesmas pessoas cuja liberdade é restringida apresentam simultaneamente outras razões e fundamentos mediatos em que buscam justificação, sendo que tais razões mediatas a também justificar as medidas exigem previamente a imediata implementação do argumento paternalista.

Vejam-se, por exemplos, diversas das situações já mencionadas acima como casos de paternalismo jurídico. Foram apontadas como paternalistas, entre inúmeras outras medidas, a proibição ou restrição do consumo de *junk food*, de álcool, de tabaco e de drogas ilícitas. Da mesma forma, foram apontadas como paternalistas, entre inúmeras outras medidas, a imposição do uso de capacetes, de cinto de segurança e de equipamentos de proteção em geral. Não há dúvidas de que um dos argumentos a justificar a adoção das medidas em tela possui natureza paternalista. A saber, um dos argumentos a justificar a restrição da liberdade dos agentes regulados é o de zelo por bens, direitos e interesses dos próprios indivíduos cuja liberdade é restringida. Um dos argumentos para ser restringido ou proibido o consumo de *junk food*, de álcool, de tabaco e de drogas ilícitas é o de proteção à saúde do próprio consumidor. Um dos argumentos para ser imposta a utilização de capacetes, de cinto de segurança e de equipamentos de proteção em geral é o de proteção do próprio motociclista, motorista ou passageiro do carro ou funcionário da construção.

Nada obstante, tais argumentos não são os únicos a servir de justificação para a adoção das medidas jurídicas regulatórias em tela. A saber, além de a restrição ou proibição do consumo de *junk food*, de álcool, de tabaco e de drogas ilícitas poder buscar justificação no argumento paternalista de proteção da saúde do próprio consumidor, tais medidas podem

---

<sup>369</sup> V. FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Self*. Oxford: Oxford University Press. 1986.

buscar fundamentação simultaneamente no argumento de proteção do erário público ao ser evitado que os custos de tratamento da saúde comprometida destes indivíduos em decorrência do consumo das substâncias mencionadas sejam externalizados para o contribuinte. Exatamente o mesmo raciocínio poderia ser feito em relação às medidas que impõem o uso de equipamentos de segurança. Além de a imposição do uso de capacetes, de cinto de segurança e de equipamentos de proteção em geral poder buscar justificação no argumento paternalista de proteção da saúde do próprio motociclista, motorista ou passageiro do carro e funcionário da construção, tais medidas podem buscar fundamentação simultaneamente no argumento de proteção do erário público ao ser evitado que os custos de tratamento de saúde decorrentes da imprudência destes indivíduos em não se protegerem de acidentes sejam externalizados para o contribuinte.

Em outros termos mais objetivos ainda, o paternalismo impuro consistiria em manifestações de poder restritivas da liberdade de indivíduos que, embora possuam o objetivo imediato de proteger bens, direitos e interesses dos indivíduos cuja liberdade é restringida, somente o fazem como um instrumento para que seja alcançado o objetivo real e mediato de implementar outra finalidade. Ou seja, a providência paternalista em sentido estrito se apresenta como um instrumento para o atingimento da real finalidade almejada pela medida.

A classificação em tela, neste sentido, ao separar as medidas jurídicas paternalistas nas supostas espécies do “paternalismo puro” e do “paternalismo impuro”, não se apresenta compatível com a definição de “paternalismo jurídico” adotada pela presente tese. Explica-se.

Foi adotada pela presente tese definição de paternalismo jurídico como a manifestação do Poder Político-Jurídico, através da adoção de normas e medidas jurídicas restritivas da liberdade de indivíduos, com o intuito de zelar por bens, direitos e interesses destes mesmos indivíduos cuja liberdade é restringida. Ocorre, entretanto, que as denominadas medidas paternalistas “impuras”, conforme se acabou de expor, ao restringirem a liberdade dos agentes regulados, em verdade, não possuem como intuito último, primordial e consistente o zelo por bens, direitos e interesses destes próprios indivíduos cuja liberdade é restringida. No caso das medidas paternalistas “impuras”, o zelo por bens, direitos e interesses dos agentes regulados é tão somente um elemento acidental e ocasional, implementado apenas na medida em que contingentemente necessário para ser alcançado o verdadeiro objetivo da medida regulatória. A justificação jurídico-moral de tais medidas deve ser encontrada nos valores fundamentais implementados pela finalidade mediata outra que não a proteção de bens, direitos e interesses dos próprios agentes regulados.

Desta forma, não há que se falar em classificação que tome o “paternalismo” como gênero cujas espécies sejam o “paternalismo puro” e o “paternalismo impuro”. Isto pois as medidas paternalistas “impuras” simplesmente não são, na definição de paternalismo adotada pela tese, medidas “paternalistas” *at all*. Da mesma forma, a terminologia “paternalismo puro”, na definição de paternalismo adotada pela tese, seria um pleonasma vicioso, eis que todo e qualquer paternalismo seria puro.

A verdade, como bem ressaltado por JOEL FEINBERG<sup>370</sup>, é que muito dificilmente poder-se-á imaginar uma medida jurídica que seja sustentada única e exclusivamente por argumentos de natureza puramente paternalista. Na maioria dos casos, uma medida jurídica poderá encontrar sustentação simultaneamente em argumentos imediatos de natureza paternalista e em argumentos mediatos de natureza não paternalista que exijam a prévia implementação imediata dos argumentos paternalistas.

Reexaminando um dos exemplos apresentados, por um lado, foi dito que a medida jurídica regulatória da proibição do consumo de drogas poderia ser considerada medida paternalista por restringir a liberdade do agente regulado com base no argumento de proteger o direito à saúde deste mesmo consumidor. Por outro lado, porém, foi destacado também ser possível defender-se a medida regulatória com base no argumento de que, ao se proteger imediatamente o direito à saúde do consumidor, estar-se-ia mediatamente protegendo o erário público, ao ser evitada a externalização dos gastos com tratamentos de saúde decorrentes do consumo de drogas. Desta forma, um defensor da classificação exposta no presente tópico, entenderia estar-se diante de um caso de “paternalismo impuro”.

No entender da presente tese, porém, o argumento de que, ao se proteger imediatamente o direito à saúde do consumidor, estar-se-ia mediatamente protegendo o erário público ao ser evitada a externalização dos gastos com tratamentos de saúde simplesmente não seria um argumento de natureza “paternalista”. Tal não descaracteriza a natureza paternalista da medida jurídica regulatória que proíbe o consumo de drogas. Isto pois o argumento de proteção à saúde do próprio consumidor cuja liberdade é restringida possui valor também em si, não sendo mero instrumento para alcançar outra finalidade mediata.

Tal advertência é fundamental para ficar clara a extensão da definição de “paternalismo” adotada pela tese e que será utilizada na presente Parte III para fins de estudo de caso. Serão submetidas ao exame de legitimação jurídico-moral diante do paradigma liberal-republicano as medidas jurídicas regulatórias especificamente de natureza paternalista,

---

<sup>370</sup> V. FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Self*. Oxford: Oxford University Press. 1986.

sendo certo que as medidas regulatórias que limitam a liberdade de indivíduos com o intuito imediato de zelar por bens, direitos e interesses desses mesmos indivíduos apenas de forma instrumental a alcançar outro objetivo real e mediato não se inserem entre tais medidas jurídicas regulatórias de natureza especificamente paternalista.

Neste sentido, em verdade, diante da pertinente constatação de JOEL FEIBERG (de que na prática toda medida regulatória paternalista apresentará simultaneamente, além dos argumentos de natureza paternalista, também outros argumentos), melhor até talvez seja falar que a presente Parte III da tese terá por objeto realizar um estudo de caso da legitimação jurídico-moral diante da premissa liberal-republicana especificamente dos “argumentos” de natureza paternalista.

Na presente Parte III, buscar-se-á indagar se, em que situações e em que intensidade os argumentos especificamente de natureza paternalista podem se apresentar como argumentos pertinentes e legítimos jurídico-moralmente para fins de justificar alguma medida jurídica regulatória diante da premissa liberal-republicana.

Evidentemente, isto não significa, de forma alguma, que os outros argumentos, de natureza não paternalista, não possam servir de justificação jurídico-moral para as mais diversas medidas jurídicas regulatórias diante da premissa liberal-republicana. Na realidade, na maioria das situações, as medidas jurídicas regulatórias buscarão legitimação jurídico-moral diante da premissa liberal-republicana com base em argumentos de natureza não paternalista. Tão somente, a presente Parte III da tese, tal qual exposto, destinar-se-á apenas ao exame da legitimação jurídico-moral diante da premissa liberal-republicana especificamente dos argumentos de natureza paternalista, não incluídos nestes o que alguns autores denominam de “paternalismo impuro”.

### **3.2. Paternalismo jurídico e indisponibilidade de direitos: duas faces da mesma moeda. O art. 11 do Código Civil de 2002 como “cláusula geral de tutela das medidas jurídicas paternalistas”**

Da definição que se acaba de apresentar, parece ter restado claro que o “paternalismo jurídico” e a “indisponibilidade dos direitos” são duas faces da mesma moeda. A saber, ainda que os próprios indivíduos que sejam titulares de direitos, bens e interesses expressa e



autonomamente optem por não implementar os mesmos ou por permitir que os mesmos sofram danos, a proteção de tais direitos, bens e interesses será determinada pela medida jurídica paternalista.

Por um lado, os defensores da legitimação jurídico-moral das medidas paternalistas necessariamente deverão defender que alguns direitos dos indivíduos devam ser considerados em algum grau indisponíveis (aqueles direitos cuja proteção deve ser imposta pelas medidas paternalistas ainda quando os próprios titulares de tais direitos queiram dispor dos mesmos). Por outro lado, em sentido diametralmente oposto, aqueles que entendem que as medidas paternalistas não possuem legitimação jurídico-moral, por coerência, simultaneamente deverão defender a tese de que os direitos individuais devem ser considerados disponíveis por seus titulares.

Pode-se afirmar, portanto, que toda e qualquer discussão acerca da legitimação (ou falta de legitimação) jurídico-moral de uma medida jurídica paternalista qualquer, sem prejuízo do debate acerca de outros dispositivos normativos pertinentes particularmente à medida jurídica paternalista específica analisada no caso concreto (que variarão caso a caso, a depender da seara específica em que atue a medida jurídica paternalista em questão), sempre implicará um debate acerca da interpretação a ser conferida ao art. 11 do Código Civil Brasileiro de 2002, cujos termos são reiterados:

**Art. 11-** Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Ocorre que a discussão sobre a correção jurídico-moral do “paternalismo jurídico” e a discussão sobre a correção jurídico-moral da “indisponibilidade dos direitos” constituem exatamente a mesma discussão. Neste sentido, o objeto do art. 11 do Código Civil de 2002, ao afirmar de forma genérica acerca de todos os direitos da personalidade que os mesmos são irrenunciáveis, simultaneamente estabelece uma medida paternalista de caráter genérico sobre todos os direitos da personalidade.

Desta forma, por um lado, sempre que esteja sendo questionada a correção jurídico-moral de uma determinada medida jurídica paternalista, seus defensores levantarão a necessidade de aplicação do art. 11 do Código Civil de 2002. A saber, argumentarão que, tal qual previsto no dispositivo legal, os direitos da personalidade são irrenunciáveis e indisponíveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação ainda que voluntária. Assim, ainda que os próprios titulares dos direitos em questão expressa e voluntariamente afirmem

que pretendem dispor de seus direitos, tal renúncia não poderá ser efetuada, sendo jurídico-moralmente correta a medida paternalista que restrinja a liberdade dos indivíduos com o intuito de proteger direitos de titularidade desses próprios indivíduos cuja liberdade é restringida.

Da mesma forma, por outro lado, sempre que esteja sendo questionada a correção jurídico-moral de uma determinada medida jurídica paternalista, seus opositores levantarão que o art. 11 do Código Civil de 2002, para que seja aplicado, exige uma interpretação conforme à Constituição de 1988 (em caso de incompatibilidade completa do texto de tal artigo com a Lei Maior, o mesmo deveria inclusive ser declarado inconstitucional como um todo). A saber, defenderão os opositores das medidas paternalistas que tal dispositivo legal deva ser interpretado à luz da liberdade e igualdade dos indivíduos em realizarem suas escolhas existenciais e seus próprios planos de vida pessoal particular, desde que tais opções não impliquem danos à liberdade e aos direitos de terceiros. O art. 11 do CC, portanto, deveria ser interpretado como sendo vedada a renúncia de direitos por seus titulares tão somente quando seja considerado que tal renúncia, em última análise, seja contrária à implementação mediata da autonomia e das condições igualitárias desse mesmo titular do direito. Desta forma, os direitos dos indivíduos (incluídos os direitos da personalidade) seriam sim disponíveis e renunciáveis desde que diante de expressa manifestação da autonomia de seus próprios titulares, sendo vedadas as medidas paternalistas, destinadas, por definição, a impor a proteção de direitos mesmo contra a manifestação de seus próprios titulares pela renúncia.

Enfim, por um lado, a causa da defesa das “medidas jurídicas paternalistas” é a mesma causa da defesa da “indisponibilidade dos direitos”. Por outro lado, a causa do combate às “medidas paternalistas” é a mesma causa da defesa da “disponibilidade dos direitos”. Tendo o art. 11 do Código Civil de 2002 por objeto o próprio instituto da indisponibilidade dos direitos da personalidade em geral, toda e qualquer discussão acerca da correção ou incorreção jurídico-moral das medidas paternalistas em geral será um debate acerca da interpretação e aplicação também do art. 11 do Código Civil de 2002. Desta forma, o art. 11 do Código Civil Brasileiro de 2002 acaba por se apresentar como uma espécie de “cláusula geral de tutela das medidas paternalistas”.

A depender do setor específico em que se situe determinada medida paternalista, destinada a impor a proteção de um direito ainda que contra a vontade do titular do mesmo, incidirá possivelmente ainda uma norma específica acerca da indisponibilidade

particularmente daquele direito em questão. Serão examinados adiante exemplos de dispositivos de caráter paternalista que impõem especificamente a preservação do direito à integridade corporal (caso do art. 13 do Código Civil e dos arts. 54, 55 e 65 do Código de Trânsito Brasileiro de Trânsito- Lei nº 9.503/97) contra a manifestação de vontade pelo titular deste próprio direito. Outros dispositivos específicos se destinarão à proteção paternalista particularmente do direito à vida (caso dos arts. 121 e 122 do Código Penal) contra a renúncia pelo próprio titular de tal direito. Outros dispositivos específicos se destinarão à proteção paternalista particularmente do direito às condições sociais mínimas dos trabalhadores (caso de inúmeros dispositivos da CLT) ou do direito à educação (caso de inúmeros dispositivos da Lei de Diretrizes e Bases) ainda que contra a vontade dos próprios titulares desses direitos. Em todas as situações, porém, os defensores dessas mais diversas medidas paternalistas, além de defenderem a aplicação de dispositivos paternalistas específicos que impõem a proteção desses direitos em particular mesmo que diante da renúncia por parte de seus próprios titulares, reforçarão seus fundamentos ao defenderem a aplicação simultaneamente do art. 11 do Código Civil de 2002.

Em alguns casos, inclusive, podem os defensores das medidas paternalistas utilizar a “cláusula geral de tutela das medidas paternalistas” prevista no art. 11 do Código Civil de 2002 como fundamento subsidiário diante da inexistência de dispositivo que preveja medida paternalista específica para proteção de um direito particular qualquer contra a renúncia do próprio titular de tal direito. Pode ocorrer de determinado direito ser consagrado pelo ordenamento como sendo de titularidade de determinados indivíduos. Nada obstante, o ordenamento pode não possuir nenhum dispositivo que verse sobre as situações em que o próprio titular daquele direito em específico expressa e autonomamente opte por renunciar ao mesmo. Inclusive nestas situações em que não haja a previsão de uma medida paternalista especificamente destinada à proteção de um direito em particular contra a renúncia por seu próprio titular, em se tratando de direito da personalidade, os defensores da medida paternalista poderão se utilizar do art. 11 do CC de forma subsidiária como “cláusula geral de tutela das medidas paternalistas”, destinada à proteção de todo e qualquer direito da personalidade contra a tentativa de renúncia por parte do próprio titular do direito.

Os opositores da correção jurídico-moral das medidas paternalistas, por sua vez, caso a caso, entenderão pela inconstitucionalidade ou necessidade de interpretação conforme das medidas paternalistas especificamente destinadas a proteger os mais diversos direitos em particular contra a manifestação autônoma de renúncia pelos próprios titulares desses direitos.

Mais do que isto, defenderão a necessidade de interpretação conforme à Constituição de 1988 da própria “cláusula geral de defesa das medidas paternalistas” prevista no art. 11 do Código Civil de 2002.

### **3.3. A antítese que envolve os argumentos paternalistas: da ampla popularidade à revolta em decorrência do mesmo fator. O paternalismo como instituto jurídico passível de leituras filosóficas distintas**

Quando da introdução da presente Parte III da tese, adiantou-se que os argumentos de natureza paternalista são utilizados com enorme frequência por políticos e mesmo por pessoas do povo como supostos fundamentos a justificar a legitimação jurídico-moral das medidas regulatórias estatais. Afirmou-se que, por mais que as pessoas tenham consciência explícita de que todas as medidas regulatórias estatais por definição representam a limitação de liberdades individuais, muitas vezes entendem que as medidas regulatórias estatais especificamente de caráter paternalista estariam (precisamente pelo fundamento de possuírem tal característica paternalista) justificadas perante uma aferição de legitimação jurídico-moral.

Uma vez já definido o conteúdo do conceito de “paternalismo jurídico” bem como exposto seu binômio constitutivo, torna-se fácil entender a razão de tamanha “popularidade” dos argumentos de natureza paternalista. Foi exposto que, para que alguma medida seja classificada como “paternalista”, deve a mesma apresentar um binômio, sendo composta por: (i) uma medida de poder, que impõe restrições de liberdade aos indivíduos ao direcionar ou controlar a conduta dos mesmos (impondo ações ou omissões), e (ii) um objetivo de zelo pela proteção dos interesses, bens e direitos das pessoas sob influência de tal poder. Não há dúvidas de que a “popularidade” das medidas paternalistas decorre do segundo elemento constitutivo do binômio exposto: o zelo pela proteção dos interesses, bens e direitos das pessoas sob influência do poder exercido.

O discurso genérico dos simpatizantes das medidas regulatórias paternalistas é muito simples de ser depreendido. Por mais que admitam expressamente que toda medida regulatória estatal bem como qualquer exercício de poder apresenta um grau de restrição à liberdade dos indivíduos, tal restrição seria justificada a partir do momento em que a razão de ser da mesma seria precisamente o zelo pela proteção de interesses, bens e direitos das

próprias pessoas cuja liberdade é restringida. Desta forma, a violação da liberdade das pessoas submetidas às medidas regulatórias e ao Poder Estatal estaria justificada pelo fato de estes próprios indivíduos estarem sendo beneficiados por tais restrições de liberdade. O Estado, ao agir coercitivamente em benefício dos indivíduos, estaria agindo como um “pai”, figura psicologicamente bastante querida para a maioria das pessoas e geralmente associada a algo “bom” ou “desejável”. Eis a razão de tamanha popularidade dos argumentos de natureza paternalista.

Entretanto, submetendo tal equiparação a um crivo racional, seria correta a associação do Estado a um “pai” bem como a associação dos cidadãos a “filhos”?

De fato, os argumentos de natureza “paternalista” possuem essa denominação justamente em decorrência de metáfora alusiva à atuação de um pai que protege um filho, restringindo a liberdade desse último (direcionando ou controlando suas condutas, enfim, regulando) com o intuito de atingir o suposto melhor interesse do próprio filho cuja liberdade foi restringida. Nos casos de atuação paternalista, ao regular a conduta dos indivíduos, o Estado estaria agindo em relação aos indivíduos regulados de forma análoga à postura de um pai diante de seus filhos.

Ao agir com base em argumentos paternalistas, o Estado avoca para si a legitimidade e competência para determinar o que seria do melhor interesse dos indivíduos. Tal como um pai determina o que é o melhor interesse de seu filho, estabelecendo uma conduta a ser seguida pelo mesmo (ainda que o filho expressamente se manifeste de forma clara por não ser aquele seu melhor interesse), o Estado, ao agir com base em argumentos paternalistas, determina o que seria do melhor interesse dos cidadãos, estabelecendo uma conduta a ser seguida pelos mesmos (ainda que tais indivíduos se manifestem expressamente e de forma clara por não ser aquele seu melhor interesse).

Afirma-se que um pai pode agir de forma paternalista em relação a um filho em virtude de este último ser uma criança, cuja capacidade de fato ainda não se encontra completamente formada. Por mais que o filho já saiba se comunicar e expressamente falar o que supostamente seria seu melhor interesse, entende-se que sua manifestação de vontade deve ser relativizada. Devido a suas necessidades de amadurecimento mental bem como de vivenciar experiências, muito frequentemente o que um filho criança afirma expressamente ser seu melhor interesse não corresponderá verdadeiramente ao seu melhor interesse mediato, real e consistente.

Quando levantados para defender a regulação estatal sobre os cidadãos, entretanto, os argumentos de natureza paternalista são extremamente controversos do ponto de vista da legitimação jurídico-moral. A transposição da relação pai/filho para a relação Estado/cidadãos é altamente questionável. Se, por um lado, pode-se afirmar que um pai, via de regra, possui maior maturidade que um filho (menor) para determinar qual o melhor interesse da criança, por outro, não há qualquer garantia de que o Estado possua maior capacidade para determinar qual o melhor interesse de um cidadão. Da mesma forma, se, por um lado, via de regra um filho (menor) é infantil/imaturo, por outro, não é certo que se possa afirmar que os cidadãos são necessariamente infantis para definir seus melhores interesses.

Extremamente questionável, portanto, o Estado avocar para si a competência para determinar o que é do melhor interesse das pessoas, contrariando o que essas próprias pessoas afirmam expressamente entenderem ser seu melhor interesse. Extremamente questionável o Estado infantilizar seus cidadãos, eis que o outro lado da moeda de o Poder Público assumir as funções de “pai” significa o Estado simultaneamente considerar os indivíduos como crianças incapazes.

Eis a antítese que torna a discussão acerca da legitimação jurídico-moral das medidas regulatórias especificamente de natureza paternalista tão fascinante. Exatamente a mesma característica de tais medidas (o fato de terem por objetivo a proteção de direito, bem ou interesse exclusivamente do agente cuja liberdade é limitada) se apresenta simultaneamente como o argumento mais forte em defesa da legitimação jurídico-moral da regulação em questão e como o argumento mais forte contra a legitimação jurídico-moral da mesma. Explica-se.

Tal qual exposto acima, não há dúvidas de que a grande “popularidade” dos argumentos de natureza paternalista decorre do elemento constitutivo do “zelo” pela proteção dos bens, direitos e interesses do indivíduo cuja liberdade é restringida. O argumento mais forte em defesa da legitimação jurídico-moral das medidas regulatórias paternalistas decorre da característica de que tais medidas são destinadas a proteger os bens, direitos e interesses dos próprios agentes cuja liberdade é limitada. Não se nega que as medidas paternalistas, medidas regulatórias que são, provocam restrição da liberdade de indivíduos. Nada obstante, tais medidas paternalistas estariam justificadas pois o intuito das mesmas seria precisamente o zelo pela proteção do melhor interesse dos mesmos indivíduos cuja liberdade está sendo limitada. A limitação da liberdade desses indivíduos, portanto, estaria justificada. Afinal de contas, nenhuma pessoa seria desfavorecida pela medida paternalista. Os indivíduos cuja

liberdade é restringida (os supostos prejudicados pela medida) estariam em verdade sendo favorecidos.

Que curiosidade fascinante. O argumento mais forte contrário à legitimação jurídico-moral das medidas regulatórias paternalistas decorre exatamente da mesma característica de que tais medidas são destinadas a proteger os bens, direitos e interesses dos próprios agentes cuja liberdade é limitada. Para os críticos das medidas paternalistas, poder-se-ia aceitar a legitimação jurídico-moral apenas das medidas regulatórias destinadas à proteção dos direitos, bens e liberdades de indivíduos outros que não os próprios agentes cuja liberdade é restringida pela regulação. Não haveria dúvidas de que nenhuma pessoa pode possuir liberdade ilimitada sob pena de violação das liberdades dos demais. Desta forma, se encontrariam justificadas jurídico-moralmente as medidas regulatórias que limitassem a liberdade dos agentes (que realmente não poderia ser absoluta) com a finalidade de proteger os direitos de outros indivíduos. No caso das medidas paternalistas, entretanto, não havendo direitos de terceiros a serem protegidos, não haveria qualquer razão a justificar jurídico-moralmente a limitação das liberdades dos agentes regulados. Se os únicos direitos e interesses a serem protegidos pelas medidas paternalistas são de titularidade dos próprios agentes a sofrerem a limitação de liberdade, não haveria qualquer legitimação jurídico-moral de tal cerceamento da autonomia privada dos indivíduos regulados. Para os críticos das medidas paternalistas, o paternalismo jurídico se basearia em uma premissa bastante questionável de que, no fundo, os indivíduos não sabem o que é o “melhor” para eles próprios.

Para que se possa avaliar corretamente a legitimação jurídico-moral dos argumentos de natureza paternalista, deve-se primeiramente especificar melhor o que pretendem os defensores do paternalismo ao afirmarem que buscam o “melhor interesse” dos indivíduos cujas liberdades são limitadas. Em que sentido deve ser entendida tal proteção do “melhor interesse”? Por um lado, proteger de forma paternalista o “melhor interesse” dos indivíduos cujas liberdades são limitadas representaria impor de forma heterônoma aos mesmos determinada concepção de vida boa privada (pois na visão estatal este modelo de vida corresponderia ao melhor interesse a ser seguido pelos indivíduos) ainda que esta não corresponda à opção de tais indivíduos? Ou, por outro lado, proteger de forma paternalista o “melhor interesse” dos indivíduos cujas liberdades são limitadas representaria, na verdade, implementar a própria autonomia mediata e consistente bem como as condições igualitárias dos mesmos?

Conforme será visto adiante, as medidas paternalistas podem sofrer leituras completamente diferentes quanto ao objetivo mediato e filosófico a ser alcançado pelas mesmas. Para que uma medida seja classificada como “paternalista”, basta que o objetivo imediato e jurídico da restrição de liberdade decorrente da medida seja sempre um zelo pela proteção de bens, direitos e interesses das pessoas cuja liberdade é restringida. Nada obstante, objetivos mediatos e filosóficos distintos podem servir de leitura para tal objetivo jurídico imediato paternalista. Por um lado, pode-se interpretar a “proteção dos bens, interesses e direitos das próprias pessoas cujas liberdades são restringidas” como a imposição às mesmas de um plano de vida pessoal privada que realmente não corresponda à opção de tais indivíduos, mas que configura a concepção de vida boa entendida pelo Estado como o melhor interesse dessas pessoas. Por outro lado, pode-se interpretar a “proteção dos bens, interesses e direitos das próprias pessoas cujas liberdades são restringidas” como a implementação mediata da real e consistente autonomia bem como das condições igualitárias da própria pessoa cuja vontade imediata é restringida.

Os diferentes objetivos mediatos filosóficos oferecem distintas possibilidades de leituras do objetivo jurídico imediato paternalista. Ou seja, para que uma medida jurídica regulatória seja classificada como “paternalista”, basta a presença do binômio constitutivo: (i) manifestação do Poder Político-Jurídico, e (ii) zelo pela proteção dos bens, direitos e interesses da própria pessoa cuja liberdade é restringida. Nada obstante, as medidas jurídicas paternalistas podem sofrer leituras filosóficas completamente distintas.

Conforme será visto, não basta a classificação de uma medida jurídica como “paternalista” para que se afirme se a mesma se encontra ou não justificada juridico-moralmente. A depender da concepção de filosofia político-moral que sirva de base para a adoção da medida jurídica paternalista, tal medida se encontrará ou não justificada juridico-moralmente.

No caso do goleiro Castilho, por exemplo, não seria suficiente a afirmação de que o Poder Público pretenderia limitar sua liberdade de amputar o dedo através de medida que poderia ser classificada como juridicamente paternalista para que se chegasse a uma conclusão acerca da legitimação ou falta de legitimação jurídico-moral da medida em questão. O objetivo imediato e estritamente jurídico da medida restritiva da liberdade de Castilho, com base nos arts. 11 e 13 do CC/2002, seria muito claro: a proteção do direito à integridade física corporal do próprio Castilho, cuja liberdade seria restringida. Diante do claro objetivo jurídico e imediato, portanto, não há dúvidas acerca de tratar-se de medida regulatória de natureza



paternalista (que restringe a liberdade do agente regulado com o intuito de zelar pela proteção de direito deste próprio indivíduo).

Mas qual o objetivo mediato e filosófico de tal medida jurídica paternalista? Estar-se-ia atuando no “melhor interesse de Castilho” e na defesa do direito à integridade física de Castilho por se impor heteronomamente ao goleiro determinada concepção de vida boa privada, com a qual o mesmo não concorda, de que o projeto de vida correto é aquele em que as pessoas não devem voluntariamente abdicar de seu próprio corpo por uma simples razão “fútil” de jogar futebol (adjetivo esse também decorrente da visão particular de “vida boa” com a qual não concordaria Castilho, para quem jogar futebol era parte do próprio sentido da vida)? Ou estar-se-ia atuando no “melhor interesse de Castilho” e na defesa do direito à integridade física de Castilho por, na verdade, se proteger a própria autonomia mediata e consistente bem como as condições igualitárias do goleiro (eis que, uma vez decorrido o período de dois meses de recuperação plena de seu dedo, o próprio goleiro futuramente constataria que foi realmente bom ter mantido o dedo)?

Somente através da aferição de quais matrizes filosóficas são utilizadas na leitura dos arts. 11 e 13 do Código Civil de 2002 pode-se saber se a restrição à liberdade individual de Castilho seria constitucional.

Enfim, cabe enfrentar as diferentes leituras filosóficas possíveis dos argumentos de natureza paternalista. A depender da concepção de filosofia político-moral que esteja sendo utilizada como matriz filosófica das medidas regulatórias de natureza paternalista, as mesmas se encontrarão ou não justificadas jurídico-moralmente perante o paradigma externo e metapositivo do liberalismo-republicano.

**3.4. O caráter pejorativo que classicamente sempre foi associado ao paternalismo desde “*On Liberty*” de JOHN STUART MILL. Acusações de violação à autonomia, à igualdade e à utilidade. A distinção entre “paternalismo jurídico” e “perfeccionismo moral”. A verdade das críticas: o paternalismo jurídico não justificado jurídico-moralmente. A leitura “perfeccionista moral” de matriz comunitária do “paternalismo jurídico” é aquela mais evidente**

Acabou-se de afirmar no tópico anterior<sup>371</sup> que as medidas paternalistas se encontram no plano dos instrumentos jurídicos positivos, podendo sofrer diferentes leituras a partir de distintas concepções de filosofia político-moral. Neste ponto, cabe de imediato destacar que, desde a obra de JOHN STUART MILL, historicamente o paternalismo jurídico sempre tem sido objeto de associação a uma conotação pejorativa.

Conforme já adiantado, em sua clássica obra “*On Liberty*”<sup>372</sup>, JOHN STUART MILL defendeu posição segundo a qual as intervenções restritivas da liberdade de um indivíduo somente poderiam encontrar fundamento no “princípio do dano” ou “princípio do dano a terceiro”. A saber, as intervenções restritivas da liberdade de um indivíduo poderiam se encontrar legitimadas se e somente se o exercício de tal liberdade provocasse dano não consentido sobre a esfera de um terceiro.

A afirmação de MILL de que as intervenções restritivas da liberdade de um indivíduo somente poderiam se encontrar justificadas em caso de dano provocado a terceiro que não tenha consentido com o mesmo apresenta como outra face da mesma moeda o repúdio de MILL ao princípio do paternalismo<sup>373</sup>. Conforme já exposto, JOEL FEINBERG<sup>374</sup> bem expõe que o princípio do paternalismo, antítese e complementação do princípio do dano de MILL, estabelece a possibilidade de restrição da liberdade de um indivíduo ainda que inexista dano causado à esfera de terceiro que não tenha concordado com o mesmo. Estabelece o paternalismo a possibilidade de restrição da liberdade de um indivíduo ainda que com o intuito de impedir dano que recaia sobre a esfera de direitos do próprio agente regulado ou que recaia sobre a esfera de direitos de um terceiro que tenha consentido com tal dano.

Como se sabe, MILL foi um dos maiores expoentes do pensamento utilitarista. É do conhecimento de todos, porém, que a base principal do utilitarismo consiste no preceito de que as mais diversas instituições político-jurídicas estatais devem ser estruturadas com o intuito de buscar a maximização do somatório geral de bem-estar e de felicidade<sup>375</sup>. Muitos autores utilitários, neste sentido, por inúmeras vezes, acabam por defender posição segundo a qual a liberdade individual venha a ceder quando tal seja necessário em prol do projeto

---

<sup>371</sup> V. Capítulo III.3 *supra*.

<sup>372</sup> MILL, John Stuart. *On Liberty*. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company. 1956.

<sup>373</sup> MILL, John Stuart. *On Liberty*. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company. 1956.

<sup>374</sup> V. FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Self*. Oxford: Oxford University Press. 1986.

<sup>375</sup> V. BENTHAM, Jeremy. *The Principles of Morals and Legislation*. New York: Hafner Press. 1948. V. tb. MILL, John Stuart. *Utilitarianism*. New York: Penguin Books. 2004.

coletivo de maximização do bem-estar e da felicidade geral<sup>376</sup>. Como seria possível, portanto, MILL ser um dos principais expoentes do utilitarismo e simultaneamente fazer uma defesa tão forte da liberdade individual em “*On Liberty*” ao estabelecer que a mesma somente poderia ser restringida em caso de dano não consentido a terceiro?

Ao repudiar o princípio do paternalismo (salvo raríssimas exceções)<sup>377</sup> e adotar o princípio do dano como único fundamento capaz de legitimar a restrição da liberdade individual, MILL<sup>378</sup> construía uma engenhosa forma de implementação de sua concepção de filosofia político-moral utilitária. Explica-se.

Ocorre que a defesa da liberdade individual, na teoria de JOHN STUART MILL, possui precisamente um importantíssimo papel instrumental na promoção e maximização do bem-estar e da utilidade. Segundo MILL<sup>379</sup>, a maior razão pela qual deveria ser respeitada a liberdade dos indivíduos em relação a escolhas que digam respeito tão somente a eles próprios seria a de que nem o Estado nem nenhum outro terceiro possui condições de saber melhor do que a própria pessoa qual a escolha capaz de melhor maximizar seu bem-estar. Eis a razão pela qual MILL, mesmo sendo expoente do pensamento utilitário, apresentou teoria em que a liberdade individual não deveria ser sacrificada perante projetos coletivistas de maximização do bem-estar geral. Pelo contrário, a garantia da liberdade individual desde que não ocorra dano a terceiro que não consinta com o mesmo seria o melhor instrumento de maximização do bem-estar.

Enfim, desde a obra de JOHN STUART MILL o paternalismo jurídico historicamente já vem sendo associado de forma preponderante a uma conotação pejorativa, sendo certo que o repúdio manifestado por tal autor em relação ao paternalismo teve por fundamento principal a proteção do valor utilidade.

Mas a engenhosa teoria utilitarista de JOHN STUART MILL de proteção imediata da liberdade individual com o intuito de proteção mediata ao valor utilidade não é a única

---

<sup>376</sup> Na atualidade, grande similitude com o clássico pensamento utilitarista apresenta o pragmatismo do juiz norte-americano RICHARD POSNER (v. POSNER, Richard. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 2007). Embora o autor não utilize as expressões “maior felicidade geral” ou “maior somatório de bem-estar e de satisfações de interesses individuais” (tradicionalis objetivos traçados pelo utilitarismo a serem alcançados pelo direito), POSNER defende expressamente que a aplicação do direito deve buscar a “maximização da riqueza social”.

<sup>377</sup> MILL, John Stuart. *On Liberty*. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company. 1956. MILL aponta raras exceções em que o paternalismo poderia ser aceito, sendo legítima a intervenção estatal sobre a liberdade dos indivíduos com o intuito de beneficiar estes mesmos indivíduos cuja liberdade é restringida. Seriam os excepcionais casos das pessoas com incapacidades como crianças, da vedação à possibilidade de que uma pessoa aliene em definitivo toda sua liberdade ao se vender como escravo, bem como das medidas paternalistas em sociedades que ainda não tenham atingido um estágio civilizatório mínimo.

<sup>378</sup> MILL, John Stuart. *On Liberty*. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company. 1956.

<sup>379</sup> MILL, John Stuart. *On Liberty*. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company. 1956.

responsável pela conotação negativa historicamente associada ao paternalismo jurídico. PAULETTE DIETERLEN<sup>380</sup> aponta como principais “aspectos negativos” do paternalismo a redução da utilidade e a violação dos direitos das pessoas de elaborar seus próprios planos de vida.

ERNESTO GARZÓN VALDÉS<sup>381</sup>, por sua vez, enumera que as diversas críticas ao princípio paternalista podem se encontrar fundamentadas na proteção dos valores da utilidade, da autonomia privada e mesmo da igualdade. A crítica ao paternalismo com base na concepção filosófica utilitária já foi acima exposta na engenhosa teoria de MILL, segundo a qual dever-se-ia proteger imediatamente a liberdade individual com o intuito instrumental de mediamente maximizar o bem-estar. Falta serem explicadas as tensões existentes entre as medidas paternalistas e os dois últimos valores mencionados.

A crítica ao paternalismo com base na proteção do valor da autonomia privada é, sem dúvida alguma, a de mais fácil visualização. Para os defensores de uma concepção liberal de filosofia político-moral (seja em sua vertente libertária ou liberal-igualitária), a autonomia privada e a capacidade de auto-determinação dos indivíduos constituem valores morais fundamentais estruturantes da instituições estatais e da teoria da justiça. A todo indivíduo deve ser assegurado o direito de realizar livremente as escolhas que digam respeito tão somente a seus planos de vida pessoais, sem qualquer interferência sobre a esfera de terceiros.

Neste sentido, se mesmo os utilitários (cujo valor filosófico fundamental não é a liberdade em si, mas sim a utilidade) podem formular críticas às medidas paternalistas eis que as mesmas, ao violarem imediatamente a liberdade dos indivíduos, acabam por afetar mediamente a maximização do bem-estar, por razão muito mais evidente podem os liberais criticar as medidas paternalistas, eis que tais autores adotam a própria autonomia individual como valor fim principal a ser protegido. Enquanto os utilitários criticam as medidas paternalistas por violarem a liberdade individual que seria instrumento-meio necessário à implementação do fim utilidade, os liberais criticam as medidas paternalistas por violarem a liberdade individual que seria o próprio fim principal a ser protegido com valor em si.

Desta forma, a tensão existente entre as medidas paternalistas e as concepções liberais de filosofia político-moral certamente é a que desperta maiores interesses no meio doutrinário, dedicando-se inúmeros autores a defender a legitimação ou a falta de legitimação do

---

<sup>380</sup> DIETERLEN, Paulette. “Paternalismo Y Estado de Bienestar”. In *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 5. 1988.

<sup>381</sup> V. VALDÉS, Ernesto Garzón. “Es Éticamente Justificable El Paternalismo Jurídico?”. In *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 5. 1988.

paternalismo diante do valor fundamental liberal da autonomia individual. JOEL FEINBERG, defensor de uma concepção com influências nitidamente liberais de filosofia político-moral, inicia “*Harm to Self*”<sup>382</sup> a se referir ao princípio “iliberal” do paternalismo, eis que o mesmo, ao determinar a restrição coercitiva da liberdade dos agentes com o intuito de evitar um dano sobre estas próprias pessoas, frequentemente entraria em confronto direto com a autonomia individual. Nada obstante, ao longo da obra, FEINBERG passa a tentar delinear que fundamentos e situações particulares seriam capazes de compatibilizar o princípio do paternalismo com esta mesma autonomia individual com a qual parecia inconciliável<sup>383</sup>. Na mesma direção caminha a obra de GERALD DWOKIN, que, em seus diversos trabalhos sobre o tema<sup>384</sup>, preocupa-se em aparar, em algumas situações específicas, arestas entre as medidas jurídicas paternalistas e a autonomia individual.

A crítica que pode ser formulada ao paternalismo com base na proteção do valor da igualdade, por fim, foi bem explicada por ERNESTO GARZÓN VALDÉS<sup>385</sup>. Segundo o autor, diante do fato de que as medidas paternalistas restringem escolhas de um indivíduo que digam respeito apenas a sua própria esfera, as mesmas pressupõem uma relação de “supra” e de “subordinação”. Nas palavras de LEONARDO CARRILHO sobre o tema, a crítica ao paternalismo com base no valor igualitário consistiria na constatação de que “a imposição de condutas ou escolhas estranhas à vontade real do indivíduo colocam-no num patamar inferior de consideração moral e responsabilidade, na medida em que suas preferências são reputadas como erros, esquisitices, tolices ou condutas más sob o prisma de um terceiro que não as cometeria.”<sup>386</sup>. A saber, as opções dos agentes sujeitos às medidas paternalistas não seriam tratadas com igual respeito e consideração pelo Poder Público.

Enfim, o paternalismo jurídico realmente vem sendo associado a uma conotação nitidamente pejorativa ao longo da história. Fato é que, embora as medidas paternalistas se insiram no âmbito dos institutos jurídicos positivos, podendo sofrer as mais diversas leituras a partir das diferentes concepções de filosofia político-moral, a leitura jurídico-moral mais

---

<sup>382</sup> V. FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Self*. Oxford: Oxford University Press. 1986.

<sup>383</sup> V. FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Self*. Oxford: Oxford University Press. 1986.

<sup>384</sup> DWOKIN, Gerald. “Paternalism”. In SARTORIUS, Rolf (Ed.). *Paternalism*. Minneapolis: University of Minnesota Press. 1983. V. tb. DWOKIN, Gerald. “Paternalism: Some Second Thoughts”. In SARTORIUS, Rolf (Ed.). *Paternalism*. Minneapolis: University of Minnesota Press. 1983.

<sup>385</sup> V. VALDÉS, Ernesto Garzón. “Es Éticamente Justificable El Paternalismo Jurídico?”. In *Doxa: Cadernos de Filosofia del Derecho*. Nº 5. 1988.

<sup>386</sup> V. JORGE, Leonardo Carrilho. *Paternalismo jurídico na Constituição de 1988: a autonomia individual contra o autoritarismo estatal*. Rio de Janeiro. Dissertação de Mestrado em Direito Público apresentada na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ. 2010. Mimeografada.

evidente das mesmas tende a violar tanto o valor da utilidade quanto os valores da autonomia individual privada e mesmo da igualdade. Isto pois, conforme se passa a expor, a primeira e mais fácil leitura filosófica das medidas jurídicas paternalistas geralmente tende a ser aquela que encontra raízes no perfeccionismo comunitário.

“Perfeccionismo moral” e “paternalismo jurídico” não são sinônimos. Já foi definida acima a figura do “paternalismo jurídico”. O “paternalismo jurídico” consiste na adoção de medidas político-jurídicas que, em exercício do poder político-jurídico, restringem a liberdade de indivíduos com o objetivo de zelar pelos direitos, bens e interesses dessas próprias pessoas cuja autonomia é limitada. Para que uma medida seja caracterizada como “paternalista”, basta a verificação da presença cumulativa e simultânea de ambos os elementos constitutivos do binômio paternalista: o exercício de poder limitador da liberdade e o zelo pela proteção das pessoas cuja liberdade é restringida.

A classificação *tout court* de uma medida como “paternalista” ainda se mantém exclusivamente no campo do direito positivo. Pelo simples fato de ser “paternalista”, pelo simples fato de uma medida apresentar o binômio “poder-zelo”, nenhuma afirmação é realizada especificamente no âmbito da filosofia político-moral. Não se afirma por que razão filosófica, em decorrência de que concepção de filosofia político-moral, o poder deve ser exercido de forma paternalista a zelar pelos indivíduos cuja liberdade é restringida. A definição de “paternalismo” exige uma medida (manifestação de poder restritiva da liberdade) ligada a uma finalidade imediata de ordem jurídica positiva (zelar pelos direitos, bens e interesses das pessoas cuja liberdade é restringida). Não há qualquer afirmação, entretanto, acerca de que finalidade mediata de ordem filosófica deve ser implementada.

O “perfeccionismo moral”, ao contrário, se insere por excelência no âmbito da filosofia político-moral. O “perfeccionismo moral” consiste na concepção de que é possível e desejável que o Poder Público imponha aos indivíduos a adoção de determinada visão específica do que seja uma “vida boa, perfeita ou virtuosa”. Desta forma, partindo das bases filosóficas comunitárias, o “perfeccionismo moral” defende a possibilidade de o Estado restringir a autonomia privada dos indivíduos na escolha de seus planos de vida pessoal. O Poder Público poderia impor aos indivíduos, mesmo no que diz respeito aos seus planos de vida particular, determinado padrão do que seja “moralmente perfeito” a ser seguido.

Assim, “paternalismo jurídico” e “perfeccionismo moral” não se confundem. A maior prova disto consiste na percepção de que, tal qual se verá adiante<sup>387</sup>, em algumas situações, as

---

<sup>387</sup> V. Capítulo III.5 *infra*.

medidas jurídicas paternalistas poderão ser interpretadas jurídico-moralmente como justificadas por outras concepções de filosofia político-moral que não simplesmente o “perfeccionismo moral” de raiz comunitária.

Nada obstante, por mais que “paternalismo jurídico” e “perfeccionismo moral” não se confundam, ambos possuem uma vasta zona de interseção contingente. Fato é que a leitura filosófica perfeccionista das medidas jurídicas paternalistas geralmente é aquela que se apresenta de forma mais evidente. Embora “paternalismo jurídico” e “perfeccionismo moral” sejam em tese e abstrato instituições distintas, na maioria dos casos, as medidas jurídicas paternalistas são adotadas em decorrência de uma concepção filosófica perfeccionista. Na maioria dos casos em que determinada medida restringe a liberdade de indivíduos com o intuito de zelar por direitos destes próprios indivíduos cuja liberdade foi restringida, tal medida foi adotada com base na premissa filosófica de que a manutenção ou implementação de tais direitos é a concepção moralmente correta de “vida boa, perfeita e virtuosa” a ser seguida pelas pessoas.

Uma concepção filosófica de “perfeccionismo moral” que entenda que o projeto correto de “vida boa” (a ser imposto pelo Estado e seguido pelos indivíduos em suas vidas privadas) consiste na não alienação e na não degradação pelas pessoas de seus próprios direitos à vida, à saúde, às condições sociais mínimas e à integridade física e psíquica certamente exigirá medidas jurídicas paternalistas que imponham aos indivíduos a preservação de seus próprios direitos. É o que acontece frequentemente, por exemplo, com a moral comunitária particular católica, doutrina abrangente para a qual a vida, a saúde, e a integridade física e psíquica das pessoas são “dons de Deus” e, portanto, irrenunciáveis e indisponíveis.

Inúmeros exemplos de medidas regulatórias de natureza paternalista, impondo aos agentes a proteção de direitos de suas próprias titularidades nos mais diversos campos jurídicos (imposição de proteção, entre outros, dos direitos à integridade física, à saúde, à vida, à educação e mesmo ao voto), podem ser citados de forma a demonstrar que, embora “perfeccionismo moral” e “paternalismo jurídico” não sejam sinônimos, a leitura filosófica mais freqüente e mais facilmente depreendida das medidas regulatórias de natureza paternalista é certamente aquela de raiz perfeccionista. Nestes inúmeros exemplos, cabe discutir a correção jurídico-moral das medidas jurídicas de natureza paternalista cuja interpretação filosófica mais evidente seja aquela de raiz perfeccionista moral comunitária, não compatível com a premissa liberal-republicana.

Um primeiro exemplo de medida regulatória que deixa claro que a leitura filosófica mais evidente das medidas paternalistas é aquela de questionável raiz perfeccionista é o da proibição de auto-mutilação, impondo a proteção do direito à integridade física aos próprios indivíduos titulares de tal direito. Para examinar tal exemplo da imposição paternalista de proteção do direito à integridade física, que apresenta como leitura filosófica mais evidente o questionável perfeccionismo moral, retorne-se novamente ao caso do goleiro Castilho.

Afirmou-se que, se os fatos históricos mencionados ocorressem na atualidade, certamente um agente público tentaria impedir a amputação do dedo do jogador com base nos arts. 11 e 13 do Código Civil de 2002. A argumentação seria a de que os arts. 11 e 13 do CC/02 elencariam medidas jurídicas regulatórias limitadoras da liberdade de Castilho com o objetivo de zelar pelo direito à integridade física do próprio goleiro. No caso em tela, além da possível incidência da “cláusula geral de tutela das medidas paternalistas” prevista no art. 11 do CC/02 (pertinente de forma genérica a todo e qualquer caso de renúncia a direitos da personalidade), o art. 13 do CC/02 versa acerca da indisponibilidade especificamente do direito à integridade física. Tratar-se-ia, portanto, de medida jurídica regulatória de natureza paternalista ao limitar a liberdade do jogador com o intuito de proteger o direito à integridade física do próprio jogador cuja liberdade seria limitada.

Mas qual seria o objetivo filosófico mediato a ser atingido pelo objetivo jurídico imediato de proteção de direitos e interesses do próprio goleiro cuja liberdade seria restringida? A leitura filosófica mais evidente e mais facilmente depreendida da medida regulatória paternalista exposta baseia-se em uma concepção de perfeccionismo moral ligado a um viés comunitário. A saber, eis a leitura filosófica mais evidente da medida paternalista em tela: Ligada à moral comunitária dominante, determinada doutrina abrangente específica enseja o seguimento pelos indivíduos em seus projetos de vida privada de um modelo moralmente perfeito de vida boa privada. Segundo tal concepção de vida boa, de projeto de vida pessoal particular moralmente perfeito segundo os valores comunitários da doutrina abrangente dominante, um indivíduo não deve renunciar a sua integridade corporal. Não deve renunciar ao direito que possui à sua integridade física. Muito menos por razões consideradas “fúteis” (como jogar futebol) à luz da concepção de vida boa e moralmente virtuosa proposta por esta doutrina abrangente específica.

Ocorre, entretanto, que, conforme amplamente exposto, a concepção filosófica do perfeccionismo moral de viés comunitário não se apresenta compatível com o liberalismo-republicano adotado como concepção de filosofia político-moral mais adequada. Desta forma,



a leitura jurídico-moral da medida jurídica paternalista em tela com base em uma concepção filosófica de perfeccionismo moral de viés comunitário deve ser afastada.

Caso se chegue à conclusão de que a única interpretação jurídico-moral possível do texto dos arts. 11 e 13 do Código Civil Brasileiro de 2002 seja a leitura perfeccionista, não haverá outra solução que não a declaração de inconstitucionalidade de tais dispositivos. Nada obstante, caso seja possível uma interpretação jurídico-moral dos art. 11 e 13 do CC/2002 em conformidade com o liberalismo-republicano, ainda que tal interpretação não seja a mais evidente e mais facilmente depreendida do texto, estes dispositivos deverão ser mantidos diante dos princípios da presunção de constitucionalidade (moralidade) bem como da interpretação conforme à Constituição (moral)<sup>388</sup>.

No exemplo do goleiro Castilho, portanto, simplesmente inadmissível o entendimento de que ao goleiro deveria ser vedado amputar o próprio dedo por força de uma leitura perfeccionista da proibição paternalista dos arts. 11 e 13 do CC/02. Não seria possível uma leitura de que o objetivo filosófico mediato da medida paternalista proibitiva dos arts. 11 e 13 do CC/02 (cujo objetivo jurídico imediato é a proteção do direito à integridade corporal do próprio indivíduo cuja liberdade é restringida) seria o de que Estado impusesse aos indivíduos determinado plano de vida privada pessoal boa e moralmente virtuosa em conformidade com uma doutrina abrangente específica decorrente da moral comunitária dominante. Não seria possível a leitura de que os arts. 11 e 13 do CC/02 estariam proibindo que Castilho amputasse o próprio dedo por força da necessidade de o Estado impor ao goleiro seguir determinado projeto de vida pessoal privada moralmente virtuoso, segundo o qual não é correta a renúncia à própria integridade física para fins fúteis como a prática de futebol.

Segundo o pilar liberal-igualitário da concepção liberal-republicana de filosofia político-moral adotada, cabe ao próprio indivíduo escolher seus projetos de vida pessoal bem como a doutrina abrangente que irá seguir, desde que os mesmos sejam razoáveis e não violem a liberdade dos demais. Neste sentido, caberia a Castilho livremente escolher em seu projeto de vida pessoal e privada se pretende ou não seguir a doutrina abrangente cujo modelo de vida boa específico determina que os indivíduos não devem renunciar a sua integridade física. Caso o goleiro optasse (como optou) por não seguir tal concepção de vida boa e moralmente virtuosa, o Estado não deveria impedir sua livre escolha acerca dos planos de vida pessoal. Para o goleiro, a manutenção ou não da própria integridade física pode ser simplesmente irrelevante do ponto de vista da moralidade privada que pretende seguir em sua

---

<sup>388</sup> Acerca da existência de outras possibilidades de interpretação jurídico-moral que não a perfeccionista das medidas jurídicas regulatórias paternalistas, v. o Capítulo III.3 *supra*.

vida pessoal. Mais que isto, segundo a moralidade privada que adotou como projeto de sua vida pessoal, jogar futebol pode não ser um objetivo “fútil”, mas sim parte de sua própria realização existencial. Deixar de jogar futebol, em sua concepção de vida pessoal, pode ser simplesmente mais grave do que perder parte de sua integridade física.

Um Estado que leva a sério o tratamento de todos os indivíduos com igual respeito e consideração não poderia pretender impor determinada concepção de vida privada virtuosa. Tal configuraria inaceitável totalitarismo moral diante da concepção liberal-republicana adotada. Caso a escolha livre de projeto de vida pessoal seja razoável, não afetando a liberdade dos demais indivíduos nem violando os princípios de justiça, inadmissível a intervenção estatal.

Cabe destacar que, embora não se imiscuindo nas considerações de filosofia político-moral, alguns doutrinadores da escola do Direito Civil-Constitucional também podem chegar a conclusões semelhantes para defender a necessidade de interpretação dos arts. 11 e 13 do Código Civil de 2002 à luz da Constituição e de seu eixo axiológico consubstanciado pela dignidade da pessoa humana<sup>389</sup>.

---

<sup>389</sup> O tema da disponibilidade ou indisponibilidade dos direitos da personalidade já vem sendo bastante abordado pelos doutrinadores do Direito Civil no âmbito da Faculdade de Direito da UERJ (v. SCHRIEBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas. 2011. V. tb. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar. 2009). Em especial entre os direitos da personalidade, tem ganhado grande destaque a polêmica acerca da disponibilidade ou indisponibilidade do direito ao próprio corpo e à própria integridade física, discutindo-se sobre qual interpretação deva ser conferida aos arts. 11 e 13 do Código Civil de 2002.

Segundo a concepção metodológica do direito civil-constitucional (v. PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar. 2008), todo e qualquer ato jurídico deve ser interpretado à luz da Constituição, encontrando-se o eixo axiológico do ordenamento positivo na Carta Magna. O ordenamento jurídico, segundo o Direito Civil-Constitucional não deve ser entendido como um somatório de micro-sistemas isolados e auto-referenciados entre si. Ao contrário, o ordenamento jurídico é um sistema como um todo, cuja unidade é mantida através da filtragem constitucional de todos os atos jurídicos do ordenamento.

Se o eixo axiológico de todo o ordenamento deve ser encontrado na Lei Maior, função especial neste papel exerce o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, princípio que, para os autores do Direito Civil-Constitucional, deve ser entendido como a “cláusula geral de tutela”. Se todo o ordenamento deve ser interpretado à luz dos valores axiológicos da Constituição, o princípio da dignidade da pessoa humana se torna o núcleo axiológico por excelência do ordenamento. Por tal razão, defendem os autores do Direito Civil-Constitucional uma interpretação das normas civilistas onde cada vez mais prevaleçam as questões existenciais sobre as questões patrimoniais.

Neste sentido, alguns dos civilistas adeptos de tal metodologia jurídica têm defendido interpretação dos arts. 11 e 13 do Código Civil de 2002 à luz dos valores axiológicos da Constituição segundo a qual seja possível a renúncia bem como a disponibilidade do próprio corpo e da própria integridade física. Isto pois os dispositivos mencionados deveriam sofrer interpretação informada pelo princípio da dignidade humana como núcleo axiológico de todo o ordenamento. Neste sentido, defendem tais doutrinadores a necessidade de interpretação dos direitos da personalidade (entre estes, do direito ao corpo e à integridade física) como manifestações existenciais da dignidade humana. Desta forma, à luz da dignidade humana e da prevalência das decisões existenciais dos indivíduos, a verdadeira garantia e o verdadeiro exercício dos direitos da personalidade, quando esta fosse a escolha existencial de seus titulares, poderiam consistir na verdade na própria renúncia a tais direitos realizada pelo seu titular em escolha existencial.

Parece que a metodologia defendida pelo Direito Civil-Constitucional, no que diz respeito à necessidade de interpretação da norma infraconstitucional à luz da Constituição de 1988, sendo esta o eixo axiológico e

---

mantenedor da unidade do ordenamento jurídico como um todo, é perfeita. De fato, a Lei Maior deve ser entendida como o eixo axiológico de todo o ordenamento bem como todos os atos jurídicos devem sofrer filtragem constitucional. Mais especificamente, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana se apresenta como núcleo de tal conteúdo axiológico.

Nada obstante, parece para a presente tese que a metodologia do Direito Civil-Constitucional é ainda incompleta ao parar na interpretação dos atos infraconstitucionais à luz da Constituição e do princípio da dignidade da pessoa humana. Não há dúvidas de que todos os atos do ordenamento devem ser interpretados à luz da Constituição (v. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva. 1999. V. tb. SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional. Construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Fabris. 1999.), se encontrando na Lei Maior (e em especial na dignidade da pessoa humana) o eixo axiológico do sistema jurídico. Nada obstante, parece que apenas afirmar a necessidade de interpretação do ordenamento à luz da Constituição bem como da dignidade humana não é suficiente sem qualquer consideração acerca da interpretação jurídico-moral a ser conferida à própria Carta Magna.

Ocorre que o texto da Constituição de 1988, como qualquer outro, precisa ser interpretado para que do mesmo sejam extraídas as normas constitucionais (v. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros. 2004.). Em especial, o texto da Lei Maior clama por uma interpretação jurídico-moral, sendo o elemento gramatical complementado por valores de filosofia político-moral. Não adianta a simples afirmação de que o ordenamento deve ser interpretado à luz da Constituição e do princípio da dignidade humana. O que se deve entender por “dignidade humana”? Como bem destaca FERNANDO LEAL (v. LEAL, Fernando. “Argumentando com o sobreprincípio da dignidade da pessoa humana”. In MELLO, Celso D. de Albuquerque & TORRES, Ricardo Lobo. *Arquivos de Direitos Humanos*. n° 7. 2005.), o princípio da dignidade humana, a depender da interpretação que seja conferida ao mesmo, tem se prestado a defender ou contrariar praticamente tudo. Uma mesma tese pode ser defendida ou criticada através da utilização do mesmo princípio da dignidade humana, eis que tal rótulo genérico pode apresentar conteúdos inteiramente distintos a depender da interpretação que lhe seja conferida.

A própria definição do conteúdo das normas constitucionais e do princípio da dignidade humana (que servirão de paradigma de interpretação para todo o ordenamento) só pode ser conhecida através da interpretação jurídica da própria Lei Maior. Interpretação jurídica da Constituição esta que necessariamente deve se constituir em interpretação jurídico-moral (v. DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes. 2006.). São necessárias considerações acerca de qual seria a concepção de filosofia político-moral adequada a informar os valores jurídico-morais do ordenamento jurídico e da própria Constituição de 1988. Somente assim, realizando uma interpretação jurídico-moral do texto da Lei Maior, será possível se conhecer o conteúdo das normas constitucionais, servindo-se as mesmas ao papel que se pretende lhes conferir de paradigmas de interpretação de todo o ordenamento e eixo axiológico do sistema.

Caso a interpretação do texto da Lei Maior seja informada por uma concepção liberal de filosofia político-moral, dever-se-á entender por dignidade humana a compreensão de que todo e qualquer indivíduo possui autonomia e capacidade de autodeterminação para realizar suas próprias escolhas existenciais e as opções por planos e projetos de vida que digam respeito à sua esfera privada, desde que não haja qualquer violação da liberdade nem dos direitos de terceiros. Caso, entretanto, a interpretação do texto da Lei Maior seja informada por uma concepção comunitária de filosofia político-moral, dever-se-á entender por dignidade humana a compreensão de que o Estado deve impor aos indivíduos seguir determinada concepção específica de vida boa e moralmente perfeita ou virtuosa decorrente de uma doutrina abrangente e de valores compartilhados por uma moral comunitária particular.

Parece para a presente tese que os autores do Direito Civil-Constitucional, embora estejam corretos ao estabelecer a necessidade de interpretação do ordenamento à luz da Constituição e do princípio da dignidade humana (sendo este o eixo axiológico do sistema), pecam por não irem além. Os autores do Direito Civil-Constitucional não debatem qual a concepção de filosofia político-moral a informar a interpretação jurídico-moral do texto da Lei Maior, o que seria indispensável para se saber o conteúdo a ser conferido às normas constitucionais (inclusive ao próprio princípio da dignidade humana)!

O resultado de tal deficiência é o de que a interpretação do ordenamento à luz da Constituição e da dignidade humana, sem uma correta definição acerca do conteúdo das normas constitucionais, acaba por se tornar um argumento retórico vazio. A interpretação do ordenamento à luz da dignidade humana pode significar qualquer coisa, eis que a própria dignidade humana pode significar qualquer coisa! A não explicitação de qual concepção de filosofia político-moral está a ser utilizada para interpretar o texto da Lei Maior e conferir conteúdo às normas constitucionais é um problema que deve ser levado a sério.

A maior prova desta ausência de adoção pelos autores do Direito Civil-Constitucional de uma concepção específica de filosofia político-moral a ser utilizada como norte definidor do conteúdo das normas constitucionais é justamente a utilização do princípio da dignidade humana, a depender das diferentes situações,

Há vários outros exemplos, além dos casos de proibição de automutilação/amputação do próprio corpo (em que as medidas paternalistas impõem a proteção do direito à integridade físico-corporal), em que seria possível se discutir a correção jurídico-moral de medidas jurídicas de natureza paternalista cuja interpretação filosófica mais evidente seja aquela de raiz perfeccionista moral comunitária.

Em alguns destes casos, as medidas paternalistas em questão encontrarão, além de previsão genérica na “cláusula geral de tutela das medidas paternalistas” do art. 11 (cuja aplicação já é necessariamente discutida acerca das tentativas de renúncia a qualquer direito da personalidade), previsão específica em dispositivos destinados a impor medidas que protejam de forma paternalista e heterônoma algum direito em particular ainda que contra a manifestação autônoma do titular de tal direito. Em outros destes casos, porém, tão somente com fundamento subsidiário na “cláusula geral de tutela das medidas paternalistas” do art. 11 do CC/02 (ou seja, sem qualquer dispositivo específico que preveja a adoção de medida paternalista para a proteção daquele direito em particular), algumas pessoas propõem a adoção de medidas paternalistas com o intuito de proteger heteronomamente direito ainda que contra a manifestação autônoma de seu titular.

Além do direito à integridade físico-corporal já abordado no caso das proibições de auto-mutilação, o próprio direito à vida é um dos direitos mais frequentemente objeto de medidas paternalistas cuja leitura mais evidente é o perfeccionismo. Há certamente quem defenda medidas paternalistas com o intuito de proteger de forma heterônoma o direito à vida em detrimento da manifestação autônoma de renúncia por parte dos titulares de tais direitos. São os casos, por exemplo, da proibição da eutanásia e da assistência ao suicídio, bem como da imposição de transfusão de sangue aos adeptos da crença “testemunhas de Jeová” em

---

com raízes filosóficas subjacentes (e sobre as quais não há qualquer reflexão, eis que as mesmas não são explicitadas) completamente contraditórias.

Quando alguns dos autores do Direito Civil-Constitucional fundamentam na dignidade humana a necessidade de uma interpretação dos arts. 11 e 13 do Código Civil de 2002 no sentido de que seja possível a disponibilidade dos direitos da personalidade pelo próprio titular de tais direitos, o fazem com base em um princípio da dignidade da pessoa humana cujo conteúdo estaria assentado na autonomia e capacidade de autodeterminação dos indivíduos, de matriz filosófica nitidamente ligada ao liberalismo. A mesma escola do Direito Civil-Constitucional, entretanto, defende que, por força da necessidade de interpretação do ordenamento à luz do mesmo princípio da dignidade humana, o exercício dos diferentes direitos deveriam receber distintos graus de “merecimento de tutela” (v. PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar. 2008) a depender do fato de a forma escolhida para exercício de tais direitos pelo titular estar implementando ou não um valor constitucionalmente desejável. A saber, trata-se de uma visão de “funcionalização” dos direitos, segundo a qual o exercício de determinado direito encontra maior ou menor “merecimento de tutela” não pelo fato de decorrer de manifestação da autonomia do titular de tal direito, mas sim em virtude de o resultado acarretado por aquele exercício específico do direito ser ou não funcionalmente interessante na implementação de valores do ordenamento. Trata-se de conteúdo do princípio da dignidade humana completamente distinto do anterior, eis que ligado a uma matriz filosófica organicista e incompatível com o liberalismo.

hospitais. Trata-se de medidas jurídicas paternalistas especificamente no âmbito da imposição da manutenção do direito à vida aos titulares de tal direito cuja leitura filosófica mais evidente é precisamente a perfeccionista moral comunitária, apresentando-se extremamente questionáveis do ponto de vista da correção jurídico-moral diante do liberalismo-republicano.

A leitura filosófica mais evidente de tais medidas jurídicas paternalistas na seara da irrenunciabilidade do direito à vida será uma leitura perfeccionista decorrente de moral comunitária específica cuja doutrina abrangente propõe como plano de vida moralmente correto a ser seguido pelos indivíduos a não renúncia a seus próprios direitos à vida. Eis a leitura filosófica mais evidente da adoção das medidas jurídicas paternalistas na seara da irrenunciabilidade do direito à vida: as medidas paternalistas devem limitar a liberdade de os indivíduos disporem de suas próprias vidas pois tal conduta (dispor da própria vida) não seria moralmente virtuosa como um plano de vida boa segundo os padrões de determinada doutrina abrangente comunitária.

Como se sabe, no caso específico das medidas paternalistas da proibição da eutanásia e da assistência ao suicídio, muito além do debate acerca da aplicação ou não genericamente do art. 11 do Código Civil Brasileiro de 2002, tormentoso debate surge acerca da aplicação ou não de preceitos específicos do direito penal sobre o tema.

A “eutanásia” (“morte boa”) consiste na situação em que determinado agente comissivamente abrevia a vida de um enfermo que sofra de uma doença bastante grave e incurável e que tenha consentido com tal prática. A situação clássica é aquela do paciente cuja impossibilidade de cura já foi atestada por vários médicos, que sofre de dores insuportáveis, e nem mesmo consegue ter meios próprios para se suicidar.

O filme “Menina de Ouro” de CLINT EASTWOOD oferece um bom exemplo. Uma boxeadora extremamente simples, sem entretenimentos sociais, sem amigos, com uma família desestruturada, tinha apenas um propósito na vida: vencer através do boxe. E venceu. Venceu inúmeras lutas, fez sucesso e se aproximava do auge, se sentindo finalmente realizada e com um sentido na vida, quando um acidente no ringue a deixou tetraplégica. Seu técnico procurou dezenas de médicos, sendo certo que todos asseguraram que ela teria que passar o resto de sua vida deitada em uma cama, sem conseguir mover absolutamente nenhum membro abaixo do pescoço. Assim, a lutadora voluntariamente pediu que seu técnico lhe aplicasse uma injeção que interrompesse sua vida.

O art. 121 do Código Penal Brasileiro tipifica claramente como crime de “homicídio simples” a seguinte conduta: “matar alguém”. Ocorre que não há qualquer elemento no artigo

mencionado ou em qualquer outro dispositivo da legislação que descaracterize a “eutanásia” como configurando a prática de “homicídio”. Em uma análise fria e meramente gramatical da legislação positiva, a prática da “eutanásia” não se encontra excluída da conduta do “homicídio” descrita no art. 121 do CP. Pelo contrário, em uma análise fria e meramente gramatical, a eutanásia seria simplesmente uma espécie do gênero homicídio. “Matar alguém porque esse alguém sofre de doença incurável e pediu para morrer” se insere na definição de “matar alguém”. As especificidades do homicídio “eutanásia” não foram consideradas por nenhum dispositivo legislativo para fins de excluir a prática da eutanásia da definição do crime de homicídio. Não há nem mesmo qualquer dispositivo que exclua a antijuridicidade ou a culpabilidade da conduta em questão.

A consequência do exposto é muito simples: caso um agente pratique eutanásia, será denunciado pelo Ministério Público e levado a júri popular pelo crime de homicídio. Não interessa que o agente tenha “matado” uma pessoa porque esta última sofria de doença terminal incurável e inclusive pediu expressamente ao agente que a matasse. Pela interpretação meramente gramatical do art. 121 do CP, o agente será denunciado pela prática de homicídio. Se o exemplo do filme descrevesse um caso real ocorrido no Brasil, o técnico da boxeadora, ainda que tendo aplicado a injeção em decorrência de pedido expresso pela mesma e diante de problema médico gravíssimo e incurável, seria levado a júri popular para julgamento por homicídio doloso.

O art. 122 do Código Penal Brasileiro, por sua vez, tipifica claramente como crime de “Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio” a seguinte conduta: “Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça”. A diferença entre a eutanásia e o suicídio assistido não é de difícil percepção. Na eutanásia, um terceiro mata a pessoa que vem a falecer (ainda que a pedido desta última e pensando no alívio da mesma). No auxílio ao suicídio, porém, como o nome indica, é a própria pessoa que se mata. Nada obstante, precisa de um terceiro para lhe auxiliar. Imagine-se que o técnico da boxeadora, em vez de lhe aplicar veneno através de uma injeção, levasse tal veneno à boca da boxeadora para que ela pudesse beber e se suicidar. Estando tetraplégica, sem conseguir se movimentar, a boxeadora não conseguiria nem mesmo se suicidar sozinha, precisando de auxílio para realizar seu suicídio voluntário. Mais uma vez, não interessa que o agente tenha auxiliado o suicídio de uma pessoa em decorrência de pedido expresso desta última. À luz do art. 122 do CP, terá cometido o crime de auxílio ao suicídio.

Como se percebe, todas as medidas jurídicas regulatórias do ordenamento sobre o tema proíbem que um indivíduo renuncie ao seu próprio direito à vida. Um indivíduo não pode voluntariamente renunciar a seu próprio direito à vida, pedindo que um agente o mate, pois, caso tal ocorra, o agente que praticou a eutanásia será condenado por “homicídio” por força do art. 121 do CP. Um indivíduo não pode voluntariamente renunciar a seu próprio direito à vida, pedindo que um agente o ajude a se suicidar, pois, caso tal ocorra, o agente que o ajudou será condenado por “auxílio ao suicídio” por força do art. 122 do CP.

A mensagem é muito clara: o ordenamento jurídico, através de seu remédio mais forte (que é o direito penal), afirma a irrenunciabilidade e indisponibilidade do direito à vida. Segundo as normas do ordenamento, um indivíduo não pode escolher morrer. Caso o indivíduo peça que alguém o mate pois não consegue se suicidar, se alguém o fizer, será punido. Caso o indivíduo peça que alguém o ajude a se suicidar pois não consegue sozinho, se alguém o fizer, será punido.

Nem se pense em alegar que a inexistência no ordenamento de tipificação para o crime de “suicídio” seria uma prova contrária à afirmação que se acabou de fazer, sendo permitida a renúncia do direito à vida. Em verdade, o suicídio é sim proibido pelo ordenamento brasileiro. Somente não existe a previsão do crime “suicídio” com respectiva cominação de pena, pois seria impossível faticamente punir o suicida, eis que, por definição, o mesmo já estará morto. O ordenamento, em uma interpretação sistemática proíbe sim o suicídio, sendo apenas impossível faticamente a aplicação de qualquer sanção em caso de descumprimento dessa proibição.

Fato é que não há dúvidas, diante da tipificação do crime de “auxílio ao suicídio” e do entendimento de que a eutanásia se insere dentro do tipo penal do homicídio, de que o ordenamento penal brasileiro impõe de forma bastante intensa a indisponibilidade do direito à vida. O próprio titular do direito à vida, à luz do exposto, não pode expressamente escolher morrer. A proibição da prática da eutanásia e a proibição do auxílio ao suicídio, muito mais do que representarem restrições da liberdade do agente a quem se solicita a prática da eutanásia ou do auxílio ao suicídio, representam verdadeiramente restrições à liberdade do próprio indivíduo que vê sua opção voluntária de morrer impedida! Trata-se, portanto, de verdadeiras medidas jurídicas regulatórias de natureza paternalista (espécie do paternalismo

indireto<sup>390</sup>), onde a liberdade do indivíduo que deseja morrer é restringida com o intuito de ser protegido o direito à vida dessa própria pessoa cuja liberdade é restringida.

Mais uma vez, entretanto, a leitura filosófica mais evidente das medidas jurídicas paternalistas mencionadas parece ser aquela decorrente de um perfeccionismo moral de viés comunitário incompatível com o liberalismo-republicano adotado como a concepção de filosofia político-moral mais adequada. Ao impor que os indivíduos não possam renunciar a suas próprias vidas, sendo certo que tal renúncia não afeta a esfera de direitos e liberdades de outros indivíduos, o Estado deixa de ser neutro para impor aos cidadãos determinada concepção específica de vida boa e moralmente virtuosa decorrente de uma determinada doutrina abrangente particular comunitária. Também neste caso parece possuir grande influência sobre a posição estatal a doutrina abrangente da moral comunitária católica, para a qual o direito à vida, tal qual o direito à integridade física e à saúde, constitui um “dom de Deus”, não podendo ser objeto de renúncia voluntária por seus titulares.

Em verdade, a moral comunitária dominante na tradição brasileira, mais do que apenas condenar as práticas comissivas da “eutanásia” e do “auxílio ao suicídio”, sempre reprovou mesmo a omissão inerente à “ortotanásia” (conduta através da qual o profissional de saúde deixa de atuar com esforços extraordinários da ciência, permitindo que o enfermo que sofre de doença incurável morra de forma natural), se aproximando inclusive da defesa da “distanásia” (expressão utilizada para denominar a prática pela qual se prolonga, por meios artificiais e desproporcionais, a vida de um enfermo incurável)! Apenas recentemente a ética e a deontologia médicas têm caminhado no sentido de respeitar mais a autonomia dos pacientes. Neste sentido, o inciso XXI do Capítulo I (“Princípios Fundamentais”) do Código de Ética Médica aprovado em 2009 pelo Conselho Federal de Medicina (Resolução CFM nº 1931/2009)<sup>391</sup>, versando genericamente sobre o respeito à autonomia e à capacidade de autodeterminação dos pacientes, estabelece que:

**XXI-** No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes,

---

<sup>390</sup> Acerca da classificação do gênero “paternalismo jurídico” nas espécies “paternalismo direto” e “paternalismo indireto”, v. Capítulo III.1.B *supra*. O paternalismo indireto seria aquele em que a medida jurídica restringe ou impõe condutas a um indivíduo “A” com o intuito de limitar preponderantemente a liberdade e autonomia de outro indivíduo “B” com quem “A” se relaciona, de forma a impor a “B” proteção de bens, direitos e interesses de que seja titular, ainda que o próprio sujeito “B” tenha renunciado a tais direitos. Seria precisamente o caso da proibição da eutanásia e do auxílio ao suicídio. Proíbe-se que um médico adote a conduta de praticar a eutanásia ou auxiliar o suicídio, mas a liberdade essencialmente restringida é a do paciente com o intuito de proteger a vida deste próprio paciente cuja autonomia é restringida.

<sup>391</sup> Disponível em [Http://www.cremerj.org.br/publicacoes/141.PDF](http://www.cremerj.org.br/publicacoes/141.PDF).



relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas.

Ainda, em aplicação específica da genérica proteção à autonomia dos pacientes, posicionou-se o referido Código de Ética Médica no sentido do caráter antiético da “distanásia”. O inciso XXII do mesmo Capítulo I (“Princípios Fundamentais”), desta forma, abriu caminho ao entendimento de que a “ortotanásia” deveria ser permitida, afirmando que:

**XXII-** nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados.

A “ortotanásia” já havia sido objeto de regulação favorável pelo Conselho Federal de Medicina através da Resolução CFM nº 1.805/2006<sup>392</sup>, cujo art. 1º estabeleceu o seguinte:

**Art. 1º-** É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.

A referida Resolução CFM nº 1.805/2006, através da qual o Conselho Federal de Medicina havia se posicionado já em 2006 a favor da “ortotanásia” em respeito à autonomia do paciente, havia sido suspensa por força de decisão liminar proferida pela Justiça Federal nos autos de ação civil pública de 2007<sup>393</sup>. Nada obstante, tal liminar foi revogada quando da sentença definitiva do feito que julgou improcedente a ação. Em tal sentença, entendeu o magistrado que o Conselho Federal de Medicina possui competência para, através de suas resoluções, oferecer interpretação à lei e à Constituição. Mais que isto, a prática da ortotanásia, diante do respeito à autonomia dos indivíduos, não deveria ser considerada homicídio em uma interpretação da lei penal à luz da Constituição.

Os avanços do ordenamento jurídico positivo em relação à proteção da autonomia dos indivíduos no que diz respeito à possibilidade de os pacientes livremente escolherem o destino de suas vidas particulares, entretanto, ainda permanecem muito tímidos. Ocorre que, por mais que não se tenha dúvidas de que as resoluções do Conselho Federal de Medicina possuem importância e validade jurídicas na função de interpretar as leis ordinárias e a própria Constituição, ainda inexistem avanços quanto à proteção da autonomia dos pacientes veiculados através de leis. Não há leis ordinárias a implementar os avanços mencionados (nos

<sup>392</sup> Disponível em [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2007/111\\_2007.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2007/111_2007.htm).

<sup>393</sup> Ação Civil Pública nº 2007.34.00.014809-3, impetrada pelo Ministério Público Federal perante o Conselho Federal de Medicina, e que tramitou perante a 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal.

casos de “ortotanásia”) em relação à proteção da autonomia dos pacientes na liberdade de escolha quanto ao destino a ser conferido às suas próprias vidas e saúdes. Até o momento, a permissão da ortotanásia foi tratada apenas por resoluções do Conselho Federal de Medicina.

Ademais, além da inexistência de leis a tratar da permissão da ortotanásia (sendo a mesma objeto apenas de resoluções do CFM), mesmo as resoluções do Conselho Federal de medicina, até o presente momento, homenageiam a autonomia dos pacientes apenas em relação ao instituto da “ortotanásia”. Versam apenas sobre os casos em que os médicos se omitam de empregar esforços e procedimentos destinados a prolongar a vida de paciente que sofra de doença incurável e tenha pedido para morrer. As resoluções do Conselho Federal de Medicina, entretanto, não prestigiam a autonomia da vontade dos pacientes quanto à prática da “eutanásia”, situação em que os médicos precisariam adotar conduta comissiva com o intuito de provocar o fim da vida de paciente que sofra de doença incurável e tenha pedido para morrer. Pelo contrário, o art. 41 do Código de Ética Médica do CFM<sup>394</sup> afirma taxativamente ser vedado ao médico “abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.”.

Fato é que, tal qual exposto, tanto a “eutanásia” quanto o “auxílio ao suicídio” permanecem sendo considerados ilícitos no ordenamento jurídico positivo brasileiro. Mais que isto, ambas as práticas são consideradas ilícitos penais, configurando crimes tipificados nos art. 121 e 122 do código Penal Brasileiro. Ambos os dispositivos, ao limitarem a liberdade dos indivíduos de escolher renunciar às vidas e às saúdes de que sejam os próprios titulares, apresentam medidas regulatórias jurídicas de natureza paternalista. A leitura filosófica mais evidente de tais medidas paternalistas, por sua vez, certamente é aquela decorrente de um perfeccionismo moral comunitário.

Tal posicionamento, entretanto, acarreta um totalitarismo moral inadmissível por parte do Estado, que, deixando de ser neutro, passa a violar a capacidade de autodeterminação dos indivíduos na escolha de seus projetos de vida pessoal. Já tendo sido informado por diversos médicos que sua morte é inevitável, que sua recuperação será impossível, e que tudo que lhe resta de “vida” é ficar em uma cama de hospital, ligado a tubos e sofrendo dores insuportáveis na espera pelo fim, o paciente pode simplesmente entender que não vale a pena continuar “vivendo”. Mais que isto, o paciente pode entender mesmo que, em sua concepção, aquilo já não é vida, mas sim um purgatório sem qualquer razão de existir. Um Estado que trate todos os indivíduos com igual respeito e consideração deve aceitar que cabe a cada um dos

---

<sup>394</sup> Resolução CFM nº 1931/2009- novo Código de Ética Médica.

indivíduos escolher livremente o que fazer com sua vida em sua esfera particular e sem qualquer interferência sobre a vida dos demais (eis o grande critério distintivo, no entender da presente tese, que separa a “eutanásia” e o “auxílio ao suicídio” do “aborto”, eis que na vedação ao aborto se pretende proteger a expectativa do direito à vida de titularidade de um terceiro, não preservar o direito à vida da própria pessoa cuja liberdade é restringida pela medida<sup>395</sup>).

Além dos casos de auxílio ao suicídio e de eutanásia, outra situação a envolver a opção voluntária por um indivíduo de renúncia ao seu próprio direito à vida é a da transfusão compulsória de sangue nos hospitais para os adeptos da crença “testemunhas de Jeová”<sup>396</sup>. Presencia-se, neste caso, uma “eutanásia” ou um “auxílio ao suicídio” em sinal trocado. No

---

<sup>395</sup> Por tal razão, a criminalização do aborto (art. 124 do Código Penal Brasileiro) parece para a presente tese ser medida jurídica que não pode ser classificada nem como “paternalista” nem como “perfeccionista”. Por um lado, a limitação de liberdade da gestante e do médico quando da vedação do aborto não possui o intuito de proteger direito da própria pessoa cuja liberdade é limitada (a gestante), mas sim a expectativa de direito à vida do nascituro. Por tal razão, não se está diante de medida paternalista. Da mesma forma, não se está, *a priori*, diante de medida perfeccionista, eis que a limitação da liberdade da gestante, quando da proibição do aborto, pode ser justificada por razões públicas e pela imposição dos princípios de justiça moral neutra.

A limitação da liberdade da gestante não decorre de imposição à mesma de escolhas existenciais nem de um específico projeto de vida boa ou moralmente perfeita decorrente de uma doutrina abrangente particular comunitária imposta sobre decisões que digam respeito apenas a sua vida particular. Ocorre que a opção da gestante pelo aborto, ao contrário, implicaria a violação da expectativa do direito à vida de um terceiro que não a própria gestante (o nascituro).

Desta forma, a proibição do aborto não descaracteriza a neutralidade do Estado. Tal vedação não decorre da imposição pelo Estado à gestante de determinada doutrina abrangente comunitária particular em sua vida privada, mas sim da imposição pelo Estado dos princípios de justiça decorrentes da moral pública neutra. Em especial, o princípio de que o exercício da liberdade pelos indivíduos deve ser compatível com a manutenção da liberdade e dos direitos inatos fundamentais dos demais.

Embora o direito à vida só surja como “direito em sentido estrito” após o nascimento com vida e o surgimento da personalidade (somente pessoas possuem capacidade de direito, capacidade de possuir direito e contrair obrigações), o ordenamento brasileiro já tutela a expectativa de direitos do nascituro. Se o Código Civil já protege a expectativa de direitos patrimoniais do nascituro, com maior razão deve tutelar a expectativa do direito existencial à vida do nascituro!

Como se percebe, é plenamente possível se sustentar a legitimação jurídico-moral da criminalização do aborto diante do liberalismo-republicano, com base na aplicação de razões públicas e dos princípios de justiça decorrentes da moral pública. Neste sentido, a medida em tela não seria nem paternalista nem perfeccionista.

Não se ignora, porém, a existência de pessoas que sustentam a criminalização do aborto com base em argumentos de ordem não pública e, portanto, não pertinentes para os fins de legitimação jurídico-moral da medida. Argumentações tais como a de que o aborto deve ser criminalizado pois tal prática seria contra a lei de Deus, pois o feto possui alma, ou outros argumentos de cunho religioso pertencem à seara das doutrinas particulares abrangentes decorrentes de moral comunitária.

Tais projetos de vida moralmente boa ou correta podem ser livremente adotados pelos indivíduos em suas esferas particulares, desde que seja a vontade dos mesmos e que tais opções não interfiram sobre a liberdade e os direitos de terceiros. Nada obstante, as doutrinas abrangentes não podem ser impostas por um Estado que se pretende “neutro” de forma heterônoma aos indivíduos que não queiram autonomamente seguir as mesmas em suas vidas particulares.

Enfim, parece que a criminalização do aborto possui sim legitimação jurídico-moral diante do liberalismo-republicano adotado como concepção de filosofia político-moral da qual decorrem os valores axiológicos do ordenamento jurídico. Tal legitimação, entretanto, deve ser encontrada na aplicação dos princípios de justiça decorrentes da razão pública, não em argumentos perfeccionistas decorrentes de moral comunitária particular.

<sup>396</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. “Direito de recusa de pacientes submetidos a tratamento terapêutico às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas”. In *Revista dos Tribunais*. Nº 787. 2001.

caso da eutanásia e do auxílio ao suicídio, o indivíduo que pretende renunciar ao próprio direito à vida, busca uma conduta comissiva que gere a morte. As medidas regulatórias paternalistas dos arts. 121 e 122 do Código Penal, neste sentido, proíbem a adoção de tais condutas comissivas que gerem a morte (espécie do “paternalismo passivo”<sup>397</sup>).

No caso dos “testemunhas de Jeová”, ao contrário, o indivíduo que pretende renunciar ao próprio direito à vida, pede que as pessoas se omitam de adotar as condutas comissivas que o salvariam. Desta forma, as medidas regulatórias paternalistas, conforme será visto, consistiriam na obrigação da adoção de tais condutas comissivas que salvem a vida (espécie do “paternalismo ativo”). A recusa da transfusão de sangue pelos testemunhas de Jeová, entretanto, não parece deva ser confundida com um caso de “ortotanásia”, cujo conceito já foi definido acima, e que já é aceita por resoluções do Conselho Federal de Medicina. Isto porque não se verifica no caso dos testemunhas de Jeová situação em que se solicita que os médicos se omitam de realizar procedimento que apenas prolongaria a vida de paciente que sofre de doença incurável (caso da ortotanásia). Pelo contrário, no caso dos testemunhas de Jeová, a transfusão de sangue teria possibilidades reais de salvar a vida dos pacientes.

O caso dos adeptos da crença “testemunhas de Jeová” já é famoso tanto no meio jurídico quanto no meio médico devido à frequência com que é utilizado para debates. Como se sabe, os testemunhas de Jeová se recusam a receber transfusão tanto de sangue quanto dos elementos primários constitutivos do sangue. Acreditam que a transfusão de sangue representa uma violação grave à vontade divina (baseada em interpretação de passagens da bíblia), tornando os indivíduos que a recebem impuros.

Os pacientes testemunhas de Jeová, portanto, se recusam frequentemente a receber transfusões de sangue nos hospitais, mesmo quando advertidos pelos médicos claramente de que tal recusa implicará a morte dos mesmos. Expressamente afirmam que preferem voluntariamente morrer a receber a transfusão de sangue. Pedem, neste sentido, que os médicos realizem o máximo de esforços para tentar salvar suas vidas, mas utilizando os mais diversos procedimentos disponíveis para tanto que não a transfusão de sangue. Como se pode imaginar, entretanto, não há muitos procedimentos médicos alternativos para essa impossibilidade de procedimento em específico. Se uma pessoa perdeu muito sangue, não há outra forma de salvar sua vida que não a transfusão. Neste sentido, frequentemente a opção

---

<sup>397</sup> Acerca da classificação do gênero “paternalismo jurídico” nas espécies “paternalismo ativo” e “paternalismo passivo”, v. Capítulo III.1.A *supra*. O paternalismo passivo impõe uma omissão (ou veda uma ação comissiva) por parte dos agentes regulados. Seria o caso da proibição da ação comissiva de praticar uma eutanásia ou um auxílio ao suicídio. O paternalismo ativo impõe uma ação comissiva (ou veda uma omissão) por parte dos agentes regulados. Seria o caso da imposição do recebimento de sangue.

voluntária e expressa dos testemunhas de Jeová pelo não recebimento de sangue significa *tout court* a opção consciente dos mesmos pela morte.

A situação é extremamente complicada. Os adeptos de tal crença levam realmente muito a sério a proibição do recebimento de transfusão como a opção correta a ser seguida em suas vidas pessoais, ainda que tal acarrete a morte dos mesmos. Há relatos de casos bastante tristes em que pais testemunhas de Jeová abandonam no hospital o próprio filho menor após os médicos terem realizado de forma coercitiva a transfusão e ignorado as solicitações dos pais.

A recusa dos testemunhas de Jeová em receber transfusões de sangue causa sérios transtornos éticos e psicológicos também aos médicos que atendem tais pacientes. Os médicos são treinados para fazer o máximo de esforços bem como para utilizar todos os conhecimentos e procedimentos disponíveis com o intuito de salvar vidas. Muitos médicos simplesmente ignoram a recusa dos testemunhas de Jeová e praticam a transfusão, independente de se tais pacientes futuramente se considerarão impuros espiritualmente e condenados ao inferno, se entrarão em depressão ou mesmo se irão se suicidar.

Muito preocupam os médicos igualmente as repercussões jurídicas que lhes podem ser impostas caso os mesmos sigam a solicitação dos testemunhas de Jeová e deixem de realizar a transfusão. Os médicos são legalmente obrigados a tentar salvar as vidas de seus pacientes, realizando o máximo de esforços e valendo-se de todos os procedimentos disponíveis para tanto. Em decorrência da obrigação profissional que lhes cabe, os médicos são considerados “agentes garantidores”, nos termos do art. 13, § 2º, “a” do Código Penal Brasileiro. Neste sentido, por força do art. 121 c/c o art. 13, § 2º, “a”, ambos do CP, a omissão dos médicos em prestar socorro, em realizar procedimento necessário para salvar a vida dos pacientes, em virtude da condição de agente garantidor dos médicos, pode ser considerada conduta comissiva de homicídio. A omissão dos médicos em realizar a transfusão de sangue, ainda que tal decorra de pedido expresso e consciente dos pacientes testemunhas de Jeová, pode configurar “homicídio comissivo por omissão”<sup>398</sup>.

Mais uma vez, verifica-se medida jurídica regulatória de caráter paternalista que impõe a irrenunciabilidade do direito à vida e do direito à saúde. As medidas penais em questão possuem como objeto a limitação das liberdades de indivíduos com o intuito de proteger direitos de titularidade dessas próprias pessoas cujas liberdades são restringidas. A

---

<sup>398</sup> Acerca dos institutos do Direito Penal dos “agentes garantidores” e dos “crimes comissivos por omissão”, v. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. V.1. Parte Geral. São Paulo: Saraiva. 2013.

saber, os adeptos da crença “testemunhas de Jeová” não podem optar por voluntariamente renunciar ao direito à vida de titularidade deles próprios.

Da mesma forma, mais uma vez, a leitura filosófica mais evidente das medidas jurídicas paternalistas apontadas é uma leitura assentada em um perfeccionismo moral ligado a raízes comunitárias. A leitura mais evidente é a de que a medida paternalista adotada, ao apresentar o objetivo jurídico imediato de proteção do direito à vida, busca implementar o objetivo filosófico mediato de impor aos indivíduos o seguimento de determinado plano de vida particular considerada moralmente virtuosa em conformidade com uma doutrina abrangente específica decorrente da moral comunitária dominante.

Porém, um indivíduo adepto da crença testemunha de Jeová, adulto, plenamente lúcido e capacitado de suas funções mentais, não poderia decidir que prefere morrer a ficar impuro? Quem seria mais legitimado do que o próprio indivíduo para definir qual a melhor concepção de vida moralmente correta a ser seguida em sua esfera pessoal e que não interfira em liberdades de nenhuma outra pessoa? Que legitimidade possuiria o Estado para afirmar que não seria do melhor interesse dos indivíduos renunciar a suas próprias vidas, sendo moralmente correto que os mesmos recebam transfusão de sangue? A presente tese defende que deva caber aos próprios indivíduos escolher o que entendem ser de seus melhores interesses em suas vidas privadas. Cabe aos mesmos escolher que concepção de vida boa ou moralmente correta pretendem seguir. Se os testemunhas de Jeová livre, voluntária e conscientemente entendem que preferem renunciar a seus próprios direitos à vida do que receber transfusão de sangue que, na concepção dos mesmos, os torne impuros, suas opções devem receber igual respeito e consideração.

No caso em tela, inclusive, além da genérica liberdade existencial que deve ser conferida a todos os indivíduos de escolherem os planos que pretendem seguir em suas vidas privadas, incide a manifestação específica de tal liberdade em sua vertente “liberdade de crença ou liberdade religiosa”. A saber, o preceito liberal-igualitário genérico de que devem ser asseguradas liberdade e igualdade aos indivíduos para escolherem seus planos de vida pessoal, encontra no caso dos testemunhas de Jeová uma implicação ainda mais específica no sentido de que as pessoas devem poder de forma livre e igual escolher que crenças e preceitos religiosos seguir em suas vidas privadas. Além da liberdade que todo indivíduo deve possuir sobre o próprio corpo, a própria integridade física, a própria saúde e a própria vida independente de qualquer destinação religiosa (tal qual exposto nos casos em que os indivíduos devem poder renunciar mesmo por razões laicas em simples exercício de liberdade

existencial a estes direitos através da opção pela auto-amputação, pela eutanásia ou mesmo pelo suicídio), no caso dos testemunhas de Jeová soma-se a liberdade religiosa de os adeptos de tal crença seguirem em suas vidas privadas os preceitos religiosos em que acreditem desde que tal não afete a vida dos demais.

Inadmissível, portanto, uma medida paternalista que limite a liberdade e o igual respeito e consideração de os testemunhas de Jeová se negarem a receber transfusões com o intuito de proteger o direito à vida dessas próprias pessoas cuja liberdade se restringe sob uma leitura filosófica baseada em um perfeccionismo moral segundo o qual o Estado deveria impor aos mesmos uma visão específica de moral particular correta segundo a qual o direito à própria vida deve ser considerado irrenunciável.

GUSTAVO BINENBOJM e LUÍS ROBERTO BARROSO trataram com muita profundidade do tema em interessantes pareceres proferidos no âmbito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Eram freqüentes os casos em que testemunhas de Jeová se recusavam a receber o tratamento de transfusão de sangue no Hospital Universitário Pedro Ernesto- HUPE, gerenciado pela Faculdade de Medicina da Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ. A freqüência com a qual tal situação ocorria causava tormentosa celeuma entre os médicos do hospital universitário (alguns eticamente incomodados por não poderem exercer suas funções de salvar vidas, outros juridicamente receosos de eventualmente serem processados por “homicídio comissivo por omissão” nos termos do art. 12, § 2º c/c o art. 121, ambos do Código Penal bem como por violação ao item 2 da Resolução CFM nº 1.021/1980). Neste sentido, o Coordenador de Assistência Médica do HUPE aproveitou a ocasião em que uma paciente testemunha de Jeová se recusou a receber transfusão de sangue (ainda que correndo risco de morte) para realizar consulta à Procuradoria da UERJ.

A Procuradoria da UERJ se manifestou no sentido de preponderar o direito de escolha da paciente de não receber sangue contra sua vontade, ainda que tal significasse a morte da mesma. De toda forma, diante da sensibilidade do tema, o Diretor Jurídico da UERJ realizou consulta formal à Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, indagando acerca da posição jurídica a ser tomada em tais casos. No âmbito da especializada Procuradoria de Serviços Públicos, o processo administrativo foi distribuído ao Procurador do Estado GUSTAVO BINENBOJM.

GUSTAVO BINENBOJM<sup>399</sup>, neste sentido, proferiu o primeiro parecer sobre o tema no âmbito da PGE-RJ. Tal qual a Procuradoria da UERJ já havia feito, o parecerista entendeu pelo direito de os testemunhas de Jeová recusarem o recebimento de sangue ainda que tal recusa implique risco de morte. Para tanto, posicionou-se no mesmo sentido das considerações realizadas sobre o tema no presente Capítulo III.4 da tese.

Segundo GUSTAVO BINENBOJM<sup>400</sup>, todo e qualquer indivíduo deve possuir autonomia e capacidade de autodeterminação na livre escolha de seus projetos e planos de vida pessoal, desde que tal escolha não implique violação de direitos e liberdades de terceiros. Cada indivíduo deve ser tratado com igual respeito e consideração pelo Estado ao ser garantido o direito de as pessoas realizarem as opções existenciais pertinentes a suas próprias vidas privadas.

Desta forma, segundo o parecer em questão, tendo-se em vista que a recusa ao recebimento de sangue por parte dos testemunhas de Jeová representaria opções existenciais realizadas por tais indivíduos pertinentes apenas a seus próprios projetos de vida pessoal, sem qualquer implicação sobre os direitos de terceiros, não haveria como o Estado censurar a recusa em tela. A recusa ao recebimento de sangue decorreria da capacidade de autodeterminação de todos os indivíduos em suas vidas pessoais, juridicizada no caso em concreto através dos direitos ao corpo, à privacidade, à integridade física, à liberdade religiosa e à própria vida. Destacou GUSTAVO BINENBOJM<sup>401</sup> que nem mesmo haveria que se falar no caso em uma ponderação em que prevalecesse o direito à liberdade religiosa sobre o direito à vida. No caso em tela, o próprio direito à vida de titularidade da paciente deveria ser interpretado como o direito de viver em conformidade com as próprias escolhas existenciais autônomas.

O Parecer n° 09- 2009- GUB de GUSTAVO BINENBOJM foi objeto de visto divergente por parte do Procurador-Chefe da Procuradoria de Serviços Públicos FLÁVIO WILLEMAN<sup>402</sup>. Este Procurador do Estado apresentou visão diferente sobre a questão. Em sua opinião, a recusa por parte dos testemunhas de Jeová em receber sangue deveria ser entendida como um caso a exigir ponderação entre a liberdade de religião dos pacientes e o

---

<sup>399</sup> BINENBOJM, Gustavo. “Parecer n° 09- 2009- GUB”. In *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro. Vol. 65. 2010.

<sup>400</sup> BINENBOJM, Gustavo. “Parecer n° 09- 2009- GUB”. In *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro. Vol. 65. 2010.

<sup>401</sup> BINENBOJM, Gustavo. “Parecer n° 09- 2009- GUB”. In *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro. Vol. 65. 2010.

<sup>402</sup> WILLEMAN, Flávio. “Visto ao Parecer n° 09-2009- GUB”. In *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Vol. 65. 2010.



direito à vida. Desta forma, no entender de FLÁVIO WILLEMAN<sup>403</sup>, em tal ponderação deveria preponderar o direito à vida, cujo peso seria maior que o da liberdade religiosa.

Ocorre, entretanto, que o processo administrativo foi submetido a novo exame. Diante da divergência mencionada, a Procuradora Geral do Estado solicitou parecer ao Procurador do Estado LUÍS ROBERTO BARROSO<sup>404</sup>. Tal parecer, embora apresentando em sua fundamentação posições um pouco divergentes das premissas filosóficas desenvolvidas na presente tese, acabou em sua parte dispositiva por concluir no mesmo sentido que o Parecer n° 09- 2009- GUB de GUSTAVO BINENBOJM. Em termos sintéticos, concluiu LUÍS ROBERTO BARROSO que os pacientes testemunhas de Jeová possuem o direito de recusar o recebimento de sangue ainda que tal recusa implique risco de morte para esses mesmos pacientes.

O Parecer n° 01-2010- LRB buscou fundamentação teórica alinhada com a tese de doutorado de LETÍCIA MARTEL<sup>405</sup>. Neste sentido, defendeu LUÍS ROBERTO BARROSO que o princípio fundamental da “dignidade da pessoa humana” possuiria duas vertentes interpretativas distintas: a vertente da autonomia e a vertente da heteronomia. Em sua vertente da autonomia, a dignidade da pessoa humana determinaria que os indivíduos possuem capacidade de autodeterminação para livremente realizarem as escolhas existenciais que digam respeito a seus próprios projetos de vida pessoal e que não impliquem violação a direitos e liberdades de terceiros. A vertente da autonomia implicaria a garantia de direitos fundamentais de liberdade como posições subjetivas inerentes a todas as pessoas humanas. Segundo a vertente da heteronomia, porém, a dignidade humana possuiria ligações decorrentes também de valores comunitários. A dignidade da pessoa humana deveria ser protegida independentemente das opções individuais em capacidade de autodeterminação, ensejando a dimensão objetiva dos direitos humanos e os deveres de proteção estatais.

Segundo LUÍS ROBERTO BARROSO<sup>406</sup>, embora também haja certa garantia da dignidade humana em sua vertente heterônoma, não haveria dúvidas de que a Constituição de 1988 teria conferido prevalência à dignidade da pessoa humana em sua vertente da autonomia. Desta forma, no entender do parecerista, os direitos deveriam ser, via de regra,

---

<sup>403</sup> WILLEMAN, Flávio. “Visto ao Parecer n° 09-2009- GUB”. In *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Vol. 65. 2010.

<sup>404</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Parecer n° 01-2010- LRB”. In *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Vol. 65. 2010.

<sup>405</sup> MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis- os limites e os padrões de consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Rio de Janeiro. Tese de doutorado defendida na UERJ. 2010. Mimeografada.

<sup>406</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Parecer n° 01-2010- LRB”. In *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Vol. 65. 2010.

passíveis de renúncia por parte de seus titulares no exercício de suas autonomias e capacidades de autodeterminação nas escolhas existenciais de seus planos de vida pessoal privada.

Nada obstante, tal presunção de possibilidade de renúncia dos direitos por seus próprios titulares em exercício de autonomia deveria ser invertida no caso do “direito à vida”. Novamente se baseando na tese de doutorado de LETÍCIA MARTEL<sup>407</sup>, LUÍS ROBERTO BARROSO<sup>408</sup> entende que o “direito à vida” apresenta uma peculiaridade em relação aos demais direitos. Isto pois o direito à vida apresentar-se-ia como “pré-condição para a própria dignidade humana e para o exercício dos demais direitos fundamentais”. Desta forma, enquanto a regra seria a disponibilidade de todos os direitos por seus próprios titulares em virtude da dignidade humana em sua vertente autonomia, tal máxima se inverteria no caso do direito à vida: via de regra, seria indisponível o direito à vida, ainda que com o consentimento de seu próprio titular, em decorrência da dignidade humana em sua vertente da heteronomia. Neste sentido, o simples consentimento por parte do próprio titular do direito à vida não seria suficiente para permitir a disponibilidade de tal direito.

Precisamente por esta razão, segundo LUÍS ROBERTO BARROSO<sup>409</sup>, o ordenamento brasileiro consideraria crime o auxílio ao suicídio bem como imporia o uso de cinto de segurança. Em ambos os casos, ainda que haja consentimento do próprio titular do direito à vida, tal direito não seria disponível por força da dignidade humana em sua vertente de heteronomia e dos deveres de proteção estatais. Nestes casos, segundo o parecerista, dever-se-ia, por força da dignidade humana em sua vertente heterônoma, proteger o direito à vida mesmo em detrimento da autonomia dos indivíduos!

Mas não seria sempre que o direito à vida seria indisponível. Mesmo defendendo a máxima de que o direito à vida, via de regra, deve ser considerado indisponível, não bastando apenas o simples consentimento do titular para que sua renúncia seja permitida, casos há em que outros direitos fundamentais poderiam exigir que o direito à vida cedesse. Em tais situações, dever-se-ia ponderar o direito à vida com o outro direito fundamental para chegar-se à conclusão se deveria prevalecer a proteção à vida em homenagem à dignidade humana

---

<sup>407</sup> MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis- os limites e os padrões de consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Rio de Janeiro. Tese de doutorado defendida na UERJ. 2010. Mimeografada.

<sup>408</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Parecer n° 01-2010- LRB”. In *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Vol. 65. 2010.

<sup>409</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Parecer n° 01-2010- LRB”. In *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Vol. 65. 2010.

em sua vertente heterônoma ou o direito geral de liberdade e a renúncia ao direito à vida em decorrência da dignidade humana em sua vertente da autonomia<sup>410</sup>.

No caso concreto sob análise, estaria configurada a necessidade de ponderação entre a proteção à vida em sua dimensão objetiva decorrente da dignidade heterônoma e o direito de liberdade decorrente da dignidade autônoma particularmente manifestada através do direito de liberdade de religião. LUÍS ROBERTO BARROSO, desta forma, entende que devam prevalecer no caso o direito à liberdade religiosa e a proteção da dignidade humana em sua vertente da autonomia, excepcionando-se no caso concreto a máxima que havia defendido de que o direito à vida deve ser considerado, via de regra, indisponível, ainda que diante de renúncia expressa pelo próprio titular de tal direito. Desta forma, conclui o Procurador do Estado pela inconstitucionalidade de ser imposta de forma coercitiva a transfusão de sangue em pacientes testemunhas de Jeová<sup>411</sup>.

Outrossim, o Parecer nº 01-2010- LRB defende a necessidade de interpretação conforme a Constituição de alguns dispositivos legais bem como considera alguns diplomas normativos totalmente incompatíveis com a Lei Maior. Primeiramente, o parecer avalia o art. 11 do Código Civil já mencionado nesta tese (que veda genericamente a disposição de direitos da personalidade por seus próprios titulares).

Segundo o parecer, a única interpretação possível do art. 11 “seria no sentido de entender que ele veda disposições caprichosas ou fúteis, sem prejuízo da possibilidade de que a convivência entre direitos distintos imponha escolhas e compromissos.”.

Da mesma forma, o parecer interpreta o Código Penal Brasileiro à luz da Constituição para fins de que seja inconstitucional qualquer criminalização da conduta dos médicos ao deixarem de realizar transfusão quando tal omissão seja solicitada pelos pacientes testemunhas de Jeová.

Por fim, o parecer analisa os arts. 31 e 32 da Resolução CFM nº 1931/2009 (novo Código de Ética Médica do Conselho Federal de medicina)<sup>412</sup> bem como o art. 3º da Resolução CREMERJ nº 136/99 do Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro<sup>413</sup>. Eis os dispositivos:

---

<sup>410</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Parecer nº 01-2010- LRB”. In *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Vol. 65. 2010.

<sup>411</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Parecer nº 01-2010- LRB”. In *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Vol. 65. 2010.

<sup>412</sup> Disponível em <http://www.cremerj.org.br/publicacoes/141.PDF>.

<sup>413</sup> Disponível em <http://www.cremerj.org.br/skel.php?page=legislacao/resultados.php>.

**Art. 31-** É vedado ao médico desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

**Art. 32-** É vedado ao médico deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente.

**Art. 3º-** O médico, verificando a existência de risco de vida para o paciente, em qualquer circunstância, deverá fazer uso de todos os meios ao seu alcance para garantir a saúde do mesmo, inclusive efetuando a transfusão de sangue e/ou seus derivados, comunicando, se necessário, à Autoridade Policial competente sobre sua decisão, caso os recursos utilizados sejam contrários ao desejo do paciente ou de seus familiares.

Segundo o Parecer nº 01-2010- LRB<sup>414</sup>, dever-se-ia realizar uma interpretação conforme a Constituição dos dispositivos da Resolução do CFM. Neste sentido, o art. 31 deveria ser interpretado como possibilitando que o médico realize procedimento contrário à vontade do paciente quando, diante de risco de morte, seja impossível colher-se o consentimento do paciente (por exemplo, caso o mesmo se encontre inconsciente). O art. 32, por sua vez, deveria ser interpretado no sentido de que devem ser utilizados todos os recursos disponíveis ao médico, desde que autorizados pelo paciente. Os limites gramaticais do texto do art. 3º da Resolução do CREMERJ, entretanto, não comportariam qualquer interpretação do dispositivo em conformidade com a Lei Maior, sendo inafastável a inconstitucionalidade do mesmo.

O Parecer nº 01-2010- LRB, enfim, foi aprovado pela Procuradora Geral do Estado do Rio de Janeiro<sup>415</sup>, firmando o entendimento a ser seguido pela Administração Pública Estadual desta unidade da Federação.

Certamente a presente tese concorda com a determinação objetiva contida na parte dispositiva do Parecer nº 01-2010- LRB de LUÍS ROBERTO BARROSO. De fato, já se havia posicionado a presente tese pela impossibilidade de transfusão de sangue coercitiva aos pacientes testemunhas de Jeová. O Parecer nº 09-2009- GUB de GUSTAVO BINENBOJM<sup>416</sup> também havia chegado à mesma proposição objetiva em sua parte dispositiva, concluindo pela impossibilidade de transfusão coercitiva de sangue aos pacientes testemunhas de Jeová. Nada obstante, embora se tenha chegado à mesma conclusão dispositiva acerca da impossibilidade de realização compulsória de transfusão de sangue aos pacientes testemunhas

---

<sup>414</sup> BARROSO, Luís Roberto. "Parecer nº 01-2010- LRB". In *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Vol. 65. 2010.

<sup>415</sup> TAVARES, Lúcia Lea Guimarães. "Visto ao Parecer nº 01-2010- LRB". In *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Vol. 65. 2010.

<sup>416</sup> BINENBOJM, Gustavo. "Parecer nº 09- 2009- GUB". In *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro. Vol. 65. 2010.

de Jeová, parece que o parecer de LUÍS ROBERTO BARROSO se utiliza em sua fundamentação de argumentos distintos dos manejados pela presente tese bem como pelo parecer de GUSTAVO BINENBOJM. Neste ponto, sérias dúvidas podem ser levantadas acerca da compatibilidade de alguns dos fundamentos teóricos utilizados por LUÍS ROBERTO BARROSO com os valores jurídico-morais inerentes à ordem constitucional brasileira diante de sua leitura à luz da premissa liberal-republicana.

Tal qual exposto, segundo BARROSO<sup>417</sup>, em relação ao direito à vida, deveria vigorar a máxima de que o mesmo seria, via de regra, indisponível e irrenunciável ainda que diante de manifestação expressa do titular de tal direito. Isto porque, em relação ao direito à vida, na linha defendida por LETÍCIA MARTEL<sup>418</sup> em sua tese de doutorado, prevaleceria o princípio da dignidade humana em sua vertente heterônoma, ensejando uma dimensão objetiva dos direitos bem como a existência de deveres de proteção estatais. O direito à vida possuiria, assim, um valor intrínseco a ser protegido em si mesmo, independentemente do exercício de autonomia de seu titular. A proteção do direito à vida por força de uma vertente heterônoma da dignidade humana decorreria de uma moral comunitária, eis que o valor da vida, segundo BARROSO, seria um consenso no mundo ocidental.

Para o parecerista<sup>419</sup>, prova de que o simples consentimento do próprio titular do direito não seria suficiente para que se tutelasse a renúncia ao direito à vida seria o crime de “auxílio ao suicídio” bem como a obrigatoriedade do uso de cinto de segurança. Tal qual exposto, segundo o parecer, o art. 11 do CC/02 deveria ser interpretado “no sentido de entender que ele veda disposições caprichosas ou fúteis, sem prejuízo da possibilidade de que a convivência entre direitos distintos imponha escolhas e compromissos.”. No caso em concreto específico sob análise do parecer, no entender de LUÍS ROBERTO BARROSO, deveria ser vedada a transfusão coercitiva de sangue aos testemunhas de Jeová por haver uma exceção (por preponderar apenas no caso concreto a vertente da autonomia da dignidade humana e a liberdade religiosa) à máxima de que, via de regra, prevalece a indisponibilidade do direito à vida e sua proteção sob o viés da dignidade humana heterônoma. A presente tese discorda de tal argumentação teórica utilizada na fundamentação do Parecer nº 01-2010-

---

<sup>417</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Parecer nº 01-2010- LRB”. In *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Vol. 65. 2010.

<sup>418</sup> MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis- os limites e os padrões de consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Rio de Janeiro. Tese de doutorado defendida na UERJ. 2010. Mimeografada.

<sup>419</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Parecer nº 01-2010- LRB”. In *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Vol. 65. 2010.

LRB. Mais que isto, entende que tal argumentação se encontra em larga medida incompatível com a ordem constitucional brasileira em uma leitura à luz da premissa liberal-republicana.

Segundo BARROSO, a proteção da vida deveria ser, via de regra, imposta heteronomamente como doutrina abrangente particular comunitária ainda que os próprios indivíduos titulares de tal direito tenham autonomamente decidido por não preservá-la. Tal posição privilegiada do direito à vida (ao contrário dos demais direitos, que seriam, via de regra, disponíveis) supostamente decorreria de duas razões: (i) do fato de a vida constituir um valor compartilhado pelas sociedades ocidentais bem como (ii) do fato de a vida constituir pré-condição para o exercício dos demais direitos fundamentais<sup>420</sup>. Ambos os argumentos, porém, parecem frágeis.

Primeiramente, no que diz respeito à alegação de que o direito à vida é consagrado em todas as sociedades ocidentais, não se pode confundir em que termos tal direito à vida é consagrado em todos os ordenamentos ocidentais: como um direito liberal-igualitário jusfundamental de todos os indivíduos autônomos à vida ou como uma doutrina abrangente particular que determina a proteção heterônoma da vida em decorrência de uma moral comunitária dominante? O fato de quase todos os ordenamentos jurídicos ocidentais consagrarem o direito à vida não significa necessariamente, tal qual sugestionado pelo parecer, que tal direito esteja sendo consagrado como fruto de uma moral comunitária dominante e como um direito a ser protegido de forma heterônoma. Pelo contrário, os ordenamentos jurídicos ocidentais podem estar consagrando o direito à vida justamente como um direito de liberdade inerente aos indivíduos para que exerçam suas autonomias. O valor vida pode estar sendo consagrado justamente como um valor de moral pública, um direito subjetivo de titularidade dos indivíduos. Afinal, os ordenamentos não afirmam a consagração do “dever à vida”, mas sim do “direito à vida”.

Neste sentido, os diversos ordenamentos jurídicos ocidentais podem estar justamente garantindo o igual respeito e consideração aos indivíduos. Aos indivíduos é garantido o direito à vida para que possuam a capacidade de livremente escolherem que projetos seguirem em suas vidas particulares desde que não afetem os direitos e liberdades de terceiros. Caso, entretanto, os indivíduos optem por renunciar ao direito à vida de que são titulares, não havendo qualquer violação de direitos e liberdades de terceiros, tal renúncia deve ser reconhecida como legítima. Eis o sentido em que o direito à vida deve ser entendido como consagrado por todos os ordenamentos jurídicos ocidentais: um direito fundamental de

---

<sup>420</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Parecer n° 01-2010- LRB”. In *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Vol. 65. 2010.

liberdade dos indivíduos integrante da moral pública decorrente do liberalismo-igualitário, possibilitando que as pessoas exerçam suas escolhas existenciais. Não um valor de moral comunitária a impor um modelo particular de vida boa específica. Enfim, o fato de quase todos os ordenamentos ocidentais consagrarem o direito à vida não significa que todos estejam adotando uma moral comunitária específica de proteção heterônoma da vida em sua dimensão objetiva. Podem justamente estar consagrando o direito à vida como parte de uma moral pública, parte dos princípios de justiça que exigem que os indivíduos possuam direito subjetivo à vida.

Ainda que assim não fosse, ainda que se verificasse que a maioria dos ordenamentos jurídicos ocidentais tenha consagrado o direito à vida como um valor comunitário a ser imposto de forma heterônoma aos indivíduos (mesmo contra a escolha autônoma pelos próprios titulares do direito à vida no sentido de renunciar ao mesmo), não parece que tal diagnóstico fático tenha por condão sustentar as conclusões a que chegou LUÍS ROBERTO BARROSO<sup>421</sup> em seu parecer. Tal raciocínio consistiria em uma petição de princípio típica do positivismo sociológico ao qual se encontram ligadas as concepções comunitárias.

Como se sabe, os comunitários partem do “ser”, dos “fatos sociais” para estabelecer o “dever ser”, o paradigma de aferição de correção, em uma nítida inversão lógica. O fato social de a maior parte dos ordenamentos jurídicos ocidentais consagrar a defesa heterônoma da vida em uma dimensão objetiva de deveres de proteção estatais em decorrência de o valor vida ser compartilhado por uma moral comunitária dominante em tais sociedades não significa que tal fato seja correto do ponto de vista da filosofia político-moral. O fato de a maior parte dos ordenamentos jurídicos ocidentais consagrar a defesa heterônoma da vida em uma dimensão objetiva pode ser considerado uma captura indevida dos ordenamentos jurídicos por uma moral comunitária dominante.

Por outro lado, o segundo argumento levantado por LUÍS ROBERTO BARROSO, de que o direito à vida deveria ser, via de regra, irrenunciável em virtude de tal direito constituir pré-condição para o exercício de outros direitos fundamentais, também não merece prosperar. Alega o parecerista como suposto fundamento para o direito à vida ser, via de regra, indisponível o fato de tal direito servir de pré-condição para o exercício de outros direitos fundamentais. Ora, este segundo argumento de BARROSO acaba por ser um sofisma.

Se o Procurador do Estado entende que os demais direitos fundamentais são, via de regra, considerados disponíveis por força da autonomia e capacidade de autodeterminação dos

---

<sup>421</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Parecer n° 01-2010- LRB”. In *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Vol. 65. 2010.

indivíduos, a necessidade de se preservar o direito à vida como *a priori* indisponível com suposto fundamento no fato de a vida ser pré-condição para o exercício dos demais direitos fundamentais não faz qualquer sentido lógico. Ora, se os indivíduos podem renunciar aos demais direitos fundamentais, podem igualmente renunciar ao próprio direito à vida, eis que o mesmo não é mais pré-condição para o exercício dos demais direitos fundamentais (que já foram objeto de renúncia). Não faz sentido a afirmação de que o direito à vida deve ser, via de regra, indisponível pois constitui pré-condição para o exercício de direitos fundamentais que são disponíveis. Apenas se BARROSO considerasse os demais direitos fundamentais como indisponíveis (o que não faz, afirmando que os demais direitos fundamentais são via de regra disponíveis pelo exercício da dignidade na vertente autonomia), seria lógica a argumentação de que o direito à vida, por ser pré-condição de outros direitos indisponíveis, deveria necessariamente ser indisponível.

Segundo LUÍS ROBERTO BARROSO, provas inequívocas de que o ordenamento jurídico brasileiro consagra a proteção heterônoma da dimensão objetiva do valor vida seriam a criminalização do auxílio ao suicídio e a obrigatoriedade do uso de cinto de segurança. No entender do parecerista, ambos os casos demonstrariam que o simples consentimento “fútil” do próprio titular do direito à vida não seria suficiente para que ocorresse a renúncia do mesmo<sup>422</sup>.

O caso da criminalização do “auxílio ao suicídio” já foi abordado acima nesta tese. A presente tese concorda com BARROSO que tal criminalização é justamente fruto de uma imposição heterônoma comunitária de proteção à vida. Nada obstante, tal qual exposto acima, o fato de a criminalização do “auxílio ao suicídio” existir não significa que a imposição heterônoma de proteção da vida seja jurídico-moralmente correta. Pelo contrário, o art. 122 do Código Penal é que deveria ser declarado inconstitucional eis que tal imposição heterônoma de bases perfeccionistas-comunitárias se apresenta nitidamente incompatível com os valores jurídico-morais do liberalismo-republicano que informa o ordenamento.

No que diz respeito à imposição do uso obrigatório do cinto de segurança, ao contrário do defendido por BARROSO, tal obrigatoriedade tem por fundamento não a imposição heterônoma de proteção objetiva à vida em detrimento da autonomia do próprio titular de tal direito. O fundamento jurídico-moral para a obrigatoriedade do uso do cinto de segurança se encontra na proteção da autonomia mediata e das condições igualitárias dos próprios indivíduos titulares do direito à vida que se busca proteger. Conforme será exposto no

---

<sup>422</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Parecer n° 01-2010- LRB”. In *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Vol. 65. 2010.



Capítulo III.5 da presente tese, trata-se de um caso de medida regulatória de natureza paternalista que encontra raízes filosóficas na implementação mediata da autonomia e das condições igualitárias de liberdade e de dignidade, restando, portanto, perfeitamente compatível com os valores jurídico-morais do liberalismo-republicano.

Enfim, definitivamente não concorda a presente tese com as premissas teóricas manejadas por LUÍS ROBERTO BARROSO ao longo do Parecer nº 01-2010- LRB<sup>423</sup>. Diante da adoção de um liberalismo-republicano como concepção de filosofia político-moral mais adequada, a afirmação de que o direito à vida deve ser, via de regra, considerado indisponível mesmo por seu próprio titular se apresenta incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro. A afirmação de que o direito à vida deve ser imposto de forma heterônoma aos seus próprios titulares apresenta-se completamente despida de legitimação jurídico-moral. Pelo contrário, o Estado deve se manter neutro, abstendo-se de impor qualquer concepção específica de vida boa ou moralmente correta aos indivíduos em seus projetos existenciais privados.

A afirmação de BARROSO<sup>424</sup> de que não basta qualquer consentimento por razão “fútil” para que o direito à vida seja renunciado, inclusive, parece extremamente perigosa, abrindo porta para perigosíssimo totalitarismo moral ou para uma postura organicista de “funcionalização” dos direitos<sup>425</sup>. Que concepção específica de moral comunitária, de vida

---

<sup>423</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Parecer nº 01-2010- LRB”. In *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Vol. 65. 2010.

<sup>424</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Parecer nº 01-2010- LRB”. In *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Vol. 65. 2010.

<sup>425</sup> Neste ponto, a presente tese deve fazer crítica ao professor Luís Roberto Barroso semelhante àquela que realizou a alguns doutrinadores da escola do Direito Civil-Constitucional: a falta de posicionamento explícito acerca de uma concepção de filosofia político-moral adequada a informar os valores jurídico-morais do ordenamento jurídico e da própria Lei Maior. Corretamente o professor destaca que todo o ordenamento deve ser interpretado à luz da Constituição e, em especial, do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nada obstante, para que o ordenamento seja interpretado à luz da Constituição, mister se faz definir qual o conteúdo das normas constitucionais a servirem de parâmetro para tal filtragem constitucional. Ocorre que o conteúdo das normas constitucionais (inclusive o conteúdo do princípio da dignidade humana) exige interpretação do texto da Lei Maior que seja complementada pelo ingresso de valores jurídico-morais de determinada concepção de filosofia político-moral. Necessária, portanto, a opção explícita por uma concepção específica de filosofia político-moral a ser adotada como aquela mais adequada a fornecer os valores que informam o ordenamento jurídico positivo.

Luís Roberto Barroso, entretanto, não se posiciona especificamente acerca de qual concepção de filosofia político-moral deva informar a interpretação jurídico-moral da Carta Magna. Sem discorrer sobre o assunto, simplesmente afirma descritivamente que a Constituição de 1988 supostamente consagraria a dignidade da pessoa humana tanto em uma vertente (via de regra) de autonomia quanto em uma vertente (excepcional) de heteronomia. O professor simplesmente descreve serem estas as vertentes da dignidade da pessoa humana supostamente adotadas pela Constituição de 1988.

Nada obstante, tal qual exposto na Parte II da presente tese, as concepções de filosofia político-moral não podem decorrer de forma descritiva do texto da Constituição positivada. Pelo contrário, possuem fundamento filosófico crítico pré-constitucional, devendo a Constituição se encontrar em conformidade com a concepção de filosofia político-moral metapositiva e parâmetro de aferição das normas postas.

boa ou moralmente perfeita, de doutrina abrangente deve servir de parâmetro para determinar o que seria um “motivo fútil”?

Caso a renúncia ao direito à vida por seu próprio titular não afete as liberdades nem os direitos de nenhum terceiro, dizendo respeito tão somente à vida (ou à não-vida) do próprio titular, não há que se indagar acerca de qualquer futilidade ou não das razões que ensejaram tal renúncia. Não havendo qualquer repercussão sobre as esferas de terceiros, a renúncia ou o exercício de qualquer direito (inclusive do direito à vida) pelo próprio titular do direito deve restar completamente livre, em homenagem à autonomia, à capacidade de auto-determinação e ao igual respeito e consideração dos indivíduos em suas escolhas existenciais e na definição de seus próprios projetos de vida pessoal privada. No caso em tela, a medida paternalista que impusesse a transfusão de sangue aos testemunhas de Jeová em busca da proteção do direito à vida dos próprios pacientes cuja liberdade se restringe decorreria de inadmissível raiz filosófica perfeccionista de viés comunitário, sendo certo que o ordenamento brasileiro, informado pelos valores jurídico-morais do liberalismo-republicano não tolera a imposição heterônoma pelo Estado de determinada concepção específica comunitária aos planos de vida pessoal privada dos indivíduos.

De qualquer forma, ainda que a presente tese apresente sérias divergências em relação às premissas teóricas desenvolvidas ao longo da fundamentação do Parecer nº 01-2010- LRB, fato é que a proposição objetiva da parte dispositiva de tal parecer vai ao encontro das conclusões aqui desenvolvidas<sup>426</sup>. Fato é que entendeu o parecer (na fundamentação do parecer: o direito à vida, que, via de regra, é indisponível e imposto heteronomamente, cede em ponderação com a autonomia e a liberdade religiosa neste caso concreto) que a transfusão

---

Neste sentido, Luís Roberto Barroso, no entender da presente tese, *data maxima venia*, subverte a lógica da legitimação jurídico-moral. O certo seria que a concepção de filosofia político-moral pré-constitucional e metapositiva servisse de parâmetro de aferição de legitimação jurídico-moral da Constituição positiva. Porém, o professor não exerce qualquer reflexão acerca de qual deveria ser a concepção de filosofia político-moral mais adequada. Pelo contrário, simplesmente adota postura descritiva de que a Constituição de 1988 (que, frisa-se, é uma norma positivada) consagra a dignidade da pessoa humana simultaneamente em uma vertente de autonomia e em uma vertente de heteronomia.

No entender da presente tese, entretanto, a concepção de filosofia político-moral de fundamento pré-constitucional e metapositivo a servir de parâmetro de legitimação da Constituição de 1988 (norma positivada) é o liberalismo-republicano. Neste sentido, ainda que o professor Luís Roberto Barroso estivesse certo em sua afirmação descritiva de que a Constituição de 1988 consagraria a dignidade da pessoa humana também em uma vertente de heteronomia, a consequência de tal constatação deveria ser a falta de legitimação de tal fato positivo descrito. A saber, a vertente de heteronomia da dignidade da pessoa humana, ainda que prevista faticamente pela Constituição positiva de 1988 não possuiria legitimação jurídico-moral perante o paradigma de aferição metapositivo.

Não se apresenta legitimada jurídico-moralmente a interpretação da dignidade da pessoa humana como uma imposição heterônoma de funcionalização dos direitos em detrimento do exercício da autonomia e da capacidade de autodeterminação pelos próprios titulares de tais direitos.

<sup>426</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Parecer nº 01-2010- LRB”. In *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Vol. 65. 2010.

coercitiva de sangue aos testemunhas de Jeová não deveria ocorrer, chegando à mesma conclusão defendida nesta tese (na fundamentação da tese: o direito à vida deve ser disponível em homenagem à autonomia, à capacidade de autodeterminação e ao igual respeito e consideração dos indivíduos, que devem ser livres e iguais para realizar suas escolhas existenciais quando tal não implique violação da liberdade de terceiros).

Diante dos exemplos citados até agora (medidas jurídicas paternalistas que buscam vedar a automutilação, a eutanásia, o auxílio ao suicídio e a recusa a tratamento médico indispensável para o salvamento da vida do paciente), pode-se ter induzido o leitor a crer que somente podem existir medidas jurídicas paternalistas influenciadas por um perfeccionismo moral comunitário no âmbito da proteção heterônoma especificamente dos direitos à integridade física, à saúde e à vida. Tal percepção seria extremamente equivocada. Em verdade, podem-se imaginar medidas jurídicas paternalistas influenciadas por um perfeccionismo moral comunitário no âmbito da proteção heterônoma dos mais diversos direitos.

Ou seja, podem-se imaginar medidas jurídicas paternalistas destinadas a proteger de forma heterônoma os mais diversos direitos em detrimento da manifestação autônoma de renúncia pelos próprios titulares de tais direitos. Muito frequentemente, independente do direito em específico a ser protegido de forma heterônoma, a leitura filosófica mais evidente da medida paternalista em questão será aquela baseada em um questionável perfeccionismo moral comunitário, matriz filosófica esta incompatível com os valores jurídico-morais do ordenamento brasileiro à luz da premissa liberal-republicana.

Tome-se o caso do direito à educação. Eis o que estabelece o inciso I do art. 208 da C.R.F.B. de 1988 acerca do ensino fundamental:

**Art. 208-** O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

**I-** ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria.

O dispositivo transcrito é muito rico em informações, de forma que se optará por avançar ponto a ponto. Primeiramente, percebe-se que o art. 208, I da C.R.F.B./88 deixa claro haver uma “idade própria” (embora não esteja definida tal idade neste dispositivo) para que as pessoas, via de regra, tenham acesso ao ensino fundamental. A “idade própria” para que as pessoas tenham acesso, via de regra, ao ensino fundamental se encontra definida nos arts. 6º e 32 da Lei nº 9.394 de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases):

**Art. 6º-** É dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula dos menores, a partir dos seis anos de idade, no ensino fundamental.

**Art. 32-** O ensino fundamental obrigatório, com duração de nove anos, gratuito na escola pública, iniciando-se aos seis anos de idade (...).

Ou seja, a “idade própria” à qual o art. 208, I da Lei Maior se refere para que os indivíduos cursem o ensino fundamental varia dos seis aos quatorze anos de idade. Via de regra, deve o ensino fundamental ser iniciado com o ingresso da criança na escola aos seis anos de idade, durando nove anos até o término previsto para os quatorze anos de idade, caso não haja a necessidade de repetência de nenhuma série.

Nada obstante, o art. 208, I da C.R.F.B./88 vai além. Será assegurada a oferta gratuita do ensino fundamental mesmo àqueles indivíduos que não tiveram acesso ao mesmo na “idade própria”. A saber, mesmo que um indivíduo já possua idade bastante superior aos quatorze anos e nunca tenha freqüentado a escola em sua vida, tal indivíduo possuirá o direito público subjetivo de acesso ao ensino fundamental público gratuito. Por mais que a “idade própria” para se cursar o ensino fundamental seja entre os seis e os quatorze anos de idade, um senhor humilde de sessenta anos, que nunca tenha ido à escola um dia sequer de sua vida, possui o direito de acesso ao ensino fundamental público gratuito.

Mas o art. 208, I da Constituição de 88 ainda apresenta outras informações. Além de afirmar que o acesso ao ensino fundamental gratuito constitui um direito dos indivíduos de todas as idades (mesmo daqueles que não o cursaram na idade própria), afirma também que tal ensino fundamental é “obrigatório”. A saber, o “direito” de acesso ao ensino fundamental possui uma natureza dupla de “direito-dever”. Por um lado, todos os indivíduos, independente da idade, possuem o direito de acesso ao ensino fundamental público gratuito. Todo indivíduo que queira, independente de sua idade, tem o direito de ter acesso ao ensino fundamental público gratuito. Por outro lado, entretanto, o acesso ao ensino fundamental é considerado simultaneamente, pelo mesmo art. 208, I da Constituição, de natureza obrigatória, sendo um dever dos indivíduos, ainda que não seja de seus interesses, cursar o ensino fundamental.

Mas para que indivíduos o direito ao ensino fundamental seria “obrigatório”? Para que indivíduos o “direito” ao ensino fundamental seria um “direito-dever”? Os indivíduos de todas as idades estariam obrigados a cursar o ensino fundamental? Mesmo indivíduos adultos ou idosos? Eis o problema. O art. 208, I da Lei Maior não deixa clara tal informação. O dispositivo é muito transparente ao disciplinar o direito de acesso ao ensino fundamental como “direito”. Neste sentido, a segunda parte do dispositivo, ao afirmar “...inclusive, sua

oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria”, deixa claro que os indivíduos de todas as idades possuem “direito” de acesso ao ensino fundamental público gratuito (tanto os que estão na “idade própria” quanto os que não tiveram acesso na “idade própria”, enfim, os indivíduos de todas as idades).

Porém, a primeira parte do dispositivo, ao afirmar que “o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de ensino fundamental obrigatório...”, não deixa claro para que indivíduos (ou se para todos os indivíduos) o “direito ao ensino fundamental” deve ser considerado obrigatório. Estaria o art. 208, I da Lei Maior impondo a obrigatoriedade do ensino fundamental aos indivíduos de todas as idades?

Não há qualquer possibilidade de dúvidas acerca da obrigatoriedade jurídica de os indivíduos menores de idade freqüentarem o ensino fundamental. Para as crianças e os adolescentes, o “acesso ao ensino fundamental” certamente deve ser entendido simultaneamente como um “direito” e um “dever”. Em outros termos, possuem o dever de exercer o direito que possuem à educação. Por mais que tais crianças e adolescentes sejam os próprios titulares do direito à educação, ainda que se manifestem expressamente no sentido de não quererem exercer tal direito, optando por renunciar ao mesmo, esta renúncia não será possível.

É o que se extrai do art. 6º da Lei de Diretrizes e Bases (Lei nº 9.394/96) bem como dos arts. 55 e 56, II do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90):

**Art. 6º-** É dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula dos menores, a partir dos seis anos de idade, no ensino fundamental.

**Art. 55-** Os pais ou responsáveis têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino.

**Art. 56, II-** Os dirigentes de estabelecimentos de ensino fundamental comunicarão ao Conselho Tutelar os casos de reiteração de faltas injustificadas e de evasão escolar, esgotados os recursos escolares.

Não há, portanto, qualquer dúvida acerca do dever de todas as crianças e adolescentes freqüentarem o ensino fundamental. O ordenamento prevê a obrigatoriedade dos pais e dos responsáveis de matricular os menores, bem como abre margem mesmo para a destituição do pátrio poder em caso de descumprimento pelos pais e responsáveis de tal obrigação. Enfim, o “direito” ao ensino fundamental de titularidade dos menores constitui-se em verdadeiro direito indisponível e irrenunciável pelo próprio titular do direito.

Não se pretende, entretanto, discutir a obrigação claramente imposta pela legislação infraconstitucional (tanto pela Lei de Diretrizes e Bases quanto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente) a todos os menores de freqüentar o ensino fundamental. No presente momento, pretende-se debater a eventual tentativa estatal de matricular de forma cogente e obrigatória mesmo os indivíduos adultos no ensino fundamental.

Poderia o Poder Público, com base na afirmação genérica do art. 208, I da Constituição de 1988 de que o ensino fundamental é “obrigatório”, pretender obrigar mesmo os indivíduos adultos a freqüentar o ensino fundamental contra a própria vontade destes? Não há dúvidas, pela leitura do art. 208, I da C.R.F.B./88, de que o acesso gratuito ao ensino fundamental é direito mesmo dos adultos e idosos que não tenham freqüentado o mesmo na “idade própria”. E se tais indivíduos adultos e idosos não quiserem exercer tal direito do qual são titulares? E se os adultos e idosos que não tiveram acesso ao ensino fundamental “na idade própria” preferirem continuar o resto de suas vidas sem nunca terem completado o ensino fundamental (em alguns casos, passar a vida inteira sem nunca ter ido à escola)?

Como se percebe, tal qual se havia exposto, podem ser imaginadas inúmeras medidas jurídicas de natureza paternalista destinadas à proteção dos mais diversos direitos, não se restringindo o paternalismo jurídico à seara dos direitos à integridade física, à saúde e à vida. No caso ora em análise, a discussão acerca da possibilidade ou não de o Poder Público impor a obrigatoriedade de adultos concluírem o ensino fundamental consiste precisamente em uma discussão acerca da legitimação jurídico-moral de medida paternalista no âmbito do direito à educação. Eventual medida jurídica que determine que os indivíduos adultos devam obrigatoriamente concluir o ensino fundamental ainda que contra a vontade expressa dos mesmos certamente possuiria natureza paternalista. A saber, estar-se-ia limitando a liberdade dos indivíduos (de autonomamente escolher não freqüentar o ensino fundamental) com o intuito de proteger direito de titularidade desses próprios indivíduos cuja liberdade é restringida (o direito à educação). Tal medida jurídica de natureza paternalista possuiria legitimação jurídico-moral diante dos valores jurídico-morais do ordenamento jurídico, informado pelo liberalismo-republicano? Tudo depende da matriz de filosofia político-moral a servir de base para a medida paternalista em questão. Qual a matriz filosófica a ensejar a medida paternalista em tela e exigir a limitação da liberdade de indivíduos para proteger o direito à educação de titularidade destes próprios indivíduos?

Parece que, mais uma vez, a leitura filosófica mais evidente que se depreende da medida jurídica de natureza paternalista em questão é aquela decorrente de um

perfeccionismo moral de viés comunitário. A leitura filosófica mais evidente da adoção da medida jurídica paternalista em tela seria a da imposição aos indivíduos de determinado projeto e de determinada concepção particulares de vida boa ou moralmente perfeita. A saber, uma doutrina abrangente particular decorrente de valores comunitários segundo a qual um projeto de vida boa e moralmente perfeita seria aquele em que os indivíduos completam determinados níveis de educação formal.

Parece, entretanto, que tal medida paternalista, em decorrência precisamente do fato de a mesma se apoiar em uma matriz filosófica perfeccionista comunitária, se apresentaria incompatível com os valores jurídico-morais do ordenamento, informado pelo liberalismo-republicano e pela consagração da autonomia individual bem como pelo igual respeito e consideração pelas escolhas e projetos pessoais dos indivíduos.

Neste sentido, os indivíduos adultos devem ser livres para escolher o grau de instrução e de educação que pretendem atingir em suas vidas. Alguns indivíduos podem optar por estudar até mesmo após a conclusão de um pós-doutorado. Outros podem se satisfazer com a conclusão do ensino superior. Há quem se proponha tão somente terminar o ensino fundamental. Por fim, parece ser direito de um indivíduo adulto simplesmente optar por não estudar *at all*. Se for a vontade autônoma do indivíduo, é direito seu permanecer inclusive analfabeto!

Muitos críticos podem censurar a escolha de vida pessoal dos indivíduos adultos que optem por não estudar e por permanecer ignorantes. Certamente esta parece ser uma opção de vida pobre e desinteressante. Nada obstante, não pode o Poder Público entrar em tal mérito acerca de ser “boa” ou não a opção de vida realizada por esses indivíduos. Tratando-se de opção existencial que diz respeito única e exclusivamente aos projetos e planos de vida pessoais daqueles próprios indivíduos, não há como o Estado limitar tal opção de forma heterônoma sob pena de totalitarismo moral. Em verdade, exercer ou não o direito à educação, já que tal opção não implica interferência direta sobre a liberdade e os direitos de terceiros, diz respeito às próprias escolhas de projetos e planos de vida pessoal dos indivíduos, devendo tal opção ser deixada ao exercício da autonomia e capacidade de autodeterminação destes mesmos indivíduos.

Imagine-se, por exemplo, o caso de um indivíduo adulto, já em seus quarenta anos, que nunca tenha freqüentado a escola por ter passado toda sua vida a trabalhar na roça com a família. Não há dúvidas de que, quando tal indivíduo ainda era menor de idade, o mesmo deveria ter sido matriculado de forma obrigatória no ensino fundamental. Quando ainda era

menor de idade, seu “direito” à educação deveria ser um “direito/dever” à educação. A saber, um direito indisponível e irrenunciável a ser protegido de forma heterônoma por medidas jurídicas paternalistas que impusessem seu exercício ainda que contra a manifestação de seu próprio titular.

Nada obstante, uma vez já se tratando de um indivíduo adulto, com seus quarenta anos de idade, não pareceria jurídico-moralmente legitimada uma medida paternalista que obrigasse tal indivíduo a freqüentar a escola. Nem mesmo em se tratando de um caso de analfabetismo pareceria que a matrícula compulsória do indivíduo adulto em um curso de alfabetização seria possível. Isto pois a renúncia realizada pelo indivíduo adulto ao direito à educação do qual é o próprio titular não interfere em absoluto nas liberdades e direitos dos demais indivíduos. É direito do indivíduo adulto em tela seguir em sua esfera privada um projeto de vida humilde e simples. Deve-se conferir igual respeito e consideração à escolha autônoma de tal indivíduo ao optar por um plano de vida pessoal na lavoura familiar, tão somente dedicada a cuidar da pequena roça de sua humilde família. É um direito seu não seguir projeto de vida letrado.

Outro caso que parece um bom exemplo de medida jurídica paternalista cuja leitura filosófica mais evidente é a perfeccionista moral e que não diz respeito à seara dos direitos à integridade corporal, à saúde e à vida é o da imposição do voto obrigatório. Como se sabe, o voto é um direito assegurado no Estado Democrático de Direito brasileiro. A saber, todas as pessoas (a partir dos dezesseis anos) possuem o direito de votar, podendo exigir tal direito do Estado. Nada obstante, além de um direito, o ordenamento jurídico brasileiro institui o voto simultaneamente como um dever para todos os indivíduos entre os dezoito e os setenta anos de idade, salvo os analfabetos. É o que consta muito claramente do art. 14, § 1º da Constituição de 1988:

**Art. 14-** A soberania nacional será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com igual valor para todos, e, nos termos da lei, mediante:

(...)

**§ 1º-** O alistamento eleitoral e o voto são:

**I-** obrigatórios para os maiores de dezoito anos;

**II-** facultativos para:

**a)** os analfabetos;

**b)** os maiores de setenta anos;

**c)** os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.



As questões novamente se repetem: estar-se-ia diante de um “direito” ou de um “dever” ao voto? Haveria um “dever ao direito” de votar? Por que razão as pessoas deveriam ser obrigadas a votar? Por que razão o direito ao voto não poderia ser objeto de renúncia expressa por seu próprio titular?

O voto constitui mecanismo através do qual é assegurado a um indivíduo que o mesmo não é obrigado a obedecer aos comandos de um Poder Público autoritário. Desta forma, é assegurada aos indivíduos a possibilidade de participarem, através do voto, da constituição e do funcionamento de tal Poder Público. É uma garantia aos indivíduos de que irão se submeter aos comandos de um Poder Público para o qual concorreram e de cujas deliberações e decisões participaram. Enfim, o voto, em seu conteúdo principal, é um benefício do indivíduo, uma garantia destinada a lhe favorecer, um direito seu. Por que razão, portanto, deveria ser obrigatório o exercício do voto, eis que o mesmo deve ser um direito em benefício do próprio cidadão titular do mesmo?

Parece que a resposta se encontra na fronteira entre as matrizes filosóficas do perfeccionismo moral comunitário e do republicanismo puro radical. A medida jurídica de natureza paternalista que impõe a proteção do direito ao voto mesmo contra a vontade autônoma de renúncia pelos próprios titulares de tal direito apresenta raiz filosófica em um perfeccionismo moral comunitário configurado por um republicanismo puro e radical. Explica-se.

A determinação de que o voto seja obrigatório, irrenunciável e indisponível constitui clara medida jurídica de natureza paternalista, eis que se está diante de limitação de liberdade dos indivíduos com o intuito de proteger direito ao voto de titularidade destes próprios indivíduos cuja liberdade é restringida. A leitura filosófica mais evidente de tal medida jurídica paternalista é a de que tal proteção heterônoma do direito ao voto decorre de um perfeccionismo moral comunitário, da imposição de determinada doutrina abrangente e de específico projeto de vida boa ou moralmente perfeita a ser seguido pelos indivíduos. Mas que concepção específica de vida boa ou moralmente virtuosa seria esta decorrente de uma doutrina abrangente e de uma moral comunitária específica a ser imposta aos indivíduos em seus projetos de vida pessoal pelo perfeccionismo moral? Uma concepção segundo a qual uma vida boa e moralmente perfeita seria aquela em que os indivíduos sejam civicamente virtuosos e participativos na deliberação, na gestão e na proteção da coisa pública.

Quando da Parte II da presente tese, foi exposto o conteúdo do republicanismo como uma das mais importantes concepções de filosofia político-moral. O foco principal de tal

corrente é o de que os rumos futuros do Estado devem ser deixados na maior medida possível às deliberações e decisões políticas tomadas pelo povo no exercício da autonomia pública dos cidadãos e da soberania popular. Foi exposto também na Parte II da presente tese, entretanto, que, paralelamente a este foco principal (concentração das decisões na seara da deliberação política e no exercício da autonomia pública e da soberania popular), o republicanismo puro apresenta uma série de outras características e objetivos acessórios decorrentes deste foco principal. São características acessórias inerentes ao republicanismo o incentivo ao cultivo das “virtudes cívicas” (em especial o engajamento político, o serviço militar e eleitoral e o patriotismo) bem como o combate aos “vícios ou falhas cívicas” (em especial a corrupção e a apatia política).

Como se percebe, embora “comunitarismo” e “republicanismo” não se confundam<sup>427</sup>, o republicanismo, quando tomado em seu grau mais puro e radical, não deixa de flertar com o comunitarismo ao propor uma determinada concepção específica de “vida boa” ou “moralmente virtuosa” a ser seguida como projeto de vida pessoal pelos indivíduos. O republicanismo puro e radical acaba por ensejar um “perfeccionismo moral” comunitário ao buscar impor aos indivíduos determinada concepção específica de vida boa ou moralmente perfeita. A saber, uma vida marcada pelas virtudes cívicas da participação, do engajamento político e da proteção da coisa pública, sendo um projeto de vida pessoal reprovável e moralmente imperfeito o da apatia política.

---

<sup>427</sup> O comunitarismo defende que o Poder Público e o ordenamento político-jurídico devam ser estruturados de forma a implementar os valores decorrentes da moral dominante compartilhada por determinada comunidade. Neste sentido, o Estado não deve ser neutro e deve impor aos indivíduos determinados modelos de vida boa e moralmente perfeita. Tal concepção de vida moralmente perfeita e virtuosa decorrerá de determinada doutrina abrangente particular assentada nos valores comunitários. De certa forma, o comunitarismo questiona o passado da comunidade. Os laços históricos que ensejaram o compartilhamento daqueles valores por aquela comunidade específica. É uma indagação acerca do passado: “de onde eu vim?”.

O republicanismo, por sua vez, tem como foco principal determinar que o próprio povo tome as decisões responsáveis pelos rumos do Estado. As decisões devem ser tomadas no exercício da soberania popular e da autonomia pública. Trata-se de um olhar para o futuro em um pacto entre os indivíduos de compartilhar um futuro em comum: “para onde iremos, para onde queremos ir?”.

Republicanism e comunitarismo, portanto, não se confundem. Por um lado, há doutrinas abrangentes comunitárias que se baseiam no compartilhamento de valores na comunidade que nada dizem respeito à corrente republicana. Por outro lado, as deliberações políticas republicanas, no exercício da soberania popular e da autonomia pública, podem expressamente optar por contrariar os valores compartilhados pela moral comunitária dominante.

Nada obstante, a proposta do republicanismo puro de que os indivíduos devam seguir uma concepção específica de vida boa ou moralmente virtuosa (consistente no cultivo das virtudes cívicas da participação política e da proteção da coisa pública) acaba por flertar com um perfeccionismo moral típico do comunitarismo. O republicanismo puro e radical exige um perfeccionismo moral segundo o qual deve ser imposta aos indivíduos determinada concepção de vida boa, moralmente perfeita e virtuosa. Contingentemente, portanto, o republicanismo puro e radical, ao estabelecer um perfeccionismo moral e uma concepção específica de vida boa a ser seguida, acaba por implicar uma doutrina abrangente comunitária.

Quando da Parte II da presente tese, deixou-se claro que o liberalismo-republicano adotado consiste em uma tentativa de compatibilização entre o liberalismo-igualitário e um republicanismo moderado, afastado o republicanismo puro e radical em dois sentidos (um mais óbvio e outro de mais difícil percepção). O primeiro aspecto do republicanismo puro e radical incompatível com o liberalismo-republicano adotado é o de que toda e qualquer decisão deliberada formalmente pelo povo seja jurídico-moralmente correta independente do conteúdo material de tal deliberação popular majoritária, ainda que contrário aos direitos inatos de liberdade e igualdade individual. O segundo aspecto do republicanismo puro e radical incompatível com o liberalismo-republicano adotado corresponde precisamente à imposição aos indivíduos de um perfeccionismo moral, de uma concepção específica de vida boa ou moralmente virtuosa bem como de projetos de vida decorrentes de uma determinada doutrina abrangente.

A medida jurídica que estabelece o caráter obrigatório do voto parece flertar perigosamente com esse segundo aspecto de um republicanismo puro e radical que se apresenta incompatível com o liberalismo-republicano adotado. A saber, a leitura filosófica mais evidente da medida paternalista que impõe a indisponibilidade do direito ao voto mesmo contra a vontade expressa dos próprios titulares de tal direito parece ser aquela decorrente da imposição de um perfeccionismo moral comunitário ligado ao republicanismo puro e radical. A leitura mais evidente é a de que a medida jurídica de natureza paternalista em tela impõe a obrigatoriedade do voto ainda que contra a liberdade dos próprios titulares de tal direito por força da imposição aos indivíduos de determinada concepção de vida considerada boa ou moralmente virtuosa segundo uma doutrina abrangente comunitária que cultiva os valores republicanos puros e radicais. Mais especificamente, um projeto de vida boa, moralmente perfeita e virtuosa, segundo tal doutrina abrangente, determina que os indivíduos cultivem as virtudes cívicas da participação e da proteção da coisa pública, sendo um projeto de vida pessoal depreciado aquele em que o indivíduo opte pela apatia política e pela não participação na vida pública.

O “dever de exercício do direito” de votar decorrente da imposição de um projeto de vida particular considerado moralmente perfeito ou virtuoso à luz de uma doutrina abrangente ligada a valores comunitários que cultivam um republicanismo puro e exacerbado parece totalmente incompatível com o liberalismo-republicano adotado. Tal qual defendido inúmeras vezes acima, à luz dos valores jurídico-morais do ordenamento, deve ser conferido igual respeito e consideração às escolhas dos indivíduos acerca dos projetos de vida que pretendem

seguir em suas esferas pessoais, desde que tal não implique violações à liberdade e aos direitos dos demais. Neste sentido, não se pode impor que determinada pessoa exerça seu direito ao voto sob a argumentação de que o projeto de vida boa ou moralmente perfeita a ser seguido pela mesma deve ser o do cultivo de virtudes cívicas participativas.

Uma pessoa deve ser tratada com igual respeito e consideração ao escolher um projeto de vida marcado pela apatia política. Um republicano radical pode até, em sua opinião pessoal, em conformidade com a doutrina abrangente que livremente escolheu seguir em seus projetos de vida, considerar que os planos de vida de uma pessoa apática politicamente são pobres, fúteis, alienados ou degradados em diversos sentidos. Nada obstante, o republicano radical deverá respeitar o projeto de vida livremente escolhido por aquele indivíduo que optou por viver uma vida pessoal politicamente alienada.

Foram apresentados acima exemplos de medidas jurídicas paternalistas que limitam a liberdade dos agentes regulados com o intuito de zelar pelos mais diversos direitos de titularidade destes mesmos indivíduos cuja liberdade é restringida (direito à integridade física, à saúde, à vida, à educação e mesmo ao voto). Ficou claro quando da análise de cada um destes exemplos que a leitura filosófica que é mais facilmente depreendida de tais medidas paternalistas jurídicas é a do perfeccionismo moral comunitário. Tais medidas paternalistas impõem imediata e juridicamente a proteção de cada um destes direitos com o intuito de impor mediata e filosoficamente determinada concepção de *good life* decorrente de doutrina abrangente específica.

Certamente, porém, o campo em que se torna muito mais perceptível e sensível a leitura filosófica perfeccionista-comunitária das medidas jurídicas paternalistas é o do paternalismo jurídico destinado a proteger ou implementar bens de natureza moral. Ocorre que, quando uma medida paternalista limita a liberdade de um agente com o intuito de zelar por bens de natureza moral, fica mais evidente ainda a invasão realizada pelo Poder Público na imposição de uma concepção específica de vida boa ou moralmente perfeita a ser seguida pelo indivíduo. Nestes casos, o objeto imediato jurídico pelo qual a medida regulatória paternalista zela praticamente se confunde com o próprio objetivo filosófico mediato de implementação de determinada concepção de valores morais comunitários.

Um bom exemplo de “paternalismo jurídico perfeccionista destinado a proteger ou implementar bem moral” é o caso da proibição da bigamia pelo ordenamento jurídico brasileiro. O ordenamento jurídico positivo brasileiro, ao proibir a poligamia (mais do que

isto, ao tipificar a bigamia como crime no art. 235 do Código Penal Brasileiro), nitidamente o faz com base filosófica em um perfeccionismo moral comunitário.

Ao se casar simultaneamente com mais de uma pessoa (evidentemente desde que todos os cônjuges tenham conhecimento desta situação e concordem com a mesma), um indivíduo realiza escolha que diz respeito única e exclusivamente a seus projetos existenciais de vida pessoal, sem causar qualquer dano à esfera de terceiros. Neste sentido, um Estado que confira igual respeito e consideração aos indivíduos na escolha autônoma de seus planos particulares deveria permanecer neutro em relação à opção de bigamia consentida pelos demais cônjuges.

A medida paternalista prevista no art. 235 do CP, porém, ao limitar a liberdade dos indivíduos quando criminaliza a bigamia, tendo por objetivo zelar por um bem moral do próprio indivíduo cuja liberdade é restringida, deixa claro estar invadindo a própria escolha moral do indivíduo acerca de que concepção de vida boa seguir. A saber, o objetivo imediato jurídico de zelo (em “evitar a ocorrência de dano a bem moral do indivíduo quando da vida em bigamia”) a impulsionar esta medida paternalista se confundiria com o próprio objetivo mediato filosófico de impor ao agente regulado uma concepção específica de vida boa e moralmente perfeita segundo determinada doutrina abrangente ligada a valores comunitários (concepção de que o projeto de vida em bigamia seria moralmente degradante).

Por definição, portanto, as medidas paternalistas destinadas a evitar a ocorrência de um dano de ordem moral sobre o agente regulado, mais claramente ainda do que as medidas paternalistas destinadas a evitar a ocorrência de danos físicos ou patrimoniais, apresentam raiz filosófica ligada a um perfeccionismo moral comunitário.

Exemplo de perigoso instrumento que pode ser futuramente utilizado para fins de estabelecimento de inúmeras medidas paternalistas perfeccionistas destinadas a proteger ou implementar supostos “bens morais” diz respeito à recém promulgada Lei do Estado do Rio de Janeiro nº 6.394 de 16 de janeiro de 2013, cujo art. 1º institui o “Programa de Resgate de Valores Morais, Sociais, Éticos e Espirituais no âmbito do Estado do Rio de Janeiro.”<sup>428</sup>. O

---

<sup>428</sup> Lei RJ nº 6394 de 16 de janeiro de 2013, que apresenta o seguinte teor:

“LEI Nº 6394, DE 16 DE JANEIRO DE 2013.

O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Faço saber que a Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Fica instituído o “Programa de Resgate de Valores Morais, Sociais, Éticos e Espirituais” no âmbito do Estado Rio de Janeiro.

vago texto legal parece abrir portas para a eventual implantação de medidas paternalistas perfeccionistas destinadas a implementar ou a proteger os mais criativos “bens morais” dos indivíduos cujas liberdades serão restringidas.

Que opções de projetos de vida privada ofenderiam supostos “bens morais”? Um trio que resolva viver em bigamia? Dois indivíduos do mesmo sexo que pleiteiem se casar? Uma mulher que resolva ganhar a vida através da prostituição?

Ou seja, pode-se estar diante de instrumento a servir de arma poderosa de um inadmissível totalitarismo estatal. O texto aberto em questão pode ser utilizado para permitir que o Estado, sob o argumento de proteção ou implementação de um suposto bem moral do agente regulado, simplesmente usurpe, nas ocasiões em que bem entender, o direito de os indivíduos escolherem que planos e projetos pretendem seguir mesmo em suas vidas privadas.

Enfim, no presente Capítulo III.4 deixou-se claro que, embora “paternalismo jurídico” e “perfeccionismo moral” sejam conceitos que não se confundem, via de regra, a leitura filosófica mais evidente depreendida das medidas jurídicas de natureza paternalista é aquela decorrente de um perfeccionismo moral comunitário. Geralmente, a adoção de uma medida

---

Parágrafo único. O Programa deverá envolver diretamente a comunidade escolar, a família, lideranças comunitárias, empresas públicas e privadas, meios de comunicação, autoridades locais e estaduais e as organizações não governamentais e comunidades religiosas, por meio de atividades culturais, esportivas, literárias, mídia, entre outras, que visem a reflexão sobre a necessidade da revisão sobre os valores morais, sociais, éticos e espirituais

Art. 2º O Poder Executivo deverá firmar convênios e parcerias articuladas e significativas, com prefeituras municipais e sociedade civil, no sentido de possibilitar a execução do cumprimento ao disposto nesta Lei, com os seguintes objetivos:

I - promover o resgate da cidadania;

II – fortalecer as relações humanas;

III - valorizar a família, a escola e a comunidade como um todo.

Parágrafo único. Serão desenvolvidas ações essenciais que contribuam para uma convivência saudável entre pessoas, estabelecendo relações de confiança e respeito mútuo, alicerçada em valores éticos, morais, sociais, afetivos e espirituais, como instrumento capaz de prevenir e combater diversas formas de violência.

Art. 3º O programa disposto no caput do Artigo 1º terá como órgão gestor a Secretaria de Estado de Assistência Social e Direitos Humanos.

Art. 4º As despesas decorrentes da execução desta Lei correrão por conta de dotações orçamentárias próprias, suplementadas, se necessário.

Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.  
Rio de Janeiro, 16 de janeiro de 2013.

SÉRGIO CABRAL  
Governador.”.

paternalista (que restringe a liberdade de indivíduos para proteger direitos de titularidade destes próprios indivíduos cuja liberdade é restringida) decorre de uma postura filosófica perfeccionista moral comunitária (a tentativa de se impor de forma heterônoma a tais indivíduos determinada concepção específica de vida boa ou moralmente perfeita a ser seguida em seus projetos de vida pessoal).

Precisamente esta a razão pela qual o paternalismo jurídico historicamente sempre tem sido associado a uma conotação pejorativa desde a obra de JOHN STUART MILL<sup>429</sup>. Tal qual exposto, bem enumera ERNESTO GARZÓN VALDÉS<sup>430</sup> que as medidas jurídicas de natureza paternalistas, ao geralmente apresentarem raiz filosófica perfeccionista-comunitária, sofrem fortes críticas filosóficas sob a acusação de violação aos valores da utilidade, da autonomia privada, ou mesmo da igualdade. Mais que isto, caso confirmada a leitura mais evidente de que determinada medida paternalista encontra fundamento filosófico perfeccionista em matriz comunitária, tal medida certamente também não poderá resistir à aferição de legitimação jurídico-moral diante da premissa liberal-republicana adotada pela presente tese.

Nada obstante, por mais que geralmente a leitura filosófica mais evidente a ser depreendida das medidas jurídicas de natureza paternalista seja aquela decorrente de um perfeccionismo moral (estando tais medidas regulatórias, portanto, despidas de legitimação jurídico-moral e de constitucionalidade diante dos valores jurídico-morais inerentes ao liberalismo-republicano que informa o ordenamento brasileiro), há bons exemplos de medidas paternalistas que podem encontrar fulcro em matrizes filosóficas que não o perfeccionismo moral comunitário. Os Capítulos III.5 e III.6 adiante terão o objetivo de analisar tais situações em que as medidas jurídicas de natureza paternalista podem encontrar fundamentação filosófica em raízes outras que não o perfeccionismo moral comunitário bem como o objetivo, acima de tudo, de averiguar se tal fundamentação filosófica se prestará a oferecer legitimação jurídico-moral e constitucionalidade às medidas jurídicas regulatórias paternalistas em questão à luz da premissa liberal-republicana.

### 3.5. A defesa do paternalismo

---

<sup>429</sup> MILL, John Stuart. *On Liberty*. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company. 1956.

<sup>430</sup> V. VALDÉS, Ernesto Garzón. “Es Éticamente Justificable El Paternalismo Jurídico?”. In *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 5. 1988.

Foi exposto no Capítulo III.4 que frequentemente a leitura filosófica mais evidente a ser realizada sobre as medidas jurídicas regulatórias de natureza paternalista é aquela assentada em um perfeccionismo moral de raízes comunitárias.

Nada obstante, procurou-se deixar claro já no próprio Capítulo III.4 que, por mais que a leitura mais frequente das medidas jurídicas regulatórias de natureza paternalista seja aquela decorrente do perfeccionismo, “paternalismo jurídico” e “perfeccionismo moral” não se confundem.

Tal constatação de que “paternalismo jurídico” e “perfeccionismo moral” não se confundem, havendo medidas jurídicas regulatórias de natureza paternalista que não possuem raízes filosóficas perfeccionistas, é de fundamental importância para o estudo de caso da presente Parte III da tese acerca da legitimação jurídico-moral das medidas regulatórias especificamente de natureza paternalista. Isto porque, tal qual amplamente debatido no Capítulo III.4, o perfeccionismo moral se apresenta incompatível com o liberalismo-republicano adotado, ensejando a falta de legitimação jurídico-moral bem como a inconstitucionalidade das medidas jurídicas regulatórias de natureza paternalista assentadas em tal matriz filosófica.

De fato, conforme se passará a expor, embora o paternalismo jurídico historicamente tenha quase sempre sido associado a uma conotação pejorativa desde a obra de JOHN STUART MILL, diversos autores contemporâneos já buscam formas de compatibilizar o instituto do paternalismo jurídico com os distintos princípios morais de teorias da justiça bem como com as exigências das principais concepções de filosofia político-moral da atualidade.

Cabe no presente Capítulo III.5, portanto, indagar que outras leituras filosóficas eventualmente poderiam ser realizadas das medidas jurídicas regulatórias de natureza paternalista bem como, acima de tudo, questionar quais de tais leituras são passíveis de compatibilização com os valores jurídico-morais da premissa liberal-republicana que informa o ordenamento jurídico brasileiro.

3.5.1. O “paternalismo libertário” de CASS SUNSTEIN e de RICHARD THALER. Paternalismo “soft” nos dois sentidos: (i) “nudges” ou pequenos “empurrões” (ii) com o intuito de proteção da autonomia mediata dos agentes regulados



Uma primeira tentativa de compatibilização de algumas espécies de medidas paternalistas com os valores fundamentais da filosofia político-moral se encontra na teoria desenvolvida por CASS SUNSTEIN e RICHARD THALER<sup>431</sup>. Valendo-se dos conhecimentos desenvolvidos pela psicologia social e pela economia comportamental, os autores buscam relativizar a associação classicamente feita de forma categórica de toda e qualquer medida paternalista a uma conotação pejorativa e de violação aos direitos fundamentais. Segundo o conceito de “paternalismo libertário” adotado pelos autores, em algumas situações bastante peculiares, poderiam ser apontadas medidas jurídicas paternalistas cujas características particulares permitiriam em tese a compatibilização das referidas medidas mesmo com a extremada concepção libertária de filosofia político-moral.

Conforme se passa a expor, no que diz respeito à classificação do gênero “paternalismo jurídico” nas espécies do “paternalismo *hard*” e do “paternalismo *soft*”<sup>432</sup>, o conceito de “paternalismo libertário”<sup>433</sup> adotado por CASS SUNSTEIN e RICHARD THALER poderá ser classificado como “paternalismo *soft*” nos dois sentidos conferidos à classificação. Por um lado, em conformidade com o primeiro significado da expressão “paternalismo *soft*”, o “paternalismo libertário” dos autores consistirá em um paternalismo não coercitivo, consistente na adoção de medidas baseadas na influência, incentivo, desincentivo ou manipulação de informações (que os autores denominarão de “*nudges*”) perante os agentes regulados. Por outro lado, em conformidade com o segundo significado da expressão “paternalismo *soft*”, o intuito do “paternalismo libertário” dos autores consistirá na implementação da autonomia mediata dos próprios autores, não na implementação heterônoma de moral comunitária em detrimento da autonomia individual dos agentes regulados.

A adoção de um conceito de “paternalismo libertário” que possa ser classificado como “paternalismo *soft*” em ambos os sentidos da classificação, sendo excluídas do conceito as medidas paternalistas “*hard*” nos dois sentidos da expressão (ou por adotarem meios coercitivos em sentido estrito da liberdade de ação dos indivíduos ou por terem o intuito de impor heteronomamente valores morais comunitários ainda que em detrimento da autonomia dos

---

<sup>431</sup> SUNSTEIN, Cass R. & THALER, Richard H.. *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven: Yale University Press. 2008.

<sup>432</sup> Acerca da classificação do gênero “paternalismo jurídico” nas espécies do “paternalismo *hard*” e do “paternalismo *soft*” bem como acerca de tal classificação possuir dois sentidos, v. Capítulo III.1.D *supra*. V. tb. CONLY, Sarah. *Against Autonomy. Justifying Coercive Paternalism*. Cambridge: Cambridge University Press. 2013.

<sup>433</sup> SUNSTEIN, Cass R. & THALER, Richard H.. *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven: Yale University Press. 2008.

agentes regulados), será fundamental no intuito dos autores de defender que nem sempre o paternalismo jurídico deva ser associado a uma conotação pejorativa de ofensa aos valores fundamentais<sup>434</sup>. É o que se passa a expor.

Primeiramente, a obra dos autores deixa claro que “paternalismo jurídico” e “perfeccionismo moral” realmente não se confundem, sendo apenas contingentes. Evidente que há medidas jurídicas regulatórias de natureza paternalista cujas bases filosóficas se assentam na imposição heterônoma de um perfeccionismo moral em violação da autonomia individual. Nada obstante, segundo os autores, seria igualmente evidente a existência de medidas jurídicas regulatórias de natureza paternalista cujas bases filosóficas não se assentam na imposição heterônoma de um perfeccionismo moral em violação da autonomia individual. Justamente ao contrário, os autores defendem que haveria casos em que as medidas jurídicas regulatórias de natureza paternalista teriam por objetivo mediato filosófico precisamente implementar a autonomia dos indivíduos.

CASS SUNSTEIN e RICHARD THALER<sup>435</sup> criam o conceito de “paternalismo libertário” (“*libertarian paternalism*”). Como a própria expressão terminológica já adianta, o conceito de “paternalismo libertário” se baseia na idéia de medidas jurídicas regulatórias de natureza paternalista cujas bases filosóficas sejam compatíveis mesmo com a concepção extremada de filosofia político-moral do libertarianismo, vertente mais radical do liberalismo. A saber, propõe o instituto do “paternalismo libertário” que determinadas medidas jurídicas regulatórias de natureza paternalista, em situações especiais, ao imporem condutas comissivas ou omissivas, restringindo a autonomia de indivíduos com o intuito de impor a proteção de direitos de titularidade destes próprios indivíduos cuja liberdade é restringida, encontrar-se-iam legitimadas jurídico-moralmente mesmo diante de um paradigma externo de aferição baseado no libertarianismo.

Como tal seria possível? Como seria possível conciliar “paternalismo jurídico” e “libertarianismo”? Seria possível um “paternalismo libertário”, tal qual proposto por CASS SUNSTEIN e RICHARD THALER<sup>436</sup>? Ou estar-se-ia diante de uma contradição em termos?! Afinal, se toda e qualquer medida jurídica regulatória, por definição e *in re ipsa*, apresenta uma tormentosa tensão diante do princípio da liberdade e da autonomia individual (ao

---

<sup>434</sup> SUNSTEIN, Cass R. & THALER, Richard H.. *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven: Yale University Press. 2008.

<sup>435</sup> SUNSTEIN, Cass R. & THALER, Richard H.. *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven: Yale University Press. 2008.

<sup>436</sup> SUNSTEIN, Cass R. & THALER, Richard H.. *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven: Yale University Press. 2008.

restringir a liberdade dos agentes regulados), tal tensão se apresenta ainda muito maior no caso das medidas jurídicas regulatórias de natureza especificamente paternalista (que restringem a liberdade dos agentes regulados sem haver qualquer dano a terceiro a ser protegido).

CASS SUNSTEIN e RICHARD THALER<sup>437</sup> possuem solução interessantíssima. O instituto do “paternalismo libertário” defendido pelos autores se baseia em dois *insights* (cada um deles responsável pela classificação do conceito de “paternalismo libertário” como sendo “paternalismo *soft*” em cada um dos dois sentidos atribuídos à expressão “paternalismo *soft*”). O primeiro *insight* dos autores consiste na constatação de que nem toda medida jurídica regulatória paternalista restringe a liberdade dos agentes regulados na mesma intensidade. Não haveria dúvidas de que toda e qualquer medida jurídica regulatória de natureza paternalista, ao direcionar ou mesmo controlar as condutas dos agentes regulados com o intuito de proteger direitos destes próprios indivíduos, restringiria a liberdade e a autonomia dos mesmos. Nada obstante, as diferentes medidas regulatórias paternalistas apresentariam intensidades distintas de restrição da liberdade dos indivíduos. Certamente medidas que estimulem a adoção de determinada conduta são menos invasivas da liberdade do agente regulado do que medidas que imponham a adoção de tal conduta. Da mesma forma, certamente medidas que desestimulem a adoção de determinada conduta são menos invasivas da liberdade do agente regulado do que medidas que simplesmente proíbam *tout court* a adoção de tal conduta.

Neste sentido, o primeiro grande *insight* de CASS SUNSTEIN e RICHARD THALER<sup>438</sup> para compatibilizar “paternalismo jurídico” e “libertarianismo” é o de que as medidas jurídicas regulatórias de natureza paternalista, para serem passíveis de compatibilização com a concepção libertária de filosofia político-moral, devem buscar as formas de regulação cuja intensidade seja a menos invasiva possível da liberdade dos agentes regulados. Ao direcionar ou controlar as condutas dos indivíduos com o intuito de proteger bens, direitos e interesses de titularidades destes próprios agentes regulados, as medidas regulatórias devem evitar comandos imperativos coercitivos em sentido estrito sobre a liberdade de ação, optando por estímulos, desestímulos e manipulação de informações. Os autores, para designar tal espécie de medidas regulatórias “leves” ou “*soft*”, cunham a

---

<sup>437</sup> SUNSTEIN, Cass R. & THALER, Richard H.. *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven: Yale University Press. 2008.

<sup>438</sup> SUNSTEIN, Cass R. & THALER, Richard H.. *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven: Yale University Press. 2008.

expressão “*nudge*”, cuja tradução mais coerente com o significado conferido pelos autores seria o de medidas que “apenas dão um empurrãozinho”<sup>439</sup>.

Mas não é este primeiro grande *insight* dos autores destinado a compatibilizar o “paternalismo jurídico” com o “libertarianismo” que será explorado no presente Capítulo III.5.A. A questão da existência de distintas intensidades de invasão sobre a liberdade dos agentes regulados implicadas pelas diferentes medidas regulatórias diz respeito não apenas às medidas jurídicas regulatórias de natureza especificamente paternalista (objeto da presente Parte III da tese), mas sim à análise da legitimação jurídico-moral de toda e qualquer medida jurídica regulatória. Mesmo em se tratando de medidas jurídicas regulatórias de natureza não paternalista (medidas que direcionam ou controlam as condutas dos indivíduos com o intuito de atingir finalidades outras que não a proteção de bens, direitos e interesses destes próprios indivíduos cuja liberdade é restringida), há um leque de diferentes meios e variáveis regulatórias que podem ser adotados<sup>440</sup>, apresentando graus distintos de invasão à liberdade dos agentes regulados.

A escolha pela adoção de medidas “*soft*” ou “*nudge*”, menos invasivas à liberdade dos agentes regulados, certamente servem como argumento a favor da legitimação jurídico-moral de toda e qualquer medida jurídica regulatória, não apenas daquelas que possuem natureza paternalista. Toda e qualquer medida jurídica regulatória (de natureza paternalista ou não), para que se encontre legitimada jurídico-moralmente, deve ter por objetivo alcançar finalidades cujo grau de implementação dos valores jurídico-morais da autonomia privada, das condições igualitárias e da autonomia pública compense o grau de restrição acarretado pela mesma medida regulatória sobre a liberdade dos agentes regulados. Desta forma, toda e qualquer medida jurídica regulatória (de natureza paternalista ou não) possuirá maior chance de se encontrar legitimada jurídico-moralmente caso adote medidas menos invasivas da liberdade dos agentes regulados.

Tal primeiro grande *insight* dos autores, que diz respeito não apenas especificamente às medidas jurídicas regulatórias de natureza paternalista (mas a toda e qualquer medida jurídica regulatória), já foi objeto de análise pela presente tese quando dos Capítulos I.4 e II.9.

---

<sup>439</sup> SUNSTEIN, Cass R. & THALER, Richard H.. *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven: Yale University Press. 2008. Exemplos de “*nudge*” (de “empurrõesinhos”) seriam medidas que: em vez de impor o consumo de comida saudável e proibir o consumo de comida de baixo valor nutricional, simplesmente posicione a comida mais nutritiva em local mais visível e estratégico; em vez de obrigar que alguém venha a aderir a um plano de saúde ou de previdência, simplesmente estabeleça um sistema em que a pessoa pode sair, mas para tanto precisa realizar um “*opt out*”, jogando a inércia e a opção *default* a favor de sua permanência no plano.

<sup>440</sup> Acerca das diversas variáveis regulatórias sobre as quais podem recair as mais diversas regulações estatais, independente de as mesmas possuírem ou não natureza especificamente paternalista, v. Capítulo I.4 *supra*.

Em tal ocasião, já se havia destacado a possibilidade de existência de diferentes intensidades de invasão à liberdade dos agentes regulados através dos distintos meios (que podem recair sobre uma ou algumas das variáveis regulatórias) a serem adotados pelas medidas regulatórias<sup>441</sup>. Destacou-se, em tal Capítulo II.9 da Parte II que a adoção pelas medidas regulatórias de meios que restringissem em menor grau a liberdade dos agentes regulados aumentaria as chances de tais medidas regulatórias resistirem às etapas da “necessidade” e da “proporcionalidade em sentido estrito” quando da aplicação do princípio da proporcionalidade como instituto útil a instrumentalizar a aferição de legitimação jurídico-moral das medidas regulatórias.

Outrossim, no presente Capítulo III.5, será explorado essencialmente o segundo grande *insight* de CASS SUNSTEIN e RICHARD THALER<sup>442</sup> a fim de compatibilizar o “paternalismo jurídico” com o “libertarianismo”, eis que tal segundo grande *insight* diz respeito específica e exclusivamente às medidas jurídicas regulatórias de natureza paternalista. Claro que, tal qual toda e qualquer medida jurídica regulatória, as medidas jurídicas regulatórias de natureza paternalista possuem maior chance de encontrar legitimação jurídico-moral caso optem por meios que impliquem restrição de menor intensidade sobre a liberdade dos agentes regulados. Nada obstante, tal primeiro *insight* dos autores não é suficiente para que as medidas jurídicas regulatórias de natureza paternalista encontrem legitimação jurídico-moral.

Ocorre que, por mais que se adote meio regulatório que importe o menor grau de restrição de liberdade dos agentes regulados, toda e qualquer medida jurídica regulatória, por definição, ao direcionar a conduta de indivíduos, representará algum grau de restrição à liberdade dos indivíduos. Mesmo as medidas de “*nudge*” (de mero “empurrãozinho” no incentivo, desincentivo ou manipulação de informações) implicam algum grau mínimo de

---

<sup>441</sup> V. Capítulo II.9 *supra*. Em tal capítulo, foi abordada a aplicação do princípio da proporcionalidade como princípio de legitimação jurídico-moral. Neste sentido, tal princípio serve de instrumento para o ingresso dos valores da concepção de filosofia político-moral do liberalismo-republicano, juridicizando os mesmos. Foi visto que as medidas jurídicas regulatórias, à luz do princípio da proporcionalidade, se encontrarão legitimadas jurídico-moralmente caso a intensidade da restrição à liberdade dos agentes regulados seja proporcional à implementação dos valores jurídico-morais da autonomia privada, das condições igualitárias e da autonomia pública decorrentes da finalidade a ser alcançada pela medida regulatória. Quão maior a implementação dos valores jurídico-morais do liberalismo-republicano pela finalidade a ser alcançada pela regulação bem como quão menor o grau de restrição à liberdade dos agentes regulados, a medida jurídica regulatória se encontrará mais legitimada jurídico-moralmente. Quão menor a implementação dos valores jurídico-morais do liberalismo-republicano pela finalidade a ser alcançada pela medida regulatória bem como quão maior o grau de restrição à liberdade dos agentes regulados, a medida regulatória se encontrará menos (ou totalmente não) legitimada jurídico-moralmente.

<sup>442</sup> SUNSTEIN, Cass R. & THALER, Richard H. *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven: Yale University Press. 2008.

limitação da liberdade dos agentes regulados. Para que a medida jurídica regulatória se encontre legitimada jurídico-moralmente, tal restrição à liberdade do agente regulado deve ser compensada por uma maior implementação dos valores jurídico-morais acarretada pelas finalidades pretendidas pela regulação. O problema é que as medidas jurídicas regulatórias de natureza paternalista, a princípio, não implementam em nenhum grau os valores jurídico-morais da autonomia pública nem da autonomia privada ou das condições igualitárias de terceiros.

As medidas jurídicas regulatórias paternalistas, ao limitarem (ainda que em grau mínimo de “*nudge*”) a liberdade dos agentes regulados, não têm por objetivo a proteção da liberdade, da igualdade ou de direitos de terceiros de forma a compensar a limitação de liberdade sofrida pelo agente regulado.

Desta forma, ainda que as medidas jurídicas regulatórias de natureza paternalista adotem um grau de invasão mínimo à liberdade dos agentes regulados, tal medida regulatória já se encontrará desprovida de legitimação jurídico-moral, eis que a invasão (ainda que mínima) da liberdade do agente regulado não será justificada por qualquer implementação dos valores jurídico-morais. Como seria, portanto, possível uma leitura filosófica das medidas jurídicas regulatórias de natureza paternalista que fosse compatível com os valores jurídico-morais que informam nosso ordenamento? Como seria possível defender a constitucionalidade e a legitimação jurídico-moral de tais medidas jurídicas regulatórias de natureza paternalista?

CASS SUNSTEIN e RICHARD THALER<sup>443</sup> encontraram a solução. Eis o segundo grande *insight* trazido pela obra dos autores: A legitimação jurídico-moral das medidas jurídicas regulatórias, no caso específico das medidas jurídicas regulatórias de natureza paternalista, decorreria da proteção da autonomia e da liberdade não de indivíduos terceiros, mas sim da proteção da autonomia e da liberdade dos próprios indivíduos cujas liberdade e autonomia estão sendo restringidas pela regulação. Estranho? “Proteção da autonomia das pessoas cuja autonomia está sendo restringida”? Um paradoxo? Explica-se.

Os autores destacam que as medidas jurídicas regulatórias de natureza paternalista, ao restringirem a autonomia e a liberdade de indivíduos (quando do direcionamento ou do controle das condutas dos mesmos), estariam restringindo tão somente a autonomia e a liberdade imediatas e superficiais de tais indivíduos. Por outro lado, tais medidas jurídicas regulatórias de natureza paternalista, ao restringirem a autonomia e a liberdade imediatas e

---

<sup>443</sup> SUNSTEIN, Cass R. & THALER, Richard H.. *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven: Yale University Press. 2008.

superficiais de indivíduos (quando do direcionamento ou do controle das condutas dos mesmos), em verdade, estariam implementando a autonomia e a liberdade mediatas e consistentes destes mesmos indivíduos cujas condutas são objeto da regulação.

Como se percebe, o segundo grande *insight* da teoria dos autores se baseia na possibilidade de realizar-se uma distinção entre o que será denominado de “autonomia imediata ou superficial” e o que será denominado de “autonomia mediata, real ou consistente”. No caso de algumas medidas paternalista em especial, não mais caberia falar-se de forma genérica acerca de uma medida jurídica regulatória implementar ou violar “a autonomia” de determinado indivíduo. Ao contrário, dever-se-ia passar a questionar acerca de uma medida jurídica regulatória implementar ou violar especificamente a “autonomia imediata” ou a “autonomia mediata” de determinado indivíduo.

Valendo-se tanto dos institutos de algumas falhas de mercado quanto dos conhecimentos desenvolvidos pela psicologia social e pela economia comportamental<sup>444</sup>, CASS SUNSTEIN e RICHARD THALER bem destacam que, por uma série de fatores, freqüentemente as manifestações de vontade e de autonomia imediatas dos indivíduos podem não corresponder a suas manifestações de vontade e de autonomia mediatas. Muitas vezes as manifestações de vontade e de autonomia imediatas dos indivíduos possuem natureza superficial e passageira, não representando suas manifestações de vontade e de autonomia realmente consistente, estável e definitiva.

Por vezes, os indivíduos que manifestam suas “supostas vontades”, embora atuem racionalmente sob um ponto de vista individual, acabam por agir contra seus próprios interesses e vontades em um viés de coletivização de interações intersubjetivas. Por vezes, os indivíduos que manifestam suas “supostas vontades”, embora atuem racionalmente com base nas poucas informações que possuem, simplesmente ignoram grande parte das informações fáticas necessárias à realização das escolhas realizadas. Por vezes, os indivíduos que manifestam suas “supostas vontades” agem sem qualquer racionalidade por se encontrarem sob forte influência de fatores psicológicos, emocionais, econômicos, sociais, culturais ou morais.

Ou seja, em inúmeras ocasiões, por mais que as “supostas vontades” dos indivíduos tenham sido expressa e taxativamente afirmadas pelos próprios, tais manifestações não correspondem às reais autonomias destes mesmos indivíduos. Muitas vezes, embora os próprios indivíduos tenham expressamente afirmado que determinada escolha corresponderia

---

<sup>444</sup> Acerca dos conhecimentos desenvolvidos pela psicologia social e pela economia comportamental, V. Capítulo I.3.2 *supra*.

às suas reais autonomias, a verdade é que suas reais autonomias consistiriam em escolha completamente diversa.

Enfim, é um fato empiricamente muito fácil de ser verificado o de que frequentemente os indivíduos, por mais que expressamente afirmem que estão realizando determinada opção por ser esta em conformidade com suas autonomias, adotam escolhas que, em verdade, após o transcurso de algum tempo, demonstrar-se-ão contrárias às autonomias reais e mediatas dos próprios indivíduos que as adotaram. Os exemplos são inúmeros.

Todas as terças e sextas, o despertador de Marcelo toca cedo para informar que é hora de se levantar, tomar café da manhã e ir para a aula de tênis no clube. Rigorosamente todas as terças e sextas, porém, quando o despertador toca, Marcelo permanece cerca de três minutos deitado na cama, ponderando se quer mesmo se levantar e ir jogar tênis ou se sua vontade é permanecer dormindo. O dia anterior de trabalho na Procuradoria foi cansativo. Ademais, teve que avançar pela madrugada escrevendo sua tese de doutorado. Encontra-se, enfim, exausto. Sua vontade expressa e clara é a de permanecer dormindo. Sua vontade expressa é a de desligar o despertador e não jogar tênis.

Embora não saiba bem o porquê, o fato verdadeiro é o de que toda terça e sexta Marcelo acaba por se levantar em um ato quase que heróico, tomar café, e ir para o clube. E igualmente verdade é que rigorosamente todas as terças e sextas, quando termina sua aula de tênis duas horas depois de ter acordado, Marcelo dá graças a Deus de não ter permanecido dormindo. Começa o dia com outra disposição psicológica, renovado para o trabalho e para os estudos, e com uma paz interior indescritível. Praticamente uma terapia.

Eis o que Marcelo pensa tão logo acabam as aulas: “por mais que, quando toca meu despertador, eu afirme ser minha vontade expressa e autônoma permanecer dormindo e não jogar tênis, tal opção não corresponde realmente à minha autonomia consistente e verdadeira. Quando toca o despertador e afirmo expressamente ser minha vontade autônoma a escolha de continuar dormindo e não jogar tênis, estou manifestando tão somente minha vontade e minha autonomia imediatas e superficiais. Tal autonomia imediata não corresponde à minha verdadeira autonomia, que no caso é a autonomia mediata. Quando toca meu despertador, sou induzido a crer que minha própria escolha autônoma seria a de permanecer dormindo em virtude de uma tendência da natureza humana à busca pelo prazer e pelos benefícios imediatos, ignorando os efeitos diferidos no tempo decorrentes da escolha realizada.”

Analisem-se outros exemplos de situações em que, pelas mais diversas razões, as escolhas decorrentes de manifestação expressa de vontade se demonstram completamente



contrárias à autonomia real, consistente e mediata. Certa vez, Marcelo falou algo de que se arrepende muito a um grande amigo de trabalho. Estava muito estressado. Havia uma pilha infinita de processos administrativos em sua mesa, devia comparecer à UERJ para dar aulas para sua turma na graduação e sua tese de doutorado estava estagnada. Já era noite e Marcelo estava esgotado no trabalho quando seu amigo veio pedir que Marcelo comparecesse em uma reunião com outro setor no dia seguinte. No auge de seu estresse, Marcelo recusou o pedido de seu amigo de forma agressiva. Não precisou de alguns minutos após sair de sua sala para perceber que havia falado besteira e que estava arrependido. No dia seguinte, Marcelo admitiu seu erro e pediu desculpas a seu amigo de trabalho, que estava corretamente chateado. Nada obstante, não podia mais apagar o passado. Por mais que Marcelo tenha sido perdoado por seu amigo, já havia dito o que não queria.

Eis o que Marcelo pensou: “por mais que naquela noite parecesse que minha vontade expressa e autônoma era ter falado as palavras agressivas que pronunciei, tal opção não correspondia à minha autonomia mediata e verdadeira. Quando falei aquelas palavras agressivas, estava manifestando tão somente minha vontade e minha autonomia imediatas e superficiais. Quando falei aquelas palavras, acreditei que expressar tal fala era a manifestação da minha autonomia real e consistente apenas por ter agido de forma irracional em momento de forte emoção.”.

Veja-se outro caso em que a manifestação de vontade e de autonomia imediata não corresponde à real e consistente autonomia mediata. Sempre que Marcelo encontra-se em uma fase de sua vida em que esteja consumindo todos os dias com regularidade refrigerantes e *junk food*, é difícil escolher em um dia específico deixar de consumir tais produtos. Caso tenha consumido *junk food* e refrigerantes durante dias seguidos, é muito difícil optar repentinamente por não reiterar as escolhas de alimentação dos dias anteriores. Quando Marcelo se encontra em uma fase destas, tendo consumido *junk food* e refrigerantes nos últimos dias, chegada a hora do almoço e tendo de escolher um local para comer, exerce sua manifestação de vontade provavelmente escolhendo novamente consumir tais produtos. Por mais que Marcelo pense que não seria recomendável consumir com tanta frequência tais alimentos, estando em uma fase destas em que está consumindo todos os dias *junk food* e refrigerantes, parece que nenhuma outra opção de almoço se torna interessante. Desta forma, em manifestação expressa da sua vontade, escolhe comer *junk food* bem como beber refrigerante.

Quando Marcelo está em uma fase de sua minha vida em que consumindo *junk food* e refrigerantes todos os dias, a primeira vez que consegue escolher não consumir tais produtos se aproxima de um ato heróico. Ocorre, entretanto, que, uma vez rompida esta fase de “dependência”, passados alguns dias de “crise de abstinência” em que Marcelo resista à vontade de consumir *junk food* e refrigerantes, tal vontade parece simplesmente desaparecer. Após ficar uma ou duas semanas sem consumir tais produtos, a vontade de consumir os mesmos já é bem menor. Após um mês sem consumir os mesmos, a vontade simplesmente desaparece. Quando do horário do almoço, simplesmente Marcelo nem cogita mais a opção de comer *junk food*. Da mesma forma, ao sentar-se à mesa de um restaurante, já nem se lembra mais de pedir um refrigerante, optando provavelmente por um suco. Neste momento, Marcelo se arrepende de ter consumido *junk food* e refrigerante tantas vezes.

Eis o pensamento de Marcelo neste momento: “por mais que naquela fase de consumo diário de *junk food* e de refrigerante parecesse que minha vontade expressa e autônoma era ter consumido tais produtos, tal opção não correspondia à minha autonomia mediata verdadeira. Quando do consumo de tais produtos, estava manifestando tão somente minha vontade e minha autonomia imediatas e superficiais. Tal autonomia imediata não correspondia em absoluto à minha real e verdadeira autonomia mediata. Quando consumi *junk food* e refrigerantes, acreditei que esta era a manifestação da minha vontade e da minha autonomia por ter agido sob influência de inércia em comer sempre no mesmo lugar, por ter ignorado efeitos nocivos à saúde diferidos no tempo, bem como por tratar-se do consumo reiterado de substâncias que apresentam algum grau aditivo e viciante, ainda que em um sentido psicológico<sup>445</sup>.”.

Os exemplos mencionados provam que em muitos casos é extremamente reducionista e impossível a análise de “uma” só manifestação “da” vontade e “da” autonomia dos indivíduos. Pelo contrário, os exemplos mencionados provam que em muitos casos ficará evidente a necessidade de serem separadas uma “autonomia imediata” e uma “autonomia mediata” dos indivíduos, sendo certo que ambas não serão coincidentes, mas sim contraditórias.

---

<sup>445</sup> Não se pretende aqui afirmar que *junk food* e refrigerantes constituem ou não constituem substâncias em algum grau viciantes ou aditivas em termos químicos, mesmo porque o autor da presente tese não possui conhecimentos técnicos para tanto. Há, entretanto, estudos neste sentido, afirmando que o consumo de *junk food* produz sim efeitos viciantes em um sentido químico-biológico. V. <http://veja.abril.com.br/noticia/saude/junk-food-pode-ser-tao-viciante-quanto-heroina>.

De qualquer forma, não é este o ponto. Ainda que possua natureza psicológica, é fato que o consumo reiterado de *junk food* e de refrigerantes apresenta um efeito viciante e aditivo. Quando consumidos tais produtos com frequência e de forma reiterada e ininterrupta, a vontade de consumi-los aumenta, sendo difícil optar por não consumir os mesmos.

Eis o grande ponto de partida para a possibilidade de uma nova leitura filosófica do “paternalismo jurídico” proposta por CASS SUNSTEIN e RICHARD THALER<sup>446</sup>. Uma leitura filosófica capaz de compatibilizar o “paternalismo jurídico” com o “liberalismo” (para os autores, talvez mesmo em sua versão mais extremada do “libertarianismo”), ao serem interpretadas as medidas jurídicas regulatórias de natureza paternalista como implementando o valor jurídico-moral da autonomia. A separação vislumbrada entre a “autonomia imediata” e a “autonomia mediata” passa a permitir uma leitura das medidas jurídicas regulatórias de natureza paternalista como institutos implementadores da autonomia dos próprios agentes regulados.

A definição de medidas jurídicas regulatórias de natureza paternalista permanece sendo a de medidas que limitam a autonomia dos indivíduos (ao direcionar ou controlar a conduta dos mesmos) com o intuito de atingir finalidade jurídica imediata consistente na proteção de direitos de titularidade destes próprios indivíduos cuja liberdade é restringida. Ocorre, entretanto, que, diante da possibilidade aventada de separação entre “autonomia imediata” e “autonomia mediata”, torna-se possível uma leitura filosófica das medidas jurídicas regulatórias de natureza paternalista compatível com a implementação da autonomia individual. Mais especificamente, as medidas jurídicas regulatórias de natureza paternalista, ao limitarem a liberdade dos indivíduos (direcionando ou controlando as condutas dos mesmos) com o intuito de ser atingida finalidade jurídica imediata consistente na proteção de bens, direitos e interesses de titularidade destes próprios indivíduos cuja liberdade é restringida, estariam por vezes limitando tão somente a “autonomia imediata e superficial” dos agentes regulados. Nada obstante, tais medidas jurídicas regulatórias de natureza paternalista estariam implementando a “autonomia mediata e consistente” dos agentes regulados, que contém o verdadeiro e substantivo conteúdo da autonomia individual desses indivíduos.

Retorne-se aos exemplos citados. Ciente de que sua autonomia imediata e superficial frequentemente não corresponde a sua real e verdadeira autonomia mediata, Marcelo pode voluntariamente adotar uma série de medidas que limitem suas possibilidades de escolha imediatistas com vistas a garantir justamente a implementação de sua autonomia consistente *at the long run*.

Conforme exposto, todas as terças e sextas, quando o seu despertador tocar, caso o mesmo se encontre na mesinha de cabeceira ao lado da cama, a manifestação de vontade

---

<sup>446</sup> SUNSTEIN, Cass R. & THALER, Richard H.. *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven: Yale University Press. 2008.

imediatista de Marcelo será a de desligar o aparelho e continuar dormindo, escolhendo imediatamente faltar à aula de tênis.

Ciente, entretanto de que tal vontade imediatista não corresponderá à sua real autonomia mediata, Marcelo pode adotar estratégia capaz de limitar suas possibilidades de escolha imediatistas com o intuito de assegurar sua autonomia real e consistente. Neste sentido, nas noites de segundas e quintas, pode deixar seu despertador programado em uma mesa do outro lado do quarto, fora do alcance de seu braço deitado na cama. Desta forma, ao ser despertado pelo barulho nas manhãs de terças e sextas, não terá a opção de desligar o despertador deitado na cama e voltar a dormir. Pelo contrário, será obrigado a levantar para alcançar o despertador no outro canto do quarto.

A medida que Marcelo adotou de colocar o despertador no outro canto do quarto na noite de véspera consistiu basicamente na restrição de sua opção de desligar o aparelho na manhã seguinte ainda deitado. A medida adotada restringiu sua autonomia e vontade imediatas ao impor a conduta comissiva de que Marcelo tenha que se levantar na manhã seguinte para desligar o despertador, ainda que expressamente afirme ao acordar que sua opção e sua vontade naquele momento era continuar dormindo. Nada obstante, tal restrição de vontade e autonomia imediatas estaria, em verdade, implementando a real e consistente autonomia mediata de Marcelo. Não perderá o tênis (implementando sua autonomia real e mediata) tão somente por ter sido obrigado a levantar (restringindo sua vontade superficial e imediata).

Medidas que restringissem as autonomia e vontade imediatas de Marcelo em benefício de sua própria autonomia mediata e real também poderiam ter sido por ele adotadas no caso citado em que se desentendeu com um amigo de trabalho. Marcelo poderia, por exemplo, deixar a seguinte instrução com um terceiro amigo em comum no ambiente de trabalho: “\_ Amigo, sempre que você perceber que eu estou excessivamente irritado e reclamando em demasia, chame o motorista e me coloque no carro em direção a minha casa ainda que eu terminantemente insista para ficar”.

A medida em tela representaria uma inegável restrição da liberdade imediata de Marcelo. A saber, no momento pico de irritação, ainda que Marcelo afirmasse expressamente ser sua manifestação de vontade e de autonomia permanecer no ambiente de trabalho, seria obrigado a não implementar tal escolha. Nada obstante, a sua remessa obrigatória para casa (restringindo sua vontade superficial e imediata) seria uma garantia de que não falasse

qualquer coisa de que futuramente viesse a se arrepender (implementando sua autonomia real e mediata)<sup>447</sup>.

No exemplo da dificuldade momentânea em deixar de consumir diariamente *junk food* e refrigerantes, também não seria difícil imaginar medidas que Marcelo pudesse adotar com o intuito de restringir sua vontade imediata e superficial com vistas a proteger sua autonomia mediata e verdadeira. Uma boa idéia seria marcar um almoço que se confunda com um compromisso profissional sério (por exemplo um almoço com seu estimado orientador para debater sua tese de doutorado) em um restaurante notabilizado por possuir um cardápio mais saudável. Já tendo marcado um compromisso importante desta natureza, quando do horário do almoço, por mais que sua manifestação de autonomia e vontade imediatas seja a de se dirigir a um *fast food* por estar em uma fase de cultivo deste “pequeno vício”, Marcelo não terá essa opção. Sua escolha de onde almoçar já estará comprometida naquele momento ao restaurante de cardápio mais saudável.

Mais que a restrição de em que restaurante almoçar, a medida imaginada terá o condão de restringir as possibilidades de escolha de Marcelo mesmo acerca do que consumir uma vez dentro de tal restaurante. Como se sabe, alguns restaurantes têm adotado uma proposta interessante de oferecer aos clientes em seus cardápios apenas possibilidades de escolhas de comidas e bebidas saudáveis. Um bom exemplo desse perfil de estabelecimento é o “Sabor Saúde”, restaurante no centro do Rio de Janeiro onde todas as opções de comida ou bebida disponíveis para escolha dos clientes obedecem critérios de qualidade nutricional. Não há alimentos preparados com frituras ou gorduras “trans”. Entre as bebidas, não há refrigerantes. Uma vez dentro de tal restaurante, o cliente simplesmente não possui a possibilidade de escolha de beber um refrigerante. Evidente que muitas das pessoas que freqüentam tal estabelecimento bebem refrigerantes. Se o restaurante disponibilizasse aos clientes a escolha de beberem refrigerantes, certamente tal produto seria vendido. A própria idéia do estabelecimento, entretanto, parece ser a de que os clientes não possuam naquele momento disponíveis opções por produtos de baixa qualidade nutricional.

No entender particular de Marcelo, quando está almoçando em estabelecimentos deste viés, a limitação de sua manifestação de vontade e autonomia imediatas (ao lhe ser vedada a

---

<sup>447</sup> Uma variação muito próxima deste exemplo em que um indivíduo adota medida destinada a restringir sua própria autonomia imediata com o intuito de proteger sua autonomia mediata em virtude de se encontrar momentaneamente agindo de forma irracional é o de um grupo de amigos que saem para beber juntos. O código de ética entre tais amigos é o seguinte: “\_Amigo, caso eu beba em excesso, não me deixe passar vexame. Se eu estiver falando ou agindo de forma vergonhosa, me tire do local ainda que eu insista que estou consciente e que quero permanecer!”.

possibilidade de opção de consumir *junk food* ou refrigerante mesmo que Marcelo afirme expressamente ser este o seu desejo naquele momento) acaba por implementar sua autonomia mediata e mais verdadeira (de buscar uma alimentação saudável)<sup>448</sup>.

Enfim, as pessoas podem agir através das mais variadas estratégias. A partir do momento em que os indivíduos adquirem consciência (aquisição esta que talvez não seja tão simples) de que suas manifestações de vontade e de autonomia imediatas e superficiais podem não corresponder a suas autonomias mediatas e verdadeiras, os mesmos podem adotar inúmeras medidas estratégicas com o intuito de limitar suas próprias manifestações de vontade imediatas em prol da defesa de suas autonomias mediatas e realmente consistentes.

Todos os exemplos de auto-regulação citados (baseados em casos reais, embora um pouco caricaturados), entretanto, dizem respeito a medidas que um próprio indivíduo adota com o intuito de limitar sua vontade imediata e superficial com vistas a implementar sua autonomia mediata e consistente. Os exemplos mencionados citam medidas que o próprio Marcelo adota com o intuito de limitar sua vontade imediata e superficial com vistas a implementar sua autonomia mediata e consistente. Consciente de que suas manifestações de vontade imediatas e superficiais muitas vezes não correspondem a sua real autonomia mediata e consistente, o próprio Marcelo adotou tais medidas certo de que as mesmas, ao limitarem sua autonomia imediata, verdadeiramente estariam implementando sua autonomia mediata e consistente. Deve-se questionar, porém, se seria possível que o Estado impusesse medidas semelhantes aos indivíduos que não optem espontaneamente pelas mesmas.

Eis o questionamento principal acerca da possibilidade da leitura liberal (na versão extremada do libertarianismo) do “paternalismo jurídico” proposta por CASS SUNSTEIN e

---

<sup>448</sup> O caso citado de estabelecimentos que propõem cardápios com comidas e bebidas apenas de boa qualidade nutricional, com o intuito proposital de não deixar opções de *junk food* e de refrigerantes a seus clientes, se assemelha, em menores proporções, à proposta de um “SPA”. A proposta de um “SPA” segue precisamente a mesma lógica do restaurante de perfil saudável exposto (em uma versão mais duradoura). Trata-se de uma espécie de hotel em que os indivíduos não possuem, naquele momento imediato, disponíveis opções de alimentação de baixa qualidade. Ainda que expressamente manifestem que suas vontades são de se alimentar mal, tal opção não se encontrará disponível para os hóspedes de um “SPA”. Trata-se de uma limitação da autonomia e da vontade imediata dos indivíduos em prol da implementação de suas autonomias mediatas de protegerem suas saúdes a médio prazo.

Se a auto-limitação que um indivíduo impõe à sua autonomia imediata em prol da implementação de sua autonomia mediata em virtude de “substâncias viciantes” é leve no caso dos restaurantes naturais (que limitam as opções de cardápio disponíveis ao cliente em um almoço) e é média no caso dos “SPAs” (que limitam as opções de cardápio disponíveis aos hóspedes por dias), no caso de clínicas de internação para fins de desintoxicação de substâncias entorpecentes (que impõem uma rotina muito rígida de trabalhos educativos aos indivíduos que se internaram), a auto-limitação imposta pelos indivíduos a suas vontades imediatas em prol de suas autonomias mediatas é de grau elevadíssimo.

RICHARD THALER<sup>449</sup>. Seria possível que o Estado alegue que está adotando medidas jurídicas regulatórias de natureza paternalista, limitando a liberdade de pessoas com o intuito de proteger bens, direitos ou interesses de titularidade destes próprios indivíduos cuja liberdade é restringida, sob o argumento de que as medidas jurídicas regulatórias de natureza paternalista em questão estariam limitando apenas a autonomia imediata e superficial dos agentes regulados, precisamente com o intuito de implementar a autonomia mediata e real destas pessoas?

Nos exemplos citados acima, não há dúvidas de que Marcelo pode optar por restringir sua própria autonomia imediata e superficial com vistas a implementar sua autonomia mediata e mais consistente. Partindo da constatação de que sua autonomia imediata e superficial não se confunde com sua autonomia mediata e consistente, todo indivíduo pode adotar medida que limite sua própria autonomia imediata e superficial com o intuito de implementar sua autonomia mediata e real.

Mas seria possível o Estado se valer de tal constatação de que, muitas vezes, a autonomia imediata e superficial dos indivíduos não coincide com a autonomia mediata e consistente dos mesmos para impor aos agentes, “como um pai” (*in loco parentis*), medidas jurídicas regulatórias que limitem a autonomia imediata e superficial de tais indivíduos em prol da implementação de suas autonomias mediatas e consistentes?

Para CASS SUNSTEIN e RICHARD THALER<sup>450</sup>, neste ponto, a simples alegação de que a manifestação de vontade de um indivíduo não corresponderia a sua autonomia real e mediata não seria suficiente para que o Estado estabeleça medidas paternalistas restritivas da liberdade individual. No entender dos autores, para que a medida estatal paternalista seja compatibilizada com os valores morais fundamentais da concepção libertária de filosofia política, necessária a verificação simultânea e cumulativa dos dois *insights* explanados e necessários à caracterização do “paternalismo libertário” como um “paternalismo *soft*” nos dois sentidos em que possa ser entendida a expressão.

Por um lado, a medida paternalista deve ser estabelecida somente em situação em que há fortes indícios fáticos de que a manifestação de vontade superficial e imediata do agente regulado presumivelmente não corresponderá à autonomia real, consistente e mediata do mesmo. Por outro lado, porém, necessário cumulativamente que a medida paternalista

---

<sup>449</sup> SUNSTEIN, Cass R. & THALER, Richard H.. *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven: Yale University Press. 2008.

<sup>450</sup> SUNSTEIN, Cass R. & THALER, Richard H.. *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven: Yale University Press. 2008.

libertária adote meio regulatório pouco invasivo da liberdade do agente regulado, baseando-se em incentivos, desincentivos e manipulações de informações, não em coerção em sentido estrito da liberdade de ação do agente regulado.

Tal leitura filosófica seria uma forma de salvar a constitucionalidade e a legitimação jurídico-moral das medidas jurídicas regulatórias estatais de natureza paternalista, libertando-se as mesmas da leitura filosófica mais evidente de raízes perfeccionistas comunitárias incompatível com a premissa libertária.

Ao demonstrarem a possibilidade de compatibilização do “paternalismo jurídico” com o “libertarianismo”, CASS SUNSTEIN e RICHARD THALER<sup>451</sup> automaticamente acabam por demonstrar a possibilidade de compatibilização do “paternalismo jurídico” também com o “liberalismo-igualitário”, utilizado como um dos pilares do liberalismo-republicano adotado pela presente tese. Isso porque o “libertarianismo”, espécie radical do gênero “liberalismo”, apresentava muito menores chances de poder ser compatibilizado com o “paternalismo jurídico” do que o “liberalismo-igualitário”, espécie moderada do gênero “liberalismo”. O libertarianismo constitui posição filosófica que apresenta muito menor tolerância que o liberalismo-igualitário aos atos estatais restritivos da autonomia e liberdade individuais. Desta forma, ao demonstrarem a possibilidade de compatibilização do “paternalismo jurídico” com o “libertarianismo”, com muito maior razão, automaticamente os autores demonstraram a possibilidade de compatibilização do “paternalismo jurídico” com o “liberalismo-igualitário”.

### 3.5.2. A versão forte do “paternalismo coercivo” de SARAH CONLY em decorrência das premissas da economia comportamental

Outra proposta de leitura filosófica e de justificação das medidas jurídicas de natureza paternalista é apresentada por SARAH CONLY<sup>452</sup>. Tal qual CASS SUNSTEIN e RICHARD THALER<sup>453</sup>, SARAH CONLY utiliza amplamente os conhecimentos desenvolvidos pela psicologia social e pela economia comportamental para demonstrar que, por inúmeras vezes, os indivíduos agem de forma completamente irracional, servindo tal constatação de justificativa para o estabelecimento de medidas paternalistas pelo Poder Público. Nada

<sup>451</sup> SUNSTEIN, Cass R. & THALER, Richard H.. *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven: Yale University Press. 2008.

<sup>452</sup> V. CONLY, Sarah. *Against Autonomy. Justifying Coercive Paternalism*. Cambridge: Cambridge University Press. 2013.

<sup>453</sup> SUNSTEIN, Cass R. & THALER, Richard H.. *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven: Yale University Press. 2008.



obstante, ao contrário dos autores mencionados, SARAH CONLY potencializará a utilização de tal instrumental da economia comportamental e das acusações de irracionalidade das condutas dos indivíduos para defender um conceito de “paternalismo coercivo”, muito mais intenso e invasivo do que o conceito de “paternalismo libertário” anteriormente exposto<sup>454</sup>.

SARAH CONLY inicia seu livro com a polêmica afirmação de que a autonomia dos indivíduos na tomada de decisões não deveria ser tão valorada. Isto pois a proteção da autonomia, no entender da autora, seria justificada em uma posição teórica clássica que não corresponderia à realidade fática e empírica. A saber, a valoração e proteção da autonomia teria por base a premissa teórica de que as pessoas são agentes racionais, que, ao realizarem opções pela via da razão, estariam realmente sempre escolhendo o que realmente querem. Ocorre, porém, que a psicologia social e a economia comportamental demonstrariam claramente que as pessoas, quando agem voluntariamente, frequentemente adotam ações completamente irracionais e que não correspondem às ações que efetivamente gostariam de tomar<sup>455</sup>.

Neste sentido, CONLY destaca que, tal qual são necessárias leis destinadas a proteger os indivíduos uns dos outros com fundamento no princípio do dano, também seriam igualmente necessárias leis destinadas a proteger os indivíduos de si mesmos com fundamento no princípio paternalista.

A autora, porém, expressamente afirma não se contentar com a defesa de um “paternalismo *soft*” em nenhum dos dois sentidos em que a expressão possa ser compreendida. Tanto em relação ao critério da intensidade interventiva do meio regulatório adotado quanto em relação ao critério da imposição autônoma ou heterônoma da finalidade regulatória, SARAH CONLY se afasta do “paternalismo *soft*”<sup>456</sup>.

Por um lado, no que diz respeito ao critério da intensidade interventiva do meio regulatório, CONLY não restringe o paternalismo que defende a medidas meramente de incentivos, desincentivos ou manipulação de informações. O “paternalismo coercivo” da autora vai muito além dos “*nudges*” de SUNSTEIN e THALER. Defende medidas coercitivas em sentido estrito sobre a liberdade de ação dos agentes regulados.

---

<sup>454</sup> V. CONLY, Sarah. *Against Autonomy. Justifying Coercive Paternalism*. Cambridge: Cambridge University Press. 2013.

<sup>455</sup> V. CONLY, Sarah. *Against Autonomy. Justifying Coercive Paternalism*. Cambridge: Cambridge University Press. 2013.

<sup>456</sup> Acerca da classificação do gênero “paternalismo jurídico” nas espécies do “paternalismo *hard*” e do “paternalismo *soft*” bem como acerca de tal classificação possuir dois sentidos, v. Capítulo III.1.D *supra*.

Neste ponto, a autora alega que frequentemente as estratégias do paternalismo “*soft*” são pouco eficientes ou não eficientes *at all*. Se as medidas do paternalismo “*soft*” fossem eficientes, no entender da autora, por exemplo, não haveria ainda hoje em dia uma enorme quantidade de fumantes.

Desta forma, aderindo a um paternalismo “*hard*” quanto à intensidade interventiva do meio regulatório adotado, SARAH CONLY entende perfeitamente legítimas as medidas destinadas a impor de forma coercitiva direta a adoção de ações ou omissões por parte dos agentes regulados. Entende, por exemplo, como acertada a regulação de banimento de gorduras “*trans*” implementada pela cidade de Nova Iorque (a partir de 1 de julho de 2008, através da ação do “Department of Health and Mental Hygiene”), com vistas a proteger a saúde dos consumidores. A autora destaca, inclusive, que as cidades de Boston e da Filadélfia bem como o Estado da Califórnia também já adotaram medidas semelhantes ao vedar a venda de produtos contendo gordura “*trans*” em restaurantes e cafeterias<sup>457</sup>.

Em exemplo mais contundente ainda de sua adesão a um paternalismo “*hard*” quanto à intensidade do meio regulatório adotado, SARAH CONLY chega a defender expressamente que deveria mesmo ser implementada igualmente uma regulação de completo banimento dos cigarros com vistas à proteção da saúde dos consumidores<sup>458</sup>.

Por outro lado, no que diz respeito ao critério da imposição autônoma ou heterônoma da finalidade regulatória, CONLY igualmente faz questão de afirmar que sua posição não se restringe a um “paternalismo *soft*”. Segundo a autora, não existe um critério capaz de fornecer um parâmetro objetivo de quando as pessoas agiriam de forma racional e voluntária ou irracional e involuntária. Existiriam inúmeros e distintos graus de racionalidade e voluntariedade. Por via de consequência, tarefa difícil seria a de distinguir quando uma regulação estaria impondo determinada finalidade de forma heterônoma aos agentes regulados e quando uma regulação estaria justamente implementando a autonomia de tais indivíduos. O critério correto a definir quando o paternalismo deva estar justificado, portanto, não deveria ser o de corrigir a involuntariedade ou a falta de autonomia.

O critério correto a definir quando o paternalismo deva estar justificado, no entender de SARAH CONLY, deveria consistir em uma análise acerca do custo-benefício da medida paternalista cuja implementação é cogitada. A saber, determinada medida paternalista

---

<sup>457</sup> V. CONLY, Sarah. *Against Autonomy. Justifying Coercive Paternalism*. Cambridge: Cambridge University Press. 2013.

<sup>458</sup> V. CONLY, Sarah. *Against Autonomy. Justifying Coercive Paternalism*. Cambridge: Cambridge University Press. 2013.

somente poderia ser considerada justificada caso o custo decorrente da intervenção sobre a liberdade de uma pessoa em virtude do meio regulatório adotado fosse compensado pelo benefício trazido pela finalidade regulatória para aquela mesma pessoa<sup>459</sup>.

Embora defenda expressamente, tal qual exposto, que o valor da autonomia individual não deva ser exageradamente protegido, sendo permitido um paternalismo coercivo de viés “hard”, SARAH CONLY destaca que seu conceito de “paternalismo coercivo” respeitaria a pessoa como tendo valor em si mesma ao buscar implementar os objetivos dela própria.

CONLY não aceita que sua posição seja acusada de veicular um paternalismo de raiz filosófica “perfeccionista”. Preocupa-se em afastar seu conceito de “paternalismo coercivo” de qualquer espécie de “totalitarismo moral”<sup>460</sup>. Neste ponto, o objetivo do paternalismo coercivo não poderia consistir na imposição de determinada visão de vida boa a terceiros. Pelo contrário, o objetivo principal do paternalismo coercivo seria alcançar os objetivos dos próprios regulados.

Neste sentido, papel de destaque na teoria do paternalismo coercivo de SARAH CONLY é exercido pela aferição da relação mantida entre os meios adotados pelos indivíduos e as finalidades almejadas pelos mesmos. A saber, uma das maiores razões a justificar o estabelecimento de medidas paternalistas, para a autora, seria a verificação de que, nos casos práticos, indivíduos adotam condutas-meios ineficientes para o atingimento das finalidades que elas próprias gostariam de alcançar. Assim, o “paternalismo coercivo” de CONLY poderia também ser considerado um “paternalismo de meios” para implementar os fins buscados pelos próprios regulados<sup>461</sup>.

### 3.5.3. O “paternalismo soft” de JOEL FEINBERG em conformidade com as premissas liberais

Outro autor a refutar a simplória associação *tout court* de toda e qualquer espécie de paternalismo a uma conotação pejorativa de violação aos valores fundamentais da filosofia

---

<sup>459</sup> V. CONLY, Sarah. *Against Autonomy. Justifying Coercive Paternalism*. Cambridge: Cambridge University Press. 2013.

<sup>460</sup> V. CONLY, Sarah. *Against Autonomy. Justifying Coercive Paternalism*. Cambridge: Cambridge University Press. 2013.

<sup>461</sup> V. CONLY, Sarah. *Against Autonomy. Justifying Coercive Paternalism*. Cambridge: Cambridge University Press. 2013.

político-moral é JOEL FEINBERG<sup>462</sup>. O autor defende que, em certas situações peculiares, o estabelecimento de algumas medidas paternalistas se encontrará perfeitamente justificado perante os princípios morais fundamentais de justiça do liberalismo, que nitidamente consubstancia a concepção filosófica inerente à obra do autor.

Para JOEL FEINBERG, não haveria dúvidas de que o princípio do paternalismo apresentaria certa tensão com o liberalismo e com o respeito à autonomia individual. O autor inicia seu livro “*Harm to Self*”<sup>463</sup>, inclusive, definindo o princípio “iliberal” do paternalismo em oposição ao princípio do dano de JOHN STUART MILL<sup>464</sup>, deixando clara a tensão frequentemente existente entre “princípio do paternalismo” e “liberalismo”.

Nada obstante, logo após ter destacado de forma introdutória que o princípio paternalista muitas vezes se encontra em tensão com o liberalismo, JOEL FEINBERG expressamente afirma entender injusta a associação do termo “paternalismo” a uma conotação sempre pejorativa e de violação à autonomia individual. Neste sentido, passa a tentar definir em que situações, com base em que fundamentos, e em que intensidades as medidas jurídicas paternalistas poderiam se encontrar justificadas<sup>465</sup>.

O grande critério utilizado por FEINBERG, neste sentido, para fins de distinção entre as medidas paternalistas justificadas e aquelas não justificadas consistirá na indagação acerca da voluntariedade ou involuntariedade inerente às condutas sujeitas às restrições de liberdade impostas pelas medidas paternalistas. A saber, caso seja possível se afirmar que determinada conduta, ainda que adotada expressamente por um indivíduo, não corresponde à real vontade deste mesmo agente, seria possível o estabelecimento de medida paternalista justificada<sup>466</sup>.

O grande problema, como destaca o autor, seria precisamente definir quando se estaria diante de uma conduta voluntária ou de uma conduta involuntária. Segundo JOEL FEINBERG, há escolhas “tão pouco plausíveis” que gerariam uma “forte presunção” de escolha não voluntária. Nada obstante, não se poderia nunca confundir tal presunção relativa com a certeza de estar-se diante de escolha não voluntária.

---

<sup>462</sup> V. FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Self*. Oxford: Oxford University Press. 1986. V. tb. FEINBERG, Joel. “Legal Paternalism”. In SARTORIUS, Rolf (Ed.). *Paternalism*. Minneapolis: University of Minnesota Press. 1983.

<sup>463</sup> V. FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Self*. Oxford: Oxford University Press. 1986.

<sup>464</sup> MILL, John Stuart. *On Liberty*. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company. 1956.

<sup>465</sup> V. FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Self*. Oxford: Oxford University Press. 1986.

<sup>466</sup> V. FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Self*. Oxford: Oxford University Press. 1986.

Ocorre que não poderiam ser confundidos os conceitos de “escolha irracional” e de “escolha irrazoável”<sup>467</sup>. As escolhas simplesmente “irrazoáveis” seriam aquelas que, embora praticamente não sejam adotadas nunca pela imensa maioria dos demais indivíduos pertencentes à comunidade, correspondem sim às escolhas voluntárias dos agentes que as realizaram. Neste caso, não seriam admitidas medidas paternalistas destinadas a impor aos agentes o seguimento em seus planos de vida particulares determinado modelo de vida boa decorrente de doutrina abrangente inerente aos valores de uma moral comunitária. Precisamente quando da realização desta ressalva JOEL FEINBERG deixa claro que sua defesa eventual de algumas medidas paternalistas em situações especiais em nada se confunde com a adoção de postura perfeccionista.

Por outro lado, as escolhas irracionais, estas sim, significariam, no entender de FEINBERG, escolhas que não corresponderiam à real vontade e autonomia dos agentes que as realizaram, ensejando o estabelecimento de medidas paternalistas justificadas perante a autonomia individual e os princípios morais do liberalismo. Neste sentido, o paternalismo defendido como legítimo e justificado por JOEL FEINBERG perante o valor da autonomia e dos princípios morais liberais nitidamente corresponde à espécie do “paternalismo *soft*” no segundo sentido atribuído à classificação<sup>468</sup>. Ou seja, são consideradas justificadas pelo autor tão somente as medidas paternalistas que tenham por finalidade regulatória implementar a autonomia dos próprios agentes regulados, não impor heteronomamente aos mesmos objetivos contrários a suas escolhas autônomas.

Servindo a verificação de “escolhas tão pouco plausíveis” apenas como “presunção de escolhas irracionais não voluntárias” (havendo sempre o risco de tal presunção ser quebrada e estar-se diante apenas de “escolhas irrazoáveis mas racionais e voluntárias”), papel de destaque no “paternalismo *soft*” de JOEL FEINBERG ocuparão as medidas paternalistas que consistam, ainda através de meios regulatórios “*hard*” coercitivos em sentido estrito da liberdade de ação dos agentes, em limitações de caráter temporário das condutas dos agentes<sup>469</sup>. A saber, enquanto não identificado se a escolha realizada pelo agente no caso em concreto corresponde a “escolha irracional e involuntária” ou apenas a “escolha irrazoável”, encontrar-se-iam justificadas as medidas paternalistas, ainda que “*hard*” no primeiro sentido

---

<sup>467</sup> V. FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Self*. Oxford: Oxford University Press. 1986.

<sup>468</sup> Acerca da classificação do gênero “paternalismo jurídico” nas espécies do “paternalismo *hard*” e do “paternalismo *soft*” bem como acerca de tal classificação possuir dois sentidos, v. Capítulo III.1.D *supra*.

<sup>469</sup> V. FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Self*. Oxford: Oxford University Press. 1986.

(quanto ao meio regulatório coercitivo em sentido estrito da liberdade de ação), com o objetivo temporário de prevenção até que seja elucidado o grau de racionalidade e voluntariedade da escolha pelo agente.

JOEL FEINBERG bem ilustra suas premissas teóricas com o exemplo do consumo de drogas nocivas à saúde. Ao se ver uma pessoa usar drogas que comprovadamente provocam danos à saúde do usuário, pode-se estar diante de situações diversas quanto à escolha realizada pelo consumidor. Por um lado, pode-se estar diante de escolha irracional, tratando-se de pessoa que não consegue corretamente avaliar as informações quanto aos efeitos nocivos das drogas sobre a saúde. Por outro lado, pode-se estar diante de escolha racional, tratando-se de pessoa que consegue corretamente avaliar as informações quanto aos efeitos nocivos das drogas sobre a saúde, porém, adotou plano de vida pessoal segundo o qual o prazer do consumo seja valorativamente mais importante que a manutenção da saúde.

Neste sentido, em um primeiro momento, seriam legítimas medidas paternalistas provisórias que restringissem de forma coercitiva em sentido estrito a liberdade de ação do agente de consumir drogas até ser avaliado o grau de racionalidade e de voluntariedade inerente à escolha em questão. Confirmada a presunção de escolha irracional e involuntária, seriam legítimas medidas paternalistas definitivas que restringissem de forma permanente e coercitiva em sentido estrito a liberdade de ação do agente de consumir drogas. Por outro lado, quebrada a presunção de irracionalidade e involuntariedade, tratando-se apenas de escolha irrazoável, deveriam ser imediatamente levantadas as medidas paternalistas temporárias, sendo permitido o consumo racional e voluntário (ainda que irrazoável) de drogas pelo agente.

Enfim, duas seriam as possibilidades de medidas jurídicas paternalistas admitidas pelo “paternalismo *soft*” de JOEL FEINBERG como compatíveis com o valor autonomia individual bem como com os princípios morais do liberalismo. Por um lado, estariam legitimadas as medidas paternalistas destinadas a restringir as condutas dos agentes (ainda que de forma coercitiva em sentido estrito da liberdade de ação dos mesmos, sendo “*hard*” no primeiro sentido da classificação) quando se tenha certeza de que as escolhas realizadas por tais agentes foram irracionais e involuntárias, não correspondendo à real autonomia dos mesmos. Neste caso, tais medidas paternalistas poderiam possuir caráter definitivo e duradouro.

Por outro lado, estariam igualmente legitimadas as medidas paternalistas destinadas a restringir as condutas dos agentes (ainda que de forma coercitiva em sentido estrito da

liberdade de ação dos mesmos, sendo “*hard*” no primeiro sentido da classificação) quando se esteja diante de “escolhas irrazoáveis” e que funcionem como “presunção de irracionalidade e de involuntariedade”. Neste caso, tais medidas paternalistas poderiam possuir caráter provisório até a confirmação do grau de racionalidade e de voluntariedade das escolhas realizadas pelos agentes.

#### 3.5.4. A proposta de ERNESTO GARZÓN VALDÉS com base na autonomia e na igualdade. O conceito de incompetência

Por fim, última proposta a ser destacada na doutrina de defesa do paternalismo jurídico, afastando-se a tradicional associação de toda e qualquer medida jurídica paternalista *tout court* a uma conotação pejorativa de violação dos valores fundamentais de filosofia político-moral, é oferecida por ERNESTO GARZÓN VALDÉS<sup>470</sup>. Também para este autor, a depender das peculiaridades envolvidas na situação em concreto, seriam passíveis de distinção as medidas jurídicas paternalistas justificadas e as medidas jurídicas paternalistas não justificadas.

Ao contrário das propostas de defesa de justificação das medidas jurídicas paternalistas apresentadas pelos demais autores já expostas nos tópicos anteriores do presente Capítulo III.5 da tese, entretanto, ERNESTO GARZÓN VALDÉS se destaca por não buscar fundamentação para as medidas jurídicas paternalistas tão somente no valor da autonomia individual ou apenas na proteção da voluntariedade e da racionalidade dos agentes regulados. Pelo contrário, ERNESTO GARZÓN VALDÉS defende que as medidas jurídicas paternalistas podem se encontrar justificadas tanto com base no valor da autonomia individual quanto no valor da igualdade<sup>471</sup>.

O autor inicia seu artigo “Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?” relatando a constatação fática de que o paternalismo jurídico tradicionalmente sempre tem sido associado a uma conotação pejorativa. Neste sentido, relata o autor que, embora tal conotação negativa possa ser remetida histórica e originariamente à obra “*On Liberty*” de

---

<sup>470</sup> V. VALDÉS, Ernesto Garzón. “Es Éticamente Justificable El Paternalismo Jurídico?”. In *Doxa: Cadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 5. 1988. V. tb. VALDÉS, Ernesto Garzón. “Sigamos Discutiendo Sobre El Paternalismo”. In *Doxa: Cadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 5. 1988.

<sup>471</sup> V. VALDÉS, Ernesto Garzón. “Es Éticamente Justificable El Paternalismo Jurídico?”. In *Doxa: Cadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 5. 1988. V. tb. VALDÉS, Ernesto Garzón. “Sigamos Discutiendo Sobre El Paternalismo”. In *Doxa: Cadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 5. 1988.

JOHN STUART MILL<sup>472</sup>, na atualidade, o paternalismo jurídico seria alvo de críticas formuladas com base nas mais distintas concepções de filosofia político-moral.

Assim, enumera ERNESTO GARZÓN VALDÉS que as principais críticas formuladas contra as medidas jurídicas paternalistas encontrariam fundamento na alegação de violação aos valores da utilidade, da autonomia individual ou mesmo da igualdade<sup>473</sup>. No que diz respeito à alegação de violação ao valor utilidade, trata-se da crítica segundo a qual cada indivíduo seria o melhor conhecedor de si próprio bem como de que opções seriam mais eficientes e indicadas na maximização de seu próprio bem-estar. Neste sentido, as interferências paternalistas sobre as escolhas individuais acarretariam violação à busca pela maximização da utilidade e do bem-estar social.

A alegação de que as medidas paternalistas implicariam violações à autonomia individual, por sua vez, é mais fácil ainda de ser visualizada. Consistindo as medidas paternalistas precisamente na restrição de liberdade dos agentes com o intuito de zelar por bens, direitos e interesses destes mesmos indivíduos, haveria violação da autonomia individual em decorrência da restrição de liberdade mencionada.

Por fim, a alegação de que as medidas jurídicas paternalistas produziriam violação à igualdade teria por fundamento a suposta existência de uma relação impositiva de “supra” e “subordinação”. A saber, quando da imposição de medidas paternalistas a restringir as escolhas de determinado agente regulado, estar-se-ia impondo uma relação de subordinação sobre o mesmo, não sendo conferidos iguais respeito e consideração às escolhas do mesmo.

Apresentadas as principais críticas formuladas contra a justificação do paternalismo jurídico, ERNESTO GARZÓN VALDÉS passa a defender que, em algumas situações peculiares, as medidas jurídicas paternalistas se encontrariam sim perfeitamente justificadas.

Primeiramente, o autor apresenta como elemento importantíssimo na justificação das medidas paternalistas o instituto do “consentimento”. A saber, se o agente sujeito às medidas paternalistas oferecesse seu consentimento à aplicação das mesmas, estas se encontrariam justificadas, pois não haveria mais qualquer alegação de violação à autonomia ou mesmo de imposição de subordinação desigual<sup>474</sup>.

Evidentemente, o “consentimento” ao qual ERNESTO GARZÓN VALDÉS se refere seria um consentimento a ser concedido apenas em momento futuro, após a aplicação da

---

<sup>472</sup> MILL, John Stuart. *On Liberty*. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company. 1956.

<sup>473</sup> V. VALDÉS, Ernesto Garzón. “Es Éticamente Justificable El Paternalismo Jurídico?”. In *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 5. 1988.

<sup>474</sup> V. VALDÉS, Ernesto Garzón. “Es Éticamente Justificable El Paternalismo Jurídico?”. In *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 5. 1988.



medida paternalista. Ora, por definição, uma medida paternalista é aquela imposta contra a manifestação de vontade do agente regulado, de forma que a existência de um consentimento instantâneo e imediato quando da aplicação da medida faria com que a mesma perdesse sua natureza “paternalista”. O instituto do “consentimento” destinado a oferecer justificação para as medidas paternalistas, portanto, diria respeito à situação em que, em momento futuro e posterior à aplicação de uma medida paternalista, um agente regulado viesse a manifestar consentimento com tal medida, sendo certo que o agente não tenha concordado com a mesma quando de sua aplicação no passado.

Bem destaca o autor, porém, que a idéia de um “consentimento futuro” é bastante perigosa para fins de justificação da aplicação de uma medida jurídica paternalista no presente. Pode ocorrer de o tempo passar e tal “consentimento futuro” nunca vir a ser conferido pelo agente que foi submetido à medida paternalista no passado. Neste sentido, a simples teoria do “consentimento futuro” não se prestaria a afastar as críticas de falta de legitimação das medidas paternalistas, que seriam acusadas de violação à utilidade, à autonomia individual e à igualdade<sup>475</sup>.

Desta forma, uma evolução do instituto do “consentimento real futuro” seria o instituto do “consentimento hipotético”<sup>476</sup>. A saber, ainda que um agente submetido a uma medida paternalista não venha no futuro a conferir consentimento real e fático à medida em questão, em determinadas situações peculiares, poder-se-ia entender que tal consentimento somente não foi conferido em virtude de o agente não possuir condições para tanto por força de “incompetência”.

O conceito de “competência”, por sua vez, foi definido por ERNESTO GARZÓN VALDÉS como “a capacidade de uma pessoa para fazer frente racionalmente ou com uma alta probabilidade de êxito aos desafios ou problemas que enfrenta.”<sup>477</sup>. Ao não possuir as capacidades básicas para enfrentar determinados problemas ou desafios, segundo o autor, um indivíduo seria ou estaria incompetente para tomar determinadas decisões, podendo-se entender que haveria neste caso “consentimento hipotético” conferido por tal agente ao estabelecimento de medidas paternalistas em seu benefício. Em outros termos, o consentimento futuro real e fático somente não teria sido conferido em decorrência da

---

<sup>475</sup> V. VALDÉS, Ernesto Garzón. “Es Éticamente Justificable El Paternalismo Jurídico?”. In *Doxa: Cadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 5. 1988.

<sup>476</sup> V. VALDÉS, Ernesto Garzón. “Es Éticamente Justificable El Paternalismo Jurídico?”. In *Doxa: Cadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 5. 1988.

<sup>477</sup> V. VALDÉS, Ernesto Garzón. “Es Éticamente Justificable El Paternalismo Jurídico?”. In *Doxa: Cadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 5. 1988.

incompetência do agente para fazê-lo, podendo-se entender haver consentimento hipotético quando verificada situação marcada pela atuação de agentes incompetentes<sup>478</sup>.

Desta forma, para ERNESTO GARZÓN VALDÉS, poder-se-ia afirmar que as medidas jurídicas paternalistas, quando justificadas pela presença de incompetência, encontrariam fundamentação simultaneamente em dois dos valores morais frequentemente utilizados para fins de criticar o paternalismo. A saber, quando justificadas pela presença de incompetência, as medidas jurídicas paternalistas poderiam se encontrar fundamentadas nos valores morais tanto da autonomia individual quanto da igualdade<sup>479</sup>.

Por um lado, as medidas jurídicas paternalistas estabelecidas nos casos em que verificada incompetência dos agentes regulados estariam verdadeiramente implementando a autonomia destes indivíduos. Isto pois as escolhas realizadas pelos mesmos, em decorrência da incompetência que lhes toca, não corresponderiam à real e consistente autonomia destes indivíduos, sendo possível supor a existência de um consentimento hipotético dos agentes ao estabelecimento das medidas paternalistas.

Por outro lado, as medidas jurídicas paternalistas estabelecidas nos casos em que verificada incompetência dos agentes regulados estariam simultaneamente implementando o valor igualdade. O tratamento diferencial conferido pelas medidas paternalistas ao limitarem a liberdade dos agentes regulados, nestes casos, teria por objetivo precisamente corrigir a situação de desigualdade de tais indivíduos ao se encontrarem em situação de inferioridade por serem ou estarem incompetentes.

**3.6. A legitimação jurídico-moral dos argumentos de natureza paternalista com base no pilar liberal-igualitário do liberalismo-republicano. A proteção da autonomia individual privada e das condições igualitárias de liberdade e de dignidade. Como saber no caso concreto se a medida jurídica regulatória de natureza paternalista está impondo heteronomamente perfeccionismo moral comunitário ou se está protegendo a autonomia mediata e as condições igualitárias de liberdade e de dignidade dos agentes regulados? As falhas de mercado da “assimetria de informações” e dos “problemas de**

---

<sup>478</sup> V. VALDÉS, Ernesto Garzón. “Es Éticamente Justificable El Paternalismo Jurídico?”. In *Doxa: Cadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 5. 1988.

<sup>479</sup> V. VALDÉS, Ernesto Garzón. “Es Éticamente Justificable El Paternalismo Jurídico?”. In *Doxa: Cadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 5. 1988.

## **coordenação” bem como os casos de heurística da economia comportamental como instrumental útil em tal distinção**

Apresentadas acima as principais críticas<sup>480</sup> bem como as principais defesas<sup>481</sup> encontradas na doutrina em relação às medidas jurídicas de natureza paternalista, cabe à presente tese indagar diretamente se tais medidas se encontram ou não justificadas jurídico-moralmente diante da premissa liberal-republicana de filosofia político-moral, adotada como parâmetro externo de aferição de legitimação das instituições político-jurídicas positivas em geral. Mais que isto, caso se entenda que as medidas jurídicas de natureza paternalista se encontram justificadas perante o liberalismo-republicano, dever-se-á deixar claro que valores morais fundamentais e qual dos dois pilares da premissa liberal-republicana servem de justificação para tanto bem como em que situações peculiares.

Neste ponto, a presente tese rechaça a clássica e histórica associação simplista e imediata de toda e qualquer medida jurídica de natureza paternalista a uma conotação pejorativa de violação aos mais diversos valores morais fundamentais como a utilidade<sup>482</sup>, a igualdade<sup>483</sup> e, principalmente, a autonomia individual<sup>484</sup>. De fato, no entender da presente tese (tal qual exposto no Capítulo III.4 *supra*), a leitura filosófica mais evidente e frequente das medidas paternalistas é aquela decorrente de um perfeccionismo moral de raiz comunitária, totalmente incompatível com a premissa liberal-republicana. Nada obstante, tal certamente não corresponde à totalidade dos casos em que verificada uma medida jurídica regulatória de natureza paternalista. Pode haver tanto medidas jurídicas regulatórias de natureza paternalista que se apresentem justificadas jurídico-moralmente perante a premissa liberal-republicana quanto medidas jurídicas regulatórias de natureza paternalista que violem frontalmente os valores e princípios morais fundamentais inerentes a tal premissa.

---

<sup>480</sup> Acerca das principais críticas às medidas paternalistas encontradas na doutrina com base na alegação de violação dos mais diversos valores morais fundamentais inerentes às diferentes concepções de filosofia político-moral, v. Capítulo III.4 *supra*.

<sup>481</sup> Acerca das principais defesas das medidas paternalistas encontradas na doutrina com base nos mais diversos valores morais fundamentais inerentes às diferentes concepções de filosofia político-moral, v. Capítulo III.5 *supra*.

<sup>482</sup> Acerca da violação que pode ser acarretada pelo paternalismo ao valor utilidade, v. MILL, John Stuart. *On Liberty*. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company. 1956.

<sup>483</sup> Acerca da violação que pode ser acarretada pelo paternalismo ao valor igualdade, v. VALDÉS, Ernesto Garzón. “Es Éticamente Justificable El Paternalismo Jurídico?”. In *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 5. 1988.

<sup>484</sup> Acerca da violação que pode ser acarretada pelo paternalismo ao valor autonomia individual, v. FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Self*. Oxford: Oxford University Press. 1986.

Neste sentido, defende-se que as medidas jurídicas regulatórias de natureza paternalista, a depender das peculiaridades da situação em concreto, podem eventualmente encontrar legitimação jurídico-moral perante a premissa liberal-republicana com base no pilar liberal-igualitário. A depender das peculiaridades da situação em concreto, as medidas jurídicas regulatórias de natureza paternalista podem encontrar justificação tanto com base no valor jurídico-moral fundamental da autonomia individual privada quanto com base no valor jurídico-moral fundamental da igualdade.

As situações peculiares em questão, que servirão de critério distintivo acerca de se encontrar ou não uma determinada medida paternalista justificada jurídico-moralmente, podem ser agrupadas em duas espécies. Por um lado, tais peculiaridades podem dizer respeito a situação em que, ainda que existam manifestação de vontade e realização de escolhas perfeitamente racionais pelos agentes, em decorrência de particularidades específicas do mercado (externas à formação de vontade dos agentes), tais escolhas racionais dos agentes não possam naturalmente implementar a autonomia real e consistente destes mesmos indivíduos, sendo necessária a adoção de medida regulatória paternalista que restrinja as condutas e escolhas destes indivíduos (ainda que racionais) para que as autonomies e condições de igualdade destes próprios agentes sejam implementadas.

Por outro lado, tais peculiaridades podem dizer respeito a situação em que a manifestação expressa de vontade e a realização de escolhas pelos agentes, em decorrência de particularidades específicas internas à própria formação de vontade desses indivíduos, não atendendo a um nível mínimo de racionalidade, não correspondem ao exercício da real e consistente autonomia destes mesmos agentes. Desta forma, justificada a medida regulatória paternalista que restrinja as escolhas e manifestações de vontade dos agentes com o intuito de implementar a real e consistente autonomia destes mesmos indivíduos bem como suas condições de igualdade.

Mas não é simples a tarefa proposta de identificar, entre as inúmeras medidas paternalistas concretas, quais teriam sido estabelecidas em decorrência da presença fática de uma das duas ordens de peculiaridades expostas como capazes de justificar jurídico-moralmente o paternalismo com base no pilar liberal-igualitário e quais teriam sido estabelecidas apesar de não verificadas quaisquer das peculiaridades expostas.

Em termos mais diretos, uma específica e determinada medida regulatória de natureza paternalista, ao ser estabelecida em um caso concreto, pode estar: (i) restringindo escolha perfeitamente racional de um agente pois tal escolha racional, em decorrência de

peculiaridades do mercado, não poderia implementar a real e efetiva autonomia desse mesmo indivíduo de forma natural e sem regulação paternalista que restringisse a liberdade do próprio agente regulado (encontrando-se, portanto, a medida regulatória paternalista legitimada jurídico-moralmente na proteção da autonomia e das condições igualitárias do próprio agente regulado); (ii) restringindo escolha que, em decorrência de peculiaridades internas ao processo de formação de vontade dos agentes, não atende a uma exigência mínima de racionalidade, sendo necessária regulação que restrinja a própria escolha irracional dos agentes regulados com o intuito de implementar suas autonomias reais e consistentes (encontrando-se, portanto, a medida regulatória paternalista legitimada jurídico-moralmente na proteção da autonomia e das condições igualitárias do próprio agente regulado); ou (iii) simplesmente restringindo escolha perfeitamente racional e autônoma dos indivíduos por impor determinada concepção de vida boa ou moralmente perfeita decorrente de moral comunitária (não se encontrando, portanto, a medida regulatória paternalista legitimada jurídico-moralmente, ao violar frontalmente o pilar liberal-igualitário da premissa liberal-republicana). Como saber com razoável segurança qual a situação vislumbrada quando da análise de uma medida paternalista específica e determinada em um caso concreto?

Neste ponto, alguns dos institutos econômicos expostos nas partes anteriores da tese podem se apresentar como interessante instrumental a fornecer critérios razoavelmente seguros e objetivos na identificação das situações concretas marcadas pelas peculiaridades destacadas. A saber, a primeira ordem de peculiaridades destacadas como capazes de justificar as medidas regulatórias de natureza paternalista perante o pilar liberal-igualitário da premissa liberal-republicana (situações em que as escolhas perfeitamente racionais dos agentes, em decorrência de peculiaridades do mercado externas à formação de vontade, não implementem naturalmente a autonomia real e consistente destes mesmos indivíduos, sendo necessária regulação paternalista que restrinja as escolhas dos agentes regulados para que a autonomia destes próprios indivíduos seja efetivada) corresponde aos institutos das falhas de mercado dos “problemas de coordenação” e da “assimetria de informações”. A segunda ordem de peculiaridades destacadas como capazes de justificar as medidas regulatórias de natureza paternalista perante o pilar liberal-igualitário da premissa liberal-republicana (situações em que as escolhas dos agentes, em decorrência de peculiaridades internas à própria formação de vontade, não atendam a um grau mínimo de racionalidade, sendo necessária regulação paternalista que restrinja as escolhas dos agentes regulados para que a

autonomia destes mesmos indivíduos seja efetivada) corresponde ao instituto das “ações irracionais em heurística”.

Cabe começar pelos casos em que as medidas regulatórias de natureza paternalista sejam estabelecidas em situações marcadas pelas falhas de mercado da “assimetria de informações” e dos “problemas de coordenação”. Enquanto as falhas de mercado das “externalidades negativas” e dos “mercados naturalmente não competitivos” apresentam-se como justificativa para o estabelecimento de medidas regulatórias destinadas à proteção de terceiros<sup>485</sup> (inserindo-se, de certa forma, no âmbito do princípio do dano de JOHN STUART MILL<sup>486</sup>), as falhas de mercado da “assimetria de informações” e dos “problemas de coordenação” apresentam-se precisamente como justificativa para o estabelecimento de medidas regulatórias destinadas à proteção dos próprios agentes regulados (inserindo-se, portanto, no âmbito do princípio paternalista).

As falhas de mercado dos “problemas de coordenação” e da “assimetria de informações” designam situações em que o mercado se apresenta incapaz de atingir naturalmente os objetivos desejados devido às peculiaridades do setor, sendo certo que tais peculiaridades ensejadoras das falhas consistem em larga medida precisamente no fato de a autonomia dos indivíduos poder ser bipartida em autonomia imediata e autonomia mediata. Explica-se.

Quando da Parte I<sup>487</sup>, foi exposto que a falha de mercado da “assimetria de informações” diz respeito às situações em que o mercado não atinge naturalmente os objetivos desejados em decorrência de os indivíduos não possuírem as informações necessárias para que possam agir corretamente na avaliação da relação de custos e benefícios inerente às opções que deverão ser objeto de escolha. Ao não possuírem as informações pertinentes, os indivíduos não conseguem corretamente avaliar a relação de custos e benefícios inerente às opções que deverão realizar, acabando por agir, embora de forma racional e em conformidade com uma autonomia imediata, em desconformidade com suas reais e consistentes autonomias.

Na falha de mercado da “assimetria de informações”, a ausência de informações necessárias à correta avaliação da relação de custos e benefícios inerente à opção que deverá

---

<sup>485</sup> No caso da falha de mercado das “externalidades negativas”, a regulação tende a restringir condutas de um agente que externalizava os custos de suas condutas tendo por objetivo regulatório a proteção dos terceiros que suportavam os custos externalizados pelo agente regulado.

No caso da falha de mercado dos “mercados naturalmente não competitivos”, a regulação tende a restringir condutas do agente que explora a atividade em monopólio ou oligopólio tendo por objetivo regulatório a proteção dos consumidores terceiros que sofrem os ônus da exploração não competitiva.

<sup>486</sup> V. MILL, John Stuart. *On Liberty*. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company. 1956.

<sup>487</sup> V. Capítulo I.3.1.D *supra*.

ser objeto de escolha evidenciará a extraordinária bipartição entre a autonomia imediata e a autonomia mediata dos indivíduos no caso concreto. Ocorre que o atuar de tais agentes, ainda que perfeitamente racional quanto à formação interna da vontade, evidenciará que a autonomia imediatamente manifestada pelos indivíduos despidos de informações não corresponderá à autonomia consistente que teria sido manifestada pelos mesmos caso tais indivíduos estivessem informados. A assimetria de informações, neste sentido, denota que os agentes não possuem as condições mínimas de igualdade necessárias ao exercício de suas autonomias.

Imagine-se o caso de um indivíduo que desconhece a informação comprovadamente verdadeira e inquestionável de que o consumo de tabaco faz mal à saúde. Quando diante da necessidade de realizar uma opção por comprar ou não tal produto que lhe é oferecido por um vendedor, eis a análise de custo-benefício amputada e reducionista que será exercida pelo sujeito: pelo lado dos benefícios, o prazer de fumar é grande; pelo lado dos custos, o preço pecuniário do cigarro é acessível. Desta forma, com base nas informações que possui, sem qualquer irregularidade interna à sua formação de vontade, o agente manifestará opção perfeitamente racional no sentido de comprar e consumir o produto.

Ocorre, entretanto, que, embora a manifestação de vontade do agente em tela tenha sido perfeitamente racional e em conformidade com sua autonomia imediata e superficial, muito possivelmente a mesma não corresponda ao exercício da real e consistente autonomia deste mesmo indivíduo. Isto pois, ao realizar a análise de custo-benefício pertinente à opção que deveria tomar, o agente simplesmente ignorou que deveria considerar como relevantes “custos” os danos que a conduta escolhida provocaria sobre sua saúde.

Ou seja, ao realizar a opção por consumir ou não consumir tabaco, em decorrência da peculiaridade “assimetria de informações”, tal indivíduo simplesmente não possuiria as condições de igualdade mínimas necessárias para exercer sua autonomia perante o vendedor do produto. Mais que isto, por mais que este agente manifeste vontade e escolha perfeitamente racionais com base nos conhecimentos de que disponha, tal opção racional corresponderá tão somente a sua autonomia superficial e imediata, não correspondendo à autonomia real, consistente e mediata deste mesmo indivíduo.

Neste sentido, o instituto econômico da falha de mercado da “assimetria de informações” apresenta-se extremamente útil como instrumental a servir de primeiro critério objetivo e seguro na identificação das situações fáticas cujas peculiaridades ensejam a adoção de medidas paternalistas que se encontram justificadas jurídico-moralmente no pilar liberal-

igualitário da premissa liberal-republicana. Nos termos expostos, as medidas regulatórias destinadas a combater a falha de mercado da “assimetria de informações” apresentam natureza paternalista justificada jurídico-moralmente na implementação da autonomia real e consiste dos próprios indivíduos regulados bem como na restauração das condições igualitárias mínimas destes mesmos agentes.

Além da falha da “assimetria de informações”, a falha de mercado dos “problemas de coordenação” também configura situação extraordinária em que o atuar livre e natural dos agentes, ainda que perfeitamente racional quando da formação interna de vontade, em decorrência de peculiaridades do mercado, não se apresenta adequado a implementar a autonomia real e efetiva destes mesmos indivíduos. Também as peculiaridades da situação fática da falha de mercado dos “problemas de coordenação” possuem o condão de extraordinariamente demonstrar que a autonomia dos indivíduos se encontra bipartida no caso concreto em autonomia imediata e autonomia mediata. Quando das situações de falha de mercado dos “problemas de coordenação”, embora os indivíduos realizem manifestação de vontade perfeitamente racional e compatível com uma autonomia imediata e superficial, tais escolhas não corresponderão à autonomia mediata e real desses mesmos indivíduos. Além disto, na situação de falha de mercado dos “problemas de coordenação”, os agentes não possuem as condições igualitárias mínimas necessárias ao exercício da autonomia.

Quando da Parte I da tese, foi exposto o instituto da falha de mercado dos “problemas de coordenação”<sup>488</sup>. Em tal ocasião, destacou-se que a falha de mercado em questão diz respeito a situações em que, embora os diversos agentes isoladamente adotem condutas e opções racionais que possam ser consideradas capazes de implementar a autonomia desses agentes sob um plano de análise individual, tais condutas e opções, quando sujeitas à interação com as condutas dos demais agentes, se apresentam incapazes de implementar a real e consistente autonomia destes mesmos agentes sob um plano de análise coletivo. Nos casos de falha de mercado dos “problemas de coordenação”, ainda que um indivíduo adote conduta ou opção perfeitamente racional, tal conduta ou opção, quando coletivizada com as opções e condutas dos demais, se apresentará incapaz de implementar a autonomia consistente e os verdadeiros interesses do próprio agente que a adotou.

Ainda na Parte I da tese, deixou-se claro que a falha de mercado dos “problemas de coordenação” deve ser entendida como “problemas de coordenação em sentido lato”. A saber, verifica-se tal falha de mercado mesmo nos casos em que, além de simplesmente coordenar as

---

<sup>488</sup> V. Capítulo I.3.1.B *supra*.



condutas dos agentes, será necessária uma medida jurídica regulatória que também limite em algum grau os interesses contrapostos dos agentes regulados. Foi exposto que convencionou-se denominar de “dilema do prisioneiro” um dos casos mais típicos da falha dos “problemas de coordenação em sentido lato”, em que será necessária medida regulatória que simultaneamente coordene e restrinja em algum grau os interesses contrapostos dos agentes regulados em busca da maximização dos interesses faticamente possíveis destes mesmos agentes.

Neste sentido, as medidas jurídicas regulatórias adotadas com o intuito de solucionar a falha de mercado dos “problemas de coordenação em sentido lato” geralmente apresentam natureza paternalista com raiz filosófica no pilar liberal-igualitário da premissa liberal-republicana. A saber, as medidas regulatórias destinadas a combater a falha de mercado dos “problemas de coordenação em sentido lato” possuem natureza paternalista e se destinam a implementar a autonomia individual e as condições igualitárias dos próprios agentes regulados. Tais medidas jurídicas regulatórias geralmente restringem em algum grau os interesses e liberdades máximos dos agentes regulados (interesses máximos utópicos) com o intuito de compatibilizar tais interesses e liberdades com as opções dos demais agentes e implementar os mesmos no maior grau faticamente possível (interesses máximos faticamente possíveis). Caso as medidas jurídicas regulatórias não fossem adotadas, embora todos os indivíduos perseguissem racionalmente seus interesses máximos utópicos, quando da coletivização das condutas adotadas por todos os indivíduos, estes implementariam seus interesses em medida menor do que aquela que teria sido atingida caso a medida regulatória houvesse restringido suas condutas (interesses máximos faticamente possíveis).

Imagine-se um caso de falha de mercado dos “problemas de coordenação em sentido lato ou dilema do prisioneiro” corporificado na existência de um “leilão negativo predatório” realizado entre candidatos a um posto de trabalho. Dez candidatos comparecem para entrevista destinada a selecionar tão somente um empregado. Simplificando o exemplo, trata-se de vaga que exige pouca qualificação, de forma que as qualidades profissionais e os currículos dos candidatos não farão diferença para a seleção realizada pelo patrão. A escolha do candidato a ser contratado levará em consideração unicamente o critério custo para o empregador. Há um consenso no mercado de que o salário justo pela função é o de R\$ 2.000,00 por 35 horas de jornada semanais. Por fim, cada um dos candidatos será entrevistado pelo patrão de forma individual e privada a portas fechadas, enquanto os demais nove candidatos permanecem no corredor a esperar suas vezes.

Neste cenário, eis o “melhor dos mundos” para o candidato “A”: antes de entrar na sala para ser entrevistado, combina com os demais nove candidatos que ninguém deva concordar com proposta do patrão inferior a R\$ 2.000,00 de salário nem superior a 35 horas de jornada semanais para aceitar o emprego. Ao entrar na sala privativa, por sua vez, “A” se compromete na entrevista a trabalhar por R\$ 1.999,99 de salário bem como em jornada de 36 horas semanais. “A”, desta forma, age de forma perfeitamente racional. Busca a garantia de conseguir o emprego (ao oferecer proposta que será melhor que a dos demais candidatos), tendo prejuízo mínimo (trabalhar somente uma hora a mais, por apenas um centavo a menos).

Ocorre, porém, que o candidato “B”, tão logo entra na sala em sua vez, é informado pelo patrão que o candidato “A” já concordou em receber R\$ 1.999,99 por 36 horas de trabalho semanais. Desta forma, “B”, necessitando do emprego para sustentar sua família, se prontifica a trabalhar por R\$ 1.500,00 durante 38 horas semanais. E assim segue o processo seletivo até a entrevista do candidato “J”, que acaba se “oferecendo” para trabalhar durante 45 horas semanais por injustos R\$ 500,00.

No exemplo imaginado, absolutamente nenhum dos candidatos à vaga de trabalho, a rigor, realizou escolha ou manifestação de vontade irracional. Pelo contrário, não houve qualquer irregularidade interna ao processo de formação de vontade dos candidatos, que escolheram condutas racionais e em conformidade com suas autonomias imediatas e superficiais. Ocorre, entretanto, que, em decorrência das peculiaridades inerentes à falha de mercado dos “problemas de coordenação em sentido lato”, as escolhas racionais sob um plano de análise individual de tais indivíduos, quando coletivizadas em interação com as escolhas dos demais agentes, não correspondem ao exercício da autonomia real e consistente dos mesmos.

Mais que as escolhas racionais e em conformidade com a autonomia imediata e superficial dos agentes não corresponderem à autonomia real e consistente destes mesmos indivíduos, resta claro que tais agentes não possuem, diante da falha de mercado dos “problemas de coordenação em sentido lato”, condições mínimas de igualdade necessárias ao exercício de suas autonomias quando da negociação com o patrão.

O estabelecimento de medidas regulatórias neste caso, portanto, ao combater a falha de mercado dos “problemas de coordenação em sentido estrito”, deveria simultaneamente coordenar bem como restringir em certa medida as pretensões contrapostas dos agentes envolvidos, impondo de forma coercitiva aos trabalhadores um determinado salário mínimo bem como uma jornada máxima de trabalho. Ademais, as medidas regulatórias de natureza

paternalista destinadas a combater a falha de mercado dos “problemas de coordenação” encontram-se justificadas no pilar liberal-igualitário da premissa liberal-republicana ao implementarem a autonomia real e consistente dos agentes regulados bem como ao restabelecerem as condições igualitárias mínimas dos mesmos.

Mas, tal qual exposto, as medidas regulatórias de natureza paternalista destinadas a combater as falhas de mercado da “assimetria de informações” e dos “problemas de coordenação” não são as únicas medidas regulatórias de natureza paternalista que podem encontrar justificação jurídico-moral diante da premissa liberal-republicana. Saindo do paradigma econômico clássico da racionalidade, também o instituto das “ações irracionais em heurística” proposto contemporaneamente pela economia comportamental pode se prestar (eventualmente e em situações excepcionais) como razão a justificar as medidas regulatórias de natureza paternalista com base no pilar liberal-igualitário da premissa liberal-republicana. Também neste caso as medidas regulatórias paternalistas se encontrarão justificadas jurídico-moralmente perante a premissa liberal-republicana ao implementarem a autonomia real e consistente dos próprios agentes regulados bem como ao restabelecerem as condições igualitárias destes mesmos indivíduos.

O conceito de “ações irracionais em heurística” já foi devidamente apresentado na Parte I da tese<sup>489</sup> como um instituto surgido em antítese à posição econômica clássica da racionalidade pura. Defendem os adeptos da economia comportamental e da psicologia social, em intensidades maiores ou menores, a relativização ou mesmo o rompimento com a *Rational Choice Theory-RCT*. Segundo a *RCT*, poder-se-ia estabelecer um modelo de *homo economicus* segundo o qual os indivíduos sempre e invariavelmente agem de forma estritamente racional com o intuito de maximizar seus próprios interesses.

No entender dos autores da economia comportamental, o modelo do *homo economicus* seria totalmente utópico e simplesmente incompatível com os seres humanos reais verificados no mundo empírico dos fatos. Os seres humanos reais, muito além de agirem sempre de forma racional e egoísta na busca de maximização de seus próprios interesses, atuam sob influências emocionais, psicológicas, culturais, morais, políticas entre inúmeros outros fatores. Seria um fato empírico inegável o de que os indivíduos frequentemente agem de forma não completamente racional ou mesmo, por vezes, completamente irracional.

Mais que isto, destacam ainda os autores da economia comportamental que, em decorrência da influência dos fatores não racionais mencionados, os indivíduos

---

<sup>489</sup> V. Capítulo I.3.2 *supra*.

frequentemente realizam escolhas e adotam condutas erradas em relação a seus próprios desejos reais. A saber, por agirem sob influência de fatores não racionais, escolhem e adotam condutas que são meios incompatíveis com o atingimento das finalidades que valorizam. A maior prova empírica de tal afirmação seria o próprio fato de que os indivíduos muitas vezes se arrependem no futuro de escolhas que realizaram no passado, o que pode ser sinal exterior de que tais escolhas passadas, influenciadas por fatores não racionais, não corresponderiam à real e consistente autonomia desses mesmos agentes.

O instituto econômico das ações irracionais em heurística, portanto, também pode se apresentar como útil instrumental na tarefa de distinção das situações cujas peculiaridades fáticas seriam indicadoras de as autonomies dos agentes se encontrarem bipartidas em autonomia imediata e autonomia mediata. A saber, as escolhas realizadas de forma irracional pelos agentes corresponderiam tão somente às autonomies superficiais e imediatas dos mesmos, não sendo exercício das reais e consistentes autonomies destes próprios indivíduos.

Desta forma, as medidas regulatórias de natureza paternalista destinadas a combater as ações irracionais em heurística, tal qual as medidas regulatórias de natureza paternalista destinadas a combater as falhas de mercado da “assimetria de informações” e dos “problemas de coordenação”, também se encontrariam justificadas diante da premissa liberal-republicana com base no pilar liberal-igualitário. Tal qual as medidas regulatórias de natureza paternalista destinadas a combater as falhas de mercado mencionadas, as medidas regulatórias de natureza paternalista destinadas a combater as ações irracionais em heurística encontram justificção especificamente na implementação da autonomia real e consistente dos próprios agentes regulados bem como no restabelecimento das condições igualitárias dos mesmos.

Neste ponto, porém, duas importantes observações devem ser realizadas. Primeiramente, conforme amplamente defendido pela presente tese<sup>490</sup>, não é toda e qualquer simplória influência de fatores não puramente racionais que deve ser suficiente para que uma escolha de um agente possa ser classificada de “ação irracional em heurística” no sentido conferido pela releitura jurídico-moral proposta para fins de se encontrar justificado o estabelecimento de uma medida regulatória de natureza paternalista destinada a combater tal ação irracional em heurística.

O fato de ser correta e inegável a constatação empírica destacada pela economia comportamental de que os indivíduos frequentemente agem influenciados por fatores outros que não a razão pura não significa que necessariamente tais ações devam ser consideradas não

---

<sup>490</sup> V. Capítulo II.6.B *supra*.

autônomas. O fato de os agentes adotarem ações não apenas baseadas em razão pura não significa necessariamente que tais ações correspondam apenas a uma autonomia imediata e superficial destes indivíduos, não representando exercício da autonomia real e consistente dos agentes. Em uma leitura jurídico-moral do instituto, deve-se entender por “ações irracionais em heurística” especificamente para os fins de justificação jurídico-moral das medidas regulatórias paternalistas diante da premissa liberal-republicana tão somente aquelas escolhas que não atendam a um patamar mínimo de racionalidade, denotando completa ou quase que completa irracionalidade.

A segunda importante observação a ser realizada, em sentido semelhante, é a de que nem todo e qualquer banal arrependimento futuro realizado por um indivíduo em relação a escolha que realizou no passado deve ser entendido como sinônimo de que a escolha realizada no passado foi completamente irracional e, por conseqüência, não compatível com a autonomia real e consistente do agente. Justamente pelo contrário, via de regra, é comum que as pessoas se arrependam das mais diversas escolhas que realizam diuturnamente. Mais que isto, a obrigação de os indivíduos suportarem as conseqüências das escolhas que realizaram no passado ainda que tenham se arrependido das mesmas constitui parte significativa do próprio conceito de autonomia individual. Ou seja, “autonomia individual” deve ser entendida tanto como a capacidade de um agente escolher seus próprios planos de vida bem como a responsabilidade de tal indivíduo em suportar as conseqüências decorrentes das escolhas que realizou autonomamente.

Mas como separar, portanto, tais mudanças de opinião, erros e arrependimentos ordinários das situações peculiares e excepcionais que realmente denotam que a escolha realizada no passado não correspondia à autonomia real e consistente do agente? Como distinguir os casos em que os agentes realizem escolhas influenciadas por fatores psico-emocionais mas que sejam perfeitamente autônomas das escolhas completamente ou quase que completamente irracionais e, portanto, não autônomas?

Este parece ser o ponto em que os conhecimentos desenvolvidos pela economia comportamental parecem poder ser mais úteis. Ocorre que os fatores apontados pelos autores da economia comportamental, a partir dos conhecimentos desenvolvidos com base na observação empírica diuturna, como frequentemente responsáveis por ensejar a tomada de ações irracionais em heurística pelos agentes devem passar a servir de indícios da existência no caso concreto de ações de tal natureza. Verificados em um caso concreto os fatores apontados pela economia comportamental como frequentemente causa da adoção de ações

irracionais em heurística, poder-se-á afirmar haver indícios da existência no caso concreto de ações irracionais em heurística.

Conforme já foi relatado, os economistas adeptos da economia comportamental fornecem inúmeros fatores fáticos cujas especificidades tenderiam a ensejar com maior frequência a adoção de ações irracionais em heurística pelos agentes econômicos. Neste ponto, foram destacados os casos de otimismo<sup>491</sup> dos indivíduos quando da subavaliação de risco próprio, os casos de superavaliação de riscos quando da utilização de eventos trágicos recentes na memória<sup>492</sup>, os casos de “efeito de manada”<sup>493</sup>, os casos de inércia ou comportamento default<sup>494</sup>, os casos que envolvam opções que gerem efeitos diferidos no tempo<sup>495</sup> e os casos que envolvam o consumo de substâncias que provoquem efeitos viciantes.

Os fatores apontados pela economia comportamental consistem em indícios “causais”. A saber, tais fatores, quando presentes em determinada situação fática, geralmente se apresentam como causa a provocar como consequência a tomada futura de ações irracionais em heurística pelos agentes. Desta forma, tais elementos podem ser considerados indícios “causais” pois, verificada em um caso concreto a presença dos mesmos, é provável que em tal situação concreta os agentes adotarão futuramente ações irracionais em heurística.

Mas não são apenas os fatores fáticos apresentados pela economia comportamental como tendentes a ensejar com maior frequência a adoção de ações irracionais em heurística que podem servir de indícios da existência de tais ações em um caso concreto. Ocorre que, além dos indícios “causais”, certamente elementos fáticos de natureza “consequencial”, devido a suas peculiaridades, também poderiam ser apontados como indícios da existência de ações irracionais em heurística.

Neste caso, tais fatores poderiam ser denominados de indícios “consequenciais”. A saber, tais fatores, quando percebidos em determinada situação fática, geralmente se apresentam como consequência decorrente da tomada no passado de ações irracionais em heurística pelos agentes. Desta forma, tais elementos podem ser considerados indícios “consequenciais” pois, verificada em um caso concreto a presença dos mesmos, é provável

---

<sup>491</sup> WEINSTEIN, Neil D.. “Optimistic Biases About Personal Risks”. In *Science*. 246.4935. 1989.

<sup>492</sup> KAHNEMAN, Daniel & TVERSKY, Amos. “Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases”. In *Science*. Vol 185. N. 4157. 1974.

<sup>493</sup> BANERJEE, Abhijit V.. “A Simple Model of Herd Behavior”. In *The Quarterly Journal of Economics*. 107 (3). 1992.

<sup>494</sup> MADRIAN, Brigitte C. & SHEA, Dennis F.. “The Power of Suggestion: Inertia in 401 (k) Participation and Savings Behavior”. In *The Quarterly Journal of Economics*. 116 (4). 2001.

<sup>495</sup> V. SHANE, Frederick. “Time Discounting and Time Preference: A Critical Review”. In *Journal of Economic Literature*. V. 40. N. 2. 2002. V. tb. MADRIAN, Brigitte C. & SHEA, Dennis F.. “The Power of Suggestion: Inertia in 401 (k) Participation and Savings Behavior”. In *The Quarterly Journal of Economics*. 116 (4). 2001.

que em tal situação concreta os agentes tenham adotado no passado ação irracional em heurística.

São dois os fatores fáticos constitutivos dos mencionados “indícios consequenciais”:  
(i) a gravidade do dano sofrido por um agente em decorrência de conduta que este próprio indivíduo adotou, e (ii) a probabilidade de um agente sofrer dano decorrente de conduta que este próprio indivíduo adotou.

Ou seja, no entender da presente tese, tanto os fatores apontados pela economia comportamental como frequentemente causas a ensejar a tomada de ações irracionais por agentes (indícios “causais”) quanto os fatores que se acaba de mencionar como frequentemente conseqüências da tomada de ações irracionais por agentes (“indícios consequenciais”), uma vez verificados em determinada situação concreta, se apresentam como indicadores da provável existência de ação irracional em heurística.

Ocorre que, tal qual destacado anteriormente<sup>496</sup>, os elementos apontados acima não se submetem a uma lógica “tudo ou nada”, mas sim de grau. Desta forma, ao serem aplicados em conjunto, os diversos elementos causais e consequenciais apontados acima podem servir de *standards* causais e consequenciais que indiquem de forma razoavelmente objetiva o maior ou menor grau de racionalidade provavelmente inerente à escolha realizada pelos agentes.

Somente quando a aplicação conjunta dos elementos causais e consequenciais mencionados apontar para escolha que provavelmente não tenha atendido a um requisito mínimo de racionalidade, apresentando-se provavelmente completa ou quase completamente irracional, poder-se-á falar em “ação irracional em heurística” no sentido atribuído ao termo pela releitura jurídico-moral que foi conferida ao mesmo. Somente quando a aplicação conjunta dos *standards* causais e consequenciais apontar para caso em que provavelmente a escolha de um agente tenha sido completamente irracional poder-se-á falar em medida regulatória de natureza paternalista justificada jurídico-moralmente no pilar liberal-igualitário da premissa liberal-republicana ao restringir a escolha do agente com o intuito de proteger a autonomia real e consistente do mesmo bem como de restabelecer as condições igualitárias deste indivíduo.

Imagine-se o exemplo da obrigatoriedade de filiação dos trabalhadores brasileiros a um regime básico de previdência social. Como se sabe, segundo o art. 201 da Constituição da

---

<sup>496</sup> V. Capítulo II.6.B *supra*.

República Federativa do Brasil de 1988<sup>497</sup>, todo e qualquer trabalhador brasileiro deve compulsoriamente se filiar a um regime básico de previdência social. Os regimes básicos de previdência social se dividem em RGPS e RPPS. Os empregados celetistas, cujas relações de trabalho são regidas pela CLT, são filiados ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS), enquanto os servidores públicos ocupantes de cargos efetivos, cujas relações de trabalho são estatutárias, são filiados ao Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) específico do ente federativo para o qual trabalham. Não há, porém, a possibilidade de um trabalhador optar por não possuir nenhum regime básico de previdência social. Os trabalhadores podem optar por aderir ou não a um plano de previdência complementar pública ou privada, fechada ou aberta. Nunca, porém, podem os trabalhadores optar por não se encontrarem filiados a nenhum regime básico de previdência (RGPS ou RPPS).

Verifica-se no caso nítida medida jurídica regulatória de natureza paternalista cuja raiz filosófica possui bases liberais-igualitárias assentadas na bipartição da autonomia dos indivíduos. As escolhas dos indivíduos no caso se encontram limitadas (tais indivíduos não podem optar por não serem filiados a um regime básico de previdência social) com o objetivo de proteger direitos de titularidade destes próprios indivíduos (garantindo que estes indivíduos possuam no futuro o direito ao recebimento de uma renda mínima), apresentando tal medida jurídica regulatória natureza nitidamente paternalista.

A adoção de tal medida jurídica regulatória de natureza paternalista se encontra justificada jurídico-moralmente ao decorrer diretamente do fato de a autonomia de tais indivíduos se encontrar bipartida no caso concreto em autonomia imediata e autonomia mediata, se encontrando a limitação das escolhas dos agentes fundamentada na implementação da autonomia real e consistentes destes próprios indivíduos bem como no restabelecimento das condições igualitárias dos mesmos.

Mas como é possível se estabelecer com certa segurança e objetividade que, no caso concreto, existe tal bipartição da autonomia dos agentes, não possuindo tais indivíduos condições mínimas igualitárias nem correspondendo a autonomia imediata dos mesmos à autonomia real e consistente? A explicação se encontra em dois indícios causais de ação irracional em heurística: os efeitos diferidos no tempo e a inércia. A saber, verificadas no caso concreto as peculiaridades fáticas consistentes nos efeitos diferidos no tempo e na inércia,

---

<sup>497</sup> “**Art. 201-** A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:...”



haveria grande probabilidade de os indivíduos adotarem, caso não imposta medida paternalista, ações irracionais em heurística. Explica-se.

Nenhuma pessoa gosta de pagar contribuições pecuniárias. Eis os custos inerentes à opção dos indivíduos por se filiarem a um regime de previdência social. Tais custos apresentam efeitos temporais imediatos. Tão logo se filiem a um regime de previdência social, os indivíduos devem passar a arcar imediatamente com contribuições pecuniárias no presente. Os benefícios decorrentes da opção dos indivíduos por se filiarem a um regime de previdência social, entretanto, apresentam efeitos temporais diferidos. A saber, somente em futuro remoto os indivíduos que realizaram a opção pela filiação ao regime de previdência poderão gozar e usufruir dos benefícios em tela. A consequência dos efeitos diferidos no tempo será a de que os indivíduos tenderão a agir de forma imediatista, realizando uma análise equivocada das informações disponíveis.

A influência do fator inércia é ainda mais fácil de ser visualizada no caso concreto. De acordo com os conhecimentos desenvolvidos pela economia comportamental a partir da reiterada observação empírica, os seres humanos possuem uma forte tendência a permanecer inertes, salvo uma força significativa a romper tal situação. No caso em tela, ainda que a opção mais racional seja a de os trabalhadores se filiarem a um regime básico de previdência, caso tal filiação não fosse obrigatória muito possivelmente os agentes não se filiassem simplesmente por uma questão de inércia.

Desta forma, tanto por força de os custos e os benefícios inerentes às escolhas dos indivíduos apresentarem efeitos diferidos no tempo quanto em decorrência da tendência à inércia, provavelmente ocorreria a tomada de ação irracional em heurística pelos agentes. Em decorrência das peculiaridades mencionadas, a autonomia dos indivíduos se encontra bipartida. A autonomia imediatamente manifestada pelos indivíduos não corresponde à autonomia mediata e consistente dos mesmos. Além disto, tais indivíduos não possuem as condições igualitárias mínimas necessárias ao exercício de suas autonomias. Desta forma, a adoção da medida jurídica regulatória de natureza paternalista em tela (restrição da liberdade dos indivíduos ao impor a filiação compulsória dos mesmos a um regime de previdência em benefício destes próprios indivíduos), em decorrência da existência de ação irracional em heurística, apresenta raiz filosófica liberal-igualitária consistente na proteção da autonomia e das condições igualitárias do próprio agente regulado.

A conclusão a que se chegou acerca de estar-se diante de ação irracional em heurística, entretanto, não se baseia única e exclusivamente na aplicação dos fatores efeitos diferidos no

tempo e inércia. Tal qual exposto, a investigação acerca do provável grau de racionalidade inerente à escolha realizada pelo agente no caso concreto não deve consistir na aplicação isolada de apenas um ou alguns dos *standards* causais e consequenciais desenvolvidos. Pelo contrário, quão maior o número de *standards* causais e consequenciais utilizados de forma conjunta, maiores a segurança e a objetividade com as quais se poderá definir o grau de racionalidade provavelmente inerente à escolha realizada por um agente em determinado caso concreto.

No caso da filiação compulsória dos trabalhadores a um regime de previdência, certamente as conclusões quanto ao provável grau de racionalidade dos agentes seriam diversas caso não se tratasse de um regime “básico”, mas sim de um regime complementar. Ocorre que, em se tratando da recusa de um trabalhador em realizar mesmo um plano básico de previdência, restando completamente desamparado financeiramente no futuro, certamente o *standard* consequencial da gravidade do dano também aponta para provável alto grau de irracionalidade inerente à escolha do trabalhador de não se filiar.

Basta uma simplória análise comparativa para provar o ponto. Caso se estivesse discutindo a omissão de um procurador do estado, já compulsoriamente filiado ao RPPS do Estado, em realizar um plano de previdência complementar, certamente seria mais difícil caracterizar a conduta escolhida de irracional em heurística. Perceba-se que, tal qual na análise da escolha de filiação a um regime previdenciário básico, dois *standards* causais se aplicam de forma idêntica à análise da escolha de não se filiar a um regime complementar: tanto o dos efeitos diferidos no tempo quanto o da inércia.

Por um lado, quando da decisão acerca de poupar no presente para receber no futuro rendimentos de uma previdência complementar, tal qual no caso da decisão acerca da filiação a um regime previdenciário básico, encontra-se presente o fator “efeitos diferidos no tempo”, indício causal da tomada de ações irracionais em heurística. Por outro lado, quando da decisão acerca de poupar no presente para receber no futuro rendimentos de uma previdência complementar, tal qual no caso da decisão acerca da filiação a um regime previdenciário básico, também encontra-se presente o fator “inércia”, indício causal da tomada de ações irracionais em heurística.

Nada obstante, quando da utilização de mais um *standard* (no caso, o indício consequencial da gravidade do dano), a análise se torna ainda mais completa e segura quanto ao provável grau de racionalidade inerente à escolha realizada em cada um dos casos. Neste sentido, quando da decisão acerca de filiação a uma plano de previdência complementar, não

há dano de grande gravidade a ser sofrido em caso de não filiação, eis que as necessidades básicas do agente serão mantidas pelos rendimentos decorrentes do regime de previdência básico. O fator consequencial “gravidade do dano”, portanto, não aponta para provável grau de irracionalidade quando da escolha por um agente de não realizar uma previdência complementar.

Quando da decisão de um trabalhador, entretanto, por não se filiar nem mesmo a um regime básico de previdência, estar-se-ia diante de dano de natureza gravíssima a ser suportado pelo próprio agente no futuro, eis que o mesmo restará completamente desprovido de recursos para fazer face a suas necessidades básicas. O fator consequencial “gravidade do dano”, portanto, somado aos já mencionados fatores causais dos “efeitos diferidos no tempo” e da “inércia”, apresenta-se como indício de provável alto grau de irracionalidade inerente à escolha do agente pela não filiação, justificando-se a medida regulatória paternalista destinada a combater a ação irracional em heurística.

Na seara pertinente ao direito à saúde e à vida, em inúmeras situações, o fator causal dos “efeitos diferidos no tempo” se encontra presente simultaneamente junto com o fator causal “substância com efeito viciante”, gerando provavelmente os casos mais complexos acerca do questionamento do provável grau de racionalidade inerente às escolhas realizadas pelos agentes bem como acerca da justificção ou não jurídico-moral das medidas regulatórias paternalistas eventualmente impostas.

Por que as pessoas comeriam *junk food*<sup>498</sup>, sendo certo que o consumo de tais produtos faz bastante mal à saúde? Diferentes respostas poderiam ser conferidas a esta pergunta a depender do contexto.

Uma primeira resposta poderia ser a de que muitas pessoas simplesmente ainda não sabem que consumir *junk food* faz tão mal assim. Neste caso, estar-se-ia, ainda dentro do paradigma clássico da racionalidade, diante do tradicional instituto da falha de mercado da “assimetria de informações”. A saber, o agente consumidor de *junk food*, ao realizar a escolha de consumir tais produtos, simplesmente não possui as informações necessárias à correta análise de custo-benefício inerente à decisão que irá tomar. Pelo lado dos benefícios, o gosto da comida é extremamente saboroso. Pelo lado dos custos, não vislumbra nada além do preço em dinheiro cobrado pela lanchonete.

---

<sup>498</sup> Para maiores informações acerca da definição de *junk food* bem como de seus impactos específicos sobre a saúde humana, v. PERL, Lila. *Junk Food, Fast Food, Health Food. What America eats and why*. New York: Houghton Mifflin/Clarion Books. 1980. V. Tb. KNIGHTON, Kate. *Why shouldn't I eat junk food?*. London: Usborne Publishing. 2008. V. Tb. PIEHL, Norah. *Should Junk Food be sold in schools?*. Greenhaven Press. 2011.

Com base nas informações que possui, o agente atua de forma perfeitamente racional, não havendo qualquer vício em sua formação interna de vontade ao escolher consumir *junk food*. Nada obstante, em decorrência de peculiaridades do mercado (a assimetria de informações), o atuar racional do agente será contrário à implementação de sua real e consistente autonomia. Da mesma forma, restará nítido que o agente não possui condições mínimas de igualdade para exercer corretamente sua autonomia.

Assim, uma medida regulatória paternalista que restrinja a escolha de consumo de tal agente com o intuito de proteger a saúde do mesmo eventualmente poderá encontrar justificção jurídico-moral no pilar liberal-igualitário da premissa liberal-republicana. A saber, ao combater a falha de mercado da assimetria de informações, a regulação estará implementando a autonomia real e consistente do próprio agente regulado, bem como restabelecendo suas condições mínimas de igualdade.

Não há dúvidas de que ainda há indivíduos (principalmente os de menor nível de escolaridade) que desconhecem os efeitos negativos do consumo de *junk food* sobre a saúde. Nada obstante, trata-se de situação cada vez mais rara através da disseminação da informação.

Neste sentido, uma segunda resposta à questão formulada seria a de que os indivíduos consomem *junk food*, mesmo cientes de que tal prática provoca danos à saúde, em virtude de agirem de forma irracional. A saber, os agentes escolheriam consumir tais produtos em decorrência da influência de fatores não racionais, tratando-se de escolha que não corresponde à autonomia real e consistente destes mesmos indivíduos. Mais que isto, tais agentes não possuiriam as condições igualitárias necessárias ao exercício de autonomia real e consistente.

Portanto, uma medida regulatória paternalista que restrinja a escolha de consumo de tais agentes com o intuito de proteger a saúde dos mesmos eventualmente poderá encontrar justificção jurídico-moral no pilar liberal-igualitário da premissa liberal-republicana. A saber, ao combater a ação irracional em heurística, a regulação estará implementando a autonomia real e consistente dos próprios agentes regulados, bem como restabelecendo suas condições mínimas de igualdade.

Ocorre, porém, que uma terceira resposta poderia ser conferida à questão formulada. Poder-se-ia responder que os indivíduos consomem *junk food* simplesmente pois esta é a escolha perfeitamente racional, informada e autônoma de tais agentes. A saber, trata-se de indivíduos que possuem a informação de que consumir tais produtos provoca danos. Nada obstante, no exercício de suas autonomias, escolheram projeto de vida privada (que não afeta qualquer terceiro e ao qual deve ser conferido igual respeito e consideração por um Estado

neutro) em que o prazer do consumo compensa conscientemente os danos a serem suportados pela saúde.

Neste caso, qualquer medida regulatória paternalista que restrinja a escolha de tais indivíduos de consumir *junk food* com o intuito de proteger a saúde destes mesmos agentes se encontrará despida de legitimação jurídico-moral perante o paradigma liberal-republicano. Justamente pelo contrário, eventual medida paternalista nos termos propostos violará frontalmente tanto a autonomia do agente regulado quanto seu direito a igual respeito e consideração.

Como saber, portanto, como agir no caso da regulação do consumo de *junk food*? A questão da legitimação jurídico-moral da regulação do consumo de *junk food* é certamente uma das mais polêmicas e sensíveis entre as mais diversas medidas regulatórias de natureza paternalista. Isto pois trata-se de situação concreta cujas peculiaridades fáticas, embora apresentem alguns dos fatores elencados acima como indícios causais e consequenciais de provável irracionalidade, o fazem tão somente em uma intensidade moderada, não capaz de ser prova incontestada de estar-se diante de escolha irracional por parte dos agentes. Eis a angústia de trabalhar-se com *standards* cuja aplicação não se presta à lógica do “tudo ou nada”, mas sim à lógica da aplicação em grau.

Quando da análise da situação em tela, percebe-se a presença dos efeitos diferidos no tempo. A saber, embora o prazer imediato do consumo da *junk food* seja benefício auferido no tempo presente, os custos consistentes nos danos à saúde somente serão suportados em momento futuro diferido. Neste sentido, de fato, os agentes tendem a não levar a sério os custos quando da análise de custos-benefícios inerente à opção que deverão realizar, havendo indício, por este *standard* causal, de escolha provavelmente em alguma medida irracional.

Ademais, outro fator causal perceptível é o da presença de substâncias que provoquem efeitos em alguma medida viciantes. Atualmente já há alguns estudos que alertam para o fato de que o consumo reiterado e diuturno de *junk food* gera um certo grau de dependência<sup>499</sup>. De fato, inúmeras pessoas possuem enorme dificuldade para interromper o consumo de tais produtos. Talvez, portanto, fosse possível também por força deste fator causal argumentar-se

---

<sup>499</sup> Não se pretende aqui afirmar que *junk food* e refrigerantes constituem ou não constituem substâncias em algum grau viciantes ou aditivas em termos químicos, mesmo porque o autor da presente tese não possui conhecimentos técnicos para tanto. Há, entretanto, estudos neste sentido, afirmando que o consumo de *junk food* produz sim efeitos viciantes em um sentido químico-biológico. V. <http://veja.abril.com.br/noticia/saude/junk-food-pode-ser-tao-viciante-quanto-heroina>.

De qualquer forma, não é este o ponto. Ainda que possua natureza psicológica, é fato que o consumo reiterado de *junk food* e de refrigerantes apresenta um efeito viciante e aditivo. Quando consumidos tais produtos com frequência e de forma reiterada e ininterrupta, a vontade de consumi-los aumenta, sendo difícil optar por não consumir os mesmos.

a provável existência de algum grau de irracionalidade inerente à escolha de consumir *junk food*.

Ocorre, porém, que, em uma comparação com outras substâncias como o tabaco e o álcool, os efeitos viciantes decorrentes da *junk food* não parecem tão intensos.

Ademais, aplicando-se em conjunto outros *standards* causais e conseqüenciais, o grau de irracionalidade provavelmente inerente à escolha pelo consumo de *junk food* também não parece tão elevado. No que diz respeito ao “indício conseqüencial” da gravidade do dano, há inúmeros estudos que relacionam o consumo de *junk food* a problemas sérios de saúde como problemas do coração que podem levar à morte. Nada obstante, quando examinado o “indício conseqüencial” da probabilidade de ocorrência de tal dano, o peso conferido pela gravidade dos danos potenciais se reduz bastante.

Ocorre que o consumo de *junk food* atua no nexo de causalidade como uma concausa, como um entre diversos fatores a ensejar, caso verificados cumulativamente, os terríveis potenciais danos à saúde. Ainda que um indivíduo consuma bastante *junk food*, trata-se de apenas um entre os inúmeros fatores de risco para um ataque cardíaco (tabagismo, obesidade, genética, sedentarismo, pressão arterial, entre outros).

Por outro lado, a solução acerca da legitimação jurídico-moral de medida regulatória paternalista no âmbito do consumo de *junk food* evidentemente deverá passar também pelo ângulo da intensidade interventiva do meio regulatório adotado. Uma regulação que recaia sobre a variável regulatória do fornecimento compulsório de informações tende a ser menos invasiva.

Inúmeras medidas neste sentido poderiam ser citadas. Em 17 de julho de 2003, o então Prefeito César Maia promulgou o Decreto nº 23.148/03<sup>500</sup>, que estabeleceu a obrigatoriedade de as lojas de *fast food* disponibilizarem informações nutricionais acerca das refeições por elas comercializadas.

O Executivo não foi o único dos Poderes municipais a abordar o tema. A Câmara dos Vereadores do Município do Rio de Janeiro, em 24 de outubro de 2003, promulgou a Lei Ordinária Municipal/Rio de Janeiro nº 3.670/03<sup>501</sup>. Indo bem mais longe que o Decreto Municipal/Rio de Janeiro nº 23.148/03, a Lei Municipal/Rio de Janeiro nº 3.670/03, além de estabelecer a obrigatoriedade de supermercados, padarias, açougues e qualquer comércio de

---

<sup>500</sup> Decreto do Município do Rio de Janeiro nº 23.148/03 disponível em [http://www2.rio.rj.gov.br/vigilanciasanitaria/legislacao/decmunicipal23148\\_03.pdf](http://www2.rio.rj.gov.br/vigilanciasanitaria/legislacao/decmunicipal23148_03.pdf).

<sup>501</sup> Lei Ordinária do Município do Rio de Janeiro nº 3.670/03 disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/260801/lei-3670-03-rio-de-janeiro-rj>.

alimentos exibirem informações nutricionais, cominou multa para os casos de descumprimento de tal obrigação. Menos de um ano depois, em 01º de abril de 2004, a Câmara dos Vereadores do Município do Rio de Janeiro promulgou a Lei Ordinária Municipal/Rio de Janeiro nº 3.731/04<sup>502</sup>. Tal Lei novamente impôs a bares, hotéis, restaurantes, *fast foods*, sorveterias, delicatesses e outros estabelecimentos a divulgação dos valores calóricos dos produtos comercializados bem como fixou multas para o caso de descumprimento da obrigação. Além disso, foi determinada a necessidade de elaboração de relação de alimentos por nutricionista credenciado na Cidade do Rio de Janeiro bem como estabelecida a competência da Secretaria Municipal de Saúde para fiscalizar o cumprimento da Lei. Por fim, em 01º de outubro de 2007, foi promulgada a Lei Estadual/Rio de Janeiro nº 5.095/07<sup>503</sup>, que obriga que os produtos que contenham gordura trans explicitem tal informação em suas embalagens.

Ocorre, entretanto, que as medida regulatórias de combate ao consumo de *junk food* não se limitaram a regulações sobre a variável das informações. Primeiramente, o Município do Rio de Janeiro, através do art. 1º, *caput*, do Decreto nº 21.217/02<sup>504</sup>, estabeleceu a proibição de distribuição e de consumo de *junk food* nas escolas da rede municipal carioca de ensino. Em 11 de janeiro de 2005, por sua vez, foi promulgada a Lei Estadual/Rio de Janeiro nº 4.508/05<sup>505</sup>, que proibiu que os bares e cantinas instalados dentro das escolas públicas e privadas vendessem produtos contidos em uma lista de *junk food*, como salgadinhos e refrigerantes em um rol exemplificativo de “produtos que colaborem com a obesidade infantil”.

<sup>502</sup> Lei Ordinária do Município do Rio de Janeiro nº 3.731/04 disponível em <http://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/contlei.nsf/bff0b82192929c2303256bc30052cb1c/e1bbbd0858886c18032576ac0072ea6b?OpenDocument&ExpandSection=-1>. A referida Lei Ordinária do Município do Rio de Janeiro nº 3.731/04 teve sua inconstitucionalidade declarada pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro quando do julgamento (já transitado em julgado) da Representação por Inconstitucionalidade nº 2004.007.00119 (0037052.89.2004.8.19.0000). Os fundamentos que embasaram tal decisão afirmaram ser a Lei formalmente inconstitucional por violar tanto a competência da União para legislar sobre direito do consumidor quanto por violar a iniciativa privativa da Chefia do Executivo par impor gastos e atribuições à Secretaria Municipal de Saúde. Outrossim, entendeu-se que a Lei seria também materialmente inconstitucional por violar o princípio da proporcionalidade, eis que as restrições trazidas não seriam proporcionais aos benefícios pretendidos, sem que se fizesse qualquer consideração mais aprofundada sobre o tema.

<sup>503</sup> Lei Ordinária do Estado do Rio de Janeiro nº 5.095/07 disponível em <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/f25edae7e64db53b032564fe005262ef/3bf30cda195109948325736900653379?OpenDocument>.

<sup>504</sup> Decreto Municipal do Rio de Janeiro nº 21.217/02, de 01º de abril de 2002. In [http://www2.rio.rj.gov.br/vigilanciasanitaria/legislacao/decmunicipal21217\\_02.pdf](http://www2.rio.rj.gov.br/vigilanciasanitaria/legislacao/decmunicipal21217_02.pdf).

<sup>505</sup> Lei Ordinária do Estado do Rio de Janeiro nº 4.508/05 disponível em <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/f25edae7e64db53b032564fe005262ef/ddf43c9ebad9c69183256f890069ac03?OpenDocument>.

Além das medidas regulatórias abstratas expostas, de cunho normativo, a guerra à *junk food* também já apresentou atos jurídicos sancionatórios de natureza concreta. Em 06 de dezembro de 2011, o *McDonald's* (provavelmente maior expoente mundial de *junk food* junto com a *Coca-cola*) foi multado em R\$ 3,1 milhões pelo PROCON de São Paulo devido à associação da venda de alimentos com brinquedos<sup>506</sup>. O caso havia sido denunciado pelo Projeto Criança e Consumo, do instituto Alana. Segundo a denúncia, com a venda do McLanche Feliz, “o *McDonald's* cria uma lógica de consumo prejudicial e incentiva a formação de valores distorcidos, bem como a formação de hábitos alimentares prejudiciais à saúde.”.

As medidas expostas acima, embora ultrapassem a regulação da variável das informações, proibindo o consumo de *junk food* em certas situações, até poderiam ser suportadas com fundamento na proteção da autonomia dos incapazes. Poder-se-ia adotar medidas paternalistas mais invasivas nestes casos tendo-se em vista que a autonomia dos menores ainda não é exercida perfeitamente pelos mesmos de forma direta e imediata.

Mas o que dizer acerca das recentes medidas regulatórias adotadas no âmbito dos Estados Unidos de forma a proteger paternalisticamente tanto crianças quanto adultos em relação à *junk food*? A cidade de Nova Iorque, em uma cruzada contra o consumo de *junk food* liderada por seu prefeito MICHAEL BLOOMBERG, estabeleceu tanto medidas que proibiam a venda de refrigerantes em bares, cinemas e cafeterias no tamanho “*super size*”<sup>507</sup> quanto medidas de banimento de produtos contendo gorduras “trans”<sup>508</sup>.

A presente tese, em uma aplicação conjunta dos *standards* causais e consequenciais apresentados para fins de identificação do provável grau de racionalidade inerente às escolhas realizadas pelos agentes, entende que o provável grau de irracionalidade inerente às escolhas realizadas pelos indivíduos no sentido de consumir *junk food* não é suficiente para a

<sup>506</sup> <http://g1.globo.com/economia/noticia/2011/12/procon-sp-multa-mcdonalds-em-mais-de-r-3-milhoes.html>. O Brasil não foi pioneiro no combate à associação realizada pelo *McDonald's* entre McLanche Feliz e brinquedos. A cidade de São Francisco, na Califórnia, já havia adotado medida semelhante, ao permitir o oferecimento de brinquedos como brindes apenas na venda de lanches com patamar máximo de calorias. V. <http://www.sidneyrezende.com/noticia/107519+eua+sao+francisco+proibe+fast+food+de+vender+lanches+com+brindes>. Mais que isso, nos E.U.A., a companhia vem enfrentando uma verdadeira mobilização de parte da sociedade civil organizada com o intuito de “demitir” o palhaço Ronald. V. <http://www.diabetes.org.br/component/content/article/45-ultimas-noticias/1794-mcdonalds-sob-pessao-para-demitir-ronald>.

<sup>507</sup> <http://www.guardian.co.uk/world/video/2013/mar/12/new-york-super-size-soda-ban-video>. Acesso em 24 de junho de 2013.

<sup>508</sup> V. CONLY, Sarah. *Against Autonomy. Justifying Coercive Paternalism*. Cambridge: Cambridge University Press. 2013.



imposição de medidas regulatórias paternalistas “*hard*” quanto à intensidade interventiva do meio regulatório adotado.

Não há dúvidas de que, presentes na situação fática alguns dos fatores causais e consequenciais apontados como capazes de fornecer indícios de irracionalidade, as escolhas realizadas pelos agentes de consumir *junk food* provavelmente não serão opções baseadas única e exclusivamente em uma razão pura. Nada obstante, tal qual já amplamente exposto, no entender da presente tese, algum grau de irracionalidade e de influência de fatores não puramente racionais (psicológicos, emocionais, culturais, econômicos, morais, políticos, entre outros) não pode de forma alguma ser entendido como sinônimo de ação irracional em heurística no sentido conferido pela releitura jurídico-moral proposta. A saber, somente diante de escolhas que nitidamente não atendam a um mínimo de racionalidade, sendo completa ou quase completamente irracionais, poder-se-á falar em ação irracional em heurística no sentido jurídico-moral capaz de legitimar o estabelecimento de medidas regulatórias paternalistas invasivas. Esta zona de certeza de irracionalidade não parece ser o caso do consumo de *junk food*.

Os casos nesta seara, porém, serão sempre extremamente polêmicos diante da aplicação de *standards* causais e consequenciais que se prestam à lógica de grau, não à lógica do tudo ou nada. Com base nos mesmos *standards* causais e consequenciais oferecidos, haverá certamente quem entenda pela legitimação quanto quem entenda pela falta de legitimação jurídico-moral das medidas regulatórias paternalistas restritivas do consumo de *junk food*. Ainda assim, tais *standards* causais e consequenciais se apresentam, no entender da presente tese, extremamente úteis, eis que capazes de conferir critérios razoavelmente seguros e objetivos na identificação dos casos de ações irracionais em heurística.

Por fim, uma interessante observação pode ser feita acerca da utilização dos casos de completa irracionalidade (“ações irracionais em heurística”) para fins de legitimação jurídico-moral das medidas regulatórias paternalistas com base no pilar liberal-igualitário da premissa liberal-republicana. Por mais que possa parecer ousada a justificação de medidas paternalistas destinadas a restringir as escolhas voluntárias imediatas de agentes com fundamento na argumentação de que tais escolhas, ao serem completamente irracionais, não corresponderiam à real e consistente autonomia de tais agentes regulados, percebe-se que lógica bastante parecida já é utilizada há muito tempo pelo Direito Civil no que diz respeito ao clássico instituto da “incapacidade de fato”.

Perceba-se que, em verdade, o próprio Direito Civil, maior âmbito de estudo da autonomia da vontade, historicamente apresenta um instituto clássico que consiste precisamente na imposição de uma medida paternalista cuja justificação é nitidamente a proteção da autonomia real e consistente dos indivíduos quando a manifestação de vontade imediata não corresponda a tal autonomia consistente em virtude de irregularidades internas ao procedimento de formação de vontade racional dos agentes.

Como se sabe, o ordenamento jurídico brasileiro distingue “capacidade de direito” (ou “jurídica”) e “capacidade de fato”. Por um lado, toda e qualquer pessoa humana, em decorrência de sua própria personalidade, possui “capacidade de direito”, entendida como a capacidade de tal pessoa de ser titular de direitos bem como de contrair obrigações.

Por outro lado, entretanto, nem toda e qualquer pessoa humana possui plena “capacidade de fato”, entendida como a capacidade de os indivíduos exercerem diretamente os direitos de que são titulares ou de contraírem obrigações. Entende-se que alguns indivíduos, no que diz respeito à “capacidade de fato”, devem ser considerados absoluta ou relativamente incapazes (arts. 3º e 4º do Código Civil de 2002).

O ponto fulcral que serve de fundamento para que o Código Civil limite a possibilidade de alguns indivíduos praticarem certos atos jurídicos, como se percebe, decorre precisamente do fato de tais indivíduos, devido a determinadas particularidades que são inerentes às suas características pessoais ou às situações em que se encontram, não possuírem a capacidade fática (a “capacidade de fato”) de manifestar de forma plena, completa e correta suas vontades. Desta forma, em decorrência de irregularidades internas ao próprio processo de formação da vontade manifestada pelo agente, a mesma não se apresenta em conformidade com a real e consistente autonomia deste mesmo indivíduo.

Fato é que os arts. 3º e 4º do Código Civil, ao vedarem que determinados indivíduos (em decorrência de suas características pessoais ou das situações em que se encontrem momentaneamente) pratiquem todos ou determinados atos jurídicos, possuem como fundamento principal precisamente a bipartição da autonomia de tais indivíduos em autonomia imediata e autonomia mediata. Entende o Código Civil de 2002 que a autonomia superficial imediatamente manifestada por tais indivíduos freqüentemente (ou em determinadas ocasiões específicas) não corresponderá à autonomia mediata, real e consistente destas mesmas pessoas.

Tais artigos, ao estabelecerem que os incapazes e os relativamente capazes não poderão realizar diretamente e desacompanhados todos ou alguns atos jurídicos, constituem

verdadeiras medidas jurídicas regulatórias de natureza paternalista. A manifestação de vontade de tais indivíduos é limitada com vistas à proteção de direitos de titularidade destes mesmos indivíduos. Além disto, tais artigos, ao estabelecerem tais medidas jurídicas regulatórias de natureza paternalista, nitidamente apresentam uma base filosófica de raiz liberal-igualitária, eis que apresentam como fundamento para a limitação da autonomia imediata dos indivíduos precisamente o fato de que a mesma não corresponde à autonomia mediata e consistente destes próprios indivíduos. A medida paternalista contida no instituto da incapacidade de fato, portanto, protege a autonomia real e consistente do incapaz bem como restabelece as condições igualitárias de autonomia do mesmo.

## CONCLUSÃO

A presente tese teve por objetivo principal enfrentar o tema da legitimação jurídico-moral da regulação estatal. Tal objeto de estudo, como se espera tenha restado claramente demonstrado, apresenta extremas relevância e atualidade por dois motivos principais. Por um lado, em decorrência da denominada virada kantiana e da retomada das preocupações com a aferição de correção e justiça do direito posto perante um paradigma externo e metapositivo, toda e qualquer instituição político-jurídica positivada (entre estas se incluindo a regulação) deve ser submetida a uma aferição de legitimação jurídico-moral. Por outro lado, a regulação se apresenta como o instrumento de atuação do Poder Público sobre as ordens econômica e social típico do Estado Democrático de Direito, modelo estatal presenciado nos dias de hoje e consagrado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 atualmente em vigor.

A saber, sendo certo que todas as instituições político-jurídicas postas devem ser submetidas a uma aferição de legitimação jurídico-moral, e sendo certo que a regulação constitui o instrumento de atuação sobre as ordens econômica e social utilizado com maior frequência e intensidade pelo modelo estatal presente, inegável o caráter relevante e atual da indagação acerca da legitimação jurídico-moral da regulação estatal.

As duas primeiras partes da presente tese, neste sentido, tiveram por objetos enfrentar os pontos mais sensíveis pertinentes à empreitada de justificação bem como estabelecer uma teoria geral acerca da legitimação jurídico-moral de toda e qualquer medida regulatória estatal.

A terceira parte da tese, por sua vez, foi dedicada à realização de um estudo de caso acerca da legitimação jurídico-moral especificamente das regulações estatais que utilizam argumentos de natureza paternalista com o intuito de supostamente justificar suas existências. Desta forma, na parte III da tese, buscou-se aplicar especificamente ao estudo da legitimação jurídico-moral das medidas regulatórias paternalistas as premissas e posições firmadas nas partes I e II genericamente acerca da legitimação jurídico-moral de toda e qualquer medida regulatória. A utilização pela presente tese, como estudo de caso, das regulações estatais que especialmente utilizam argumentos de natureza paternalista decorreu justamente de os argumentos desta natureza se apresentarem extremamente polêmicos e sensíveis em uma perspectiva de legitimação jurídico-moral. Embora tais argumentos de natureza paternalista contem com bastante popularidade e sejam amplamente utilizados no dia-a-dia, é bastante

questionável se os mesmos implementam ou, em sentido diametralmente oposto, se os mesmos violam frontalmente os valores jurídico-morais fundamentais.

Acredita-se que, ao longo do corpo do estudo, foi possível atingir-se a comprovação de inúmeras das hipóteses cujas demonstrações tinham sido propostas ainda quando da introdução.

Na Parte I da tese, definiu-se “regulação” como o direcionamento (ou mesmo o controle) das condutas de indivíduos com o intuito de ser atingida determinada finalidade. Complementando a definição do instituto, foram apresentados ainda dois critérios principais de classificação aos quais a regulação pode ser submetida. Quanto ao ente regulador, a regulação pode ser classificada como “regulação estatal” ou “regulação privada”. Quanto ao objeto ou finalidade regulado, a regulação pode ser classificada como “regulação econômica” ou “regulação social”.

Neste sentido, a presente tese teve por objeto de estudo a legitimação jurídico-moral tão somente das regulações estatais, não sendo objeto de análise a espécie regulatória da regulação privada. Quanto ao objeto, foram analisadas tanto regulações estatais sociais quanto regulações estatais econômicas.

Outrossim, deixou-se assentado ainda na Parte I da tese que a estrutura interna das regulações é constituída por um binômio: (i) a adoção de um meio, destinado a implementar (ii) determinada finalidade regulatória. No que diz respeito ao meio regulatório adotado, afirmou-se que o direcionamento ou controle de condutas mencionado pode consistir em uma determinação de ação comissiva ou omissiva. Pode-se direcionar ou controlar um indivíduo ao se proibir, restringir, disciplinar, desestimular, estimular ou impor a adoção de determinada conduta. Mais especificamente ainda, a medida regulatória pode adotar meio que recaia sobre uma ou algumas das variáveis regulatórias (preço, qualidade, quantidade, entrada, informações ou mesmo banimento).

Apresentados um conceito de regulação, suas principais classificações bem como a estrutura interna das medidas regulatórias e as variáveis sobre as quais as mesmas podem recair, a Parte I expôs a legitimação da regulação perante uma perspectiva da ciência econômica.

Foi exposto que indagar-se acerca da legitimação de um ente significa submeter tal ente a uma aferição de correção, fundamentação, justificação ou conformidade perante um paradigma de aferição que lhe seja externo. Neste sentido, foi igualmente exposto ser possível

indagar-se acerca da legitimação de um ente sob as mais diversas perspectivas, a depender do paradigma externo utilizado como parâmetro de aferição de correção do ente analisado.

Relatou-se, neste ponto, que a indagação acerca da legitimação do instrumento da regulação já havia sido bastante trabalhada pela economia. Tratando-se de instrumento destinado a alterar as relações mantidas entre os diversos agentes bem como os resultados produzidos por tais relações no âmbito do mercado, não há dúvidas de que a regulação se apresenta como um instituto pertinente ao campo de estudo da economia. Assim, asseverou-se que tal ciência social há tempos já vem enfrentando o questionamento acerca da legitimação do instituto da regulação sob uma perspectiva econômica. A saber, há tempos já vem a economia indagando quais os fundamentos e as razões a eventualmente justificar e legitimar a regulação perante um paradigma externo de aferição de natureza econômica.

Foi narrado que as razões tradicionalmente encontradas pelos economistas, ainda dentro do paradigma clássico da racionalidade, como fundamentos aptos a eventualmente justificar a legitimação econômica das regulações sempre foram as denominadas falhas de mercado. Trata-se de situações em que, devido às peculiaridades fáticas do mercado, o atuar livre e natural dos agentes, ainda que racional, despido de qualquer intervenção, produz resultados considerados indesejados. Desta forma, foram descritas as principais falhas de mercado apontadas pela ciência econômica: os mercados naturalmente não competitivos, os problemas de coordenação (em sentido estrito e em sentido lato), as externalidades negativas e as assimetrias de informações. Enfim, relatou-se que, para os economistas, tradicionalmente e ainda dentro do paradigma da racionalidade, as regulações encontram-se legitimadas em uma perspectiva econômica quando destinadas a combater a existência de alguma falha de mercado.

Foi destacado que as falhas de mercado permanecem contemporaneamente a ocupar a posição de principais razões a justificar a legitimação das medidas regulatórias sob uma perspectiva econômica. Nada obstante, foram expostas igualmente as propostas contemporâneas da economia comportamental, cujo objetivo principal é o de relativizar o princípio clássico da racionalidade adotado de forma extremada pela *Rational Choice Theory-RCT*. No entender da economia comportamental, o modelo do *homo economicus*, segundo o qual os seres humanos atuariam sempre de forma puramente racional e com o intuito de maximizar egoisticamente seus próprios interesses, seria uma utopia não correspondente aos indivíduos no mundo real dos fatos. Na vida real, os agentes frequentemente tomariam

decisões irracionais, influenciados por fatores psicológicos, emocionais, políticos, morais, culturais, entre outros fatores não racionais.

Entre os fatores mencionados, alguns elementos fácticos recebem destaque especial da economia comportamental como apresentando peculiaridades capazes de ensejar com maior frequência a adoção de ações irracionais em heurística pelos agentes. Neste âmbito, são apontados os casos de otimismo irrealista dos indivíduos quando da subestimação de riscos a incidir sobre si próprios, os casos de superestimação de riscos em decorrência da utilização de tragédia ou efeito midiático guardado na memória, os casos de inércia e comportamento *default*, os casos de comportamento de manada, os casos que envolvam efeitos diferidos no tempo, bem como os casos que envolvam substância que provoque efeito viciante.

Por fim, foi exposto que os autores da economia comportamental destacam que, em decorrência das influências exercidas pelos fatores não racionais mencionados, os agentes frequentemente realizariam escolhas completamente irracionais, erradas e não correspondentes a seus verdadeiros interesses. Neste sentido, para tais autores, também as “ações irracionais em heurística” poderiam se apresentar como razões a justificar a legitimação das medidas regulatórias sob uma perspectiva econômica.

De toda forma, foi revelado que a adoção de uma medida regulatória na ausência ou de uma falha de mercado ou de uma ação irracional em heurística bem como a adoção de uma medida regulatória ineficiente para combater a falha de mercado ou a ação irracional em heurística existente ensejariam regulações não legitimadas sob uma perspectiva econômica, havendo falha de regulação perante um paradigma de aferição pertinente à economia.

Na Parte II da tese, entretanto, começou-se a indagar acerca da legitimação jurídico-moral das medidas regulatórias. A saber, começou-se a indagar acerca de as medidas regulatórias se encontrarem ou não legitimadas sob uma perspectiva jurídico-moral, estando ou não tais regulações em conformidade perante um paradigma externo de natureza jurídico-moral. Ocorre que a regulação não se apresenta como um instituto pertinente única e exclusivamente à economia. Pelo contrário, trata-se de instituto de natureza nitidamente interdisciplinar, inserindo-se igualmente nas searas do direito e da filosofia político-moral.

Por um lado, ao influenciar a atuação dos agentes bem como os resultados decorrentes de tais atuações dos agentes no mercado, a regulação apresenta-se nitidamente como instituto da economia. Nada obstante, ao restringir a liberdade, a capacidade de autodeterminação e os direitos dos indivíduos (eis que toda regulação, por definição, ao direcionar as condutas dos indivíduos, representa alguma restrição de liberdade destes mesmos indivíduos) com o intuito

de atingir alguma finalidade jurídico-moralmente desejável, a regulação necessariamente se apresenta como instituto também da filosofia político-moral e do direito. Foi exposta, portanto, a necessidade inafastável de se submeter o instituto da regulação a uma aferição de legitimação igualmente sob uma perspectiva jurídico-moral.

Neste sentido, buscou a Parte II da tese justificar a adoção da premissa liberal-republicana como concepção de filosofia político-moral mais adequada a informar os valores jurídico-morais do ordenamento jurídico. Para tanto, primeiramente foi necessário enfrentar-se a relação mantida entre as constituições positivadas e as diversas concepções de filosofia político-moral a serem potencialmente adotadas.

Neste ponto, defendeu-se a posição de que a adoção de determinada concepção de filosofia político-moral deve apresentar natureza filosófica pré-constitucional e pré-política. Não se pode admitir que as constituições positivas se apresentem como fundamento constitutivo a estabelecer qual a concepção de filosofia político-moral mais adequada a ser adotada. Isto pois as próprias constituições, normas positivadas que são (normas de maior hierarquia dentro do ordenamento jurídico positivo, mas, ainda assim, normas pertencentes ao ordenamento jurídico positivo), devem ser submetidas elas próprias a uma aferição de legitimação jurídico-moral perante a concepção de filosofia político-moral a ser adotada como parâmetro de correção. Constituiria tautologia as constituições positivas servirem de fundamento para a escolha da concepção de filosofia político-moral a ser utilizada de parâmetro na aferição de legitimação jurídico-moral à qual essas próprias constituições positivas deverão se submeter.

Caso possível, porém, tais constituições devem sofrer interpretação jurídico-moral em conformidade com os valores jurídico-morais fundamentais informados pela concepção externa e pré-constitucional de filosofia político-moral adotada. Apenas em casos dramáticos, onde o texto evidentemente não comporte interpretação da constituição positiva em conformidade com os valores jurídico-morais decorrentes da concepção externa de filosofia político-moral adotada, deve-se declarar a falta de legitimação jurídico-moral de uma constituição positiva, eis que a mesma conta geralmente com ampla legitimidade democrática e *accountability*, gerando presunção de que a mesma se encontra legitimada jurídico-moralmente.

Neste sentido, em decorrência da ampla legitimidade democrática e *accountability* que geralmente possuem (possuindo presunção de legitimação jurídico-moral), as constituições positivadas, embora não possam servir de fundamento constitutivo da concepção de filosofia



político-moral mais adequada, podem apresentar sentido bastante útil na função declaratória ou interpretativa de qual deva ser a concepção de filosofia político-moral pré-constitucional mais adequada. Tal concepção de filosofia político-moral apontada através de indícios declaratórios ou interpretativos pela constituição positivada, porém, deverá resistir a um procedimento lógico baseado em razões públicas para que não se recaia na tautologia de a constituição positivada estar verdadeiramente constituindo a concepção de filosofia pré-constitucional que será adotada.

Desta forma, defendeu a presente tese que deve ser adotada a premissa liberal-republicana como a concepção de filosofia político-moral mais adequada para fins de informar os valores jurídico-morais do ordenamento jurídico positivo. Entendeu-se que a adoção da premissa liberal-republicana pode decorrer tanto já de um procedimento monológico baseado em razões públicas quanto dos indícios decorrentes do conjunto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1998 em uma função declaratória/interpretativa.

Já em virtude de um procedimento lógico racional, afirmou-se que as correntes do comunitarismo bem como de um republicanismo puro e radical se apresentariam incompatíveis com o próprio instituto da legitimação jurídico-moral, eis que não possibilitariam que as instituições político-jurídicas postas fossem submetidas a uma aferição crítica perante um paradigma metapositivo. O libertarianismo, por sua vez, apresentaria contradição interna ao eleger a autonomia privada individual como valor jurídico-moral fundamental, porém, estabelecendo princípios de justiça contrários às condições de liberdade necessárias para implementar esse mesmo valor. O utilitarismo, por fim, ao permitir a possibilidade de que pessoas sejam instrumentalizadas em benefício da maximização do todo coletivo, violaria a premissa mais básica adotada pela presente tese de que os seres humanos são fins dignos em si mesmos.

Portanto, já em virtude de um procedimento lógico racional, afirmou-se que a premissa liberal-republicana deve ser adotada como aquela mais adequada a informar os valores jurídico-morais do ordenamento. Trata-se de concepção que apresenta uma teoria de justiça baseada em valores e princípios de justiça metapositivos coerentes entre si, compatíveis com a premissa de que as pessoas humanas possuem dignidade, e compatíveis com a empreitada de legitimação jurídico-moral das instituições político-jurídicas positivadas.

Além de decorrer já de um procedimento monológico racional, a presente tese defendeu que a premissa liberal-republicana pode ser depreendida igualmente do próprio

conjunto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em uma função interpretativa/declaratória. Neste ponto, a Lei Maior de 1988, através de inúmeros dispositivos elencados, deixa clara a proposta de compatibilização entre o liberalismo-igualitário e uma vertente não radical nem pura de republicanismo.

Desta forma, foi exposto que a premissa liberal-republicana adotada pela presente tese como a concepção de filosofia político-moral mais adequada a informar os valores jurídico-morais do ordenamento consiste em uma compatibilização entre a autonomia individual privada, as condições igualitárias e a autonomia pública. Uma compatibilização entre o Estado de Direito e a soberania popular; entre os direitos inatos de liberdade e de igualdade e as deliberações democráticas. Os valores jurídico-morais fundamentais decorrentes da premissa liberal-republicana, que informam o ordenamento e que se apresentam como paradigma de aferição de legitimação jurídico-moral de todas as instituições político-jurídicas positivadas, são a autonomia privada, a igualdade e a autonomia pública.

Definido o conteúdo da premissa liberal-republicana bem como justificada a adoção da mesma como concepção de filosofia político-moral mais adequada, a tese percorreu todo o importante trajeto metodológico desde o ingresso dos valores morais no ordenamento jurídico até o momento de aferição da legitimação jurídico-moral das medidas regulatórias previstas em atos infraconstitucionais de menor hierarquia formal no ordenamento jurídico positivo.

A presente tese estudou o procedimento de ingresso dos valores morais fundamentais no ordenamento jurídico já desde a interpretação jurídico-moral da Carta magna, indagando acerca de quais instrumentos de metodologia jurídica se prestariam a operacionalizar tal ingresso de forma segura. Neste ponto, defendeu-se que os princípios da proporcionalidade e da igualdade podem ser denominados como princípios de legitimação, eis que tais princípios jurídicos possuem conteúdo material imediato vazio, apresentando conteúdo imediato apenas operacional. Assim, buscou-se defender igualmente que os princípios em tela podem constituir valiosos instrumentos metodológicos aptos a instrumentalizar o ingresso no ordenamento jurídico dos valores morais da premissa liberal-republicana adotada.

Desta forma, a tese esclareceu como ocorre este processo de ingresso de valores morais no ordenamento jurídico. Foi sustentado que os valores morais do liberalismo-republicano sofrem um processo de “juridicização” quando da interpretação jurídica da Constituição de 1988, que deve ser necessariamente uma interpretação jurídico-moral da Lei Maior.

Ademais, uma vez tendo tais valores morais ingressado no ordenamento jurídico a partir da interpretação jurídico-moral da Constituição de 1988 à luz da premissa liberal-republicana, defendeu-se que tais valores jurídico-morais se irradiam por todo o sistema em virtude do princípio da unidade da constituição bem como dos institutos da filtragem constitucional e da constitucionalização-releitura do direito. Outrossim, a presente tese se posicionou no sentido de que mesmo as medidas regulatórias adotadas através de atos infraconstitucionais deverão encontrar fundamento nos valores jurídico-morais decorrentes da premissa liberal-republicana. Isto pois as diversas medidas regulatórias infraconstitucionais deverão buscar fundamentação e interpretação à luz da Constituição de 1988. Ocorre, porém, que própria Lei Maior (à luz da qual as medidas regulatórias infraconstitucionais deverão ser interpretadas), por sua vez, possuirá seu conteúdo definido através de interpretação jurídico-moral à luz dos valores decorrentes da premissa liberal-republicana.

Portanto, a presente tese sustentou que as medidas regulatórias poderão encontrar legitimação jurídico-moral alternativamente em um dos seguintes pilares: no pilar liberal-igualitário ou no pilar republicano. A saber, argumentou a presente tese que as medidas regulatórias estatais encontrar-se-ão legitimadas jurídico-moralmente ou por combaterem violações que o agir livre dos indivíduos no mercado ocasionaria sobre a autonomia privada e as condições igualitárias mínimas dos indivíduos, ou por implementarem projetos políticos decorrentes do exercício da soberania popular e da autonomia pública dos indivíduos, desde que tais deliberações não violem o núcleo essencial da dignidade humana e do Estado de Direito.

Um primeiro grupo de medidas regulatórias a encontrar legitimação jurídico-moral no pilar liberal-igualitário da premissa liberal-republicana é o das medidas regulatórias destinadas ao combate das falhas de mercado e das medidas regulatórias destinadas ao combate das ações irracionais em heurística. Neste sentido, a presente tese defendeu a possibilidade de ser realizada uma releitura jurídico-moral tanto do instituto econômico das “falhas de mercado” quanto excepcionalmente do instituto econômico das “ações irracionais em heurística”.

Por um lado, poder-se-ia entender por “falhas de mercado”, em uma releitura jurídico-moral, as situações em que o atuar livre dos indivíduos, ainda que perfeitamente racional, em decorrência de peculiaridades do mercado (externas portanto à formação de vontade dos agentes), não seria capaz de atingir naturalmente os objetivos desejáveis de promoção dos valores morais fundamentais inerentes ao pilar liberal-igualitário da premissa liberal-

republicana. Por outro lado, também poder-se-ia excepcionalmente entender por “ações irracionais em heurística”, em uma releitura jurídico-moral, as situações em que o atuar livre dos agentes, em decorrência de completa irracionalidade ligada a irregularidades internas à formação de vontade de tais indivíduos, não seria capaz de atingir naturalmente os objetivos desejáveis de promoção dos valores morais fundamentais inerentes ao pilar liberal-igualitário da premissa liberal-republicana.

A partir da releitura jurídico-moral do instituto econômico das “falhas de mercado” e do instituto econômico das “ações irracionais em heurística”, seria possível entender-se que as medidas regulatórias destinadas ao combate de tais situações fáticas encontrariam legitimação jurídico-moral no pilar liberal-igualitário da premissa liberal-republicana. Tanto as medidas regulatórias destinadas a combater as falhas de mercado quanto as medidas regulatórias destinadas a combater as ações irracionais em heurística teriam o condão de implementar os valores jurídico-morais fundamentais da autonomia individual privada e da igualdade.

Neste ponto, foi defendido pela tese que a simples verificação de que determinada escolha por um agente foi influenciada por fatores não racionais não é suficiente para que a conduta adotada seja considerada *tout court* uma “ação irracional em heurística” no sentido da releitura jurídico-moral realizada como denotando uma situação em que a escolha irracional do agente não corresponde a sua real e consistente autonomia. Pelo contrário, defendeu-se que via de regra os indivíduos adotam inúmeras escolhas diuturnas influenciadas por fatores psico-emocionais e não puramente racionais, não havendo qualquer censura a recair sobre tal fato. Dentro do conceito de “ações irracionais em heurística”, conforme a releitura jurídico-moral proposta a justificar as medidas regulatórias destinadas a combatê-las, devem ser inseridas tão somente as escolhas que excepcionalmente não atendam a um grau mínimo de racionalidade, sendo completa ou quase que completamente irracionais.

Nada obstante, as medidas regulatórias destinadas a combater as situações de falhas de mercado e as medidas regulatórias destinadas a combater as ações irracionais em heurística não esgotam todas as possibilidades de legitimação jurídico-moral de medidas regulatórias com base no valor igualdade. Foi defendido na tese que o valor da igualdade pode se prestar a justificar o estabelecimento de medidas regulatórias que, muito além de combater falhas de mercado ou de combater ações irracionais em heurística, sejam destinadas a implementar condições igualitárias mínimas inerentes à própria dignidade humana. Desta forma, foi exposto que um segundo grupo de medidas regulatórias poderia encontrar legitimação jurídico-moral no pilar liberal-igualitário da premissa liberal-republicana quando da adoção

de medidas destinadas a implementar as condições materiais sociais básicas de igualdade necessárias à garantia do mínimo existencial e da dignidade humana.

Por fim, defendeu a tese que um terceiro grupo de medidas regulatórias poderia encontrar legitimação jurídico-moral com base no pilar republicano da premissa liberal-republicana. A saber, trata-se das medidas regulatórias destinadas a implementar finalidades não decorrentes de imposições metapositivas e pré-políticas de princípios morais de justiça, mas sim fruto da deliberação dos cidadãos quando do exercício da autonomia pública e da soberania popular na escolha dos projetos coletivos da sociedade política.

A presente tese propôs que os princípios de legitimação jurídico-moral da proporcionalidade e da isonomia possam ser utilizados como úteis instrumentos metodológicos a operacionalizar a aferição de legitimação jurídico-moral das mais diversas medidas regulatórias diante da premissa liberal-republicana. O princípio da proporcionalidade, especialmente através das etapas da “necessidade” e da “proporcionalidade em sentido estrito”, poderá ser utilizado na aferição de legitimação jurídico-moral das medidas regulatórias sob uma perspectiva interna ou intra-medida regulatória. Neste sentido, no entender da tese, através da aplicação do princípio da proporcionalidade, é possível averiguar se os valores jurídico-morais da premissa liberal-republicana estão sendo implementados pela medida regulatória em grau que compense a restrição que essas mesmas medidas regulatórias ocasionam sobre as liberdades dos agentes regulados.

O princípio da isonomia, por sua vez, no entender da tese, poderá ser utilizado como instrumento metodológico útil na aferição da legitimação jurídico-moral das medidas regulatórias em uma perspectiva externa ou inter-medidas regulatórias. Trata-se de uma exigência de coerência do ordenamento perante as diversas medidas regulatórias. Defendeu-se, neste sentido, que as medidas regulatórias que sejam consideradas “iguais” entre si à luz de um critério definidor de igualdade baseado no grau de implementação ou de restrição que tais medidas acarretam sobre os valores jurídico-morais da premissa liberal-republicana devam receber igual tratamento do direito na declaração de legitimação ou de falta de legitimação jurídico-moral.

Por fim, após enfrentados nas Partes I e II da tese os pontos mais sensíveis pertinentes ao estudo da justificação das regulações em geral bem como estabelecida uma teoria geral acerca da legitimação jurídico-moral de toda e qualquer medida regulatória, a Parte III da tese

realizou um estudo de caso sobre a legitimação jurídico-moral especificamente das medidas regulatórias que utilizam argumentos de natureza paternalista.

Sendo certo que inúmeras regulações estatais buscam justificar a restrição ou o cerceamento da autonomia/liberdade individuais com base nos questionáveis argumentos de natureza paternalista, um enfoque particularmente destacado foi conferido pela presente tese à análise da legitimação jurídico-moral da regulação estatal especificamente baseada em tal espécie de argumentos.

A Parte III da tese adotou a seguinte definição de paternalismo jurídico: uma medida ou um conjunto de medidas político-jurídicas tomadas pelo Estado ou um de seus agentes públicos (pode se tratar de um ato normativo constitucional, legal, regulamentar; de um ato administrativo, de uma política pública, ou mesmo de uma decisão judicial) que tenham por objeto direcionar ou mesmo controlar a conduta de indivíduos ou instituições (impondo, estimulando ou desestimulando ações ou omissões), ainda que contra a vontade dos mesmos, com o intuito de zelar pela proteção ou implementação de bens, interesses ou direitos dessas próprias pessoas sujeitas ao exercício do Poder Político-Jurídico. A estrutura interna das medidas paternalistas, portanto, conforme foi demonstrado, apresenta um binômio: (i) manifestação do Poder Político-Jurídico através de normas ou medidas jurídicas restritivas da liberdade, e (ii) zelo pela proteção ou implementação de bens, direitos e interesses destes mesmos indivíduos cuja liberdade é restringida.

Foi sustentado, portanto, ser possível vislumbrar-se uma nítida antítese que torna a discussão acerca da legitimação jurídico-moral das medidas regulatórias especificamente de natureza paternalista tão fascinante. Exatamente a mesma característica de tais medidas (o fato de terem por objetivo a proteção de direito, bem ou interesse exclusivamente do agente cuja liberdade é limitada) se apresenta simultaneamente como o argumento mais forte em defesa da legitimação jurídico-moral da regulação em questão bem como o argumento mais forte contra a legitimação jurídico-moral da mesma.

Por um lado, o argumento mais forte em defesa da legitimação jurídico-moral das medidas regulatórias paternalistas decorre da característica de que tais medidas são destinadas a proteger os direitos, bens e interesses de titularidade dos próprios agentes cuja liberdade é limitada pela regulação. Não se nega que as medidas paternalistas, medidas regulatórias que são, provoquem restrição da liberdade de indivíduos. Nada obstante, tais medidas paternalistas estariam justificadas pois o intuito das mesmas seria precisamente o zelo pela proteção do melhor interesse dos mesmos indivíduos cuja liberdade está sendo limitada. A

limitação da liberdade desses indivíduos, portanto, estaria justificada. Afinal de contas, nenhuma pessoa seria desfavorecida pela medida paternalista. Os indivíduos cuja liberdade é restringida (os supostos prejudicados pela medida regulatória) estariam em verdade sendo favorecidos.

Por outro lado, o argumento mais forte contrário à legitimação jurídico-moral das medidas regulatórias paternalistas decorre da mesma característica de que tais medidas são destinadas a proteger os direitos, bens e interesses dos próprios agentes cuja liberdade é limitada pela regulação. Para os críticos das medidas paternalistas, poder-se-ia aceitar a legitimação jurídico-moral apenas das medidas regulatórias destinadas à proteção dos direitos, bens e liberdades de indivíduos outros que não os próprios agentes cuja liberdade é restringida pela regulação.

Não haveria dúvidas de que nenhuma pessoa pode possuir liberdade ilimitada sob pena de violação das liberdades dos demais. Desta forma, se encontrariam justificadas jurídico-moralmente as medidas regulatórias que limitassem a liberdade dos agentes (que realmente não poderia ser absoluta) com a finalidade de proteger os direitos de outros indivíduos. No caso das medidas paternalistas, entretanto, não havendo direitos de terceiros a serem protegidos, não haveria qualquer razão a justificar jurídico-moralmente a limitação das liberdades dos agentes regulados. Se os únicos direitos e interesses a serem protegidos pelas medidas paternalistas são de titularidade dos próprios agentes a sofrerem a limitação de liberdade, não haveria qualquer legitimação jurídico-moral de tal cerceamento da autonomia privada.

Neste sentido, foi destacado que desde a obra clássica “*On Liberty*” de JOHN STUART MILL o paternalismo jurídico historicamente tem sido associado a uma conotação pejorativa de violação aos valores morais fundamentais das mais distintas concepções de filosofia político-moral. Foram expostas, nesta linha, críticas formuladas contra o paternalismo jurídico com base na alegação de violação aos valores da utilidade, da autonomia individual e mesmo da igualdade.

Por outro lado, foram igualmente expostas teorias formuladas por diversos autores, com base em distintos valores jurídico-morais e concepções de filosofia político-moral, com o intuito de respaldar diferentes espécies e intensidades de paternalismo jurídico. Foram apresentadas defesas de “paternalismo libertário” e de “paternalismo coercitivo” com base na existência de ações irracionais destacadas pela economia comportamental, defesa de

“paternalismo *soft*” com base na proteção da voluntariedade e defesa de paternalismo mesmo com base na existência de escolhas realizadas por agentes incompetentes.

Desta forma, tal qual ressaltado, os argumentos de natureza paternalista se apresentam extremamente sensíveis e polêmicos em uma perspectiva jurídico-moral. Por tal razão o debate sobre a legitimação jurídico-moral das medidas regulatórias que especificamente utilizam tais argumentos de natureza paternalista para fins de justificação é tão fascinante e foi escolhido para fins de estudo de caso pela presente tese.

A tese buscou aplicar os preceitos de cunho material e metodológico anteriormente desenvolvidos, e que já tinham sido aplicados genericamente a toda e qualquer medida regulatória, especificamente às medidas regulatórias que utilizem argumentos de natureza paternalista para buscar suposta fundamentação. Apresentando os argumentos paternalistas natureza tão polêmica e sensível, questionou-se a compatibilidade especificamente de tais argumentos de natureza paternalista com os valores jurídico-morais decorrentes da premissa liberal-republicana que informa o ordenamento positivo e que foi adotada como paradigma de aferição das instituições político-jurídicas positivadas.

Neste ponto, a tese expôs que, a princípio, a leitura filosófica mais evidente e mais facilmente depreendida dos argumentos de natureza paternalista é aquela ligada a uma raiz filosófica perfeccionista assentada em bases comunitárias completamente incompatíveis com o pilar liberal-igualitário da premissa liberal-republicana. Foi exposto que a leitura filosófica perfeccionista, aquela mais facilmente depreendida dos argumentos de natureza paternalista, viola frontalmente a autonomia individual bem como o igual respeito e consideração assegurados pelo pilar liberal-igualitário do liberalismo-republicano a todos os indivíduos na escolha de seus planos e projetos de vida pessoal diante de um Estado neutro.

Nada obstante, a presente tese buscou sustentar a possibilidade de que tais argumentos de natureza paternalista sejam interpretados em algumas situações excepcionais como assentados em raiz filosófica completamente distinta. Buscou-se defender a possibilidade de que, em certas situações específicas, os argumentos de natureza paternalista sejam eventualmente interpretados como veículos implementadores da autonomia individual privada bem como das condições igualitárias dos próprios agentes regulados.

Para tanto, a tese pretendeu demonstrar que as medidas regulatórias paternalistas, por vezes, ao supostamente restringirem a autonomia dos agentes regulados, estão na realidade protegendo a real e consistente autonomia destes próprios agentes bem como suas condições igualitárias. O grande *insight*, tal qual se tentou demonstrar, consiste no fato de que, por



vezes, em determinadas situações extraordinárias, a autonomia dos indivíduos se encontra “bipartida”. A saber, a autonomia imediatamente manifestada pelos indivíduos corresponde tão somente à autonomia superficial de tais indivíduos, não se confirmando como a autonomia mediata e realmente consistente dos mesmos. Da mesma forma, em tais situações extraordinárias em que a autonomia individual dos agentes se encontra bipartida em autonomia superficial-ediata e autonomia consistente-ediata, tais indivíduos, em decorrência das peculiaridades fáticas inerentes às situações, não possuem as condições igualitárias mínimas de liberdade e de dignidade.

Neste sentido, a declaração de legitimação ou de falta de legitimação jurídico-moral dos argumentos de natureza paternalista muitas vezes dependerá, de acordo com a posição sustentada pela presente tese, da identificação das situações em que se possa afirmar que a autonomia dos indivíduos se encontra extraordinariamente bipartida bem como em que não se encontram presentes as condições igualitárias mínimas necessárias para que tais indivíduos exerçam a mesma. Valendo-se dos úteis institutos da ciência econômica das falhas de mercado e das ações irracionais em heurística, a presente tese buscou oferecer parâmetros razoavelmente objetivos para que tais situações extraordinárias possam ser um pouco mais facilmente identificadas.

Assim, argumentou-se que o instituto econômico das falhas de mercado dos “problemas de coordenação em sentido lato” e da “assimetria de informações” bem como o instituto econômico das “ações irracionais em heurística” se referem a situações fáticas em que, devido às peculiaridades do setor, a adoção de medida regulatória estatal paternalista apresentará extraordinariamente raiz filosófica liberal-igualitária na promoção da autonomia mediata e realmente consistente dos próprios agentes regulados, bem como no restabelecimento das condições igualitárias de tais indivíduos.

Por um lado, quando das falhas de mercado dos “problemas de coordenação” e da “assimetria de informações”, o atuar livre dos agentes, embora perfeitamente racional, em decorrência das peculiaridades do mercado, não corresponderá à implementação da autonomia real e consistente destes mesmos indivíduos, que não dispõem, em decorrência também das peculiaridades do mercado, das condições igualitárias mínimas de liberdade e de dignidade.

Por outro lado, quando das ações irracionais em heurística, o atuar livre dos agentes, em decorrência de irregularidades internas à própria formação de vontade desses indivíduos, será completa ou quase completamente irracional, não correspondendo à implementação da

autonomia real e consistente destes mesmos agentes, que não dispõem também das condições igualitárias mínimas de liberdade e de dignidade.

Neste ponto, foram apresentados pela tese dois grupos de indícios a auxiliar na identificação, nos diversos casos concretos, das situações a serem classificadas como “ações irracionais em heurística”. Um primeiro grupo de indícios de verificação em um caso concreto de uma ação irracional em heurística (“indícios ou *standards* causais”) consistiria nos elementos apontados pela economia comportamental como aptos a frequentemente ensejar a tomada de ações irracionais em heurística pelos agentes. Presentes na situação fática os elementos que, pelos conhecimentos fáticos desenvolvidos pela economia comportamental através da reiterada observação empírica dos fatos, geralmente são causas da tomada futura de ações irracionais em heurística pelos agentes, há indícios de haver na situação concreta sob análise prováveis ações irracionais em heurística. Tais elementos consistiriam nos já destacados casos de irrealista otimismo na subavaliação de risco próprio, casos de superavaliação de risco em decorrência da utilização de tragédia recente na memória, casos de inércia ou comportamento *default*, casos de efeito de manada, casos que envolvam efeitos diferidos no tempo e casos que envolvam substâncias com efeitos viciantes.

O segundo grupo de indícios de verificação em um caso concreto de uma ação irracional em heurística (“indícios ou *standards* consequenciais”), por sua vez, consistiria nas consequências geralmente decorrentes da adoção passada de ações irracionais em heurística pelos agentes. Presentes na situação fática as consequências que geralmente decorrem da tomada no passado de uma ação irracional em heurística pelos agentes, há indícios de haver na situação concreta sob análise prováveis ações irracionais em heurística. Entre tais fatores, a tese defendeu que podem se apresentar como indícios posteriores de ação irracional em heurística a gravidade do dano causado pela escolha bem como a alta probabilidade de ocorrência do dano em questão.

Por fim, duas importantes observações foram feitas acerca da aplicação dos indícios ou *standards* causais e consequenciais apresentados como úteis instrumentos na identificação das situações passíveis de classificação como ações irracionais em heurística para fins de legitimação jurídico-moral das medidas regulatórias paternalistas. Primeiramente, devem os indícios ou *standards* causais e consequenciais apresentados ser submetidos a uma lógica de grau, não a uma lógica de tudo ou nada. Neste sentido, não se trata de a existência ou inexistência dos fatores em tela ensejarem a conclusão acerca da total irracionalidade ou racionalidade das escolhas realizadas pelos agentes. Pelo contrário, a presença em maior ou

menor grau dos fatores destacados servirá de indício da existência de provável maior ou menor grau de irracionalidade quando da realização de escolha pelos agentes.

Ademais, tais diversos indícios ou *standards* causais e consequenciais devem ser aplicados de forma conjunta, não devendo ser escolhida a aplicação de apenas um dos mesmos de forma isolada. Quão maior o número de indícios ou *standards* causais e consequenciais que forem utilizados, com maior segurança e objetividade poder-se-á identificar o provável grau de racionalidade ou irracionalidade inerente às escolhas realizadas pelos agentes, podendo-se aferir igualmente com maior segurança e objetividade a legitimação jurídico-moral das medidas regulatórias de natureza paternalista.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *We the People. Foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

\_\_\_\_\_. *We the People. Transformations*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Sítio eletrônico da ALERJ. Disponível em:

<<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/f25edae7e64db53b032564fe005262ef/3bf30cda195109948325736900653379?OpenDocument>>. Acesso em: 01 out. 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A Dimensão e o Papel dos Serviços Públicos no Estado Contemporâneo*. 2005. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado de São Paulo, São Paulo, 2005. Mimeografado.

\_\_\_\_\_. *Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Col. Os Pensadores).

ATIENZA, Manuel. Discutamos sobre paternalismo. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 5, p. 203-214, 1988.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2004.

BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?*. Coimbra: Almedina, 1994.

BANERJEE, Abhijit V. A Simple Model of Herd Behavior. *The Quarterly Journal of Economics*, Oxford, v. 107, n.3, p. 797-817, Aug. 1992.

BARATTA, A. J. et al. *Legalizar las Drogas?* Madrid: Editorial Popular S.A., 1991.

BARBOSA, Ana Paula. *A Legitimação dos Princípios Constitucionais Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 47-83. Tomo II.

BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 276-277. Tomo II.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, Rio de Janeiro, n. 240, nov. 2005.

\_\_\_\_\_. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. Parecer nº 01-2010- LRB. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 65, 2010.

\_\_\_\_\_. Razoabilidade e Isonomia no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Tomo I.

BASTOS, Celso Ribeiro. Direito de recusa de pacientes submetidos a tratamento terapêutico às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 787, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Ambivalência*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1999.

BEAUCHESNE, Line. *La Légalisation des Drogues pour mieux en prevenir les abus*. Montréal: Méridien, 1991.

BENJÓ, Isaac. *Fundamentos de Economia da Regulação*. [S.l: s.n., 19--?].

BENTHAM, Jeremy. *The Principles of Morals and Legislation*. New York: Hafner Press, 1948.

BERLIN, Isaiah. *Two Concepts of Liberty*. In: SANDEL, Michael. *Liberalism and its Critics*. New York: New York University Press, 1984.

BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. Parecer nº 09- 2009- GUB. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro. v. 65. 2010.

\_\_\_\_\_. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

\_\_\_\_\_. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Editora UNB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 1998.

BROCK, DAN. Paternalism and promoting the good. In: SARTORIUS, Rolf (Ed.). *Paternalism*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1983.

BUCHANAN, Allen E.. Medical Paternalism. In: SARTORIUS, Rolf (Ed.). *Paternalism*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1983.

BUCKLEY, F. H.. *Fair Governance. Paternalism and Perfectionism*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Pós-Positivismo: o argumento da injustiça além da fórmula de Radbruch. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 4, p. 199-230, 2006.

CAENEGEM, R. C. Van. *Uma Introdução Histórica ao Direito Privado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Sítio eletrônico da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 01 out. 2013.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Sítio eletrônico da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=41570>>. Acesso em: 01 out. 2013.

CÂMARA DOS VEREADORES DO RIO DE JANEIRO. Sítio eletrônico da Câmara dos Vereadores do Rio de Janeiro. Disponível em <<http://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/contlei.nsf/bff0b82192929c2303256bc30052cb1c/e1bbbd0858886c18032576ac0072ea6b?OpenDocument&ExpandSection=-1>>. Acesso em 01/10/2013.

CAMPS, Victoria. Paternalismo y Bien Común. *Doxa: Cadernos de Filosofia del Derecho*, Alicante, n. 5. 1988.

CHANG, Ha Joon. *The Political Economy of Industrial Policy*. [S.l.: s.n., 19--?].

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. Fundamento dos Direitos Humanos: A Noção Jurídica de Fundamento e sua Importância em Matéria de Direitos Humanos. *Revista Consulex*, v. 48: 52-61, 2000.

CONLY, Sarah. *Against Autonomy: Justifying Coercive Paternalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Sítio Eletrônico do CREMERJ. Disponível em <[Http://www.cremerj.org.br/publicacoes/141.PDF](http://www.cremerj.org.br/publicacoes/141.PDF)>. Acesso em: 01 out.2013.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Sítio Eletrônico do CREMERJ. Disponível em <<http://www.cremerj.org.br/skel.php?page=legislacao/resultados.php>> Acesso em: 01 out. 2013.

CONSTANT, Benjamin. *Sobre a Liberdade dos Antigos Comparada com a dos modernos*. [S.l:s.n]. Publicada originalmente em 1819.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Uma Nova Alternativa para o Direito Brasileiro: O Procedimentalismo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CYRINO, André Rodrigues. *Direito Constitucional Regulatório- elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CYRINO, André Rodrigues. *O Poder Regulamentar Autônomo do Presidente da República – A Espécie Regulamentar Criada pela EC nº 32/2001*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2000.

DIETERLEN, Paulette, Paternalismo y Estado de Bienestar. *Doxa: Cadernos de Filosofia del Derecho*. nº 5. 1988.

DWORKIN, Gerald (Ed.). *Determinism, Free Will, and Moral Responsibility*. Englewood Cliffs, New Jersey: Prentice-Hall Inc., 1970.

DWORKIN, Gerald (Ed.). *Morality, Harm, and the Law*. Boulder, Colorado: Westview Press, 1994.

DWORKIN, Gerald. *Paternalism*. In SARTORIUS, Rolf (Ed.). *Paternalism*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1983.

DWORKIN, Gerald. Paternalism: Some Second Thoughts. In: SARTORIUS, Rolf (Ed.). *Paternalism*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1983.

DWORKIN, Gerald, FREY, R. G., & BOK, Sissela. *Euthanasia and Physician-Assisted Suicide*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana: A teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. *O Direito da Liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 9ª Ed. 2004.

FEINBERG, Joel. Legal Paternalism. In: SARTORIUS, Rolf (Ed.). *Paternalism*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1983.

FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law: Harm to Self*. Oxford: Oxford University Press, 1986.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 2004.

GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça depois de Rawls: Um breve manual de filosofia política*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GOODE, Erich. *Between Politics and Reason: The drug legalization debate*. New York: St. Martin's Press, 1997.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. O Estado democrático de direito- uma amarração paradoxal de princípios contraditório?. In: *A Era das Transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. Três Modelos normativos de democracia. *Lua Nova- Revista de Cultura e Política*. n. 36. 1995.

HAKSAR, Vinit. *Equality, Liberty and Perfectionism*. Oxford: Clarendon Press, 1979.

HART, Herbert L. A.. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

HAYEK, Friedrich A.. *Law, Legislation and Liberty: A new statement of the liberal principles of justice and political economy*. v. I *Rules and Order*. Chicago: The University of Chicago Press, 1973.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

HOMERO. *Íliada*. São Paulo: Editora Scipione, [19--?].

HOMERO. *Odisséia*. São Paulo: Editora Scipione, [19--?].



HURKA, Thomas. *Perfectionism*. Oxford: Oxford University Press, 1993.

HUSAK, Douglas & MARNEFFE, Peter. *The Legalization of Drugs: For & Against*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

JORGE, Leonardo Carrilho. *Paternalismo jurídico na Constituição de 1988: a autonomia individual contra o autoritarismo estatal*. 2010. Dissertação de Mestrado em Direito Público apresentada na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ. Rio de Janeiro. 2010. Mimeografada.

KAHNEMAN, Daniel & TVERSKY, Amos. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. *Science*. Vol 185. n. 4157. 1974.

KAHNEMAN, Daniel & TVERSKY, Amos. Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk. *Econometrica*. n. 47 (2). Pp. 263-291. 1979.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Companhia Editorial Nacional, 1964.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KNIGHTON, Kate. *Why shouldn't I eat junk food?*. London: Usborne Publishing, 2008.

KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução por José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 3ª Ed. 1997.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

LAWLLER, Jennifer. *Drug Legalization: A pro/Con Issue*. Berkeley Heights: Enslow Publishers, 1999.

LEAL, Fernando. Argumentando com o sobreprincípio da dignidade da pessoa humana. In: MELLO, Celso D. de Albuquerque & TORRES, Ricardo Lobo. *Arquivos de Direitos Humanos*. n° 7. 2005.

LUCAS, Javier de. Sobre El Origen de La Justificación Paternalista Del Poder em La Antigüedad Clássica. *Doxa: Cadernos de Filosofia del Derecho*. n° 5. 1988.

MADRIAN, Brigitte C. & SHEA, Dennis F.. The Power of Suggestion: Inertia in 401 (k) Participation and Savings Behavior. *The Quarterly Journal of Economics*. n. 116 (4). 2001.

MAIA, Antonio Cavalcanti & MENEZES, Tarcísio. Republicanismo Contemporâneo, Constituição e Política. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MAQUIAVEL, Nicolau. *Comentários sobre a primeira década de Tito*. Brasília: Unb, [s.n.]

\_\_\_\_\_. *O Príncipe*. São Paulo: Martins Fontes, [s.n.]

MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis- os limites e os padrões de consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. 2010. Tese de doutorado defendida na UERJ. Rio de Janeiro. 2010. Mimeografada.

MAUS, Ingeborg. "O Judiciário como superego da sociedade". [S.l:s.n.]

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 17ªed. 2004.

MENDONÇA, José Vicente Santos de & SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. In: SARMENTO, Daniel & SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MILL, John Stuart. *On Liberty*. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company, 1956.

MILL, John Stuart. *Utilitarianism*. New York: Penguin Books, 2004.

MONTEIRO, Maurício Gentil. *O Direito de Resistência na Ordem Jurídica Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

\_\_\_\_\_. *Direito Regulatório: A Alternativa participativa e flexível para a Administração Pública de relações setoriais complexas no Estado Democrático*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MÜLLER, Friedrich. *Discours de La Méthode Juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

NEUMAN, Elías. *La Legalización de las drogas*. Buenos Aires: Depalma, 1991.

NOZICK, Robert. *Anarchy, State, and Utopia*. Basic Books, 1974.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por Uma Teoria dos Princípios: O Princípio Constitucional da Razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PERL, Lila. *Junk Food, Fast Food, Health Food: What America eats and why*. New York: Houghton Mifflin/Clarion Books, 1980.

PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PETTIT, Philip. *Contemporary Political Theory*. New York: Macmillan Publishing Company, 1991.

\_\_\_\_\_. *Republicanism: Uma Teoría sobre La Libertad y El Gobierno*. Barcelona: Paidós, 1999.

PIEHL, Norah. *Sould Junk Food be sold in schools?*. Greenhaven Press, 2011.

PORTAL DO MÉDICO. Sítio eletrônico do Portal do Médico. Disponível em <[Http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2007/111\\_2007.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2007/111_2007.htm)>. Acesso em 01/10/2013.

POSNER, Richard. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RAGGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Lisboa: Presença, 1996.

\_\_\_\_\_. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2003.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social*. São Paulo: Saraiva, [s.n.]

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 1998.

SAMPAIO, José Adércio Leite. A Tradição Comunitarista. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SANDEL, Michael. *Justiça- O que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANDEL, Michael. *Liberalism and its Critics*. New York: New York University Press, 1984.

\_\_\_\_\_. *Liberalism and the Limits of Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

SARMENTO, Daniel & SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os dois lados da moeda. In: SARMENTO, Daniel & SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

- SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules*. Oxford: Clarendon Press, 2002.
- SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional. Construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999.
- SCHRIEBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.
- SEN, Amartya. *Development as Freedom*. New York: Alfred A. Knopf, 2001.
- SEN, Amartya. *The Idea of Justice*. New York: Penguin Books, 2010.
- SHANE, Frederick. Time Discounting and Time Preference: A Critical Review. *Journal of Economic Literature*. v. 40. N. 2. 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Parecer em resposta a consulta formulada pelo Instituto ALANA*. São Paulo. Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito de São Paulo. Mimeografado, 2012.
- SKINNER, Quentin. Two Views on the Maintenance of Liberty. In: PETTIT, Philip. *Contemporary Political Theory*. New York: Macmillan Publishing Company, 1991.
- SLOVIC, Paul. Do adolescent Smokers Know the Risks?. In: *Duke Law Journal*. v. 47, n. 6. 1998.
- SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. Curitiba: Juruá, [s.n.]
- SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de (Org.). *Introdução Crítica ao Direito*. Brasília:Unb, 1993. (Série O Direito Achado na rua. V. I).
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Deliberação Pública, Constitucionalismo e Cooperação Democrática. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SUNSTEIN, Cass R.. *After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*. Cambridge: Harvard University Press, 1990.
- \_\_\_\_\_. *Free Markets and Social Justice*. Oxford: Oxford University Press, 1997.
- SUNSTEIN, Cass. It's For Your Own Good!. In: *The New York Review of Books*. New York. 2013.

\_\_\_\_\_. *Risk and Reason. Safety, Law and the Environment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

SUNSTEIN, Cass R. & THALER, Richard H.. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven: Yale University Press, 2008.

SUNSTEIN, Cass R. & VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*. v. 101. N. 4. 2003.

TÁCITO, Caio. Importação de Gás- Acordo Binacional- Gasoduto- Monopólio da União- Participação da Iniciativa Privada (Parecer). *Revista Forense*. v. 324, p. 106.

TAVARES, Lúcia Lea Guimarães. Visto ao Parecer nº 01-2010- LRB. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. v. 65. 2010.

TAYLOR, Charles. *Argumentos Filosóficos*. Barcelona: Paidós, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. *Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. A Jurisprudência de Valores. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. A Legitimação dos Direitos Humanos e os princípios da Ponderação e da Razoabilidade. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. *Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 3ª Ed. 2000.

\_\_\_\_\_. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. v. III. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. V. V. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TORRES, Sílvia Faber. *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

WALL, Steven & KLOSKO, George (Ed.). *Perfectionism and Neutrality: Essays in Liberal Theory*. Lanham, Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 2003.

WALL, Steven. *Liberalism, Perfectionism and Restraint*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

WALZER, Michael. *Esferas da Justiça. Uma defesa do pluralismo e da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. *Thick and Thin: Moral Argument at Home and Abroad*. Notre Dame, Indiana: University of Notre Dame Press, 1994.

WEINSTEIN, Neil D.. Optimistic Biases About Personal Risks. *Science*. 246.4935. 1989.

WILLEMANN, Flávio. Visto ao Parecer nº 09-2009- GUB. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro. v. 65. 2010.

VALDÉS, Ernesto Garzón. É éticamente justificável El paternalismo jurídico?. *Doxa: Cadernos de Filosofia del Derecho*. n. 5. 1988.

VALDÉS, Ernesto Garzón. Sigamos Discutiendo Sobre El Paternalismo. *Doxa: Cadernos de Filosofia del Derecho*. n. 5. 1988.

VIGILÂNCIA SANITÁRIA DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. Sítio eletrônico da Vigilância Sanitária do Rio de Janeiro. Disponível em <[http://www2.rio.rj.gov.br/vigilanciasanitaria/legislacao/decmunicipal23148\\_03.pdf](http://www2.rio.rj.gov.br/vigilanciasanitaria/legislacao/decmunicipal23148_03.pdf)>. Acesso em 01/10/2013.

VISCUSI, W. KIP. *Economics of Regulation and Antitrust*. MIT Press, 2005.