

INTRODUÇÃO

“Nada se mostrou mais fácil de destruir do que a privacidade e a moralidade privada das pessoas que não pensavam senão em proteger suas vidas privadas.”

Hannah Arendt. *As Origens do Totalitarismo*.

Este estudo trata das conexões entre paternalismo jurídico e autonomia privada do ponto de vista constitucional. O paternalismo, em sentido amplo, é uma forma de dominação em que se fundem e se confundem o zelo e o poder. Uma possível definição da autoridade paternalista é a de “alguém que usa sua força para cuidar dos outros”.¹ Diante desse tipo de autoridade, duas reações são possíveis.² A primeira consiste na submissão voluntária do povo ao soberano, do filho ao pai, ou do empregado ao chefe, por medo da sanção ou por efeito da sedução que essas autoridades exercem sobre os seus subordinados. A segunda é a rejeição frontal dessa submissão pela consciência de que o que há de mais falso nessa relação de poder é o zelo oferecido pelas autoridades paternalistas, porque elas se importam com seus subalternos apenas e na exata medida em que isso atende aos seus interesses.

O paternalismo jurídico existe se um agente estatal exerce o poder 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. No paternalismo justificado, a ação governamental é uma medida *racional*.³ No paternalismo não justificado, mesmo que o ordenamento jurídico não preveja mecanismos jurídicos expressos ou meios de solucionar a questão, deve-se lançar mão da autonomia individual contra tais medidas utilitaristas.

A autonomia privada é uma reivindicação ética e política de que os indivíduos sejam tratados como dignos de igual respeito e consideração tanto pelo Poder Público quanto por todos os demais indivíduos. Autonomia significa “o poder do sujeito de autorregulamentar seus próprios interesses”.⁴ Esse sujeito compreende-se como um agente moral, *racional*

¹ SENNETT, Richard. *Autoridade*. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 114.

² LA BOÉTIE, Etienne. *Discurso da Servidão Voluntária*. Edição bilíngüe. Tradução Laymert Garcia dos Santos. São Paulo: Editora Brasiliense, 1982, p. 20: “(...) certamente para que todos os homens, enquanto têm algo de homem, deixe-se sujeitar, é preciso um dos dois: que sejam forçados ou iludidos.”

³ A fundamentação da medida paternalista deve se valer de argumentos de razão pública e convencer os demais cidadãos livres e iguais. Ela é racional no sentido apontado por John Rawls em *Justiça e Democracia*. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 158: “[ser racional é possuir a] capacidade de ter uma concepção de bem, ou seja, ser capaz de formar, revisar e buscar racionalmente uma concepção de vida humana que merece ser vivida.”

⁴ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 154.

(porque é capaz de decidir o que é bom ou ruim para si), *livre* (porque pode se guiar de acordo com essas escolhas, desde que elas respeitem os direitos de outrem e outros valores relevantes da comunidade), e *igual* (porque dotado de mesma dignidade e humanidade em relação aos demais). Com base nessa concepção de autonomia, cabe “a cada pessoa, e não ao Estado ou a qualquer outra instituição pública ou privada, o poder de decidir os rumos de sua própria vida, desde que isso não implique lesão a direitos alheios”.⁵

Afirma-se, com isso, a filiação das ideias acima expostas ao liberalismo igualitário como filosofia política. Tomado como um conjunto de filosofias políticas, o liberalismo político, ao valorizar a liberdade individual e a igualdade, é uma visão política que tem por base a defesa intransigente do *Estado de Direito*, do *constitucionalismo* e do respeito pelos direitos individuais, da *formação do indivíduo (self)* através da livre escolha das suas concepções de bem, da *sociedade aberta* e do compromisso com a democracia, a tolerância e o pluralismo.

Portanto, o presente trabalho versa sobre a conexão entre autonomia moral e jurídica e paternalismo jurídico, duas categorias ainda pouco exploradas pela doutrina brasileira. Fixadas as premissas conceituais, defender-se-á que os direitos morais atuam como trunfos de defesa contra as violações do Estado e de particulares à autonomia da vontade individual. Para que haja interferência na escolha dos planos de vida individual, é preciso existir justificção *razoável* das medidas adotadas.

O Estado não pode simplesmente tratar os indivíduos como se não fossem dignos de igual respeito e consideração e, para tanto, ele deve, ao menos, evitar impor ou determinar certos planos de vida aos indivíduos. Ainda que esses planos de vida, eleitos pelo próprio sujeito de maneira racional e consciente, possam causar danos a ele mesmo, o Estado deve ser deferente em relação à autonomia individual. A exposição do tema irá se desenvolver em três partes principais. No primeiro capítulo, serão apresentados os pressupostos filosóficos da questão, provenientes do liberalismo político, especialmente as idéias de autores como John Stuart Mill, Immanuel Kant e Ronald Dworkin. No segundo, focar-se-á o problema do fundamento do paternalismo jurídico, desde a análise de seu significado até a definição de um conceito e dos tipos de paternalismo jurídico. No terceiro e último capítulo, destacar-se-á a diferença conceitual entre autonomia privada, direito de privacidade e direito de intimidade, para se concluir que a autonomia privada, como direito moral e jurídico, é instrumento hábil de defesa contra medidas paternalistas não justificadas.

⁵ *Ibidem*, loc. cit.

1. OS PRESSUPOSTOS FILOSÓFICOS

1.1. Liberalismo Político

“O Estado do século XX revelou-se como uma força mais poderosa do que a dos antigos impérios e como um amo mais terrível do que os velhos tiranos e déspotas. Um amo sem rosto, desalmado e que age não como um demônio, mas como uma máquina.”

Octavio Paz. *O ogro filantrópico*.

Alguns rótulos ideológicos aderem com tanta facilidade à superfície do discurso, que, com o tempo, distanciados do seu sentido originário, passam a não fazer muito sentido. “Liberal” e “liberalismo” são dois desses termos. Imediatamente, o que vem à cabeça quando se pensa em qualquer um deles é a palavra “liberdade”. Embora seja de difícil definição, o Liberalismo é “um fato histórico, isto é, um conjunto de ações e de pensamentos, ocorridos num determinado momento da história europeia e americana.”⁶ De maneira geral, esse conjunto de filosofias políticas que valorizam a liberdade individual e a igualdade⁷, e que se diferenciam justamente quanto ao modo de interpretar o sentido desses valores e ao grau de importância que eles exercem na sociedade.

Há, pelo menos, quatro tipos de liberalismo: *liberalismo político*, *liberalismo cultural*, *liberalismo econômico* e *liberalismo social*. O modo como eles se relacionam pode pressupor uma relação de complementaridade (ex. liberalismos político e cultural) ou uma relação de franca oposição (ex. liberalismo econômico e liberalismo social).

O *liberalismo político*⁸ defende que os indivíduos são autônomos e constituem a base do Estado e do Direito (que, por sua vez, existem tão-somente em função daqueles), rejeitando todo e qualquer abuso de poder estatal. O liberalismo político enfatiza a importância da conjunção entre Estado de Direito (ou seja, aplicação da igualdade perante a lei) e democracia (“governo do povo, pelo povo, para o povo” na expressão de Abraham Lincoln) no chamado “Estado Democrático de Direito”.⁹ O pano de fundo do liberalismo

⁶ BOBBIO, Norberto et alii. Dicionário de Política. 11ª Ed. Vol. II. Brasília: Ed. UNB, 1998, p. 687.

⁷ C. A. J. (Tony) Coady *Distributive Justice*, in: GOODIN, Robert E. and PETTIT, Philip. *A Companion to Contemporary Political Philosophy*, editors Blackwell Publishing, 1995, p.440: “'Liberalismo' é a ética que defende liberdade e igualdade em geral”.

⁸ Cf. RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu de Azevedo. São Paulo: Editora Ática, 2000.

⁹ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 4ª ed. Editora Brasiliense: 1993, p. 42: “Não só o liberalismo é compatível com a democracia, mas a democracia pode ser considerada como o natural desenvolvimento do Estado liberal apenas se tomada não pelo lado de seu ideal igualitário, mas pelo lado da sua fórmula política, que é, como se viu, a soberania popular. (...) Ideais liberais e método democrático vieram gradualmente se combinando num modo tal que, se é verdade que os direitos de liberdade foram desde o início a condição necessária para a direta aplicação das regras do jogo democrático, é igualmente

político é o iluminismo e sua base filosófica é a doutrina dos direitos do homem e o contratualismo, segundo os quais os cidadãos entram em acordo num contrato social para fazer suas próprias leis e obedecê-las, apoiados na ideia iluminista de que os indivíduos livres e iguais sabem o que é melhor para si.

Na Europa e no Brasil, o termo “liberalismo” é empregado pela esquerda para designar o pensamento conservador no sentido econômico e político (como sinônimo de *liberalismo econômico* ou neoliberalismo, que crê na economia de mercado irrestrita e despreza e descuida do papel do Estado de concretizar os valores da igualdade e da justiça social), ao passo que, nos Estados Unidos da América (EUA), a expressão é utilizada pela direita para criticar a esquerda (social-democratas) por defender os valores da igualdade social e econômica associados ao Estado de Bem-Estar Social. Curioso notar que os republicanos norte-americanos (que censuram os membros do Partido Democrata qualificando-os como liberais) são os mesmos que, por sua vez, os socialistas franceses reprovam como sendo “liberais desalmados”.¹⁰

O *liberalismo cultural*, ou *moral*, tem foco nos direitos individuais relacionados à liberdade de consciência e de escolhas existenciais contra imposições culturais, em questões ligadas à liberdade sexual, à liberdade religiosa e à proteção contra a invasão do governo em suas vidas privadas. Conseqüentemente, esse pensamento se opõe à excessiva regulação governamental da arte, da literatura, dos jogos de azar, do sexo, da prostituição, do aborto, do planejamento familiar, de doenças terminais, das bebidas alcoólicas, das drogas e de outras substâncias controladas.

O *liberalismo econômico* (também chamado de ordoliberalismo, neoliberalismo, libertarianismo, liberismo ou libertarismo) enfatiza a primazia dos direitos individuais da propriedade e da liberdade contratual, sem os quais o exercício de quaisquer outras liberdades seria impossível. Essa corrente defende que o mercado é a instituição mais apta para determinar livremente o valor dos bens e serviços e o modo de funcionamento dessas negociações, sem a intervenção do governo. Aceita a desigualdade econômica que emerge das trocas comerciais e sociais como o resultado natural da competição entre os agentes, desde que não haja coerção entre eles.¹¹

verdadeiro que, em seguida, o desenvolvimento da democracia se tornou o principal instrumento para a defesa dos direitos do homem.”

¹⁰ NAGEL, Thomas. Rawls and Liberalism. In: Samuel Freeman (ed.), *The Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 62.

¹¹ Cf. NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Trad. Ruy Jungmann, trad., Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 1991. HAYEK, F. A. *Direito, Legislação e Liberdade: Uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. 3 Volumes. São Paulo: Visão, 1985.

Por fim, o *liberalismo social* enfatiza os direitos sociais e apóia uma maior atuação governamental em relação aos tributos e à intervenção nas atividades econômicas, inclusive com a criação de empresas estatais, de modo a corrigir os desvios do mercado e redistribuir bens, serviços e direitos na sociedade. Nos EUA, os liberais sociais vão além dos liberais e defendem, até certo grau, o mercado livre, mas na Europa os autodenominados “liberais sociais” estão intimamente ligados a um embasamento político de teor socialista, ou mesmo comunista.¹²

Feitas essas distinções, o liberalismo político clássico se preocupava com o *objeto* e a *natureza* do poder. Com relação ao *objeto*, a crítica ao poder arbitrário foi exercida, primeiramente, em termos de opressão da classe burguesa pelo Antigo Regime para, posteriormente, com as Revoluções francesa e americana, dar ênfase à opressão dos indivíduos pelo Estado. Com relação à *natureza* do poder, a doutrina clássica do liberalismo (ex. John Locke, Montesquieu e Benjamin Constant) criticava o despotismo como forma de exercer o *poder político*, enquanto o liberalismo vitoriano (representado por Alexis de Tocqueville e John Stuart Mill) questiona a “tirania da maioria” como forma de exercer o *poder social*.¹³

Neste trabalho, tomaremos por base o liberalismo político moderno no sentido norte-americano, como sinônimo de socialdemocracia. Em síntese, o *liberalismo político igualitário* sustenta que liberdade, igualdade e comunidade são três aspectos complementares de uma visão política que tem por base a defesa intransigente: (a) do *Estado de Direito* contra as ditaduras, como o comunismo e o nazi-fascismo¹⁴; (b) do *constitucionalismo* e do respeito pelos direitos individuais contra argumentos pré-modernos¹⁵; (c) da *formação do indivíduo (self)* através da livre escolha das suas concepções de bem;¹⁶ (d) da *sociedade aberta*¹⁷ contra

¹² BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Op. cit, pp. 86: “o socialismo liberal (ou liberal socialismo) foi até agora ou um ideal doutrinário abstrato- tão sedutor em teoria quanto dificilmente traduzível em instituições - ou uma das fórmulas que servem para definir aquele regime no qual a tutela do aparato estatal se estendeu dos direitos de liberdade aos direitos sociais.”

¹³ MERQUIOR, José Guilherme. A Panoramic View on the Renaissance of Liberalisms. In: GELLNER, Ernest; CANSINO, César (ed). *Liberalism in Modern Times - Essays in Honour of José G. Merquior*. Central Europe University Press, 1996, p. 8

¹⁴ BIELEFELDT, Heiner. Carl Schmitt's Critique of Liberalism: Systematic Reconstruction and Countercriticism. In: DYZENHAUS, David (ed). *Law as Politics: Carl Schmitt's Critique of Liberalism*. Foreword by Ronald Beiner. Durham, N.C.: Duke University Press. 1998, pp.23-36: “[o ideólogo do nazismo Carl] Schmitt sistematicamente solapou o princípio liberal do Estado de Direito (rule of law).”

¹⁵ Por todos, confira MACINTYRE, Alasdair. *Depois da Virtude*. 2ª Ed. Trad. Jussara Simões. Florianópolis: EDUSC, 2003, p.127: “o mais recente defensor desses direitos, Ronald Dworkin (*Taking rights seriously*, 1976) admite que não se pode demonstrar a existência desses direitos, mas salienta simplesmente sobre isso que não se segue do fato de que uma afirmação não possa ser demonstrada que ela não seja verdadeira (p. 81). O que é verdade, mas poderia ser igualmente utilizado para defender afirmações sobre unicórnios ou bruxas.”

¹⁶ TAYLOR, Charles. *As Fontes do Self: a construção da identidade moderna*. 2ª Ed. Trad. Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Editora Loyola, 2005.

o totalitarismo e, conseqüentemente, o comprometimento com a democracia, a tolerância e o pluralismo.¹⁸

O princípio fundamental do liberalismo político é o individualismo ético: a escolha dos valores morais concerne ao indivíduo, que é a autoridade final e o árbitro das questões relativas à sua própria moralidade.¹⁹ Corolário desse princípio fundamental, cada indivíduo possui sua própria concepção de bem estar, de modo que o Estado deve se manter neutro, imparcial, em relação a essas concepções, não intervindo para determinar ou influenciar no processo de escolha individual sobre as decisões que concernem à vida de cada cidadão.²⁰

1.2. Os limites da ação do Estado

A palavra “estado” é um desses conceitos-chave na filosofia política, cujo significado, pela sua importância, nunca foi nem nunca será unívoco. A etimologia aponta para o termo latino *status* para significar “condição, situação ou classe social”²¹ ou, ainda, “manter-se firme”²². Mais detalhadamente, quer dizer a maneira de ser de uma pessoa ou de uma coisa em relação a si mesma (ex. estado de saúde), ou a maneira de ser de uma pessoa em relação à sociedade (ex. estado civil), ou maneira de ser de um grupamento humano, de uma coletividade (ex. estado de natureza).

Importa destacar, quanto à terceira definição, que o Estado é uma organização política distinta dos indivíduos que a compõem. Georg Jellinek distinguia entre o conceito social e o conceito jurídico de Estado. No primeiro, destacam-se as relações sociais representadas pelos fatos sociais, ou seja, o conjunto de atividades humanas ou relações de vontade de uma

¹⁷ POPPER, Karl. *A Sociedade Aberta e seus Inimigos*. 2 vols. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia, 1998.

¹⁸ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Almiro Pisetta et alii. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002, p.586: “[a sociedade liberal é] uma união das uniões. Os dois traços característicos estão presentes: a implementação bem-sucedida de instituições justas é o objetivo partilhado por todos os membros da sociedade, e essas formas institucionais são valorizadas em si próprias.”

¹⁹ DWORKIN, Ronald. *Ética privada e igualitarismo político*. Barcelona: Ed. Paidós, 1993, p.64: “o liberalismo é tolerante, e em certo sentido neutro a respeito das distintas concepções que as pessoas possuem sobre como devem viver suas vidas, uma ética liberal está obrigada a ser abstrata. Não pode consistir em uma descrição detalhada sobre a boa vida que resulte problemática no seio da comunidade política, como a noção popular de que a vida fundada no poder originário do êxito econômico resulta eminentemente satisfatória, ou o ponto de vista oposto, segundo o qual essa vida é vulgar e mesquinha.”

²⁰ *Ibidem*, p. 54: “a ética, em sentido amplo, é a arte da perspectiva pessoal: nos ensina que ideais pessoais, que projetos e convicções deveríamos ter, e quando e quanto devemos ou deveríamos submeter nossos próprios interesses em favor de outros e em nome da moralidade. A filosofia política é a consciência da perspectiva política: uma teoria política sobre a justiça que descreve os ideais e os princípios que devemos aceitar como base da ação coletiva. (...) A ética deve ser parte da fundamentação do liberalismo: a perspectiva política liberal tem que se enquadrar com uma descrição plausível e atraente de como as pessoas deveriam pensar e atuar em suas vidas privadas. Pelo menos o liberalismo não deve se chocar com nossas convicções éticas, e será mais convincente se, além de tudo, puder compreender como deriva delas.”

²¹ DICIONÁRIO ETIMOLÓGICO NOVA FRONTEIRA DA LÍNGUA PORTUGUESA. Rio de Janeiro, Ed. Nova Fronteira, 1982, p. 327.

²² DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p.51

comunidade humana, situada num território, dotada de poder de mando originário.²³ A esse conceito, ajunta-se o segundo, o conceito jurídico segundo o qual o Estado figura como personalidade jurídica real (o Estado, como Sujeito de Direito, é capaz de titularizar direitos e obrigações na sua própria ordem jurídica e na Internacional) em que há a possibilidade de autolimitação jurídica, ou seja, a subordinação do Estado ao Direito vigente em seu território.²⁴

Como fenômeno histórico, o Estado apresenta nuances sociais, jurídicas e culturais, conforme as propriedades gerais de um povo e de uma época, o que levou Jellinek a agrupar distintos tipos históricos ideais de Estados, expressões abstratas que tentam captar a essência de determinado gênero (ainda que linear e esquematicamente), em: Estado Antigo, Estado Helênico, Estado Romano, Estado Medieval e Estado Moderno.²⁵

Na transição do Estado Medieval para o Estado Moderno, o Estado absolutista representa o poder central concentrado na figura de um rei soberano, legitimado pelo direito divino, que se impunha sobre a população, restabelecendo a unidade territorial dos reinos. Se antes o poder real prevalecia sobre o poder econômico feudal, na nova ordem moderna a economia, representada pelos interesses do industrialismo e da burguesia, controla e dirige a esfera política. O antigo poder de *imperium* dos romanos torna-se *summa potestas* dos soberanos absolutistas, cuja “soberania era perpétua, originária e irresponsável em face de qualquer outro poder terreno, ainda que espiritual, conforme doutrinara Jean Bodin”²⁶.

O Estado Moderno divide-se em Estado Liberal e Estado Social. No Estado Liberal, (também chamado de Estado-Guarda Noturno), como reação ao controle da vida, da economia e do poder nas mãos de um só corpo político, os escritores liberais do século XVIII, (representando os interesses políticos e ideológicos da burguesia), partiram de premissas científicas e racionais para assentar uma série de limites teóricos e práticos ao poder absoluto. Esses limites pouco a pouco se foram transformando em instituições jurídicas e sociais, tais como supremacia da lei, separação de poderes, neutralidade do Estado, direitos naturais

²³ JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Trad. Fernando de los Rios. Buenos Aires: Ed. B de F, 2005, p. 250-256.

²⁴ *Ibidem*, p. 258: “O conceito de corporação é um conceito puramente jurídico, ao qual, como todo conceito de Direito, não corresponde nada objetivamente perceptível no mundo dos fatos; é uma forma de síntese jurídica para expressar as relações jurídicas da unidade de associação e seu vínculo com a ordem jurídica. Se se atribuem ao Estado como à corporação jurídica o caráter de personalidade, não se faz uso de uma hipótese ou ficção, pois personalidade não é outra coisa que sujeito de direito, e significa como já se disse, uma relação de uma individualidade particular ou coletiva com a ordem jurídica. (...) como conceito de direito é, pois, o Estado, a corporação formada por um povo, dotada de um poder de mando originário e assentada em um determinado território.”

²⁵ *Ibidem*, p. 377-428.

²⁶ MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 30ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p. 136.

essenciais de liberdade e igualdade, não intervenção do poder público na economia e na propriedade, devido processo legal e demais institutos do que se convencionou chamar “constitucionalismo liberal”²⁷.

A tradição liberal da filosofia política debruçou-se sobre a questão de se a intervenção do Estado deveria apenas velar pela segurança e liberdade individuais ou se ela deveria também fomentar o bem-estar físico e moral de seus cidadãos. Os autores que se preocupam mais com a vida privada atêm-se à primeira posição, ao passo que os autores que valorizam mais a vida pública defendem a atuação do Estado em diversos setores da vida cotidiana e corroboram a segunda assertiva. Uma defesa radical da primeira posição se contrapõe ao papel regulador (em sentido amplo) dos Estados, presente em legislações que, ao extrapolar a estrita regulação das liberdades individuais, atingem áreas que fornecem condições mínimas para o exercício dessas liberdades, tais como a agricultura, os ofícios, a indústria, o comércio, a vida sexual, o estilo de vida, alimentação até os hábitos mais íntimos dos indivíduos. Tampouco acolher, cegamente, a segunda posição implica, em alguma medida, a relativização da autonomia individual como valor moral e jurídico. O problema não é a intervenção estatal, é a intervenção arbitrária não justificada.

Wilhelm von Humboldt, na obra *Os Limites da Ação do Estado*, defendeu que a liberdade individual é a condição necessária para o cumprimento do fim último dos homens, que consistiria no aperfeiçoamento individual, na autorrealização do indivíduo a partir de sua própria iniciativa. Com isso, Humboldt rejeita todo e qualquer esforço do Estado de imiscuir-se nos assuntos privados dos cidadãos, sempre que esses assuntos não se refiram diretamente à lesão de direitos de outrem. As diferentes intervenções estatais devem ser analisadas segundo os verdadeiros fins do Estado, que seriam: fomentar a felicidade dos indivíduos ou evitar o mal causado pelos próprios homens. Somente nesse último caso (que ele chama de “segurança”) é que estaria justificada a intervenção estatal; do contrário, o Estado não deve

²⁷ Sobre o tema do constitucionalismo, ver BARROSO, Luís Roberto. Constitucionalismo. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (org). *Dicionário de Filosofia Política*. Rio Grande do Sul: Ed. UNISINOS, 2010, p. 115: “Constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (estado de direito, *rule of law*, *Rechtsstaat*). (...) O Estado constitucional existe em três ordens de limitação do poder. Em primeiro lugar, as limitações *materiais*: há valores básicos e direitos fundamentais que devem ser preservados, como dignidade humana, a igualdade e as liberdades básicas. Em segundo lugar, há uma específica estrutura *orgânica* exigível: as funções de legislar, administrar e julgar são atribuídas a órgãos distintos e independentes, mas que ao mesmo tempo se controlem reciprocamente (*check and balances*). Por fim, há as limitações *processuais*: os órgãos do poder devem agir não apenas com base na lei, mas também observando o devido processo legal, que congrega normas tanto de caráter procedimental (contraditório, ampla defesa, inviolabilidade do domicílio, vedação de provas obtidas por meio ilícitos) como de natureza substantiva (racionalidade, razoabilidade-proporcionalidade, inteligibilidade). Na maior parte dos Estados ocidentais instituíram-se ainda mecanismos de controle de constitucionalidade das leis e dos atos do poder público.”

perseguir o bem-estar positivo (ou seja, tudo aquilo que tem a ver com o estímulo moral e não o bem-estar físico) dos cidadãos:

Que o Estado se abstenha totalmente de velar pelo bem-estar positivo dos cidadãos e se limite estritamente a velar pela sua segurança entre eles próprios e frente aos inimigos do exterior, não restringindo a sua liberdade com vistas a nenhum fim último.²⁸

Em seu tempo, diversas leis e instituições conformavam a vida privada, dificultando que o cidadão velasse por seu próprio corpo, pelos seus bens, pelo seu próprio bem-estar e pelo seu trabalho. Essa relação entre os dois planos, privado e público, da vida do indivíduo em sociedade se expressa pela fórmula segundo a qual “a liberdade da vida privada aumenta exatamente na mesma medida em que diminui a liberdade da vida pública, enquanto que a segurança caminha sempre paralelamente a essa.”²⁹

Humboldt, expressão do ordoliberalismo, enxerga o Estado tão-somente como um guarda noturno, cuja tarefa primordial é proteger a vida e a propriedade dos indivíduos. O Estado, na sua visão, deve ajustar sempre sua atividade ao imperativo da necessidade, cujas características são: (a) ser um princípio autoevidente; (b) o necessário é uma questão de tudo ou nada; (c) que conduz a medidas negativas, de abstenção; (d) é, ao contrário da utilidade, o melhor critério para servir de base para o prestígio e o poder das leis.³⁰

Nem todos os liberais pensam da mesma forma. Daí porque Immanuel Kant condena, veementemente, a invasão da autonomia individual pelo “governo paternalista” (*imperium paternale*), em que os súditos são tratados como filhos menores de idade, incapazes de decidir o que é verdadeiramente útil ou perigoso para elas mesmas, como sendo o pior tipo de despotismo, pois esse governo suspende inteiramente a liberdade dos indivíduos.³¹

John Stuart Mill, em 1859, publicou *A Liberdade*, um importantíssimo ensaio sobre a natureza e os limites do poder que a sociedade exerce legitimamente sobre os indivíduos. A concepção do poder político como representante da vontade popular contrapõe-se à concepção tradicional segundo a qual o soberano tem um interesse contraposto ao de seus súditos. No entanto, nos Estados Democráticos, em que o interesse do governante se identifica com o do governado, é necessário evitar a ‘tirania da maioria’, ou seja, “a proteção contra a tirania da opinião e do sentimento dominantes, contra a tendência da sociedade de impor, por outros meios que não as penalidades civis, as próprias ideias e práticas, como regras de condutas aos

²⁸ HUMBOLDT, Wilhelm von. *Os Limites da Acção do Estado*. Trad. Fernando Couto. Lisboa: Ed. Rés, s/d, p. 42.

²⁹ Idem, p. 14.

³⁰ Ibidem, p.92.

³¹ KANT, Immanuel. Sobre a expressão corrente: isto pode ser correcto na teoria, mas nada vale na prática. In: Idem. *A Paz Perpétua e Outros Opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 2008, p. 80.

que delas dissentem”.³² A consequência dessa conduta opressora não é outra senão o estrangulamento das individualidades, obrigando a todos a seguirem o modelo adotado pela maioria. Do ponto de vista individualista, Mill parece estabelecer limites à interferência estatal com relação à liberdade individual.³³

Duas diretrizes antagônicas que regem as relações sociais são: o sentimento individual de que todos devem agir como cada um gostaria que agissem aqueles com quem simpatiza, seja através do convencimento racional, seja através do respeito às preferências pessoais; e o servilismo dos homens em relação aos gostos ou preferências da maioria ou, ao menos, da porção mais poderosa da sociedade. Como o principal fator determinante dos padrões de conduta sociais foram as preferências e as aversões dessa parcela mais poderosa da sociedade, que Mill chama de “os senhores temporais da humanidade ou de seus deuses”, a única solução possível contra a invasão por parte do governo da maioria é cada um decidir de acordo com suas preferências pessoais.³⁴

Tocqueville escreveu duas obras fundamentais: *O Antigo Regime e a Revolução* e *A Democracia na América*, esta em dois volumes. Na primeira, comentando sobre a transição do Absolutismo ao Estado Liberal, anotou que:

a revolução teve como único efeito abolir aquelas velhas instituições políticas que, durante vários séculos, haviam reinado soberanas sobre a maioria dos povos europeus e que são habitualmente chamadas de instituições feudais, para substituí-las por uma ordem social e política mais uniforme e mais simples que tinha como base a igualdade de condições.³⁵

A Revolução foi menos efetiva nos países em que as instituições medievais eram mais rigorosas, como na Alemanha em fins do século XVIII; impondo-se marcadamente nos países em que o peso e o rigor daquelas instituições menos se fizeram sentir ao povo, a exemplo da França, em que o camponês pôde tornar-se proprietário fundiário.³⁶

³² MILL, John Stuart. *A Liberdade; Utilitarismo*. Trad. Eunice Ostrensky. São Paulo: ed. Martins Fontes, 2000, p. 10.

³³ Antes de Mill, Jeremy Bentham parece ter se preocupado com a questão da intervenção da legislação no que denominou ética privada: “é imperioso admitir que os únicos interesses para cuja salvaguarda uma pessoa pode encontrar, com certeza e sempre, motivos adequados são os seus próprios interesses.(...) existem casos em que o legislador- pelo menos da maneira direta, e por meio de castigo aplicado imediatamente a atos particulares individuais- não deve tentar dirigir a conduta dos vários outros membros da coletividade. Todo ato que promete ser benéfico, em seu conjunto, para a coletividade (incluindo a própria pessoa), todo indivíduo deve praticá-lo por si mesmo; todavia, o legislador não tem o direito de impor à pessoa individual a prática de cada um desses atos. Analogamente, todo ato que promete ser prejudicial, em seu conjunto, à coletividade (incluindo a própria pessoa), todo indivíduo deve abster-se dele por si mesmo; entretanto, daqui não se segue que o legislador tenha o direito de proibir à pessoa individual a prática de cada um desses atos.” BENTHAM, Jeremy. *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*. São Paulo: Ed. Abril Cultural, 1974 (Coleção Os Pensadores), p. 71.

³⁴ MILL, John Stuart. Op. cit., p. 13-16.

³⁵ TOCQUEVILLE, Alexis. *O Antigo Regime e a Revolução*. Trad. Rosemary Costhek. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2009, p. 24.

³⁶ Ibidem, p. 29-30.

Na segunda obra, analisando as instituições norte-americanas, concluiu que o Estado paternal é possível somente numa sociedade atomizada de massa, que tenha cercado o indivíduo no círculo estreito dos interesses familiares e domésticos, e onde predomina a corrida acirrada de cada um ao bem-estar e ao gozo dos bens materiais. Foi com perfeição que descreveu:

Não há, nesses tempos cidadão tão obscuro que não seja perigosíssimo deixar oprimir, nem direitos individuais tão pouco importantes que se possam entregar livremente ao arbítrio. A razão disso é simples: quando se viola um direito particular de um indivíduo num tempo em que o espírito humano está impregnado da importância e da santidade dos direitos desse tipo, só se prejudica àquele que é espoliado; mas violar tal direito, em nossos dias, é corromper profundamente os costumes nacionais e pôr em risco toda a sociedade; porque a própria ideia desses tipos de direito tende sem cessar a alterar-se e a se perder entre nós.³⁷

O novo Estado paternal, segundo Alexis de Tocqueville, torna-se possível graças precisamente a um compromisso entre o despotismo administrativo e a soberania popular; porém, diferencia-se do antigo despotismo, porque estaria mais difuso, seria mais brando e envileceria os homens sem os atormentar.³⁸

O que há em comum entre as visões de Mill e a de Tocqueville é a defesa da liberdade política, que conduz à valorização do pluralismo político e social, e a recusa da solução dos problemas individuais e sociais mediante métodos administrativos e burocráticos, que alienam o indivíduo do sistema político.³⁹

Entre o século XVIII e o século XX, as duas grandes revoluções da liberdade e da igualdade – a francesa e a americana – foram seguidas pela revolução da fraternidade e pela revolução do Estado social, revoluções que colaboraram na constitucionalização tanto da liberdade quanto da igualdade, em reação à visão individualista do homem econômico e suas liberdades burguesas e às desigualdades de fato entre ele e os demais.⁴⁰

Para os autores mais à esquerda no espectro ideológico, o Estado Social (também sinônimo de Estado de Bem-Estar e Estado-Providência), inspirado pelos ditames de justiça, igualdade e liberdade, representa “a criação mais sugestiva do século constitucional, o

³⁷ TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. Vol. II, Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 400.

³⁸ *Ibidem*, p. 389s: “acima dos homens iguais, erige-se um poder imenso e tutelar, que se encarrega sozinho de assegurar-lhes os prazeres e de velar-lhes a sorte. Esse poder é absoluto, minucioso, regular, previdente e suave. Assemelhar-se-ia ao poder paterno e, com ele, teria como objetivo preparar os homens para a idade viril; mas, ao contrário, procura somente mantê-los irrevogavelmente na infância; tem prazer em que os cidadãos se regozijem, desde que não pensem em outra coisa. Trabalha com prazer para seu bem mas quer ser o único a fazê-lo e o árbitro exclusivo; provê-lhes e satisfaz-lhes as necessidades, facilita-lhes os prazeres, conduz seus próprios negócios, dirige as indústrias, regulamenta as sucessões, divide as heranças; por que não poupar-lhes inteiramente a preocupação de pensar e o trabalho de viver?”

³⁹ MATTEUCCI, Nicola. In: BOBBIO, Norberto et alii. *Dicionário de Política*. 11ª Ed. Vol. II. Brasília: Ed. UNB, 1998, p. 909.

⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009, p. 29.

princípio governativo mais rico em gestação no universo político do Ocidente”⁴¹ Esse princípio, basicamente, consiste numa maior intervenção do Estado na ordem econômica e social, para estabelecer uma redistribuição de bens sociais e para instituir um regime de garantias sociais, econômicas e culturais aos seus cidadãos.

Há duas modalidades de Estado Social. Na primeira, no Estado Socialista, o dirigismo e a planificação econômica são impostos de cima para baixo (*top down*), com a supressão do que Karl Marx denominava “superestrutura capitalista” (ou seja, as instituições jurídicas, culturais e sociais que dependem da economia capitalista e a legitimam) e com a consequente apropriação social dos meios de produção capitalista. São exemplos disso os chamados “países sob o socialismo real”, tais como a extinta União Soviética, e atualmente Cuba e Coreia do Norte. A forma democrática de Estado Social aceita alguma forma de dirigismo econômico, de maneira consentida pelo povo (*bottom up*), verdadeiro titular da soberania popular, em que se preservam alguns princípios e as instituições básicas da sociedade liberal, enfatizando o desenvolvimento e a progressiva implementação dos direitos fundamentais sociais.

Estado Socialista e Estado Social-Democrático: ambas formas de Estado Social estão em crise. Não se pretende com isso, ao contrário da polêmica tese de Francis Fukuyama, indicar que a vitória da democracia liberal como único regime político legítimo se deu com a queda do muro de Berlim, em 1989, e com a derrocada da União Soviética, em 1991, o que ele chamou de “fim da História”.⁴² Em sentido oposto, Samuel Huntington sustentou que o mundo não progrediria em direção a um modelo único, mas que o movimento característico da globalização de fragmentação e aprofundamento das singularidades levaria ao “choque de civilizações”.⁴³ Entretanto, nenhuma dessas visões corresponde ao sentido de crise.

Crise (*κρίσις*) foi a designação pensada pelos gregos para o momento de tomar decisões, de determinar o instante oportuno de agir. Etimologicamente, aproxima-se mais de *criterion* – princípio para tomar a decisão certa – do que de um sentido pejorativo associado a “fim”, “desastre” ou catástrofe.⁴⁴ Hoje, dentre seus múltiplos significados, crise parece designar, no campo da política e do direito, um estado de incerteza, vacilação ou declínio.

No caso do Estado-Providência, houve, ao mesmo tempo, uma crise de representação e uma crise das políticas. A primeira, de caráter institucional e econômico, refere-se ao

⁴¹ Ibidem, p. 12.

⁴² FUKUYAMA, Francis. *O Fim da História e o Último Homem*. Trad. Rio de Janeiro: Ed. Rocco, 1992.

⁴³ HUNTINGTON, Samuel P. *Choque de Civilizações e a Recomposição da Ordem Mundial*. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2001.

⁴⁴ BAUMAN, Zygmund. *Em busca da Política*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 144.

demasiado intervencionismo econômico, que provocou nos países que o adotaram o desequilíbrio da economia de mercado, o crescimento do aparelho burocrático e da dívida pública, e à ingerência cada vez maior e mais opressiva do Estado nas liberdades individuais, transformando os cidadãos em pessoas incapazes e irresponsáveis em relação aos seus próprios atos. A segunda crise, de natureza política, corresponde à adoção teórica e prática, no decorrer dos anos 80, de um conjunto de medidas liberalizantes com a finalidade de conter o processo de crescimento estatal. As chamadas doutrinas do Thatcherismo⁴⁵, no Reino Unido, e do *Reaganomics*⁴⁶, nos Estados Unidos da América, sob o manto do ultraliberalismo (ou libertarianismo), ditaram a nova ordem econômica internacional ao longo da década de 90, através da desestatização, do controle da inflação, da redução dos gastos do governo e da não-intervenção estatal.

A crítica libertária assevera que, no lugar de ser um remédio para os males sociais, o Estado Social acaba por agravá-los, por dois motivos: primeiro, o Estado, ao tomar decisões em favor dos grupos menos favorecidos, impõe cargas pesadas ao restante da sociedade e regula demasiadamente o fluxo de capital, o que reduz o incentivo para investir no longo prazo; segundo, ao proteger certos setores em detrimento de outros, desestimula o trabalho e a produção naqueles setores.⁴⁷

Para a crítica de esquerda, o Estado de Bem-Estar é ineficiente, repressor, atua através de medidas paliativas que dissimulam contradições de classe, condiciona uma compreensão falsa da realidade sócio-política na classe trabalhadora, já que não é capaz de transformar a sociedade capitalista, mas a estabiliza.⁴⁸

Em cada uma dessas críticas, de vieses ideológicos opostos, está implícito o problema do paternalismo, pois diuturnamente o Estado de Bem-Estar Social empreende ações benevolentes que reduzem a liberdade de ação ou autonomia dos indivíduos que compõem a sociedade política.

O Estado pós-moderno, de certa forma, pretende oferecer alternativas práticas e teóricas ao Estado Social, embora nenhuma delas o substitua completamente.⁴⁹ A

⁴⁵ MINOGUE, Kenneth; BIDDISS, Michael. *Thatcherism: Personality and Politics*. Palgrave Macmillan, 1987.

⁴⁶ NISKANEN, William A. "Reaganomics." Disponível em: <http://www.econlib.org/library/Enc1/Reaganomics.html>. Acesso em: 12/03/2009.

⁴⁷ DIETERLEN, Paulette. Paternalismo y Estado de Bienestar. In: *Doxa*, n° 5 (1988), p. 176-177.

⁴⁸ OFFE, Claus. *Contradictions of the Welfare State*. Cambridge: The MIT Press, 1985, p. 149.

⁴⁹ Isso pode ser exemplificado pela quantidade de teses alternativas à dicotomia esquerda-direita quanto ao problema do Estado-Social. Exemplo disso é a tese de GIDDENS, Anthony. *A Terceira Via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia*. Trad. Maria Luisa X. de A. Borges. 5ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2005; tese criticada por UNGER, Roberto Mangabeira. *A Segunda Via: presente e futuro do Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2001, p. 9: "A social-democracia seria o compromisso com a democracia representativa, com a economia de mercado regulada e com políticas sociais destinadas a moderar as desigualdades e as exclusões.

modernidade caracteriza-se pela conjugação de três elementos: o *técnico*, representado pelo desenvolvimento tecnológico e científico; o *econômico*, representado principalmente pela concentração dos meios de produção em blocos econômicos de países e em conglomerados empresariais; e o *político*, cuja expressão máxima é o surgimento do Estado. Todos estes processos traduzem a crescente racionalização da organização das sociedades modernas.⁵⁰

A pós-modernidade, de difícil definição, ampliou o campo das possibilidades fáticas, das incertezas dos paradigmas e da indeterminação do futuro.⁵¹ Em suma, a pós-modernidade abrange a questão do fim, do limite ou da margem de diversas categorias que são colocadas em questão: a História, o homem, o conhecimento, a escrita, a sociedade, a soberania, o Estado-Nação, a própria modernidade, etc. *Fim* do Estado não é término, destruição ou conclusão de um processo, mas sim *fim como finalidade* e transformação jurídica, política e social.⁵²

A definição de pós-modernidade como “incredulidade com relação aos metarrelatos”⁵³ a que alude Lyotard quer dizer que a experiência da pós-modernidade decorreria da desilusão em relação às crenças sobre visões totalizantes da história e demais concepções de mundo, que pretendiam prescrever a toda a humanidade regras de conduta política e ética.

A solidez do Estado moderno ancorava-se na ideia de soberania estatal como “capacidade de autodeterminação e de autovinculação jurídica exclusiva”.⁵⁴ O Estado, através de seu ordenamento jurídico, impõe sua vontade legal-legítima incontestável sobre o seu povo (elemento material do Estado) situado num determinado território (elemento espacial) através da realização de atividades que constituem o núcleo e a finalidade da sua instituição no seio da sociedade (tais como: o monopólio legítimo da força, o privilégio de emitir moeda e o poder de instituir e arrecadar tributos).

Como a ênfase em tais políticas também faz parte da pregação liberal ou neoliberal, tanto no Brasil quanto em toda parte, generaliza-se a confusão. O nome desta confusão é ‘a terceira via’.”

⁵⁰ CHEVALIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009, p. 14.

⁵¹ Para uma aproximação um tanto ambíguo, controvertido e vago do conceito, em seus diversos aspectos, cf. LYOTARD, Jean François. *A Condição Pós-Moderna*. Rio de Janeiro: José Olympio Ed., 2002; BELL, Daniel (1973). *O Advento da Sociedade Pós-industrial*. São Paulo: Cultrix, 1973; LIPOVETSKY, Gilles. *Tempos Hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004; HARVEY, David. *A Condição Pós Moderna- Uma pesquisa sobre as Origens da Mudança Cultural*. 10ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001; ANDERSON, Perry. *Origens da Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999; JAMESON, Fredric. *Pós-Modernismo: A Lógica Cultural do Capitalismo Tardio*. São Paulo: Ed. Ática, 2002. TOURAINE, Alain. *Crítica da Modernidade*. Petrópolis: Ed. Vozes, 1994; BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001; HABERMAS, Jürgen. *O Discurso Filosófico da Modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

⁵² SILVERMAN, Hugh J. “Modernity and postmodernity” (1996) In: *Encyclopedia of Philosophy*. 2nd ed. Vol. 6. Farmington Hills: Thomson Gale, p. 318.

⁵³ LYOTARD, Jean François. *A Condição Pós-Moderna*. Op. cit, p. XVI.

⁵⁴ JELLINEK, Georg. Op. cit., p. 596.

Na contemporaneidade, mesmo passando por uma série de transformações e desafios que relativizam a noção de soberania e tornam menos precisa a delimitação do espaço estatal de sua atuação,⁵⁵ o Estado ainda permanece fortemente presente na formação de identidades coletivas e na garantia da ordem, da inclusão e da proteção dos indivíduos que caracterizam a integração social.⁵⁶

O Estado pós-moderno, portanto, representa a crítica e a ruptura dos paradigmas do Estado Moderno. Havia duas distorções primordiais nesses paradigmas: uma do *Estado Autoritário*, caracterizado pela fraqueza das garantias judiciais, pelo enquadramento estrito dos mecanismos democráticos ou a supressão destes, pelo poder dos mecanismos repressivos, dentre outros aspectos; e a outra do *Estado Patrimonial*, típico dos países em desenvolvimento, em que há precariedade da coerção, coexistência de diversos princípios de legitimidade, relativização da distinção público/privado, dentre outros fatores.⁵⁷ Tais distorções não são incompatíveis entre si, pois o controle patrimonialista do Estado é o domínio autoritário e centralizador pelo qual as elites exercem o poder, ignorando a separação republicana entre espaço público e privado.⁵⁸ Assim, poder pessoal, favoritismo e privilégio são os valores pré-modernos que, concomitante e paradoxalmente, subvertem a legitimação racional do Estado e orientam o *modus operandi* do aparato burocrático desse Estado Moderno distorcido.⁵⁹

A partir dessas premissas, no contexto atual, o Estado Paternalista é aquele em que, independente da ideologia política⁶⁰, o exercício estatal do poder, por meio de atos, leis ou medidas, tem por objetivo evitar que o indivíduo leve a cabo ações ou omissões que

⁵⁵ Sobre a relativização da soberania e delimitação dos novos espaços, ver NOVAES, Adauto (org). *A Crise do Estado-Nação*. Rio de Janeiro: *Civilização Brasileira*, 2003; FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno*. Trad. Carlo Coccioli et alii. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2007; CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009.

⁵⁶ CHEVALLIER, Jacques. Op. cit., p. 59-61.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 27.

⁵⁸ Sobre o patrimonialismo, cf. WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Vol I. 4ª ed. Trad. Regis Barbosa et alii. Brasília: Ed. UNB, 2009, p. 152: “Denominamos *patrimonial* toda dominação que, originalmente orientada pela tradição, se exerce em virtude de pleno direito pessoal.”

⁵⁹ Sobre o patrimonialismo como dominação tradicional que não é nem patriarcal nem feudalista, especialmente no Brasil, cf. FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*. Porto Alegre: Ed. Globo, 2001, p. 36: “o patrimonialismo se acomoda com uma particularidade, uma particularidade talvez ibérica, talvez ibero-americana. Fora da ordem feudal, os estamentos cresceram e se tornaram visíveis – o que espantaria Max Weber- sem a quebra da ordem patrimonial.”

⁶⁰ O fato de a ideologia de governo ser “de esquerda” ou “de direita”, mais liberal ou mais conservadora, em nada afeta a caracterização do Estado paternalista, na medida em que não são as *ações* (programas políticos), mas as *razões* (justificações na adoção dessas políticas) que identificam esse tipo de distorção do Estado Moderno.

provoquem ou aumentem o risco de causara si mesmo danos físicos, psíquicos ou econômicos, impondo-se, assim, um determinado conceito estatal de bem.⁶¹

Embora o papel primordial do Estado seja realizar, através da *mediação* de conflitos e da *manutenção* das seguranças policial e jurídica, a produção e conservação da coesão social, não há mais espaço para a imposição de valores morais ou religiosos, nem para a supressão de comportamentos *licitos* de grupos, enfim, para um zelo paternal. Em primeiro lugar, porque isso comprometeria a própria coesão social, na medida em que a sociedade política não é mera aglomeração homogênea e uniforme de indivíduos com as mesmas ideias e valores e, sim, um conjunto de pessoas que, *individualmente*, divergem quanto às intuições, crenças e visões de mundo, mas que, *politicamente*, são livres e iguais para viver sob o mesmo Estado soberano, para participar da vida política e para compartilhar um destino comum. Em segundo, porque isso seria insustentável diante de uma dinâmica social que, pelo aumento da complexidade no processo de constituição e de transformação da sociedade (que Norbert Elias chamou de “processo civilizador”⁶²), incorpora cada vez mais elementos contrapostos e conflitivos entre si até que dê lugar a uma outro padrão social.

Esse tipo distorcido de Estado, denominado “Estado Paternal”, possui um trajetória histórica e filosófica cujo fundamento místico repousa não só na compreensão da relação entre o Estado e a violência que o constituiu como também na busca pelo fundamento da “autoridade paternalista”, localizada no cerne dessa relação.

1.3. Fundamentos do Estado Paternalista

Da raiz etimológica decorrente da expressão latina *auctoritas, átis*, o termo “autoridade” abrange um vasto campo semântico que se estende a expressões como: “consideração, confiança, crédito, reputação, respeito, fé, estima; exemplo acreditado, famoso, poder, poderio, jurisdição, direito; resolução, decreto, determinação com força de lei; aquilo que tem autoridade, que constitui prova, que serve como exemplo, modelo, o que é exemplar.”⁶³

⁶¹ ALEMANY, Macário. El concepto y la justificación del paternalismo. *DOXA* nº 28 (2005), p. 273.

⁶² O *processo civilizador* é o reflexo direto das mudanças nas cadeias de interdependência humana, que tiveram origem nas próprias teias de interdependência social. As cadeias de interdependência que ligam o indivíduo às estruturas se tornam cada vez mais complexas e, com isso, antigas formações sociais são substituídas por uma nova. Esse é o critério para caracterizar diferentes formações sociais, que originam uma nova estrutura de mentalidade. Cf. ELIAS, Norbert. *O Processo Civilizador*. 2 vol. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 1998.

⁶³ MEZZARROBA, Orides. “Autoridade.” In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2006, p. 84.

Por sua vez, o termo *auctoritas* deriva da expressão *auctor(or)is*, a qual origina outras derivações: “aquele que gera, o que faz nascer, o pai, o tronco de uma raça, de uma família, o fundador, inventor, aquele que está investido de poder para fazer alguma coisa.”⁶⁴ A palavra *auctor* deriva do verbo *augere* (*augeo* - verbo transitivo), que significa produzir, expandir, fazer crescer, aumentar, elevar a honra, glorificar, exaltar, engrandecer.⁶⁵ Todavia, esse sentido de aumentar corresponde ao acréscimo, a tornar maior *alguma coisa que já existe*, quando, na verdade, “em seus usos mais antigos *augeo* indica, não o fato de aumentar o que existe, e sim o ato de produzir alguma coisa de um meio fértil e que é privilégio dos deuses ou das grandes forças naturais, não dos homens”.⁶⁶ Através do seu significado mais primitivo, *auctoritas* é o ato de produção, a qualidade revestida por um determinado funcionário público, a validade de um testemunho, o poder de iniciativa, etc; é o dom, reservado a poucos homens, de trazer algo à vida. Em suma, “toda palavra pronunciada com a autoridade determina uma mudança no mundo, cria alguma coisa; essa qualidade misteriosa é que exprime *augeo*, o poder que faz surgir as plantas, que dá vida a uma lei.”⁶⁷

Os latinos também associavam *augeo* com *augur* (palavra que originou “augúrio” e “augusto”), que designava a promoção, manifestada por um presságio, concedida pelos deuses a uma iniciativa humana, o que confirma que a ação de *augere* possui uma origem divina.⁶⁸ No discurso jurídico, há uma inequívoca aproximação entre a figura do autor e da autoridade, pois o que hoje conhecemos como expressões das fórmulas de argumento de autoridade revelava, na Idade Média, a realidade em si, como uma verdade provada.⁶⁹

Portanto, do ponto de vista etimológico, o sentido mais primitivo de autoridade (*auctoritas*) denota o dom (ou poder) de se criar a vida a partir de fundamentos divinos ou naturais, seja ao fazer surgir as plantas, seja ao dar vida a uma lei.

Em conceito mais atual, Hannah Arendt define autoridade como *toda relação de respeito estabelecida entre pessoas ou cargos, através do reconhecimento incondicional dos*

⁶⁴ Ibidem, loc. cit.

⁶⁵ Ibidem, loc. cit.

⁶⁶ BENVENISTE, Émile. *O Vocabulário das Instituições Indo-européias*, vol. II: poder, direito e religião. Trad. Denise Bottman. Campinas: Ed. Unicamp, 1995, p. 151.

⁶⁷ Ibidem, p. 152.

⁶⁸ Ibidem, loc. cit; ARENDT, Hannah. O que é autoridade? In: *Entre o Passado e o Futuro*. Trad. Mauro W. Barbosa. 6ª ed. São Paulo: Ed. Perspectiva, 2009, p. 165: “a origem de ‘todos os *auspices* se remonta ao grande sinal pelo qual os deuses deram a Rômulo a autoridade para fundar a cidade’, assim também toda autoridade deriva dessa fundação, remetendo cada ato ao sagrado início da história romana e somando, por assim dizer, a cada momento singular todo o peso do passado.”

⁶⁹ FOUCAULT, Michel. *O que é um autor?* Lisboa: ed. Nova Vega, 2006, p. 48: “os textos que hoje chamaríamos científicos (...) eram recebidos na Idade Média como portadores do valor de verdade apenas na condição de serem assinalados com o nome do autor. ‘Hipócrates disse’, ‘Plínio conta’ não eram, em rigor, fórmulas de um argumento de autoridade; eram indícios que assinalavam os discursos a serem recebidos como provados.”

*indivíduos de que devem obedecer, sem que seja desnecessário empregar a coação ou a persuasão.*⁷⁰ O exercício da autoridade não pressupõe o uso de meios externos de coerção, porque onde a força é empregada, a autoridade, em si, fracassa. Da mesma forma, a autoridade é incompatível com persuasão, pois o convencimento do outro através da retórica e da oratória, ocorrendo mediante argumentação, pressupõe uma igualdade entre os debatedores, o que não há na relação entre o que manda e o que obedece. Portanto, a autoridade exclui tanto a coerção quanto a persuasão argumentativa.

A autoridade política adquire importância justamente pela sua capacidade de conferir durabilidade e permanência ao mundo tão frágil e instável dos homens. Entretanto, segundo diagnostica a autora, no mundo moderno, há uma crise permanente da autoridade, de feição eminentemente política, cuja origem e natureza são motivos de controvérsias e confusão.⁷¹ Esta crise se espalhou até mesmo a áreas pré-políticas em que a autoridade é uma necessidade natural para formação dos indivíduos e para a continuidade da civilização, tal como na criação dos filhos e a educação. Conseqüentemente, a perda da autoridade provocará a perda de consistência destas formas de relações autoritárias como mestre-aluno e adulto-criança, conforme denunciara Platão, na *República*:

o pai se habitua a tratar o filho como seu igual e a temê-lo. O filho se assemelha ao pai e não respeita nem teme os pais, porque quer ser livre. (...) O mestre receia os discípulos e lisonjeia-os; os discípulos fazem pouco caso dos mestres e dos pedagogos. (...) é este governo tão belo e arrogante que dá origem à tirania.⁷²

Na literatura, o pensamento platônico encontrará eco nas palavras de Shigalev, personagem de *Os Demônios*, de Dostoievski, que afirma: “partindo da liberdade ilimitada, acabo no despotismo ilimitado”.⁷³ A modernidade colocou em xeque os fundamentos mais sólidos constituídos pela autoridade da tradição e da religião; sem os quais, perde-se a segurança, a permanência e a durabilidade do mundo tal qual se conhece. A metáfora da autoridade paternalista que une, docemente, o governante ao governado torna esses laços do imaginário social mais fortes e mais perenes.

Abrangendo vasto campo semântico, “*patres*” significa tanto ‘pais’, quanto ‘patrícios’ ou ‘senadores’, o que supõe uma superioridade social implícita no sentido etimológico de *pater* (‘chefe da casa’, ou ‘senhor’), assinalando, assim, a relação entre um ascendente e seus

⁷⁰ ARENDT, Hannah. Da violência. In: *Crises da República*. Trad. José Volkmann. São Paulo: Perspectiva, 2006, p. 125.

⁷¹ Idem. Que é autoridade? Op. cit., p. 129.

⁷² PLATÃO, *República*, Livro VIII. Trad. Enrico Corvisieri. São Paulo: Ed. Nova Cultural (Col. Os Pensadores), 2000, p. 281.

⁷³ DOSTOIEVSKI, Feodor. *Os Demônios*. Trad. Paulo Bezerra. São Paulo: Ed. 34, 2005, p. 391.

subordinados. A correlação entre os vocábulos *patres* e *senatus* decorre do fato de que “aqueles que eram dotados de autoridade eram os anciãos, o Senado ou os *patres*, os quais a obtinham por descendência e transmissão (tradição) daqueles que haviam lançado as fundações de todas as coisas futuras”⁷⁴. Era essa imemorial autoridade que os habilitava a ocupar as funções públicas⁷⁵. Além desse sentido, há, igualmente, o uso da palavra *patres* para designar príncipes⁷⁶ e patrícios⁷⁷. Sob a ótica democrática, o governo dos *patres* adquire um sentido pejorativo, pois, conforme testemunha Cícero:

com frequência se viu suceder o governo popular à monarquia, à aristocracia, ao passo que nunca uma nação livre pediu reis nem patronatos de aristocratas (*patrum dominationem*). (...) As dissensões nascem da diferença e da rivalidade de interesses; assim, o governo aristocrático (*patres*) nunca terá nada estável, e menos ainda a monarquia.⁷⁸

Embora *auctoritas* e *pater* estivessem associados na literatura romana, é possível distinguir dois sentidos jurídicos da autoridade paterna. No direito público romano, vigia a máxima “*cum potestas in populo, auctoritas in senatu sit*”⁷⁹, ou seja, a fonte da *potestas* é o povo, ao passo que a fonte da *auctoritas* é o senado (*patrum auctoritas*). A *potestas* pertence ao povo que a transfere aos magistrados⁸⁰. Daí porque o sentido romano de *potestas* aponta para a competência dos magistrados romanos de expressar na sua própria vontade a do Estado, gerando-lhe direitos e obrigações.⁸¹ Por sua vez, *patrum auctoritas* significava, originalmente, a autorização, que valia mais que um conselho e menos que uma ordem, e que prescindia de qualquer coerção externa, concedida pelo Senado romano para que fossem ratificadas e tornadas válidas as leis e decisões dos comícios populares.⁸²

Havia três situações nas quais a *auctoritas patrum* funcionava como um poder que suspendia ou reativava o direito, mas que não tinha vigência formal de direito: o *iustitium*, o *interrex* e a *hostis iudicatio*. Na primeira, quando ocorria alguma situação de calamidade, de

⁷⁴ ARENDT, Hannah. Que é autoridade? In: *Entre o Passado e o Futuro*, Op. cit., p. 164.

⁷⁵ CÍCERO, *Da República*, 2.23: “o senado de Rômulo, que constava e se compunha de nobres, aos quais o rei tanto distinguiu que chegou a chamar-lhes pais e a seus filhos patrícios, tentou, depois que Rômulo desapareceu, governar a República sem rei; mas, o povo não o consentiu, e reclamou um rei, apesar da dor experimentada com a perda do primeiro.” Disponível em: <http://www.thelatinlibrary.com/cicero/repub2.shtml> Acesso: 23/04/09.

⁷⁶ CÍCERO, *Da República*, 2.14: “o poder inteiro voltou para Rômulo, que já de acordo com Tácio, reunira em conselho real os principais cidadãos, chamados de pais pelo carinho do povo.” Ibidem.

⁷⁷ CÍCERO, *Da República*, 2.56: “nada se pudesse aprovar do resolvido pelo povo sem que os patrícios (*patrum*) o sancionassem”. Ibidem.

⁷⁸ Cícero, *Da República*, 1.48-49: Ibidem.

⁷⁹ CÍCERO, *De Legibus*, III, 28: Disponível em: http://oll.libertyfund.org/?option=com_staticxt&staticfile=show.php%3Ftitle=545&chapter=83327&layout=html&Itemid=27. Acesso em 12.03.2010.

⁸⁰ ULPIANO. Digesto, 1,4,1: “o que decreta o príncipe tem vigor de lei; em razão da lei régia, que se promulgou sob seu poder (*imperio*), o povo lhe conferirá todo seu império e potestade (*imperium et potestatem*)”. *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, Barcelona: Jaime Molinas Editor, 1889, p. 212-213.

⁸¹ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008, p. 18.

⁸² ARENDT, Hannah. O que é Autoridade? Op. Cit. p. 164-165.

guerra externa, de insurreição ou de guerra civil que ameaçava a República romana, o Senado emitia um *senatus consultum ultimum* pedindo que se tomasse qualquer medida para salvar o Estado. Inicialmente, declarava-se o *tumultus* (uma das situações que pusera em perigo a República), seguindo-se-lhe o *iustitium*, que produzia a suspensão da ordem jurídica vigente em razão do estado de necessidade, reduzindo os cônsules à condição de particulares e revestindo os particulares do poder de *imperium*.⁸³ Na segunda, quando, por qualquer razão, não havia mais nenhum magistrado dotado de *imperium*, os *patres auctores* nomeavam um *interrex*, que, por seu turno, nomearia o sucessor para garantir a continuidade do poder.⁸⁴ Na terceira, caso um cidadão romano ameaçasse a segurança da República, ele podia ser declarado *hostis iudicatus* (inimigo público), suspendendo-se os seus direitos de cidadão romano, tais como a posse de bens e a própria vida.⁸⁵

Nessas três hipóteses excepcionais, percebe-se, conforme assinalou Giorgio Agamben, que “a *auctoritas* parece agir como *uma força que suspende a potestas onde ela agia e a reativa onde ela não estava mais em vigor*” (grifos no original).⁸⁶ Esse elo paradoxal se baseia no caráter biopolítico da *auctoritas*, pois “a norma pode ser aplicada ao caso normal e pode ser suspensa sem anular inteiramente a ordem jurídica porque, sob a forma de *auctoritas* ou da decisão soberana, ela se refere imediatamente à vida e dela deriva.”⁸⁷

No direito privado romano, a *auctoritas* é um atributo, inerente e originário, de propriedade do *auctor*, ou seja, da pessoa *sui iuris* (*pater familias*) que confere validade jurídica aos atos de seus dependentes (mulher, filhos e escravos).⁸⁸ Segundo a Lei das Doze Tábuas, o chefe da família (*pater familiae*) tinha *vitae necisque potestas* (“poder de vida e de morte”) sobre todos que estavam sob sua tutela: seus filhos,⁸⁹ sua esposa e seus escravos⁹⁰, sendo estes comumente tratados como crianças.⁹¹ Desse modo, *patria potestas* significa, num

⁸³ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Trad. Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2003, p. 67-69.

⁸⁴ Ibidem, p. 122.

⁸⁵ Ibidem, p. 122-123.

⁸⁶ Ibidem, p. 121.

⁸⁷ Ibidem, p. 129-130.

⁸⁸ AGAMBEN, Giorgio. *Op. Cit.*, p. 117.

⁸⁹ Lex Duodecim Tabularum. Tabula IV, (2a): “*Cum patri lex ... dederit in filium vitae necisque potestatem*. Pap., Coll., 4, 8.” Disponível em: http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Leges/twelve_Girard.html. Acesso em: 23/04/09.

⁹⁰ *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, Op. Cit., p.11: “os escravos, pois se encontram sob o poder de seus senhores, cuja potestade (potestas) é de Direito das Gentes (*ius gentium*), pois em todas as nações podemos observar igualmente que os donos têm sobre os escravos o poder de vida e de morte (*dominis in servos vitae necisque potestatem esse*).” (*Instituta*, Libro I, Tit. VIII, 10)

⁹¹ VEYNE, Paul (org). *História da Vida Privada: Do Império Romano ao ano mil*. Trad. Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 1990, p. 70. “Os romanos estavam tão seguros de sua superioridade que consideravam os escravos como crianças grandes; geralmente chamavam de ‘pequeno’, ‘menino’ (*pais, puer*) mesmo quando eram velhos, e os próprios escravos se tratavam dessa forma entre si”.

sentido estrito, “tanto o poder do pai, como tal, que advém da relação paternal; como também as prerrogativas das crianças como *filiusfamilias* or *filiafamilias*.”⁹²

Conforme se afirmou, a etimologia das palavras “autoridade” e “paternal” demonstra que ambas, em seus sentidos mais primitivos, significam o poder de criar, validar ou extinguir algo: uma vida, uma instituição ou uma lei. O paternalismo é inteiramente compatível com o Estado de Direito; antes da modernidade, uma determinação aos súditos que pudesse ser considerada uma “boa intenção” do soberano em protegê-los (a exemplo das relações feudais de vassalagem) transmudava-se em ditame legal, dotado de generalidade e imperatividade. Em suma, o paternalismo político deu lugar ao paternalismo jurídico.

No Estado Democrático de Direito, a autoridade paternalista não necessariamente precisa recorrer à legitimação carismática do seu poder, baseada na veneração cotidiana da santidade, do poder heroico ou do caráter exemplar do líder,⁹³ basta que as leis paternalistas cumpram adequadamente o processo legislativo e sejam compatíveis com a Constituição, especialmente se, na manifestação constituinte, houver disposições que possibilitem uma interpretação paternalista de seus dispositivos.

Da perspectiva positivista exclusivista,⁹⁴ o Direito constitui-se por normas sociais que são reconhecidas como tais por determinadas fontes, dotadas de autoridade para determinar, de forma vinculante, o comportamento das pessoas.⁹⁵ Geralmente, essas normas agregam, intencionalmente, uma consequência negativa (denominada sanção), visando o seu cumprimento obrigatório.⁹⁶

Decorre do fato de o Estado de Direito exercer o monopólio legítimo da coação física para realizar as ordens vigentes,⁹⁷ a possibilidade de a força física, modalidade mais extrema de sanção, ser aplicada para o cumprimento dos comandos normativos. Isso não quer dizer que todas as leis sejam aplicadas. Há leis que não são aplicadas, mas não há *lei sem aplicabilidade*. A concretização ou aplicação do Direito, em inglês, é chamada de

⁹² LONG, George. “Patria Potestas”. In: SMITH, William. *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities*. London: John Murray, 1875, p. 875.

⁹³ WEBER, Max. *Economia e sociedade*, Op. Cit., p. 141.

⁹⁴ Sobre a diferença entre o positivismo inclusivista e o exclusivista, WALUCHOW, W.J. *Inclusive Legal Positivism*. Oxford: Clarendon Press, 2003.

⁹⁵ RAZ, Joseph. *Ethics in Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 217-221: “a partir do momento em que o direito reivindica possuir autoridade, ele é capaz de tê-la. A partir do momento em que essa reivindicação é feita por agentes estatais sempre que um sistema jurídico estiver vigente (*in force*), a possibilidade de que ele seja normalmente insincero ou baseado em um erro conceitual está afastada.”

⁹⁶ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994, p. 260.

⁹⁷ WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Op. cit., p. 34.

“*enforceability of law*”, o quer dizer que o indivíduo é compelido, pelo uso da força (*enforce*), a obedecer às leis.

Afirma Jacques Derrida que não há lei sem força, “quer essa força seja direta ou não, física ou simbólica, exterior ou interior, brutal ou sutilmente discursiva – ou hermenêutica, coercitiva ou reguladora, etc”.⁹⁸ *Gewalt* é uma palavra do idioma alemão frequentemente traduzida por “violência”, mas que significa também poder legítimo, autoridade, ou força pública.⁹⁹ Hannah Arendt conceitua “força” como a energia liberada através de movimentos físicos ou sociais, tal como ocorre nas expressões ‘forças da natureza’ ou as ‘forças das circunstâncias’.¹⁰⁰

Blaise Pascal enuncia que “é justo que o que é justo seja seguido. É necessário que o que é mais forte seja seguido”, e prossegue, “a justiça sem força é impotente; a força sem justiça é tirânica”.¹⁰¹ Em outras palavras, a justiça não é justiça se não trazer consigo a força (isto é, a possibilidade de ser *enforced*); uma justiça impotente não é uma justiça no pleno sentido jurídico: “uma justiça sem força será contestada, porque sempre há homens maus; a força sem justiça será acusada. É preciso colocar juntas a justiça e a força.”¹⁰²

O questionamento que segue e conclui essa preposição é: *o que fazer* quando não é possível fortalecer o que é justo ou tornar justo o que é forte? A resposta está contida na expressão utilizada por Montaigne: o “fundamento místico da autoridade”. Pascal cita Montaigne sem nomeá-lo:

um diz que a essência da justiça é a autoridade do legislador, outro, a comodidade do soberano, outro, o costume atual; e é o mais certo: nada, de acordo com sua razão, é justo em si; tudo se move com o tempo. O costume faz toda equidade, exclusivamente por ser admitida; é **fundamento místico da autoridade**. Quem a remete a seu princípio a aniquila.¹⁰³ (grifou-se)

O fundamento é aquilo que esta na base, no princípio ou na origem de algo. De fato, Montaigne falava de um “fundamento místico” da autoridade das leis: “Ora, as leis se mantêm em crédito, não porque elas são justas, mas porque são leis. É o **fundamento místico de sua autoridade**, elas não têm outro. (...) Quem as obedece porque são justas não lhes obedece justamente pelo que lhe deve.”¹⁰⁴ (grifamos)

⁹⁸ DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2007, p. 9.

⁹⁹ Ibidem, p. 9-10.

¹⁰⁰ ARENDT, Da Violência. Op. cit., p.123.

¹⁰¹ PASCAL, Blaise. *Pensamentos*. (Col. Os Pensadores). São Paulo: Ed. Nova Cultural, 1999, p. 111.

¹⁰² Ibidem, p. 112.

¹⁰³ Ibidem, p. 110.

¹⁰⁴ MONTAIGNE. *Ensaaios*. (Col. Os Pensadores) São Paulo: Ed. Nova Cultural, 1973, p.485. Como a tradução não é boa, transcreve-se o original: “Or les loix se maintiennent en credit, non par ce qu'elles sont justes, mais par ce qu'elles sont loix. C'est le fondement mystique de leur autorité: elles n'en ont point d'autre. Qui bien leur

Claramente, Montaigne distingue o Direito da justiça. Não se obedece as leis porque são justas, mas porque têm autoridade, e esta repousa apenas na confiança, na *credibilidade que lhe concedemos*. As leis são impositivas e se mantêm porque acreditamos nelas: eis seu único fundamento. Esse ato de fé não é uma adesão ontológica ou racional, mas uma necessidade prática da vida em sociedade. Pascal reitera esse entendimento, embora discorde de Montaigne quanto à adesão popular a essa tese, pois declara:

a justiça é aquilo que se acha estabelecido; dessa maneira, nossas leis estabelecidas serão necessariamente consideradas justas sem ser avaliadas, pois encontram estabelecidas (...) Montaigne não tem razão: o costume só deve ser seguido porque é costume, e não porque seja razoável ou justo. Mas o povo segue-o apenas por achá-lo justo. (...) É arriscado dizer ao povo que as leis são injustas, uma vez que **ele só lhes obedece porque as crê justas**. Por esse motivo é preciso dizer-lhe, ao mesmo tempo, que **é necessário obedecer porque são leis, do mesmo modo que é necessário obedecer aos superiores não porque são justos, mas porque são superiores**. E, assim, qualquer sedição estará prevenida, desde que se possa fazer entender isso; e é **propriamente essa a definição de justiça**.¹⁰⁵ (grifou-se)

Essa passagem iluminada de Pascal retoma a fórmula de Trasímaco segundo a qual “a justiça é o interesse do mais forte”. Embora o sentido dessa fórmula seja objeto de discussões entre os especialistas, a Justiça, para o sofista, é buscar o bem alheio (da massa ou rebanho) apenas para atender os interesse dos mais fortes (dominá-la ou tosquiá-lo). Há um realismo político na fala de Trasímaco, pois o que o indivíduo simples de caráter (*euetheia*) considera injustiça significa prudência ou boa política (*eubolia*) para o indivíduo mais forte.¹⁰⁶ A justiça é mera ilusão dos fracos, que necessitam dessa crença, alimentada pelos fortes, por aqueles que detêm o aparelho repressivo do Direito e do Estado, para manter o *status quo*.

Da mesma forma, se, para Derrida, Direito e justiça são uma dissociação, uma disjunção infinita, a aplicação da lei pressupõe o uso da força. A lei exigiria sempre uma força (*enforced*) para sua aplicação, o que inscreveria o direito, a moral e a política como elementos do cálculo do poder. Logo, Direito não é justiça. O Direito é o elemento do cálculo, ao passo que a justiça é incalculável, ela exige que se calcule o incalculável; e as experiências aporéticas do direito são experiências tão improváveis quanto necessárias à justiça, isto é, são momentos em que a decisão entre o justo e o injusto nunca é garantida por uma regra. Isso porque um ato de justiça diz respeito a uma singularidade (indivíduos, grupos, o outro ou eu

sert. Elles sont souvent faictes par des sots. Plus souvent par des gens, qui en haine d'equalité ont faute d'equité : Mais tousjours par des hommes, autheurs vains et irresolus. Il n'est rien si lourdement, et largement fautier, que les loix : ny si ordinairement. Quiconque leur obeit par ce qu'elles sont justes, ne leur obeyt pas justement par où il doit.” (<http://artfl.uchicago.edu/cgi-bin/philologic/getobject.pl?c.0:4:12.montaigne>. Acesso 24/08/09).

¹⁰⁵ PASCAL, Blaise. Op. cit., p. 117.

¹⁰⁶ JORGE, Leonardo Carrilho. Sofistas. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (org). *Dicionário de Filosofia Política*. Op. cit, p. 151

como outro) vivenciando situações irrepetíveis, o que desafia a regra, a norma, o valor ou o imperativo de justiça (dotados necessariamente uma forma geral, mesmo que essa generalidade prescreva uma aplicação que é singular).

Ora, ao buscar-se a fundação ou o fundamento tanto da autoridade quanto do Direito, conclui-se que ambos apóiam-se sobre si mesmos: eles mesmos são uma violência pura consentida, uma violência sem fundamento, que mantêm a ordem social e jurídica e que supõe legitimar-se com base na justiça (paterna, divina ou soberana). Portanto, quando se trata de buscar o fundamento místico da autoridade paternalista, surge a máxima de que a autoridade paterna exerce, legítima e originariamente, a “*vitae necisque potestas*” sobre seus subordinados. O poder de gerar a vida e de extingui-la é, na verdade, a violência originária e permanente que fundamenta o poder paterno e mantêm a ordem doméstica; conseqüentemente, o poder autoritário baseado na metáfora paternalista é a justificação duradoura que pretende legitimar o exercício da biopolítica.¹⁰⁷

Na fórmula da biopolítica, a vida que pode ser sacrificada não é a simples vida natural (que os gregos chamavam de *zoé*: simples fato de viver comum a todos os seres), mas a vida política (*bíos politikós*: forma ou maneira de viver própria de um indivíduo ou grupo em sociedade) do homem. A vida humana se politiza através do abandono a um poder incondicionado de morte. O *imperium* nada mais é do que a extensão do poder decorrente da *vitae necisque potestas*, originariamente atribuída ao pai, ao soberano, estabelecendo como fundamento primeiro do poder político a vida absolutamente matável de todos os seus súditos.¹⁰⁸ Assim, como sintetiza Foucault, “em última análise, o direito de matar é que detém efetivamente em si a própria essência desse direito de vida e de morte: é porque o soberano pode matar que ele exerce seu direito sobre a vida. (...) É o direito de fazer morrer ou deixar viver.”¹⁰⁹

Com isso, os indivíduos vivem permanentemente sob o poder esmagador do Estado Paternalista, reduzidos a seres incapazes de decidir sobre seus próprios destinos e de responder por seus próprios atos. Portanto, é preciso investigar de que maneira o paternalismo se estabelece no seio da sociedade, quais são suas variantes e quais mecanismos de defesa se apresentam para identificar e rechaçar o conjunto de leis e medidas paternalistas não justificadas.

¹⁰⁷ Para o aprofundamento das discussões acerca da biopolítica, ver FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2005, p.285-315; Idem, *Nascimento da Biopolítica*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2008; AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer I: o poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2004.

¹⁰⁸ AGAMBEN, Giorgio. Op. cit, p. 96.

¹⁰⁹ FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. Op. cit, p. 286-287.

2. PATERNALISMO JURÍDICO

2.1. Paternalismo Jurídico: definições

“Ah, que ninguém me dê piedosas intenções,
Ninguém me peça definições!
Ninguém me diga: ‘vem por aqui’!
A minha vida é um vendaval que se soltou,
É uma onda que se alevantou,
É um átomo a mais que se animou...
Não sei por onde vou,
Não sei para onde vou
Sei que não vou por aí!”

José Régio. *Cântico Negro*.

Alguns autores afirmam que a melhor maneira de se entender o “paternalismo” é compreendê-lo como um conceito baseado na analogia da relação pai e filho,¹¹⁰ enquanto outros autores desvinculam o paternalismo das analogias paternalistas.¹¹¹ De qualquer modo, o termo “paternalismo” tem múltiplos sentidos. Adotar-se-á, neste trabalho, a palavra isolada “paternalismo” como uma relação de dominação, em que um agente A (seja ele público ou privado) impõe ou influencia que outro agente B tome determinadas escolhas ou obedeça a certas proibições, visando a proteger o agente B de prejudicar a si mesmo ou a beneficiá-lo.

O paternalismo é um gênero que compreende três espécies: (1) *patriarcado* é o regime baseado na autoridade paterna ou que lhe seja assemelhada por meio de analogias; (2) *paternalismo industrial* representa o sistema de relações entre o chefe e os seus subordinados segundo uma concepção patriarcal ou paternal da autoridade; e (3) *paternalismo jurídico* busca dissimular o excesso de autoridade sob a forma de proteção benevolente.¹¹² As especificidades de cada um serão traçadas a seguir.

2.1.1. Patriarcalismo

Na primeira definição, o patriarcado—que também pode ser chamado de paternalismo político, estatal, ou simplesmente paternalismo propriamente dito—, estabelece uma relação

¹¹⁰ FOTION, N. Paternalism. *Ethics*, Vol. 89, No. 2 (Jan., 1979), p. 191.

¹¹¹ FEINBERG, Joel. *Harm to Self* (The Moral Limits of The Criminal Law). Oxford: Oxford University Press, 1986, p. 4: “o termo ‘paternalismo’ é impróprio por, pelo menos, duas razões. Em primeiro lugar, a palavra é depreciativa e por isso pode ser tendenciosa e falaciosa em sua aplicação. Ela sugere a visão de que o Estado trata seus cidadãos como um pai trata suas crianças, e de que adultos normais podem ser tratados como crianças. Isso soa tão ultrajante que não esperamos que quase ninguém confesse ter tendências paternalistas, muito menos afirmar categoricamente o princípio paternalista nem desfraldar a bandeira paternalista. Além disso, a visão de que o Estado tem o direito de proteger as pessoas de suas próprias estupidez parece fornecer a lógica de muitas leis criminais que poucos gostariam de repudiar.”

¹¹² “Paternalismo” in: NOVO DICIONÁRIO AURÉLIO. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 1986, p. 1281.

entre governante e governados “como a dos pais com os seus filhos”, o que remete ao conceito romano de *pater potestas*.

O patriarcalismo, na definição de Max Weber, é “a situação em que, dentro de uma associação (doméstica), muitas vezes primordialmente econômica e familiar, a dominação é exercida por um indivíduo determinado (normalmente) segundo regras fixas de sucessão.”¹¹³ Alguns dicionários registram a analogia entre o poder paternal e o poder político, através da pretensão de a autoridade política “suprir as necessidades ou regular a vida de uma nação ou comunidade da mesma forma que um pai faz com seus filhos.”¹¹⁴ Isso se evidencia em perigosas metáforas, como “o rei é o pai dos seus súditos”, ou “os súditos, filhos do rei”, ou “o Estado é uma grande família”, ou ainda “a família, um pequeno Estado”, etc.¹¹⁵

Na antiguidade, o ambiente organicista pressupunha que os indivíduos estivessem ligados uns aos outros por relações funcionalistas. Ou seja, as comunidades políticas se organizam como uma espécie de ‘todo vivo’, compostas por indivíduos que desempenham funções semelhantes a um órgão no corpo humano. Buscava-se a harmonia entre a cidade e a família.

Há uma linha histórica que explica a origem da sociedade a partir das constituições das famílias. Segundo Fustel de Coulanges, o desenvolvimento do culto religioso modificou a estrutura da própria sociedade, de modo que pequenos grupos há muito constituídos se agregaram para formar outros maiores: uma vez constituída, nenhuma família ou fatrias com cultos a deuses diferentes poderia se fundir, a menos que cada culto familiar fosse preservado ou que o vínculo dessa associação gerasse um novo culto. Em perspectiva linear da História, o Estado e suas instituições descenderiam, por evolução, da família: de início, várias famílias formariam a fatria, várias fatrias comporiam a tribo, e várias tribos, por fim, a cidade.¹¹⁶ No entanto, Plutarco conta de Licurgo, o grande Sábio legislador de Esparta, que quando fora indagado sobre por que não estabelecia uma democracia na sua cidade-Estado, respondeu ao interlocutor: “comece, amigo, e estabeleça-a na sua própria família.”¹¹⁷

Aristóteles, por sua vez, em *Política*, tenta demonstrar que, na verdade, a comunidade doméstica e o Estado são espécies diferentes de agregações humanas e, conseqüentemente, a família não oferece uma boa analogia do governo civil, na medida em que apenas no segundo

¹¹³ WEBER, Max. Op. cit., p. 151.

¹¹⁴ Ver “Paternalism” em: *Oxford English Dictionary*. t. VII, ed. Oxford Clarendon Press, 1970. “Paternalismo”, em *Diccionario de la Lengua Española*. T. II. 20ª ed. RAE, 1986.

¹¹⁵ ALEMANY, Macario. *El Paternalismo Jurídico*. Madrid: Iustel, 2006, p. 48.

¹¹⁶ COULANGES, Fustel. *A Cidade Antiga*. Trad. Aurélio Barroso Rebello e Laura Alves. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004, p.166.

¹¹⁷ PLUTARCH. *The Lives of the Noble Grecians and Romans*. Trans. by John Dryden. Chicago: Encyclopaedia Britannica (Col. Great Books of Westerns World), sd, p. 42.

a autoridade é exercida sobre homens livres e iguais.¹¹⁸ O que não quer dizer que não guardem alguma correlação. Há nitidamente uma distinção entre esfera pública e esfera privada. Uma comunidade doméstica (*oikía*) e uma comunidade política (*pólis*) diferem na medida em que a primeira é o governo de um único homem sobre seus subordinados desiguais (para Aristóteles, uma “monarquia”) e a segunda é composta de muitos governantes iguais que governam a si mesmos. Independentemente da forma de governo adotada—oligarquia, aristocracia ou democracia—, a comunidade política é sempre formada pelos “patriarcas que se estabeleceram como ‘monarcas’ em casa antes de se juntarem para constituir o domínio público-privado da cidade”.¹¹⁹

A tensão entre família e Estado emerge no clássico conflito entre Antígona e Creonte, na peça clássica de Sófocles, em que se opõem os ditames tirânicos do segundo ao pietismo religioso e à compaixão familiar da primeira. Antígona, ao desejar sepultar Polinice, seu irmão morto na luta contra o outro irmão Eteócles, atrai a fúria de seu tio Creonte— que só permitiu que se prestassem honras funerárias a Eteócles. Creonte justifica sua ação não na vingança pessoal, mas na vontade da pátria materializada nas ordenações do Estado.¹²⁰

Sófocles viveu com profunda inquietude a turbulenta evolução de sua época, que testemunhou o aparecimento do ideal sofista, no século V a.C., e que colocava em xeque os valores e crenças tradicionais. Como na tragédia *Antígona*, alguns sofistas defendiam que o homem poderia subordinar a natureza à sua vontade, ainda que isso desagradasse aos deuses e, com isso, arrastasse a si mesmo e à comunidade política rumo à destruição, por desprezar a lei e a ordem eterna e divina.¹²¹

Em *A República*, de Platão, o sofista Trasímaco de Calcedônia defende duas posições que soam aparentemente contraditórias a respeito da Justiça. Na primeira vez que se manifesta, enuncia que a Justiça é o interesse do mais forte.¹²² Numa segunda formulação, defende que a Justiça é o bem do outro. Na verdade, não haveria contradição entre as duas

¹¹⁸ ARISTÓTELES. *Política*. 3ª Ed. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Ed. UNB, 1997, p. 21: “a autoridade de um senhor sobre seus escravos e a autoridade de um governante não são comparáveis, e que nem todas as formas de mando são iguais, como algumas pessoas afirmam. Com efeito, há uma forma aplicável aos homens naturalmente livres, e outras aos escravos e a autoridade do chefe de família é do tipo monárquico, pois cada família é governada por um chefe, enquanto a autoridade política é exercida sobre homens livres e iguais”.

¹¹⁹ ARENDT, Hannah. *Que é autoridade?* *Op. cit.*, p. 158.

¹²⁰ SÓFOCLES. *Antígona*. Trad. J. B. Mello e Souza. 18ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 79: “em minha opinião— diz Creonte — aquele que, como soberano de um Estado, não se inclina para as melhores decisões, e se abstém de falar, cedendo a qualquer temor, é um miserável! Quem preza a um amigo mais do que à própria pátria, esse merece desprezo!”

¹²¹ LESKY, Albin. *História da Literatura Grega*. Trad. Manuel Losa. Lisboa: Ed. Calouste Gulbenkian, 1995, p. 310.

¹²² PLATÃO. *A República*. *Op.cit.*, p. 20: “Trasímaco — [dirigindo-se a Sócrates] Ouve, então. Eu digo que a justiça é simplesmente o interesse do mais forte.”

posições. Através do uso de uma analogia entre os interesses do pastor e de seu rebanho com os interesses dos governantes e governados, ele explica que Justiça é buscar o bem alheio (da massa ou rebanho) apenas para atender os interesses dos mais fortes (dominá-la ou tosquiá-lo).¹²³

Essa passagem guarda correlação com a defesa que faz Platão no *Político* de que a legislação produz a alma da cidade (pólis), por dirigir a vida da coletividade da mesma forma que o pensamento faz com o corpo. Ao compartilharem de uma vida comum na pólis, os homens se assemelham a um rebanho. Essa analogia do político como pastor do rebanho humano é logo em seguida refutada pelo próprio Estrangeiro de Eléia, personagem principal do diálogo platônico. Como na política o pastor tem a mesma natureza do rebanho, o título de “pastor dos homens”, segundo Platão, só caberia ao deus. Ele conclui que a origem da pólis e das leis é humana e não divina e que o tirano é aquele que, sem conhecimento absoluto do Bem e da Verdade, se põe no lugar do deus e no governo dos homens, substituindo as virtudes pela força. O verdadeiro político, então, segundo Platão, é o governante que dirige a comunidade política através de leis com base na razão, enquanto que o tirano, apoiado na força, molda as leis aos seus interesses.¹²⁴

Para Platão, a metáfora política do pastorado não ganha força. A forma pela qual o governante platônico dirige a comunidade política, ao contrário da defesa sofista, não é por meio da *força*, física ou moral, mas do engano. Como observou argutamente Hannah Arendt, em relação ao povo, o governante lança mão de “nobres mentiras”, ou seja, de mitos bastante longos acerca de uma vida futura com recompensas e punições, em que a população possa acreditar literalmente.

Assim, para persuadir seus opositores e discípulos, o método platônico frequentemente preconiza o uso de falsidades, e enfatizando a necessidade que o governante tem de mentir, indaga: “de que arte nos valeremos agora para fazer acreditar numa nobre mentira- uma

¹²³ Ibidem, p. 26: “Trasímaco — crês que os pastores e os vaqueiros objetivam o bem dos seus carneiros e dos seus bois e os engordam e tratam tendo em vista outra coisa para além do bem dos seus patrões e deles mesmos. E, da mesma maneira, acreditas que os governantes das cidades, os que são realmente governantes, olham para seus súditos como se olha para carneiros e que objetivam, dia e noite, tirar deles um lucro pessoal. Fostes tão longe no conhecimento do justo e da justiça, do injusto e da injustiça, que ignoras que **a justiça é, na realidade, um bem alheio, o interesse do mais forte e daquele que governa e a desvantagem daquele que obedece e serve**; que a injustiça é o oposto e comanda os simples de espírito e justos; que os indivíduos trabalham para o interesse do mais forte e fazem a sua felicidade servindo-o, mas de nenhuma maneira a deles mesmos.” (grifou-se)

¹²⁴ PLATÃO. *Político*. In: Diálogos. Trad. Jorge Paleikat et alii. São Paulo: Abril Cultural (Coleção Os Pensadores), 1972, p. 231.

daquelas que qualificamos como necessárias-, principalmente aos chefes ou, pelo menos aos outros cidadãos?”¹²⁵

Eis um poderoso artifício brando e pacífico para impor obediência aos indivíduos que não se sujeitam ao poder da razão.¹²⁶ Não à toa, Karl Popper, na sua polêmica obra, classifica Platão como um dos inimigos da sociedade aberta, pois “nada está mais de acordo com a moral totalitária de Platão do que sua defesa da mentira da propaganda”.¹²⁷ O paternalismo, ainda que veladamente, estava presente na teoria platônica da “nobre mentira”, chamada por Javier de Lucas como “um dos recursos por excelência do discurso *paternalista*.”¹²⁸

Esse recurso – conforme destaca Platão, na sua última obra, *As Leis* – está claramente a serviço dos governantes “em benefício” dos governados, e ele aponta como meio possível de implementá-lo a consistência e uniformidade da linguagem do soberano em todos os seus pronunciamentos:

(...) O legislador dispõe de um exemplo notável de como se pode, caso se tente, persuadir as almas dos jovens de seja lá o que for, de uma tal maneira que a única questão a ser considerada por ele quanto à sua ficção é o que traria maior benefício ao Estado caso essa ficção fosse acreditada; e em seguida ele teria que conceber todos os meios possíveis para assegurar que toda a comunidade constantemente, enquanto sobrevivesse, empregasse exatamente a mesma linguagem, na medida do possível, relativamente a esses assuntos, em suas canções, em seus mitos e em seus discursos.¹²⁹

A “nobre mentira” só pode ser lícita para o governante se utilizada como remédio (*pharmakon*) em benefício da comunidade (cuja vontade ele interpreta, ou melhor, que somente ele conhece) frente aos inimigos externos e também frente aos próprios cidadãos. No entanto, essa mesma mentira na boca do cidadão é uma falta grave.¹³⁰

Platão combina a utilização política do engano com o desprezo que possui pela democracia, (pois parte da premissa da incapacidade do povo de participar nos assuntos públicos), daí porque nesse pensamento estão presentes todos os elementos da tradição política do paternalismo: (a) a visão de um povo ignorante e enfermo; (b) que deve estar indefeso perante o governante, que conhece o povo e que o cura, ainda que a medicina seja dolorosa (como um veneno) ou que seja contrária aos desejos do povo (e por isso precisa do engano).¹³¹

¹²⁵ PLATÃO. *República*, Op. cit., p. 110.

¹²⁶ ARENDT, Hannah. Que é autoridade? In: ARENDT, Hannah. *Entre o Passado e o Futuro*. Op. cit., p. 151.

¹²⁷ POPPER, Karl. *A Sociedade Aberta e seus Inimigos*. Vol I. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia; São Paulo: EDUSP, 1974, p.157.

¹²⁸ DE LUCAS, Javier. Sobre el origen de la justificación paternalista del poder en la Antigüedad Clásica. *DOXA* nº 5 (1988), p. 244s.

¹²⁹ PLATÃO. *As Leis, ou da Legislação, e Epinomis*. Trad. Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 1999, p. 118.

¹³⁰ Idem. *República*, Op. cit., p. 72-73.

¹³¹ DE LUCAS, Javier. Op. cit., p. 247.

Sem consentir com os recursos platônicos da nobre mentira, Aristóteles afirmava que o propósito de todos os legisladores é tornar bons os cidadãos por meio dos hábitos que lhes inculcem.¹³² A metáfora sofista do pastorado encontra a do paternalismo somente nos escritos apologéticos dos Padres da Igreja Católica. Endossando essa tese, Agostinho de Hipona, bispo neoplatônico canonizado pela Igreja Católica, defendeu que o uso do poder civil para tornar os cristãos justos e bons e punir as injustiças era um dever dos reis bons. A coerção para evitar a injustiça é desejável enquanto os fiéis persistirem no erro, através da indolência ou do medo: “é um gesto piedoso quando essas leis imperiais asseguram sua [dos fiéis] salvação contra suas vontades.”¹³³

Robert Filmer, no *Patriarca*, sustentou que a verdadeira liberdade consistia em viver sob uma monarquia.¹³⁴ Partindo da legitimação do poder secular pelo direito divino dos reis e pela teologia natural, haveria, para o autor, uma estreita analogia entre o poder que os pais exercem sobre os filhos e o poder que o monarca exerce sobre seus súditos:

Se compararmos o direito natural de um pai com o de um rei, encontraremos a mesma coisa, sem nenhuma diferença salvo em termos de amplitude e extensão: assim como o pai sobre uma família, também o rei, como um pai sobre várias famílias, estende seu cuidado para preservar, vestir, instruir e defender toda comunidade (*commonwealth*).¹³⁵

Os indivíduos, pelo simples fato de terem nascido, encontram-se sujeitos ao poder do pai. Dessa forma, o poder paternal e o poder despótico pareceriam naturais diante do caráter ambíguo do poder civil. Para Filmer, a única diferença entre os dois primeiros está na amplitude e extensão, pois ambos governam segundo a própria vontade e não segundo as leis ou a vontade dos filhos e dos súditos.¹³⁶

John Locke, no Segundo Tratado sobre o Governo Civil, distingue, de acordo com uma divisão tradicional, três tipos de poderes: o paterno (dos pais sobre os filhos), o político (do soberano sobre seus súditos) e o despótico (do senhor sobre seus escravos). Combatendo as teses de Filmer, John Locke pretendia defender o Governo político (ou liberal) contra os Governos paternal e despótico (ou absolutistas), atacando a analogia, pois: (1) a natureza do poder paternal não inclui somente o poder paterno, mas também o poder materno, de modo que o mais correto seria poder dos genitores; (2) a finalidade do poder paternal é educar e

¹³² ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. In: *ARISTÓTELES* (Col. Os Pensadores). São Paulo: Ed. Abril Cultural, 1973, p. 267.

¹³³ KIRWAN, Christopher. *Augustine*. New York: Routledge, 1991, p. 217.

¹³⁴ FILMER, Robert. *Patriarcha*. Disponível em: <http://www.constitution.org/eng/patriarcha.htm> acesso em: 24/08/08.

¹³⁵ *Ibidem*, Cap. I, 10.

¹³⁶ *Ibidem*.

manter a prole até que alcance a idade da razão, o que dá um caráter transitório a essa relação. Portanto, essa analogia condena, erroneamente, os cidadãos a um permanente estado de menoridade.

O pensamento providencialista, inaugurado por Joseph de Maistre, também associou ao pensamento político e religioso a analogia paternalista entre a família e o Estado. Esse pensamento pode ser resumido pelas seguintes características: (a) uma antropologia pessimista, segundo a qual a razão é insuficiente para educar ou controlar as paixões; (b) um providencialismo determinista, com a idéia da ação de Deus no curso da História universal; (c) e a visão autoritária e paternalista do Estado, já que toda ordem social repousa unicamente no verdugo. Quanto a esse último ponto, Isaiah Berlin chega a dizer que essa filosofia inspirará “o nacionalismo, o imperialismo e, finalmente, em sua forma mais violenta e patológica, as doutrinas fascistas e totalitárias do século XX”.¹³⁷

Para o providencialismo, o individualismo liberal deveria ser combatido, porque corroi a obediência à autoridade e, com isso, enfraquece a própria ordem social. Por fim, Louis de Bonald comunga dos mesmos ideais conservadores e monarquistas, que estão bem sintetizados na afirmação de que “não existe a liberdade para o homem da sociedade política senão na sociedade política constituída, ou a monarquia real; e digo que não existe liberdade para o homem da sociedade religiosa senão na sociedade religiosa constituída, ou a religião cristã católica.”¹³⁸

Para De Bonald, a família funciona como um Estado em menor escala. O relacionamento entre pai, mãe e filhos é descrito através das seguintes funções estatais: “o pai possui, ou é, o *poder* de alcançar, através de meios ou do *ministério* da mãe, a ação reprodutiva ou conservadora da qual o filho é o termo ou *sujeito*.”¹³⁹ Nessa tríade, enquanto o pai é um poder "ativo e forte" (além de perpétuo, independente e definitivo) e a criança é "passiva ou fraca", a mãe representa o "termo médio entre os dois extremos dessa proporção".¹⁴⁰ O paralelo entre família e Estado encontra sua fundamentação em diversas passagens bíblicas em que o homem é *razão*, a cabeça, da mulher (1ª Epístola de São Paulo

¹³⁷ BERLIN, Isaiah. Joseph de Maistre and The Origins of Fascism. *New York Review of Books*. Vol. 37, nº 14, 1990.

¹³⁸ DE BONALD, Louis. *Theorie du pouvoir politique et religieux dans la société civile, démontrée par le raisonnement et par l'histoire*. In: *Oeuvre Complètes de M. de Bonald*. Tome I, Paris, 1859, Chapitre VI, p. 664. Tradução livre extraída de <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k234962/f1.table>, acesso em 24/08/08.

¹³⁹ DE BONALD, Louis. *On Divorce*. Trans. Nicholas Davidson. New Brunswick: Transaction Publishers, 1993, p. 45.

¹⁴⁰ Idem. *Démonstration philosophique du principe constitutif de la société*. In: *Oeuvre Complètes de M. de Bonald*. Op. cit. Chapitre III, p. 44. Tradução livre extraída de http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k234962/_image.f72.pagination, acesso em 24/08/08.

aos Coríntios, 11.3: “*vir caput est mulieris*”) ¹⁴¹; por sua vez, a mulher é o ajudante ou o *ministro* do homem (*Gênesis*, 2, 18) ¹⁴². Por fim, o filho é o *sujeito* da ação e da vontade do pai e da mãe aos quais deve obediência (*Efésios*, 6.2: “obedecer ao pai é honrá-lo”).

A sociedade doméstica é uma sociedade de produção e conservação de indivíduos, ao passo que a sociedade política (chamada por De Bonald de governo ou Estado) é a sociedade de produção e conservação da família. Segundo narra, um perigo comum (tais como um inimigo poderoso, a inundação de um rio ou animais ferozes) uniu diversas famílias que precisavam de orientação sob a direção de “um homem forte em palavras e ações que se faz entender, que conduz a multidão com seu comando: eis o *poder*.” ¹⁴³ Da mesma forma, em todas as instituições, além da vontade e ação do poder, estão presentes a mediação dos ajudantes ou *ministros* com vistas à obediência dos *sujeitos*, que “procedem do poder e de seus ministros da mesma forma que o filho procede do pai e da mãe”. ¹⁴⁴ Assim tal é a similitude, ou melhor, a identidade entre a sociedade doméstica e a sociedade pública, que De Bonald conclui:

desde a mais alta Antiguidade, os reis foram chamados de pais pelo povo; tanto que, ainda hoje, em algumas línguas modernas, eles são chamados *sire*, que em inglês quer dizer ‘pai’ (e em russo chama-se a imperatriz de mãe); nos Livros sagrados, depositários de todas as verdades, mesmo políticas, todo poder é chamado de paterno; e as nações, elas mesmas, são chamadas de grandes famílias (*familium gentium*). ¹⁴⁵

Notadamente, não só nos autores providencialistas, mas na maior parte do pensamento oficial da Igreja Católica, o caráter antimoderno e antiliberal se concentra na visão errônea da “verdade” que se supõe contrária as reflexões extraídas do Iluminismo, do racionalismo e do individualismo. Na encíclica *Mirari Vos*, de 1832, os chamados erros modernos são os “males atuais” (valores liberais como liberdade de imprensa, liberdade de consciência, e separação entre a Igreja e o Estado ¹⁴⁶) contra “o depósito da fé, apesar das tentativas dos ímpios, que se esforçam por dissimulá-lo e desvirtuá-lo.” O diagnóstico dos erros modernos será o de que, “rompido o freio da religião santíssima, somente em virtude da

¹⁴¹ I Coríntios, 11.3 : “(...) como Cristo é o cabeça ou autoridade sobre o homem, o homem é cabeça sobre sua esposa”.

¹⁴² Gênesis. 2,18: “Deus disse: ‘Não é bom que o homem esteja só; vou dar-lhe uma ajuda que lhe seja adequada’.”

¹⁴³ DE BONALD, Louis. Op. Cit. p. 48.

¹⁴⁴ Ibidem, loc. cit.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 50.

¹⁴⁶ Sobre a separação entre Igreja e Estado na França ver também a Encíclica *Veherementer Nos*: http://www.montfort.org.br/index.php?secao=documentos&subsecao=enciclicas&artigo=vehementer_nos&lang=bra. Acesso em 24/08/08.

qual subsistem os reinos e se confirma o vigor de toda potestade, vemos campear a ruína da ordem pública, a desonra dos governantes e a perversão de toda autoridade legítima”.¹⁴⁷

O papa Leão XIII, em *Libertas Præstantissima*, assevera que “é absolutamente necessário que o homem se submeta à dependência efetiva e constante de Deus. Por conseguinte, é inconcebível uma liberdade humana que não esteja submissa a Deus e sujeita à sua vontade”, e assim prossegue, “a perversão maior da liberdade, que constitui ao mesmo tempo a pior espécie de liberalismo consiste em rechaçar por completo a autoridade suprema de Deus e recusar-lhe toda obediência, tanto na vida pública quanto na vida privada e doméstica.”¹⁴⁸

Por isso, na Encíclica *Diuturnum*, sobre as origens do poder civil, o papa Leão XIII conclui que “os poderes dos pais de família preservam expressamente uma certa imagem e forma de autoridade que deriva de Deus, de quem *toda família* (paternity) *no céu e na terra recebe seu nome* (Efésios 3.15)”.¹⁴⁹ Desse modo, para a doutrina eclesiástica, nitidamente os diferentes tipos de autoridade, religiosa e laica, possuem semelhanças na medida em que a origem do governo e da autoridade deriva única e exclusivamente da divindade.

Em termos “biopolíticos”,¹⁵⁰ o cristianismo representa a vitória da metáfora do pastorado como “arte de conduzir, de dirigir, de levar, de guiar, de controlar, de manipular os homens, de segui-los, de empurrá-los passo a passo, uma arte que tem a função de encarregar-se dos homens coletiva e individualmente ao longo de toda vida deles e a cada passo da sua existência.”¹⁵¹ A esse conjunto de práticas, técnicas e procedimentos, a patrística denominou “economia das almas” (*oikonomia psychôn*). Muito mais do que a noção grega de *oiko-nomia* como gestão dos bens da família e da própria família (ou seja, das mulheres, dos filhos e, por extensão, dos escravos), o patriarcado incide sobre a cristandade inteira, isto é, sobre todos os cristãos e sobre cada cristão em particular guiando-os para a salvação, prescrevendo-lhes a obediência à Lei e ensinando-lhes a verdade. Essa prática, segundo Michel Foucault, é o pano de fundo do processo de formação do Estado Moderno, quando a crise do pastorado permitiu que a governamentalidade se tornasse efetivamente uma prática política calculada e refletida

¹⁴⁷<http://www.montfort.org.br/index.php?secao=documentos&subsecao=enciclicas&artigo=mirarivos&lang=bra>
Acesso em: 24/08/08.

¹⁴⁸http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_20061888_libertas_sp.html
Acesso em: 24/08/08.

¹⁴⁹http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_29061881_diuurnum_en.html acesso em 24/08/08.

¹⁵⁰ Sobre a biopolítica, confira FOUCAULT, Michel.

¹⁵¹ FOUCAULT, Michel. *Segurança, População e Território*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2008, p. 218-219.

(no lugar da metáfora do pastorado, o Estado tornou-se o regulador da razão governamental).¹⁵²

No Estado Contemporâneo, os totalitarismos pretenderam preencher, inteiramente, o campo social e exercer um poder total sobre os indivíduos.¹⁵³ Com isso, a intervenção totalitária não apenas sacrificou as liberdades individuais em nome de bens e valores coletivos, como também, no extremo de sua intervenção social, suprimiu a existência autônoma de uma sociedade civil auto-organizada. Ocorreu de tal forma que o cidadão, mero componente da massa de indivíduos, foi completamente assimilado ao Estado¹⁵⁴, ao passo que o único indivíduo realmente autônomo, o ditador, tornou-se a encarnação legítima da vontade do povo.¹⁵⁵ Em todos os regimes totalitaristas, o Estado exerce o rigoroso controle sobre os corpos dos indivíduos que compõem a massa social e sobre a informação que a sociedade recebe sobre tudo: sobre si mesma, sobre a política, sobre o presente e o passado e até o futuro. Por meio desse controle total sobre a vida privada, o indivíduo é infantilizado pela autoridade soberana, que atua como um pai protetor de toda nação.¹⁵⁶

As ditaduras que se estabeleceram na América Latina, em meados do século XX, receberam o nome de populismo. Os totalitarismos e o populismo se assemelham quanto ao conteúdo ideológico de um corpo doutrinário e pseudocientífico que, abrangendo todos os aspectos vitais da existência humana, deseja que a humanidade realize a progressão de uma

¹⁵² Ibidem, p. 219.

¹⁵³ CHEVALLIER, Jacques. Op. cit, p. 27.

¹⁵⁴ Para uma análise profunda do fenômeno, ver CANETTI, Elias. Trad. Sérgio Tellaroli. *Massa e Poder*. 1ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 179: “Hitler jamais teria alcançado seu objetivo, se o tratado de Versalhes não houvesse dissolvido o exército dos alemães. A proibição do serviço militar obrigatório privou os alemães de sua massa fechada mais essencial. As práticas que agora lhes eram vedadas, o exercitar-se, a recepção e a transmissão de ordens, transformaram-se em algo que tinham que resgatar a qualquer custo. A proibição do serviço militar obrigatório é o *nascimento* do nacional-socialismo. (...) O partido substituiu o exército, e ao primeiro, não se impõem fronteiras no interior da nação. Cada alemão-homem, mulher, criança, soldado ou civil- pode tornar-se um nacional-socialista.”

¹⁵⁵ ARENDT, Hannah. *As Origens do Totalitarismo*. 3ª reimpressão. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 356: “pode ser errado presumir que a inconstância e o esquecimento das massas signifiquem estarem curadas da ilusão totalitária, vez por outra identificada com o culto a Hitler ou a Stálin: a verdade pode ser exatamente o oposto. Seria um erro ainda mais grave esquecer, em face dessa impermanência, que os regimes totalitários, enquanto no poder, e os líderes totalitários, enquanto vivos, sempre ‘comandam e baseiam-se no apoio das massas’”.

¹⁵⁶ CARNEIRO, Lidiane; CORRÊA, Rosa Lydia Teixeira. Totalitarismo, Moral e Educação: interconexões (im)possíveis? *HISTEDBR On-line*, Campinas, n.31, p.153-166, SET. 2008: “Revestidos de um ar sagrado e espiritual, e carismático, os líderes totalitaristas arregimentavam cada vez mais as massas que, por sua vez, caminhavam no sentido de buscar este fundamento que lhes carecia. Como grandes pais, eles poderiam assegurar que aquela nação não passaria diante das dificuldades externas, que tudo teria continuidade, seu idioma, sua cultura, suas paisagens. Tudo estaria ali conforme deixaram os antepassados. A força de um exército formado pelos filhos desta nação representava a força de cada um lutando contra a sua própria efemeridade. Indivíduos, famílias, escolas, aglomerações de jovens, soldados, todos estavam empenhados em torno de símbolos e rituais e palavras de ordem, sacrificando-se e sacrificando seus filhos pela “grande causa”, perpetuando, assim, os ensinamentos morais advindos do grande pai.” Disponível em: http://www.histedbr.fae.unicamp.br/revista/edicoes/31/art12_31.pdf Acesso em 24/04/09.

sociedade supostamente decadente e falida para um estado de perfeição, conduzida por um líder carismático.

Em contrapartida, essa ideologia alimenta o medo da liberdade e a intenção de apagar as individualidades, subtraindo dos homens a autoconsciência, a responsabilidade e a dignidade que tornam o ser humano o único ser moral e racionalmente autônomo. No entanto, o que diferencia as duas categorias é o fato de que nenhum regime populista latino americano jamais alcançou o nível do avanço tecnológico e sistêmico de uma máquina de guerra totalitária, cuja finalidade era, no plano externo, a conquista de outros países e, no plano interno, a segregação ou aniquilação dos indivíduos “desviantes” dos seus padrões ideológicos (tal como ocorreu nos Gulags soviéticos, campos de trabalho forçado, e nos campos de concentração e de extermínio nazistas):

Não se tratava de fascismo ou nazismo, que recorriam a grandes mobilizações de massa. O Estado Novo não queria saber de povo nas ruas. Era um regime mais próximo do salazarismo português, que misturava repressão com paternalismo, sem buscar interferir exageradamente na vida privada das pessoas. Era um regime autoritário, não totalitário ao estilo do fascismo, do nazismo e do comunismo.¹⁵⁷

O populismo designa a liderança política que tenta se dirigir diretamente à população sem a mediação das instituições políticas representativas (como os partidos e os parlamentos), apelando a conceitos polissêmicos e vagos como "meu povo", "oprimidos", "descamisados", etc. Dessa forma, o populismo, sob pretexto de estabelecer a paz e a ordem através de reformas políticas e institucionais, prescrevia uma série de medidas em benefício de parcelas expressivas da população, como a criação de programas assistencialistas, a inserção de leis trabalhistas e outras demais conquistas socio-econômicas.

No Brasil, Getúlio Vargas, que governou tanto sob o regime ditatorial do Estado Novo (1937-1945) quanto sob o regime democrático (1951-1954), ficou conhecido como “pai dos pobres” pela sua abrangente política de direitos sociais e trabalhistas, atendendo a antigas reivindicações das classes populares brasileiras. A Constituição brasileira de 1937, que instituiu o Estado Novo, inspirou-se tanto na Constituição polonesa de 1935 quanto no castilhismo republicano.

O castilhismo, ideologia autoritária que Getúlio Vargas herdara de Júlio de Castilhos, sob a premissa conservadora de que a sociedade caminha para o progresso moral e racional, assentava-se em três princípios moralistas: (a) os governantes são escolhidos com base na sua pureza das suas intenções e não na sua representatividade popular; (b) na política, as disputas

¹⁵⁷ CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009, p. 109.

político partidárias devem ser eliminadas, valorizando-se tão-somente o “bem público” como reino das virtudes republicanas; e (c) o governante deve regenerar a sociedade, enquanto que o Estado deve comandar a transformação e modernização da sociedade.¹⁵⁸

Essa ideologia, na verdade, moldou o modelo republicano brasileiro, e assentava-se na crença positivista de que o poder decorre do saber; de que o Executivo goza de preeminência sobre os outros poderes; de que é necessário buscar a cooperação entre patrões e operários; e de que é legítimo que o Estado exerça rigorosa tutela sobre a massa informe dos cidadãos como reação à “metafísica liberal” que prega a separação de poderes, a representação política e a garantia de direitos civis básicos, como a liberdade de imprensa e a liberdade de pensamento.¹⁵⁹

Ao longo do Estado Novo, sob clara ideologia paternalista, as benesses estatais foram distribuídas num contexto de baixa participação democrática e de desvalorização dos direitos civis, além de serem sistematicamente divulgadas por um poderoso aparato de propaganda, a fim de produzir verdadeiro “culto à personalidade” do então ditador.¹⁶⁰ O povo identificara em Vargas o primeiro Presidente da República que, diferentemente dos velhos barões da política republicana do café-com-leite, estabelecia uma relação de proximidade e reciprocidade populares e se dirigia diretamente às massas e se preocupava com os problemas sociais e trabalhistas. O fato de essa abordagem ser paternalista era (e continua sendo) irrelevante para a grande maioria da população, que se sentiu valorizada e beneficiada por esse tipo de ações: “o autoritarismo brasileiro pós-30 sempre procurou compensar a falta de liberdade política com o paternalismo social.”¹⁶¹

O exame dessa analogia, que perpassa boa parte do pensamento político clássico e moderno, consiste, especificamente, em saber se o direito de punição do Estado (*jus puniende*) justifica-se por assemelhar-se ao poder de coerção do pai para impor certos comportamentos aos indivíduos, evitando que causem danos a si mesmos ou conduzindo-os à felicidade. Por que as relações familiares são o centro da metáfora paternalista? A razão é simples. Os defensores do pensamento eclesiástico tentaram demonstrar que, dentre as instituições sociais, a mais antiga, sagrada e confiável é a família.

¹⁵⁸ RODRÍGUEZ, Ricardo Vélez. *Castilhismo, uma filosofia da República*. Brasília: Senado Federal, 2000, p. 105-156.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 247.

¹⁶⁰ Informação disponível na página do da FGV: http://www.cpdoc.fgv.br/dhbb/htm/dhbb_faq.htm#rep_1_3 Acesso em 24/04/09.

¹⁶¹ CARVALHO, José Murilo de. *Op. cit.*, p. 190.

O Brasil herdou das instituições religiosas e sociais ibéricas a noção da importância da família como centro das relações sociais,¹⁶² de modo a tornar mais legítima a autoridade que mais se aproxima do arquétipo familiar de dominação: um poder superior e incontestável, mas suave, cordial e benevolente.¹⁶³

O Estado, no Brasil, é visto, paradoxalmente, como uma entidade todo-poderosa com sua dupla face de Jano:¹⁶⁴ do lado perverso, é o cobrador de impostos, notório por instituir uma das maiores tributações mundiais e o responsável por toda sorte de males que acometem a população; do lado benigno, é o paternal distribuidor de favores, cargos e benesses. No lugar da cidadania, os indivíduos desejariam exercer a “estadania”.¹⁶⁵

Não é difícil perceber que essa concepção está fortemente arraigada a valores tradicionais e conservadores característicos da pré-modernidade. Conforme percebeu Sérgio Buarque de Hollanda, “onde quer que prospere e assente em bases muito sólidas a ideia de família – e principalmente onde predomina a família de tipo patriarcal – tende a ser precária e a lutar contra fortes restrições a formação e evolução da sociedade segundo conceitos atuais.”¹⁶⁶ Isso porque o sucesso individual em sociedades altamente competitivas deve-se em grande parte pelo fomento de “virtudes *antifamiliares*” como são as que repousam no espírito da iniciativa pessoal e na concorrência econômica e profissional entre os cidadãos. A perpetuação e disseminação do paternalismo estatal é um sinal de atraso.

2.1.2. Paternalismo industrial.

¹⁶² Uma pesquisa interessante mostra que 84% dos brasileiros confiam na família, ao passo que os mesmos entrevistados demonstraram níveis baixos de confiança nos amigos (30%), nos vizinhos (23%), nos colegas de trabalho (30%) e nas pessoas em geral (15%). Ver ALMEIDA, Carlos Alberto. *A Cabeça do Brasileiro*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Record, 2005, p. 115.

¹⁶³ HOLLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 146: “é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal. Dentre esses círculos, foi sem dúvida o da família aquele que se exprimiu com mais força e desenvoltura em nossa sociedade. E um dos efeitos decisivos da supremacia incontestável, absorvente do núcleo familiar- a esfera, por excelência dos chamados ‘contatos primário’, dos laços de sangue e de coração- está em que as relações que se criam na vida doméstica sempre forneceram o modelo obrigatório de qualquer composição social entre nós. Isso ocorre mesmo onde as instituições democráticas, fundadas em princípios neutros e abstratos, pretendem assentar a sociedade em normas antiparticularistas.”

¹⁶⁴ Jano, na mitologia romana, é o deus dos inícios (daí o mês de Janeiro - *januarius*) e costumava ser o primeiro deus a ser mencionado numa prece e o primeiro a receber oferendas. Era adorado em ritos de origem (colheita, plantio, casamento, nascimento, etc) e outros, especialmente os começos de acontecimentos importantes na vida de uma pessoa, representando também representa a transição entre a vida primitiva e a civilização, entre o campo e a cidade, a paz e a guerra, e o crescimento dos jovens. Era representado com duas faces (*Janus Bifrons*), por vezes rostos distintos: uma face com e a outra sem barba, ou uma masculina e a outra feminina, mas sempre olhando em direções opostas, sugerindo vigilância. Cf. HARVEY, Paul. *Dicionário Oxford de Literatura Grega e Latina*. Trad. Mário da Gama Kury. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 1998, p. 294.

¹⁶⁵ A expressão consta em CARVALHO, José Murilo de. Op. cit, p. 221.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 143-144.

O paternalismo industrial resulta da união, aparentemente contraditória, entre liberalismo econômico e paternalismo. O liberalismo econômico, conforme explicado no primeiro capítulo, defende que uma economia pouco ou não regulada pelo Estado, deixada à própria sorte do mercado, é capaz de gerar melhores condições de trabalho como resultado natural do desenvolvimento econômico, porquanto qualquer intervenção nas forças do mercado, determinando salários, horas e condições de trabalho, engessa o crescimento industrial e adia as conquistas do desenvolvimento social.¹⁶⁷ O paternalismo rejeita o livre mercado como árbitro último dos preços e salários e defende uma relação mútua de confiança entre empregados e empregadores que transcende o cálculo racional da maximização do lucro, criando uma força estável de trabalho e uma comunidade industrial sólida.¹⁶⁸ O elo forte entre o paternalismo industrial e o liberalismo econômico situa-se na defesa do capitalismo como sistema econômico, da propriedade privada como direito natural e do princípio da não intervenção estatal, frequentemente associados a um fundo cristão de benemerência.

Ao longo do século XIX, em alguns países de economia agrícola, escravocrata, pré-industrial e não mecanizada, a *patronagem* surgiu como uma resposta supostamente moralista de preservação da família, instituindo, através de certas práticas sociais benevolentes dos fazendeiros em relação a seus trabalhadores, um sólido sentimento de interesses e deveres recíprocos entre eles, cujo modelo eram as relações familiares.¹⁶⁹ Nesse sistema, os fazendeiros cuidavam dos principais aspectos da vida do trabalhador rural, enquanto o trabalhador oferecia-lhe, em troca, sua lealdade. Na verdade, num contexto pós-escravocrata, esse tipo de paternalismo permitia fixar o trabalhador negro à terra, não mais através da coação física, mas por contratos de trabalho que ofereciam, no lugar de salários dignos, “outros benefícios”, tais como pagamento dos serviços médicos, ajuda em caso de problemas

¹⁶⁷ Milton Friedman chama de “responsabilidade social” a responsabilidade coletiva de “estabelecer uma estrutura jurídica com características tais que um indivíduo, ao promover seus próprios interesses, seja como diz Adam Smith, ‘levado por mão invisível a promover um fim que não fazia parte de suas intenções. E nem sempre é o pior para a sociedade que pode resultar. Tentando realizar seu próprio interesse, ele freqüentemente promove o da sociedade de modo mais efetivo do que quando pretende realmente promovê-lo. Não sei de grandes benefícios feitos por aqueles que pretendem estar trabalhando para o bem público.’” (tradução livre) *Capitalism and Freedom*. Chicago: University of Chicago Press, 2002, p. 133.

¹⁶⁸ GORDON, David M. Liberalism, paternalism and immigrant workers: foreign labour and industrial capitalism in late nineteenth century france. In: AERTS, Erik; BEAUD, Claude; STENGERS, Jean (eds.). *Liberalism and Paternalism in the 19th Century*. Louvain: Presses Universitaires de Louvain, 1990, p. 40.

¹⁶⁹ Essas economias exitiram ao longo do tempo em várias culturas, em especial no nordeste do Brasil república até a era Vargas (vale lembrar que o sudeste e o sul brasileiros se valeram, preferencialmente, de mão-de-obra branca imigrante) e no sul dos Estados Unidos da América, no período que vai do fim da Guerra de Secessão até 1960, tema ricamente explorado em ALSTON, Lee J.; FERRIE, Joseph P. *Southern Paternalism and the American Welfare State: economics, politics, and institution in the South, 1865-1965*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

com as leis e a proteção contra a violência oriunda da cidade (como, por exemplo, a ação da Ku Klux Klan contra os negros, no sul dos Estados Unidos).¹⁷⁰

No entanto, esse tipo de paternalismo entrou em colapso a partir do intenso processo de industrialização do século XIX, pois a frágil estrutura das sociedades rurais, em que prevalecia a solidariedade social de molde organicista (cada indivíduo está inserido no todo em harmonia e interdependência em relação aos outros indivíduos, como órgão funcional num corpo social), deu lugar às complexas sociedades industriais, nas quais as fábricas eram ambientes de trabalho muitas vezes hostis, insalubres e degradantes.

Dois fatores colaboraram para a erosão do sistema patronal: a legislação social do Estado Providência e a introdução da mecanização na agroindústria. Primeiro, os benefícios sociais oficiais, ao substituírem os serviços paternalistas, afrouxaram os laços de interdependência entre patrões e empregados. Não à toa, os fazendeiros sulistas norte-americanos pressionaram o Congresso norte-americano e resistiram a incluir os trabalhadores agrícolas nos programas sociais do governo.¹⁷¹ Segundo, o processo de mecanização reduziu a demanda por mão-de-obra barata e desqualificada, forçando o êxodo de enorme contingente do campo à cidade em busca de postos de trabalho cujos requisitos foram se tornando cada vez mais técnicos e especializados. Com isso, a substituição do agricultor pelo operário na nova ordem econômica gerou a necessidade urgente de se implementarem serviços básicos nos meios urbanos e industriais.¹⁷² Enfim, o cuidado paternalista dos patrões em relação aos trabalhadores rurais cedeu lugar, aos poucos, à preocupação estatal, sob forma de legislação social, com os pobres, os idosos, os desempregados e os deficientes, que cada vez mais povoavam os espaços urbanos.

Isso não quis dizer, porém, o fim do paternalismo. Em muitos lugares, vigorou o *paternalismo industrial* como estratégia de dispor de mão-de-obra estável, suficiente, qualificada, disciplinada e barata, voltada à produção industrial, em que os operários recebiam de seus patrões benesses como respostas às reivindicações operárias pela melhora das condições de trabalho. Essas benesses (que abrangiam desde o fornecimento de escola, moradia, segurança aos trabalhadores até a concessão de uma pensão trabalhista) eram a forma mais barata pela qual o empresário podia melhorar a vida do empregado sem pagar-lhe altos salários, muitas vezes contando com subsídios do Estado (isenções tributárias ou financiamentos estatais a esses projetos), o que dividia esses custos sociais com todos os

¹⁷⁰ Ibidem, p. 20-21.

¹⁷¹ ALSTON, Lee J.; FERRIE, Joseph P. *Southern Paternalism and the American Welfare State*. Op. cit, p. 62.

¹⁷² Ibidem, p. 146.

outros contribuintes.¹⁷³ O lema do paternalismo industrial era: “tudo para o trabalhador; nada de participação.”¹⁷⁴

Certamente, esses benefícios, disfarçados de filantropia, estavam condicionados à permanência do trabalhador na empresa. Com isso, o padrão poderia exercer um controle total sobre a vida do trabalhador nos diversos setores da sua existência, por exemplo, na habitação, lazer, saúde, educação, etc.¹⁷⁵ Há diversos exemplos históricos de paternalismo industrial, tais como as cidades-fábricas implantadas nos Estados Unidos (Pullman city), na França (cité Mulhouse e Le Creuset), na Bélgica (Le Grand Hornu) e na Espanha (ENSIDEA).¹⁷⁶ O estudo sociológico e histórico de cada uma delas foge ao propósito deste trabalho, que se deterá nos três principais benefícios concedidos por essas cidades-fábricas: (i) caixas de pensão, (ii) fornecimento de alimentos, e (iii) o alojamento.

As *Caixas de Pensão* eram um primitivo regime previdenciário em que o trabalhador, compulsoriamente, depositava valores num fundo e estava condicionado a um prazo de permanência na empresa para se beneficiar deles (de modo que demissão ou dispensa antes do prazo retirava o direito de recuperar a quantia aportada) ou a condições que independiam da manifestação de vontade do trabalhador. A fundamentação paternalista justificava essa regra como proteção contra a desestabilização das relações entre patrão e empregado:

Se a fábrica restituísse a poupança toda, face ao primeiro requerimento, o pecúlio inscrito na conta do titular graças ao jogo das instituições patronais, seria um recurso perigoso para o trabalhador, que estaria tentado a usá-lo a cada assalto de uma necessidade premente, de uma paixão, de um simples capricho. Por um jogo prazeroso, por uma volta até o cabaré com os camaradas, haveria quem abandonasse a oficina para dilapidar em poucas horas os fundos tão laboriosamente reunidos, moeda a moeda, com vistas a sua velhice.¹⁷⁷

Como alternativa às Caixas de Pensão, havia a "cartilha individual", um título em que se consignavam as quantias, individualmente aportadas, cujo eventual resgate demorava um tempo.¹⁷⁸

No que concerne aos bens, alimentos e utensílios necessários à vida do trabalhador, em algumas cidades fábricas, instituíram-se três formas de obtê-las: o sistema de *truck-system*, pelo qual pagava-se ao trabalhador com vales que podiam ser trocados por produtos

¹⁷³ Ibidem, p. 46-47.

¹⁷⁴ SCHULZ, Gunther. Industrial Patriarchalism in Germany. In: AERTS, Erik; BEAUD, Claude; STENGERS, Jean (eds.). Op. cit, p. 62.

¹⁷⁵ MOINE, Jean-Marie. Aux sources du paternalisme dans la siderurgie lorraine avant 1914. Esquisse d'un bilan provisoire. De la problematique du 'sacrifice' a celle du 'contrôle total'. In: AERTS, Erik; BEAUD, Claude; STENGERS, Jean (eds.). Op. cit, p. 20.

¹⁷⁶ Os exemplos foram recolhidos da obra coletiva organizada por AERTS, Erik; BEAUD, Claude; STENGERS, Jean (eds.). Op. cit.

¹⁷⁷ ALEMANY, Macario. El Paternalismo Juridico. Op. cit, p. 40.

¹⁷⁸ Ibidem, loc. cit.

fabricados ou distribuídos pela fábrica em que ele trabalhava; o economato, uma mercearia patronal que fornecia bens de consumo aos trabalhadores a preço de custo e vendia fiado e, por fim, havia também a cooperativa gerida pelos próprios trabalhadores, na qual eles compravam a preços de mercado, participavam da sua gestão e, o mais importante, recebiam ao final de cada balanço uma quantidade de bônus dependendo das vendas.¹⁷⁹

A prática do *alojamento* consistia no aluguel aos trabalhadores de quartos funcionais ou de casas próximas à fábrica, a baixo preço, ou, até mesmo, os patrões se dispunham a emprestar o dinheiro necessário para construir casa ou comprar terreno próximos à indústria.¹⁸⁰ Assim nasciam as cidades-fábricas.

Curioso observar que “se a antinomia do liberalismo é o socialismo, então o paternalismo [industrial] representa o instrumento de luta contra o socialismo (...) as realizações sociais surgiram como a arma mais eficaz para barrar as ofensivas socialistas e sindicais.”¹⁸¹ Influenciado pelo pensamento cristão, o paternalismo industrial nega o caráter conflituoso da sociedade (o conceito marxista de “luta de classes”), para afirmar como valores justificadores de sua “filantropia” a caridade cristã, o amor ao próximo e o combate às desigualdades sociais.¹⁸²

A doutrina social da Igreja católica, cujo ponto de partida foram as Encíclicas papais *Rerum Novarum* (1891)- sobre as condições dos operários-, e a *Quadragesimo Anno* (1931), serviu como pretexto para que o patrão, sem interferência do Estado, pudesse controlar os maus hábitos dos trabalhadores (que “desperdiçavam” seus salários com bebidas, jogos e mulheres) e satisfazer as “necessidades reais” desses trabalhadores.

Essas Encíclicas estabeleceram um extenso rol de deveres dos empregados e dos patrões. Com relação aos deveres dos operários, eles teriam de cumprir integral e fielmente todo o trabalho a que se comprometeram por livre contrato e conforme à equidade, não deviam lesar o patrão (em sua pessoa nem em seus bens) e, por fim as reivindicações proletárias devem ser isentas de violências e nunca revestirem a forma de sedições (ou seja, não se deveriam fazer greves!). Quanto aos patrões, além de fornecer um salário justo, competia-lhes velar para que fosse dada plena satisfação aos interesses espirituais do operário

¹⁷⁹ Ibidem, loc. cit.

¹⁸⁰ Ibidem, p. 40-41.

¹⁸¹ Ibidem, p. 4-5.

¹⁸² BEAUD, Claude. Les Schneider au Cresot: un modèle paternaliste en reponse aux impératifs du libéralisme et la montée du mouvement socialiste. In: AERTS, Erik; BEAUD, Claude; STENGERS, Jean (eds.). Op. cit. p.11.

e o bem da sua alma, para que o operário não fosse entregue à sedução e às solicitações corruptoras, que nada viesse enfraquecer o espírito de família nem os hábitos de economia.¹⁸³

O pressuposto dessas intervenções era a concepção moralista de que as classes privilegiadas, movidas não por sua suposta superioridade, mas por um dever cristão de altruísmo ou de caridade, deveriam guiar esses indivíduos em direção a uma vida séria, virtuosa e melhor. Ademais, as concessões sociais à força de trabalho pelos próprios empregadores tinham por objetivo impedir a intervenção do Estado nas empresas, o que acabou ocorrendo inexoravelmente com o Estado Providência.

O paternalismo industrial empregado como método pragmático de gestão pessoal foi a solução encontrada por muitos patrões para atrair mão-de-obra barata e enraizar o trabalhador na fábrica, e tinha duas funções básicas: (1) dominação pura e simples; com a qual se estendia a disciplina fabril para fora da fábrica, invadindo a esfera do “não-trabalho” (a família e a vida privada), com a finalidade clara de recrutar e fixar na fábrica a mão-de-obra, bem como disciplinar o processo produtivo fabril em sua totalidade e alijar a mão-de-obra da auto-organização para defesa de seus interesses; (2) dominação ideológica, pois o paternalismo industrial “mascarou a dominação sob a forma de intenção benevolente, humanizadora, ou, sob a forma do cumprimento do dever social que nascia da superioridade dos ricos sobre os pobres.”¹⁸⁴ O processo de mobilização e conscientização do operariado, que era a finalidade do socialismo e do anarquismo, do ponto de vista ideológico, desconstruiu a figura do patrão como pai e, do ponto de vista operacional, aniquilou, pelas greves, bloqueios e boicotes, a função de pacificação social do paternalismo industrial.

Conforme interessante estudo de Alfredo Behrens, o paternalismo industrial caiu como uma luva no contexto hostil das Américas, onde todos dependiam dos demais para sobreviver e onde as relações sociais eram estreitas o bastante para garantir a sobrevivência desses indivíduos e frouxa o suficiente para incorporar, com facilidade para qualquer imigrante. Essa disposição pressupunha menor ênfase na autonomia individual do que havia na Europa. Como decorrência do paternalismo político, o povo latino-americano tende a ver o chefe de trabalho como um pai, à semelhança da identificação carismática que ocorre com governantes os populistas, o que torna os latinos-americanos mais afeitos ao paternalismo industrial. Em especial, o modelo de liderança paternalista é o que mais agrada ao profissional brasileiro, pois ele combina compreensão, protecionismo e amizade. Essa relação mais que comercial

¹⁸³ http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html Acesso em 05/06/10.

¹⁸⁴ SIERRA ÁLVARES, José. *El Obrero Soñador*: Ensayo sobre el paternalismo industrial (Asturias, 1860-1917). Madrid: Ed. Siglo XXI, 1990, p. 85 *apud* ALEMANY, Macario. Op. cit. p. 35.

permite que as empresas entendam certas necessidades do funcionário, como, por exemplo, a necessidade de sair cedo para levar a mãe ao médico. Essa flexibilidade, travestida de “jeito brasileiro”,¹⁸⁵ é um mecanismo de defesa informal contra um regime repressor. São atitudes evasivas que vêm em resposta ao abuso de poder, seja por parte das autoridades públicas, seja por parte do chefe. Por isso, o estilo eminentemente racional e formal de governança corporativa vigente no Hemisfério Norte frequentemente conduz à escolha errada dos líderes que ocuparão os principais postos nas multinacionais da América Latina.¹⁸⁶

2.1.3. Paternalismo jurídico (*lato sensu*)

O paternalismo jurídico, em sentido amplo, é “uma técnica de governo caracterizada por comportamentos autoritários, ainda que benevolentes, dos governantes em suas relações com os governados.”¹⁸⁷ Na linguagem corrente, paternalismo indica “uma política social orientada ao bem-estar dos cidadãos e do povo, mas que exclui a sua direta participação: é uma política autoritária e benévola, uma atividade assistencial em favor do povo, exercida desde o alto, com métodos meramente administrativos.”¹⁸⁸

Segundo o princípio do dano de Stuart Mill, o único fim pelo qual é justificável que a humanidade, individual ou coletivamente, se intrometa na liberdade de ação de qualquer de seus membros, é evitar o dano a terceiros.¹⁸⁹

Injustificadamente, ninguém pode ser obrigado a realizar ou não determinados atos, simplesmente porque o Estado “sabe o que é melhor” para ele. Para justificar essas medidas, Mill diz, com relação ao seres humanos no gozo de suas faculdades, que “a única parte da conduta de cada um pela qual [o indivíduo] é responsável perante a sociedade é a que diz respeito aos outros. Na parte que diz respeito apenas a si mesmo, sua independência é, de direito, absoluta. Sobre si mesmo, seu próprio corpo e mente, o indivíduo é soberano.”¹⁹⁰

A concepção liberal parte do pressuposto de que todo indivíduo é um agente autônomo capaz de adotar uma concepção de bem independentemente do acerto ou desacerto dessa escolha, de modo que o paternalismo só se justificaria se fosse para preservar um âmbito de

¹⁸⁵ Sobre o tema, confira-se Rosenn, Keith S. *O Jeito na Cultura Jurídica Brasileira*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005.

¹⁸⁶ BEHRENS, Alfredo. Charisma, Paternalism and Business Leadership in Latin America. *Thunderbird International Business Review*. Vol. 52, No. 1 (2010), p. 21-23.

¹⁸⁷ RESTA, Eligio. Metáfora do contrato. *DOXA* nº 5 (1988), p. 227

¹⁸⁸ MATTEUCCI, Nicola. “Paternalismo”. In: BOBBIO, Norberto et alii. *Dicionário de Política*, Op. cit., pp. 908-909.

¹⁸⁹ O princípio do dano corresponde à primeira parte do que Mill chama de “princípio bastante simples”: “o único propósito de se exercer legitimamente o poder sobre qualquer membro da comunidade civilizada contra sua vontade, é evitar dano aos demais.” MILL, John Stuart. *A Liberdade...* Op. cit., p. 17.

¹⁹⁰ MILL, John Stuart. *A Liberdade*. Trad. Eunice Ostrensky. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2000, p. 18

liberdade individual maior do que esse mesmo agente moral desfrutava anteriormente.¹⁹¹ Essa crítica ao paternalismo contém dois argumentos principais: 1) um argumento utilitário, segundo o qual as consequências de exercer a coação sobre os indivíduos com a finalidade de beneficiá-los seriam piores do que o não exercício de tal coação, tanto para os indivíduos quanto para a sociedade em geral; e 2) um argumento baseado não nos bens que uma escolha livre tenha protegido ou fornecido (escolha livre como meio), mas no valor absoluto da escolha em si mesma (escolha como fim em si mesma), que permitiria justificar certo paternalismo.¹⁹²

A partir da definição de Mill, os autores que trataram do tema argumentaram que faltam provas de que a maioria dos adultos esteja, realmente, consciente de seus próprios interesses e, muito menos, de que eles sempre estão dispostos a persegui-los, (de modo que nem a coerção nem a restrição exercida sobre eles com o propósito de promover seus interesses podem realmente promovê-los). Quanto a essa “soberania individual”, conforme o próprio Mill admite, há casos em que os indivíduos não seriam os melhores juízes de seus próprios interesses, tais como: a) quando esses indivíduos forem incapazes de julgar ou agir por si mesmos (ex. loucos, crianças, jovens imaturos, etc);¹⁹³ b) quando o indivíduo decide irrevogavelmente no presente o que será melhor para ele em um futuro distante (há forte presunção a favor da intervenção, ou até de uma *proibição absoluta*, por exemplo, quando se trata de casamento de jovens que desconhecem ser irmãos);¹⁹⁴ c) quando os indivíduos não têm condições de efetivar seus interesses, mas dependem de uma ação coletiva que só pode ser eficaz se receber validade e sanção da lei (ex. negociação de redução da jornada de trabalho);¹⁹⁵ d) quando os indivíduos comprometem seus meios de existência, atuando generosamente no interesse de outras pessoas (ex. passar fome após ato de caridade pública);¹⁹⁶ e e) quando os atos praticados pelos indivíduos, embora visem exclusivamente o benefício deles mesmos, envolvem consequências que se estendem indefinidamente para além deles, atingindo interesses da nação ou da prosperidade (ex. reduzir a oferta de um produto essencial que alimenta toda população).¹⁹⁷

Os atos paternalistas que afetam o próprio indivíduo são geralmente justificados com base na ideia de que o Estado pode legitimamente interferir na esfera privada dos cidadãos

¹⁹¹ DWORKIN, Gerald. Paternalism. In: SARTORIUS, Rolf (ed). *Paternalism*. Op. cit, p. 28.

¹⁹² ALEMANY, Macário. *El Paternalismo Jurídico*. Op. cit, p. 133.

¹⁹³ Ibidem, p. 18; Idem. *Princípios de Economia Política*: com algumas de suas aplicações à filosofia social. Trad. Luiz João Baraúna. Vol. II. São Paulo: Editora Nova Cultural (Coleção “Os Economistas”), 1996, p. 528.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 530s.

¹⁹⁵ Ibidem, p. 534.

¹⁹⁶ Ibidem, p. 537.

¹⁹⁷ Ibidem, p. 540.

quando isso é necessário para evitar danos autoinflingidos, assegurar-lhes certo bem-estar ou garantir sua felicidade. De acordo com o axioma paternalista, “há sempre uma boa e relevante razão (embora não necessariamente decisiva) para apoiar uma proibição criminal que preveja o dano (físico, psicológico ou econômico) ao próprio sujeito”¹⁹⁸

Segundo Stuart Mill, pode-se causar dano tanto por uma ação quanto por uma omissão; porém, somente os atos de uma pessoa contra sua própria pessoa ou contra seus bens, decorrentes de uma “obrigação precisa e determinada” e que afetem negativamente os interesses alheios, são passíveis de controle (princípio do dano).

O argumento mais poderoso contra essa assertiva é o de que não há qualquer garantia de que a escolha feita por um terceiro irá, realmente, refletir o melhor interesse do indivíduo (geralmente interfere-se mal ou no lugar errado), de modo que, segundo a famosa frase de Mill, “cada um é o melhor juiz de seus próprios interesses”.¹⁹⁹

A partir dos escritos de John Stuart Mill, a questão do paternalismo jurídico se expandiu na doutrina de língua inglesa, influenciando também muitos juristas de língua espanhola. Como trabalho pioneiro, Gerald Dworkin escreveu o artigo *Paternalism*, definindo 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 coacionada”.²⁰⁰

Note-se que nessa primeira definição a interferência deveria ser, necessariamente, coativa. Após muitas críticas de que nem sempre um ato paternalista representa uma coação (como por exemplo, inserir flúor num reservatório de água da população, a fim de reduzir a incidência de cáries na população), Gerald Dworkin, em artigo posterior, *Paternalism: Second Thoughts*, reformula sua definição, originalmente vinculada estritamente a uma coação, para qualificar as intervenções de paternalistas sempre que houver uma violação à autonomia da pessoa (noção distinta da de liberdade), independentemente de coação. A violação à autonomia individual ocorre quando há influência ou intervenção na tomada de decisões, evitando-se que as pessoas façam o que haviam decidido ou interferindo no modo em que tomam suas decisões²⁰¹.

¹⁹⁸ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*. Op. cit, p. 4.

¹⁹⁹ MILL, John Stuart. Op. cit, p. 128.

²⁰⁰ DWORKIN, Gerald. *Paternalism*. In: SARTORIUS, Rolf (ed). *Paternalism*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1983, p. 20.

²⁰¹ Idem. *Paternalism: Second Thoughts*. In: SARTORIUS, Rolf. Op. cit., p. 107.

Exemplificando diversas modalidades de interferência sem coação, Cass Sunstein e Richard Thaler chamam de “*nudge*”²⁰² os atos que estimulam, incentivam ou orientam a tomada de decisões, desde que sejam baratos e não cogentes.²⁰³ Um exemplo de *nudge* é organizar a comida numa cafeteria, pondo em destaque os alimentos nutritivos e pouco calóricos, de modo a influenciar a escolha dos clientes em benefício deles próprios, ou seja, para estimular que eles tenham uma vida e uma alimentação saudáveis.²⁰⁴ Há muitos outros exemplos que vão desde essas proposições simples relacionadas ao dia-a-dia até *nudges* complexos que buscam influenciar a escolha de seguros previdenciários.

Os autores chamam de *paternalismo libertário* as políticas das instituições (tanto do setor privado quanto do público) que tentam influir nas decisões das pessoas de maneira a tornar-lhes a vida mais longa, mais sadia e melhor, sem obrigá-las a que atuem dessa forma, deixando-as livres para fazer o que desejam e para desvincularem-se dos acordos desvantajosos se assim o preferirem.²⁰⁵

“Paternalismo” e “libertário” são palavras que carregam um sentido pejorativo conferido pela cultura popular e pela política, tornando-as pouco palatáveis ao senso comum. O aspecto libertário consiste na insistência clara de que, em geral, as pessoas devem ser livres para fazer o que quiserem, e então é necessário preservar a liberdade. O aspecto paternalista considera legítimo que os “arquitetos de escolhas” tentem influenciar o comportamento das pessoas em benefício próprio. O paternalismo libertário, portanto, seria um tipo relativamente fraco e não-intrusivo de paternalismo, porque as escolhas individuais não estariam completamente bloqueadas ou vedadas.²⁰⁶ Talvez, o *nudge* melhor se enquadraria como medidas de *perfeccionismo moral*, já que a finalidade primária de sua implementação é trazer algum benefício aos seus destinatários, e não evitar que causem danos a si mesmos (finalidade secundária).

Por que os *nudges* são possíveis? Porque, muitas vezes, as pessoas tomam decisões erradas, não por erro no raciocínio, mas pela *ausência* de racionalização (confusão na escolha

²⁰² Não há uma tradução perfeita. O verbo *to nudge* é algo como “empurrar suavemente ou dar um golpe nas costas, a fim de avisar, admoestar o outro”.

²⁰³ SUNSTEIN, Cass. THALER, Richard. *Un Pequeño Empujón (Nudge)*: el impulso que necesitas para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad. Trad. Belén Urrutia. Taurus, 2009, p. 20: “um *nudge* tal e como empregamos esse termo, é qualquer aspecto da arquitetura das decisões que modifica a conduta das pessoas de uma maneira previsível sem proibir nenhuma opção nem mudar de forma significativa seus incentivos econômicos. Para que se possa considerar como *nudge*, deve ser barato e fácil de evitar. Os *nudges* não são ordens.”

²⁰⁴ Esse é um dos primeiros exemplos de *nudge* apresentados: Cf. SUNSTEIN, Cass. THALER, Richard. *Libertarian Paternalism*. *The American Economic Review*, Volº 93, nº 2 (May, 2003), p. 175.

²⁰⁵ SUNSTEIN, Cass. THALER, Richard. *Un Pequeño Empujón (Nudge)*. Op. Cit, p. 19.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 20.

de uma dieta diante da variedade de ofertas de soluções “rápidas e milagrosas” para a obesidade) ou porque os seres humanos erram de maneira previsível, tal como ocorre nas “falhas de planejamento” (tendência sistemática ao otimismo irrealista no que diz respeito ao tempo necessário para concluir projetos). Por uma série de razões, as pessoas têm uma forte tendência a se deixar levar pelo *status quo* ou pela opção predefinida. Então, como alguma escolha deverá ser tomada e é impossível ser totalmente neutro na tomada de decisões, nada obsta, segundo alegam os autores, que um *nudge* influencie o comportamento das pessoas.²⁰⁷

Concluem que, pelo fato de ajudar e não causar danos, as pessoas precisam de um *nudge* (“empurrãozinho”) quando houver decisões difíceis ou incomuns, para as quais elas não têm um *feedback* imediato, ou quando for difícil traduzir seus aspectos em termos que possam compreender com facilidade. E, concluem os autores, que, se as pessoas nem sempre decidem de modo racional, o mercado tampouco responderá (necessariamente) de forma eficiente.²⁰⁸

Há nessa proposição teórica algumas inconsistências. Em primeiro lugar, a análise comportamental de que partem os autores²⁰⁹ toma como premissa uma natureza humana falha, irracional, que sempre opta pelo pior quando poderia escolher o melhor. Ainda que se pudesse concordar com essa premissa, disso não se segue que um terceiro sempre estaria legitimado a tomar essas escolhas pelos indivíduos. Com mais razão ainda, não se poderia aceitar que esse terceiro (gentilmente chamado de “arquiteto de escolhas”) fosse o Estado de que o indivíduo faça parte. Por uma razão muito simples: Estados-Nação são entes dotados de personalidade jurídica fictícia cuja finalidade essencial é instrumental. O fim do Estado não pode se ater a ideais genéricos de “promover o bem comum” ou de “garantir a ordem e a segurança nacional”, possui única finalidade legítima é prover os direitos e garantias fundamentais demandados pelos cidadãos, mas isso não pode ser feito por cidadãos desinformados, nem contra suas próprias vontades. Os Estados possuem um dever de proteção em relação aos seus cidadãos, o que não quer dizer que qualquer meio é válido para alcançar tal fim: é necessário escalonar, com base na proporcionalidade, meios menos gravosos de intervir nas esferas individuais para alcançar determinadas finalidades públicas. Em vez de fornecer um cardápio completo de informação e subsídios materiais para que cidadãos livres tomem, conscientemente, suas escolhas, os *nudges* são mecanismos que induzem os

²⁰⁷ Ibidem, p. 25.

²⁰⁸ Ibidem, p. 72.

²⁰⁹ SUNSTEIN, Cass. Behavioral Analysis of Law. *University of Chicaco Law Review*, vol. 64, nº 4 (1997), p. 1175-1195.

indivíduos a determinado comportamento considerado “melhor” pelo impessoal “arquiteto de escolhas” (agentes privados ou estatais).²¹⁰

Em segundo lugar, os *nudges* colocam um problema moral de fundo, que deve considerar se, num ambiente de pluralismo razoável, existiria uma única escolha certa ou mais correta. Quais são os critérios ou o fundamento para que os “arquitetos de escolhas” determinem que uma escolha individual é válida e outra não: a moral majoritária? Os costumes da comunidade? A ciência? Pesquisas empíricas? Na dúvida quanto à melhor escolha, deve-se dar deferência à sua autonomia individual, que constitui um valor moral e jurídico constitucionalmente garantido.

Daí, ao focar a argumentação teórica e prática do paternalismo libertário no alcance de resultados, por qualquer meio possível, demonstra-se pouca preocupação com a autonomia, a autodeterminação e o autogoverno dos indivíduos. Viola-se o princípio do individualismo ético segundo o qual todos devem ser tratados como sendo dignos de igual respeito e consideração. Por fim, as pessoas, quando fazem, conscientemente, escolhas certas ou erradas, sofrem as consequências de seus atos e, supostamente, aprendem com isso. Como o Estado ou, de modo geral, os “arquitetos de escolhas” poderiam ser responsabilizados pelas escolhas que não se mostrarem as mais corretas? Como é possível o indivíduo aprender sem nunca errar?

Os *nudges*, como veículos da regulação social e econômica, até poderiam fazer algum sucesso no Brasil, em que há pouca tradição liberal, mas isso dificultaria que o princípio da neutralidade estatal e o valor da autonomia individual, um dia, se enraizassem definitivamente na cultura política e filosófica brasileira.

Deixando de lado concepções imprecisas do paternalismo jurídico, torna-se necessário depurar o sentido exato de seu conteúdo. Joel Feinberg considera que o paternalismo pode ser expresso pelo seguinte princípio: “*sempre há uma boa e relevante razão (ainda que não necessariamente decisiva) sustentada por uma proibição penal para evitar um dano (físico, psíquico, ou econômico) ao mesmo destinatário da proibição*”.²¹¹

A caracterização do paternalismo, proposta por Feinberg como um princípio limitativo da liberdade, repousa fundamentalmente sobre dois pressupostos conceituais: (1) a existência de atos autorreferentes e (2) o conceito de dano. O primeiro pressuposto, no que se refere aos

²¹⁰ Os autores fazem uma concessão à aplicação do princípio da publicidade proposto por Rawls aos *nudges*: “[esse princípio] proíbe ao governo

²¹¹ FEINBERG, Joel. Harm to Self. Op. cit. p. 6.

destinatários, é necessário para distinguir adequadamente entre o princípio paternalista e o princípio de danos a terceiros.

O princípio do dano, apartado por Stuart Mill, não se confunde com o paternalismo jurídico. No *Common Law*, o direito de responsabilidade consagra a máxima latina de que “*volenti non fit injuria*” (“com consentimento não há dano”). Se uma pessoa *voluntariamente* se coloca em situações das quais poderia resultar algum prejuízo, *sabendo* que poderia sofrê-lo, ela não pode demandar indenização se tal dano realmente acontecer. Essa é a situação de esportes radicais, que põem em risco a vida e a segurança de quem consente em praticá-los. O princípio do dano prescreve que ninguém pode causar danos a terceiros, salvo se houver consentimento e supõe que, para consentir, as pessoas sejam maiores de idade, capazes, de razoável discernimento e que tenham assumido a possibilidade de que um dano pudesse resultar de sua conduta.²¹²

A nota distintiva do *paternalismo jurídico indireto* consiste em interferir na liberdade de um indivíduo para evitar um dano (físico ou moral) a outrem, independentemente de se obter o seu consentimento (o que o distingue do princípio do dano). Um exemplo serve para ilustrar a diferença. Em homenagem ao princípio do dano, um ordenamento jurídico pode criminalizar, em regra, a prática da eutanásia e descriminalizar a atuação médica quando houver manifestação consciente, expressa e por escrito do paciente.²¹³ Exemplo de paternalismo jurídico indireto é a proibição de qualquer concentração de álcool no sangue dos condutores de veículos automotores previsto pela Lei 11.705/08 (“Lei Seca”), que alterou a Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), com vistas à proteção potencial de outras pessoas que possam ser ameaçadas pelo condutor alcoolizado. O que se objetiva com a lei é não só proteger o condutor do veículo, mas também preservar a saúde e a segurança de todos os indivíduos que potencialmente possam se envolver no acidente.

O segundo pressuposto, no que se refere ao conteúdo do dano, além de esclarecer qual é o conteúdo do princípio paternalista de acordo com Joel Feinberg, permite distingui-lo de uma certa versão moralista do mesmo (construída a partir da noção de dano moral). Dano é a violação ou o prejuízo causado a algum interesse juridicamente tutelado relacionado à saúde do corpo ou à segurança e à garantia de sua pessoa, família, amigos e propriedade.²¹⁴

²¹² FEINBERG, Joel. *Harm to self*. Op. cit, p. 11.

²¹³ BARROSO, Luís Roberto et alii. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. In: *Revista de Direito do Estado*, nº 15, p. 56.

²¹⁴ FEINBERG, Joel. *Filosofia Social*. Trad. Alzira Soares da Rocha e Helena Maria Camacho. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 1974, p. 48.

De acordo com Manuel Atienza, “uma conduta (ou uma norma) é paternalista somente se se realiza ou se estabelece com fim de obter um bem para uma pessoa ou grupo de pessoas e sem contar com a aceitação da pessoa ou das pessoas afetadas (ou seja, dos supostos beneficiários da realização da conduta ou da aplicação da norma).”²¹⁵ O espanhol Ernesto Garzón Valdez afirma que “sempre há uma boa razão a favor de uma proibição ou de um mandato jurídico, imposto também contra a vontade do destinatário desta proibição ou mandato, quando ele é necessário para evitar um dano (físico, psíquico, ou econômico) da pessoa a quem se impõe essa medida”²¹⁶

No entanto, como apontou Manuel Atienza, a definição de Ernesto Garzón é muito estreita, pois “também parece haver casos de paternalismo jurídico, tais como os de paternalismo moral, que não implicam intervenção coativa. Ao fim e ao cabo, -continua Atienza- o Estado e o médico que omitem informar aos cidadãos ou a seus pacientes podem atuar em cumprimento de uma norma jurídica (que, por certo, poderia não ser nem uma proibição, nem um mandato, mas sim uma autorização, uma permissão)”⁴¹.

Em seu artigo e na discussão que se segue com Manuel Atienza, Garzón Valdez busca desconstruir cada um desses argumentos e defender a posição de que o paternalismo jurídico é não só moralmente permitido como também moralmente ordenado, como um meio eficaz para a redução das desigualdades. Contrário à opinião de vários autores, Ernesto Garzón sustenta, ademais, que o princípio do paternalismo jurídico faria possível proibir ou ordenar *tipos gerais de conduta*.

Para os fins deste trabalho, adota-se a definição segundo a qual 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.**

2.1.3.1. Moralismo jurídico, paternalismo jurídico e perfeccionismo moral

Embora se tenham registrado as discussões dos autores liberais sobre a intervenção do Estado na esfera individual, a expressão “paternalismo” (sinônimo de paternalismo jurídico) só surgiu no desenrolar da disputa entre Herbert L.A. Hart e Lord Patrick Devlin sobre a imposição jurídica das normas morais.

²¹⁵ ATIENZA, Manuel. Discutamos sobre Paternalismo. *DOXA* nº 5 (1988), p. 203.

²¹⁶ GARZÓN VALDEZ, Ernesto. ¿Es Éticamente Justificable el Paternalismo Jurídico? *DOXA* nº5 (1988), p. 156.

O pano de fundo do debate foi a organização do Comitê Wolfenden na Inglaterra, criado em 1954, que pretendia reconsiderar a persecução penal da homossexualidade e da prostituição perpetradas pelo *Offences Against The Person Act*, de 1861. O Comitê decidiu que o comportamento homossexual consentido entre adultos no espaço privado não deveria constituir uma ofensa criminal, por isso, recomendava a despenalização da prática homossexual masculina, sob o princípio de que a moralidade ou imoralidade privada não são assuntos do Direito. Contra esse princípio, Lorde Patrick Devlin afirmou que “a supressão do vício é tanto assunto do Direito como a supressão de atividades subversivas”, além disso, “adulterio, fornicação e prostituição não são, como o Relatório aponta, ofensa criminal: homossexualidade entre homens é crime, mas entre mulheres, não.”²¹⁷

Herbert L. A. Hart, para referir-se a certo conjunto de leis coatoras que contradiziam o princípio de John S. Mill, introduziu na discussão jusfilosófica o termo “paternalismo”. Herbert L. A. Hart concordou com as conclusões do Comitê e utilizou o conceito de paternalismo para refutar um dos argumentos principais de Patrick Devlin. Devlin afirmava que o Direito Penal se preocupava, desde suas origens, com os princípios morais e com a proteção dos indivíduos, de modo que um homem não pode consentir com a prática de um delito contra si mesmo ou perdoá-lo porque, supostamente, o delito moral atingiria não só o indivíduo, mas a sociedade como um todo.²¹⁸

Herbert L. A. Hart sustenta que as normas que demandam o consentimento da vítima como excludente das acusações de assassinato ou agressão podem ser perfeitamente explicadas como um caso de paternalismo, destinado a “proteger os indivíduos de si mesmos”. E cita como exemplo de um delito que pode ser justificado por razões paternalistas a proibição de subministrar drogas a adultos sem prescrição médica. Hart trata, portanto, de considerar o *problema do paternalismo* como diferente do *problema do perfeccionismo*, tanto com relação ao conceito quanto por sua justificação.²¹⁹

A ação paternalista preocupa-se em evitar danos e sua justificação depende do questionamento da premissa fundamental de John Stuart Mill de que o indivíduo conhece sempre melhor do que ninguém seus próprios interesses. Herbert L. A. Hart sustenta que a desconfiança sobre a verdade dessa premissa deve-se tanto ao declínio geral da crença de que os indivíduos são os melhores juízes de si mesmos quanto à crescente conscientização de que

²¹⁷ DEVLIN, Patrick. *The Enforcement of Morals*. Oxford: Oxford University Press, 1968, p. 13.

²¹⁸ Devlin, Patrick: *The Enforcement of Morals*, cit., p. 6.

²¹⁹ ALEMANY, Macario. Op. cit., p. 114.

inúmeros fatores influenciam no processo e reduzem a escolha ou consentimento aparentemente livres:

Opções podem ser feitas, ou permitidas, sem a adequada reflexão ou sem que se lhe meçam as conseqüências: em face de simples desejos transitórios; porque, em várias situações, o raciocínio parece obnubilado; por haver sido feita opção sob íntima compulsão psicológica; ou sob pressão alheia, insuscetível de comprovação em juízo. O intenso receio do paternalismo subjacente em Mill talvez enforme uma concepção pela qual um ser humano normal é, agora, o que parece não estar em harmonia com os fatos. Imaginou-o Mill, na verdade, bastante semelhante, psicologicamente, a um homem de meia idade, cujos desejos são relativamente estáveis, não passíveis de estímulos artificiais, por meio de influências externas; alguém que sabe o que quer e o que lhe dá satisfação ou felicidade; que busca essas coisas quando pode.²²⁰

Portanto, se Hart sustenta a diferença entre paternalismo e perfeccionismo moral e considera, também, em geral aceitável o paternalismo jurídico. Para ele, a *proteção dos indivíduos contra si mesmos* é “uma política perfeitamente coerente” e, inclusive, conclui ser “estranho que, na metade do século vinte, se insista neste ponto, porquanto a onda do ‘*laissez-faire*’, desde os dias de Mill, se constitui um dos lugares-comuns da história social, e instâncias de paternalismo sobejam, ainda, quer em nosso direito criminal ou civil”.²²¹

O perfeccionismo moral é uma tese sobre os fins legítimos do Estado, segundo a qual o Estado deve, inclusive por meio da coação, promover determinadas concepções de bem válidas universalmente por si mesmas e condenar outras formas de vida consideradas imorais ou ilegítimas.²²² As concepções de vida boa dependem do pressuposto de que algumas atividades, capacidades ou formas de relação humanas possuem um valor não-instrumental por razões que independem dos estados mentais atuais ou potenciais do agente.²²³

Diante do que foi exposto, o perfeccionismo e o paternalismo jurídico coincidem na *forma*, mas se distinguem pela *finalidade da intervenção*. O paternalismo se orienta para evitar danos de tipo físico, psíquico, econômico, ao passo que o perfeccionismo se orienta no sentido de beneficiar o desenvolvimento ou florescimento individual e os benefícios são de natureza moral (o cultivo de virtudes). Há também o *paternalismo moral*, cuja finalidade é evitar danos morais.²²⁴ No que concerne à fundamentação da intervenção, o paternalismo moral estabelece uma escala de valores morais hierarquizados como melhores ou mais

²²⁰ HART, H.L.A. *Direito, Liberdade, Moralidade*. Trad. G. P. dos Santos. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1987, p. 57-58.

²²¹ *Ibidem*, p. 57.

²²² ALEMANY, Macario. *Op. cit.*, p. 384-385.

²²³ Sobre a literatura do perfeccionismo, ver HAKSAR, Vinit. *Equality, Liberty and Perfectionism*. Oxford: Clarendon Press, 1979; HURKA, Thomas. *Perfectionism*. Oxford: Clarendon Press, 1996; WALL, Steven. *Liberalism, Perfectionism and Restraint*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon Press, 1988.

²²⁴ DWORKIN, Gerald. Moral Paternalism. In: *Law and Philosophy*, 24 (2005), p. 305-319.

importantes pelo Estado e não pelos próprios indivíduos, enquanto a justificação perfeccionista impõe planos de vida considerados objetivamente melhores do que outros, mas que o indivíduo não aceita autonomamente.

Efetivamente, há uma conexão conceitual entre a finalidade de “evitar danos” e a de “satisfazer as próprias preferências dos indivíduos” (tratar-se-ia de evitar danos aos interesses que o indivíduo realmente assume), de um lado, e a de proteger as condições que tornam possível a satisfação das preferências individuais ou a capacidade de autonomia (tratar-se-ia de evitar danos aos interesses do bem-estar, necessidades básicas, etc.), de outro lado. Mas isso não significa dizer que o exercício e a justificação do paternalismo conduzam ao exercício e à justificação do perfeccionismo, nem vice-versa. Eles se tangenciam, mas não se confundem.

Por fim, partindo da tese segundo a qual “a opinião moral da maioria é fundamento suficiente para dar conteúdo às normas jurídicas”,²²⁵ o moralismo jurídico distingue-se do paternalismo jurídico quanto à justificação, na medida em que os prejuízos causados pelos agentes a si mesmos não são danos de tipo físico, psíquico, econômico, mas possuem natureza eminentemente moral.

O moralismo jurídico, em sentido amplo, está relacionado à incorporação de normas morais ao Direito e prescreve que “pode ser moralmente legítimo para o Estado proibir, por meio do Direito Penal, certos tipos de ações que não causam dano nem ofendem ninguém, em razão de que tais ações constituem ou causam males (*evils*) de outra classe”.²²⁶ O moralismo jurídico, em sentido estrito, através da coação moral ou física, restringe ou, até mesmo, impede condutas imorais inofensivas (*harmless wrong-doings*), visando: (i) preservar uma forma tradicional de vida; (ii) impor uma determinada moralidade; (iii) evitar ganhos injustos; ou (iv) elevar, desenvolver ou aperfeiçoar o caráter humano ou o florescimento da personalidade humana.²²⁷

O moralismo jurídico e o paternalismo têm em comum o fato de tratarem de evitar males (transformados em ilícitos jurídicos) que não supõem danos a outros, mas males que podem ser considerados condutas imorais inofensivas (*harmless wrongdoing*). Na categoria de “males” que o moralismo jurídico evita se encontrariam coisas tais como as seguintes: violações de tabus, imoralidades em privado e sem dano de ninguém (frequentemente entendem-se como tais as relações extraconjugais, homossexuais ou a masturbação), práticas

²²⁵ RAMÓN DE PÁRAMO, Juan. El Moralismo Legal Contraataca. *DOXA* nº 15-16 (1994), p. 571.

²²⁶ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrong-Doing*. (The Moral Limits of the Criminal Law), New York: Ed. Oxford University Press, p. 3.

²²⁷ *Ibidem*, loc. cit.

pecaminosas (por exemplo: comer certo tipo de alimento, ou trabalhar aos sábados), a corrupção moral de outrem ou de si mesmo, maus pensamentos, ou pensamentos impuros. A diferença fundamental entre ambos princípios seria que, para o paternalista, trata-se de evitar que se afetem negativamente os interesses de uma pessoa (danos que não são graves), no entanto, para o moralista o ato deve ser evitado independentemente de afetar ou não os interesses de alguém.

Moralismo jurídico e perfeccionismo moral diferenciam-se na medida em que o primeiro busca evitar *prejuízos morais* que os indivíduos possam causar a si mesmos ou aos outros, ao passo que o segundo intervém na esfera individual, para impor *benefícios* físicos, psíquicos, econômicos, mas, sobretudo, *morais*, segundo uma determinada concepção de bem.

Como se pode perceber, na verdade um primeiro conceito de paternalismo jurídico, centrado na noção de dano físico e dano moral, emerge dos debates entre H.L.A. Hart e Patrick Devlin sobre as práticas homossexuais. Para proteger a moralidade dos indivíduos seria necessário um acordo social sobre a concepção de bem moral, de uma moralidade pública, de modo que, segundo Patrick Devlin, se a sociedade obriga a um homem atuar de acordo com uma determinada concepção de bem que considera válida, então a sociedade estaria sancionando uma lei moral.

Há uma confusão conceitual entre o paternalismo jurídico e o perfeccionismo moral nessa concepção expressa por Patrick Devlin, na medida em que o dano moral não é um dano no mesmo sentido de uma lesão física, daí porque o dano à moral não causa prejuízo ao interesse ou bem-estar de ninguém. Não seria, portanto, possível de ser enquadrado no princípio do dano, proposto por Stuart Mill. Ao contrário, corre-se o risco de causar um prejuízo à pessoa coacionada, que será impedida de buscar sua própria felicidade ou o controle de seu corpo. Por isso, Hart, refutando o perfeccionismo, revela os três princípios de seu pensamento que circunscrevem e determinam a coerção legal em favor de algumas intervenções paternalistas: a) o *compromisso democrático com o princípio da pluralidade*, b) *exigência de fundamentação crítica para o estabelecimento jurídico do ilícito*; e a c) *irrelevância legal dos comportamentos no âmbito da privacy*.²²⁸

2.1.3.2. Classificações do paternalismo jurídico

2.1.3.2.1. Paternalismo forte e fraco

²²⁸ HART, H.L.A. *Op. cit.*

No paternalismo fraco, os destinatários da intervenção são indivíduos ou grupos de pessoas cuja capacidade de decidir não é plena (fala-se em “incompetência básica”), tais como crianças, adolescentes e portadores de transtornos mentais severos. Em oposição, o paternalismo forte destina-se a indivíduos ou grupos que são considerados hábeis para tomar suas próprias decisões (adultos, capazes, etc.).²²⁹

2.1.3.2.2. Paternalismo duro e débil

No caso do paternalismo duro, os fins a que se destinam o ato paternalista não levam em conta as preferências individuais do sujeito cuja liberdade está sofrendo interferência. Isso quer dizer que um ato paternalista será realizado independentemente da vontade consciente do sujeito. O paternalismo débil atua quando há algum fator que interfere na possibilidade de o indivíduo alcançar os fins que estão de acordo com seu rol de preferências internas.²³⁰

O paternalismo duro, portanto, consideraria como justificativa o fato de que a incompetência é o estado regular da maior parte dos indivíduos, ao passo que o paternalismo débil considera que a incompetência é um estado excepcional para alguns indivíduos ou essencialmente transitório, tal como no caso da menoridade, dos estados de alienação transitórios ou de enfermidades mentais graves, capacidades em relação a certas tarefas.

O paternalismo brando (*soft paternalism*) caracteriza-se quando o Estado tem o direito de prevenir ou remediar a conduta danosa auto-referente para o bem da pessoa se e somente se essa conduta é: (i) não-voluntária, ou (ii) quando uma intervenção temporal é necessária para estabelecer se é voluntária ou não. O paternalismo duro (*hard paternalism*) promove a intervenção na autonomia de adultos capazes contra sua vontade para prevenção das conseqüências danosas que seus atos possam causar aos próprios indivíduos.

Dessa forma, o paternalismo forte considera justificado que o Estado assuma o papel de pai, tutelando seus cidadãos, enquanto o paternalismo débil só aceitaria justificações de ações concretas paternalistas voltadas a corrigir ou suprir uma incompetência temporária. Não é demais considerar o argumento da ladeira escorregadia (“*slippery slope*”), segundo o qual um governo que considera legítimo o paternalismo débil, se não houver muita vigilância e cuidado, pode deslizar para uma política geral de um paternalismo duro.

²²⁹ FEINBERG, Joel. Legal Paternalism. In: SARTORIUS, Rolf (ed). *Paternalism*. Op. cit., p. 17; DWORKIN, Gerald. Paternalism: some second thoughts. In: SARTORIUS, Rolf (ed). *Paternalism*. Op. cit, p. 107-108.

²³⁰ DWORKIN, Gerald. Paternalism. In: SARTORIUS, Rolf (ed). *Paternalism*. Op. cit, p. 30-31.

2.1.3.2.3. Paternalismo direto e indireto

Outra distinção concerne em identificar casos de paternalismo direto e de paternalismo indireto de acordo com o grupo a ser protegido por determinada medida paternalista.²³¹ No primeiro, o agente interfere na autonomia do mesmo indivíduo que pretende proteger ou beneficiar. É o caso da obrigatoriedade do uso de cintos de segurança: o não uso do cinto afeta tão-somente o próprio indivíduo. No caso do paternalismo indireto, há uma restrição da liberdade individual em favor de terceiros, tal como ocorre na restrição à propaganda e distribuição de cigarros (a liberdade de comércio dos produtores de cigarro é restringida pelo benefício dos consumidores). Aqui, vale lembrar, o paternalismo indireto não se confunde com o princípio do dano (*harm principle*), na medida em que, para o paternalismo jurídico, o consentimento do sujeito que sofrerá a intervenção pouco importa.

2.1.3.2.4. Paternalismo ativo e passivo

Para agir de maneira paternalista, o agente deve limitar algum aspecto da liberdade individual através da coação ou de meios mais brandos ou sutis. No primeiro caso, o paternalismo ativo ocorre através da exigência estatal de que o indivíduo pratique alguma *ação* (usar capacetes quando dirigir motocicletas), visando evitar que haja algum dano futuro a esse indivíduo ou grupo de indivíduos. Já na hipótese de paternalismo passivo, o que se requer é uma *omissão* do sujeito em relação a alguma conduta perigosa (ex. placa de aviso proibindo entrar no mar por causa da forte correnteza).²³² A doutrina costuma distinguir entre coação e restrição: a primeira está ligada ao paternalismo ativo e supõe que alguém está sendo forçado a praticar uma ação ou escolha individual que ele não gostaria de realizar se não estivesse sendo forçado a tal; ao passo que a segunda é uma prevenção contra algo que o indivíduo poderia consentir em não praticar se reunisse as informações necessárias e tivesse o discernimento para não cometer determinado ato.²³³

2.2. Ato, norma e justificação paternalistas

Um ato paternalista é “um ato realizado *com a intenção* de proteger o bem-estar, o

²³¹ KLEINIG, Op. cit, p. 11-14; FEINBERG, Joel. Harm to Self. Op. cit, p. 9.

²³² FEINBERG, Joel. Harm to Self. Op. cit., p. 8; KLEINIG, John. Op. cit, p. 6.

²³³ POPE, T. M. Counting the dragon's Teeth and claws: the definition of hard paternalism. Georgia State University Law Review, vol. 20, n° 659 (2004), p. 689.

bem, a felicidade, etc da pessoa coacionada”.²³⁴ A justificação pretendida ou alegada de uma norma ou ato paternalista é a exposição, a motivação, a fundamentação de sua verdadeira finalidade. Assim, a interferência paternalista pode ter por finalidade expressa ou implícita proteger ou beneficiar essa pessoa com base em interesses privados ou coletivos ou em direitos fundamentais. Além disso, ato paternalista e justificação paternalista não supõem uma relação necessária. É o caso dos ditadores paternalistas que perpetuaram atos como o genocídio, a exploração humana e o enriquecimento ilícito, justificando o governo pelo bem-estar, ou felicidade, dos oprimidos.

Atos paternalistas também não se confundem com normas paternalistas, em razão da forma de que se revestem. Os atos paternalistas podem ser praticados pelo Poder Público, mas são atos típicos de agentes da sociedade civil, com ou sem uso da coação, a exemplo de pôr flúor no reservatório de água, obrigar os filhos a se alimentarem saudavelmente, omitir informações médicas ao paciente sobre seu real estado de saúde (paternalismo médico), etc.

As normas paternalistas são medidas estatais que, por sua generalidade e imperatividade, impõem o seu cumprimento obrigatoriamente, independentemente do consentimento do destinatário, tais como lei federal que obriga o uso de capacete para motoqueiros,²³⁵ leis estaduais e municipais que proíbem o consumo de alimentos gordurosos em cantinas escolares,²³⁶ leis estaduais que fixam penalidades pelo descumprimento do uso de cinto de segurança²³⁷

²³⁴ ALEMANY, Macario. Op. cit, p. 158.

²³⁵ Não raro, o uso de capacete é disciplinado por leis estaduais ou municipais. Por exemplo, no Rio de Janeiro, há a Lei Municipal nº 2535/97, que dispõe sobre a obrigatoriedade do uso de capacetes de segurança nas vias públicas municipais, e a Lei Municipal nº 3.271/01, que determina a comprovação da aquisição de capacetes de segurança na comercialização de motocicletas, motonetas ou similares. O Supremo Tribunal, mais de uma vez, declarou a inconstitucionalidade formal norma estadual de teor semelhante (Decisão monocrática na ADI 3860/MT, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Julgamento: 29/04/2008; ADI 2.606/SC, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 7/2/2003).

²³⁶ No Rio de Janeiro, o Decreto Municipal nº 21.217/02, atualmente em vigor, proíbe a aquisição, confecção, distribuição e consumo de produtos, no âmbito das unidades escolares da rede municipal de ensino, de determinados produtos, como balas, doces a base de goma, gomas de mascar, pirulito, caramelos, pó para preparo de refresco, bebidas alcoólicas, alimentos ricos em colesterol, sódio e corantes artificiais. Da mesma forma, a Lei Estadual nº 4.508/05 proíbe a comercialização, aquisição, confecção e distribuição de produtos que colaborem para a obesidade infantil, em bares, cantinas e similares instalados em escolas públicas e privadas do estado do Rio de Janeiro.

²³⁷ O Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 215.325/RS, considerou inconstitucional a Lei Estadual nº 10.521/95, que determinava o uso obrigatório de cinto de segurança nas vias públicas do Estado do Rio Grande do Sul. O Plenário da Corte, anteriormente, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2101, havia declarado a inconstitucionalidade de Lei estadual que tornava obrigatória a notificação pessoal dos motoristas pela não-utilização de cinto de segurança, por cuidar ela de matéria específica de trânsito, competência exclusiva da União (art. 22, XI, da CF/88). Em sentido análogo, ver o julgamento da ADI-MC nº 874.

3. A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: PATERNALISMO E AUTONOMIA

3.1. Paternalismo constitucional e paternalismo institucional

"Alguns homens olham para as constituições com uma reverência santimonial e consideram-nas como a Arca da Aliança (ark of covenant), muito sagrada para ser tocada."

Thomas Jefferson. *Letter to Samuel Kercheval, 1818.*

O *paternalismo constitucional* e o *paternalismo institucional* são duas formas de justificação paternalista da ordem jurídica vigente, que se diferenciam conforme a fonte formal: a própria constituição, no primeiro caso, ou as leis e demais atos do Poder Público decorrente das práticas políticas, jurídicas e sociais, no segundo.

O *paternalismo constitucional*, o próprio nome já diz, está na origem de uma ordem jurídica, no exercício do poder constituinte originário. Nesse processo constituinte, assimilam-se, consciente ou inconscientemente, concepções morais ou filosóficas abrangentes decorrentes do moralismo jurídico. Nas constituições rígidas, que demandam critérios mais rigorosos de alteração do que uma simples lei ordinária, o paternalismo constitucional é mais difícil de ser alterado, seja por costume, seja por alteração normativa.

O *paternalismo institucional* decorre da interpretação e da aplicação dos atos ou das normas paternalistas a partir das práticas sociais (ex. paternalismo médico), políticas (populismo) ou jurídicas (leis, atos e decisões paternalistas). Esses atos ou normas não necessariamente decorrem diretamente de normas paternalistas instituídas pela Constituição. Entretanto, indiretamente, recorre-se a princípios e regras constitucionais para justificar tais medidas, pois, com o extenso catálogo de direitos fundamentais, há sempre uma norma jurídica constitucional consagrando valores, na qual a fundamentação paternalista possa se apoiar.

Exemplo disso é a imposição de toque de recolher noturno às crianças e adolescentes por meio de uma portaria do Juizado de Infância e Juventude de certo município, sob justificativa de que é preciso "proteger os jovens do tráfico, da prostituição e da marginalidade."²³⁸ Vale lembrar, quanto a esse exemplo, que a medida se mostra ilegal e pouco eficaz. É ineficaz na medida em que restringe a circulação dos menores de 18 anos pelas ruas da cidade apenas durante a noite, mas não proíbe que crianças e adolescentes,

²³⁸ O GLOBO. Toque de recolher reduz incidência de menores envolvidos em crimes no interior de SP. 23/05/09. Notícia disponível em: <http://oglobo.globo.com/cidades/mat/2009/05/23/toque-de-recolher-reduz-incidencia-de-menores-envolvidos-em-crimes-no-interior-de-sp-756003961.asp>. Acesso em 07/06/09.

durante o dia, sejam obrigadas ao trabalho infantil ou à exploração sexual, ou que usem drogas ou pratiquem atos infracionais. É ilegal porque as restrições de direitos fundamentais demandam reserva de lei formal; além de desconsiderar o "melhor interesse das crianças" (Princípio 2º da Declaração dos Direitos das Crianças, ONU, 1959) e contrariar o direito dos jovens de participar da vida da cidade e o seu direito constitucional de ir e vir, que lhes são assegurados como sujeitos de direito. Medidas como essa são cogitadas pela Constituição Federal de 1988 apenas para o estado de sítio (art. 139, I e IV, CRFB/88), jamais em situações de normalidade.²³⁹

A diferença fundamental entre esses dois tipos de paternalismo é a de que a controlabilidade das justificativas ou a possibilidade de alteração, revogação ou extinção dos atos e normas paternalistas institucionais é mais fácil nas hipóteses de paternalismo institucional do que ocorre no caso do paternalismo constitucional, pois nessa cabe, em princípio, ao Constituinte (derivado) esse difícil papel. Não obstante, em ambos os casos, o Judiciário pode conhecer e anular os atos ou normas que violem a autonomia individual.

3.2. Uma leitura moral da Constituição Brasileira de 1988

3.2.1. A integridade no Direito Constitucional

Buscar, dentre os múltiplos sentidos da palavra "Direito", um conceito claro e satisfatório não é das tarefas mais fáceis. O Direito seria a linguagem jurídica sistematizada, ordenada através de proposições jurídicas impositivas que comporiam um conjunto sistemático de regras de um ordenamento jurídico determinado. Mas isso é um conceito meramente formal, que não pouco ou nada diz sobre o conteúdo, a essência, ou a substância do Direito. Haveria, portanto, divergências empíricas e teóricas sobre as proposições jurídicas.

Quanto às divergências empíricas, as pessoas divergem sobre o significado das palavras ou sobre quaisquer outras questões de fato que corresponderiam à realidade dos fatos concretos e históricos envolvidos na controvérsia. Quanto às teóricas, referem-se às questões de moralidade política e fidelidade interligadas às questões de direito, em que as pessoas divergem sobre a validade ou invalidade de determinadas proposições jurídicas segundo

²³⁹ Em boa hora, o Conselho Nacional de Justiça suspendeu o toque de recolher em algumas cidades: <http://oglobo.globo.com/cidades/mat/2009/09/11/cnj-suspende-toque-de-recolher-em-patos-de-minas-767564637.asp>. Acesso em 10/11/2009. O inteiro teor da decisão do **Procedimento de Controle Administrativo nº 200910000023514** ainda não está disponível na página eletrônica www.cnj.jus.br.

determinadas teorias do direito. A superação do positivismo jurídico clássico²⁴⁰ surgiu da necessidade de levar em conta critérios que ambicionassem mais do que simplesmente resolver problemas linguísticos ou de hierarquia de normas: para se adequar a essa necessidade o conceito de Direito precisaria de uma definição que lhe conferisse mais substância. O jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin conseguiu, a partir das premissas do liberalismo político igualitário, articular uma das mais instigantes teses sobre a teoria dos direitos e sua interpretação e aplicação.²⁴¹

O raciocínio jurídico é inegavelmente um exercício de interpretação construtiva. Dentre um amplo espectro de teorias sobre o Direito, as interpretações dadas ao Direito são mutáveis e influenciadas pelas ideologias, crenças morais, opiniões e filosofias políticas abrangentes. Há, portanto, uma multiplicidade de teorias gerais do direito que pretendem interpretar o Direito de maneira a alcançar o equilíbrio entre a prática da atividade jurídica e sua justificação teórica. Porém, nem todas as teorias são capazes de fornecer resposta a problemas complexos de ordem moral, é preciso recorrer a uma teoria da argumentação jurídica que se encaixe “na melhor interpretação moral das práticas sociais existentes.”²⁴²

O Direito não se esgota num catálogo fixo de regras e princípios, nem numa lista de autoridades, num território, num poder ou num processo. De maneira ampla, o Direito é uma atitude ou instituição social que provê um sistema de argumentação prática para cidadãos e para os agentes públicos que os representam justificarem suas ações com base em regras ou princípios extraídos das decisões políticas de uma determinada comunidade.²⁴³ O Império do Direito é uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, contestadora, construtiva e fraterna. É interpretação auto-reflexiva, porque o Direito se constitui na melhor justificativa do conjunto das práticas jurídicas de determinada comunidade. É uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios. É atitude construtiva cuja finalidade é dar primazia aos princípios em relação à construção do futuro e a interpretação do passado. Por fim, é atitude fraterna, porque expressa

²⁴⁰ Apontar as inconsistências teóricas do positivismo jurídico e sugerir uma alternativa a ele tem sido o esforço de Ronald Dworkin desde seu primeiro artigo de destaque: DWORKIN, Ronald. Judicial discretion. *The Journal of Philosophy*, Vol. 60, nº. 21, (Oct. 10, 1963), pp. 624-638.

²⁴¹ DWORKIN, Ronald. "Foundations of Liberal Equality" In: DARWALL, S. (Ed.). *Equal Freedom*. Selected Tanner Lectures on Human Values. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1995.

²⁴² GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin: Jurist- Profiles in Legal Theory*. Stanford: Stanford University Press, 1991, p. 1.

²⁴³ POSTEMA, Gerald J. Integrity: Justice in Workclothes. In: BURLEY, Justine (ed). *Dworkin and his Critics: with replies by Dworkin*. Oxford: Blackwell Publishing, 2004, pp. 293s.

o vínculo pelo qual unem-se, numa mesma comunidade de princípios, indivíduos com diferentes projetos, interesses e convicções.²⁴⁴

Esse conceito de Direito é melhor preenchido pela noção dworkiana de Direito como integridade. Nessa visão, as afirmações jurídicas são diretrizes interpretativas abstratas, que tanto se voltam para o passado quanto para o futuro, e estão em processo ininterrupto de desenvolvimento. Essa exigência é necessária uma vez que as proposições jurídicas são válidas quando derivam dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal, oferecendo a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.²⁴⁵

A integridade da concepção de equidade de uma comunidade exige que os princípios políticos necessários para justificar a suposta autoridade legislativa estejam sendo plenamente aplicados ao se decidir o que significa uma lei sancionada. A integridade da concepção de justiça de uma comunidade exige que os princípios morais necessários para justificar a substância das decisões legislativas sejam reconhecidos pelo resto do direito. A integridade da concepção de devido processo legal insiste que os procedimentos previstos nos julgamentos sejam totalmente obedecidos e que se consideram alcançar o correto equilíbrio entre exatidão e eficiência na aplicação de algum aspecto do direito²⁴⁶.

Integridade é mais do que simples coerência, integridade é o estabelecimento de direitos e deveres criados por uma comunidade política no momento da sua organização. O ponto central da integridade é o princípio, não a uniformidade: essa comunidade é governada não por uma lista *ad hoc* de regras detalhas, mas sim por um ideal político segundo o qual o Estado deve agir segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata de princípios de justiça e equidade corretos.²⁴⁷

A integridade, portanto, não é atemporal, ao contrário, ela é essencialmente *histórica*, na medida em que estabelece um elo entre o passado e o futuro. A integridade também desempenha o papel de *norma de unificação* ao promover a união da vida moral e política dos cidadãos, funciona como *justificação interna*, pois as obrigações, responsabilidades e direitos dos cidadãos vão além das regras estabelecidas pela sociedade, alcançando um *conjunto coerente de princípios*; princípios como os *princípios de justiça* que Dworkin chama de

²⁴⁴ Ibidem, p. 492.

²⁴⁵ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jafferson Luiz Camargo. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1999, p. 272.

²⁴⁶ Ibidem, p. 203.

²⁴⁷ Ibidem, p. 202

equidade, justiça e devido processo legal.²⁴⁸ A sociedade política que aceita a integridade como virtude política se transforma, segundo Dworkin, numa forma especial de comunidade: a comunidade de princípios.

Há três modelos de associação política possíveis. A associação de fato é o tipo de comunidade que nada tem de verdadeiro, pois seus membros tratam sua associação apenas como um acidente de fato da história ou da geografia. No primeiro modelo, as pessoas só se interessam umas pelas outras para atingir seus objetivos egoístas. A comunidade de regras pressupõe que os membros da comunidade política aceitam o compromisso geral de obedecer a regras específicas dessa comunidade, como num contrato. Nele, cada indivíduo pode se valer do aparato estatal para promover seus próprios interesses. Na comunidade de princípios, as pessoas aceitam que são governadas por princípios comuns e não apenas por regras criadas num acordo político. Essa comunidade se assemelha a uma arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema, que concepção deve ter de justiça, equidade e justo processo legal. Somente este modelo de princípios preenche condições para que exista uma sociedade pluralista, em que cada cidadão respeita os princípios de equidade e justiça e pressupõe que haja igualdade, pois cada pessoa é tão digna quanto qualquer outra. No entanto, uma associação de princípio será injusta se sua concepção de interesse equitativo violar direitos de seus cidadãos ou de cidadãos de outras nações.²⁴⁹

O ideal de integridade refere-se ao modo como uma comunidade política lida com direitos individuais e os argumentos principiológicos que os representam na legislação e na jurisprudência. Assim, uma comunidade estruturada pelo respeito mútuo não permite outras decisões acerca do que deva ser considerado correto e justo, senão aquelas que possam ser justificadas por princípios aceitos por todos.

A integridade tem por função: (i) concretizar a noção abstrata de que os cidadãos e os agentes são garantidos pelos princípios retirados das decisões passadas; e (ii) explicar como as decisões políticas do passado sustentam as diretrizes do presente.²⁵⁰ Dworkin divide o processo de interpretação construtiva em três partes: (i) uma pré-interpretativa, em que são identificados regras e padrões que guardam correlação com o texto jurídico; (ii) uma etapa interpretativa, em que se busca uma justificação geral para as regras e padrões identificados

²⁴⁸ POSTEMA, Gerald J. Op. cit, pp. 294s.

²⁴⁹ DWORKIN, *Império do Direito*, op. cit, p. 252.

²⁵⁰ POSTEMA, Gerald J. op. cit, p. 294.

na etapa pré-interpretativa; e (iii) uma etapa pós-interpretativa, na qual se ajusta a prática identificada na etapa pré-interpretativa com a justificação da etapa interpretativa.²⁵¹

As exigências de integridade se dividem em dois princípios práticos: (1) a integridade da legislação, que restringe aquilo que os legisladores podem expandir ou alterar as normas públicas, obrigando a mantê-las moralmente coerentes quanto aos princípios; e (2) a integridade no julgamento, em que os juízes devem, tanto quanto possível, interpretar e aplicar a lei de maneira coerente aos princípios. Para que seja válido o esforço de interpretar o direito como integridade, os juízes devem, nos limites do possível, identificar os direitos e deveres como se tivessem sido criados por um único autor: a comunidade personificada.²⁵² Ao contrário do que defendem as teorias realistas,²⁵³ os juízes devem impor apenas as convicções políticas que acreditam, de boa-fé, poder figurar numa interpretação geral da cultura jurídica e política da comunidade. Naturalmente os juízes podem, razoavelmente, discordar sobre quando essa condição é satisfeita. Algumas convicções muito diferentes, até mesmo contraditórias, podem passar pelo teste. Mas outras não. Se por um lado, admite-se que convicções marxistas ou anarquistas, ou tiradas de alguma concepção religiosa excêntrica, possam influenciar no processo decisório²⁵⁴, por outro lado, não se pode impor essas convicções à comunidade com o título de “Direito”, por mais nobres ou iluminadas que pareçam ser, pois elas não podem prestar à interpretação geral a visão coerente de que ela necessita.²⁵⁵

O direito como integridade propõe dois testes para a interpretação constitucional: Primeiro, o **teste de adequação ou do ajuste**, no qual o juiz deve encontrar a solução compatível com a experiência constitucional, com a história e os precedentes. Dworkin ilustra essa idéia com a metáfora do romance em cadeia, em que associa literatura e direito. O que se propõe é que o Direito seja visto como um romance em cadeia, no qual cada voto de qualquer juiz, na linha dos precedentes, é um capítulo deste romance: “em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos

²⁵¹ Ibidem, pp. 81-82.

²⁵² Ibidem, pp. 203 e 261.

²⁵³ Sobre o realismo jurídico, ver BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1999, p. 142-144: “[para o realismo jurídico] é direito verdadeiro somente aquele que é aplicado pelos juízes; as normas que procedem do legislador, mas que não chegam ao juiz, não são direito, mas mero *flatus vocis*”.

²⁵⁴ Segundo Dworkin, a influência das ideologias, até certa medida, pode ser benéfica, pois: “o direito ganha em poder quando se mostra sensível às fricções e tensões de suas fontes intelectuais” DWORKIN, Ronald. *Império do Direito*. Op. cit. p. 111.

²⁵⁵ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. p. IX.

que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante.”²⁵⁶

Segundo, o **teste de justiça**: o juiz tem de optar por aquela interpretação que, superando o primeiro teste, corresponda aos direitos morais das pessoas e apresentará os fundamentos que permitem dizer que essa foi a melhor resposta possível. Dworkin insiste que, para levar a Constituição a sério, os juízes precisam se esforçar para elaborar, reinspecionar e revisar, ao longo das sucessivas gerações, a estrutura de liberdade e igual consideração que é exigida por suas grandes cláusulas. Deve-se, portanto, contra as teorias tradicionais de interpretação, “abandonar a busca inútil por restrições mecânicas ou semânticas e procurar restrições genuínas no único lugar onde podem ser encontradas: na argumentação.”²⁵⁷

Para elaborar uma interpretação coerente dessa rede complexa de princípios, Dworkin se vale de uma metáfora. O Juiz Hércules é um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, criterioso, metódico, impassível, que aceita e pratica o direito como integridade. Hércules não precisa se preocupar com a urgência do tempo e dos casos pendentes, e não tem dificuldade nenhuma de encontrar uma linguagem e uma argumentação ponderadas para fazer as ressalvas que julgar necessárias. Ele é livre para concentrar-se nas questões de princípio. E o seu dever primordial é encontrar a resposta certa para os casos difíceis (*hard cases*), uma resposta que resistiria a todo tipo de argumento. Em síntese, nas palavras de Dworkin, “ele deve construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas.”²⁵⁸

A integridade exige que ele elabore, para cada lei, alguma justificativa de ajuste a essa lei e que seja, se possível, coerente com a legislação em vigor.²⁵⁹ Além disso, do ponto de vista substantivo (teste de justiça), Hércules deve desenvolver seu conceito de princípios que fundamentam o direito costumeiro, atribuindo a cada um dos precedentes relevantes algum esquema de princípios que justifique a decisão contida nesse precedente.²⁶⁰ Assim, Hércules acredita que “a Constituição americana consiste na melhor interpretação possível da prática e

²⁵⁶ Idem. *Império do Direito*, p. 276 e *Uma Questão de Princípio*, p. 211.

²⁵⁷ Idem. *Domínio da vida*, pp. 202ss

²⁵⁸ Idem. *Levando os Direitos a Sério*. Op. cit., p. 182.

²⁵⁹ Idem. *Império do Direito*, p. 405.

²⁶⁰ Idem. *Levando os Direitos a sério*, op. cit, p. 181.

do texto constitucionais norte-americanos como um todo e seu julgamento sobre a melhor interpretação é sensível as complexidade das virtudes políticas subjacentes”.²⁶¹

É provável que uma decisão se oponha à moralidade popular. Hércules não aplica suas próprias convicções contra as da comunidade, ao contrário, ele identifica uma concepção particular de moralidade comunitária, que é a moralidade política que as leis e as instituições da comunidade pressupõem. Essa interpretação é a leitura moral da constituição.

3.2. O que é a leitura moral da constituição

A Constituição Brasileira de 1988, bem como a Constituição norte-americana, está vazada numa linguagem jurídica extremamente abstrata, que se vale de cláusulas abertas, conceitos jurídicos indeterminados e expressões vagas para aludir a princípios morais abstratos, que são usados como limites aos poderes do Estado.²⁶²

Interpretar é a tentativa de explicar, esclarecer e compreender o sentido de um texto que se torna problemático no caso concreto.²⁶³ O ponto de partida da interpretação de quaisquer leis ou atos do Poder Público deve ser as regras e princípios constitucionais²⁶⁴. A interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica²⁶⁵, compartilhando, portanto, de dificuldades e técnicas características da teoria geral de interpretação, mas também com especificidades próprias.²⁶⁶

²⁶¹ Idem. *O Império do Direito*. Op. cit., p. 475.

²⁶² DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade: a leitura moral da constituição*, Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 10.

²⁶³ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamago. Lisboa: Editora Calouste Gulbenkian, 1997, p. 439.

²⁶⁴ Sobre a superação entre a distinção de norma e princípio, ver Sobre a superação entre a distinção de norma e princípio, ver BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Ed. 7ª Coimbra: Ed. Almedina, 2008. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Op. cit. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2008. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003.

²⁶⁵ SANCHÍS, Luis Prieto. Notas sobre La Interpretacion Constitucional. In: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Nº 9 (Mayo-Agosto) 1991, p. 176. FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pp.182ss. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 273.

²⁶⁶ Conforme Luís Roberto Barroso, as peculiaridades da interpretação constitucional são: (a) quanto ao status jurídico, as normas constitucionais são hierarquicamente superiores em relação às demais normas do sistema jurídico; (b) quanto à natureza da linguagem, as normas constitucionais caracterizam-se pela textura aberta e vagueza dos princípios e conceitos jurídicos indeterminados; (c) quanto ao caráter político, a Constituição une o fato político da ordem instituidora (Poder Constituinte Originário) e fato jurídico da ordem instituída; (d) quanto ao objeto, as normas constitucionais destinam-se a organizar o poder político, a definir os direitos fundamentais e a indicar valores e fins públicos. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Op. Cit., pp. 271s.

No entanto, interpretar a constituição excede, na maior parte das vezes, a simples aplicação dos métodos clássicos da hermenêutica, ela é, na verdade, uma tentativa de encontrar uma justificação moral para a constitucionalização de um texto particular, num tempo particular.

Examinar de perto os problemas filosóficos que os novos tempos impõem demonstra que nem sempre os padrões de conduta estabelecidos pelos legisladores funcionam sempre. Por mais iluminados que possam ser os legisladores de uma Constituição e das leis, é impossível prever a mudança da sociedade e do seu comportamento. Na verdade, se houvesse tal antevisão, não seriam necessárias novas leis, e, conseqüentemente, nem mesmo a permanência de um Parlamento: todas as possibilidades, absolutamente tudo estaria positivado e configurado para as próximas gerações. O corpo da legislação seria infinito como a Biblioteca de Babel, do conto de Borges.²⁶⁷

A justificação do ato político deve ser encontrada na moralidade política, mas há uma limitação imposta pelo próprio texto (semântica), pelo contexto e pela história de determinada comunidade.

O intérprete, quando está diante de um caso concreto que envolve temas de moralidade política, deve buscar fundamentar sua argumentação jurídica não em padrões legais previamente estabelecidos em normas do ordenamento jurídico, mas em valores substantivos (pautas morais).

A leitura moral propõe que todos, inclusive juristas, cidadãos, legisladores e juízes, interpretem e apliquem os dispositivos abstratos da constituição que expõem os direitos considerando que eles fazem referência a princípios morais de decência e justiça²⁶⁸. Este é o método interpretativo que traz a moralidade política para o centro do direito constitucional. As disposições da Constituição, por serem abstratas, devem ser interpretadas invocando-se princípios morais, já que essa linguagem não pode ser traduzida por meio de fórmulas mecânicas de interpretação. Daí porque qualquer tentativa de escapar da substância e alcançar uma decisão totalmente neutra está fadada ao fracasso.

²⁶⁷ BORGES, Jorge Luís. “A Biblioteca de Babel” In: _____. *Ficções*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2007, p. 75: “a Biblioteca é total e suas prateleiras registram todas as possíveis combinações dos vinte e tantos símbolos ortográficos (número, ainda que vastíssimo, não infinito), ou seja, tudo o que é dado expressar: em todos os idiomas. Tudo: a história minuciosa do futuro, as autobiografias dos arcanjos, o catálogo fiel da Biblioteca, milhares e milhares de catálogos falsos, a demonstração da falácia desses catálogos, a demonstração da falácia do catálogo verdadeiro, o evangelho gnóstico de Basilides, o comentário desse evangelho, o comentário do comentário desse evangelho, o relato verídico da tua morte, a versão de cada livro em todas as línguas, as interpolações de cada livro em todos os livros, o tratado que Beda pôde escrever (e não escreveu) sobre mitologia dos saxões, os livros perdidos de Tácito.”

²⁶⁸ DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. Op. cit., p. 2.

A leitura moral da constituição leva em conta o princípio do individualismo ético, segundo o qual se deve tratar todos os cidadãos com igual respeito e consideração. Tratar **com consideração** significa tratá-los como seres humanos capazes de sofrimento e frustração e tratar **com respeito** é enxergá-los como seres humanos capazes de deliberar e fazer escolhas inteligentes sobre o modo como suas vidas devem ser vividas, e de agir em conformidade com elas.²⁶⁹ Dessa forma, todo cidadão governado pela concepção liberal de igualdade tem o direito de igual consideração e igual respeito, o que engloba dois direitos: (1) o direito a igual tratamento prevê que haja uma mesma distribuição de bens e oportunidades entre as pessoas; (2) o direito a ser tratado como igual implica o direito a igual consideração e respeito na decisão política sobre como tais bens e oportunidades serão distribuídos. Este último é um direito fundamental na concepção liberal de igualdade. Portanto, os direitos individuais a diferentes liberdades devem ser reconhecidos somente quando se puder demonstrar que o direito fundamental a ser tratado como igual exige tais direitos.

Há, segundo Ronald Dworkin, duas maneiras principais de se interpretar o rol de direitos fundamentais, segundo dois tipos de leitura da Constituição. (i) Na primeira leitura, a Constituição é vista como sendo eminentemente de princípios morais abstratos. A **Constituição de princípios** “estipula critérios morais, de alcance geral, que o governo deve respeitar, mas que delega aos estadistas e juízes o poder de decidir o que esses critérios significam em circunstâncias concretas.”²⁷⁰ O governo deve respeitar os princípios mais fundamentais de liberdade e decência política e tratar todos os cidadãos com igual respeito e consideração. (ii) Pela segunda leitura, a **Constituição de detalhes** abrange “um conjunto de pontos de vista históricos independentes que provavelmente não terão grande unidade, ou mesmo total coerência.”²⁷¹ Essa corresponde às concepções mais restritivas de interpretação que enxergam na Constituição o que o conjunto dos seus redatores pensaram que as disposições abstratas deveriam significar na prática.²⁷² A leitura moral da Constituição corrobora o critério da Constituição de princípios mais do que o da Constituição de detalhes.

Sob essa perspectiva, Dworkin sustenta que a decisão judicial sobre os direitos se baseia apenas em princípios e não em políticas²⁷³, de modo que a argumentação jurídica levada a cabo depende do modo como cada juiz compreende o Direito (integridade de

²⁶⁹ Idem. Levando os direitos a sério, p. 419.

²⁷⁰ Idem. O drama constitucional In: DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e direitos individuais*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 166.

²⁷¹ Ibidem, p. 167.

²⁷² Há diversas nomenclaturas e críticas a essas teorias tradicionais, como “historicismo”, “originalismo”, “tradicionalismo”, “interpretativismo”, ver DWORKIN, Ronald. *Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe and Nerve*. *Fordham Law Review*. Nº 65, nº 4 (1997), pp. 1252-1262.

²⁷³ Ibidem, p. 115.

juízo). Além disso, os juízes, em cada controvérsia que lhes é submetida, devem sempre dar prevalência aos direitos e obrigações consagrados em princípios morais explícitos ou implícitos. Como consequência, os juízes não estão autorizados a criar novas normas, mas a descobrir os direitos morais das partes interessadas.²⁷⁴ Sendo de natureza eminentemente moral, esses direitos permanecem protegidos de qualquer restrição ou modificação legislativa: é dizer, pouco importa se os direitos morais não estão positivados ou se forem suprimidos, eles continuam válidos e latentes, porque não derivam de nenhum ato legislativo ou judiciário, mas do direito ao igual respeito e consideração que se encontra enraizado nos princípios fundamentais de uma comunidade de princípio.²⁷⁵

3.2.3. Uma constituição; qual filosofia?

A Constituição Brasileira de 1988, pelo seu teor compromissório e intervencionista, positivou valores resultantes da confluência (às vezes antitética) entre poderosas forças políticas e distintas intenções²⁷⁶ e regulou, através de poderes e ações do Estado (art. 174 CF/88), mecanismos econômicos ou sociais de intervenção que determinam o regime jurídico de uma atividade econômica, atingindo tanto os agentes atuantes em determinados setores privados quanto os agentes públicos.²⁷⁷

Parte da doutrina afirma que a Constituição Federal de 1988 adotou, em alguma medida, uma visão comunitarista de instituir uma sociedade “fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”, uma estrutura normativa que envolve um conjunto de valores supostamente compartilhados por uma determinada comunidade política e a ordenação jurídica fundamental e suprema representada pela constituição, cujo sentido jurídico só poderia ser apreciado em relação à totalidade da vida coletiva.²⁷⁸ Isso, entretanto,

²⁷⁴ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Op.cit., p. 430; GUASTINI, Riccardo. Théorie et ontologie du droit chez Dworkin. Droit et Société, n° 2 (1986), p. 20.

²⁷⁵ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral*: Justificação e aplicação. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 410.

²⁷⁶ Dentre essas forças antitéticas, destacam-se: propriedade privada, de um lado, e sua função sócio-ambiental, de outro (art. 170, II e III c/c VI da CF/88); livre iniciativa e valores sociais do trabalho (art. 1º, IV CF/88); livre concorrência, numa ponta, e, em outra, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido às empresas de pequeno porte (art. 170, IV, V, VI, VII, CF/88).

²⁷⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 37: “a regulação estatal da economia 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.”

²⁷⁸ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva – Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p.16.

não impede uma leitura a partir das premissas liberais, adequando as premissas teóricas de Dworkin ao pensamento jurídico brasileiro e internacional.²⁷⁹

Respalhada pela sua força normativa, a Carta determina, em alguns de seus artigos, tanto os planos de vida que são considerados melhores para beneficiar seus cidadãos quanto, em outros, os protege contra eventuais danos que possam ser causados a eles mesmos. Algumas perplexidades ilustram a tese: (i) Quais os limites do Estado na proteção da família, a partir da leitura do art. 226, *caput*, c/c art. 227, *caput*, da atual Constituição Federal? (ii) Os prazos constitucionais para se obter o divórcio do art. 226, §6º da Carta Política são razoáveis? Cada uma dessas indagações será examinada em tópico específico deste estudo, sob a ótica da autonomia individual como valor precípua da Constituição Federal.

Se uma constituição real não atende aos ditames impostos pelos novos tempos, qualquer cidadão, em vez de contentar-se com a Constituição que *temos*, há de se perguntar se é esta a Constituição que *queremos*. E isso, nem sempre, implica ruptura com a ordem constitucional. A esse respeito, Jean-Jacques Rousseau indaga que concretizar uma constituição ideal impõe “encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado com toda a força comum, e pela qual cada um, unindo-se a todos só obedece, contudo, a si mesmo, permanecendo assim tão livre quanto antes.”²⁸⁰

Portanto, a partir das premissas do liberalismo político e da democracia constitucional²⁸¹, a constituição ideal deve garantir que, nos órgãos e instituições democráticos, o acesso ao debate público, aberto e irrestrito deve ser realizado de modo a possibilitar a participação de todos os cidadãos na tomada de decisões (é a chamada autonomia pública), além disso, a constituição que se pretende democrática consagra e entrincheira alguns bens e valores substantivos, protegendo os indivíduos contra as ingerências do Estado (eficácia vertical dos direitos fundamentais) ou dos particulares (eficácia horizontal) e atribui ao Judiciário a função de equilibrar a tensão entre o elemento democrático e o elemento moral substantivo, permitindo que ele intervenha na interpretação e

²⁷⁹ Sobre a compatibilidade do pensamento do jusfilósofo americano com o sistema jurídico continental, ver. HALL, Jeffrey B. Ronald Dworkin and the Federal Constitutional Court of Germany. *German Law Journal*. Nº 09, Vol. 6. (2008), pp. 771-798.

²⁸⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999, (Coleção Os Pensadores), pp. 69s.

²⁸¹ Por todos, MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 173; NETO, Cláudio de Souza Pereira. Teoria da Constituição, democracia e igualdade. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. *Teoria da constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

aplicação das normas constitucionais sempre que esses bens e valores ligados à dignidade da pessoa humana e à justiça da comunidade forem violados.

3.3. A Autonomia Individual

3.3.1. Distinções terminológicas.

Autonomia (αυτονομία), formada pelos termos gregos *autos* (por si só) e *nomos* (lei, costume ou convenção), é (1) a faculdade de se autogovernar; (2) o direito ou faculdade de se reger (uma nação ou instituição) por leis próprias; (3) liberdade ou independência moral ou intelectual; (5) propriedade pela qual o homem pretende poder escolher as leis que regem sua conduta [antônimo de heteronomia].²⁸²

Autonomia é um conceito, ao mesmo tempo, *descritivo* e *prescritivo*. É *descritivo* porque se refere à condição real das pessoas, e significa o relativo grau de autogoverno num universo orquestrado por diversas influências cujas causas são inúmeras e desconhecidas.²⁸³ É *prescritivo*, porque representa o fundamento individual da capacidade das pessoas e também seus direitos de agir e tomar suas próprias escolhas, mesmo se essas decisões são consideradas equivocadas ou pouco sábias pelos demais.

Os seres humanos são agentes dotados de um valor intrínseco, e não objetos passíveis de serem precificados, e, por isso, uma intuição moral sobre a dignidade e os direitos que possuem está relacionada ao senso individual sobre o processo de subjetivação (“agency”).²⁸⁴ É por isso que ela possui um valor intrínseco, independentemente de o indivíduo estar livre ou não de empecilhos. Assim, um indivíduo pode não estar sujeito a constrangimentos externos (goza, portanto, de plena *liberdade de*), sem, no entanto, ser capaz de estabelecer suas prioridades pessoais porque lhe falta vontade ou competência para tanto (não desfruta da *liberdade para*) e vice-versa.²⁸⁵ Um homem preso num buraco, refletindo sobre sua situação existencial, pode ser mais autônomo do que homem livre que, em decorrência de uma incapacidade, não seja capaz de escolher corretamente o melhor caminho a seguir.

Em diversas línguas, distinguem-se os termos “autonomia política” de “autonomia individual”. No primeiro sentido, denota-se a qualidade de um indivíduo, território ou

²⁸² NOVO DICIONÁRIO AURÉLIO DA LÍNGUA PORTUGUESA. Op. cit, p. 203. DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 225.

²⁸³ FALLON Jr., Richard. Two Senses of Autonomy. In: *Stanford Law Review* n° 875, vol. 46 (1994), p. 877.

²⁸⁴ Ibidem, p. 878.

²⁸⁵ Os conceitos de *liberdade de* como ausência de interferência externa e *liberdade para* como o desejo de ser governado por si mesmo. BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: Idem. *Quatro Ensaios sobre a Liberdade*. Brasília: Universidade de Brasília, 1997 p. 14.

organização que goza de liberdade para estabelecer suas próprias leis ou normas. Fala-se em soberania política: quando uma nação é colônia de outra, não se a considera autônoma até que conquiste sua independência.²⁸⁶ Analogamente, uma pessoa que desfruta de autonomia política é capaz de escolher seus próprios representantes e de engajar-se nos projetos políticos comuns da sociedade política em que está inserida. No segundo sentido, um indivíduo é realmente autônomo quando, por sua própria capacidade intelectual (*ego* ou *self*), for capaz de estabelecer suas próprias diretrizes e escolher o plano de vida que decidirá seguir, não estando sujeito a nenhum poder ou autoridade estranhos que subordine sua vontade. Autonomia, nesse sentido, pode ser vista como soberania individual²⁸⁷ e, nesse sentido, é o direito moral ou jurídico de um indivíduo ou um grupo de pessoas de autogovernar-se ou de auto-organizar-se.

O conceito de autonomia é central na História da Filosofia.²⁸⁸ Immanuel Kant define a liberdade como um postulado da razão pura em geral que decorre da “independência do mundo sensorial e da faculdade de determinação de sua vontade segundo a lei de um mundo inteligível.”²⁸⁹ Daí a fórmula kantiana da liberdade: “ninguém me pode constranger a ser feliz à sua maneira, mas a cada um é permitido buscar a sua felicidade pela via que lhe parecer boa, contanto que não cause dano à liberdade dos outros.”²⁹⁰

No artigo *Resposta à pergunta: o que é o Iluminismo?*, Kant correlacionou autonomia individual com o movimento intelectual do Iluminismo, expresso pelo lema de Horácio “sapere aude” (Ouse pensar!)²⁹¹:

O Iluminismo [*Aufklärung*] é a saída do homem de sua menoridade de que ele próprio é culpado. A menoridade é a incapacidade de fazer uso de seu entendimento sem a direção de outrem. Tal menoridade é por culpa própria se a causa dela não se encontra na falta de entendimento, mas na falta de decisão e coragem de *servir-se de si mesmo* sem a direção de outrem.²⁹²

Kant designa a autonomia como a capacidade apresentada pela vontade humana de se autodeterminar segundo uma legislação moral por ela mesma estabelecida, livre de qualquer

²⁸⁶ FEINBERG, Joel. *Filosofia Social*, Op. cit, p. 32.

²⁸⁷ DWORKIN, Gerald. *The Theory and Practice of Autonomy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 4.

²⁸⁸ Sobre o tema, confira-se SCHNEEWIND, Jerome B. *The Invention of Autonomy: a History of Modern Moral Philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

²⁸⁹ Kant, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Op. Cit., p. 213.

²⁹⁰ Idem. Sobre a expressão corrente: isto pode ser correcto na teoria, mas nada vale na prática. In: Idem. *A Paz Perpétua e Outros Opúsculos*. Op. Cit., p. 79

²⁹¹ HORÁCIO. *Epistulae*. Livro I, Carta II, verso 40: “*Dimidium facti, qui coepit, habet; sapere aude, incipe.*” (“Aquele que começou está na metade da obra: ouse saber!”). Disponível em <http://www.thelatinlibrary.com/horace/epist1.shtml> Acesso em 4/05/09.

²⁹² KANT, Immanuel. *Resposta à pergunta: O que é o Iluminismo?* Trad. Artur Morão. In: KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua e Outros Opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 2008, p. 09.

fator estranho ou exógeno com uma influência subjugante, tal como uma paixão ou uma inclinação afetiva incoercível.

A fundamentação kantiana do Estado, abstrata e absoluta, está baseada na ideia de autonomia do homem,²⁹³ do indivíduo ético e racional capaz de autolegislação (ser capaz de tornar uma regra moral uma máxima universal, aplicável a todos os outros seres humanos²⁹⁴), o que limitaria reciprocamente a liberdade dos demais. Autonomia compreende dois componentes: (i) nenhuma autoridade externa ao indivíduo é necessária para constituí-lo ou informá-lo acerca da moralidade; e (ii) os indivíduos, em razão do autogoverno, podem efetivamente controlar a si mesmos.²⁹⁵

3.3.2. Conteúdo moral da autonomia individual

A autonomia individual é um direito subjetivo em sua dupla dimensão moral e jurídica: é a reivindicação ética e política de que os indivíduos sejam tratados como dignos de igual respeito e consideração tanto pelo Poder Público quanto pelos demais indivíduos.

A Constituição de 1988 é um marco importante no processo de reestruturação da democracia, dos direitos fundamentais e do Estado. “Direitos humanos”, “direitos fundamentais”, “direitos do homem”, “direitos do cidadão”, direitos “naturais”, “positivos” ou “morais” são nomenclaturas usuais na prática e na teoria jurídicas, mas a aceção desses termos depende, muitas vezes, da preferência terminológica de um autor ou de outro; ou variam também nas diferentes declarações nacionais ou internacionais que os consagram.

Geralmente, fala-se na diferença entre direitos fundamentais e direitos humanos segundo a perspectiva adotada: os primeiros estão positivados no ordenamento jurídico interno, e os segundos, no internacional.²⁹⁶ Verdade é que os direitos fundamentais são os direitos humanos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado. Na ordem internacional, os direitos humanos referem-se a determinadas

²⁹³ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. In: Idem. *Crítica da Razão Pura e outros textos*. Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1974 (Coleção Os Pensadores), p. 235: “a autonomia é o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda natureza racional.”

²⁹⁴ Essa é a simplificação da Lei Fundamental da Razão Prática Pura: “Age de tal modo que a máxima de tua vontade possa sempre valer ao mesmo tempo como princípio de uma legislação universal”. KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. 2ª Ed. Trad. Valério Rohden. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2008, p. 51.

²⁹⁵ SCHNEEWIND, J. B. *Autonomy, Obligation, and Virtue: An overview of Kant’s moral philosophy*. In: GUYER, Paul. *The Cambridge Companion to Kant*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992, p. 309.

²⁹⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006, pp. 75s. SARLET, Ingo W. Op. cit., pp. 35ss. Mas há quem não faça distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais: TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, vol. III. Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005, p. 9.

posições jurídicas devidas ao ser humano enquanto tal, independentemente do pertencimento a algum ordenamento jurídico ou mesmo do reconhecimento desse direito humano por tal ordenamento. Por vezes, eles aparecem como “direitos do homem e do cidadão”, porém “direitos do homem” carrega forte matiz jusnaturalista e a distinção com relação aos do “cidadão” está impregnado de ideologia, como criticou Marx.²⁹⁷

No plano interno, dependendo dos múltiplos matizes jusfilosóficos, cada um atribui uma denominação distinta: “direitos naturais” (pelos jusnaturalistas), “direitos positivos” (pelos os positivistas jurídicos), e, mais recentemente, “direitos morais” (por alguns autores ditos pós-positivistas)²⁹⁸. Em todo caso, os direitos morais (nomenclatura adotada doravante), diferentemente dos direitos naturais, não são um *dado*, mas um *construído*: uma invenção humana ligada à organização da comunidade política, produto de uma racionalização que aponta a dignidade humana como fonte, em que estão sujeitos a um constante processo de construção e reconstrução.²⁹⁹

No Brasil, o estudo dos “direitos morais” ainda não teve a merecida reflexão e repercussão.³⁰⁰ Sua origem remonta à literatura jurídica anglo-saxã como tradução literal de *moral rights*. O aparecimento do termo coincide com um processo de crescente

²⁹⁷ MARX, Karl. *À propôs de la question juive*. Edition bilingue. Trad. Marianna Simon. Paris: Aubier, 1971, pp. 103 e 109 (tradução livre): “Os direitos do homem são distinguidos enquanto tais dos direitos do cidadão. Quem é este homem distinto do cidadão? (...) Antes de tudo, constataremos o fato de que os direitos ditos do homem, os direitos do homem, por oposição aos direitos do cidadão, não são outra coisa senão os direitos do membro da sociedade burguesa, quer dizer, do homem egoísta, do homem retraído em si mesmo, em seus interesses privados e no seu arbítrio particular e segregado da sociedade. (...) O único vínculo que os mantém unidos é a necessidade natural, a necessidade e o interesse privado, a conservação de sua propriedade e de sua pessoa egoísta.”

²⁹⁸ Não há consenso entre os autores do tema acerca do termo exato para designar os defensores do pensamento que é, ao mesmo tempo, não-positivista e não-jusnaturalista. Em todo caso, será esse o adotado neste trabalho.

²⁹⁹ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. Cia das Letras: São Paulo, 1988, p. 134. Embora a própria Hannah Arendt seja crítica com relação ao modelo tradicional de direitos humanos, de fato, ela acredita, numa visão comunitarista, que a igualdade seja uma construção humana, na comunidade. ARENDT, Hannah. *As Origens do Totalitarismo*. 3ª reimpressão. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Cia das Letras, 1998, p. 335: “A igualdade, em contraste com tudo o que se relaciona com a mera existência, não nos é dada, mas resulta da organização humana, porquanto é orientada pelo princípio da justiça. Não nascemos iguais; tornamo-nos iguais como membros de um grupo por força da nossa decisão de nos garantirmos direitos reciprocamente iguais. Nossa vida política baseia-se na suposição de que podemos produzir igualdade através da organização, porque o homem pode agir sobre o mundo comum e mudá-lo e construí-lo juntamente com os seus iguais, e somente com os seus iguais.”

³⁰⁰ Essa é a conclusão de um dos poucos trabalhos sobre o tema, que data de 1999, de SILVA, Fernanda Duarte Lopes da. Os Direitos Humanos como Direitos Morais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Petrópolis*, v. 1, 1999, pp. 43-45; MARTEL, Leticia de Campos Velho. São os direitos como trunfos disponíveis? Reflexões à luz da teoria dos direitos de Ronald Dworkin. *Revista de Direito do Estado*. Ano 3, nº 10 (2008), pp. 101-124; MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direitos Humanos e Conflitos Armados*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1992, p. 4: “podemos adotar como conceito de direitos humanos o de Louis Henkin: “direitos humanos constituem um termo de uso comum, mas não categoricamente definido. Esses direitos são concebidos de forma a incluir aquelas ‘reivindicações morais e políticas, que, no consenso contemporâneo, todo ser humano tem ou deve ter perante sua sociedade ou governo’, reivindicações estas reconhecidas como ‘de direito’ e não apenas por amor, graça ou caridade”.

universalização do pensamento teórico, em geral, e filosófico, em especial, num panorama em que não faz tanto sentido apelar para regionalismos intelectuais, mas em que se vive verdadeiro intercâmbio de idéias dentro do território discursivo comum.

Em alguns casos, a resistência em admitir *direitos morais* parece ser puramente lexicográfica, pelo simples fato de que em português, como em castelhano, em alemão, em italiano, em francês, ao contrário do inglês, utiliza-se a mesma palavra (*derecho*, *Recht*, *diritto*, *droit* e direito) tanto em referência à ordem jurídica e quanto às titularidades, faculdades e permissões dos indivíduos, de modo que “direitos”, assim no plural, está intimamente associado à expressão “direito” no sentido de um sistema de normas jurídicas positivadas. Daí porque, para esses críticos, a expressão “direitos morais” soaria contraditória, ou um tanto paradoxal.³⁰¹

Em primeiro lugar, as variações léxicas não possuem conseqüências tão profundas e radicais como se sugere: se os anglófonos possuem uma determinada categoria que é corrente no discurso prático, isso não impede que se reconheça que a palavra “direitos”, mesmo que tenha significados distintos, possa ser utilizada para designar uma relação especial. Em segundo lugar, o sentido de direito subjetivo e objetivo como institutos distintos é claramente traçado pelos textos de Introdução ao Direito³⁰² e assim utilizados largamente, sem confusão, na prática jurídica. Em terceiro, é comum o uso de “direitos” em contextos não-jurídicos (como, por exemplo, “tenho direito de ser feliz”³⁰³) ou, até mesmo, para criticar a ordem jurídica porque não reconhece o direito em questão. Por fim, ainda que nenhuma dessas razões seja suficiente, se a categoria conceitual dos *moral rights* não é adequada, dada sua importância, deveria, então, ser convencionada uma nova expressão. Assim, não há por que transformar uma questão verbal num problema filosófico.³⁰⁴

Sobre essa questão lingüística, Eusebio Fernández discorre que o termo “direitos morais” reporta-se à síntese entre direitos humanos entendidos como exigências éticas ou

³⁰¹ LUCAS, Javier de. Algunos equívocos sobre el concepto y fundamentación de los derechos humanos. In: BALLESTEROS, Jesús. (Ed.) *Derechos Humanos*. Madrid: Tecnos, 1992, p. 13-21. Para uma análise dessa crítica, v. NINO, Carlos Santiago. Sobre los Derechos Morales. DOXA. Nº 7 (1990), pp. 311s. Ver também PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos Fundamentales I*. Teoria Geral. Madrid: Universidad Carlos III, 1995; VERNENGO, Roberto J. Los Derechos Humanos como Razones Morales Justificadoras. DOXA 7 (1990), p. 276.

³⁰² Por todos, Cf. REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004, p. 188-189.

³⁰³ Um suposto “direito a ser feliz”, conforme famosa afirmação de Thomas Jefferson, fora proclamado na Declaração de Intependência dos Estados Unidos: “*We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty, and the pursuit of Happiness.*”

³⁰⁴ Esses são os quatro argumentos consistentes de Carlos Santiago Nino contra o problema terminológico dos direitos morais. NINO, Carlos Santiago. Op. cit. p. 312.

valores e os direitos humanos entendidos, paralelamente, como direitos subjetivos. Ao adjetivar “direitos” com a palavra “morais”, pretende-se representar tanto a ideia de fundamentação ética quanto uma limitação na quantidade e no conteúdo dos direitos compreendidos como direitos humanos fundamentais. Já o substantivo “direitos” expressa a ideia de que os direitos humanos morais estão a meio caminho entre as exigências éticas e os direitos positivos, bem como indica a necessidade e a pretensão de que, para serem realizados, os direitos humanos estejam incorporados ao ordenamento jurídico, ou seja, para cada direito humano como direito moral deve corresponder paralelamente um direito no sentido estritamente jurídico do termo.³⁰⁵

Portanto, não é impossível, mesmo numa ordem jurídica pródiga em direitos fundamentais como a brasileira, defender a existência de *direitos morais fundamentais*, ou seja, de títulos jurídicos que os indivíduos possuem e que podem ser reivindicados independentemente de sua positivação no ordenamento jurídico.

Há inegavelmente um conflito de direitos na sociedade liberal. Discute-se se devem prevalecer os direitos dos nacionais contra os direitos dos estrangeiros, os direitos de seitas religiosas contra direitos de outras seitas, os direitos de homens contra os direitos das mulheres, os direitos de minorias contra os direitos da maioria, os direitos de fumantes contra os de não-fumantes, e enfim, os direitos dos cidadãos contra o Estado.³⁰⁶ Essa “retórica dos direitos” (*rights talk*) é um inevitável resíduo dos debates políticos no espaço público.³⁰⁷ Quando direitos são empregados em ambos os lados de uma contenda, há o risco de não serem mais levados a sério como meio hábil de solucionar essas questões, de modo que a inflação dessa retórica ameaça erodir o poder argumentativo que os direitos representam no espaço público. A solução para o abuso da linguagem dos direitos é construir uma teoria adequada dos direitos morais (*moral rights*).

Os direitos atuam, portanto, como “armas potentes” (“*equally potent weapon on the other*”),³⁰⁸ ou como “armaduras” (“*armour*”),³⁰⁹ contra os demais membros da sociedade e

³⁰⁵ FERNÁNDEZ, Eusebio. *Teoría de la Justicia y derechos humanos*. Madrid: Editorial debate, 1991, pp. 108s.

³⁰⁶ VILLEY, Michel. *O direito e os direitos dos homens*. Trad. Maria Ermantina de A. P. Galvão. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2007, p. 7-8: “O ‘direito à vida’ não combina bem com o a liberdade do aborto; o direito ao casamento, com o direito ao divórcio. O direito da mulher a trabalhar -ou do pai- contrariará o direito da criança à educação. O ‘direito ao silêncio é dificilmente compatível ao direito de manifestar na rua, etc., e o ‘direito à intimidade’, ao nosso direito à informação generalizada...Cada um dos pretensos direitos humanos é a negação de outros direitos humanos, e praticado separadamente é gerador de *injustiças*.”

³⁰⁷ GLENDON, Mary Ann. *Rights Talk: The impoverishment of political discourse*. New York: The Free Press, 1991, p. 14: “nossa retórica de direitos, em sua totalidade (absoluteness), promove expectativas irreais, aumenta o conflito social, e inibe o diálogo que poderia levar ao consenso, acomodação, ou pelo menos, a descoberta do ponto em comum.”

³⁰⁸ SUMNER, L. W. *The Moral Foundation of Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1990, p. 8.

contra o próprio Estado. Os direitos jurídicos (*legal rights*) são produtos da criação de instituições jurídicas, tais como o Parlamento e os Tribunais.³¹⁰ Porém, na medida em que essas instituições também estão sujeitas a respeitar esses direitos básicos, seu processo de institucionalização não pode fornecer um padrão de reconhecimento e validade para tais direitos. O fundamento dessas decisões criadoras deve ir além dos direitos jurídicos, recorrendo aos direitos morais (*moral rights*), para orientar e legitimar tais escolhas. Note-se que os direitos humanos podem ser e têm sido institucionalizados pelos sistemas jurídicos nacionais e internacionais, embora essa institucionalização não se dê por completa em nenhum desses dois planos, mas em níveis limitados.³¹¹

Os direitos morais são “trunfos” (*trumps*) contra qualquer pretensão estatal de impor ao indivíduo restrições com base em concepções de vida que não as suas próprias. Os direitos vistos como trunfos, nessa visão, são as “posições jurídicas individuais que assentam no direito natural a igual consideração e respeito que o Estado deve a cada indivíduo.”³¹² Assim, segundo Ronald Dworkin:

os indivíduos têm direitos quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejem ter ou fazer, ou quando não há uma justificativa suficiente para lhes impor alguma perda ou dano.³¹³

Na visão de Carlos Santiago Nino, os direitos individuais são:

direitos morais que os homens possuem não por certa relação especial com outros homens, não por ocupar determinado cargo ou função, não por certas particularidades físicas ou intelectuais, nem pelas circunstâncias antecedentes que servem de condição suficiente desses direitos: todos os homens têm um título igual a eles.³¹⁴

Essas definições de direitos morais pretendem ser **universais**, por abranger todo e qualquer ser humano, pertencente a todos os credos e povos. São afirmações deontológicas **formais**, pois se apoiam em princípios abstratos de justiça,³¹⁵ sem indicar um rol taxativo dos direitos que as pessoas têm. São também **não-metafísicas**, ou seja, estão desvinculadas de

³⁰⁹ SCHAUER, Frederick. Can Rights be Abused? *The Philosophical Quarterly*, Vol. 31, No. 124 (Jul., 1981), pp. 228-229: “Se eu estiver vestindo uma armadura, estou *coberto* pela armadura. Isso irá *proteger*-me contra as pedras, mas não contra a artilharia. Posso ser ferido pelo fogo da artilharia apesar de estar coberto pela armadura. Mas isso não torna a armadura inútil. A armadura não me protege contra tudo. Mas serve para um propósito, porque com ela somente uma força muito grande pode me machucar.”

³¹⁰ SUMNER, L.W. Op. cit, p. 6.

³¹¹ MARTIN, Rex. *A System of Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1993, p. 75.

³¹² NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 28.

³¹³ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2002, p. XV.

³¹⁴ NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del Derecho*. Buenos Aires: Edición Ástrea, 1980, p. 417.

³¹⁵ A formulação teórica de princípios de justiça tem como marco central a teoria deontológica de justiça como equidade, de John Rawls. RAWLS, John. Op. cit, p.32: “Por definição, (...) a teoria deontológica ou não especifica o bem independentemente do justo, ou não interpreta o justo como maximizador do bem”.

Deus e ou da Natureza, embora apelem para concepção de racionalidade ou dignidade humana. E, por fim, são definições **antiutilitaristas**, na medida em que se impede o governo de privar o indivíduo desses direitos, ainda que esses direitos individuais sejam contrários ao interesse geral.

Há, pelo menos, quatro conceitos distintos de direitos morais como direitos subjetivos.³¹⁶ (1) o **conceito negativo** dos direitos morais, tal como aparece em Locke, pode ser exemplificado pelos direitos à vida e à liberdade. Possuir um direito negativo a X significa, para seu titular, “não ser proibido fazer ou ter X” e, para os demais, “ter o dever de não interferir”; (2) **conceito positivo** dos direitos morais prescreve que possuir um direito é ter uma autoridade ou pretensão moral de agir de certa forma; (2) **conceito social** (*welfare concept*) dos direitos afirma que, para além desses dois conceitos anteriores, existe um direito a demandar que os outros auxiliem ou promovam (ou pelo menos se esforcem) a busca ou fruição de um determinado bem, o que envolve a remoção dos obstáculos naturais e artificiais a esses bens; (d) Há, por fim, o **conceito de direitos especiais**, que são melhor descritos como *direitos contra* alguém numa relação jurídica específica, como o direito moral de o credor receber o pagamento do empréstimo, mesmo se o título estiver prescrito (obrigações naturais).

O conceito de direitos morais se define com referência aos bens e necessidades básicos do ser humano (quem possui um *direito* possui um *direito a* algo) e seu fundamento de legitimidade não repousa, inteiramente, sobre um texto escrito ou na natureza humana, mas nas normas de moralidade crítica, centradas na ideia do liberalismo igualitário, que prescrevem ao governo e aos demais cidadãos o dever de tratar todos como sendo dignos de igual respeito e consideração. A moralidade crítica, ao contrário da moralidade positiva, não extrai suas regras da moral social vigente.

Para Carlos Santiago Nino, a moralidade crítica é um sistema de princípios e juízos de valor que possuem validade objetiva, independentemente do tempo, do lugar ou das circunstâncias, ou de seu reconhecimento, eles são acessíveis pela razão humana.³¹⁷ No entanto, essa concepção diferencia-se pouco do jusnaturalismo moderno. Para Ronald Dworkin, a moralidade crítica não tem um conteúdo predefinido e predeterminado, mas é aquela compartilhada racionalmente pelos cidadãos numa comunidade de princípios, cuja máxima prescreve que todos os indivíduos devem ser tratados com igual respeito e consideração. Isso significa dizer que a moral majoritária, quando incorporada no corpo da

³¹⁶ MCCLOSKEY, H. J. Rights. In: *The Philosophical Quarterly*, Vol. 15, No. 59, (Apr., 1965), pp. 115-127.

³¹⁷ NINO, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos: um ensayo de fundamentacion*. Buenos Aires: Ariel. 1989, p. 25.

legislação ou nas decisões judiciais, deverá estar de acordo com esse princípio do individualismo ético. Do contrário, essas leis ou decisões serão inconstitucionais, por serem contrárias à autonomia individual.

Observe-se que o conceito dos direitos morais possui os seguintes elementos: (a) quanto à sua *titularidade*, o sujeito a que se referem os direitos morais é o ser humano; (b) quanto a seu *destinatário*, os direitos morais se dirigem prioritariamente contra o Estado³¹⁸; (c) no que toca ao *objeto de proteção*, seriam aqueles bens ou necessidades do ser humano sem os quais ele não poderia existir (mínimo existencial) ou se desenvolver (alguns direitos além do mínimo); e (d) a *força moral* de seu conteúdo seria a exigência de que a proteção face à sociedade ou à comunidade, que oprime ou abandona o sujeito.³¹⁹

A função da linguagem dos direitos morais é atuar como razão moral, (i) para proteger os indivíduos das ingerências dos poderes públicos, (ii) para mudar o sistema jurídico vigente; e (ii) para estabelecer e implementar novos direitos ou manter os direitos.³²⁰ As razões que justificam os direitos humanos são “bens que precisamente por seu valor especial aos olhos do sistema normativo em questão constituem razões e subministram uma justificação para articular uma proteção específica para eles.”³²¹ Os interesses de toda a sociedade são limitados pelos interesses individuais e não geram por si razões originais para justificar ações, pois elas derivam da moral. Além disso, é preciso lembrar que as razões morais são, por definição, *razões últimas*. Alguém poderia questionar por quais razões deveria seguir os princípios morais. Mas esta pergunta em si é contraditória, pois significa perguntar sobre quais razões *distintas das morais* ter-se-iam para seguir as razões morais. Não seria possível fornecer uma justificação não-moral para a atitude moral.³²²

3.3.3. Conteúdo jurídico da autonomia individual

A autonomia individual consiste em um feixe de interesses privados, bens essenciais e direitos fundamentais (ou humanos) que compreende dois elementos centrais: a *autonomia patrimonial* e a *autonomia moral*.

³¹⁸ As teses sobre a questão da eficácia horizontal dos direitos morais são aceitas diferentemente entre autores europeus, americanos e brasileiros. Sobre defesa dos direitos como trunfos e a tese dos deveres de proteção, ver NOVAIS, Jorge Reis. Os Direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. In: _____. Op. cit. pp. 69-116.

³¹⁹ AÑON, José García. Los Derechos Humanos como Derechos Morales: aproximación a una teoría com problemas de concepto, fundamento y validez. In: BALLESTEROS, Jesús. (ed). *Derechos Humanos: conceptos, fundamentos, sujetos*. Madrid: Editoria Tecnos, 1992, p. 64.

³²⁰ SUMNER, L.W. *The Moral Foundations of Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1987, p.13

³²¹ LAPORTA, Francisco. Sobre el concepto de derechos humanos. *DOXA* nº 4 (1987), p.30

³²² *Ibidem*, p. 128.

A autonomia patrimonial corresponde à ideia lockeana, na versão de MacPherson, de que os direitos humanos resumem-se aos direitos de propriedade.³²³ Deles, devem-se excluir os direitos e liberdades decorrentes da autonomia moral. A diferença fundamental entre esses dois tipos é a de que os direitos e bens vinculados à autonomia moral, por sua conexão direta com a existência e com a dignidade humanas, são sempre inalienáveis (embora possam ser renunciáveis em determinados casos e circunstâncias), ao passo que os direitos patrimoniais são, em regra, disponíveis, alienáveis, penhoráveis e renunciáveis. Decompondo a autonomia patrimonial, surgem direitos que são meios, instrumentais, ferramentas, para se garantir a autonomia moral, tais como: (a) direito de propriedade; (b) direito de herança; (c) direitos sociais/mínimo existencial; (d) autonomia contratual; (e) livre iniciativa.

Autonomia moral significa a pretensão ou o poder do sujeito de autorregulamentar e autogerir seus próprios interesses e princípios morais.³²⁴ Esse sujeito compreende-se como um agente moral, *racional* (porque é capaz de decidir o que é bom ou ruim para si), *livre* (porque pode se guiar de acordo com essas escolhas, desde que elas não respeitem os direitos de outrem e outros valores relevantes da comunidade) e *igual* (porque dotado de mesma dignidade e humanidade em relação aos demais). Com base nessa concepção de autonomia, cabe “a cada pessoa, e não ao Estado ou a qualquer outra instituição pública ou privada, o poder de decidir os rumos de sua própria vida, desde que isso não implique lesão a direitos alheios”.³²⁵

Portanto, a autonomia recebe diferente proteção conforme o tipo de escolha conforme o bem em jogo: “tomar decisão nessas áreas é, em algum sentido, decidir o que pessoa deve ser. Alguns teóricos atribuem essa importância indiscriminadamente a todas as escolhas que um indivíduo toma em sua vida, e então seus direitos a realizar determinada ação são organizados em um único rol sob os auspícios de um direito geral de liberdade. Mas outros teóricos reconhecem que somente algumas das escolhas que os indivíduos tomam são mais importantes do que outras. Há certo tipo de escolhas, em certas áreas essenciais da atuação individual (*decision making*), que tem importância especial para a integridade e autoconstituição do indivíduo.”³²⁶

³²³ MACPHERSON, C.B. Os direitos humanos como direitos de propriedade. In: Idem, *Ascensão e Queda da Justiça Econômica*. Trad. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 1991, p. 103-114. Idem, *Teoria do Individualismo Possessivo*. São Paulo: Paz e Terra, 1979.

³²⁴ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Op. cit., p. 154; DWORKIN, Gerald. *The Theory and Practice of Autonomy*. Op. cit., p. 34.

³²⁵ Ibidem, loc. cit.

³²⁶ WALDRON, Jeremy. A Right to do Wrong. In: *Ethics*, Vol. 92, No. 1, Special Issue on Rights (Oct., 1981), p. 34

Nos ordenamentos jurídicos é possível identificar diversos fundamentos jurídicos para a autonomia: (i) o princípio da dignidade da pessoa humana; (ii) o direito geral de liberdade; (iii) livre desenvolvimento da personalidade.

A título ilustrativo, na Alemanha, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão extrai a autonomia individual do direito geral da personalidade e do direito geral de liberdade, assegurados, respectivamente, pelos arts. 2.1³²⁷ e 11.1³²⁸ da Lei Fundamental de Bonn: (i) o direito às esferas íntima, secreta e privada,³²⁹ e (ii) o direito à autodeterminação informacional.³³⁰

A teoria das esferas da personalidade assenta-se na premissa de que a sociabilidade dos indivíduos serve de restrição à liberdade individual, sendo a tutela da personalidade inversamente proporcional ao grau de sociabilidade do comportamento em questão. Assim, as camadas, ou esferas, da personalidade diferenciam-se em: (a) intimidade (esfera mais interna, ou o “âmbito último intangível da liberdade humana”³³¹), em que o indivíduo interage consigo próprio ou com um número limitado de pessoas; (b) vida privada (esfera intermediária), formada por grupos sociais bem delimitados, cujas situações são alheias aos interesses dos outros; e (c), por fim, as esferas sociais e públicas (esfera externa) abrangem, por exclusão, tudo aquilo que não está contemplado nas demais esferas, principalmente as ações políticas e sociais do cidadão.³³²

No Brasil, a Constituição Federal, no art. 1º, III, erigiu a fundamento da República a dignidade da pessoa humana, que estrutura o núcleo axiológico de todos os direitos e liberdades constitucionais. A dignidade como autonomia significa tanto a *capacidade de autodeterminação*, ou seja, o direito de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a própria personalidade, quanto às *condições para o exercício da autodeterminação*, pois não basta apenas garantir a possibilidade de escolhas livres, é

³²⁷Art. 2º, (1) Todas as pessoas têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não vulnere os direitos de outros e não colida com a ordem constituinte ou a lei moral.

³²⁸ Art. 11(1) Todos os cidadãos alemães gozam de liberdade de circulação e de residência em todo território federal. (2) Este direito só pode ser limitado pela lei nos casos em que não exista base vital suficiente e resulte na generalidade em prejuízos específicos ou nos casos em que é preciso defender-se em relação a um perigo ameaçador para a população ou a ordem democrática e livre da República Federal ou de um estado (Land) para combater os perigos de epidemia, catástrofes naturais ou acidentes especialmente graves, proteger os jovens do desamparo ou para prevenir delitos.

³²⁹ ALEMANHA. BVerfGE 32, 373 (379); BVerfGE 33, 367(377); BVerfGE 34, 238 (246); BVerfGE 35, 202 (220).

³³⁰ ALEMANHA. BVerfGE 65, 1 (41 e seq)-.

³³¹ ALEMANHA. BVerfGE 6, 32 (41)- Caso Elfes. Ver também BVerfGE 80, 137 (164 e seq) -Reiten im Walde- em que a Corte declarou que nem toda ação humana pode gozar da proteção do Art. 2, I GG na acepção de liberdade geral de ação, caso contrário as conseqüências dogmáticas poderiam ser desastrosas.

³³² SAMPAIO, José Adercio Leite. *Direito à Intimidade e à Vida Privada*: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1998, p. 256ss.

necessário também prover meios adequados para que a liberdade seja real (*mínimo existencial*).³³³

O direito geral de liberdade prescreve que ninguém pode ser obrigado pelo Estado a fazer ou deixar de fazer alguma conduta se não houver lei formal (princípio da legalidade) e, segundo aponta a doutrina pátria, encontra seu fundamento normativo assenta-se no art. 5º, II, CF/88.³³⁴ Esse princípio formal é dotado de um grau de neutralidade tal que impõe um pesado ônus argumentativo para as tentativas de restringir esse direito geral.³³⁵ Da perspectiva civilista, é possível identificar também a autonomia individual sob o fundamento do livre desenvolvimento da personalidade, o que restou consagrado no direito pátrio nos art. 5º, X, CF/88 c/c arts. 11, 12 e 21 do Código Civil de 2002.

3.4. Parâmetros de controle de atos e de medidas paternalistas e perfeccionistas

No paternalismo justificado, a ação governamental é uma medida *racional*³³⁶, quando atende aos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade e mantém íntegro o núcleo essencial da autonomia da vontade. Do contrário, configurar-se-á o paternalismo não justificado, em que os meios tidos por inadequados, desnecessários ou desproporcionais devem ser rejeitados.

Divide-se a justificação e controle das leis e medidas paternalistas através de alguns critérios instrumentais ou substanciais de análise dessas medidas com relação ao seu fim. O critério instrumental de análise da razoabilidade ou proporcionalidade dessas leis ou medidas prescreve que, por um juízo de ponderação, se uma medida que visa proteger o indivíduo de si mesmo preencher os requisitos dos subprincípios da proporcionalidade, o paternalismo será justificado. Por sua vez, os argumentos substanciais mais frequentes contra o paternalismo, explica Ernesto Garzón, são: (a) o argumento utilitarista, (b) o argumento da violação do princípio da igualdade, e (c) o argumento do respeito à autonomia da pessoa. Para os fins desse trabalho, será considerado com mais detalhe o argumento da autonomia e sua relação com o consentimento do indivíduo destinatário da medida paternalista.

³³³ Barroso, Luís Roberto et alii. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. Op. cit, p. 42.

³³⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006.

³³⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Op. cit, p. 344.

³³⁶ A fundamentação da medida paternalista deve se valer de argumentos de razão pública e convencer os demais cidadãos livres e iguais. Ela é racional no sentido apontado por John Rawls em *Justiça e Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 158: “[ser racional é possuir a] capacidade de ter uma concepção de bem, ou seja, ser capaz de formar, revisar e buscar racionalmente uma concepção de vida humana que merece ser vivida.”

O argumento utilitarista, na visão de Garzón Valdez, resume-se às seguintes teses: 1) “ninguém é melhor juiz do que si mesmo com respeito ao que prejudica ou não prejudica os próprios interesses”³³⁷, 2) as interferências da sociedade se baseiam em presunções gerais, que podem ser todas equivocadas e, se são corretas, é provável que sejam mal aplicadas aos casos individuais, 3) geralmente se produz um maior mal “ao permitir a outros que os obriguem (ao indivíduo) a fazer aquilo que é seu bem”, e 4) “a humanidade sai ganhando se permite que cada qual viva como lhe pareça correto e não o obriga a viver como lhe parece ao resto”.³³⁸ Daí porque o Estado só poderia agir em consonância com esses argumentos principiológicos.

O argumento da violação à igualdade prescreve que “toda medida paternalista (...) pressupõe por definição uma relação de supra e subordinação, que viola um dos princípios básicos de una sociedade democrática: o princípio de igualdade”³³⁹ 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.³⁴⁰

De acordo com o argumento do respeito à autonomia, que será aprofundado adiante, a intervenção paternalista do Estado restringe ou extingue a autonomia individual. A autonomia como *oportunidade do agente para exercer sua capacidade de eleição* (que Isaiah Berlin chamou de “liberdade positiva”) supõe que “se tenham eliminado todos os impedimentos para que de acordo com o caso (a pessoa) possa exercer sua liberdade de ação”. Autonomia como *conformidade com a lei moral* é uma decisão autônoma é uma decisão cujo conteúdo coincide com a lei moral.

3.4.1. Parâmetros instrumentais: razoabilidade e proporcionalidade

Muito já se escreveu sobre a proporcionalidade e a razoabilidade como parâmetros de controle entre meios e fins de determinadas medidas dos Poderes Públicos e não há aqui a pretensão de esgotar o assunto.³⁴¹

³³⁷ Conforme explicitado no capítulo *supra*.

³³⁸ GARZÓN VALDEZ, Ernesto. ¿Es Éticamente Justificable el Paternalismo? Op. cit, p.158.

³³⁹ Ibidem, p.161.

³⁴⁰ Ibidem, p. 161ss.

³⁴¹ Sobre o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, na doutrina brasileira, ver TOLEDO, Suzana Barros de. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis estritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 244; SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na*

O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que consubstancia “as idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive a de nível constitucional”.³⁴² Além disso, tais princípios servem de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico e de parâmetro de controle das medidas estatais em geral e do excesso de poder.

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, apesar de serem tidos como sinônimos por parte da doutrina,³⁴³ possuem origens e funções distintas.³⁴⁴ O princípio da razoabilidade remonta ao sistema jurídico norte-americano, a partir da construção do devido processo legal substantivo no Direito Costumey (Common Law) e foi utilizado, sobretudo, como critério de aferição da constitucionalidade de determinadas leis. Já o princípio da proporcionalidade tem origem no direito administrativo europeu, centrado na cláusula do Estado Democrático de Direito, e serviu como mecanismo de controle dos atos do Executivo.

A razoabilidade, em acepção corrente, é aquilo que está conforme a razão, que orienta os atos da vida comum, algo equilibrado, moderado, em harmonia,³⁴⁵ o razoável corresponde aos valores compartilhados por determinada sociedade, vigentes em dado momento e lugar. Juridicamente, a razoabilidade é (i) diretriz que exige a harmonização da norma geral com o caso particular (*razoabilidade como equidade*); (ii) diretriz que exige a harmonização das normas com suas condições externas de aplicação (*razoabilidade como congruência*); (iii) diretriz que exige uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que o dimensiona (*razoabilidade como equivalência*).³⁴⁶

Na Alemanha, a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), isto é, de se proceder à censura sobre a adequação (*Geeignetheit*), a necessidade (*Erforderlichkeit*) e a proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässig im engeren Sinn*) do ato normativo.

Constituição Federal. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003. Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003, p. 116-7; STEINMERTZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001, p. 152-3; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006. BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, p. 23-50, 2002.

³⁴² MENDES, Gilmar et alii. *Curso de Direito Constitucional*. Op. Cit., p. 114.

³⁴³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004, p. 304.

³⁴⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

³⁴⁵ “RAZOÁVEL” e “RAZOABILIDADE”. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 3.ed. Curitiba: Positivo, 2004.p.1702.

³⁴⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, op. cit, pp. 103ss.

Portanto, o princípio da proporcionalidade permite o Judiciário analisar a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância dos subprincípios da: (a) adequação entre o meio empregado e o fim pretendido; (b) da necessidade da medida adotada, o que significa a inexistência de meio menos gravoso para o indivíduo para atingir os objetivos pretendidos; e (c) da proporcionalidade em sentido estrito, quando houver um equilíbrio (“controle de sintonia fina”, ou *Stimmigkeitskontrolle*, do Direito alemão) na relação custo-benefício, em que o que se perde de fato supera os possíveis ganhos, indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão.

A justificação paternalista com base na proporcionalidade ou razoabilidade considera que os princípios limitadores da liberdade não estabelecem condições necessárias e suficientes da coação, sendo possível que, no caso concreto, entrem em jogo outros princípios que possam ser ponderados com o princípio da autonomia através do exame dos princípios (ou postulados³⁴⁷) da razoabilidade e da proporcionalidade.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais é o conjunto de valores objetivos básicos e fins incorporados em uma constituição democrática, que sistematizam o ordenamento jurídico e fornecem uma diretriz para a ação positiva dos poderes públicos.³⁴⁸

Uma das conseqüências da dimensão objetiva dos direitos fundamentais está em ensejar um dever de proteção pelo Estado dos direitos fundamentais contra agressões dos próprios Poderes Públicos, provindas de particulares ou de outros Estados.³⁴⁹ Esse dever de proteção acarreta na obrigação de o Estado tomar medidas ativas para tornar efetivo o exercício dos direitos fundamentais, sobretudo, mas não exclusivamente, aos direitos à vida, à liberdade e à integridade física (incluindo o direito à saúde). Segundo esse entendimento, o Estado deve adotar medidas — até mesmo de ordem penal — que protejam efetivamente os direitos fundamentais. E nisso os direitos fundamentais poderiam servir de justificativa ao paternalismo, quando favorecem que prevalecem valores compartilhados pela comunidade sobre decisões individuais, tal como o equivocado conceito de “dignidade como autonomia”, em que os padrões sociais de conduta e de moralidade e as concepções de bem determinam a esfera da liberdade individual.³⁵⁰

³⁴⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 93: “os postulados normativos foram definidos como deveres estruturais, isto é, como deveres que estabelecem a vinculação entre *elementos* e impõem determinada *relação* entre eles.”

³⁴⁸ SARLET, Ingo W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 161.

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 165.

³⁵⁰ Sobre o tema, ver BARROSO, Luís Roberto et alii. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *Op. cit.*, p. 45.

A típica manifestação do excesso de poder legislativo é a violação do princípio da proporcionalidade, em casos de contradição, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins, em que se examinam tanto legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, quanto a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos e a necessidade de sua utilização.

Ao lado da idéia da proibição do excesso, a Jurisprudência alemã e a doutrina têm ressaltado a lesão ao princípio da proibição da proteção insuficiente (*Üntermassverbot*). A conceituação de uma conduta estatal como insuficiente a uma proteção adequada e eficaz é, do ponto de vista metodológico, o mesmo que a violação ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito.³⁵¹

No entanto, num caso concreto, é preciso definir quando um direito fundamental incidente numa relação entre particulares demanda exercício de ponderação entre o peso desse direito fundamental e o princípio da autonomia da vontade. Há, então, para essa vertente de controle de atos e leis paternalistas, de se realizar uma ponderação entre o princípio da autonomia e os valores protegidos como direitos fundamentais, tendo como parâmetro que a idéia do homem, assumida pela Constituição democrática, pressupõe liberdade e responsabilidade — o que, necessariamente, envolve a faculdade de limitação voluntária dos direitos fundamentais no comércio das relações sociais, mas que também pressupõe liberdade de fato e de direito nas decisões sobre tais limitações.

Os direitos fundamentais não compelem os indivíduos da mesma forma e na mesma intensidade com que se impõem às ações dos Poderes Públicos. Se a Administração Pública, que está sujeita à regra isonômica do concurso público, não pode escolher um candidato a cargo público efetivo segundo sua beleza ou talento, nada obriga que o cidadão escolha livremente seus amigos e seu companheiro de relacionamento, sem implicar com isso quebra de isonomia. Não se justifica, em hipótese alguma, que o Estado escolha, no lugar do cidadão, com quem ele deve se relacionar. Afinal de contas, ninguém se submete ao procedimento de licitação para poder namorar outra pessoa.

3.4.2. Parâmetros substanciais: igualdade e consentimento

Conforme já se discutiu anteriormente, a doutrina norte-americana diferencia o paternalismo direto do paternalismo indireto, segundo a classe de pessoas afetadas.³⁵² Na

³⁵¹ MENDES, Gilmar et alii. Curso de Direito Constitucional. Op. Cit. p. 323.

³⁵² FEINBERG, Joel. Harm to Self. *Op. cit*, p. 9.

primeira hipótese, a classe de pessoas cuja liberdade é restringida é idêntica à classe de pessoa cujo benefício se pretende promover com tais restrições. Na segunda modalidade, o único meio de proteger o bem-estar de uma classe de pessoas é restringir a liberdade de outras.

Em termos de justificação, a *estratégia do paternalismo brando* sustenta que as razões paternalistas (de paternalismo duro) nunca são razões válidas do ponto de vista moral. Esta estratégia, que é a seguida por Joel Feinberg e Ronald Dworkin, constrói a noção de autonomia pessoal de maneira que se concebe como uma “carta de trunfo moral”,³⁵³ um princípio que sempre pesa mais que as considerações de diminuição de danos.³⁵⁴ A partir dessa perspectiva os exemplos de regulações paternalistas aparentemente razoáveis se revelam como não razoáveis ou como não paternalistas (de paternalismo duro).

Outra possibilidade de justificação baseia-se na construção do consentimento futuro: (i) *consentimento futuro real*- quando alguém convalida com seu consentimento a interferência paternalista anterior; (ii) *consentimento hipotético-racional*- é razoável supor que se obterá o consentimento quando a condição ou restrição que impede o agente de anuir for eliminada; (iii) *consentimento hipotético-previsível*- quando fosse possível obter consentimento com base no conhecimento do plano de vida do sujeito coacionado.³⁵⁵ Essa modalidade de justificação cria, artificialmente, suposições sobre a vontade alheia que nem sempre correspondem ou corresponderão à realidade, o que dificulta a sua aplicação.

3.4.3. Autonomia individual como trunfo antipaternalista

A autonomia individual, em sua dupla função moral e jurídica, pode não somente servir de argumento contra legislações paternalistas como também fundamentar a posição de que as razões paternalistas nunca possuem qualquer dimensão de peso numa possível ponderação, sendo assim se a autonomia individual assume uma dimensão como um trunfo político contra o poder deliberativo da maioria, as leis paternalistas injustificadas são moralmente ilegítimas. A estratégia mais promissora contra o paternalismo duro (*hard paternalism*) é construir uma concepção da autonomia individual que possa explicar como essa noção funciona como um trunfo moral, que não pode ser simplesmente ponderado com

³⁵³ DWORKIN, Ronald. Temos um direito à pornografia? In: Idem. *Uma Questão de Princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2001, p. 497-554. Uma versão resumida foi publicada em DWORKIN, Ronald. Rights as Trumps. In: WALDRON, Jeremy. *Theories of Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984, p. 153-167.

³⁵⁴ FEINBERG, Joel. Harm to Self. *Op. cit.*, p. 144; DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípios*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2001, pp. 497-554.

³⁵⁵ DWORKIN, Gerald. “Paternalism: Some Second Thoughts”, en Sartorius, Rolf. *Paternalism, cit.*, p. 108.

considerações de diminuição do dano em caso de conflito, mas sempre e necessariamente colocando em jogo precedentes morais em relação a essas considerações.³⁵⁶

Conforme afirma Bentham, todas as leis coercitivas, especialmente todas as leis que criam liberdade, são, em alguma medida, restritivas da liberdade.³⁵⁷ John Rawls, em razão da prioridade léxica do princípio de liberdade sobre o princípio da diferença³⁵⁸ considera que a liberdade pode ser limitada apenas em nome da própria liberdade.³⁵⁹ A restrição da liberdade pela própria liberdade pode ocorrer de duas maneiras:

as liberdades básicas podem ser menos extensas, ainda que iguais, ou podem ser desiguais. Se a liberdade for menos ampla, o cidadão representativo, ao fazer o balanço da situação, deve julgar esse fato como um ganho para sua liberdade; e se a liberdade for desigual, a liberdade daqueles que têm uma liberdade menor deve ter maiores garantias.³⁶⁰

Existem duas principais hipóteses que justificam uma restrição da liberdade: em primeiro lugar, as limitações e acidentes naturais da vida humana ou de contingências histórico-sociais e, em segundo lugar, quando a injustiça já existe, tanto nas organizações sociais quanto na conduta dos indivíduos.³⁶¹ O paternalismo só se justificaria em relação às ações e decisões dos indivíduos que não fossem realmente autônomos, desde que tomados sob uma perspectiva imparcial, sempre que isso fosse necessário pelo seu próprio bem; daí Rawls conclui:

É também racional que se protejam contra suas próprias inclinações irracionais por meio do consentimento dado a um sistema de penalidades que lhes possa dar um motivo suficiente para evitar atos de loucura e pela aceitação de certas imposições destinadas a anular as consequências negativas de seu comportamento imprudente. Para esses casos, as partes adotam princípios que estipulam quando os outros estão autorizados a agir em nome delas, ignorando-lhes os desejos presentes, se for necessário; e fazem isso reconhecendo que às vezes sua capacidade de agir racionalmente em seu próprio benefício pode falhar ou faltar por completo.³⁶²

Portanto, o paternalismo pode ser justificado apelando primordialmente ao princípio do respeito pela autonomia considerando que uma intervenção paternalista justificada deveria

³⁵⁶ FEINBERG, Joel. Op. cit, p. 24-25.

³⁵⁷ BENTHAM, Jeremy. Declaration of Rights. In: PAREKH, Bhikhu (ed). *Bentham's Political Thought*. New York: Barnes & Nobles, 1973, p. 274.

³⁵⁸ O primeiro princípio de Justiça prescreve que “cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para todos”, ao passo que o segundo princípio de Justiça estabelece que “as desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de tal modo que, ao mesmo tempo (a) tragam o maior benefício possível para os menos favorecidos, obedecendo às restrições do princípio da poupança justa, e (b) sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades” RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Op. cit, p. 333.

³⁵⁹ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Op. cit., p. 267.

³⁶⁰ Ibidem, loc. cit.

³⁶¹ Ibidem, p. 268.

³⁶² Ibidem, p. 273.

atender às seguintes condições, cumulativamente: (1) os danos que se evitam ou os benefícios que se adquirem devem compensar a perda de independência e a invasão da autonomia decorrente da intervenção (relação custo-benefício); (2) a pessoa deve se colocar em um estado que limite seriamente sua capacidade para tomar decisões autônomas de maneira constante ou definitiva (incompetência básica).³⁶³

As legislações que impõem o uso dos capacetes para os motociclistas e seus acompanhantes justificam seu propósito argumentando que essa medida evita graves danos a muitas pessoas, mesmo as que são contrárias a essa prática podem ter suas vidas salvas graças a este paternalismo estatal.³⁶⁴ Conforme assinalou Gerald Dworkin há aqui um trilema: 1) argumentar que a conduta de conduzir sem capacete é tipicamente (ainda que não necessariamente) involuntária, de acordo com parâmetros adequados; 2) argumentar que se trata de uma legislação legítima, mas não por razões de paternalismo duro, mas por outras razões, tais como o interesse de possíveis terceiros que possam ser afetados com essa conduta; e 3) argumentar que, apesar de poder evitar o dano, a conduta paternalista não está moralmente justificada porque infringe a autonomia como soberania individual e sempre há outros meios idôneos para alcançar o mesmo fim.³⁶⁵

A primeira parte do trilema - argumentar que a conduta de conduzir sem capacete é tipicamente (ainda que não necessariamente) involuntária- supõe tratar de justificar a legislação de trânsito com base no princípio do paternalismo brando. Joel Feinberg considera, não obstante que, de acordo com sua análise da voluntariedade, é muito improvável que tal justificação tenha êxito.³⁶⁶ A este respeito, é possível atuar irrazoavelmente, mas de forma completamente voluntária: a imprudência ou a temeridade seriam formas de fraqueza da vontade e, na ausência de provas de um desvio cognitivo ou emocional, razões para culpabilizar as pessoas e não para considerar suas ações como insuficientemente voluntárias.

Em conclusão, parece que a única via para aprovar essas leis é fundamentando-as na necessidade de proteger os interesses de terceiros ou o interesse público. Um argumento neste sentido é o que supõe a necessidade de evitar que os motociclistas recebam o impacto fortuito de pequenos objetos, lançados por outros veículos ou pelos transeuntes, que poderiam fazê-los perder o controle e provocar acidentes com danos a outros indivíduos.

³⁶³ BEAUCHAMP, Tom L; CHILDRESS, James F. *Principles of Biomedical Ethics*. 5th Ed. New York: Oxford University Press, 2001, p. 183.

³⁶⁴ Esse caso foi aprofundado em ALEMANY, Macário. *El Paternalismo Jurídico*. Op. cit, p. 268-270.

³⁶⁵ O autor descarta uma quarta (a alternativa de restringir o terreno da soberania individual a interesses mais fundamentais) e uma quinta (a de aceitar o paternalismo duro) possibilidades. DWORKIN, Gerald. *Paternalism Second Thoughts*. Op. cit, p. 107.

³⁶⁶ FEINBERG, Joel. *Harm to Self, cit.*, p. 135-136.

Todavia, o argumento mais convincente é o que se refere aos importantes custos públicos (em dinheiro) dos acidentes; segundo este, a imposição do capacete seria uma maneira muito eficiente de reduzir esses custos. Segundo Joel Feinberg, seria menos restritivo exigir um seguro dos motoristas que cobrir os gastos do acidente. Um sistema combinado de licença para dirigir, educação obrigatória e seguro obrigatório protegeria igual ao interesse público e retiraria da legislação que obriga o uso do capacete seu fundamento irrazoável.

Outra base para justificar a imposição do capacete é argumento chamado por Gerald Dworkin de “custos psíquicos”³⁶⁷ e que John Kleinig denomina o “argumento do ônus público”.³⁶⁸ Deixar abandonada às pessoas a sua própria sorte (culposamente) supõe um “custo psíquico” inaceitável para a própria sociedade. Joel Feinberg sustenta que esse argumento justifica a imposição do capacete. Segundo ele, o argumento é mais forte desvinculando-o da questão dos custos: os imprudentes, quando os danos arriscados são muito graves, impõem aos demais o gasto para sua assistência. Para proteger os demais deste dano (extorsão moral) poderia estar justificado aprovar normas contra a adoção voluntária de riscos. Este argumento assemelha-se ao argumento paternalista de que a preocupação principal são os terríveis e irreparáveis danos físicos que sofrem os principais atores de drama ou praticantes de esportes radicais. Joel Feinberg não encerra a questão de se este argumento dos custos psíquicos, em sua própria interpretação de mesmo, teria peso suficiente para justificar, peremptoriamente, a imposição do capacete.³⁶⁹ A questão não se resolve com simples ponderação de interesses, mas com argumentações voltadas ao consentimento que está no cerne da concepção de autonomia individual.

O tema do consentimento é um dos pontos medulares do debate sobre o paternalismo, pois seria a condição determinante para sua aceitabilidade em uma sociedade liberal, sobretudo a perspectiva dos direitos humanos como direitos morais. Não é fácil determinar quando se trata de um consentimento dado involuntariamente visto que essa é uma situação gradual. Quando alguém aceita a importância de um determinado bem e não deseja pô-lo em perigo, nega-se a utilizar os meios necessários para salvaguardá-lo, podendo dispor facilmente deles. A incoerência que resulta de querer X, saber que Y é condição necessária para alcançar X, dispor de Y (sem que haja qualquer problema com Y) e não utilizá-lo, é um sintoma claro de irracionalidade.³⁷⁰

³⁶⁷ DWORKIN, Gerald. “Some Second Thoughts”, en Sartorius, Rolf: *Paternalism, Op. cit.*, p. 108.

³⁶⁸ KLEINIG, John. *Paternalism*. Manchester: Manchester University Press, 1983, p. 92.

³⁶⁹ FEINBERG, Joel. *Op. cit.*, p. 137.

³⁷⁰ DWORKIN, Gerald. *Paternalism, Op. cit.*, p. 30

Portanto, no caso da obrigação do uso de cintos de segurança nos automóveis e dos capacetes dos motociclistas, a ação paternalista justificaria a intervenção na liberdade de ação individual, para salvaguardar a própria autonomia.³⁷¹

3.5 Alguns casos de paternalismo e perfeccionismo constitucional

Somente através do exame da justificação das leis paternalistas é que se pode perceber de que maneira a autonomia privada atua como um trunfo contra o paternalismo jurídico. Se, por um lado, a Constituição adotou a autonomia como um valor da dignidade da pessoa humana, por outro lado, consagrou, em alguns dispositivos normativos, determinadas cautelas ou concepções de bem (ou determinadas cosmovisões, filosofias ou doutrinas morais abrangentes) tidas como melhores ou mais corretas. Devido à sua força normativa, o *paternalismo constitucional* exige que os cidadãos respeitem e cumpram o texto constitucional cuja intenção é favorecer determinada cosmovisão ou proteger os indivíduos de si mesmos. Por se tratar em todos os casos de texto emanado do Poder Constituinte Originário, a leitura moral da Constituição de 1988 demanda que haja mudança constitucional pelos meios formais (Emenda, convocação de Plebiscito, etc) ou informais (mutação constitucional e interpretação conforme).

3.5.1. Os limites do Estado na proteção da família: o princípio da subsidiariedade

A regulação surge através de poderes e ações do Estado como mecanismos econômicos ou sociais de intervenção — fomento, regulação e planejamento (art. 174 CF/88)— que determinam o regime jurídico de uma atividade econômica, atingindo tanto os agentes atuantes em determinados setores privados quanto os agentes públicos.³⁷²

Os balizamentos essenciais para os limites de atuação direta do Estado empresário na economia inferem-se do art. 173 CF/88: (a) adequação do meio adotado ao fim que se destina; (b) necessidade em relação aos “imperativos da segurança nacional” ou ao “relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”; (c) proporcionalidade em sentido estrito, segundo a qual os benefícios em adotar a medida interventiva superam os eventuais ônus que se possam cogitar.

Nesse contexto, houve nítida influência do princípio da subsidiariedade no texto constitucional, especialmente nas reformas constitucionais da década de 90, o que fez

³⁷¹ GARZÓN VALDÉS, Ernesto. ¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico? Op. Cit., p. 371-372

³⁷² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Op. cit., p. 37.

avançar, ainda que timidamente, na direção de um Estado menos centralizador e mais coordenado com a sociedade.³⁷³

O que se procura evitar é uma interpretação paternalista dos dispositivos constitucionais, que subtraia da família a primazia das decisões fundamentais sobre os indivíduos que a compõem. Aos influxos de uma sociedade mais coordenada e participativa, o constituinte procurou estruturar uma relação mais harmônica entre os setores público e privado, inserindo no Texto Maior várias previsões de cogestão e coparticipação entre Estado e sociedade civil, a exemplo, entre outros, da área de saúde (art. 197 e 198, III CF/88), da assistência social (art. 204, I, CF/88), da educação (arts. 205 e 206, IV, CF/88), da cultura (art. 216, §1º CF/88), do meio ambiente (art. 225 CF/88), da criança e do adolescente (art. 227, §1º, CF/88).

Subsidiariedade, da raiz latina *subsidium*, significa “ajuda ou socorro, ou algo de importância menor; secundário, acessório”.³⁷⁴ Pelo princípio da subsidiariedade dá-se primazia, em um primeiro plano, ao indivíduo sobre os grupos intermédios; em um segundo, a esses grupos sobre a sociedade e, por fim, à sociedade sobre o Estado, instituindo-se, como princípio de ordem social, uma ideia de ordem de atuação, a qual, todavia, se determina de modo flexível, condicionando-se à situação concreta de cada caso.³⁷⁵

A subsidiariedade não é uma mera técnica ou uma filosofia utilitarista, mas um princípio estrito de justiça, vinculado à garantia e tutela dos direitos essenciais da pessoa humana; além de servir de limite à ação do poder público, confere-lhe a função de estímulo, coordenação, integração e, excepcionalmente, suplência. Tendo por origem a responsabilidade moral pessoal, a subsidiariedade se fundamenta precipuamente na liberdade e na justiça, desenvolvendo e complementando as premissas básicas de tais valores jurídicos. Na liberdade, por consistir esta a condição *sine qua non* para o pleno desenvolvimento da

³⁷³ Sobre o tema da subsidiariedade, ver TORRES, Silvia Faber. *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006, p. 88; YSERN, Enrico Rivero. El principio da subsidiariedad. In: NETO, Diogo de Figueiredo Moreira (coord). *Uma avaliação das Tendências do Direito Administrativo Contemporâneo*. Obra em homenagem a Eduardo García de Enterría. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003, p. 483-490; FARRERES, Germán Fernádes. Reflexiones sobre el valor jurídico de la doctrina de la subsidiariedad em el derecho administrativo español. In: *ibidem*, 491-529; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade - conceito e evolução*. Rio de Janeiro, Forense, 1996; MONTEBELLO, Marianna. O Princípio da Subsidiariedade no Direito Comunitário. In: Lauro da Gama e Souza Jr (coord.). *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro – Direito Internacional*. v. XV, Rio de Janeiro: APERJ e Editora Lumen Juris, 2005; MILLON-DELSOL, Chantal. *Le Principe de Subsidiarité*. Paris: PUF, 1993.

³⁷⁴ SUBSIDIÁRIO. In: HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. 1.ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 1782.

³⁷⁵ TORRES, Silvia Faber. *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo*. Op. cit, p. 10-11.

personalidade; na justiça, por ser injusto requerer que os indivíduos, a família e os grupos sociais menores sacrifiquem sua iniciativa e competência originária.³⁷⁶

A subsidiariedade é, portanto, verdadeiro *princípio* que rege a relação entre Estado com os diversos grupos sociais que o integram. Para alguns, é princípio de direito natural, erguido sobre bases jusnaturalistas e suprapositivas. Para outros é, também ou apenas, um princípio de ética política, que orientam governo e sociedade para que sejam morais.³⁷⁷ Ao instituir uma ordem de subsidiariedade, princípio diretivo da ordem econômica que estabelece a estrutura e a gradação da relação entre Estado e sociedade no âmbito econômico, é tido por.³⁷⁸ Por fim, tem por natureza precípua a divisão de competência quando, então, ao defini-las, atribuindo direitos e deveres, exacerba-se seu caráter jurídico.

³⁷⁶ A doutrina aponta a origem do princípio da subsidiariedade relacionada com as Encíclicas papais *Rerum Novarum* (1891), *Quadragesimo Anno* (1931) e *Centesimus Anno* (1991). Esta última claramente dispõe: “O Estado deve contribuir ao alcance desses objetivos <restaurar a dignidade ao trabalho como atividade livre do homem, proteger os trabalhadores do desemprego e manter os padrões salariais> tanto direta quanto indiretamente. Indiretamente e de acordo com o *princípio da subsidiariedade*, criando-se condições favoráveis para o exercício livre da atividade econômica, que conduz à abundância de oportunidades de emprego e fontes de bem-estar.”

³⁷⁷ Sobre o tema, a Encíclica *Rerum Novarum* dispõe que: “assim como a sociedade civil, a família é uma sociedade propriamente dita, com a sua autoridade e o seu governo paterno, é por isso que sempre indubitavelmente na esfera que lhe determina o seu fim imediato, ela goza, para a escolha e uso de tudo o que exigem a sua conservação e o exercício duma justa independência, de direitos pelo menos iguais aos da sociedade civil. Pelo menos iguais, dizemos Nós, porque a sociedade doméstica tem sobre a sociedade civil uma prioridade lógica e uma prioridade real, de que participam necessariamente os seus direitos e os seus deveres. E se os indivíduos e as famílias, entrando na sociedade, nela achassem, em vez de apoio, um obstáculo, em vez de proteção, uma diminuição dos seus direitos, dentro em pouco a sociedade seria mais para se evitar do que para se procurar. Querer, pois, que o poder civil invada arbitrariamente o santuário da família, é um erro grave e funesto. Certamente, se existe algures uma família que se encontre numa situação desesperada, e que faça esforços vãos para sair dela, é justo que, em tais extremos, o poder público venha em seu auxílio, porque cada família é um membro da sociedade. Da mesma forma, se existe um lar doméstico que seja teatro de graves violações dos direitos mútuos, que o poder público intervenha para restituir a cada um os seus direitos. Não é isto usurpar as atribuições dos cidadãos, mas fortalecer os seus direitos, protegê-los e defendê-los como convém. Todavia, a acção daqueles que presidem ao governo público não deve ir mais além; a natureza proíbe-lhes ultrapassar esses limites. A autoridade paterna não pode ser abolida, nem absorvida pelo Estado, porque ela tem uma origem comum com a vida humana. «Os filhos são alguma coisa de seu pai»; são de certa forma uma extensão da sua pessoa, e, para falar com justiça, não é imediatamente por si que eles se agregam e se incorporam na sociedade civil, mas por intermédio da sociedade doméstica em que nasceram. Porque ‘os filhos são naturalmente alguma coisa de seu pai...devem ficar sob a tutela dos pais até que tenham adquirido o livre arbítrio’.” Disponível na página: http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html Acesso em 05/06/10.

³⁷⁸ Fala-se até em “Estado Subsidiário”, expressão cunhada por Juan Carlos Cassagne, para designar “uma organização binária que se integra com uma unidade de hierarquia superior que exerce as funções indelegáveis (justiça, defesa, seguridade, relações exteriores, legislação), pertencentes ao Estado como comunidade perfeita e soberana, unidade que se completa ao próprio tempo com outra, mediante funções desenvolvidas por um conjunto de organizações menores que cumprem uma missão supletiva da atividade privada (educação, saúde, serviços públicos). Neste contexto, canaliza-se a realização do bem comum, com predomínio do Direito Público nas estruturas e procedimentos das funções indelegáveis e com recurso a formas privadas ou mistas para a atividade supletiva, conforme o objeto perseguido em cada caso (se a atividade for industrial ou comercial, a atuação da empresa será regulada pelo Direito Privado).” *apud* CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 56.

A participação do Estado brasileiro na economia e na sociedade varia segundo o contexto político e histórico de maior intervenção ou de regulamentação e fiscalização, buscando, nesse último caso, a valorização dos indivíduos e dos grupos intermédios e o fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

A subsidiariedade dos grupos sociais maiores e, em seguida a do Estado, constitui apenas a segunda parte do princípio, que se refere, antes, às tarefas que os indivíduos e os grupos a eles mais próximos podem executar.³⁷⁹ Nesse desiderato, a família está mais próxima do ser humano, nos limites da estrutura social, que terá competência para permitir ou fomentar, de forma mais imediata, a realização das finalidades vitais dos indivíduos.

A família, que precede à própria comunidade política, exerce um papel preponderante na formação cultural e espiritual do indivíduo, devendo-se ocupar da educação e socialização dos cidadãos. É, portanto, no seio da entidade familiar que o homem recebe sua primeira orientação, correspondendo a esse corpo intermédio, por natureza, esferas de competências próprias. Ela possui as competências naturais, como procriação, educação, transmissão de valores fundamentais e orientação espiritual, cabe à família o direito de realizar, ela própria, as necessidades básicas de seus integrantes, exercendo livremente sua função socializadora. A relação entre a família e o Estado, portanto, há de ser, forçosamente, subsidiária, devendo a comunidade política, por um lado, respeitar as missões que, de acordo com a sua natureza, a família pode realizar e, por outro, oferecer condições necessárias para o desenvolvimento da sociedade familiar sem interferir na intimidade da vida doméstica.

Com o amadurecimento da democracia e da sociedade brasileira, a entidade familiar contemporânea vem assumindo essa função subsidiária do Estado, recuperando a importância que lhe conferiu toda a história da humanidade. Assim é que a família procura assumir, coordenadamente, as aspirações e demandas que lhe são inerentes, exercendo, conseqüentemente, uma função ativa e participativa na sociedade contemporânea, articulando-se, não raro, como grupos de interesses e de pressão.

Dentre as competências naturais da entidade familiar tem-se a educação básica como mínimo existencial³⁸⁰, concebida mesmo como direito social fundamental. Com efeito, a responsabilidade primária pela educação dos indivíduos é a da família, cujos chefes, personificados na figura dos pais, dispõem de autonomia para decidir qual a melhor forma de educar os seus filhos (resíduo do *pater potestas*), só podendo o Estado intervir nesta seara sob

³⁷⁹ FLEINER-GERSTER, Thomas. *Teoria Geral do Estado*. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2006, p. 647.

³⁸⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2008.

condições específicas, ou seja, em casos de deficiência ou negligência dos pais, protegendo-se, assim, por meio da flexibilidade inerente ao princípio da subsidiariedade, a liberdade dos pais e a dignidade da criança.

Quanto à educação, o texto fundamental a consagra em total harmonia com o princípio da subsidiariedade, a julgar pela gradação que estabelece no art. 227, tratando adequadamente a relação Estado-sociedade: a Educação é um “dever da família, da sociedade e do Estado”. Com isso, está exatamente dando prioridade aos corpos sociais intermédios para a perquirição desse interesse público, o que é corroborado pelo artigo 209 da Constituição Federal de 1988, que assegura o livre exercício da educação à iniciativa privada, pelo art. 213, segundo o qual cabe incentivar o exercício desse direito-dever, inclusive com destinação de recursos e pelo art. 205, segundo o qual o Estado assume para si a função educativa, tendo em vista a insuficiência da família e da sociedade em suprirem as necessidades educacionais que o país demanda.

Com isso, deve-se evitar que o Estado pratique o paternalismo infantil, conceituado como *a justificação de se interferir na liberdade de ação de uma criança (e não na autonomia, pois crianças não podem ser consideradas completamente autônomas), com vistas ao interesse presente ou futuro (consentimento hipotético)*.³⁸¹

De tal assertiva, ressaltam-se algumas consequências no tocante à atribuição precípua da educação escolar (educação *stricto sensu*) à entidade familiar.

A primeira está em que o Estado pode (e deve) regular a liberdade de ensino, ditando diretrizes e base da educação, de modo a garantir sua harmonia com o bem comum. Mas isso não significa que ele possa invadir o núcleo das decisões familiares básicas concernentes à educação— especialmente no que tange à construção do conteúdo moral e filosófico da autonomia individual—, substituindo a autoridade dos pais pela autoridade dos legisladores e dos burocratas educacionais. É imprescindível que o controle regulamentar estatal se limite ao mínimo necessário ao melhor atendimento do direito dos pais à educação dos filhos e da proteção dos interesses dos filhos.

A segunda é que o Estado deve garantir o ensino básico gratuito àqueles que não podem custeá-lo, permitindo, porém, na medida do possível (considerado que a família contemporânea não cuida, ela própria, da educação escolar, mas a delega), mas que os pais

³⁸¹ GUTMANN, Amy. Children, Paternalism, and Education: A Liberal Argument. *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 9, No. 4 (1980), p. 338.
p. 338.

elejam livremente o delegatário da função educacional, escolhendo a instituição que melhor lhes convier.³⁸²

O fato de a educação constituir um dever social do Estado não implica que o poder público deve sempre assumi-la diretamente, incumbindo-se-lhe *promover condições* para que aquele direito se estenda aos necessitados pela via da ajuda às entidades familiares carentes, viabilizando-lhes a consolidação da liberdade de ensino que lhes é própria.

Dentre as técnicas de ajuda às sociedades familiares pobres, o Estado tem na subvenção um dos meios mais profícuos, pelos quais se fornece diretamente o suporte econômico imprescindível ao pleno e real gozo da liberdade de ensino. O mesmo se aplica aos privilégios que operam na vertente da receita, como as deduções do imposto de renda das despesas feitas com instrução do contribuinte e de seus dependentes.³⁸³ Tal privilégio, conferido nos limites da razoabilidade, é, sem dúvida, uma forma de estimular o gozo da liberdade de educação intrínseca à instituição familiar.

Isso, além de onerar menos o contribuinte, garante a liberdade de os pais elegerem os centros docentes em conformidade com suas convicções pessoais e comodidades, direito que fora reconhecido no art. 14, 3 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)³⁸⁴, no art. 18, 4 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP)³⁸⁵, no art 26, 3 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)³⁸⁶ e no art. 2º do Protocolo Adicional da Convenção Européia de Direitos Humanos (CEDH).³⁸⁷

A Declaração dos Direitos das Crianças, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1959, estabelece, no Princípio 1º, que todas as crianças,

³⁸² Nesse sentido, ver importantes decisões da Suprema Corte norte-americana, tomadas nos casos **Meyer v. Nebraska** 262 U.S. 390 (1923) e **Pierce v. Society of Sisters of the Holy Names of Jesus and Mary**, 268 U.S. 510 (1925). O caso **Meyer v. Nebraska** (1923) estabeleceu que os pais podem decidir por si se e quando seus filhos devem aprender uma língua estrangeira, baseado no direito da liberdade que os indivíduos possuem na unidade familiar. Em **Pierce v. Society of Sisters** (1925), decidiu-se que os pais não podem ser forçados a mandarem seus filhos para escolas públicas em detrimento das privadas, baseado na ideia de que os pais têm a liberdade fundamental de decidir o que acontece a seus filhos.

³⁸³ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: Imunidades e Isonomia*. Vol. III. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005.

³⁸⁴ Art. 14, 3 do PIDESC: “todo Estado-parte no presente Pacto que, no momento em se tornar Parte ainda não tenha garantido em seu próprio território ou território sob sua jurisdição a obrigatoriedade ou a gratuidade das educação primária, se compromete a elaborar e a adotar, dentro de um prazo de dois anos, um plano de ação detalhado destinado a implementação progressiva, dentre de um número razoável de anos estabelecido no próprio plano, do princípio da educação primária obrigatória e gratuita para todos.”

³⁸⁵ Art. 18, 4 do PIDCP: “os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais- e quando for o caso, dos tutores legais- de assegurar aos filhos a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.”

³⁸⁶ Art. 26, 3 da DUDH: “os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seu filho.”

³⁸⁷ Art. 2º do Protocolo Adicional à CEDH: “A ninguém pode ser negado o direito à instrução. O Estado, no exercício das funções que tem de assumir no campo da educação e do ensino, respeitará o direito dos pais a assegurar aquela educação e ensino consoante as suas convicções religiosas e filosóficas.”

absolutamente sem qualquer exceção, são credoras, dentre outros direitos enumerados, dos direitos a crescer e criar-se com saúde, à alimentação, à habitação, à recreação e à assistência médica adequadas, sem distinção ou discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição, quer sua ou de sua família. De acordo com o Princípio 2º da mesma Declaração, na instituição de leis visando a facultar às crianças o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade, levar-se-ão em conta, sobretudo, os melhores interesses da criança.

As crianças são titulares de alguns direitos cujos destinatários imediatos são a família e outros, o Estado. No primeiro caso, caso haja descumprimento dos deveres familiares, os organismos públicos adquirem o poder-dever de atuar subsidiariamente. Então, é justificável que o Estado garanta os direitos das crianças através de intervenções paternalistas, quando os pais falharem na proteção de seus filhos. No segundo caso, especialmente envolvendo direitos fundamentais à educação e à saúde, os pais obtêm do Poder Público direitos derivados das obrigações de cuidado de seus filhos. Em todo caso, sob os auspícios do princípio da subsidiariedade, os deveres do Estado são limitados pelos direitos da criança e pelos princípios do estado liberal.³⁸⁸

Uma sociedade liberal democrática que se pretende pluralista deve aceitar distintas opções para cumprir os direitos obrigatórios;³⁸⁹ por exemplo, permitindo diferentes tipos de educação, aceitando a diversidade de hábitos alimentícios ou reconhecendo vários modelos de organização familiar.³⁹⁰

Em primeiro lugar, a imposição de medidas paternalistas não pode ter uma única justificação para toda infância. A justificação do paternalismo jurídico é distinta em cada etapa do processo de amadurecimento infantil, e deve responder à capacidade e o desenvolvimento da autonomia do indivíduo. Em segundo lugar, é necessária a limitação em relação com o conteúdo das medidas paternalistas, sendo indispensável recorrer ao conceito

³⁸⁸ GONZALES CONTRÓ, Mónica. Paternalismo Jurídico y Derechos del Niño. *ISONOMÍA* n° 25, Alicante, Octubre 2006, p. 120.

³⁸⁹ Direitos obrigatórios são os conteúdos transcendentais para o titular e para a comunidade, que supõem uma ação positiva dos poderes públicos. Cf. PECES-BARBA, Gregório. *Curso de Derechos Fundamentales*. Op. cit., pp. 462-463.

³⁹⁰ GUTMANN, Amy. Children, Paternalism, and Education. *Op. cit.*, p. 345: “numa sociedade governada por princípios igualitários, pode-se seguramente supor que uma loteria semi-natural— capacidade biológica realizada por mútuo consentimento entre homem e mulher – é um método de inicial de se distribuir os filhos. Um Estado Democrático pode justificadamente impor padrões paternalistas contra esses pais que evidentemente se provarem como maus guardiões de seus filhos biológicos, embora somente um Estado igualitário possa evitar discriminações de fato que hoje existem contra aqueles pais que não dispõem de recursos econômicos para criar seus filhos adequadamente.”

de interesses justificados a partir de necessidades básicas e, em especial, nas necessidades de cada etapa da infância. As atuações paternalistas na vida das crianças devem cumprir também com o requisito de ser menos gravosas possível para os indivíduos.³⁹¹ As necessidades básicas

das crianças constituem a justificação e ao mesmo tempo o limite das intervenções paternalistas. Justificar é fundamentar, fornecer razões para explicar que as crianças têm necessidades específicas, distintas das dos adultos, mas igualmente importantes, que é preciso garanti-las e o Estado deve assumir esta função em conjunto com a família, conforme o princípio da subsidiariedade. Somente é legítima a atuação pública sem a vontade do titular do direito naquilo que se relaciona com a satisfação das necessidades, qualquer outra intromissão ou omissão ao solicitar seu consentimento é contrária aos direitos das crianças e, portanto, injustificada.

Portanto, o princípio da subsidiariedade confere, por um lado, primazia à sociedade civil, que recupera, a cada dia, maior capacidade de iniciativa, liberdade, responsabilidade e confiança recíproca entre seus membros e, por outro, estabelece uma relação harmônica e coordenada entre o Estado e a sociedade, conferindo-lhes a missão de zelar pelo interesse público. Supera-se, assim, tanto o libertarianismo, que propugnava a limitação do Estado ao mínimo das questões sociais, quanto a ideologia excessivamente interventiva impingida pelo Estado-Providência, que ao impor ao Estado o dever de zelar pelos cidadãos, suprimia-lhes a liberdade e o direito a autorrealização e autodesenvolvimento.³⁹²

3.5.2. Os prazos de divórcio e a Emenda Constitucional nº 66/10

A partir da Carta de 1934, nos setores de cultura, educação, e família, os constituintes deram especial ênfase ao aspecto religioso, traduzido na exigência do “casamento indissolúvel”, para efeito de reconhecimento dos direitos da família e proteção do Estado, exigência essa que foi amenizada ao longo dos anos pela legislação ordinária, especialmente no tocante ao amparo e proteção dos filhos, aos direitos patrimoniais, e à assistência à concubina. No entanto, o casamento, na Constituição de 34, era exigência de legitimação da família.³⁹³

³⁹¹ GONZALES CONTRÓ, Mónica. *Paternalismo Jurídico y Derechos Del Niño*. Op. Cit, pp. 128s.

³⁹² Sobre a diferença entre Estado mínimo e Estado Providência, na perspectiva paternalista, cf. Capítulo I.

³⁹³ GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 189.

A matriz da família ocidental, e mais particularmente da brasileira, é monogâmica e patriarcal, ancorada na tradição da religião católica. “A influência religiosa”, diz Orlando Soares, “perdurou, de maneira mais acentuada, com relação ao casamento, no que tocou à indissolubilidade deste, aspecto esse que foi expressamente declarado no texto da Constituição de 1934 (art. 144) e mantido nas Cartas Políticas subsequentes até a Emenda Constitucional nº 9 de 28.06.1977 que ensejou a promulgação da lei 6.515 de 26/12/1977, admitindo o divórcio e dando outras providências.”³⁹⁴

Não obstante, a Constituição de 1969 manteve o estigma obscurantista e preconceituoso, ao proclamar que “a família é constituída pelo casamento” (art. 175), estigmatizando assim a “família natural”, constituída pela “união livre”, até porque existem impedimentos legais para a celebração do casamento, em determinados casos.³⁹⁵

A Constituição de 1988 não impôs o matrimônio como condição do reconhecimento da família, considerada a base da sociedade contando com especial proteção do Estado. Tal proteção decorre historicamente de seu conceito sociológico, enquanto célula social básica, isto é, uma comunidade constituída por um homem e uma mulher, unidos por laços estáveis e pelos filhos, nascidos dessa união. Do ângulo jurídico, o conceito de família vem assumindo um sentido cada vez mais amplo e mais complexo, dependendo dos diferentes modos pelos quais se podem estabelecer relações entre os cônjuges e os filhos; daí as modalidades de família monogâmica, poligâmica e poliândrica, tanto heterossexuais quanto homoafetivas.

A proteção da família pelo Estado brasileiro, decantada de séculos de pensamento perfeccionista, orientou o legislador constituinte a inserir no §6º do artigo 226 da CF/88 um prazo “razoável” para que os cônjuges pudessem refletir e avaliar melhor a separação judicial, a fim de que, nesse período, promovessem a reconciliação e mantivessem a situação jurídica.

Ora, essa justificativa paternalista é motivo suficiente para que se desejasse alterar a Constituição Federal. O que sempre causa estranheza é o falso alarme de “banalização do instituto” ou “estímulo ao desfazimento de famílias” ou “riscos ao casal” que surge no contexto de discussão da alteração constitucional sobre esse assunto. Tais argumentos são nitidamente paternalistas e desprezam a maturidade das pessoas sobre decisões fundamentais de suas vidas. Não há qualquer inconstitucionalidade na proposta que objetive simplesmente facilitar, desburocratizar o trâmite de quem deseja encerrar uma relação oficializada. Por isso, não há qualquer óbice jurídico para se suprimir o prazo de dois anos necessário ao

³⁹⁴ Ibidem.

³⁹⁵ A exemplo do art. 1523, III, do Código Civil de 2002, que impede o novo casamento do divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal.

requerimento da dissolução do casamento, em caso de separação de fato, e o de um ano, no caso de separação judicial.

Em se tratando de pessoas adultas que decidem se divorciar, o interesse do Estado em uma possível reconciliação não tem outro sentido senão garantir que seus cidadãos ajam em conformidade com valores morais do legislador de não promiscuidade, de sacralização do matrimônio, etc. Outro ganho seria a desnecessidade de se mobilizar a máquina judiciária para efetuar as separações.

Flexibilizar os procedimentos e requisitos de divórcio não significa ferir, atacar, ou enfraquecer o instituto do casamento ou da família. Significa, pelo contrário, fortalecer esses institutos, na medida em que se reconhece que a decisão pelo início e manutenção de um vínculo conjugal não significa um dever, uma pena, ou a obediência ao cumprimento de um lapso temporal mínimo, mas decorre de uma escolha livre, independente e autônoma, que permite a realização plena de cada um dos indivíduos da família.

A Proposta de Emenda à Constituição nº 33/07, de autoria do Dep. Sérgio Barradas Carneiro, altera o § 6º do art. 226 da Constituição Federal, suprimindo o instituto da separação judicial, sob alegação de que “não mais se justifica a sobrevivência da separação judicial, em que se converteu o antigo desquite. Criou-se, desde 1977, com o advento da legislação do divórcio, uma duplicidade artificial entre dissolução da sociedade conjugal e dissolução do casamento, como solução de compromisso entre divorcistas e antidivorcistas, o que não mais se sustenta.”³⁹⁶

A exigência constitucional determinava um ônus aos indivíduos por submetê-los à necessidade de demonstração de que o casal não convivia intimamente há dois anos, ou, na pior das hipóteses, impunham-se-lhes dois processos judiciais (separação judicial e divórcio por conversão), o que resultava em acréscimos de despesas para o casal, além de prolongar sofrimentos evitáveis. Não é necessário que haja dois processos judiciais, bastaria o divórcio amigável ou o judicial. O vínculo que une duas pessoas deveria ser o do amor e não o do contrato, especialmente quando viver junto é uma agonia.³⁹⁷

Em boa hora, a PEC foi aprovada e, em 13 de julho de 2010, promulgou-se a Emenda Constitucional nº 66/10, cuja redação altera o art. 226, §6º da Constituição da República, simplificando o texto nos seguintes termos: “o casamento civil pode ser dissolvido pelo

³⁹⁶ LOBO, Paulo Luiz Netto. Divórcio: Alteração constitucional e suas conseqüências. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=622> Acesso: 10/07/2010

³⁹⁷ Ver, nesse sentido, a declaração do Presidente nacional da Ordem dos Advogados do Brasil Cesar Britto em apoio ao fim do prazo para se requerer o divórcio, disponível em: <http://www.oab-rj.org.br/index.jsp?conteudo=9596> Acesso 05/11/09.

divórcio." Assim, com essa relevante alteração constitucional, evita-se que as informações referentes à intimidade e à vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam reveladas e trazidas à luz no desconfortável ambiente dos tribunais, além de se evitarem os constrangimentos e o agravamento das crises desses cônjuges e de suas famílias.

Agora, se as pessoas quiserem voltar a conviver, poderão fazê-lo a qualquer tempo, pois assim como o casamento não serviu para uni-las, não será ele que irá perpetuar uma desconfortável situação conjugal.

5. CONCLUSÃO

Em linha de síntese, é possível compendiar algumas proposições apresentadas ao longo deste trabalho de maneira objetiva.

O liberalismo político, tomado como um conjunto de filosofias políticas que valoriza a liberdade individual e a igualdade, é uma visão política que tem por base a defesa intransigente do *Estado de Direito*, do *constitucionalismo* e do respeito pelos direitos individuais, da *formação do indivíduo (self)* através da livre escolha das suas concepções de bem e da *sociedade aberta* e do compromisso com a democracia, a tolerância e o pluralismo.

Esses valores se opõem frontalmente ao Estado Paternalista, em que o exercício estatal do poder, por meio de atos, leis ou medidas, tem por objetivo evitar que o indivíduo leve a cabo ações ou omissões que provoquem ou aumentem o risco de ocorrer sobre si mesmo danos físicos, psíquicos ou econômicos, impondo-se, assim, um determinado conceito estatal de bem.

A etimologia das palavras “autoridade” e “paternalismo” demonstra que ambas, em seus sentidos mais primitivos, significam o poder de se criar, validar ou extinguir algo: uma vida, uma instituição ou uma lei. Na busca do fundamento da autoridade paternalista, revela-se uma violência pura consentida, mas despida de qualquer fundamento, a fim de a ordem social e jurídica e que supõem legitimar-se com base em vaga ideia de justiça. A autoridade paterna exerce sobre seus subordinados, legítima e originariamente, a “*vitae necisque potestas*” de que falam os romanos, tanto no direito público quanto no direito privado. Eis que o poder de gerar a vida e de extingui-la é, na verdade, a violência originária e permanente que fundamenta o poder paterno e mantém a ordem doméstica.

Conseqüentemente, o poder autoritário baseado na metáfora paternalista é o que pretende legitimar o exercício da biopolítica: o poder soberano de, originariamente, fazer viver e deixar morrer e, depois, de deixar viver e fazer morrer. Com isso, os indivíduos sob o poder de um Estado Paternalista, “absoluto, minucioso, regular, providente e suave”, são reduzidos a seres incapazes de decidir sobre seus próprios destinos e de responder por seus próprios atos.

Essa ação estatal será paternalista se o agente estatal exercer o poder sobre um indivíduo, por meio de uma medida 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. Diferentemente, o perfeccionismo moral é uma tese sobre os fins legítimos do Estado, segundo a qual o Estado deve, inclusive por meio da coação, promover determinadas concepções de bem (válidas universalmente) e condenar outras formas de vida consideradas imorais ou ilegítimas.

Um ato ou uma lei paternalista são aqueles realizados *com a intenção* de promover ou proteger o bem-estar, o bem, a felicidade, etc da pessoa coacionada. A diferença entre ambos é meramente uma questão formal (lei em sentido formal é aquela promulgada pelo Legislativo). A justificação pretendida ou alegada de uma norma ou ato ou norma paternalistas é a exposição, a fundamentação, de sua verdadeira finalidade. Assim a interferência na liberdade de ação de uma pessoa pode ter por finalidade expressa ou implícita proteger ou beneficiar essa pessoa. Defende-se a teoria da autonomia privada como “trunfo” (*trumps*) contra qualquer pretensão estatal de impor ao indivíduo restrições com base em escolhas ou concepções de vida que não as suas próprias.

Somente o exame da justificação das leis paternalistas e de sua incidência nos casos práticos pode auxiliar na correta compreensão sobre como os direitos morais agem argumentativamente em defesa da autonomia privada contra o paternalismo jurídico. Foi o que este estudo, sem pretensão de esgotar o assunto e examinar todos os casos existentes, buscou apresentar através da análise de dois exemplos de *paternalismo constitucional* (proteção da família pelo Estado e obediência de prazo constitucional para requerer o divórcio) e de duas hipóteses de *paternalismo institucional* (obrigatoriedade do uso de cinto e capacete e proibição de venda de alimentos não-saudáveis).

Portanto, o que se pretendeu examinar foi a maneira como a autonomia moral age como trunfo na defesa do interesse de pessoas que possuem suas concepções de bem, ainda que esta seja divergente da moral majoritária. Assim, o ordenamento jurídico brasileiro, a despeito de conter algumas regras paternalistas, consagra a autonomia individual como valor supremo, impondo que o Estado trate todos os seus cidadãos merecedores de igual respeito e consideração, respeitando suas preferências, crenças e ideologias personalíssimas.

REFERENCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer I: o poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2004.

_____. *Estado de Exceção*. Trad. Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2003.

ALEMANY, Macário. El concepto y la justificación del paternalismo. *DOXA* n° 28 (2005), p. 273.

_____. *El Paternalismo Jurídico*. Madrid: Iustel, 2006.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALMEIDA, Carlos Alberto. *A Cabeça do Brasileiro*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Record, 2005.

ALSTON, Lee J.; FERRIE, Joseph P. *Southern Paternalism and the American Welfare State: economics, politics, and institution in the South, 1865-1965*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

ANDERSON, Perry. *Origens da Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

AÑÓN, José García. Los Derechos Humanos como Derechos Morales: aproximación a una teoría com problemas de concepto, fundamento y validez. In: BALLESTEROS, Jesús. (ed). *Derechos Humanos: conceptos, fundamentos, sujetos*. Madrid: Editoria Tecnos, 1992.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.

ARENDT, Hannah. *As Origens do Totalitarismo*. 3ª reimpressão. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

_____. Da violência. In: *Crises da República*. Trad. José Volkmann. São Paulo: Perspectiva, 2006.

_____. O que é autoridade? In: *Entre o Passado e o Futuro*. Trad. Mauro W. Barbosa. 6ª ed. São Paulo: Ed. Perspectiva, 2009.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. In: *ARISTÓTELES* (Col. Os Pensadores). São Paulo: Ed. Abril Cultural, 1973.

_____. *Política*. 3ª Ed. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Ed. UNB, 1997

ATIENZA, Manuel. Discutamos sobre Paternalismo. *DOXA* nº 5 (1988), p. 203.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade - conceito e evolução*. Rio de Janeiro, Forense, 1996

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2008.

_____. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto et alii. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. In: *Revista de Direito do Estado*, nº 15, p. 56.

BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: *Temas de Direito Constitucional*. T. III. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

_____. Constitucionalismo. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (org). *Dicionário de Filosofia Política*. Rio Grande do Sul: Ed. UNISINOS, 2010.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

_____. Diferentes, mas Iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. *Temas de Direito Constitucional*, tomo IV. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2009.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*, São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

_____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 2. São Paulo: Ed. Saraiva, 1989.

BAUMAN, Zygmund. *Em busca da Política*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *O Discurso Filosófico da Modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BEAUCHAMP, Tom L; CHILDRESS, James F. *Principles of Biomedical Ethics*. 5th Ed. New York: Oxford University Press, 2001.

BEAUD, Claude. Les Schneider au Cresot: un modèle paternaliste en reponse aux impératifs du libéralisme et la montée du mouvement socialiste. In: AERTS, Erik; BEAUD, Claude; STENGERS, Jean (eds.). *Liberalism and Paternalism in the 19th Century*. Louvain: Presses Universitaires de Louvain, 1990.

BEHRENS, Alfredo. Charisma, Paternalism and Business Leadership in Latin America. *Thunderbird International Business Review*. Vol. 52, No. 1 (2010), p. 21-23.

BELL, Daniel (1973). *O Advento da Sociedade Pós-industrial*. São Paulo: Cultrix, 1973

BENTHAM, Jeremy. Declaration of Rights. In: PAREKH, Bhikhu (ed). *Bentham's Political Thought*. New York: Barnes & Nobles, 1973, p. 274.

BENTHAM, Jeremy. *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*. São Paulo: Ed. Abril Cultural, 1974 (Coleção Os Pensadores).

BENVENISTE, Émile. *O Vocabulário das Instituições Indo-européias*, vol. II: poder, direito e religião. Trad. Denise Bottman. Campinas: Ed. Unicamp, 1995, p. 151.

BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: Idem. *Quatro Ensaio sobre a Liberdade*. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BERLIN, Isaiah. Joseph de Maistre and The Origins of Fascism. *New York Review of Books*. Vol. 37, nº 14, 1990.

BIELEFELDT, Heiner. Carl Schmitt's Critique of Liberalism: Systematic Reconstruction and Countercriticism. In: DYZENHAUS, David (ed). *Law as Politics: Carl Schmitt's Critique of Liberalism*. Foreword by Ronald Beiner. Durham, N.C.: Duke University Press. 1998.

BOBBIO, Norberto et alii. Dicionário de Política. 11ª Ed. Vol. II. Brasília: Ed. UNB, 1998.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 4ª ed. Editora Brasiliense: 1993.

_____. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1999

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009.

BORGES, Jorge Luís. "A Biblioteca de Babel" In: _____. *Ficções*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2007

BRANDEIS, Louis; WARREN, Samuel. The Right of Privacy. *Harvard Law Review*. Vol. IV. Nº. 5 (1890).

CANETTI, Elias. Trad. Sérgio Tellaroli. *Massa e Poder*. 1ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2005

CANOTILHO, J. J. G. Brancos e Interconstitucionalidade. 1ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2006.

CANOTILHO, J. J. G. e MACHADO, Jónatas E. M. "*Reality Show*" e Liberdade de Programação. Coimbra: Coimbra Editora, 2003

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Ed. 7ª Coimbra: Ed. Almedina, 2008.

CARNEIRO, Lidiane; CORRÊA, Rosa Lydíia Teixeira. Totalitarismo, Moral e Educação: interconexões (im)possíveis? *HISTEDBR On-line*, Campinas, n.31, p.153-166, SET. 2008. Disponível em: http://www.histedbr.fae.unicamp.br/revista/edicoes/31/art12_31.pdf Acesso em 24/04/09.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009.

COADY, A. J. Tony. *Distributive Justice*, in: GOODIN, Robert E. and PETTIT, Philip. *A Companion to Contemporary Political Philosophy*, editors Blackwell Publishing, 1995.

FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*. Porto Alegre: Ed. Globo, 2001.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva – Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

COULANGES, Fustel. *A Cidade Antiga*. Trad. Aurélio Barroso Rebello e Laura Alves. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.

DAHL, Robert. *Um Prefácio à Teoria Democrática*. Rio de Janeiro, Zahar, 1989.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010

DE BONALD, Louis. *On Divorce*. Trans. Nicholas Davidson. New Brunswick: Transaction Publishers, 1993

DE BONALD, Louis. *Theorie du pouvoir politique et religieux dans la société civile, démontrée par le raisonnement et par l'histoire*. In: *Oeuvre Complètes de M. de Bonald*. Tome I, Paris, 1859, Chapitre VI, p. 664. Tradução livre extraída de <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k234962/fl.table>, acesso em 24/08/08.

DE LUCAS, Javier. *Sobre el origen de la justificación paternalista del poder en la Antigüedad Clásica*. *DOXA* nº 5 (1988), p. 244s.

DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2007, p. 9.

DEVLIN, Patrick. *The Enforcement of Morals*. Oxford: Oxford University Press, 1968, p. 13.

DICIONÁRIO ETIMOLÓGICO NOVA FRONTEIRA DA LÍNGUA PORTUGUESA. Rio de Janeiro, Ed. Nova Fronteira, 1982.

DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 225.

DIETERLEN, Paulette. Paternalismo y Estado de Bienestar. In: *Doxa*, nº 5 (1988), p. 175-194.

DOSTOIEVSKI, Feodor. *Os Demônios*. Trad. Paulo Bezerra. São Paulo: Ed. 34, 2005, p. 391.

DWORKIN, Gerald. Moral Paternalism. In: *Law and Philosophy*, 24 (2005), p. 305-319.

_____. Paternalism. In: SARTORIUS, Rolf (ed). *Paternalism*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1983.

_____. Paternalism: some second thoughts. In: SARTORIUS, Rolf (ed). *Paternalism*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1983.

_____. *The Theory and Practice of Autonomy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

DWORKIN, Ronald. "Foundations of Liberal Equality" In: DARWALL, S. (Ed.). *Equal Freedom*. Selected Tanner Lectures on Human Values. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1995.

_____. Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe and Nerve. *Fordham Law Review*. Nº 65, nº 4 (1997), pp. 1252-1262.

_____. Judicial discretion. *The Journal of Philosophy*, Vol. 60, nº. 21, (Oct. 10, 1963), pp. 624-638.

_____. *Justice in Robes*. Massachusetts: Harvard University Press, 2006.

_____. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2002.

_____. *O Direito da Liberdade: a leitura moral da constituição*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *O Império do Direito*. Trad. Jafferson Luiz Camargo. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1999.

_____. Temos um direito à pornografia? In: Idem. *Uma Questão de Princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2001, p. 497-554.

_____. Rights as Trumps. In: WALDRON, Jeremy. *Theories of Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984.

_____. *Uma Questão de Princípios*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2001, pp. 497-554.

_____. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e direitos individuais*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ELIAS, Norbert. *O Processo Civilizador*. 2 vol. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 1998.

FALLON Jr., Richard. Two Senses of Autonomy. In: *Stanford Law Review* n° 875, vol. 46 (1994), p. 877.

FARRERES, Germán Fernández. Reflexiones sobre el valor jurídico de la doctrina de la subsidiariedad em el derecho administrativo español. In: NETO, Diogo de Figueiredo Moreira (coor). *Uma avaliação das Tendências do Direito Administrativo Contemporâneo*. Obra em homenagem a Eduardo García de Enterría. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003.

FEINBERG, Joel. *Filosofia Social*. Trad. Alzira Soares da Rocha e Helena Maria Camacho. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 1974, p. 48.

_____. *Harm to Self (The Moral Limits of The Criminal Law)*. Oxford: Oxford University Press, 1986.

_____. *Harmless Wrong-Doing. (The Moral Limits of the Criminal Law)*, New York: Ed. Oxford University Press.

FEINBERG, Joel. Legal Paternalism. In: SARTORIUS, Rolf. *Paternalism*. Minnessotta:

FERNÁNDEZ, Eusebio. *Teoría de la Justicia y derechos humanos*. Madrid: Editorial debate, 1991, pp. 108s.

FILMER, Robert. Patriarcha. Disponível em: <http://www.constitution.org/eng/patriarcha.htm>
acesso em: 24/08/08.

FOTION, N. Paternalism. *Ethics*, Vol. 89, No. 2 (Jan., 1979), p. 191.

FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2005

_____. *O que é um autor?* Lisboa: ed. Nova Vega, 2006.

_____. *Segurança, População e Território*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2008.

_____. *Nascimento da Biopolítica*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2008.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FRIEDMAN, Milton. *Capitalism and Freedom*. Chicago: University of Chicago Press, 2002, p. 133.

FUKUYAMA, Francis. *O Fim da História e o Último Homem*. Trad. Rio de Janeiro: Ed. Rocco, 1992.

GARZÓN VALDEZ, Ernesto. ¿Es Éticamente Justificable el Paternalismo Jurídico? *DOXA* nº5 (1988), p. 156.

GIDDENS, Anthony. *A Terceira Via*: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia. Trad. Maria Luisa X. de A. Borges. 5ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2005.

GLENDON, Mary Ann. *Rights Talk*: The impoverishment of political discourse. New York: The Free Press, 1991

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GORDON, David M. Liberalism, paternalism and immigrant workers: foreign labour and industrial capitalism in late nineteenth century france. In: AERTS, Erik; BEAUD, Claude; STENGERS, Jean (eds.). *Liberalism and Paternalism in the 19th Century*. Louvain: Presses Universitaires de Louvain, 1990.

GUASTINI, Riccardo. Théorie et ontologie du droit chez Dworkin. *Droit et Société*, n° 2 (1986), p. 20.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin: Jurist- Profiles in Legal Theory*. Stanford: Stanford University Press, 1991.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

HAKSAR, Vinit. *Equality, Liberty and Perfectionism*. Oxford: Clarendon Press, 1979

HALL, Jeffrey B. Ronald Dworkin and the Federal Constitutional Court of Germany. *German Law Journal*. N° 09, Vol. 6. (2008), pp. 771-798

HART, H.L.A. *Direito, Liberdade, Moralidade*. Trad. G. P. dos Santos. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1987.

HARVEY, David. *A Condição Pós Moderna- Uma pesquisa sobre as Origens da Mudança Cultural*. 10ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

HARVEY, Paul. *Dicionário Oxford de Literatura Grega e Latina*. Trad. Mário da Gama Kury. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 1998.

HAYEK, F. A. *Direito, Legislação e Liberdade: Uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. 3 Volumes. São Paulo: Visão, 1985.

HOLLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995
<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=622> Acesso: 10/07/2010

HURKA, Thomas. *Perfectionism*. Oxford: Clarendon Press, 1996.

HUMBOLDT, Wilhelm von. *Os Limites da Acção do Estado*. Trad. Fernando Couto. Lisboa: Ed. Rés, s/d

HUNTINGTON, Samuel P. *Choque de Civilizações e a Recomposição da Ordem Mundial*. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2001.

JAMESON, Fredric. *Pós-Modernismo: A Lógica Cultural do Capitalismo Tardio*. São Paulo: Ed. Ática, 2002. TOURAINE, Alain. *Crítica da Modernidade*. Petrópolis: Ed. Vozes, 1994

JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Trad. Fernando de los Rios. Buenos Aires: Ed. B de F, 2005.

JORGE, Leonardo Carrilho. Sofistas. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (org). *Dicionário de Filosofia Política*. Rio Grande do Sul: Ed. Unisinos, 2010.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. 2ª Ed. Trad. Valério Rohden. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2008.

_____. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. In: Idem. *Crítica da Razão Pura e outros textos*. Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1974 (Coleção Os Pensadores).

_____. Resposta à pergunta: O que é o Iluminismo? Trad. Artur Morão. In: KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua e Outros Opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 2008, p. 09.

_____. Sobre a expressão corrente: isto pode ser correcto na teoria, mas nada vale na prática. In: Idem. *A Paz Perpétua e Outros Opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 2008, p. 80.

KHAN, Ali. The Invasion of Sexual Privacy. *San Diego Law Review*, Vol. 23, 1986. Disponível no site do SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=989955>> Acesso em 28/03/09.

KIRWAN, Christopher. *Augustine*. New York: Routledge, 1991, p. 217.

KLEINIG, John. *Paternalism*. Manchester: Manchester University Press, 1983.

LA BOÉTIE, Etienne. *Discurso da Servidão Voluntária*. Edição bilingüe. Tradução Laymert Garcia dos Santos. São Paulo: Editora Brasiliense, 1982.

LAPORTA, Francisco. Sobre el concepto de derechos humanos. *DOXA* nº 4 (1987), p.30

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. Lisboa: Editora Calouste Gulbenkian, 1997.

LESKY, Albin. *História da Literatura Grega*. Trad. Manuel Losa. Lisboa: Ed. Calouste Gulbenkian, 1995.

Lex Duodecim Tabularum. Disponível em: http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Leges/twelve_Girard.html. Acesso em: 23/04/09.

LIPOVETSKY, Gilles. *Tempos Hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004

LOBO, Paulo Luiz Netto. Divórcio: Alteração constitucional e suas conseqüências. Disponível em:

LONG, George. "Patria Potestas". In: SMITH, William. *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities*. London: John Murray, 1875.

LUCAS, Javier de. Algunos equívocos sobre el concepto y fundamentación de los derechos humanos. In: BALLESTEROS, Jesús. (Ed.) *Derechos Humanos*. Madrid: Tecnos, 1992, p. 13-21.

MINOGUE, Kenneth; BIDDISS, Michael. *Thatcherism: Personality and Politics*. Palgrave Macmillan, 1987.

NINO, Carlos Santiago. Sobre los Derechos Morales. DOXA. Nº 7 (1990), pp. 311s.

LYOTARD, Jean François. *A Condição Pós-Moderna*. Rio de Janeiro: José Olympio Ed., 2002

MACINTYRE, Alasdair. *Depois da Virtude*. 2ª Ed. Trad. Jussara Simões. Florianópolis: EDUSC, 2003

TAYLOR, Charles. *As Fontes do Self: a construção da identidade moderna*. 2ª Ed. Trad. Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Editora Loyola, 2005.

MACPHERSON, C.B. Os direitos humanos como direitos de propriedade. In: Idem, *Ascensão e Queda da Justiça Econômica*. Trad. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 1991, p. 103-114.

MACPHERSON, *Teoria do Individualismo Possessivo*. São Paulo: Paz e Terra, 1979.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 30ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. São os direitos como trunfos disponíveis? Reflexões à luz da teoria dos direitos de Ronald Dworkin. *Revista de Direito do Estado*. Ano 3, nº 10 (2008), pp. 101-124.

MARTIN, Rex. *A System of Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1993.

MARX, Karl. *À propôs de la question juive*. Edition bilingue. Trad. Marianna Simon. Paris: Aubier, 1971 LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. Cia das Letras: São Paulo, 1988.

MATTEUCCI, Nicola. “Paternalismo”. In: BOBBIO, Norberto et alii. *Dicionário de Política*. 11ª Ed. Vol. II. Brasília: Ed. UNB, 1998.

MATTEUCCI, Nicola. In: BOBBIO, Norberto et alii. *Dicionário de Política*. 11ª Ed. Vol. II. Brasília: Ed. UNB, 1998.

MCCLOSKEY, H. J. Rights. In: *The Philosophical Quarterly*, Vol. 15, No. 59, (Apr., 1965), pp. 115-127.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direitos Humanos e Conflitos Armados*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1992

MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MENDES, Gilmar et alii. *Curso de Direito Constitucional*. Op. Cit., p. 114.

MERQUIOR, José Guilherme. A Panoramic View on the Renaissance of Liberalisms. In: GELLNER, Ernest; CANSINO, César (ed). *Liberalism in Modern Times - Essays in Honour of José G. Merquior*. Central Europe University Press, 1996.

MEZZAROBA, Orides. “Autoridade.” In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2006.

MILL, John Stuart. *A Liberdade*. Trad. Eunice Ostrensky. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2000.

MILL, John Stuart. *A Liberdade; Utilitarismo*. Trad. Eunice Ostrensky. São Paulo: ed. Martins Fontes, 2000.

MILL, John Stuart. *Princípios de Economia Política: com algumas de suas aplicações à filosofia social*. Trad. Luiz João Baraúna. Vol. II. São Paulo: Editora Nova Cultural (Coleção “Os Economistas”), 1996.

MILLON-DELSOL, Chantal. *Le Principe de Subsidiarité*. Paris: PUF, 1993.

MOINE, Jean-Marie. Aux sources du paternalisme dans la siderurgie lorraine avant 1914. Esquisse d'un bilan provisoire. De la problematique du 'sacrifice' a celle du 'contrôle total'. In: AERTS, Erik; BEAUD, Claude; STENGERS, Jean (eds.). *Liberalism and Paternalism in the 19th Century*. Louvain: Presses Universitaires de Louvain, 1990.

MONTAIGNE. *Ensaïos*. (Col. Os Pensadores) São Paulo: Ed. Nova Cultural, 1973.

MONTEBELLO, Marianna. O Princípio da Subsidiariedade no Direito Comunitário. In: Lauro da Gama e Souza Jr (coord.). *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro – Direito Internacional*. v. XV, Rio de Janeiro: APERJ e Editora Lumen Juris, 2005

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006.

NAGEL, Thomas. Rawls and Liberalism. In: Samuel Freeman (ed.), *The Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

NETO, Cláudio de Souza Pereira. Teoria da Constituição, democracia e igualdade. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. *Teoria da constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994

NINO, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos: um ensayo de fundamentacion*. Buenos Aires: Ariel. 1989.

NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del Derecho*. Buenos Aires: Edición Ástrea, 1980, p. 417.

NISKANEN, William A. "Reaganomics." Disponível em: <http://www.econlib.org/library/Enc1/Reaganomics.html>. Acesso em: 12/03/2009.

NOVAES, Adauto (org). *A Crise do Estado-Nação*. Rio de Janeiro: *Civilização Brasileira*, 2003; FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno*. Trad. Carlo Coccioli et alii. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 28.

Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 3.ed. Curitiba: Positivo, 2004.p.1702.

NOVO DICIONÁRIO AURÉLIO. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 1986, p. 1281.

NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Trad. Ruy Jungmann, trad., Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 1991.

OFFE, Claus. *Contradictions of the Welfare State*. Cambridge: The MIT Press, 1985.

OLIVEIRA, Luzia Helena Herrmann de. Voto obrigatório e equidade um estudo de caso. *São Paulo Perspec.* [online]. 1999, vol.13, n. 4, pp. 144-152. Disponível no endereço: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88391999000400016&lng=en&nrm=iso. Acesso em 18/05/10.

OXFORD ENGLISH DICTIONARY. t. VII, ed. Oxford Clarendon Press, 1970. “Paternalismo”, em *Diccionario de la Lengua Española*. T. II. 20ª ed. RAE, 1986.

PASCAL, Blaise. *Pensamentos*. (Col. Os Pensadores). São Paulo: Ed. Nova Cultural, 1999.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos Fundamentales I*. Teoria Geral. Madrid: Universidad Carlos III, 1995.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça, Serviço de Documentação, 1958.

PLATÃO, *República*, Livro VIII. Trad. Enrico Corvisieri. São Paulo: Ed. Nova Cultural (Col. Os Pensadores), 2000.

PLATÃO. *As Leis, ou da Legislação, e Epinomis*. Trad. Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 1999, p. 118.

PLATÃO. *Político*. In: Diálogos. Trad. Jorge Paleikat et alii. São Paulo: Abril Cultural (Coleção Os Pensadores), 1972, p. 231.

PLUTARCH. *The Lives of the Noble Grecians and Romans*. Trans. by John Dryden. Chicago: Encyclopaedia Britannica (Col. Great Books of Westerns World), sd.

POPE, T. M. Counting the dragon's Teeth and claws: the definition of hard paternalism. *Georgia State University Law Review*, vol. 20, n° 659 (2004), p. 659-722.

POPPER, Karl. *A Sociedade Aberta e seus Inimigos*. Vol I. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia; São Paulo: EDUSP, 1974, p.157.

POSTEMA, Gerald J. Integrity: Justice in Workclothes. In: BURLEY, Justine (ed). *Dworkin and his Critics: with replies by Dworkin*. Oxford: Blackwell Publishing, 2004, pp. 293s.

RAMÓN DE PÁRAMO, Juan. El Moralismo Legal Contraataca. *DOXA* n° 15-16 (1994), p. 571.

RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Trad. Dinah de Abreu de Azevedo. São Paulo: Editora Ática, 2000.

_____. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Almiro Pisetta et alii. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002, DWORKIN, Ronald. *Ética privada e igualitarismo político*. Barcelona: Ed. Paidós, 1993.

RAWLS, John. *Justiça e Democracia*. Trad. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RAZ, Joseph. *Ethics in Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford: Clarendon Press, 1996.

_____. *Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon Press, 1988.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994.

_____. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004.

RESTA, Eligio. Metáfora do contrato. *DOXA* n° 5 (1988), p. 227

RODRÍGUEZ, Ricardo Vélez. *Castilhismo, uma filosofia da República*. Brasília: Senado Federal, 2000.

ROSENN, Keith S. *O Jeito na Cultura Jurídica Brasileira*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999 (Coleção Os Pensadores).

SAMPAIO, José Adercio Leite. *Direito à Intimidade e à Vida Privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1998.

SANCHÍS, Luis Prieto. Notas sobre La Interpretacion Constitucional. In: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. N° 9 (Mayo-Agosto) 1991.

SARLET, Ingo W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, vol. III. Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003.

_____. Casamento e União Estável entre Pessoas do Mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (org). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008.

_____. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHAUER, Frederick. Can Rights be Abused? *The Philosophical Quarterly*, Vol. 31, No. 124 (Jul., 1981), pp. 228-229

SCHNEEWIND, J. B. Autonomy, Obligation, and Virtue: An overview of Kant's moral philosophy. In: GUYER, Paul. *The Cambridge Companion to Kant*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

_____. *The Invention of Autonomy: a History of Modern Moral Philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

SCHULZ, Gunther. Industrial Patriarchalism in Germany. In: AERTS, Erik; BEAUD, Claude; STENGERS, Jean (eds.). *Liberalism and Paternalism in the 19th Century*. Louvain: Presses Universitaires de Louvain, 1990.

SENNETT, Richard. *Autoridade*. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SIERRA ÁLVARES, José. *El Obrero Soñador: Ensayo sobre el paternalismo industrial (Asturias, 1860-1917)*. Madrid: Ed. Siglo XXI, 1990.

SILVA, Fernanda Duarte Lucas Lopes da. Os Direitos Humanos como Direitos Morais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Petrópolis*, v. 1, 1999

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1998.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, p. 23-50, 2002.

SILVERMAN, Hugh J. “Modernity and postmodernity” (1996) In: *Encyclopedia of Philosophy*. 2nd ed. Vol. 6. Farmington Hills: Thomson Gale.

SOARES, Paulo Henrique Soares. Vantagens e desvantagens do voto obrigatório e do voto facultativo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 41 n. 161 jan./mar. 2004, p. 107.

SÓFOCLES. *Antígona*. Trad. J. B. Mello e Souza. 18ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

STEINMERTZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001

SUMNER, L. W. *The Moral Foundation of Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1990.

SUNSTEIN, Cass. Behavioral Analysis of Law. *University of Chicaco Law Review*, vol. 64, nº 4 (1997), p. 1175-1195.

SUNSTEIN, Cass. THALER, Richard . Libertarian Paternalism. *The American Economic Review*, Vol. 93, nº 2 (May, 2003), p. 175.

_____. *Un Pequeño Empujón (Nudge): el impulso que necesitas para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad*. Trad. Belén Urrutia. Taurus, 2009.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. Trad. J. A. G. Albuquerque. (Coleção Os Pensadores). São Paulo: Abril Cultural, 1973

_____. *O Antigo Regime e a Revolução*. Trad. Rosemary Costhek. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2009.

TOLEDO, Suzana Barros de. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Estritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: Imunidades e Isonomia*. Vol. III. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005.

TORRES, Silvia Faber. *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001;

ULPIANO. *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, Barcelona: Jaime Molinas Editor, 1889.

UNGER, Roberto Mangabeira. *A Segunda Via: presente e futuro do Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2001. CHEVALIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009.

VERNENGO, Roberto J. Los Derechos Humanos como Razones Morales Justificadoras. DOXA 7 (1990), p. 276.

VEYNE, Paul (org). *História da Vida Privada: Do Império Romano ao ano mil*. Trad. Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

VILLEY, Michel. *O direito e os direitos dos homens*. Trad. Maria Ermantina de A. P. Galvão. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2007

WALDRON, Jeremy. A Right to do Wrong. In: *Ethics*, Vol. 92, No. 1, Special Issue on Rights (Oct., 1981), p. 34

WALL, Steven. *Liberalism, Perfectionism and Restraint*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon Press, 1988.

WALUCHOW, W.J. *Inclusive Legal Positivism*. Oxford: Clarendon Press, 2003.

WEBER, Max. *A Ética Protestante e o 'Espírito' do Capitalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Trad. Fernando de los Rios. Buenos Aires: Ed. B de F, 2005.

YSERN, Enrico Rivero. El principio da subsidiariedad. In: NETO, Diogo de Figueiredo Moreira (coor). *Uma avaliação das Tendências do Direito Administrativo Contemporâneo. Obra em homenagem a Eduardo García de Enterría*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003