Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Gustavo Augusto Ferreira Barreto

Um limite absoluto para o Direito? O princípio do dano e o problema da coação legítima

Rio de Janeiro

2014

Gustavo Augusto Ferreira Barreto

Um limite absoluto para o Direito? O princípio do dano e o problema da coação legítima

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Teoria e Filosofia do Direito.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Silveira Siqueira

Coorientador: Prof. Dr. Marcello Raposo Ciotolla

Rio de Janeiro

2014

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

B273 Barreto, Gustavo Augusto Ferreira.

Um limite absoluto para o direito? O princípio do dano e o problema da coação legítima / Gustavo Augusto Ferreira Barreto. - 2014.
122 f.
Orientador: Prof. Dr. Gustavo Silveira Siqueira.
Coorientador: Prof. Dr. Marcello Raposo Ciotolla.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Danos- Teses . 2.Moralidade - Teses. 3.Paternalismo – Teses. I. Siqueira, Gustavo Silveira. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.426

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

_____ _____

Assinatura Data

Gustavo Augusto Ferreira Barreto

Um limite absoluto para o Direito? O princípio do dano e o problema da coação legítima

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Teoria e Filosofia do Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora:

_____

Prof. Dr. Gustavo Silveira Siqueira (Orientador)

Faculdade de Direito – UERJ

_____

Prof. Dr. Marcello Raposo Ciotola (Coorientador)

Faculdade de Direito – UERJ

_____

Prof. Dr. Marco Aurélio Marrafon

Faculdade de Direito – UERJ

_____

Profª. Drª. Ana Paula Barbosa-Fohrmann

Universidade Federal do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2014

DEDICATÓRIA

Para Susana e Guilherme

AGRADECIMENTOS

Elaborar uma dissertação de mestrado é certamente um exercício de humildade àquele que inicia a vida acadêmica. Os erros são sempre estritamente pessoais porque resultam da teimosia ou da incapacidade de perceber as corretas articulações a serem feitas. Os eventuais acertos, porém, nunca propriamente autorais, pois fruto não só da leitura de autores já senhores do tema como de infindáveis discussões com colegas e amigos de mestrado. A estes todos agradeço sinceramente a ajuda.

Um agradecimento especial devo dedicar aos meus orientador e co-orientador, respectivamente, os Professores Gustavo Silveira Siqueira e Marcello Raposo Ciotola. Em um momento díficil devido às mudanças ocorridas no programa de pós-graduação, quando já se aproximavam os prazos finais, o Professor Gustavo me acolheu de modo gentil e extremamente profissional. O que dizer então ao Professor Ciotolla, que mesmo após sair do programa de pós-graduação, continuou orientando-me com a mesma dedicação. A ambos agradeço o profissionalismo e gentileza.

Por fim, mas obviamente não menos importante, agradeço a Susana, minha esposa, pela paciência, ainda que finita, com minhas discussões sobre o tema desta dissertação e minha incapacidade de cumprir prazos. Das discussões recebi sempre provocações interessantes fruto de um espírito amoroso e extremamente perspicaz.

The imperfect is our paradise.
Note that, in this bitterness, delight,
Since the imperfect is so hot in us,
Lies in flawed words and stubborn sounds

Wallace Stevens
The poems of our climate

RESUMO

BARRETO, Gustavo Augusto Ferreira. *Um limite absoluto para o Direito? O princípio do dano e o problema da coação legítima*. 2014. 122 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

O princípio do dano, assim como elaborado por John Stuart Mill em *On Liberty*, é tido como elemento fundamental à afirmação do liberalismo a partir do século XIX e seu desenvolvimento rumo ao século XX. Diante das nascentes democracias européias foi afirmado como um princípio absoluto de proteção à liberdade individual contra a imposição da moralidade pela opinião pública e pelo Estado. Mill partilhava o apreço de Tocqueville pela democracia sem deixar de temer a "tirania das maiorias". Inicialmente, investiga-se o lugar do princípio do dano na filosofia política milliana e as fragilidades apontadas por seus críticos. Em um segundo momento, analisa-se sua influência na defesa das liberdades civis na Inglaterra da década de 1950, especificamente com a edição do Relatório Wolfenden que defendeu a descriminalização de práticas homossexuais, bem como o debate que se lhe seguiu sobre os limites do Direito protagonizado por H.L.A. Hart. Na última parte, o objeto do estudo é o princípio do dano agora inserido em uma doutrina liberal-perfeccionista, assim como formulada por Joseph Raz em *A Moralidade da Liberdade*. O objetivo final é revelar a existência de incoerências internas no princípio do dano, tanto em sua versão original como nas que lhe sucederam, de modo a impedir a fixação de uma espaço imune ao Direito e à imposição da moralidade. No entanto, visto da perspectiva adequada, o fracasso na elaboração de tal princípio deve ser relativizado, eis que no seu devir o princípio do dano serviu à reflexão acerca dos limites da coerção legítima, bem como ao aprimoramento de conceitos relevantes à filosofia política como moralismo legal, paternalismo e perfeccionismo jurídicos.

Palavras-chave: Princípio do Dano. Liberdade Individual. Imposição da Moralidade. Paternalismo. Perfeccionismo.

ABSTRACT

BARRETO, Gustavo Augusto Ferreira. *An absolute limit to the law? The harm principle and the problem of legitimate coercion*. 2014. 122 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

The harm principle, as elaborated by John Stuart Mill in *On Liberty*, is regarded as a key element to the assertion of liberalism from the 19th century and its development into the 20th century. Facing emerging European democracies it was stated as an absolute principle of individual freedom against the enforcement of morality by governments and public opinion. Mill, as well as Tocqueville, appreciate democracy but fear the "tyranny of the majority". Initially, we investigate the place of the Millian harm principle in his political philosophy and its weakness as pointed out by its critics. Then, we analyze harm principle's influence on civil rights movement in England's1950s, notably in theWolfenden Report's debate between HLA Hart and Lord Patrick Devlin about the limits of the law. In the last section we face the liberal-perfectionism of Joseph Raz' *Morality of Freedom* and his view about the harm principle. We argue as a final statement the existence of harm principle's internal inconsistencies, both in its original version and later ones, that disables it to be an adequate liberal response to the legal enforcement of morality. However its failures, harm principle seems to produce a deep and useful debate about the legitimacy of such fundamental concepts of philosophy of law as legal coercion, legal moralism, legal paternalism and perfectionism.

Keywords: Harm Principle. Individual Freedom. The Enforcement of Morality. Paternalism. Perfectionism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....9

1 **ORIGENS E FUNDAMENTOS DO PRINCÍPIO DO DANO**..... 16

1.1 **O tema central de *On Liberty***.....16

1.2 **A teoria da individualidade**.....20

1.3 **O *télos* social: a felicidade**.....26

1.4 **O que a Lei pode alcançar? O dano**.....32

1.5 **O princípio do dano na berlinda**.....39

1.5.1 Fitzjames Stephen.....39

1.5.2 Gertrude Himmelfarb.....41

1.5.3 Herbert Marcuse.....43

1.5.4 Robert Paul Wolff.....45

2 **O PRINCÍPIO DO DANO REDIVIVO: O DEBATE HART *VS.* DEVLIN**.....49

2.1 **O Relatório Wolfenden**.....49

2.2 **A crítica conservadora: Lord Patrick Devlin**.....50

2.2.1 A função prudencial da lei.....58

2.2.2 A defesa da moralidade e a sociedade contemporânea.....61

2.3 **A resposta liberal: Herbert L. A. Hart**.....64

2.3.1 O paternalismo como razão da lei.....65

2.3.2 A imoralidade como causa de desintegração social.....71

2.3.3 Conservadorismo moral e democracia.....76

3 **O COLAPSO DO PRINCÍPIO DO DANO?**.....79

3.1 **Uma alternativa: a teoria rawlsiana dos bens primários**.....80

3.2 **O inusitado retorno do princípio do dano: sua reabilitação por uma doutrina perfeccionista**.....89

3.2.1 Neutralidade: um conceito desnecessário ao Estado liberal.....90

3.2.2 Coação: o busílis.....99

3.2.3 O princípio do dano como elemento de contenção perfeccionista.....102

4 **CONCLUSÃO**.....111

REFERÊNCIAS.....117

INTRODUÇÃO

Por que não devo viver como me agrada?

Isaiah Berlin

Decidir é talvez o verbo por excelência da atividade jurídica. Decide-se sobre as regras e princípios que devem integram o ordenamento, sobre a interpretação correta dos dispositivos ou sobre as normas a serem aplicadas a um determinado caso concreto. Decide-se enfim, ou pode se decidir, sobre o melhor modo de regular as relações dos indivíduos em sociedade. Mas estaria esta decisão limitada de algum modo? Pois não parece fazer sentido tratar de limites quando um dos objetos da decisão jurídica, a regulação das relações humanas, exige em infinitas circunstâncias a elaboração de uma miríade de regras capazes de lidar com problemas que envolvem liberdade, igualdade, justiça, paz e ordem em um contexto de pluralidade de valores, marca de sociedade democráticas.

As conexões entre valores e circunstâncias sociais, históricas e culturais parecem indicar que se existem limites ao Direito estes existem por razões meramente prudenciais. Os legisladores, uma vez feitos da mesma matéria falível que os demais seres humanos, hão de ter em mente que a regulação detalhada de todos os pormenores da vida humana sufocariam os relacionamentos humanos que pretendiam regular e preservar.

Há, porém, maneiras de perceber os limites do Direito que escapam à prudência. Alguns limites são cogentes ao fenômeno jurídico porque revelam sua ineficácia absoluta para atingir certos propósitos. Não parece razoável esperar que a incidência de normas jurídicas possa por si só extinguir problemas de ordem econômica, científica ou existencial: a inflação, o câncer ou a infelicidade de um povo não tem no Direito um opositor à altura.

Existem outros que escapam a questões práticas, ou questões de ineficácia da relação entre meios e fins[1], e se colocam como tentativas de limitação teórica do Direito; tentativas de restrição *a priori* da intervenção normativa independentes em um primeiro momento do que é contingente e circunstâncial postando-se no plano abstrato das idéias. O primeiro e mais importante limite pode-se denominar de conformativo e refere-se diretamente aos princípios-

[1] V. STANTON-IFE, John. The Limits of Law. ZALTA, Edward N.(ed.). The Stanford Encyclopedia of Philosophy.disponível em: http://plato.stanford.edu/archives/win2008/entries/law-limits/. Acesso em 02 de outubro de 2013.

valores que encontram guarida na constituição no rol de direitos fundamentais e norteiam todo o ordenamento. Princípios como os da dignidade da pessoa humana e da igualdade representam tais limites porque perpassam todo o espectro das relações sociais alcançadas pelo Direito exigindo das normas que se ajustem, conformem-se, ao molde constituído por aquilo que se entende respeitoso e adequado a noções, construídas socialmente, de dignidade humana e de isonomia de todos os indivíduos perante a Lei.

O tema desta dissertação, porém, caminha por outra trilha, ainda que permaneça direcionada à tentativa de impor limites teóricos ao Direito. O limite de que se trata neste trabalho é o que se pode denominar de espacial. Não porque se refira à circunscrição geográfico-política do Direito, mas porque relaciona-se à ideia de delimitar uma esfera de liberdade dentro da qual o indíviduo possa agir ou omitir-se, ser ou não ser, tornar-se ou deixar de se tornar o que quer seja; livre portanto de qualquer interferência estatal. Representa a expressão de um ideal que está nas origens da concepção de Estado de Direito como limitação ao poder absoluto do monarca; e que, paulatina mas inexoravelmente, deixa de ser uma limitação do Estado *pelo* Direito durante os regimes de monarquia absolutista para alcançar a limitação mesma *do* Direito já durante regimes democráticos nascentes na Europa dos séculos XVIII e XIX[2].

Uma esfera, um espaço, de liberdade individual inexpugável não somente ao poder de império do Estado como à própria coletividade constitui verdadeira a marca distintiva da modernidade ao menos no que se refere à noção de liberdade. Como indicou Benjamin Constant em *Da Liberdade dos antigos comparada à dos modernos*, a liberdade deixa de ser concebida meramente como liberdade de participar da vida pública para ser a possibilidade de agir como bem aprouver ao indivíduo, inclusive para alhear-se aos destinos da coletividade[3], porque este é o espaço onde há de se desenvolver minimamente as "faculdades naturais [e] que, por si só, torna possível perseguir, e mesmo conceber, os vários fins que os homens consideram bons, corretos ou sagrados"[4].

A idéia de liberdade como ausência de interferências externas, liberdade negativa como afirma Berlin[5], é novidade histórica da modernidade[6] que informa a tentativa de

---

[2] V. NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito. Coimbra: Almedina, 2006. p. 41.

[3]GUSMÃO, Luis Augusto Sarmento Cavalcanti de. Constant e Berlin: A liberdade negativa como liberdade dos modernos. *In* SOUZA, Jessé (Org.). Democracia hoje: Novos desafios para a teoria democráticas contemporânea. Brasília: Universidade de Brasília, 2001. P. 44.

[4]BERLIN, Isaiah. Dois Conceitos de Liberdade. *In* _____. Quatro ensaios sobre a Liberdade. Brasília: Editora Universidadade de Brasília, 1981. Coleção Pensamento Político nº.: 39. p. 137.

[5] Ibid., p. 136.

conferir limites ditos espaciais ao Direito de modo a estabelecer uma separação entre a vida privada de um lado e os poderes públicos e a sociedade de outro.

O tema será abordado da perspectiva do que se entende a tentativa mais clara e articulada do projeto liberal de delimitar o espaço próprio da liberdade individual em sociedades democráticas: o princípio do dano[7] assim como elaborado pelo filósofo inglês do século XIX John Stuart Mill, e em seus desenvolvimentos posteriores em autores como H.L.A Hart e Joseph Raz. Princípio que ao conferir legitimidade racional à intervenção estatal apenas e tão-somente para evitar danos a terceiros delimita para o indivíduo a tal esfera de liberdade na qual pode agir como lhe agradar mais, e nem mesmo seu próprio bem, seja para torná-lo virtuoso ou evitar a prática de atos danosos a si próprio, seria razão suficiente para o Estado invadi-la.

Mill está assim inserido na mesma tradição de Locke[8] e Kant[9] que entendem o indivíduo como 'senhor da situação' em sua capacidade de autodeterminar-se direcionando o curso de vida para os fins que julgue bons. Todos os homens nasceriam de tal modo capazes do uso da razão que as conseqüências de suas ações somente poderiam ser a ele imputados. É o exercício da escolha que evidencia a racionalidade e permite a responsabilização do homem, recusar exercê-las afastaria o homem de sua própria natureza.

A dissertação foi elaborada de modo a contrapor à ideia de que liberdade é a inexistência de interferências externas, e daí a possibilidade de delimitação da esfera individual inalcançável ao Direito, a outras em que na concepção de liberdade haja elementos como a autorrealização pessoal, a influência social na construção da liberdade individual ou

---

[6]Vale ressaltar que tal noção de liberdade estava presente já em Hobbes como revela o seguinte trecho de *Leviatã:* "Liberdade, ou Independência significa, em sentido próprio, a ausência de oposição (entendendo por oposição os impedimentos externos do movimento)", assim, "homem livre é aquele que, naquelas coisas que graças à sua força e engenho é capaz de fazer, não é impedido de fazer o que tem vontade de fazer" (v. HOBBES, Thomas. Leviatã: Ou matéria, forma e poder de um república eclesiástiva e civil. São Paulo: Martins Fontes, 2008. P. 179). No entanto, tal noção de liberdade hobbesiana, ao contrário da presente nos modernos, possui nítida conotação pejorativa porque indica que os seres humanos, uma vez livres de amarras, se chocarão de tal modo a ponto de caminharem rumo ao conflito final e fatal. O conflito de todos contra todos a ser evitado pelo soberano (agradeço ao Professor Marco Aurélio Marrafon pela indicação do contexto correto da noção de liberdade negativa na filosofia política hobbesiana).

[7] Alguns autores denominam o princípio do dano milliano de "princípio da liberdade". Embora possa se entender que se trate de denominação que melhor capta o sentido e os objetivos pretendido por Mill, preferiu-se nesta dissertação o uso de "princípio do dano" (*harm principle*) por ser o de uso comum na doutrina.

[8] cf. PARRY, Geraint. Individuality, politics and the critique of paternalism in John Locke. *Political Studies.* v. 12, n. 2. p. 163-177. June 1964.

[9] Kant repudia a coação em direção à felicidade conforme determinada concepção alheia de bem-estar a ponto de afirmar que um governo que determine como as pessoas devem ser felizes (*imperium paternale*) é "o maior despotismo concebível" (v. KANT, Immanuel. On the relationship of theory to practice in political Right (against Hobbes).*In* _____.Political Writings.Cambridge Texts in History of Political Thought.Cambridge: Cambridge University Press, 2003 (14ª reimpressão). P. 74). Kant, aliás, é quem formula na concepção liberal de Estado de Direito a separação entre Estado e Moral (cf. NOVAIS, *op. cit.*, p. 65-69).

algum parâmetro de racionalidade externa ao indivíduo. Elementos que permitiriam algum grau de correção nas ações, omissões, desejos e interesses do sujeito entendido como livre. Enquanto na primeira acepção (negativa) está em questão apenas o que se pode fazer ou deixar de fazer, na segunda (positiva) ganha relevância saber quem está de fato no controle das ações do indivíduo. Ou como afirma Berlin

> O sentido positivo da palavra "liberdade" tem origem no desejo do indivíduo de ser seu próprio amo e senhor. Quero que minha vida e minhas decisões dependam de mim mesmo e não de forças externas de qualquer tipo. [...] Quero ser alguém e não ninguém, alguém capaz de fazer – decidindo, sem que que decidam por mim, autoconduzido e não sofrendo influências de natureza externa ou de outros homens como se eu fosse uma coisa, um animal, um escravo incapaz de interpretar um papel humano, isto é, de conceber metas e diretrizes inteiramente minhas, e de concretizá-las. Eis aí pelo menos parte do que quero expressar quando digo que sou racional e que é minha razão que me distingue, por ser humano, de todo o resto do mundo[10]

No trecho transcrito a noção de autocontrole pressupõe elementos a partir do quais se torna impossível não mais integrar ao conceito de liberdade certos parâmetros de racionalidade ou sociabilidade que não podem ser circunscritos exclusivamente à esfera individual. Ser livre deixa de ser uma mera questão de "Faço o que quero!" para ser uma questão de "Faço o que quero, desde que não seja contrário a meus próprios interesses de autorrealização!". Ou, como afirmado por Charles Taylor um crítico da noção de liberdade negativa como conceituado por Berlin, "o próprio sujeitonão pode ser aautoridadefinal sobre aquestão de saber seele é livre; pois ele não podeser a autoridadefinal sobre aquestão de saber seos seus desejossão autênticos, se eles frustram ou nãoseus propósitos"[11].

Neste contexto de tensão conceitual entre liberdade positiva e negativa, entre liberdade individual e a soberania coletiva que se utiliza do Estado e suas leis para obtenção de seus objetivos, o título desta dissertação permite antever a pergunta que a motiva: conseguiu o princípio do dano, a partir de sua estrutura elaborada por Mill e seus desenvolvimentos posteriores, estabelecer a esfera de liberdade individual inalcançável ao direito?

A hipótese aventada é a de que o princípio do dano não consegue seu intento de delimitar a esfera de liberdade individual buscada pelo liberalismo. Seja em sua concepção original seja em seus desenvolvimentos posteriores, o princípio do dano parece, antes de qualquer consideração mais precisa, não ter sido suficientemente sólido para superar o

---

[10]BERLIN, Isaiah. Dois Conceitos de Liberdade. *In* _____. Quatro ensaios sobre a Liberdade. Brasília: Editora Universidadade de Brasília, 1981. Coleção Pensamento Político nº.: 39. p. 142.

[11] TAYLOR, Charles. What's Wrong with Negative Liberty. *In* RYAN, Alan (Ed.). The Idea of Freedom: Essays in Honour of Isaiah Berlin. Oxford: Oxford University Press, 1979. p. 180 (tradução nossa).

problema da indeterminação de seu conteúdo, ou seja, a impossibilidade de conferir sentido unívoco. Fragilizado por sua aparente vacuidade o limite deixaria de ser relevante para o ideal de criação da esfera de liberdade individual absoluta porque seu conteúdo poderia ser preenchido de modo a incluir quaisquer atos ou condutas que certas maiorias de ocasião façam objeção.

O ponto de partida para uma tentativa de resposta e de verificação da falsidade ou veracidade da hipótese - a ser visto no primeiro capítulo, *Origens e Fundamentos do Princípio do Dano* – é a preocupação de Mill com as democracias nascentes, no qual o poder se tranfere do monarca para o povo e não há garantia alguma de que os regimes democráticos não descambem para a demagogia e opressão das maiorias sobre as minorias. Na esteira do projeto iluminista, é preciso conferir princípios racionais de mediação entre os interesses do indivíduo, e por extensão das minorias em geral, e os da sociedade, que impeçam que esta expresse nas normas jurídicas suas reações emocionais a costumes e condutas que lhes são estranhos ou repugnantes.

Mill está imbuído de uma tal confiança no progresso, típica do século XIX, que entende a libertação dos indivíduos das amarras sociais como a fonte de onde irá brotar um inesgotável processo de diferenciação de experimentos de vida e, consequentemente, de florescimento da diversidade humana. Processo que é em si mesmo a felicidade, se esta é concebida como a atividade humana em sua excelência. Assim, diante da necessidade de permitir ao indivíduo o mais amplo espaço de liberdade, sem recair em um atomismo porque não há como escapar do entendimento de que o indivíduo está, e precisa estar, conectado aos demais membros da sociedade, Mill estabelece o dano a terceiros como o elemento legitimador da intervenção estatal. Percorre-se as discussões acerca de sua definição, as relações entre razão e emoção quanto a um conceito avaliador, e portanto normativo, como o é o conceito de dano, e a tentativa milliana de conferir-lhe caráter estritamente racional.

Ocorre que críticos oriundos de diferentes pontos do espectro político criticaram veementemente em Mill sua exarcebação do liberdade individual e sua crença de que ela por si só levaria ao florescimento humano. Sua idéia de liberdade tanto esgarçaria o tecido social ao retirar o indivíduo das amarras construídas coletivamente como seria instrumento contrário a movimentos sociais emancipatórios do ser humano, além do que seria, por fim, incompatível com seu apelo ao utilitarismo.

Embora objeto de críticas, no segundo capítulo intitulado de *O Princípio do Dano Redivivo: o Debate Hart* versus *Devlin*, o princípio milliano volta à cena no momento de afirmação de liberdade civis na Inglaterra da década de 1950 ao servir de fundamento à luta

pela descriminalização de práticas homossexuais. Ao Direito, e mais especificamente à coerção jurídica, não seria dado intrometer-se na moralidade privada dos indivíduos se estes não causam danos aos demais. Sentido em que se expressou o denominado Relatório Wolfenden, documento produzido pelo Parlamento Inglês em 1957 e que recomendou que a prática privada de atos homessexuais entre adultos na era da alçada do Direito. Não foi outro o fundamento do relatório senão o princípio do dano.

No entanto, o Direito não seria elaborado para servir de proteção ao indivíduo mas à sociedade, de modo que não haveriam condutas privadas isentas da intervenção estatal se estas afetam de algum modo os sentimentos morais da população. Ao menos este é, *grosso modo*, o pensamento de Patrick Devlin contra o qual se insurge H.L.A. Hart por significar uma imposição da moralidade positiva que somente pode resultar em miséria e sofrimento humano.

A resposta de Hart a Devlin, fundada no princípio do dano, vai no sentido de que há espaço para a crítica racional dos institutos jurídicos e morais e de que o Direito, embora inclua limitado conteúdo moral, não é propriamente fundado na moralidade dominante. Instigado pelo ceticismo na capacidade do indivíduo em decidir seus rumos de sua existência em alguns domínios da vida, disseminado no século XX, ceticismo, como visto, inexistente em Mill, Hart abre caminho em sua discussão para a associação do princípio do dano com a noção de paternalismo jurídico indicando mudanças relevantes em relação ao princípio do dano assim como originalmente elaborado.

No terceiro e último capítulo, que se intitula *O Colapso do Princípio do Dano?*, busca-se aprofundar a discussão acerca da justificação ou não de intervenções de caráter paternalista ou perfeccionista, ou seja, intervenções que a despeito de desconsiderarem a vontade do indivíduo a fim de beneficiá-lo forçam-no, respectivamente, a deixar de agir de modo autodestrutivo ou a agir de modo a tornar-se virtuoso. Objetivos a que o princípio do dano em sua concepção milliana se opôs e que agora recebem uma outra abordagem teórica muito exitosa no panorama da filosofia política e jurídica atual: o do neocontratualismo rawlsiano presente em *Uma Teoria da Justiça*.

O liberalismo igualitário de Rawls, notadamente antiperfeccionista, encontra no liberalismo-perfeccionista de Joseph Raz, assim como elaborado em *A Moralidade da Liberdade*, uma crítica que é integrada por uma versão do princípio do dano de tal modo ressignificado a ponto de integrar uma justificativa geral tanto para práticas paternalistas como, e daí sua novidade e interesse, para práticas perfeccionistas. O princípio volta a ser relevante na filosofia política e jurídica por caminhos não imaginados por Mill. Longe da

esfera de liberdade individual buscada pelo ideário liberal, negativa no sentido dado por Berlin, o princípio é utilizado para justificar a busca por um ideal de autonomia integrado por uma noção de liberdade positiva.

Nos capítulos apresentados acima pretendeu-se não somente encaminhar a dissertação para a uma resposta minimamente satisfatória da pergunta que lhe serviu de força motriz, e que confirmasse ou não a hipótese aventada, como também apresentar, com mais ou menos destaque, como autores importantes para a tradição liberal anglófona serviram-se do princípio milliano para embasar, aprimorar ou contrapor suas próprias concepções em Filosofia do Direito. Autores relevantes como Herbert L. A. Hart, Ronald Dworkin, John Rawls, Martha Nussbaum e Joseph Raz passam por toda obra enfrentando de algum modo os problemas apresentados por Mill permitindo ganhos conceituais que se entende relevantes para uma classificação mais sofisticada de determinadas intervenções na liberdade individual.

1 ORIGENS E FUNDAMENTOS DO PRINCÍPIO DO DANO

1.1 O tema central de *On Liberty*

Com o avanço das democracias liberais na era moderna a relação entre governantes e governados deixou de ser de contraposição para ser uma relação de representatividade, de certamaneira a limitação ao poder do governante, tema central ao campo da política, passa a ser um problema de autolimitação, eis que a origem do poder se altera deixando de emanar da figura do monarca cujo lugar é ora ocupado pelo povo. Nessa mudança salutar para um regime de participação popular[12] está embutido um perigo à liberdade na visão de John Stuart Mill: a pretensa irrelevância da reflexão acerca dos limites do poder do Estado sobre o indivíduo. Isto porque teria se tornado lugar-comum a noção de que "[a] nação não precisava de ser protegida da sua própria vontade. Não se receava que a nação agisse tiranicamente contra si própria"[13].

Afinal, a democracia não é garantia de preservação da liberdade. O sufrágio universal não é garantia de que o poder não se voltará contra qualquer um do povo. Os inimigos que a filosofia política enfrentou não estão mortos, mas tomaram nova forma com o advento da democracia. O avanço democrático conferiu direitos e liberdades, estabeleceu uma constituição na qual estão previstos órgãos de representação destinados à fiscalização dos governantes[14], mas não conseguiu enterrar o risco da tirania ainda que sob novas formas de expressão. Mill percebe, como Tocqueville, que a vitória da transferência do poder de um governante para o povo não é garantia suficiente à preservação da liberdade, e sobre o regime democrático paira o risco da "tirania da maioria".Não se pode dar azo a ilusões e cumpre sempre ter claro que apesar de todas as conquistas populares:

---

[12] MILL, John Stuart. Considerations on Representative Government. *In:* ROBSON, J.M. (ed.). *Collected Works of John Stuart Mill*.. J.M. Robson (Ed.). Toronto: Toronto University Press, 1977. v. XIX. p. 412. Mill entende que o tipo ideal de governo, mesmo considerando seus perigos e falhas, é o de representação popular: "[O] único governo que pode plenamente satisfazer todas as exigências do Estado Social, é aquele no qual todo o povo participa; que toda participação, mesmo na menor função pública, é útil; que a participação deveria em todo lugar ser tão vasta quanto o grau geral de progresso da comunidade permita; e nada menos pode ser por fim desejável que a admissão de todos à partilha do poder soberano do Estado. Contudo, desde que não possam todos, numa comunidade que ultrapasse um simples povoado, participar pessoalmente senão em algumas pequenas porções dos negócios públicos, segue-se que o tipo ideal de governo perfeito deve ser o representativo" (tradução nossa)

[13] MILL, John Stuart. Sobre a Liberdade. Lisboa: Edições 70, 2006. p. 30.

[14] Ibid. p. 29

> O "povo" que exerce o poder não é sempre o mesmo sobre quem o poder é exercido; e o "governo de si" de que se fala não é o governo de cada um por si mesmo, mas sim o governo de cada um por todos os outros. Além dos mais, a vontade do povo significa, na prática, a vontade da parte mais numerosa ou mais activa do povo: a maioria; ou aqueles que conseguem fazer-se aceitar como maioria; consequentemente, o povo pode desejar oprimir uma parte do povo; e são tão necessárias precauções contra isto como contra quaisquer outros abusos de poder[15]

As ilusões, porém, fincaram seus pés de barro no imaginário social e, na visão de Mill, a questão central da filosofia política deve necessariamente voltar à pauta devolvendo ao seu lugar natural a reflexão acerca das limitações aos governos democráticos.Isto porque se o indivíduo em um Estado democrático possui um naco do poder, contudo nada há *a priori* a impedir que o poder de todos os outros se voltem contra ele,pulsando aindaviva a pergunta de quanto poder deve um Estado possuir.

Se restrições à liberdade humana são necessárias para evitar a anarquia, preservando ao fim e ao cabo a própria liberdade, como limitar essas restrições a fim de que a liberdade mesma não pereça? Mill entende ser crucial no atual estágio de desenvolvimento das sociedades civilizadas estabelecer um princípio de julgamento e deliberação acerca da liberdade humana que auxilie na solução dos conflitos entre os interesses do indivíduo e da sociedade[16]; sem esse princípio restaria apenas o arbítrio.

Mill, porém, entende que o entendimento popular não enxerga tais questões ao entendê-las já resolvidas no regime democrático e as regras existentes então não são postas à discussão porque são tidas como corretas de modo autoevidente[17]. Equívoco oriundo do hábito e do sentimento pessoal não da razão, que resulta em regras cujos fundamentos são as preferências, caprichos e aversões da sociedade ou de sua parte mais poderosa.

A decisão pela intervenção estatal quando a sociedade busca evitar um mal ou perseguir um bem estão, portanto, assentadas nas paixões sociais, frágeis e cambiantes por natureza. É preciso, pois, estabelecer um princípio claro, evidente e, mais importante, *a priori* que permita a decisão racional e a proteção da liberdade individual e da diversidade cultural, delimitandonão somente a esfera de moralidade e imoralidade impenetrável à Lei como as razões passíveis de sustentá-la.

---

[15] MILL, John Stuart. Sobre a Liberdade. Lisboa: Edições 70, 2006. p. 31.

[16] Ibid. p. 33: "Tudo o que torna a existência valiosa para qualquer pessoa depende da imposição de limites às acções das outras pessoas. Por isso, algumas regras de conduta têm de ser impostas por lei, em primeiro lugar; e pela opinião, no caso de muitas coisas que não constituem objecto adequado para a intervenção da lei. Que regras devem ser estas – eis a questão principal das relações humanas; mas, se não contarmos com alguns dos casos mais óbvios, é também uma daquelas questões em cuja resolução se fez menos progresso".

[17] De acordo com Ryan: "O ataque de Mill está em harmonia com o que ele tomava ser a tendência de uma filosofia moral intuicionista, a santificação de preconceitos existentes e reações emocionais pela errada qualificação destes como percepções imediatas da verdade moral" (tradução nossa) (cf.. RYAN, Alan. The Philosophy of John Stuart Mill. Londres: Macmillan, 1970, p. 235.)

A idéia de Mill é de que o princípio do danosirva de mediador às tensões existentes entre as liberdades individuais e a soberania popular. Oprincípio do danodeve serprincípio de razão pública[18]na era da democracia de massas de modo a servir deparâmetro quando do diálogo democrático e de verdadeiro teste para as eventuais restrições da liberdade.

Nestes termos, embora possua esteio filosófico relevante, Mill afasta-se de filigranas ou da precisão acadêmica, pois pretende que seu ensaio seja acessível a ponto de influenciar a opinião pública, atraindo as convicções para sua causa e transformando seu princípio em uma "poderosa barreira de convicção moral"[19].O princípio a ser estabelecido deve ser ao mesmo tempo racionalmente fundamentado para resistir às previsíveis críticas e retoricamente acessível para que se dissemine entre a opinião pública e os legisladores.

> O objectivo deste ensaio é asseverar um princípio muito simples, que se destina a reger em absoluto a interacção da sociedade com o indivíduo no que diz respeito à coacção e controlo, que os meios usados sejam a força física, na forma de punições legais, quer a coerção moral da opinião pública. É o princípio de que o único fim para qual as pessoas têm justificação, individual ou colectivamente, para interferir na liberdade de acção de outro, é a autoprotecção. É o princípio de que o único fim em função do qual o poder pode ser correctamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra a sua vontade, é o de prevenir dano a outros. O seu próprio bem, quer físico, quer moral, não é justificação suficiente. Uma pessoa não pode correctamente ser forçada a fazer ou deixar de fazer algo porque será melhor para ela que o faça, porque a fará feliz, ou porque, na opinião de outros, fazê-lo seria sensato, ou até correcto. Estas são boas razões para a criticar, para debater com ela, para a persuadir, ou para a exortar, mas não para a forçar, ou para lhe causar algum mal caso ela aja de outro modo. Para justificar tal coisa, é necessário que se preveja que a conduta de que se deseja demovê-la cause um mal a outra pessoa. A única parte da conduta de qualquer pessoa pela qual ela responde perante a sociedade, é a que diz respeito aos outros. Na parte de sua conduta que apenas diz respeito a si, a sua indenpendência é, por direito, absoluta. Sobre si, sobre o seu próprio corpo e a sua própria mente, o indivíduo é soberano[20].

Apesar de nas palavras de Mill ser um "princípio muito simples", este que irá apenas e tão-somente regular de modo definitivo e absoluto[21]as tensões entre a liberdade individual e

---

[18] Para o princípio do dano como razão pública, ver RAWLS, John. Conferências sobre a História da Filosofia Política. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 311. Aliás, "Razão Pública" aqui entendida como as exigências que as "normas morais e políticas que regulam nossa vida comum sejam, em algum sentido, justificáveis ou aceitáveis para todas aquelas pessoas sobre as quais as regras propõem-se a ter autoridade" (cf. QUONG, Jonathan. Public Reason. *In* ZALTA, Edward N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em <http://plato.stanford.edu/archives/sum2013/entries/public-reason/>. Acesso em 15 dez. 2013).

[19]*Apud* RAWLS, op. cit. p. 312.

[20]MILL, John Stuart. Sobre a Liberdade. Lisboa: Edições 70, 2006. p. 39-40.

[21] O caráter absoluto e definitivo conferido por Mill a seu princípio em nada lhe fragiliza, segundo Dworkin, porque sua aplicação está restrita a circunstâncias raras para um governo prudente, como a criminalização da homossexualidade, a leitura de pornografia e o uso de capacetes. Assim seu caráter absoluto "nada diz sobre o modo como o governo deve distribuir recursos escassos como renda, segurança ou poder, ou mesmo como deve decidir quando limitar a liberdade em nome de algum outro valor" (v. DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 402)

soberania social, há que se considerar que este inglês do período vitoriano[22] pressupõe uma audiência em que o diálogo, o convencimento e a persuasão encontrem o ambiente adequado para que possam florescer e prevalecer. O público para qual se dirige é constituído pelo cidadão de boa parte dos países europeus da época, e não, de seu ponto de vista e em seus próprios termos,por bárbaros integrantes de sociedades retrógradas[23], para os quais o diálogo, o convencimento e a persuasão não constituem instrumento de desenvolvimento de suas capacidades[24] e, por isso,o despotismo sob um regente ilustrado é via não somente válida como necessária para atingir o estado em que enfim a coerção somente se dará para evitar dano a outrem.

Note-se que mesmo em uma sociedade desenvolvida onde deva vigorar o princípio do dano, e onde o governo possui representantes das minorias, não sendo a igualdade de voto boa em si mesmo[25] deve o direito de sufrágio ser conferido apenas àqueles educados – qualificação, frisa Mill, que independe de classe social – e, portanto, preparados para o diálogo, pois diferentemente de outros privilégios

> A distinção em favor da educação, correta em si mesma, é ainda mais e fortemente recomendada pela sua preservação dos educados da legislação de classe dos não educados; mas isto não deve permitir-lhes praticar legislação de classe em seu próprio benefício. Deixe-me acrescentar que eu considero isso uma parte absolutamente necessária do esquema de pluralidade, que isso seja aberto ao mais pobre indivíduo na comunidade a reclamar seus privilégios, se ele puder provar que, a despeito de todas as dificuldades e obstáculos, ele é, na questão da inteligência, capaz de exercê-lo [o direito de votar][26]. (tradução nossa)

Outro pressuposto de Mill é de que o princípio do dano não é modo algum sustentado por direito abstrato de ordem natural–afastando-se de qualquer fonte jusnaturalista para sua doutrina e, conseqüentemente, da crítica ferina de Bentham ao direito Natural[27] - mas no princípio da utilidade, que é a proposição elementar e fundamental a justificar a própria ética,

---

[22] Para detalhes biográficos de John Stuart Mill, notadamente sua extraordinária mas opressiva formação intelectual na qual participou ativamente desde a infância Jeremy Bentham, ver REEVES, Richard. John Stuart Mill: Victorian Firebrand. Londres: Atlantic Books, 2008.

[23] MILL, John Stuart. Sobre a Liberdade. Lisboa: Edições 70, 2006. p. 39-40: "[o] despostismo é forma legítima de governo quando se lida com bárbaros, desde que o objetivo seja seu desenvolvimento, e desde que os meios sejam justificados por verdadeiramente alcançarem esse fim"

[24] SKORUPSKI, John, Why read Mill Today?.Nova Iorque: Routledge, 2006, p 43. Para Skoruspki, a ressalva não é um preconceito impensado, mas parte da crença de Mill de que o progresso é um conceito histórico e que se direciona à liberdade.

[25] CUNNINGHAM, Frank. Teorias da Democracia: Uma Introdução Crítica. Porto Alegre: Artmed, 2009. p. 41.

[26] MILL, John Stuart. Considerations on Representative Government. *In:* ROBSON, J.M. (ed.). *Collected Works of John Stuart Mill*.. J.M. Robson (Ed.). Toronto: Toronto University Press, 1977. v. XIX. p. 476.

[27] WOLFF, Jonathan. An Introduction to Political Philosophy.London: Oxford University Press, 1996, p. 120. Segundo Wolff, Bentham entende que o direito natural é mera opinião e a noção de Direito refere-se apenas ao direito positivo, inclusive afirmando que "um direito natural é um filho que nunca teve um pai", referindo-se a ausência de fontes do direito natural.

e ainda assim não é qualquer utilidade mas aquela em seu sentido mais amplo que tenha por fundamento os interesses permanentes das pessoas enquanto seres perfectíveis.

Para a concepção de utilidade de Mill ganhar sentido parece então necessário ter uma idéia o mais precisa possível tanto do significado de *interesse* como de *utilidade*, afinalsão estes termos que lhe permitirãoconferir contornos mais sofisticados ao utilitarismo[28] então vigente, mais sensível e aberto às variegadas concepções de homem e de mundo[29], e assim traçar de modo mais adequado à condição humana o limite entre as condutas que clamam ou não a intervenção social[30].

1.2 A teoria da Individualidade

Antes, porém, de enfrentar a distinção milliana de interesse e sua influência na conformação do princípio do dano, cabe entender por que a liberdade deve merecer tamanha proteção. Diante de uma cosmovisão que vê a diversidade como essencial ao florescimento da excelência humana, é a liberdade que permite ao indivíduo explorar as infinitas variações de sua natureza, adaptando-se ao devir conforme suas preferências e aversões e transformando

---

[28] Utilitarismo fundado por Bentham como uma variante moderna do hedonismo ético universal, mas que, segundo Mill, precisava ser aperfeiçoado em razão da completa cegueira de seu fundador em relação à natureza humana. Nesse sentido, para Esperanza Guisán, "[A] crítica mais profunda e devastadora por parte de Mill a Bentham é a que se refere a sua falta de compreensão da natureza humana e a conseguinte concepção indevidamente restringida do que constitui prazer ou felicidade para o homem. Não reconhece Bentham, de acordo com a análise de Mill, o homem como ser em busca gratificante de seu próprio desenvolvimento como ser que se autorrespeita e autoestima e que possui um sentido de honra e de dignidade pessoal [...]. Os sentimentos mais profundos do ser humano, suas fontes mais íntimas de satisfação permanecem ignorados por Bentham que parece haver se fixado como único objetivo a melhora material do ser humano e da sociedade" (tradução nossa) (v. GUISÁN, Esperanza. El Utilitarismo. *In* Historia de la Ética. Volume 2: La Ética Moderna. Barcelona: Editorial Crítica, 2009, p. 475-476). Nas palavras de Mill dedicadas a Bentham: "[P]rovavelmente não há ninguém que, em uma era altamente esclarecida, tenha tentado alguma vez apresentar um guia para a conduta humana e tenha demonstrado uma concepção tão limitada tanto das ações pelas quais a conduta *é*, quanto dasquelas pelas quais *deveria* ser influenciada" (*Apud* SHAPIRO, Ian. Os fundamentos morais da política. São Paulo: Martins Fontes, 2006, nota 25 p. 71)

[29] Mill escapou da influência paterna, e do legado Benthamita, quando percebeu a completa aridez de sua educação sentimental ao ler, no outono de 1828, poemas de Wordsworth, e, conforme Guisán, "a partir daí foi cada vez mais vivo o sentimento das falhas da doutrina benthamita da moral e do governo. Além do mais, diferentemente de Bentham, Mill não somente não rechaçou toda doutrina contrária ao utilitarismo como quis manter-se aberto e receptivo, não desdenhando das lições e sugestões provenientes de pensadores e escolas tão diversas como Coleridge, a quem dedicou um elogioso ensaio, Comte, Saint-Simon, Tocqueville, etc., etc., que lhe fizeram sensível a novas considerações do homem e da sociedade" (tradução nossa) (v. GUISÁN, op. cit. p. 583)

[30] MILL, John Stuart. Sobre a Liberdade. Lisboa: Edições 70, 2006. p. 41: "Defendo que esses interesses [interesses permanentes das pessoas enquanto seres em desenvolvimento] legitimam a subordinação da espontaneidade individual ao controlo externo apenas no caso daquelas acções de cada um que dizem respeito aos interesses das outras pessoas"(grifos nossos)

seus experimentos de vida num bem em si. Restringir-se aos costumes e tradições significa deixar de lado aquilo que pertence propriamente ao indivíduo, sua identidade.

As tradições e costumes não são em si mesmos males a serem evitados; ao contrário, possuem importância ao permitir ao individuo localizar-se na marcha da história e beneficiar-se das conquistas sociais. Entretanto, devem as tradições e costumes necessariamente passar pelo crivo da razão individual, pois mesmo "o despotismo não chega a produzir seus piores defeitos, desde que a individualidade exista sob ele; e tudo o que esmague a individualidade é despotismo, chame-se lhe o que se lhe chamar, e que afirme estar a fazer cumprir a vontade de Deus ou os preceitos das pessoas"[31].

A dificuldade em estabelecer publicamente seu princípio do dano, entende Mill, encontra-se na recusa em reconhecer a individualidade como fundamento do bem-estar e daí surge a necessidade de elaboração de um princípio que sirva de mediador no debate entre a defesa da liberdade e o controle social[32]. A espontaneidade, os impulsos e desejos fortes que sejam elementos de caráter individual forte não são problemas em si, como sua época os vê, mas elementos benignos se associados com uma consciência igualmente forte.

Reconhece que em tempos primitivos talvez uma individualidade demasiado prevalente com seus impulsos e desejos, quando muito à frente dos poderes da sociedade para controlá-la, pudessem representar um perigo à sociedade de organização ainda incipiente. Nesse contexto seria válido usar da lei e de regras sociais para disciplinar os pormenores de sua existência de modo a submetê-lo a certas regras e controlar seu caráter para fins de autoproteção social.

Contudo, significa uma perda social de monta submeter ao costume os espíritos livres e independentes em uma era democrática na qual a sociedade já possui poderes suficientes para controlar aqueles que de fato se põem a esgarçar o tecido social até seu rompimento.A individualidade em sua plenitude quando floresce permite aos demais a percepção de formas originais de existência que lhes retira da zona de conforto permitido pelo costume e demonstra que certas verdades não passam de ilusões.

Entender a originalidade de um indivíduo como um bem é permitir-se apreender o exemplo de uma vida humana de várias formas mais esclarecida, com gostos mais refinados e plena de sentido. A originalidade como um bem em si, portanto, "não pode ser

[31] MILL, John Stuart. Sobre a Liberdade. Lisboa: Edições 70, 2006. p. 116.
[32] Ibid. p. 107.

adequadamente recusada por qualquer pessoa que não acredite que o mundo já alcançou a perfeição em todos os seus costumes e práticas”[33].

Mill crê que o espírito de sua época é justamente o oposto e prevalece a visão do homem ou da mulher que se distingue do grupo por deixar de fazer o que todos fazem ou fazer aquilo que ninguém faz é tido como um delinquente moral e apenas aqueles que possuam algum símbolo de prestígio ganham certa autonomia, mas não muita, como alerta[34].

Nota ainda que esse fenômeno não é tipicamente inglês e estende-se à França,como observado por Tocqueville em “O Antigo Regime e a Revolução”, quando percebe como os franceses de sua época são muito mais iguais do que os da geração anterior[35].Apoiando-se em Wilhelm Von Humboldt[36], afirma que o espírito de rebanho, veículo da uniformidade mais tacanha, atenta gravemente contra o desenvolvimento humano ao retirar do campo dos exemplos práticos duas de suas condições necessárias que são a liberdade e a diversidade de situações.

A sociedade cuja visão está obscurecida quanto à fundamental importância da individualidade é ela mesma obstáculo ao avanço da felicidade geral. Não há outra forma melhor de progresso do que garantir às pessoas uma esfera privada imune à interferência estatal ou social[37]. Esse ideal não significa deixar de reconhecer que a liberdade pode não constituir necessariamente o caminho para o progresso, podendo ser a trilha da ruína e do aniquilamento de uma sociedade, como por exemplo para aquelas “na infância” do desenvolvimento. Por outro lado, dadas as condições necessárias, não há outra via de permanente progresso senão a da liberdade e nenhuma outra competidora pode lhe substituir à altura.

---

[33] Ibid. p. 117.

[34] Mill retrata com desprezo a existência de uma comissão denominada *de lunatico* destinada a interditar, retirando-lhe a capacidade de administrar sua vida, todos aqueles que, segundo Mill, escapem ao lugar-comum, pois submetidos a juízes caracterizados por “aquela extraordinária falta de conhecimento da natureza e vida humanas que constantemente nos surpreende em juristas ingleses”. (v. MILL, John Stuart. Sobre a Liberdade. Lisboa: Edições 70, 2006. p. 123)

[35] Ibid. p. 129.

[36] Mill reitera a citação à passagem de Humboldt, constante de *Esferas e Deveres do Governo*, que serve de epígrafe a *On Liberty: “*O grande princípio condutor para o qual todos os argumentos expostos nestas páginas convergem directamente é o da importância absoluta e essencial do desenvolvimento humano na sua mais rica diversidade”. (Ibid. p. 129)

[37] Mill aqui estabelece a restrição da liberdade como frustração de desejos e daí sua clara acepção negativa, ou como Feinberg o coloca: “Devido à íntima conexão entre constrangimentos e desejos, é natural pensar-se na redução da liberdade como necessariamente causadora de frustraçao. Quando somos constrangidos nas situações mais óbvias, nega-se satisfação a nossos desejos. Essa condição é frustradora e a frustação é uma espécie de infelicidade, o que, naturalmente, é um mal. Talvez nos venha daí tanta certeza de que a liberdade, que é a ausência de constrangimento e, portanto, de frustração-infelicidade, é uma Coisa Boa” (v. FEINBERG, Joel. Filosofia Social. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974, p. 18)

É razoável afirmar que o pressupostosubjacentea todas as idéias constantes de *On Liberty* é a de que os homens são falíveis, cometem erros acerca de suas preferências, enganam-se quanto às escolhas que devam fazer para conquistarem uma vida boa, ainda assim, mesmo sendo o erro e o engano elementos indissociáveis da experiência humana, as chances de acerto quando o assunto é felicidade são obviamente maiores quando deixadas à decisão individual. Intrometer-se na busca alheia da felicidade como quer o Estado ou a sociedade exige conhecer os interesses reais do indivíduo de um ponto de vista externo e, mesmo que se faça abstração de sua possibildade ou impossibilidade[38], é certo que as chances de erro aumentam exponencialmente porque sempre será necessário recorrer a juízos abstratos de bem e de cuidado.

Não há então como escapar à conclusão de que as probabilidades de acerto estão ao lado do indivíduo quando o assunto é felicidade.E como a preocupação de Mill é apenas com a coerção, isto é, a coerção como dano *organizado* para impedir alguém de fazer algo, ou punir alguém por ter feito algo, e não outras formas de preocupação com os outro, quando evidentes o erro e o engano da pessoa humana estes constituem "boas razões para a criticar, para debater com ela, para a persuadir, ou para a exortar, mas não para a forçar, ou para lhe causar algum mal caso ela aja de outro modo"[39].Consequências ruins, mas naturais, de uma atitude não estão no escopo de Mill e, por isso, nada há a opor àquele que critica ou se afasta de bêbado contumaz que o incomoda[40].

O problema da falibilidade humanaé bem exemplificado na defesa de Mill da liberdade de expressão quando lhe conferevalor quase absoluto. Para Mill, nenhuma opinião deve ser suprimida porque é impossível que saibamos com segurança e certeza sua falsidade e ainda que porventura nos fosse dada tal possibilidade seria um mal silenciá-la porque

> Constitui um roubo à humanidade; à posteridade, bem como à geração actual; àqueles que discordam da opinião, mais ainda do que àqueles que a sustentam. Se a opinião for correcta, ficarão privados da oportunidade de trocar erro por verdade; se estiver errada, perdem uma impressão mais clara e viva da verdade, produzida pela sua confrontação com o erro – o que constitui um benefício quase igualmente grande[41].

---

[38] Segundo Rawls, para Mill não existiria teoria psicológica que permitisse afirmar quais seriam os reais interesses de um indíviduo e, portanto, que permitisse apontar quais as melhores escolhas para um indivíduo de um ponto de vista externo (RAWLS, John. Conferências sobre a História da Filosofia Política. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. p. 335).
[39] MILL, John Stuart. Sobre a Liberdade. Lisboa: Edições 70, 2006. p. 39.
[40] RYAN, Alan. The Philosophy of John Stuart Mill.Londres: Macmillan, 1970. p. 237.
[41] MILL, op. cit. p. 51.

Dado que a supressão da opinião é um mal, Mill pergunta-se porque querem os homens restringir a liberdade de expressão[42]. Para ele, seriam basicamente três as respostas: porque desejam os homens se impor pelo poder ou porque têm horror à diferença nos estilos de vida. Tais respostas como têm respaldo apenas na aversão pelo outro não exigem resposta racional.

A terceira resposta, que nos interessa neste ponto, é porque os homens acreditam existir apenas uma *única resposta verdadeira* à pergunta"Como devo viver?".Mill entende que mesmo se houvesse evidência de que tal crença é legítima somos falíveis e à sua apreensão nunca poderia ser conferido grau de certeza. Como empiricista a verdade para Mill somente poderia se assentar sobre a evidência da observação, observação que sempre estaria aberta a novas e novas perspectivas exegéticas. Lembra assim que opiniões tidas como perniciosas foram posteriormente tidas como verdadeiras e erros terríveis foram cometidos nessa transição dos quaisbasta menção àqueles cometidos nos julgamentos de Sócrates e Jesus Cristo[43].

Embora tenha conferido tamanha prevalência à proteção liberdade de expressão, o princípio de que a liberdade encontra seu limite nos danos a terceiros é válido aqui, e o que decidirá se a opinião deve ser ou não ser cerceada são as circunstâncias em que proferida. O exemplo de proibição ou não da opinião a partir das circunstâncias em que proferida é aquele em que alguém afirma que os comerciantes de trigo são responsáveis pela fome dos pobres. Se publicada na imprensa, nada há a opor a opinião; se, por outro lado, é dita para uma multidão *exaltada* diante da casa do comerciante, cabe proibi-la. O dano, ou o risco de dano, na segunda hipótese é real e atual e deve ser evitado[44], mas a questão é menos saber se o dano de fato ocorrerá do que se há motivos para se pensar se a turba está no gozo de suas razões para entender o que está ocorrendo. Lembre-se que Mill pressupõe uma audiência em que o diálogo, o convencimento e a persuasão encontrem o ambiente adequado, assim se a conclusão for de que a turba é capaz de entender e agir conforme suas razões, a responsabilidade recairá sobre eles e não sobre aquele que os incita[45].

Outro fator que justifica a demanda por liberdade é o de que somente o próprio exercício da individualidade tornaria acessível a mulheres e homens todas as potencialidades de sua natureza, pois

---

[42]A liberdade de expressão funciona como elemento explicativo e retórico do princípio do dano em seu todo, ainda que Mill ressalve que as ações não devem ser tão livres quanto às opiniões (v. MILL, op. cit. p. 105).
[43] MILL, John Stuart. Sobre a Liberdade. Lisboa: Edições 70, 2006. p. 61-63.
[44]Ibid. p. 105-106.
[45] SKORUPSKI, John. Why read Mill Today? Nova Iorque: Routledge, 2006. p. 58.

> As faculdades humanas de percepção, juízo, discernimento, actividade mental, e até preferência moral, são usadas apenas quando se faz uma escolha. Aquele que faz algo porque é o costume, não faz qualquer escolha. Não ganha qualquer experiência, quer a discenir, quer desejando o que é melhor. Os poderes intelectuais e morais, tal como os musculares, só se desenvolvem quando são usados.[46]

São os experimentos de vida mais ricos e diversos quanto mais plenamente exercidas as perspectivas múltiplas da individualidade e estes quando associados estabelecem círculo virtuoso que torna as pessoas ainda mais valiosas umas para outras. A visão de Mill é a de um otimismo acerca dos destinos humanos quando se garanta um ambiente da mais ampla liberdade, pois a partir da diversidade e do exemplo dos indivíduos mais originais é que se assegurará a maior felicidade possível para o gênero humano.

Aqui cabe notar que a atitude libertária de Mill não é extensível às relações econômicas e trabalhistas, seja do ponto de vista lógico seja do ponto de vista do próprio Mill. Sua preocupação é com a esfera de privacidade do indivíduo, o que ultrapassa esta esfera pertence ao domínio da sociedade e eventuais intervenções não precisam passar pelo crivo do princípio do dano.

Assim a redistribuição de riqueza, própria do domínio social, não é afetada pelo princípio milliano. Para Mill, seu princípio é defensável e compatível com o socialismo. O que de modo algum isenta este de críticas, apenas estas terão de se utilizar de outros conceitos que não o princípio do dano. Nesse sentido

> [N]ão há conexão necessária entre o liberalismo milliano seja com a doutrina do *laissez-faire* seja como uma teoria das funções mínimas do Estado. É possível combinar o princípio da Liberdade de Mill com, por exemplo, a crença no socialismo. A maneira pela qual os recursos da comunidade são distribuídos estão abrangidas na esfera social (*social domain*), e por isso abrangidas no escopo da intervenção social legítima. Mill não está comprometido a aceitar o sistema de distribuição existente. A intervenção estatal para redistribuição de riquezas e recursos da comunidade não excede seus poderes típicos, ainda que possa ser condenados sob outros fundamentos[47] (tradução nossa).

Em seus próprio termos, Mill teria se definido como um socialista qualificado[48] porque em sua idéia de conformação do Estado ideal, no qual estariam preservadas a vontade

---

[46] MILL, op. cit. p. 109.

[47]TEN, Chin Liew.Mill on liberty. Oxford: Clarendon Press, 1980, pp 60-61.

[48] Cf. GUISÁN, Esperanza. El Utilitarismo. *In* CAMPS, Victoria (Ed.). Historia de la Ética. Volume 2: La Ética Moderna. Barcelona: Editorial Crítica, 2009 p. 484: "[C]omparado com seu pai e com Bentham, com os economistas clássicos e com os modernos defensores do capitalismo, Mill era um socialista. Comparando com os socialistas contemporâneos, com seus predecessores práticos e teóricos, Mill é um capitalista. Mas também é um precursor de boa parte do socialismo que se cristalizou em movimentos como o fabianismo, com sua recusa à

popular democrática, os diversos experimentos de vida possíveis apenas diante da mais ampla liberdade individual e uma repartição justa das riquezas. Em termos mais técnicos e que dão sua adequada posição na história das idéias, pode-se dizer que Mill era um liberal-socialista porque foi provavelmente

> [O] primeiro entre os teóricos do liberalismo a ressaltar, no contexto da concepção liberal do Estado, algumas instâncias colocadas pelo socialismo pré-marxista europeu; especificamente, a exigência de uma repartição justa da produção entre todos os membros da sociedade, eliminação dos privilégios de nascimento e a substituição gradual do egoísmo do indivíduo que trabalha e acumula unicamente em benefício próprio por um novo espírito comunitário. Além disso, enfatizando com clareza a distinção entre ciência e política econômica e aceitando intervenções estatais na economia, Mill foi, sem dúvida, o precursor da intuição fundamental da ideologia liberal-socialista[49].

1.3 O *télos* social: a felicidade

Entendido o campo próprio de seu libertarianismo, cabe agora tentar entender os fundamentos da teoria moral utilitarista nos termos em que cunhados por Mill, até mesmo é na junção entre sua teoria da individualidade e sua concepção felicidade, e sua possível incompatibilidade, que está um dos pontos de confluência de seus críticos. Isto posto deve ser dito que em *Utilitarismo* afirma ser necessário estabelecer um princípio último que possa resolver todos os conflitos morais[50], e mesmo filósofos notáveis como Kant[51]teriam falhado na tentativa de determiná-lo ao não conceder à felicidade o papel que lhe cabe na fundamentação da moral.

Nesse sentido, a doutrina moral conhecida como utilitarismo é aquela em que as ações corretas são as tendentes a promover a felicidade e erradas se levam a seu contrário, sendo que por "felicidade se entende prazer e ausência de dor; por infelicidade, dor e privação de prazer"[52]. O prazer e a imunidade à dor são o *télos*[53] da moral, havendo, porém, dentre os

---

luta de classes, seu intento de propagar-se mediante a persuasão e a não violência, no buscar um lugar para o desenvolvimento individual e moral, etc., etc., tudo o que o faz parecer, como ele mesmo se definiu, como um socialista *qualificado*" (itálicos no original) (tradução nossa)

[49] BOBBIO, Norberto *et al.* Dicionário de filosofia política. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. Liberal-socialismo; p. 705

[50] MILL, John Stuart. Utilitarismo. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 177.

[51] Mill diz que o princípio universal kantiano ["Age de modo que a regra de tua ação possa ser adotada como lei por todos os seres racionais"] presente em *Metafísica da Ética* falha quando deste princípio deduz preceitos morais ao dizer que impossibilidade lógica se todos os seres racionais adotassem prática imorais. Para Mill, Kant demonstra as conseqüências nefastas de tais escolhas, mas não o fundamento de seu princípio (Ibid. p. 181-182).

[52] Ibid. p. 187.

[53] Razão pela qual o utilitarismo é classificado como teoria ética teleológica.

prazeres aqueles mais desejáveis que outros preponderando a qualidade sobre a quantidade, eassimpreponderam os prazeres resultantes das faculdades humanas mais elevadas[54]. Haveria na natureza humana um senso de dignidade[55] que permitiria distinguir felicidade de contentamento, que é mero sentimento de conformidade que não resulta da autonomia individual[56] e por isso está fora da esfera moral. De modo que "é melhor ser Sócrates insatisfeito do que um tolo satisfeito. E se o tolo ou o porco têm opinião diversa, é porque conhecem apenas um lado da questão: o seu. A outra parte, em compensação, conhece os dois lados"[57].

Na concepção de utilitarismo milliano não faz sentido a idéia benthamita de que a quantidade de prazer proporcionada por uma prática indica sua virtude, o que permitiria pensar num medidor, tal qual um termômetro, para decidir a moralidade de uma prática[58]. Mill, ao contrário, tem como essencial à essa felicidade o modo pela qual ela é alcançada. Importam as experiências concretas de vida real com seus progressos e retrocessos, compreensão que o afasta do utilitarismo emsua versão original, pois sua concepção de prazer é concepção de prazer qualificado[59].

Isaiah Berlin em ensaio dedicado a John Stuart Mill[60] defende que os contornos dados ao utilitarismo por Bentham e James Mill, em que há o completo desprezo pelos meios de alcançar a felicidade, os forçaria a tomar uma pílula que lhes infundisse permanente contentamento. Na visão de Berlin, Mill entenderia tal recurso como a completa degradação da vida humana, pois o que define o homem não é a capacidade de inventar ferramentas, mas

---

[54] "Poucos seres consentiriam em se transformar em algum dos animais inferiores sob a promessa de gozar plenamente os prazeres animalescos; nenhum ser humano consentiria em ser um tolo, nenhuma pessoa instruída gostaria de um néscio, nenhuma pessoa de sentimento e consciência desejaria ser egoísta e vil, embora pudesse se persuadir de que o tolo, o asno ou o velhaco estão mais satisfeitos com a sorte que lhes coube do quela com o que tem". (cf. MILL, op. cit. p. 190).

[55] GUISÁN, Esperanza. El Utilitarismo. *In* CAMPS, Victoria (Ed.). Historia de la Ética. Volume 2: La Ética Moderna. Barcelona: Editorial Crítica, 2009. p. 487.

[56]Ibid. p. 488.

[57]MILL, John Stuart. Utilitarismo. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 191.

[58] Mill assim "punha abaixo todo o edíficio intelectual do utilitarismo. Se os prazeres têm de ser classificados em termos de sua qualidade, e não de sua quantidade, isso não só torna impossível um cálculo de base matemática, como também impede que o prazer seja um padrão coerente de moralidade, uma vez que esta se torna mais ligada à questão (aristotélica) clássica de gerar situações que põem em relevo a potencialidade de ser verdadeiramente humano. Além do mais, Mill era um moderno. Qualquer que viesse a ser o modo de vida "natural; da pessoa moderna, tratar-se-ia de uma vida criada pela capacidade tecnológica humana de criar ordens sociais. Isso levou Mill a uma nova busca dos primeiros princípios através dos quais se pudesse governar a sociedade moderna e, desse modo, criar condições capazes de permitir o desenvolvimento do homem e a verdadeira felicidade humana". (v. MORRISON, Wayne. Filosofia do Direito: Dos Gregos ao Pós-Modernismo. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 238).

[59] GUISÁN, Esperanza. El Utilitarismo. *In* CAMPS, Victoria (Ed.). Historia de la Ética. Volume 2: La Ética Moderna. Barcelona: Editorial Crítica, 2009. p. 488.

[60] BERLIN, Isaiah. John Stuart Mill and The Ends of Life. *In* Liberty. Henry Hardy (Ed.). Oxford: Oxford University University, 2002, p. 218-251. Uma tradução deste ensaio está na introdução à edição brasileira de *On Liberty* (MILL, John Stuart. A liberdade. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. VII-LIV)

a capacidade de escolher seus fins e persegui-los a sua própria maneira[61]. Mill acredita na felicidade e na justiça, mas, para o autor de "Dois Conceitos de Liberdade", "sua voz é mais característica quando descreve as glórias da liberdade individual". O trecho abaixo parece conferir credibilidade a Berlin.

> A natureza humana não é uma máquina para ser construída segundo um modelo, e para se pôr a fazer o trabalho que lhe é estabelecido, mas sim uma árvore que precisa de crescer e de se desenvolver em todos os aspectos, de acordo com a tendência das forças internas que fazem dela um ser vivo[62].

Mill preza atos concretos da vida cotidiana porque tenta compatibilizar o ideal grego de autodesenvolvimento de nossas diversas competências, inclusive o desenvolvimento de nossas faculdades superiores – o que pressupõe um esforço e progresso contínuos, com os ideais platônico e cristão do governo de si mesmo, o que inclui dentre outros o reconhecimento dos limites *reais* de nossa conduta impostos pelos direitos básicos da justiça[63].

Ao defender a liberdade de modos, opiniões e condutas a partir de experiências concretas, Mill não se vê como um defensor da excentricidade[64]tampouco da "santidade da idiossincrasia"[65], mas da diversidade cultural resultante do autodesenvolvimento livre e do governo de si mesmo, no qual pressupõe um sentido de autodisciplina por imposição da própria razão. A individualidade não deve ser vista então em si como uma licença ao caos e a desordem, e sim compreendida como a formação livre pela reflexão racional de nosso caráter dentro dos rigorosos limites impostos pela igualdade entre todos os seres humanos.

Mill, portanto, reconhece a existência os valores perfeccionistas do admirável e do excelente, diferencia entre prazeres superiores e inferiores[66], e, na forma do princípio da

---

[61] Mill, portanto, responderia negativamente ao experimento mental de Nozick, pensado para fragilizar argumentos utilitaristas e denominado de "máquina de experiências", e que pode ser resumido na seguinte pergunta: "Suponhamos que existisse uma máquina de experiências que proporcionasse a você qualquer experiência que desejasse. [...] Você se conectaria?" Para Nozick, a resposta seria não porque as pessoas não querem somente *sentir* prazer, mas *fazer* determinadas coisas e *existir* de determinada maneira, de modo que aceitar a conexão é "espécie de suicídio" (cf. NOZICK, Robert. Anarquia, Estado e Utopia. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 53-55).

[62] MILL, John Stuart. Sobre a liberdade. Lisboa: Edições 70, 2006. p. 110.

[63] Ibid. p. 114-115.

[64] Este será um dos pontos em que Fitzjames Stephen, um crítico contemporâneo de Mill, cerrou fileiras para lhe atacar, como será visto mais à frente.

[65] GRAY, John. Mill's conception of happiness and the theory of individuality.*In* J.S. Mill's On Liberty in Focus. GRAY, John and SMITH, G.W. (Ed.).Nova Iorque: Routledge, 1991. p. 201.

[66] Para a importância desta distinção v. RAWLS, John. Conferências sobre a História da Filosofia Política. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 281.

dignidade, estes subjazem à idéia central do critério para definir uma individualidade plena e feliz, mas tais valores não podem ser impostos pela lei ou pela opinião moral comum[67].

A concepção de felicidade de Mill possui dimensão histórica ao entender que certos padrões culturais devem ser atingidos antes que a plena felicidade seja atingida pelos homens – daí seu princípio do danoestar limitado às sociedade desenvolvidas, e por isso se contrapõe a psicologia moral de Bentham que associa em relação direta ações, prazeres e felicidade[68].

Há no entendimento de Mill, a partir de sua idéia de individualidade, a valoração hierárquica e pluralística decompondo a felicidade em projetos, compromissos e ideais expressos em uma infinidade de vidas humanas felizes. Não há a crença de que seres independentes serão necessariamente felizes, há sim apenas a idéia de que a independência da razãoé aspecto necessário do homem que frui dos prazeres superiores.Segundo Guisán:

> [Para Mill] a felicidade do homem é uma felicidade peculiar, própria de um ser autodesenvolvido, ilustrado, livre, em pleno exercício de suas faculdades intelectuais, com sentido de sua *dignidade*, como de afirmar que esses ingredientes, precisamente: autodesenvolvimento, autorrespeito, sentido da própria dignidade, etc., *constituem parte mais valiosa da felicidade;* é dizer, não a acompanham, não a apoiam, não se originam da felicidade, *são* a felicidade" (itálicos no original)[69] (tradução nossa)

A concepção de felicidade milliana impede ou impõe a adoção de certos desejos. Impede o desejo de dominação sobre outrem, assim como impõe a elevação a um patamar mais alto de valores como a liberdade e autonomia, o que permite inferir serem "homens que se aproximam ao melhor que podem ser são os homens livres e autônomos, que são os homens felizes por antonomásia"[70].

A importância das virtudes para Mill na constituição de uma vida feliz forçam a entender que a concepção milliana de felicidade é uma concepção de "felicidade moral".Ideal de excelência humana longe de ser neutro porque postulado em vista à certa noção de felicidade, o que resultaria num argumento tautológico porque sua noção de felicidade tem em vista certo ideal de homem. Assim para escapar deste problema, e ainda conseguir explicitar sua noção de prazeres inferiores e superiores, Mill recorre ao conceito de "juízes

---

[67] Mill trabalha com o que Rawls chama de *thin theory of good*, ou seja, com condições mínimas de plena realização do bem-estar humano, o que, segundo Rawls, não faria de Mill um perfeccionista (Ibid. p. 339).
[68] GRAY, op. cit. p. 198.
[69] GUISÁN, Esperanza. El Utilitarismo. *In* CAMPS, Victoria (Ed.). Historia de la Ética: La Ética Moderna. Barcelona: Editorial Crítica, 2009. v. 2. p. 487. Ressalte-se que para Guisán a dignidade pressuposta por Mill permitirá responder, por exemplo, as críticas de Rawls em *Uma Teoria da Justiça* contra o utilitarismo que não distinguiria entre as pessoas, agregando-as num monte disforme para obter a maximização de seus desejos.
[70] Ibid. p. 490.

competentes", ou seja, homens e mulheres que já experimentaram diversos prazeres e podem avaliá-los com conhecimento de causa[71].

Apesar da digressão acerca da ação individual virtuosa, a teoria moral utilitarista, mesmo em sua versão milliana,se ocupa pouco da felicidade do agente. No centro da doutrina estão as regras que, na medida do possível assegurariam a todos os homems a felicidade, ou ao menos a mitigação da infelicidade[72]. Ao agente, considerado isoladamente, o utilitarismo "exige que seja não apenas estritamente imparcial como um espectador desinteressado e benevolente"[73]que pela via da educação moral tem como meta de ação prática a consecução do bem comum.

O estado gregário é natural e necessário ao homemde modo que a ideia milliana de comunhão social, situação na qual o indivíduo não pleitearia benefícios que não fossem benefícios para todos[74], está diretamente ligada à sua idéia de progresso civilizacional, progresso que pode ser catalisado pela educação[75], pela opinião e pelas instituições que gravariam tais valores no espírito dos indivíduos. Se isso pode ser feito, como Mill crê, não há porque se temer como critério último da moralidade a felicidade geral[76].

---

[71] "Se estes juízes preferem os prazeres do tipo A aos prazeres do tipo B, isso mostra que os prazeres do primeiro tipo são superiores aos do segundo. No entanto, convém sublinhar que não é a preferência dos juízes que torna um dado tipo de prazer superior a outro. O veredicto dos juízes não determina a qualidade dos prazeres; constitui apenas uma prova empírica da superioridade intrínseca de alguns prazeres em relação a outros" (v. Galvão, Pedro, p. 16. *In:* Introdução à edição portuguesa de *Utilitarismo* de Mill. MILL, John Stuart. Utilitarismo. Porto: Porto Editora, 2005.)

[72] Por felicidade Mill entende não "a continuidade de um arrebatamento extremamente prazeroso, parece bastante claro que isso é irrealizável. Um estado de prazer exaltado dura apenas alguns instantes ou, em alguns casos, e com intervalos, horas ou dias, e representa o lampejo ocasional do deleite, não sua flama permanente e constante. Disso os filósofos que professaram a felicidade como fim da vida humana estavam tão cientes como os que deles escarneceram. A felicidade de que falavam não significava uma vida de arroubo, mas momentos de êxtase numa existência constituída de poucas dores transitórias, muitos e variados prazeres, com um claro predomínio do ativo sobre o passivo; existência fundada, em seu conjunto, sobre a idéia de não esperar da vida mais do que é capaz de conceder. Uma vida assim composta sempre se mostrou digna do nome felicidade aos que foram afortunados o bastante para alcançá-la. E mesmo agora essa existência é o destino de muitos homens durante uma parte importante de suas vidas. A deplorável educação, os deploráceis arranjos sociais são atualmente, o único obstáculo real a que quase todos a realizem" (cf. MILL, John Stuart. Utilitarismo. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 196)

[73] Ibid. p. 202.

[74] Ibid. p. 227.

[75] Mill reconhece que nem todos tem o desejo da felicidade geral gravado em suas atitudes. Então como convencê-lo: "Unicamente fazendo que a pessoa *deseje* a virtude, fazendo-a refletir sobre o aspecto agradável da virtude, ou sobre o aspecto doloroso de sua ausência. (...). A vontade é filha do desejo, e abandona a tutela de seus pais apenas para se alojar sob o hábito. Não se pode pressupor como intrinsecamente bom o que nasce do hábito.(...) O hábito é única coisa que empresta certeza tanto ao sentimento como à conduta; e é porque é importante para os outros poder confiar absolutamente nos sentimentos e na conduta de cada um, e para cada um poder confiar em si mesmo, que se deveria, pela educação, assegurar à vontade de agir com retidão" (cf. Ibid. p. 239-240)

[76] Mas como se pode provar que a felicidade geral é o critério último da felicidade? A resposta, porém, consiste meramente em assumir que, de um ponto de vista empiricista, nada mais se pode dizer, com o fim de prova, de que a felicidade é desejável porque as pessoas de fato a desejam. Não é possível outra prova. Mesmo quando não

Quais seriam então a relação entre a teoria da individualidade, a felicidadee os argumentos em favor da liberdade? Para Mill, a mente não é mero receptáculo de impressões externas e a felicidade deve ser encontrada na atividade, eis que forma de vida a expressar a natureza de cada homem. E a felicidade não pode ser atingida antes que cada homem tenha sua própria concepção de felicidade. Enfim, a diversidade de concepções legítimas de felicidade está fundada na pluralidade das naturezas individuais. Como dito antes, Mill é um empiricista e sua concepção de homem deve ser construída a partir de evidências da observação e do experimento. Nesse sentido,

> Mill acreditava que todo conhecimento surgia a partir da "associação" de ideias apresentadas pelos sentidos. (Essa psicologia *associacionista* foi outra herença de seu pai.) Todos são igualmente capazes de adquirir conhecimento – ninguém nasce com uma inteligência superior inata. A própria formação de Mill lhe ensinou que as pessoas são capazes de muito mais desenvolvimento do que normalmente se pensa. A maneira de maximizar a felicidade é, portanto, não dar às pessoas o que elas querem agora, mas encorajá-las a ter melhores anseios. Se os prazeres elevados são melhores do que os mais baixos, nós deveríamos ansiar por um mundo no qual todas as pessoas apreciem os prazeres mais elevados, mesmo que a sua ignorância as impeça de querer os prazeres mais elevados no presente[77]

No entanto, como compatibilizá-la com sua concepção de natureza humana e sua visão teleológica, características de um essencialista? A resposta Mill parece elaborá-la apartir da noção de natureza humana[78] pressuposta em *On Liberty* e que pode ser entendida como estrutura básica para um infindável processo de autotransformação e que se distingue da natureza não humana pelos poderes de pensamento reflexivo e escolha deliberada pela qual a indeterminação entre no pensamento e ações humanos.

Não há, portanto, reivindicação de validade universal dos atributos da natureza humana;apenas diz Mill ser sua característica essencial a indeterminação e abertura ao aperfeiçoamento em muitas direções divergentes e indefinidas; é por isso que liberdade social está acima de outros bens porque a promoção da diversidade de estilos de vida e modos de pensamento é parte constitutiva do desenvolvimento individualidade.

---

se entende algo desejável (a virtude, por exemplo) como meio para a felicidade, ele a integraria como parte da felicidade e por isso desejável em si mesmo (cf. Ibid. p. 232)

[77] Mulgan, Tim. Utilitarismo. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012. p. 42.

[78] Como identificar a existência de uma ideologia acerca de natureza humana? Para Stevenson e Haberman, ela deve preencher os seguintes requisitos[78]: (i) possuir uma teoria de fundo sobre o mundo; (ii) possuir uma teoria básica sobre a natureza dos seres humanos; (iii) conferir um diagnóstico sobre o que há de errado conosco; e, por fim, (iv) uma prescrição para corrigir esse estado de coisas (v. STEVENSON, Leslie e HABERMAN, David L.. Dez Teorias da Natureza Humana. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 14.). Embora ultrapasse o escopo deste trabalho, e não haja espaço para aprofundar a pesquisa, não parece de todo equivocado afirmar que a idéia de natureza humana milliana preenche os requisitos estabelecidos.

> O espírito do desenvolvimento nem sempre é um espírito de liberdade, pois pode ir no sentido de impor melhorias contra a vontade de um povo; e o espírito da liberdade, na medida em que resiste a tais tentativas, pode aliar-se local e temporariamente aos inimigos do desenvolvimento; mas a única fonte inabalável e permanente de desenvolvimento é a liberdade, dado que através dela há tantos centros possíveis de desenvolvimento como indivíduos. Contudo, o princípio do progresso, que sob a forma de amor à liberdade, quer sob a forma de amor ao desenvolvimento, é antagônico à influência do costume, envolvendo pelo menos emancipação desse jugo; e a disputa entre os dois constitui o palco onde se joga a história da humanidade[79].

O progresso do homem significa a abertura às transformações das formas de vida e revela sim um certo quê essencialista, mas que parece não recair em qualquer determinismo. Isto porque a teoria da individualidade de Mill reinvidica que o homem é seu único criador, ainda que exista uma natureza esta aguarda revelar-se[80]. Mas para que a excelência humana possa florescer há de haver um meio fértil que lhe dê as condições necessárias. Sendo à sociedade, sob a proteção do Estado, o *locus* humano necessário a seu desenvolvimento, necessário estabelecer mediações entre os poderes da sociedade e liberdade individual que dêem fluxo à diversidade. É preciso, portanto, intervir na política para fixar o campo próprio da sociedade e do indivíduo. O que Mill tentará a partir de seu princípio do dano.

1.4 O que a Lei pode alcançar? O dano

Após apoiar as razões pela quais a liberdade é o pressuposto lógico do florescimento individual e, por conseqüência, da sociedade, Mill enfim entende estar no ponto adequado de seu argumento para perguntar:

> Qual é, então, o limite correcto para a soberania do indivíduo sobre si mesmo? Onde começa a autoridade da sociedade? Quanto da vida humana deve ser atribuído à individualidade, e quanto à sociedade?[81]

A conduta que é possível impor ao indivíduo e, portanto, justifica a interferência externa refere-se a interesses alheios que constituem de algum modo, pelavia do acordo ou da norma jurídica, um direito ou uma obrigação social para defesa dos demais cidadãos. Ao contrário, o indivíduo está imune de qualquer intervenção se não afeta diretamente interesses alheios. O ponto para Mill não é se o mal que alguém faz a si mesmo afeta ou não aqueles que

---

[79] MILL, Sobre a Liberdade. Lisboa: Edições 70, 2006. p. 125-126.
[80] GRAY, John. Mill's conception of happiness and the theory of individuality.*In* GRAY, John e SMITH, G.W. (Ed.). J.S. Mill's On Liberty in Focus. Nova Iorque: Routledge, 1991. p. 207.
[81] MILL, Sobre a Liberdade. Lisboa: Edições 70, 2006. p. 133.

lhes estão próximos, inegavelmente afeta. O ponto é se a conduta leva a pessoa a descumprir "obrigação, distinta e atribuível, para com qualquer outra pessoa ou pessoas, o caso [então] deixa de só a si dizer respeito, e torna-se passível de reprovação moral no sentido adequado do termo".[82] Se alguém tem o dever de pagar dívidas ou cuidar dos filhos, pouco interessa se deixa de fazê-lo devido a sua intemperança ou por alguma boa razão, e sim que o deixou de fazê-lo quando estava obrigado e deve ser de algum modo punido. A intemperança por si só não pode ser a razão para a coagi-lo a agir de outro modo, é preciso um dano evidente, ou ao menos um risco evidente de dano, para outro ou para a sociedade a fim de que a conduta possa ser legitimamente proibida.

Nesse sentido, para separar dano de mero aborrecimento, Mill precisa distinguir quais interesses cuja proteção exige de maneira justificada a restrição da liberdade individual, sob pena de seu princípio ser ironicamente despido de qualquer utilidade. Não sendo seres isolados mas sociais toda conduta humana afeta um interesse alheio, ateus afetam negativamente aqueles que crêem ao recusarem a conversão religiosa e espalhafatosos incomodam quietos e introvertidos.

O princípio milliano precisa então distinguir interesses em duas categorias: interesses diretos e indiretos. Se a conduta afeta apenas o indivíduo (*self-regarding acts*), significando para Mill referência direta e primária, ainda que possa haver um interesse indireto em regulá-la ou mesmo proibi-la, a intervenção será ilegítima; por outro lado, será legítima se a conduta afetar direta e primariamente interesses de outrem (*other-regarding acts*). Mill entende que as condutas do indivíduo, ainda que danosas ou tolas, desde que afetem apenas seus interesses diretos estão, e devem estar, imunes à coerção e formam uma esfera apropriada e intransponível da liberdade humana[83], verdadeiro núcleo a abranger o domínio interior da consciência.

Os intérpretes de Mill se dividem quanto à interpretação do que se entender por "interesses diretos" e "interesses indiretos" que permitem a distinção entre atos autorreferentes e heterorreferentes. A divergência tem como fundamento diferentes interpretações acerca do trecho em que Mill assevera o objetivo de *On Liberty*[84]e afirma que **"**To justify that [a intervenção], the conduct from which it is desired to deter him, must be

---

[82] Ibid.p. 142.

[83] MILL, Sobre a Liberdade. Lisboa: Edições 70, 2006. p. 44: "A única liberdade que merece o nome é a liberdade de procurar o nosso próprio bem à nossa própria maneira, desde que não tentemos privar os outros de seu bem, ou colocar obstáculos aos seus esforços para o alcançar"

[84] O trecho referido foi transcrito na íntegra, em sua tradução para o português, no começo deste capítulo (v. nota nº 9).

calculated to produce evil to some one else”[85]. O trecho a semear a controvérsia é “must be calculed” [“há de ser calculado”], trecho que, no entanto, é necessário destacar, não aparece em nenhuma das traduções para o português utilizadas na presente dissertação. Na edição portuguesa o trecho foi assim traduzido “Para justificar tal coisa [a intervenção], é necessário que se preveja que a conduta de que se deseja demovê-lo cause mal a outra pessoa”[86]; enquanto na brasileira: “Para justificar esse exercício do poder, é preciso mostrar-lhe que a conduta que se pretende impedi-lo de ter produzirá mal a outrem”[87].

Tirante os problemas de ambas as traduções para o português que não destacam o trecho em questão, o termo “calcular” pode dar margem a interpretações que reforcem o caráter intencional do agente, no sentido de que é dano direto apenas se o agente “calcula”, “planeja”, causar o dano. Seguir esse sentido conferiria à liberdade individual tal força a ponto de retirar legitimidade de intervenções toleradas por sociedades liberaisao princípio do dano. Por outro lado, pode-se interpretar o termo “calcular” de modo mais restritamente utilitarista e em vista às consequências sociais do dano, interpretação que conferiria mais poder a quem possui o poder de avaliar como legítimas ou ilegítimas as consequências do ato: a opinião pública e o legislador[88].

Na primeira interpretação, que pode ser denominada de “intencionalista”[89], a vontade do agente é o elemento fundamental na caracterização da conduta como danosa, razão pela qual os poderes estataisdevem utilizar-se de uma doutrina da responsabilidade estrita para justificação da punição isentando o agente da intervenção do Estado ou da opinião pública quando não queira causar dano a terceiros ou não é manifestamente previsível que de sua ação tal dano se seguirá[90].

Já na segunda interpretação, se a distinção para Mill não está em meramente afetar terceiros, e sim em afetar os *interesses* de terceiros, é este – a afetação de interesses de terceiros – o critério *normativo*, enquanto o primeiro é puramente factual[91]. Afetar o interesse de alguém significa então afetá-lo de um modo que se considera *relevante*, o que significa referir-se a algum parâmetro de valores para aferição da importância do interesse. Há um elemento objetivo no conceito de interesse que permite afastar a subjetividade[92]e afastar que

---

[85] Id. On Liberty.RYAN, Alan (Ed.). Nova Iorque: Penguin Books, 2006, p. 16
[86] Id. Sobre a liberdade. Tradução Pedro Madeira. Lisboa: Edições 70, 1996, p. 40.
[87] Id. A liberdade. Tradução Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 18.
[88] Cf. SHAPIRO, Ian. Os fundamentos morais da política. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 70-89.
[89] RYAN, Alan. The Philosophy of John Stuart Mill.Londres: Macmillan, 1970. p. 248.
[90] Ibid. p. 249
[91]TEN, Chin Liew.Mill on liberty.Oxford: Clarendon Press, 1980. p. 11. Afetar terceiros, como o próprio Mill reconhece, é uma questão de fato. O critério normativo surge da concepção de “interesse relevante”.
[92]Ibid. p. 12.

se considere um interesse legítimo que vegetarianos fervorosos, porque isso afeta sua sensibilidade, nos impeçam de comer carne. Nesse sentido,

> Interesses [...] dependem para sua existência de reconhecimento social e são intimamente ligados com os padrões prevalentes para o tipo de comportamento que um homem pode legitimamente esperar de outros. Uma pretensão que algo deva ser reconhecido como um interesse é aquele que devemos exigir ser apoiado em argumentos e capaz de ser submetido à discussão[93] (tradução nossa)

O problema desta interpretação é levar o princípio milliano a defender posições conservadoras e relativistas em sua aplicação. Conservadoras porque dependeriam para uma maior liberdade de uma mudança favorável das normas socialmente reconhecidas; relativistas porque dependem apenas e tão-somente das convenções sociais de determinada sociedade. Resultados justamente contra os quais procurou Mill estabelecer o princípio do dano[94].

Não é despropositado pensar que talvez não se possa chegar a um interpretação inequívoca do princípio do dano[95], o que ao menos permitiria ao princípio do dano adequar-se às diversas áreas do Direito: no âmbito penal prevaleceria a intenção do agente, e assim a idéia de responsabilidade restrita; enquanto no civil prevaleceriam as consequências na determinação prática do princípio do dano, como restaria evidente pelo instituto da responsabilidade civil[96].

De todo modo, uma outra tentativa de escapar do problema da indeterminação, e ainda relacionar o princípio da utilidade com o princípio do dano, conferindo maior sistematicidade ao pensamento milliano, seria pela via da definição dos interesses relevantes de outrem pelo princípio da utilidade ou da maior felicidade, retirando assim o princípio do dno dos padrões variáveis de cada sociedadee do indivíduo.Além disso, importa menos descobrir se uma conduta afeta ou não os interesses, pois, como visto, o próprio Mill reconhece que sim.

O ponto fundamental é se a conduta afeta *direta* ou *indiretamente* os interesses alheios, enquanto a afetação direta legitimará a intervenção, a *indireta* a afastará. Ambas afetam os interesses alheios, mas apenas uma – a direta – afeta de modo relevante a ponto de legitimar a intervenção estatal. Portanto, são os efeitos diretos e indiretos de uma conduta

---

[93] REES, J.C. A re-reading of Mill on liberty. *Political Studies*. v. 8, n. 2. p. 113-129. June 1960. p. 119.

[94] "Por isso os valores da maioria que determinam se os interesses de outras pessoas foram ou não violados pela conduta de outrem, e por se sua conduta cai na área de legítima intervenção pela lei e opinião" (v. TEN, op. cit. p. 12)

[95] Assim entende Shapiro: "Encontrar uma única definitiva interpretação do princípio do dano parece ser uma tarefa impossível. Talvez faça mais sentido considerar a possibilidade de diferentes definições de dano sejam adequadas a diferentes circunstâncias, de forma que não há que se ter uma única interpretação correta" (SHAPIRO, Ian. Os fundamentos morais da política. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 81)

[96] SHAPIRO, Ian. Os fundamentos morais da política. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 82-83.

individual sobre os interesses de outrem que determinarão a legitimidade da coerção[97].Então o que distingue entre os efeitos *diretos* e *indiretos* de uma conduta sobre os interesses de outrem? O que permitirá distingui-los será os interesses primários do indivíduo e os interesses primários da sociedade. É sua determinação que indicará as esferas de interesses de cada um que permitirão a determinação de um núcleo de interesses individuais inalcançáveis para o Estado e a Sociedade.

Nesse sentido afetar indiretamente, segundo Mill, significa afetar aquilo que alguém apenas desgosta, acha repugnante ou imoral. Assim as condutas devem ser danosas de fato para serem proibidas e não meramente tolas, perversas ou erradas. Ainda que a intensidade da aversão social por determinada conduta individual possa ser entendida como relevante, da perspectiva milliana é deplorável o exercício do poder de império do Estado para punir, ou mesmo da pressão social através da opinião pública para oprimir ou segregar, condutas que simplesmente afetam sentimentos de repugnância social. Portanto, se as únicas razões a sustentar o desejo de restrição de uma ação individual, são razões de ordem emocional – como as afetos e aversões, ou crenças de que uma conduta é errada, a ação deve ser entendida como autorreferente.

Por outro lado, se o dano causado a outrem é de algum modo aferível, como a lesão corporal ou a fraude o são, ou se há a violação de obrigação determinável e que pode ser imputável ao agente, há um outro elemento que permite considerar o ato como heterorreferente e, assim, legitimar a restrição da liberdade[98]. Nesta forma de interpretar a idéia de "interesses", transparece a razão tão cara a Mill como mediadora das distinções[99]. Por isso, na hipótese de alguns se sentirem tão aborrecidos com a conduta alheia a ponto de que tal aborrecimento seja considerado um dano, como no caso de religiosos ou vegetarianos fervorosos que se vêem extremamente afetados por ateus e comedores de carne, Mill permite concluir que o dano não advém dos atos autorreferentes considerados ímpios ou ultrajantes, mas da hipersensibilidade das pessoas afetadas.

O princípio do dano simplesmente exclui certos argumentos da ponderação de interesses e ao indivíduo deve ser permitido o cultivo de seu caráter particular, desde que não afete diretamente os interesses de outros. Quaisquer razões que, segundo o princípio do dano,

---

[97]TEN, Chin Liew.Mill on liberty.Oxford: Clarendon Press, 1980. p. 14

[98]"Ao tratar como irrelevante a repugnância e a aversão da maioria frente a algumas ações autorreferentes, Mill vai de encontro à visão utilitarista clássica de que todos os prazeres e dores são relevantes na determinação da correção ou incorreção de uma ato. A visão de Mill também parece incoerente com o utilitarismo de preferências que considera a satisfação de qualquer desejo como um bem em si mesmo" (TEN, Chin Liew. Mill on liberty. Oxford: Clarendon Press, 1980. p. 18)

[99] Como já visto, Mill não era avesso às emoções como demonstra sua crítica à Bentham, mas parece querer deixá-las fora das decisões democráticas acerca da intervenção estatal na liberdade individual.

restrinjam ou anulem a esfera de liberdade humana não podem sustentar normas jurídicas ou sociais, assim, conforme Rawls[100], não serão motivos legítimos para elaboração de uma lei ou para manutenção de uma regra social aqueles que sejam de ordem paternalista, perfectibilista[101], ouemotiva. Excluídas tais razões estaria garantida uma das condições mais elementares[102] para liberar o progresso humano rumo ao exercício pleno de suas capacidades, ou seja, rumo à felicidade.

Vale dizer que Mill ao afirmar que determinada conduta é capaz de causar o dano, prejudicando interesses alheios, está a afirmar que se encontra presente uma causa *necessária* à legitimidade da intervenção, e não a existência de uma causa *suficiente*para intervenção. Ou seja, ainda que o dano tenha de fato ocorrido, e a intervenção esteja justificada, cabe ainda decidir se esta deve ser implementada. Implementação que somente ocorrerá se estiver de acordo com as regras que tenham a tendência de promover a felicidade para o maior número de pessoas.

O princípio do dano, portanto, é pensado por Mill para se estruturar em duas etapas[103]: na primeira deve ser respondido se houve ou não dano; caso tenha havido, inicia-se a etapa da considerações utilitaristas[104]. Não são todos os danos específicos que demandam intervenção. Sendo assim, a circunstância de estar legitimada a intervenção em uma determinada conduta, porque causadora de danos a terceiros, não leva necessariamente à conclusão de que a intervenção ocorrerá, como afirma Mill.

> Tão logo qualquer parte da conduta de alguém influencia de modo prejudicial os interesses de outros, a sociedade adquire jurisdição sobre tal conduta, e a questão de saber se essa interferência favorecerá ou não o bem-estar se abre à discussão. Mas não há espaço para cogitar dessa questão quando a conduta de uma pessoa não afeta senão os próprios interesses, ou não afeta os interesses dos outros se necessariamente não o querem (todas as pessoas envolvidas tendo atingido a maturidade e gozando do grau ordinário de discernimento). Em todos esses casos,

---

[100] RAWLS, John. Conferências sobre a História da Filosofia Política. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 315-318.

[101] Kant partilha com Mill o repúdio à coação em direção à felicidade conforme determinada concepção alheia de bem-estar a ponto de afirmar que um governo que determine como as pessoas devem ser felizes (*imperium paternale*) é o maior despotismo concebível. V. KANT, Immanuel. On the relationship of theory to practice in political Right (against Hobbes).In Political Writings.Cambridge Texts in History of Political Thought.Cambridge: Cambridge University Press, 2003 (14ª reimpressão) p. 74.

[102]Para outras ver RAWLS, op. cit. p. 320 et seq.

[103] SHAPIRO, Ian. Os fundamentos morais da política. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 77.

[104] O entendimento de Mill parece permitir classificar seu utilitarismo como "utilitarismo de regras" ou "normo-utilitarismo", que, segundo Frankena, "como o normo-deontologismo, ele acentua a importância das regras na moral e insiste em que, de modo geral, se não sempre, devemos tomar uma atitude específica em função de uma regra, como a de dizer a verdade, e não indagando que particular atitude terá as melhores consequências na situação em causa. Mas, diversamente do deontologismo, o normo-utilitarismo diz que sempre devemos pautar nossas ações pelas regras capazes de promover o maior bem geral para todos. Em outras palavras, a questão não é saber qual a *ação*, mas qual a *regra* de maior utilidade" [FRANKENA, William K. Ética. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981. p. 50-51].

> deveria haver perfeita liberdade, legal e social, de praticar as ações e assumir as conseqüências[105].

Não havendo uma obrigação determinada a imputar um dever de conduta ao agente, tampouco razões diversas de razões consideradas paternalistas, perfeccionistas ou puramente emocionais – razões que estão, segundo Mill, excluídas *a priori* da razão pública - a restrição à liberdade individual não poderá ser levada a efeito. Diante disso, o consumo de materiais pornográficos como revistas ou filmes está imune à intervenção estatal,e não porque haja um núcleo intransponível de moralidade ou imoralidade do indivíduo livre do alcance da lei. O consumo de materiais pornográficos, por exemplo, está imune à restrição estatal pelo menos até que sejam trazidas à luz outras razões que não sejam paternalistas ("tais materiais causam dano àquele que os consome"), perfeccionistas ("não é próprio de alguém virtuoso consumir pornografia") ou emocionais ("pornografia é nojento").

Por isso, se algum dia restar demonstrado por fatos e provas que a pornografia causa ou catalisa a violência física ou psíquica contra a mulher, o princípio do dano não será obstáculo à intervenção destinada a restringir ou proibir a pornografia. Assim sendo, ao final e ao cabo o princípio milliano foi erigido de modo mais para afastar certas razões para intervenção do que para afastar certas condutas. É a distinção entre as razões a motivar um determinado ato coercitivo que são fundamentais para a incidência do princípio[106]

Embora o princípio do dano de Mill, na qual são justificadas apenas as condutas que violarem direitos de terceiros, pareça hoje uma platitude - o que talvez demonstre o êxito do movimentos de idéais a qual pertence, Mill não escapou de críticas até mesmo porque precisou responder como seria regular a sociedade a partir do princípio do dano. Mill parece recuar diante de algumas conseqüências de seu princípio, como, por exemplo, regulamentações acerca da venda de veneno para evitar utilização criminosa[107] ou a proibição de beber para bêbados violentos que tenham sido condenados por isso[108], pois entende que ambas as limitações previnem danos sérios, ainda que o dano seja consideravelmente remoto.

Há ainda aqueles atos ofensivos apenas quando praticados em público (relações sexuais em via pública, por exemplo) que entram na categoria de ofensa[109]a terceiros e podem

---

[105] MILL, John Stuart. A liberdade.São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 116.
[106]TEN, Chin Liew.Mill on liberty.Oxford: Clarendon Press, 1980. p. 62.
[107] MILL,John Stuart. Sobre a liberdade. Lisboa: Edições 70, 2006. p. 162.
[108] Ibid. p. 165.
[109] Ofensa distinguem-se aqui de dano e significam estados emocionais desagradáveis como o aborrecimento, a repulsa e o constragimento causada pela conduta alheia. Em circunstâncias especiais podem se tornar danosos causando um prejuízo a um interesse legítimo do ofendido. Nesse sentido, v. FEINBERG, Joel. Offense to Others: The Moral Limits of the Criminal Law. Volume II. Nova Iorque, Oxford University Press, 1985. p. 1.

ser corretamente proibidos. Há, porém, críticas que atingem a própria estrutura do pensamento milliano, como aquelas que afirmam a incompatibilidade entre os princípio da utilidade e da liberdade, e assim a possibilidade mesmo de justificar uma concepção utilitarista e liberal de Estado. A maneira como os críticos dos mais diversos matizes abordaram os problemas suscitados por Mill será abordada nos próximos itens.

1.5 O princípio da dano na berlinda

Carregar o peso de ter articulado um mais importantes conceitos do liberalismo custou a Mill torna-se alvo de críticas contundentes e recorrentes de adversários de todas as épocas e espectros ideológicos. De utilitaristas conservadores da era vitoriana, como Fitzjames Stephen, a radicais marxistas, como Herbert Marcuse e Robert Paul Wolff, passando por liberais contemporâneos da cepa de Herbert L.A. Hart, Ronald Dworkin, Martha Nussbaum e Joseph Raz, todos aqueles que se debruçaram sobre as relações entre a liberdade individual, a soberania popular e a legitimidade da intervenção estatal na esfera de privacidade do indivíduo; tolerância[110]; paternalismo ou perfeccionismo jurídico tiveram de alguma maneira de passar pelos conceitos elaborados por Mill seja para refutá-los ou aprimorá-los. Neste item foram selecionados alguns críticos que buscaram refutar o liberalismo milliano.

1.5.1 Fitzjames Stephen

Umas da primeiras e mais incisivas críticas recebidas por Mill é aelaborada porFitzjames Stephen[111]. Crítica interna ao utilitarismo[112], que *On Liberty* teria ameaçado, segundo Stephen, quando dissociou liberdade de ordem[113]. Discípulo de Hobbes e Bentham,

---

[110] Para o desenvolvimento do conceito de tolerância v. BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). Dicionário de Filosofia do Direito. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2006. Tolerância, p. 819.

[111] (1829-1894) Juiz e ensaísta de muito prestígio à época, filho de um professor de Cambridge que ajudou a elaborar a lei que aboliu o comércio de escravos no Império Britânico. Cf. REEVES, Richard. John Stuart Mill: Victorian Firebrand, p. 179 et seq.

[112] Leslie Stephen, biógrafo e irmão de Fitzjames Stephen, afirma que do ponto de vista de Fitzjames Stephen, um utilitarista conservador, é importante porque mostra como Mill teria se afastado de Bentham, sendo, inclusive, considerado por Stephen como desertor dos princípios utilitaristas elaborados por Bentham (*Apud* TEN, Chin Liew. Mill on liberty. Oxford: Clarendon Press, 1980. p. 35)

[113] POSNER, Richard A. Foreword to *Liberty, Equality, Fraternity* de James Fitzjames Stephen (1874). Chicago: The University of Chicago Press, 1991. p. 07-19.Posner argumenta que o interessante em Stephen é o viés claramente autoritário sem quaisquer véus de quem se vê como um utilitarista admirador de Bentham e Mill.

liberdade, para Stephen, é liberdade ordenada e, como o autor de *Leviatã,* é a natureza humana, dada ao conflito e à violência, o fundamento de sua filosofia política[114]na qual a ordem social somente é possível pela imposição da força.

À liberdade não se pode conceder um valor em si mesmo, como fez Mill, seu valor é meramente instrumental a serviço do bem-estar da sociedade. Assim como todos os outros elementos da vida social, a liberdade possuivantagens e desvantagens e, consequentemente, não podemos conferir-lhe valor absoluto defendendo-a cegamente mesmo quando contingências façam com que suas desvantagens prevaleçam[115].

Não se pode descartar *a priori* quaisquer restrições se atodo momento surgem conflitos entre os indivíduos, sociedade e suas liberdades, razão pela qual a liberdade somente pode significar "não a pura ausência de restrição, mas a ausência de restrição danosa (*injurious restraint*)"[116], que não se origina da moralidade, da lei ou da religião, pois, ao final e ao cabo, são estas o fundamento último a permitir liberdade de ação e, por sua própria natureza, não pode constituir intrusão na liberdade do indivíduo.

O "poder precede a liberdade – e a liberdade, a partir da natureza mesma das coisas, é dependente do poder; e somente sob a proteção de um governo poderoso, bem organizado e inteligente é que a liberdade pode existir"[117].O valor da liberdade é dado pela lei, pela moralidade e pela religião e não se pode nem mesmo discuti-la fora de seu contexto concreto.

O valor da liberdade está em permitir aos indivíduos a busca por suas próprias escolhas, desde que delimitadas pelo bem-estar da sociedade.A moralidade, por sua vez,formada pelo medo do opróbrio,é a mais importante das limitações, sendo inclusive a aversão por certas condutas essencial à moralidadeporque impediria os indivíduos de buscar

---

Para Posner, Stephen é símbolo da linha tênue a separar liberais de antiliberais e como os liberais modernos (aqui no sentido comum nos Estados Unidos que poderia ser traduzido por social-democrata) facilmente a cruzam.

[114] Ibid. p. 33. Posner: a discordância entre Mill e Stephen se dá na concepção de natureza humana, enquanto o primeiro entendia que as pessoas se aperfeiçoariam pela discussão, Stephen não. Segundo Posner, assim como o poder para Foucault, Stephen vê força, poder e opressão em todo lugar.

[115] Aliás, em suas próprias palavras, "Discussões acerca da liberdade são em verdade discussões acerca de uma negação. Tentativas de resolver problemas de governo e sociedade por tais discussões são como tentativas de descobrir a natureza da luz e do calor através de pesquisas sobre a escuridão e o frio. O fenômeno que requer e compensará o estudo é a direção e natureza das várias forças, individuais e coletivas, que em sua combinação ou colisão entre si ou com o mundo externo constituem a vida humana. Se nós queremos saber qual deve ser a forma e a posição da saída de um cano d'água, nós devemos considerar a natureza da água, a natureza dos canos e os objetos para as quais a águas é direcionada, mas descobririámos muito pouco estudando a natureza dos buracos" (tradução nossa) (v.STEPHEN, Fitzjames. *Liberty, Equality, Fraternity* (1874). Indianapolis: Liberty Fund, 1993. Disponível em: http://oll.libertyfund.org/titles/stephen-liberty-equality-fraternity-lf-ed. Acesso: 05 de janeiro de 2014. p. 93.)

[116]Ibid. p. 122.

[117] STEPHEN, Fitzjames. *Liberty, Equality, Fraternity* (1874). Indianapolis: Liberty Fund, 1993. Disponível em: http://oll.libertyfund.org/titles/stephen-liberty-equality-fraternity-lf-ed. Acesso: 05 de janeiro de 2014. p. 111.

uma vida de indolência e apatia sem qualquer apreço pela cultura ou motivação para a grandeza de caráter[118].

Para Stephen, o ideal de fraternidade pressuposto na teoria da felicidade de Mill teria como fundamento apenas um sentimentalismo tolo acerca da natureza humana no qual o mundo viria a ser um paraíso sem as hostilidades resultantes dos conflitos, um mero apelo ao progresso de que os seres humanos seriam capazes se liberados dos limites que lhe foram impostos. O que a visão milliana obscureceria seria a constatação de que muitos homens são maus emesmo os bons, de acordo com certas circunstâncias,poderiam ser levados a tratar os outros como inimigos[119].

A fraternidade não pode ser alcançada quando eliminados, justa e precisamente, os elementos (moralidade, lei e religião) que permitem controlá-los até um certo nível, cuja retirada, aliás, somente levará a resultados terríveis no mundo dos assuntos cotidianos e práticos. A condição humana seria muito mais complexa do que aquela abarcada no princípio único e simples da liberdade exposto em *On Liberty*, e, uma vez retirada a noção de natureza humana ali pressuposta, o princípio do dano não pode ser articulados de modo preciso porque retirada sua crença no aperfeiçoamento do homem . O princípio do dano, por isso, não se encaixaria com o utilitarismo, seja na versão milliana ou não, e a ausência de restrição redundaria não no florescimento da excelência humana, mas em indolência, assim como a liberdade irrestrita de opinião não levaria à aproximação da verdade, mas à subversão da moralidade[120].

1.5.2 Gertrude Himmelfarb

As críticas a Mill e seu princípio não se limitaram a seus contemporâneos do século XIX enfrentando fortes resistências no avançar do século XX, notadamente pelo interesse

---

[118] Quando alega que sentimentos de ódio e vingança contra os criminosos devem ser considerados e bem ordenados pelo legislador, Stephen tem em mente o denominado “prazer da aversão”. Como Bentham, Stephen entende que todo prazer há de ser considerado, inclusive aqueles derivados de sentimentos como a aversão e a malignidade. Podem não sê-lo de modo decisivo haja vista os outros prazeres presentes no contexto, mas não é possível retirar-lhes todo e qualquer peso (*Apud* TEN, Chin Liew. Mill on liberty. Oxford: Clarendon Press, 1980. p. 36-40).

[119] STEPHEN, op. cit. p. 160.

[120]Para Stephen, a democracia liberal baseada em princípios propugnada por Mill não tem qualquer vínculo com a liberdade, pois “o grau no qual o poder governante interfere com os indivíduos depende do tamanho do país, a proximidade pela qual as pessoas se unem, o grau no qual tornam-se conscientes pela experiência real de sua dependência uns dos outros, o temperamento nacional e circunstâncias similares. A forma do governo tem muito pouco que ver com a questão” (tradução nossa) (v. STEPHEN, Fitzjames. *Liberty, Equality, Fraternity* (1874). Indianapolis: Liberty Fund, 1993. Disponível em: http://oll.libertyfund.org/titles/stephen-liberty-equality-fraternity-lf-ed. Acesso: 05 de janeiro de 2014. p. 112).

renovado em suas teses provocados pela edição do relatório Wolfenden. Dentre as críticas situadas no espectro conservador do âmbito político, cabe destacar Gertrude Himmelfarb que na esteira de Stephen afirma que os resultados da liberdade individual sem limites defendida por Mill resultou em efeitos perniciosos, não no florescimento humano como pregava[121]. Mill teria adotado o que Himmelfarb chamou de "cultura adversária"[122] porque contrária a todos os pressupostos e limites impostos pela sociedade e cultura, e que não teria se restringido apenas a estes como também a própria noção de verdade, tornando-se verdadeiro defensor do erro.

> Ao fazer da verdade tão dependente do erro de modo a requerer não somente a mais livre circulação do erro mais seu cultivo deliberado, ele reforçou o relativismo das gerações posteriores. No mercado democrático de idéias, verdade e erro parecem ser equivalentes. O próprio Mill não aceitou esta visão. Ele não quis sugerir que não havia tal coisa como a verdade ou mesmo que ela era incognoscível. Ele queria asserverar, como uma proposição prática, que a sociedade não poderia supor decidir entre verdade e erro. Mas isto era o propósito prático de sua doutrina que prevaleceu e que parece conferir credibilidade ao temperamento relativista corrente[123] (tradução nossa)

Embora reconheça que Mill não era um relativista cultural, o que se fez claro diante de sua distinção entre prazeres elevados e prazeres inferiores que lhe fora tão caro e ao mesmo tempo problemático na justificação de sua versão de utilitarismo, Himmelfarb ressalta que todo o esforço dispendido em *On Liberty*era o de estabelecer um princípio prático de neutralidade acerca tanto de questões de moralidade como de verdade. Seu intento alcançou êxito ao custo de enfraquecer quaisquer anseios sociais de exigir uma ação moral do indivíduo[124].

A liberação de todas as amarras seria para o ser humano, na perspectiva da antropologia filosófica milliana, a trilha necessária para se alcançar seus fins mais elevados. Contudo, a exaltação da liberdade em si, independentemente de seus efeitos nefastos contrariava toda uma tradição de apelo a moderação das paixões, ou mesmo a ponderação da liberdade com outros valores legítimos como a justiça. "Onde a maioria dos modernos e todos os filósofos antigos enfatizaram a necessidade de restringir as paixões humanas e tinham imaginado elaborar meios para tanto, a única restrição que Mill providenciou foi a prevenção de danos a terceiros"[125.]

---

[121] HIMMELFARB, Gertrude. On Liberty & Liberalism: The Case of John Stuart Mill. San Francisco: ICS Press, 1990. p. 320-321.
[122]Ibid. p. 311.
[123]Ibid. p. 311.
[124]Ibid. p. 311-312.
[125] HIMMELFARB, Gertrude. On Liberty & Liberalism: The Case of John Stuart Mill. San Francisco: ICS Press, 1990. p. 321

Para Himmelfarb, Mill simboliza problemas mais graves do ideário liberal como a completa inexistência de mediadores razoáveis entre a liberdade individual e as necessidades circunstanciais de seu controle. Obrigado à preservação apenas e tão-somente da liberdade em sua acepção negativa, o Estado quando instado a assumir papel no fomento da liberdade positiva, sendo essa a rotina dos governos em democracias liberais, vê sua atuação livre de limites precisos porque foi alijado de plano de qualquer tentativa de integrá-lo aos conceitos de indivíduo e sociedade, assim "o paradoxo é inevitável: o governo tende a torna-se ilimitado quando a liberdade em si mesma é pensada para ser ilimitada".[126]

1.5.3 Herbert Marcuse

As críticas a Mill não vem obviamente apenas do flanco conservador, mas perpassam todo o espectro político. Críticos radicais da cepa de Marcuse não deixaram o princípio do dano incólume, inclusive para afirmar que longe de ser uma princípio emancipador do ser humano o princípio milliano e seus clamores por tolerância à diversidade era antes um modo de preservação do *status quo* "limitada em uma base dual de violência ou supressão legalizadas (polícia, forças armadas, guardas de toda sorte) e de posição privilegiada mantida pelos interesses predominantes e "suas conexões""[127]. Reclamar universalidade para tal tipo de tolerância, ao menos nos termos em que forjada pelas sociedades industriais avançadas, é simplesmente falso quando se atenta para o fato de que tolerância é determinada e definida pela desigualdade instituída, ou, em seus próprios termos, pela "estrutura de classes da sociedade"[128].

Nestes termos a tolerância é mera aceitação passiva de atitudes e idéias mesmo quando evidentemente danosas ao homem, havendo verdadeira equiparação entre movimentos opressivos e movimentos emancipatórios. Concebida para ser neutra, ou, como prefere Marcuse, "abstrata" ou "pura", na medida em que deixa de tomar partido não paradoxalmente assume-o por completo, mas apenas para servir à proteção da "máquina de discriminação".

---

[126]Ibid. p.326.
[127] MARCUSE, Herbert. Represssive Tolerance.*In* A Critique of Pure Tolerance.WOLFF, Robert Paul; MOORE Jr., Barrington; e MARCUSE, Herbert. Boston: Beacon Press, 1965. p. 85.
[128]Ibid. p. 85.

Por isso, a única tolerância que faz jus ao nome, e assim amplia o conteúdo da liberdade, é a que não tolera os "protagonistas do *status quo* repressivo"[129].

On Liberty de Mill é citado expressamente por Marcuse, notadamente no trecho em que Mill exclui os "bárbaros" de seu princípio, ou seja,sociedades que não alcançaram certo estágio de desenvolvimento político, bem como as relações entre liberdade e verdade postas por Mill. Ao contrário do que defendeu Mill, o problema da liberdade humana não é de harmonia social ou das relações entre Direito e Liberdade numa sociedade já estabelecida, mas a "de *criação* de uma sociedade na qual o homem não mais seja escravizado pelas instituições que corrompem a autodeterminação desde sua origem. Em outras palavras, a liberdade está ainda para ser criada mesmo pela mais livre das sociedades existentes"[130].

Marcuse concorda com Mill que o *télos* da tolerância é a verdade, verdade que não tem forças contra "o calabouço e a fogueira"[131], e que a intolerância interrompeu por toda a história o avanço do progresso ao custo do sofrimento e morte de inocentes[132]. Ainda que à tolerância se concedam os favores de um valor necessário à emancipação humana, a concepção de tolerância não pode ser "pura" ou "neutra", como Mill a imaginou. E não pode "porque a própria estrutura social tal como construída manipula desde a origem as regras do jogo; portanto, ainda que tolerados, grupos dissidentes tem pouca ou nenhuma chance de levar suas causas a efeito"[133].

A pressuposição milliana de que o debate livre e igual dará azo à razão está, porém, viciada na origem em um contexto de uma sociedade desigual onde, notadamente na mídia, "a opinião estúpida é tratada com o mesmo respeito que a inteligente, a desinformada pode manifestar-se tanto quanto a informada, e a propaganda caminha junto à educação, a verdade com a falsidade"[134]. Prevelece assim a idéia de que nenhum grupo é bom ou mau, principalmente se se considerar que os fatos não são dados tampouco acessíveis de modo imediato porque obscurecidos por uma estrutura construída para manter um determinado

---

[129] MARCUSE, Herbert. Represssive Tolerance.*In:* A Critique of Pure Tolerance. WOLFF, Robert Paul; MOORE Jr., Barrington; e MARCUSE, Herbert. Boston: Beacon Press, 1965. p. 85.

[130] Ibid. p. 87. Como afirma Marcuse: "Tolerância não pode ser indiscriminada e equânime com respeito aos conteúdos de expressão, nem em palavras tampouco em atos; não pode proteger falsas palavras e atos injustos que demonstram que eles contradizem e contrariam as possibilidades de libertação. Tal tolerância indiscriminada é justificada em debates inofensivos, na discussão acadêmica; é indispensável no empreendimento científico, na religião privada. Mas a sociedade não pode deixar de controlar onde a pacificação da existência, onde a própria liberdade e felicidade estão em jogo: aqui certas coisas não podem ser ditas, certas idéias não podem ser manifestadas, certas políticas não podem ser propostas, certos comportamentos não podem ser permitidos sem fazer da tolerância um instrumento da servidão" (tradução nossa)

[131] Ibid. p. 90.

[132] Ibid. p. 91.

[133]Ibid. p. 92.

[134] MARCUSE, Herbert. Represssive Tolerance.*In:* A Critique of Pure Tolerance. WOLFF, Robert Paul; MOORE Jr., Barrington; e MARCUSE, Herbert.Boston: Beacon Press, 1965. p. 94-95.

estado de coisas. Para que a verdade então floresça é necessária a ruptura que "não pode ser realizada dentro de uma estrutura estabelecida de tolerância abstrata e objetividade espúria porque essas são precisamente os fatores que precondicionam a mente *contra* a ruptura"[135].

Se a tolerância abstrata, pura, deve ser substituída por uma "tolerância libertadora" que seja tolerante para movimentos progressistas, e de esquerda, e intolerante para movimentos reacionários, de direita[136], quem deve distinguir tal caráter em políticas, opiniões e movimentos sociais? Aqui Marcuse se utiliza do trecho de *On Liberty* em que Mill afirma estar o debate confinado àqueles "na maturidade de suas faculdades"[137], não sendo o ambiente de liberdade de expressão, decisão e ação próprio dos bárbaros. Para Marcuse, "o problema não é o de uma ditadura dos ilustrados (*educational dictatorship*), e sim o da quebra da tirania da opinião pública e seus feitores numa sociedade fechada"[138].

1.5.4 Robert Paul Wolff

Em *The Poverty of Liberalism,* Wolff desfere um ataque mais elaborado, pois mais completo, contra as pretensões liberais de Mill e de plano afirma que o princípio do dano, ou da liberdade, é incompatível com o princípio da utilidade[139]. Basta afirmar que a soma total da felicidade de uma sociedade é aumentada pela felicidade dos indíviduos, segundo Wolff, para serem necessários bons argumentos para impedir o entendimento intuitivo de que a intervenção para superar condutas autodestrutivas é fundamental para conduzir o indivíduo à sua felicidade. Todo o argumento de Mill estaria calcado em uma "pressuposição baconiana" de que o conhecimento torna o homem feliz[140] a depender de provas de fato que Mill não apresentou. Se o argumento exigia uma demonstração evidente e empírica, que Mill não fez, então afirma Wolff é razoável entender que todo a concepção milliana está baseada apenas e tão-somente em um artigo de fé.

> Infelizmente, ele [Mill] não fez tal tentativa [de provar que o conhecimento fará o homem feliz]. Tivesse feito, teria encontrado um curioso paradoxo que se encontra no núcleo da

---

[135]A despeito das críticas ferozes que elabora conta o que denomina de "tolerância pura" prevalente nas sociedades democráticas, Marcuse reconhece que "com todas as suas limitações e distorções, a tolerância democrática é sob todas as circunstâncias mais humana que uma intolerância institucionalizada que sacrifica os direitos e liberdades das gerações atuais em favor das futuras gerações" (tradução nossa) (v. Ibid. p. 99.)
[136]Ibid. p. 109.
[137]*Apud* Ibid. p. 106.
[138]Ibid. p. 106.
[139] Cf. GRAY, John. Mill on liberty: a defence. 2nd Edition. Nova Iorque: Routledge, 1996.
[140] WOLFF, Robert Paul. The Poverty of Liberalism.Boston: Beacon Press, 1968. p. 9

> defesa utilitarista da liberdade de expressão. O dilema é esse: ou um aumento do conhecimento tende ao aumento da felicidade humana, ou não tende. Se tende, então nós devemos promover o crescimento do conhecimento; se não, então devemos sufocar o conhecimento e nos esforçar para manter a condição de feliz ignorância. Agora, a relação de conhecimento e felicidade é uma questão de fato, não de princípio, e não pode definitivamente ser estabelecida em qualquer momento. [...] Em suma, enquanto nos restringirmos ao princípio da utilidade, nós não poderemos lidar coerentemente com a questão da relação entre conhecimento e felicidade. Por isso, todo o argumento de Mill baseia-se em um artigo de fé para o qual ele não expõe qualquer argumento e para o qual nenhum argumento utilitarista poderia satisfazer[141]. (tradução nossa)

Além disso, o debate livre não resultaria no conhecimento. Este não é o propósito do debate livre de idéias, cuja serventia é, em verdade, garantir que cada interesse legítimo faça-se conhecido e sentido no processo político. É a "justiça, e não a verdade, o ideal servido pela liberdade de expressão"[142], do contrário, estaria certo Platão e "a ética como a matemática seria realmente uma ciência, haveria então especialistas morais e uma fronteira por onde eles avançariam, e uma área remota de doutrinas descartadas que não seriam nem frutífero tampouco desejável manter vivas"[143].

Mas a ética e a política estão léguas distantes de serem uma área própria do conhecimento puro; são antes o palco de conflitos que tem por instrumento primeiro a liberdade de expressão. A falha de Mill estaria então em fiar-se no cálculo utilitarista afastando-se de outras bases mais confiáveis, como os direitos humanos. É por isso que sua defesa da liberdade, notadamente a liberdade de expressão, apela à noção de direitos do homem como um ser livre e racional ao invés de um receptáculo de prazer e dor[144].

O apelo ao utilitarismo sempre fragiliza as posições de Mill, de acordo com Wolff. Outro exemplo é a tentativa de distinção entre atos autorreferentes e referentes a terceiros. Se os interesses e sua legitimidade são os elementos que permitem a distinção, ao negar qualquer apelo a direitos naturais ou ao contrato social, Mill viu-se sem qualquer base para afirmar *a priori* porque, segundo o utilitarismo,apenas aquilo que é prazeroso, e assim definível diante das circunstâncias concretas, é capaz de legitimar um interesse[145].

---

[141] Ibid. p. 10-11. Ademais, como ressalta Wolff, "[C]omo o próprio Mill repetidamente nos lembrou em sua *Lógica*, julgamentos empíricos nunca são certos. Podemos certamente nos perguntar como Mill esperava basear uma proibição *absoluta* contra a limitação do discurso em argumentos meramente *condicionais* e *probalísticos*". (itálicos no original) (tradução nossa). (v. Ibid. p. 12)

[142] Ibid. p. 18.

[143] Ibid. p. 18.

[144] Ibid. P. 19. Wolff ressalta que as melhores partes de *On Liberty*, assim como sua teoria dos prazeres mais altos, desqualificam o cálculo utilitário, pois a tentativa de defesa estritamente utilitarista da liberdade extrema faz baixar sua guarda quando se entende a possibilidade de serem suscitadas provas empíricas robustas contra sua base de sustentação (v. Ibid. p. 20)

[145] WOLFF, Robert Paul. The Poverty of Liberalism. Boston: Beacon Press, 1968. p. 24.

Os atos autorreferentes e heterorreferentes não podem ser resolvidos pela análise dos fatos, mas recorrendo-se a noções normativas de justiça. Assim as ações heterorreferentes, e por negação os atos autorreferentes, e que justificam a intervenção na liberdade do agente são aquelas em que terceiros tem um interesse *justo* de ver uma determinada conduta proibida ou observada[146]. Portanto, a intervenção na liberdade individual não pode ser definida *a priori,* e sim frente ao debate político acerca do que as pessoas entendem por justiça e liberdade pessoal.

Não épor outra razão que Mill recuadiante da necessidade de impor aos agentes sociais normas referentes à legislação sanitária e à jornada de trabalho, e recua porque sua adesão coerente ao utilitarismo lhe impõe em última instância defendê-las. Mas, como afirma Wolff,

> Mill obviamente vê suas exceções como não mais do que ajustes menores de um princípio que no essencial é válido, mas não é difícil para nós ver na sua lista elementos de uma filosofia social muito mais próxima do moderno liberalismo do bem-estar social (*welfare-state*) que do individualismo que ele pensa a si mesmo como defensor. Neste sentido, como sugeri antes, o liberalismo do bem-estar é uma extensão lógica da posição libertária original, que por sua vez é uma dedução do utilitarismo ao invés de uma doutrina dos direitos naturais"[147] (tradução nossa)

O que se fragiliza com as exceções expostas por Mill, e que está presente em todo o ideário liberal, é o princípio geral de que o indivíduo é o melhor juiz de seus interesses e dos meios pelos quais deve obtê-los. Não há mais base empírica, pois refutada pela psiquiatria e psicologia, para se entender, por exemplo, que o consumidor comum é aquele que melhor pode se posicionar acerca daquilo que é melhor consumir; por isso "se a inclinação liberal para regular drogas há de ser feita em coerência com sua aversão pela censura, deve-se achar algum outro princípio que não o utilitarismo de Mill para basear seus argumentos"[148]. Isto porque forçar a coerência entre o princípio da utilidade e o princípio do dano, desconsiderando por ora sua impossibilidade segundo Wolff, parece implicar "uma enorme atividade da máquina estatal e uma considerável medida de controle social. Assim é o liberalismo do bem-estar nascido das sementes do clássico liberalismo *lassez-faire*"[149].

---

[146]Ibid. p. 24-25.
[147]Ibid. p. 36.
[148] Ibid. p. 40. Aliás, "é crucial lembrar que *lassez-faire* não é, para Mill, um princípio primeiro ou uma premissa moral. Todo o propósito de *On Liberty* é *derivar* o princípio da não interferência da axioma moral do utilitarismo. O argumento de Mill para a não interferência é de ponta a ponta empírico. Por isso, quando reconhece fatos que contradizem as conclusão elaboradas em *On Liberty* ele muito consistentemente limita o princípio da não interferência" (tradução nossa) (v. Ibid. p. 42)
[149] WOLFF, Robert Paul. The Poverty of Liberalism. Boston: Beacon Press, 1968. p. 46.

Não haveria saída se não o reconhecimento de que todos os nossos empreendimentos são inescapavelmente sociais e, por isso, o problema é menos o de tentar identificar o núcleo individual de liberdade do que o de coordenar as ações e escolher objetivos comuns, o que, ademais, é o pressuposto de análise das ciências sociais. No entanto, "é medida da perspicácia de Mill, e também uma revelação de suas limitações, que ele tenha em seus próprios escritos refletido as contradições que assobram o liberalismo um século depois"[150].

Todas essas críticas abordaram temas caros e fundamentais à filosofia política milliana que já o haviam condenado a sair de cena. No entanto, o princípio do danofoi instado a voltar ao palco das discussões políticas para tentar uma vez mais defender a liberdade individual frente a abusos dos poderes constituídos. É o que será visto no próximo capítulo.

[150]Ibid. p. 50.Vale dizer que Wolff reconhece em Mill um interlocutor sofisticado, mas ainda assim equivocado pelo erro cometido à partida: "Em versões mais sofisticadas da filosofia liberal, a imagem rude do homem com um maximizador de prazeres é algo suavizada. Mill reconhece que os homens podem perseguir fins mais elevados que o prazer, ao menos como este sentimento ou sensação é usualmente entendido, e ele até reconhece a possibilidade de altruísmo ou sentimentos de simpatia e compaixão relacionados ao outro. Contudo, a sociedade continua a ser vista como um sistema de centros independentes de consciência, cada um perseguindo sua própria gratificação e confrontando os outros como seres que se opõem ao eu, o que quer dizer, como *objetos*. A condição do indivíduo em tal estado de coisas é o que uma tradição diferente de filosofia social denominaria de "alienação" (tradução nossa) (v. Ibid. p. 142)

2 O PRINCÍPIO DO DANO REDIVIVO: O DEBATE HART *VS.* DEVLIN

2.1 O Relatório Wolfenden

Em 1954 foi instituída Comissão pelo Governo Britânico[151] para analisar a descriminalização de práticas homossexuais[152], considerados crimes desde 1533[153]. Na introdução ao relatório oficial entregue em setembro de 1957 ao Parlamento Inglês, denominado "Relatório Wolfenden", afirma-se terem sido considerados "os fatos científicos, os sentimentos da comunidade, a sabedoria de especialistas jurídicos e científicos, a estrutura do ordenamento jurídico e os ideais de uma sociedade civilizada". Sugeriu-se ao final a retirada do rol de crimes da prática consensual de atos homossexuais entre adultos por entendê-la fora do alcance da lei criminal[154].

O relatório enfatizou a relevância de adequar as leis à moralidade compartilhada pela comunidade a fim de que assim adquiram credibilidade e eficácia; entendeu, porém, que não sendo o bem comum diretamente afetado há um pressuposto básico que uma sociedade que se queira livre deve seguir: o Direito não pode invadir a esfera de moralidade privada do indivíduo. Impôs-se então desvelar os elementos essenciais da ofensa criminal e perguntar-se: "Quais atos devem ser punidos pelo Estado?"[155] Certamente não aqueles que de modo algum violem a ordem pública e os interesses legítimos do cidadão. O Direito não deve alcançar, se

---

[151]O comitê foi proposto pelo governo britânico em meio a uma campanha para descriminalização da homossexualidade. No ano de instituição da Comissão houve a morte emblemática de Alan Turing, matématico inglês responsável pela quebra dos códigos criptográficos das forças armadas da Alemanha nazista durante a II Guerra Mundial, tido como inclusive como pai das ciências da computação. Preso em 1952 por sodomia, escapou da prisão ao decidir pelo tratamento hormonal que lhe cortou a libido. Em 7 de junho de 1954 cometeu suicídio. Para mais detalhes, v. HODGES, Andrew. *Alan Turing: The Enigma.* Princeton: Princeton University Press, 2012.

[152] Aqui como nas páginas seguintes a referência à "prática de atos homossexuais", ou simplesmente "prática homossexual", pressupõe sua realização em ambiente privado por adultos conscientes e que com ela consentem.

[153]*Buggery Act* de 1533. A descriminalização somente viria a ser efetivada em 1967.

[154] WOLFENDEN, John et al. The Wolfenden Report.Report of the Committee on Homosexual Offenses and Prostitution.Nova Iorque: Stein and Day Publishers, 1963. p.5. O Relatório também recomendou que se discriminalizasse a prostituição, enquanto o lenocínio se manteria como crime.

[155] Ibid. p. 23. Para Ronald Dworkin, cabe aos juristas investigar qual o papel a ser exercido pela moral popular na escolha dos atos a serem criminalizados. Investigação imposta aos juristas por eventos como os movimentos pelas liberdades civis das décadas de 50 e 60, o Relatório Wolfenden e algumas decisões da Suprema Corte Americana [Memoirs vs. Massachusetts (Fanny Hill), 383 US 413 (1966); Ginzburg vs. United States, 383, 463 US (1966); Mishkin vs. New York, 3383 US 502 (1966)]. Assim, num ambiente democrático, bastaria a vontade da maioria; ou, como entende Mill, seria apenas os danos, atuais e diretos, causados a terceiros; ou seria ainda relevante demonstrar os efeitos do ato sobre as instituições ou o ambiente social?, pergunta-se Dworkin (v. DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 371-372).

se quer instrumento legítimo da sociedade, decisões de caráter privado dos cidadãos forçando-os a seguir determinado padrão de comportamento[156]. Não deve avançar sobre a *esfera* de moralidade privada porque não lhe é próprio regular de modo completo um comportamento privado, como as relações sexuais entre adultos aquiescentes, tampouco reprovar um tal comportamento por razões religiosas ou tradições culturais[157]. Embora objeto de respeito, o relatório ressalva a dificuldade em descobrir o que seria a opinião pública a respeito destes assuntos, além da impossibilidade de estabelecê-la de modo inequívoco, razão pela qual não poderia basear suas conclusões "naquilo que é frequentemente transitório e raras vezes precisamente determinável"[158].

De acordo com o relatório, não se mostraram razoáveis argumentos de que a prática consensual e em privado de atos homossexuais entre adultos ameaça a manutenção da sociedade e da vida familiar. O que reforçou o entendimento de que a única conclusão possível seria a de se afastar do alcance do Direito tais condutas, eis que ao Direito não cabem preocupações com o que "um homem faz em privado a menos que se possa demonstrar ser tão contrário ao bem comum que a lei deva intervir na sua função de guardiã do bem comum"[159] e, ao final e ao cabo, não poderia ser outra a conclusão senão a de que a prática consensual entre adultos de atos homossexuais não fosse mais considerado crime[160].

À sociedade e ao Direito, portanto, cabem conferir máxima relevância à liberdade individual de ação e de escolha em questões de moralidade privada, pois "a menos que uma tentativa deliberada deva ser feita pela sociedade, por meio de lei, para equiparar a esfera do crime com o do pecado, tem de restar uma âmbito de moralidade e imoralidade privada que não é, em termos curtos e grossos, da conta do Direito"[161].

2.2 A crítica conservadora: Lord Patrick Devlin

A conclusão do relatório não ficou imune a críticas. A principal, por originar um debate fecundo quanto aos limites do Direito, foi a de Patrick Devlin, à época integrante da

---

[156] WOLFENDEN, John et alii. The Wolfenden Report.Report of the Committee on Homosexual Offenses and Prostitution.Nova Iorque: Stein and Day Publishers, 1963. p. 24.
[157] Como o faz, aliás, segundo o relatório, em relação a tidos como imorais mas não probidos pela lei penal como a fornicação e o adultério.
[158]Ibid. p. 24.
[159]Ibid. p. 43.
[160]Ibid. p. 187.
[161]Ibid. p. 48. O relatório ainda afirma que isto não significa "não condenar ou encorajar a imoralidade privada. Ao contrário, enfatizar a natureza privada e pessoal da conduta moral ou imoral é enfatizar a responsabilidade pessoal e privada do indivíduo por suas próprias ações, que é uma responsabilidade que razoavelmente se pode esperar que um agente maduro cumpra por si mesmo sem a ameaça de punição legal" (tradução nossa).

Câmara dos Lordes Britânica[162], que participou dos debates promovidos pelaComissão Wolfenden postando-se, quando de sua participação, a favor da reforma. Concordou, inclusive, com a asserção do Comitê de que há uma esfera de moralidade que não está ao alcance do Direito, assim como com a necessária distinção entre crime e pecado, e reconhece que sua força deriva das lições de Mill em *On Liberty*[163]. O estudo e a reflexão, porém, teriam desfeito sua aceitação do princípio pressuposto no Relatório Wolfenden.

Na série de palestras dedicadas ao tema e depois reunidas no livro *The Enforcement of Morals,*Devlin afirma que, para além de admirável estudo sobre problemas que atingiam a sociedade britância de sua época, a criminalização da prostituição e da prática de atos homossexuais, o Relatório Wolfenden é um moderno ponto de partida acerca das funções do Direito na aplicação da moral vigente, pois, clara e expressamente, afirma que o Direito não se preocupa com sanções privadas ou, notadamente, a moralidade privada[164].

A questão então, segundo seu ponto de vista, é encontrar, uma vez extirpadas do Direito a possibilidade de sancionar a imoralidade, fundamento diverso da lei moral para justificar as sanções, por exemplo, ao roubo e ao homicídio. O que não seria difícil pela evidente necessidade de que a manutenção da ordem e o correto funcionamento da sociedade exigem a restrição de certas condutas, dentre as quais não parece haver controvérsia de que o roubo e o homicídio nela se incluem. Assim a sobreposição entre leis morais e leis criminais ocorreria comumente, mas apenas e tão-somente porque cobrem a mesma área de interesses humanos sendo seus objetivos totalmente distintos.

O problema é que, segundo Devlin, todo o edifício normativo teria sido construído a partir de um outro pressuposto: o de que o Direito e a Moral possuem interrelações necessárias. Um exemplo que permite desvelar tais interrelacões é o espaço que o Direito concede ao consentimento do ofendidoe sua capacidade, ou incapacidade, de influenciar o julgamento de crimes de homicídio ou lesões corporais. Se num determinado ordenamento jurídico, o consentimento do ofendido é irrelevante à decisão de punir ou não o agente agressor é porque o bem jurídico protegido supera a esfera dos interesses individuais e sua violação afeta de modo direto um interesse legítimo partilhado pela sociedade, afastando-se nitidamente de um Direito de caráter individualista, como o defendido no relatório.

---

[162] A Casa dos Lordes Britânica acumulava até 2009, quando criada a Suprema Corte, funções parlamentares e judiciárias, sendo a última instância dos recursos processuais. Consideradas todas as diferenças entre os poderes judiciários Britânico e Brasileiro, e apenas com o intuito de destacar a sua posição, Devlin exerceria à época em que escreveu seus ensaios as funções correlatas no Brasil de Senador e Ministro do Supremo Tribunal Federal.
[163] DEVLIN, Patrick. The Enforcement of Morals. Indianapolis: Liberty Fund, 2009. p., vi.
[164]Ibid. p. 3.

O fundamento da lei criminal do modo como construída é, na visão de Devlin, justamente a proteção de certos princípios morais cuja violação seria inaceitável para a sociedade, fundamento cuja destruição seria resultado imediato da mudança de paradigma indicada pelo Relatório Wolfenden quando este passar a entender que a função da lei criminal é meramente a manutenção da ordem. Atos criminosos como eutanásia, o duelo ou a escravidão voluntária deixariam de sê-lo se tal empreendimento for levado a efeito porque "a lei criminal como a conhecemos hoje é baseada em princípios morais (...) [e] a lei[165], tanto criminal quanto civil, clama por ser capaz de se pronunciar em termos gerais a respeito da moralidade e imoralidade"[166]. Mas, se a moralidade como entendida por Devlin *deriva*[167] historicamente de ensinamentos religiosos, notadamente cristãos, qual deverá ser o fundamento da lei no momento em que a razão pública[168] não mais permite ao cidadão apelar a ensinamentos de ordem transcendente[169]?

A resposta parece estar na existência de uma moral pública que ultrapasse o mero discernimento privado e que leve à reflexão sobre o modo pelo qual pode a sociedade legitimar-se a implementá-la. O primeiro passo à intervenção legítima é a afirmação de que a mera reprovação por uma maioria não traz a conduta reprovada para o âmbito do Direito se não estiver em questão a autoproteção da sociedade. Afirma Devlin claramente que a conduta imoral insere-se na alçada do Direito, e consequentemente da coerção legal, no instante em que afete diretamente a sociedade. Contrapõe-se sem evasivas ao Relatório Wolfenden quando este, entendendo preservar melhor a esfera individual de liberdade, adota posição oposta ao estabelecer um princípio *a priori* que impede a sociedade de adentrar a esfera privada de moralidade, criando assim um *espaço* no qual não é dado ao Direito embrenhar-se.

---

[165] DEVLIN, Patrick. The Enforcement of Morals.Indianapolis: Liberty Fund, 2009. p. 7. Apesar de Devlin referir-se à lei inglesa, salvo melhor juízo, nada há *a priori* em seu argumento que de um ponto de vista da Filosofia ou da Teoria do Direito não possam ser generalizados ou aplicados à lei brasileira.

[166] Ibid. p. 7.

[167] O pressuposto de Devlin parece ser o de que é possível argumentar *a partir de* julgamentos morais, mas não *quanto* aosjulgamentos morais em si, que não passam de derivações de sentimentos ou mandamentos divinos. Por isso, pode-se julgar a poligamia moralmente errada *a partir* de certos mandamentos divinos ou de sentimentos formadores da moral constitutiva de nossa sociedade, mas não se pode julgar a poligamia moralmente errada em si mesma. Nesse sentido, GEORGE, Robert P. Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 58n

[168] Razão Pública entendida como as exigências que as "normas morais e políticas que regulam nossa vida comum sejam, em algum sentido, justificáveis ou aceitáveis para todas aquelas pessoas sobre as quais as regras propõem-se a ter autoridade" (cf. QUONG, Jonathan. Public Reason. *In* ZALTA, Edward N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em <http://plato.stanford.edu/archives/sum2013/entries/public-reason/>. Acesso em 15 dez. 2013).

[169] DEVLIN, op. cit. p. 7: "Penso eu que o lógico rigoroso está certo quando diz que a lei não pode mais fiar-se em doutrinas nas quais os cidadãos têm o direito de não crer. É necessário por isso procurar por alguma outra fonte [de validade da lei para implementação da moral]" (tradução nossa).

A postura da Comissão de afastar a sociedade de julgamentos morais impediria, por exemplo, a crítica aos lucros do rufião com a prostituição alheia e a legitimação de sua criminalização, como estaria consignado no relatório. Não haveria então como deixar de reconhecer a sociedade como sendo uma comunhão de ideias acerca do modo de vida de seus membros formando assim uma estrutura moral que lhe serve de alicerce, e, uma vez retirada, não mais se sustentará[170].

Integrar-se à sociedade significa partilhar concepções de bem e mal, por isso, fundamentalmente, "[s]e homens e mulheres tentarem criar uma sociedade na qual não há um acordo fundamental acerca do bem e do mal, eles falharão (...). A sociedade não é algo que se mantém junto fisicamente; ela é sustentada pelos laços invisíveis do pensamento comum. Se os laços fossem soltos, seus membros se afastariam."[171]. Devlin então resume qual é a questão central discutida e sua posição sobre o assunto:

> Penso eu, por isso, não ser possível estabelecer limites teóricos ao poder do Estado em legislar contra a moralidade. Não é possível estabelecer previamente exceções à regra geral ou definir inflexivelmente áreas de moralidade nas quais a lei está em quaisquer circunstâncias proibida de adentrar. A sociedade tem o direito de proteger-se através de suas leis de perigos internos ou externos[172]. (tradução nossa)

Entender a moralidade como um bem a ser protegido sem limitações prévias poderia suscitar dúvidas, como de fato suscitou[173], quanto à possibilidade de mudanças no entedimento comum do que é o comportamento moral, pois à guisa de proteger a moralidade posta poderiam ser extirpados no nascedouro novas formas de comportamento com ela incompatíveis. O medo de Devlin, porém, não é a mudança em si, mas a mudança radical, violenta, razão por que a analogia com o crime de sedição pareceu-lhe adequada. Assim como

---

[170] O exemplo de Devlin é o casamento monogâmico: tal instituição integra a estrutura da comunidade e não haverá modo de retirá-la, ainda que se prove inadequada socialmente. Isto posto aqueles que dele discordem devem acatá-lo por ser instituto conformador da sociedade. Vale ressaltar, porém, que a questão para Devlin não é a defesa em si de um determinado instituto social, não é a idéia do casamento monogâmico em si mesma, mas idéia de que há institutos que de algum modo alicerçam moralmente a sociedade. Assim, pode ser que em determinada sociedade seja o casamento poligâmico a exercer este papel e Devlin, pela maneira como construiu seu argumento, está preparado para aceitá-lo. Pois, como o próprio Devlin afirma categoricamente (v. DEVLIN, Patrick. The Enforcement of Morals. Indianapolis: Liberty Fund, 2009. p. 114), "o que é importante não é a qualidade do credo mas a força da crença nele. O inimigo da sociedade não é o erro mas a indiferença". No entanto, vale ressalar que "[t]endo aceitado uma ampla relatividade em julgamentos morais, as posições de Devlin tem que apelar, ao fim e ao cabo, para um principio utilitarista pelo qual a moralidade da imposição moral é obtida: o maior bem para o maior número" (v. GEORGE, Robert P. Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality. Oxford: Clarendon Press, 2002.p.79)

[171] Ibid. p. 10.

[172] Ibid. p. 13. Após o trecho citado, Devlin faz um paralelo com a existência de um governo ao qual é conferido o direito de punir inimigos externos ou aqueles acusados de traição. A moralidade estabelecida, assim como um governo estabelecido, é um bem necessário à preservação da sociedade e deve possuir meios de autoproteção.

[173] A crítica de Hart trilhou, ao menos em parte, este caminho, como será visto mais à frente.

um governo, a moralidade é necessária à manutenção da sociedade, importância que conferiria a ambos o direito à proteção contra aqueles que desejam destrui-los violentamente.

> Eu não afirmo que *qualquer* desvio da moralidade partilhada pela sociedade ameaça sua existência mais que do que afirmo que *qualquer* atividade subversiva [ao atacar o governo] ameaça sua existência. Eu afirmo que ambos são atividades que são capazes por natureza de ameaçar a existência da sociedade tanto que nenhuma pode ser posta para além do Direito. [...] A afirmação que faço no texto é que, se você não pode ter uma sociedade sem moralidade, o Direito pode ser usado para implementar a moralidade como algo que é essencial para a sociedade. Não consigo ver porque essa afirmação (seja correta ou errada) deva implicar que a moralidade nunca possa ser mudada sem a destruição da sociedade. Se a moralidade é alterada, a lei pode ser alterada. (itálicos no original)[174]

Impossível, portanto, estabelecer princípios teóricos que limitem as condutas reguladas pelo Direito imunizando-as *a priori* da incidência da lei. A embriaguez habitual, por exemplo, é conduta que pode ser entendida como pertinente apenas ao indivíduo, mas deixa de sê-lo se praticada por metade da população. Ocorre que não há como fixar de antemão quantas pessoas devam se embriagar de modo contumaz para que se torne legítima a intervenção estatal de modo que a conduta em si mesma não poderia ser excluída do alcance da lei.

As perguntas a serem feitas, portanto, não são quanto à possível existência de limites teóricos acerca da intervenção estatal, inexistentes na perspectiva devliniana, mas em que circunstâncias ela deve ocorrer e como os julgamentos morais da sociedade devem ser determinados pelo legislador. Em outras palavras, inexistente um limite teórico *a priori* ao Direito de intervir na moralidade restaria apenas a investigação acerca de quando e como intervir, notadamente quando esta decisão é de ser tomada numa democracia.

A vontade democrática há de ser então o fundamento último da decisão, não para implementar ato contínuo os padrões morais da maioria, mas para perceber o que determinada comunidade pensa sobre os temas morais que a afligem. É preciso então apelar à alguma expressão da vontade democrática sem que seja necessário recorrer a plebiscitos quando necessário decidir se a intervenção é ou não necessária. Torna-se então central ao argumento de Devlin o apelo à figura do "homem razoável"[175], cujos critérios de moralidade e dos limites à intervenção estatal nortearão a elaboração de leis.

---

[174] DEVLIN, Patrick. The Enforcement of Morals.Indianapolis: Liberty Fund, 2009. p. 13.

[175] Devlin aqui distingue o "homem razoável" do "homem racional", pois não se espera do primeiro que a razão, e assim a justificação lógica de seus argumentos, prevaleça em detrimento de seus sentimentos, mas prefere o termo "jurado"(*the man in the jury box*), pois "o julgamento moral da sociedade deve ser algo a respeito do que qualquer dúzia de homens e mulheres escolhidos aleatoriamente, após discutirem, possa-se esperar sejam unânimes" (v. Ibid. p. 15) (tradução nossa).

O "homem razoável" permite a Devlin conferir alguma relevância aos interesses individuais em contraposição, ainda que limitada, aos sociais, permitindo aos interesses do indivíduo um protagonismo que force à ponderação entre seus direitos e os de autoproteção da sociedade e, quando em conflito, um ponto de conciliação[176]. Não estariam ausentes quaisquer regras gerais de mediação entre interesses individuais e coletivos, afastar-se-ia apenas a fixidez absoluta da regra imposta pelo princípio do dano milliano[177], eis que por sua própria natureza tais regras não podem ser rígidas ou precisas e que há que se concordar que um tal princípio deva ser elástico o suficiente para permitir que o legislador lide com assuntos morais.

A construção do um princípio mediador seria assim sintetizado: "Há de haver tolerância com o máximo de liberdade individual que seja compatível com a integridade da sociedade"[178], no qual o elemento "integridade da sociedade" ganha vulto e está diretamente atrelado à idéia de moral positiva como alicerce fundante de uma comunidade. Por isso, para que uma conduta tida como imoral seja punida ela deve causar tal repugnância social de modo a postá-la para além dos limites da tolerância, não sendo uma questão de maiorias mas de um "sentimento real de reprovação"[179].A repugnância (*disgust*)[180], como expressão máxima de um sentimento profundo partilhado pela população, deve ser considerada pelo legislador e pelo Direito como o sinal por excelência do rompimento das fronteiras da tolerância.

"Todo julgamento moral, a menos que clame uma fonte divina, é simplesmente um sentimento de que nenhum homem razoável pode se comportar de outro modo sem admitir que estava errado. É o poder do senso comum e não o poder da razão que está por trás

---

[176] Devlin entende que parte das críticas que recebeu originam-se da ênfase conferida por ele ao papel dos sentimentos no julgamento do homem razoável, parecendo à primeira vista uma defesa de que a lei seria justificada mesmo quando o homem comum apelasse a argumentos irracionais. Sua intenção, porém, era ressaltar que após excluídos argumentos tidos como irracionais dentre as opções racionais o homem comum tem que se basear em seus "sentimentos" para chegar à resposta correta. Ao enfatizar o sentimento como base para a sanção criminal a conclusão lógica seria a de que defenderia a sanção criminal para atos que provocassem a intolerância, indignação e repugnância do homem ordinário, entretanto, segundo ele, tais sentimentos foram utilizados não na parte do argumento em que se busca uma justificativa para o modo como a moralidade comum deve ser aplicada, e sim na parte em que busca entender as limitações da lei criminal quando afima que um fator limitador é o entendimento de que 'há de haver tolerância com o máximo de liberdade individual que seja consistente com a integridade da sociedade'. Portanto, não é a mera rejeição que permitirá a sanção criminal, mas os sentimentos de uma comunidade interpretados nesta chave e de modo calmo e desapaixonado (v. DEVLIN, Patrick. The Enforcement of Morals. Indianapolis: Liberty Fund, 2009. p. viii).

[177] Devlin aceita como correta a convergência, apontada por Hart, de alguns pontos de seu pensamento com os Fitzjames Stephen expostos em *Liberty, Equality, Fraternity* (1873), obra elaborada para refutar *On Liberty* de Mill. (v. Ibid. p. vii), como visto no primeiro capítulo.

[178] Ibid. p. 16.

[179] Acerca das relações entre repugnância social e lei, inclusive com referência expressa ao *harm principle* de Mill, v. NUSSBAUM, Martha C. Hiding from Humanity: Disgust, Shame, and The Law. Princeton: Princeton University Press, 2004.

[180] Para Nussbaum, Devlin compreendeu a repugnância como um sentimento "socialmente engendrado e valioso porque nos informa sobre normas sociais profundamente arraigadas" (v. Ibid. p. 86).

dosjulgamentos da sociedade”[181]; e é este a ser considerado quando da definição do alcance do Direito permitindo-lhe a erradicação de certa conduta se a repugnância a ela é tal que sua mera existência constitui-se uma ofensa. Devlin alerta, entretanto, que o objeto do Direito é apenas o mínimo necessário para a preservação da sociedade e pressupõe que a determinação do que será ou não punido será decidido diante do caso concreto porque a linha que divide a lei criminal da moral não é determinável pela aplicação de qualquer princípio de contornos claros, e sim pela razão prática[182].

Devlin ressalta que na definição do que denomina de “mínimo necessário à preservação da sociedade” a lógica racional tem pouca ou nenhuma relevância nas escolhas feitas pelo legislador das condutas a serem punidas pela Lei, sendo grande o peso conferido à repugnância social.

Assim,

> o erro teórico-jurídico do Relatório Wolfenden é causado pela busca por algum princípio único para explicar a divisão entre crime e pecado. O relatório encontra-o no princípio que a lei criminal existe para a proteção de indivíduos; por este princípio a fornicação em privado entre adultos aquiescentes está fora do alcance da lei e assim torna-se logicamente indefensável trazer a homossexualidade praticada entre adultos aquiescentes para seu escopo. Mas o princípio verdadeiro é que a lei existe para a proteção da sociedade. Não se retira sua função pela proteção individual contra a injúria, perturbação, corrupção e exploração; a lei deve proteger também as instituições e a comunidade de idéias, políticas e morais, sem as quais as pessoas não podem viver juntas. A sociedade não pode ignorar a moralidade do indivíduo mais do que sua lealdade; ela floresce em ambas e sem elas fenece.[183] (tradução nossa)

A aceitação da existência de uma moralidade pública essencial à manutenção da sociedade implica o poder de vê-la implementada pela força das instituições jurídicas, poder cujas fontes podem ser de duas ordens. A primeira é a concepção platônica de Estado cuja existência justifica-se na promoção da virtude entre seus cidadãos, concepção inaceitável porque “investe o Estado com poder de determinação entre o bem e o mal, destrói a liberdade de consciência e é a estrada pavimentada para a tirania”[184]; a segunda é aquela em o Estado legisla a fim de preservar-se cabendo ao Direito a função de proteger uma herança, não a de

---

[181] DEVLIN, Patrick. The Enforcement of Morals.Indianapolis: Liberty Fund, 2009. p. 17.

[182] Talvez Devlin queira se inserir numa tradição longeva em que determinada cosmovisão, embora existente, não produz efeitos imediatos na definição do bem jurídico protegidos pelo Direito, deixando algumas infrações morais fora de seu alcance. Nesse sentido, parece seguir a mesma tradição de Tomás de Aquino: “Ora, a lei humana é imposta à multidão dos homens e nessa a maior parte é de homens não perfeitos na virtude. E assim pela lei humana não são proibidos todos os vícios, dos quais se abstêm os virtuosos, mas tão-só os mais graves, dos quais é possível à maior parte se abster; e principalmente aqueles que são em prejuízo dos outros, sem cuja proibição a sociedade humana não pode conservar-se; assim são proibidos pela lei humana os homicídios, os furtos, e coisas semelhantes”. (AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2010. v. 4. p. 586).

[183] DEVLIN, op. cit. p. 22.

[184] DEVLIN, op. cit. p. 89.

criar um sistema moral. O critério de avaliação do que é certo ou errado não é, neste último caso, criado pelo legislador, a quem cumpre apenas observar o critério considerado pela sociedade em seu estágio atual, pois "seu mandato é para preservar a essência de sua sociedade, não para reconstruí-la de acordo com suas idéias"[185].

Devlin entende que ao defender que a legislação siga aquilo desejado pelo homem comum e sensato, como o que integra o tribunal do júri (*the man in the jury box*)[186], não teria reduzido a moralidade a uma mera questão de fato, na qual os preconceitos, aversões e preferências do homem comum determinariam o que é correto. Ao contrário, teria, em verdade, escapado de um elitismo racionalista pressuposto na idéia de que apenas a homem letrados, acadêmicos, cumpriria dizer qual a melhor decisão acerca dos rumos da sociedade. Até mesmo porque os acadêmicos, mesmo após séculos de debate, ainda não teriam decidido como responder de modo definitivo aos problemas morais mais simples[187].

O racionalismo elitista ao condenar como obscuratista e retrógrada a voz de Deus, ao menos como expressada pelo homem comum, teria apenas e tão-somente a substituído pela voz da Pessoa Superior, oriundo da elite letrada[188], erro grave contra o espírito democrático e razão pela qual "[o] que o legislador deve determinar não é a crença verdadeira mas a crença comum"[189]. Assim, se a moralidade de dada sociedade é formada por costumes e convicções racionais e emocionais, experiências e preconceitos e "se um homem instruído está armado somente pela razão, se ele é desdenhoso do costume e ignora a força das emoções, se ele julga "preconceito" e "intolerância" como termos com nenhuma outra conotação que não seja infame e é cego à convicção religiosa, seria melhor que ele não se aventurasse fora de sua academia, pois se o fizer ele terá de lidar com forças que ele não pode compreender"[190]. Portanto, a questão não é tanto se o ato é imoral, mas se a utilização da lei como instrumento

---

[185] DEVLIN, Patrick. The Enforcement of Morals.Indianapolis: Liberty Fund, 2009. p. 90.

[186]Devlin utiliza-se da figura do jurado porque no países de tradição da *Common Law* cabe a ele pronunciar-se acerca de diversos temas jurídicos das mais diversas áreas: do Direito Civil ao Direito Penal passando pelo Direito Administrativo. A vasta atribuição conferida ao homem comum para opinar em questões jurídicas permite ao investigador social entender a influência da moralidade na compreensão popular dos institutos do Direito e os eventuais limites conferidos ao seu alcance.

[187] DEVLIN, op. cit. p. 100-101. Devlin afirma não desprezar a crítica acadêmica e racional à sociedade e ao pensamento do homem comum, pois, ao final e ao cabo, aquela presta-lhe um serviço ao afrontar a sociedade e forçá-la na direção da liberdade, mas, de igualdade modo, a sociedade precisa daqueles que defendam suas conquistas, como aqueles que servem à lei e ao Direito e afirmam "como Cícero afirmou, "*Legum denique... omnes servi sumus ut liberi esse possimus".* Ao final somos todos nós escravos da lei, que é a condição de nossa liberdade". Progressistas e conservadores seriam assim ambos, e cada um a seu modo, defensores da liberdade.

[188] Ibid. p. 93. "Uma sociedade livre é tão ofendida pelos ditames de uma oligarquia intellectual quanto o é pelos de um ditador" (tradução nossa)

[189] Ibid. p. 94.

[190] Ibid. p. 96.

de controle é a via adequada e se a moderação do homem comum pode ser o norte confiável para avaliar se a lei é, no caso concreto, severa demais.

2.2.1 A função prudencial da lei

"A lei é a fronteira que demarca o limite da autoridade e ela não é delineada em linha reta"[191], afirma Devlin. No entanto, Mill tentou traçar de uma vez por todas os limites entre a autoridade estatal e a liberdade individual, de maneira clara e precisa, com o princípio do dano[192], no qual ao indivíduo é conferida a liberdade de buscar seu próprio bem do modo como lhe convier. Qualquer tentativa da lei de agir nesse sentido é ilegítima e deve ser rejeitada. No entanto, para Devlin, exigir do agente que se mantenha dentro de certos padrões de saúde e moralidade significa exigir-lhe apenas que se mantenha minimamente capaz de dar sua contribuição para o bem comum. Deixar de exigir-lhe isso significa impor uma perda significativa à sociedade como um todo e por isso, impor certos limites à conduta pessoal a fim de se evitar tal perda, não pode ser entendido como uma pretensão ilegítima.

Isto porque o motivo real da legislação que limita a liberdade, e é combatida por Mill, não é o bem do indivíduo, mas a prevenção de dano[193] à sociedade causado pelos vícios e fraquezas de seus membros[194]; e algo somente pode ser tachado de ilegítimo, ou paternalista como faz Hart, tendo em vista seus motivos**,** como, aliás, pensava Mill[195].

---

[191] DEVLIN, Patrick. The Enforcement of Morals.Indianapolis: Liberty Fund, 2009. p. 102.

[192] Devlin assim define o objetivo de Mill: "É possível conduzir uma linha reta através do campo indo de um fim ao outro delineando para sempre o domínio privado de um lado e o domínio público de outro? Se for, o valor para o indivíduo na minoria seria imenso. Sendo as coisas como são, na constante luta entre liberdade e autoridade o indivíduo está em desvantagem. Cada vez que o governo, apoiado pelo poder da maioria, faz avançar alguma nova legislação desenhada para beneficiar a maioria e que envolva mais algumas invasões do domínio privado, a minoria pode somente apelar a um indefinido conceito de liberdade. A ausência de definição combina com a parte mais forte. O que é procurado, se é que se pode conseguir, é um princípio compreensivo, claro e preciso, pelo qual qualquer lei proposta possa ser testada". (v. Ibid. p. 102) (tradução nossa)

[193] Para Devlin, os danos provocados à sociedade pelos vícios privados podem ser tangíveis ou intangíveis. Tangíveis são aqueles que torna alguém inútil para sociedade, notadamente quando de sua disseminação decorre prejuízo social de grande monta. A lei não tem a função de eliminar os vícios, mas apenas de contê-losa fim de que não contribuam para a destruição da sociedade. Saber quando implementá-la e até que ponto é uma questão de razão prática e prudência, mas impossível exclui-la de plano. Intangíveis, por sua vez, são os que afetam o patrimônio ético construído pela sociedade, aquilo que entedemos por certo e errado (v. Ibid. p. 114).

[194] Ibid. p. 104.

[195] Segundo Rawls, "uma forma de ler o Princípio da Liberdade de Mill como princípio da razão pública é vê-lo como um princípio que impede que certos tipos de razões sejam incluídos na legislação ou na orientação da coação moral da opinião pública (como sanção social). No caso da razão pública, os três tipos de razões listados acima têm peso zero [a saber: razões paternalistas, de excelência e de repugnância] (v. RAWLS, John. Conferências sobre a história da filosofia política. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. P.316).

Porém, há que se considerar que a fraqueza e vício de uns pode sinceramente ser visto como virtude para outros, assim, como sempre há a possibilidade dos que assim compreendem a virtude individual estarem certos em suas crenças, evitar a prática tida como indigna pode ser danosa a uma sociedade livre. Então, para que seu argumento não se torne uma mera desculpa simplória para retirar todas as liberdades individuais, Devlin se pergunta: como separar vícios reais, e que portanto devem mesmos extirpadas, de condutas legítimas mas tidas como viciadas pela aversão que causa à moralidade prevalente? Ou, não sendo possível separá-los, como ponderar entre a perda causada pela supressão da nova moralidade e o dano pela tolerância de um vício reconhecido?[196]

De uma perspectiva milliana, tais perguntas não têm sentido algum, pois vícios privados não afetam a sociedade, e, ainda que afetassem, a lei não seria o instrumento adequado para coibi-lo cabendo à sociedade suportá-lo em nome da liberdade. Argumento frágil por revelar os dois pesos e duas medidas da posição liberal milliana, pois servem apenas e tão-somente, ao menos no Relatório Wolfenden, quanto à prática homossexual, mas não àqueles que vivem do agenciamento de prostitutas.

A fragilidade do duplo padrão utilizado pelos liberais para avaliar a mesma questão (a da imoralidade privada) demonstra, de acordo com Devlin, que não há como deixar de fora do alcance da lei a imoralidade privada, e que os liberais não se utilizam de um princípio universal claro e preciso, mas apenas escolhem, a partir de suas preferências, uma determinada conduta como imune ao alcance da lei e tentam defendê-la sem nenhum apego à coerência que um princípio universal lhes exigiria[197].

Devlin compreende que em seu argumento há riscos à liberdade individual, mas não crê que sua posição possa ser caracterizada como aquela em que se defende a imposição da moralidade pelo medo da coerção e a conformidade como um valor em si mesmo. Para Devlin, seu entendimento também visa a um bem, o bem da sociedade, sem descurar do indivíduo ao lhe permitir a possibilidade de reformar sua conduta tida como viciosa, e se a reforma é impossível ao menos o exemplo da punição[198] possuirá efeito dissuasivo.

---

[196] DEVLIN, Patrick. The Enforcement of Morals.Indianapolis: Liberty Fund, 2009. p. 109.

[197] Devlin, porém, ressalva que "[n]inguém sugere que toda imoralidade privada deva ser punida pela lei como rotina. Você pode admitir que a imoralidade privada está ao alcance do Poder Legislativo numa sociedade livre e ainda propor muitos argumentos poderosos por que a lei não deve tentar punir vícios particulares em circunstâncias particulares" (tradução nossa). O ponto de Devlin é que a posição liberal de apelar a um princípio que imunize a imoralidade privada do alcance da lei leva a duas desvantagens: a primeira, é deixar ao seu oponente a escolha de exemplos que testem a validade de seu princípio, devendo então demonstrar que o princípio aplica-se a todas as imoralidades privadas; a segunda, é que cabe ao liberal milliano provar que a conduta imoral não é circunstancialmente inofensiva, mas inofensiva por sua própria natureza. (cf. Ibid. p. 110).

[198] A inutilidade da pena, de acordo com Devlin, para crimes tais também não seria um argumento sólido porque então não haveria elementos para distinguir a utilidade da pena em crimes como o furto e o estupro. Não há,

O problema então não é a mudança em si mesma. Da perspectiva devliniana não está a se advogar um conservadorismo absoluto fossilizado pelo recurso a instrumentos conferidos pelo Direito. A mudança torna-se ameaça quando implica na descrença na antiga moralidade, razão pela qual o direito funciona como elemento de conservação e prudência a impedir que as mudanças se dêem de modo açodado. Há que se considerar que em geral a moralidade é vista pelos homens como um todo uniforme e assim o ataque a uma de suas partes significa fragilizá-la por inteiro, como se a moralidade fosse uma "única teia inconsútil"[199].

A função da lei não é congelar a moralidade positiva, função impossível quando se verifica que o Direito não cobre toda a moralidade pública, mas servir de fator prudencial que permita a sociedade distinguir mudanças consistentes da mera licenciosidade direcionada ao vício e à indolência. Por isso, numa sociedade em que o vício moral grassa não pode haver tolerância[200], notadamente nos termos millianos porque esta impõe tolerar "o que sabemos ser mau e o que ninguém afirma ser bom"[201].

O ideário liberal, e mais especificamente o de Mill, está baseado na idéia de falibilidade humana e, por isso, ao fim e ao cabo, o que se entende por mau e vicioso pode não sê-lo, e ainda que "os maus possam chafurdar nas águas da tolerância"[202] apenas sob tais condições de liberdade podem os homens florescer das mais diversas formas. Para Devlin, Mill sabia que o vício é mau e sua supressão não é fútil, bem como não era ingênuo a ponto de afirmar que a virtude semprevenceria o vício sem qualquer auxílio da lei, o que Mill queria ressaltar era apenas e tão-somente nossa falibilidade. É tal constatação que o leva a tornar absoluto o direito à liberdade individual de seguir sua vida do modo sem medo de sofrer algum dano da parte de outros.

Mill, entretanto, teria falhado ao não distinguir adequadamente o âmbito de aplicação da liberdade de pensamento e da liberdade de ação. Pensar livremente sem reclamar certezas absolutas pode ser algo bom, mas para agir é sempre preciso agir com base naquilo que se pensa ser verdadeiro. Admitir que somos infalíveis não significa que estejamos sempre

---

prossegue ele, porque entender que multas e encarceramento não seriam eficazes também contra crimes referentes à moralidade privada (v. Ibid. p. 111)

[199] Termo cunhado por Hart em *Direito, Liberdade, Moralidade* e que Devlin, embora ache a analogia um tanto exagerada, entende possa ser apropriado para expressar seu argumento.

[200] Devlin entende que no ponto em questão não é correta a analogia com a tolerância religiosa, tida como exemplar por Mill por permitir a convivência daqueles que partilham visões de vida conflitantes. Na tolerância religiosa, entende Devlin, o crente entende que sua religião é verdadeira e que a do outro não é um mal, mas um bem menor porque ainda se trata de uma crença num ente transcendente.

[201] DEVLIN, Patrick. The Enforcement of Morals. Indianapolis: Liberty Fund, 2009. p. 121.

[202] Ibid. p. 121.

errados[203], assim "[p]ara o bem ou para o mal, o legislador tem que agir de acordo com suas luzes e por isso não pode aceitar a doutrina de Mill como exequível mesmo que a pense como um ideal desejável"[204].

O ideal de Mill inspirou os ventos da mudança numa sociedade inflexível como a vitoriana que necessitava urgentemente abrir-se a novas formas de vida. No entanto, para Devlin, quando encontra uma sociedade em que os laços sociais encontram-se fragilizados[205], o dogma de Mill[206] torna-se utopia na qual não temos nenhuma razão para acreditar e "[s]e não estamos autorizados a chamar nossa sociedade de "livre" a menos que busquemos a liberdade de modo tão extremado que tornasse a sociedade intolerável para a maioria de nós, então vamos recuar diante de tal extremo e quedemo-nos contentes com algum outro nome"[207]

2.2.2 A defesa da moralidade e a sociedade contemporânea

Mas não estaria Devlin alienado frente às mudanças sociais da sociedade contemporânea? Mudanças que exigiriam extirpar do Direito quaisquer resquícios de uma imposição da moralidade positiva; um processo de depuração para o qual o princípio do dano seria adequado. O problema é que tal processo é utilizado apenas e tão-somente para fins específicos, no caso imunizar a prática homossexual à coerção legal, postando-o de tal forma em terra firme a ponto de desnaturá-lo como princípio teorético[208]. Se a própria conformação dada ao princípio do dano não permite à moral adentrar no campo da lei, cabendo ao Direito apenas e tão-somente regular o dano físico causado a pessoas e suas propriedades[209],

---

[203]Ibid. p. 123. Devlin entende que o exemplo do Imperador Marco Aurélio, trazido por Mill como exemplo de homem sensato mas que cometera um erro terrível ao reprimir duramente o Cristianismo, é esclarecedor do ponto. De acordo com ele, Marco Aurélio agiu contra o que entendia ser uma ameaça séria à sua sociedade, agiu porque precisa agir. A inação não é uma opção para aquele que está à frente do poder quando crê honestamente que a ação é necessária para a preservação de sua sociedade.

[204] DEVLIN, Patrick. The Enforcement of Morals.Indianapolis: Liberty Fund, 2009. p. 123.

[205] Devlin tem em vista a sociedade inglesa da década de 60 do século passado.

[206] "Como tratado de época, o que Mill escreveu foi soberbo, mas como dogma perdeu muito de seu apelo. Porque a doutrina de Mill é apenas tão dogmática como qualquer uma daquelas que ele repudia. É dogmática por dizer que somente se a todos nós fosse permitido comportar-se como queremos, contanto que não agridamos uns aos outros, o mundo tornar-se-ia um lugar melhor para todos nós. Não há mais evidência para tal tipo de Utopia do que há para a existência do Paraíso e nada há a demonstrar que uma é mais facilmente atingível que a outra. Não podemos ser confundidos pelas palavras". Ibid. p. 123 (tradução nossa).

[207] Ibid. p. 123 (tradução nossa).

[208] Ibid. p. 128: "É curioso que um século depois do asserção da doutrina [do princípio do dano] não é ainda possível dizer que alterações à lei criminal dela emanariam; e que há apenas um único crime, da prática homossexual, que é sabido com certeza estar circunscrito à esfera privada".

[209] Ibid. p. 128.

restariam alijados do campo jurídico, diz Devlin, a possibilidade graduar as penas de acordo com a gravidade dos crimes, seja quando da fixação abstrata da pena em abstrato para crimes como homicídio e furto, seja para fixação concreta da pena quando da dosimetria da pena. É porque a moral adentra a esfera de aplicação prática do Direito que se consegue aplicar penas distintas a dois homicidas pelo mesmo crime quando demonstram graus de culpabilidade distintos, ou, como parece preferir Devlin, graus de responsabilidade moral distintos.

A contradição dos defensores do princípio do dano revela-se quando da não exclusão da moral do Direito em todas as suas conexões. Ou seja, se toda imoralidade é estranha ao Direito, o conteúdo moral de um ato não deve ter qualquer peso em qualquer das distinções empreendidas pelo Direito. Se a moralidade deve ser alijada da aplicação da lei, não há como separar a investigação acerca de quais condutas devem ser punidas e qual a punição adequada para as diferentes infrações.

Para Devlin, trata-se de mera distinção didática da verdadeira investigação a ser empreendida, qual seja, a da justificativa da decisão punitiva e a impossibilidade de utilizar-se do Direito para implementar a moralidade vigente numa determinada sociedade quebra a noção de que a punição criminal deve ser ajustada a gravidade moral do ato praticado. Em suma, a moral não pode ser excluída da elaboração de uma lei e depois querer retornar na sua administração; ou melhor, ou a moralidade influencia o Direito ou não influencia, sendo impossível alijá-la da tipificação e depois reintroduzi-la na gradação da pena porque tudo se integra no modo de justificar a pena.

O consentimento do ofendido exemplifica o que Devlin busca demonstrar, pois, se a ofensa perpetrada num crime sempre atinge a sociedade, ainda que de modo mediato, não é possível conferir-lhe importância elevando-a à causa excludente de ilicitude[210]. Restou então aos liberais millianos a contraditória opção pela defesa do paternalismo[211], afastando-se da moralidade vigente, como justificativa para a irrelevância do consentimento do ofendido como causa excludente de ilicitude[212]. O paternalismo de viés liberal nasce do desejo de

---

[210] Salvo quanto é próprio à configuração do crime, como nos casos de estupro e furto.

[211] Embora o termo seja vetusto na ciência política, segundo aqueles que se dedicaram ao tema, parece seguro atribuir a Hart o pioneirismo do uso específico do termo "paternalismo" neste contexto. Ao menos assim afirma Macario Alemany em obra dedicada ao tema: "Quiçá não seja muito arriscado sustentar que foi Herbert L.A. Hart o primeiro que, para referir-se a certo conjunto de leis coativa que contradiziam o princípio de John Stuart Mill, introduzira na discussão filosófica o termo "paternalismo". Este ocorreu na famosa polêmica sustentada, ao final dos anos cinquenta, entre Herbert Herbert L.A. Hart e Patrick Devlin a respeito da imposição jurídica das normas morais" (v. ALEMANY, Macario. El Paternalismo Jurídico. Madrid: Iustel, 2006. p. 111) (tradução nossa).

[212] DEVLIN, Patrick. The Enforcement of Morals. Indianapolis: Liberty Fund, 2009. p. 132: "[o] que, aliás, eu não previ foi que alguns integrantes da tripulação que navegam sob a bandeira da liberdade de Mill se revoltariam e içariam o paternalismo ao mastro". (tradução nossa)

excluir a moral do Direito e da consequente necessidade de encontrar outras justificativas para certos arranjos do Direito e escapar da *reductio ad absurdum* que os levaria, ao dar contornos absolutos à autonomia individual, a conferir licitude a duelos, eutanásia etc[213].

Não haveria nem mesmo espaço para diferenciar paternalismo físico de moral, diferença que permitiria aos liberais resguardarem o primeiro enquanto afastam-se do segundo de modo a tentar preservar o princípio do dano. A diferença aqui seria irrelevante, ou inexistente[214], porque é o elemento corporal, físico, que permite descartar o consentimento do ofendido nos casos de lesão corporal e homicídio, e em nada relacioná-los com algum modo de proteção moral.

Não sendo então possível, prática ou teoricamente, traçar uma linha[215] entre a legislação que se propõe a controlar o bem-estar físico e a legislação que se propõe a controlar o bem-estar moral[216], aquele que é incapaz de proteger seu próprio bem-estar físico não será melhor equipado para protege seu bem-estar moral.

> Se é difícil traçar uma linha entre paternalismo moral e físico, é impossível traçar uma de alguma significância entre paternalismo e a aplicação da lei moral. Uma lei moral, isto é, uma moralidade pública, é uma necessidade para o paternalismo, de outro modo seria impossível chegar a um julgamento moral acerca do que seria um bem moral para o homem. Se então a sociedade compele um homem a agir para seu próprio bem moral, a sociedade está implementando a lei moral; e é uma distinção sem diferença dizer que a sociedade está agindo para o bem do próprio homem e não pela implementação da lei moral[217] (tradução nossa).

A conclusão de Devlin é a de que a interpretação que tenta justificar o paternalismo com base no princípio milliano ultrapassou os limites razoáveis da exegese ou mesmo da reforma. Está condenado à irrelevância um tal princípio, que se pretende mediador entre os interesses do Estado e do indivíduo, se este não pode ser aplicado a todos os casos que estejam ao seu alcance; se as exceções, no entanto, tornam-se tão numerosas em quantidade e diversas em qualidade a ponto de ocultar completamente a regra.

---

[213] Ibid. p. 133. Devlin afirma que Hart faz leitura forçada de Mill, notadamente quando este elenca três razões pelas quais a coerção seria injusta, para enfatizar a pouca importância que Mill teria dado ao paternalismo. A leitura seria forçada porque Hart teria descartado metade da doutrina de Mill para tentar manter-se sob sua guarida.

[214] DEVLIN, Patrick. The Enforcement of Morals.Indianapolis: Liberty Fund, 2009. p. 135.

[215] Manuel Atienza entende que a busca incessante pela distinção entre paternalismo e perfeccionismo não seria necessária ante a existência da categoria de paternalismo justificado e injustificado posta pela doutrina contemporânea sobre o tema. Bastaria então ao crítico qualificar, total ou parcialmente, as tentativas estatais de impor algum ideal de excelência ao indivíduo de paternalismo injustificado. (v. Prefácio a *El Paternalismo Jurídico* de Macario Alemany, p. 19-20).

[216] DEVLIN, op. cit. p. 135.

[217]Ibid. p. 136.

2.3 A resposta liberal: Herbert L. A. Hart

Diante das críticas empreendidas por Devlin contra o que considerou uma tentativa dos indivíduos de se livrar dos grilhões de uma moralidade cuja imposição legal resultava somente em miséria e sofrimento humano, Hart buscou desmontar os pressupostos em que a argumentação de Devlin se fundava. Para isso, fiel à tradição analítica a que pertence, começou por delimitar qual questão está a se tratar quando se quer livrar do alcance da lei um núcleo de moralidade, ou imoralidade, exclusivo do indivíduo. Delimitação importante porque não haveria uma questão, mas várias envolvendo as relações entre Direito e Moral. Pode-se, por exemplo, investigar as influências da moral no desenvolvimento do Direito; ou se a referência à moral no conceito de Direito é contingente ou necessária[218]; ou mesmo se a moral é um critério válido de crítica ao Direito; ou, por fim, se basta à conduta ser considerada imoral pelos padrões comuns para justificar a punição criminal[219].

A investigação empreendida em *Direito, Liberdade, Moralidade* tem como objetivo responder, com fundamento no princípio do dano exposto em *On Liberty*de John Stuart Mill[220], apenas a última das quatro questões possíveis, inclusive para responder duas críticas elaboradas contra o princípio do dano, a primeira a de que, estando em sociedade, éimpossível identificar uma ação individual que não afete terceiros e, a segunda, a de que mesmo quando possível identificar tal ação, a posição nada mais seria que um dogma ao retirar tais condutas da ponderação entre interesses sociais e individuais.

O que leva Hart a empreender sua investigação é o recrudescimento do que denomina de "moralismo legal", no qual o Poder Judiciário, exercendo o papel de artífice da manutenção de certos padrões de comportamentos tidos como morais, avoca a função de

---

[218]Este é um dos objetivos de Hart em *O Conceito de* Direito: "não se pode seriamente discutir-se que o desenvolvimento do direito, em todos os termpos e lugares, tem de facto sido profundamente influenciado, quer pela moral convencional, quer por ideias de grupos sociais particulares, quer ainda por formas de crítica moral esclarecida sustentadas por indivíduos cujo horizonte moral transcendeu a moral correntemente aceite. Mas é possível tomar esta verdade de forma ilícita, como uma justificação para uma diferente proposição: a saber, que um sistema jurídico *deve* mostrar alguma conformidade específica com a moral ou justiça, ou *deve* repousar sobre uma convicção amplamente difundida de que há uma obrigação moral de lhe obedecer. De novo, embora esta proposição possa, em certo sentido, ser verdadeira, não se segue daí que os critérios de validade jurídica de leis concretas, usadas num sistema jurídico, devam incluir, de forma tácita, se não explícita, uma referência à moral ou justiça" (v. HART, H.L.A . O Conceito de Direito. 5ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 201).

[219] HART, H.L.A. Direito, Liberdade, Moralidade. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor,1987. p.31-33.

[220] Hart adverte, porém, que não aceitou a doutrina de Mill por inteiro, mas, em relação "às conseqüências mais relevantes do controle da moralidade, Mill parece-me estar certo" (Ibid. p. 34)

custos morum, sem a necessidade de lei prévia[221]. Ao agir assim o Poder Judiciário confere a si próprio poderes de criação *ex post fact* de delitos somente antes vistos na Europa Contemporânea durante a Alemanha Nazista "quando qualquer fato era passível de punição, na conformidade "das concepções fundamentais da legislação penal e da sã mentalidade do povo""[222]. Hart finca-se então no ponto já defendido por Mill de que não cabe ao Estado, quando não há prejuízo a terceiros[223], intervir em condutas privadas, pois irrelevante a eventual imoralidade do ato, notadamente se se trata de relações sexuais entre adultos aquiescentes que não afetam quaisquer interesses seculares da sociedade[224].

2.3.1 O paternalismo como razão da lei

Defensores como Devlin da coerção legal da moralidade positiva entendem existir um princípio universalmente válido que permite à sociedade defender-se contra práticas que ameacem sua existência[225], e precisam necessariamente desacreditar o princípio da dano de Mill porque este cria obstáculos intransponíveis à plena defesa da sociedade. Inclusive se as imoralidades privadas ameaçam de fato a sobrevivência da sociedade, então seria plausível estabelecer a analogia com o crime de traição à patria (*treason*)[226]. Mas a desintegração social temida pelos que atacam as propostas de Mill e do Relatório Wolfendenpode vir também, entende Hart, pela via da manutenção pela sociedade existente de práticas persecutórias contra minorias sexuais, raciais ou religiosas, o que tornaria a preservação em si da sociedade não

---

[221] Referência ao processo *Shaw v. Director of Public Prosecutions* (*Shaw v DPP*[1962] AC 220 House of Lords), no qual o réu, tendo em vista a proibição de as prostitutas se oferecerem a seus clientes em via pública, publicou uma lista (*Ladies Directory*) com nomes, telefones e fotos de prostitutas para que continuassem em seu ramo de negócio. O réu foi condenado por incitamento à corrupção da moral pública, conduta não proscrita por lei escrita.

[222] HART, H.L.A. Direito, Liberdade, Moralidade. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor,1987. p. 40.

[223] Ibid. p. 42.

[224] Hart distingue entre imoralidade e indecência pública citando o exemplo da relação sexual entre esposos que não é indecente em si, salvo se praticada em local público, assim como no caso daqueles que praticam atos homossexuais. O que se quer, e é razoável que assim seja segundo Hart, é proteger o cidadão comum testemunha involuntária do ato (v. Ibid. p. 67).

[225] Ibid. p. 45. "[O] princípio que Lorde Devlin defende é o de que uma sociedade, seja qual for, pode tomar as medidas necessárias para resguardar a sua existência organizada: isto não se apresenta, porém, como um pressuposto ou como um item da moral popular inglesa, derivando sua cogência de um *status*, como parte de nossas instituições. Lorde Devlin colma, na verdade, um princípio, racionalmente aceitável, a ser usado na valoração ou crítica das instituições sociais, de um modo geral".

[226] De acordo com o Black"s Law Dictionary, GARNER, Bryan (Ed.), 7th Edition, Saint Paul: West Group, 2000: "Traição (*treason*) é o crime de tentativa de derrubada do governo do Estado ao qual alguém deve obediência, seja ao declarar guerra com o Estado seja ao apoiar materialmente seus inimigos. Sedição" (tradução nossa). No Brasil o crime de sedição está previsto no artigo 17 da Lei 7.170/1983, que dispõe sobre os crime contra a segurança nacional, cuja redação é "Tentar mudar, com emprego de violência ou grave ameaça, a ordem, o regime vigente ou o Estado de Direito".

um bem, mas um empecilho a uma nova ordenação social mais livre e igualitária[227]. A punição[228], como óbvia limitação das liberdades individuais, precisa então ser justificada a fim de que considerada legítima num Estado que se quer Democrático e de Direito. Não somente porque representa um mal ao indíviduo quando lhe retira parte de seu patrimônio ou de sua liberdade, mas porque paira mesmo sobre as cabeças daqueles que talvez nunca venham a violá-la.

A crítica social, como a empreendida por Mill e Hart, preocupa-se em contrapor a moralidade existente com princípios estabelecidos pela razão, contraposição que permitiria avançar as liberdades individuais[229] ou concepções distintas de bem e justiça. À luz de um princípio racional mediador dos interesses públicos e individuais procura-se demonstrar que não é suficiente que certas práticas, ou a rejeição de certas práticas, estejam protegidas pela moralidade positiva para que sejam elevadas a um tal *status* que mereçam sua implementação, ou proibição, coercitiva pela lei.

Há, em suma, que se recorrer a critérios diversos daqueles postos pela moralidade positiva para justificar o uso do poder coercitivo da lei[230] se é de ser dado à liberdade de escolha, ou seja, a liberdade para as "pessoas experimentarem – ainda que com o sacrifício da vida – e descobrirem coisas apreciáveis para elas e para as demais"[231], um peso decisivo que permita uma sociedade autoproclamar-se livre.

A crítica empreendida por Mill em relação ao sistema vigente é justamente a crítica daquilo que *é* tendo em vista aquilo que *deveria ser*. Exigir do crítico que estabelece algum princípio moral crítico uma análise detallhada de sua aplicação no sistema jurídico vigente é, segundo Hart, pretender "invocar princípio conservador, segundo o qual há uma presunção de que as instituições comuns e longamente estabelecidas têm, provavelmente, méritos, ainda que não evidentes para o filósofo racionalista"[232]. Erram os conservadores morais, como

---

[227] Hart distingue entre moralidade positiva e princípios morais gerais, sendo aquela a moral aceita e compartilhada por um dado grupo e esta os princípios utilizados para a crítica das instituições sociais. (v. HART, H.L.A. Direito, Liberdade, Moralidade. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor,1987. p. 46)

[228] Para uma análise dos fundamentos filosóficos da punição ver "A Ética da Punição: Por que Punir?" *in* BARRETTO, Vicente de Paulo e BRAGATTO, Fernanda Frizzo. Leituras de Filosofia do Direito. Curitiba: Juruá, 2013.

[229] Enquanto Devlin alega a impossibilidade de estabelecer princípios que livrem *a priori* certas condutas do alcance da lei, Dworkin vem em apoio a Hart e reafirma a importância de princípio limitadores da ação estatal porque porque "[p]odemos acreditar que o perigo que qualquer prática impopular pudesse vir a representar para a existência da sociedade é tão pequeno que seria uma política sábia, uma proteção prudente da liberdade individual diante da histeria transitória, levantar precisamente este tipo de barreira constitucional e proibir a reavalização periódica do risco" (v. DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 379)

[230] HART, H.L.A. Direito, Liberdade, Moralidade. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor,1987. p. 49.

[231] Ibid. p. 47-48.

[232] Ibid. p. 54.

Devlin, ao indicar exemplos que não alcançam a moral sexual, pois, uma análise mais adequada da forma de como se estrutura um ordenamento jurídico, permite ao crítico social não ser obrigado a enfrentar o dilema estruturado entre alijar do ordenamento todos os elementos tidos pelos críticos de Mill como contraditórios com o princípio do dano, ou concordar com o princípio conservador de que é função da lei penal implementar a moral positiva. Há outros modos de justificar a existência de certos institutos jurídicos sem a necessidade de se recorrer ao moralismo legal.

Isto não significa, porém, que Hart tente extirpar quaisquer relações entre Direito e Moral[233], apenas afirma que suas relações não seguem o padrão proposto por Devlin, cujo entendimento de moralidade, e de sua implementação pelo Direito, restringe-se à moralidade positiva de uma determinada sociedade. Para Hart, inclusive, há um núcleo mínimo, parelho ao bom senso, para o qual se recomenda a positivação de certos aspectos básicos da moralidade, ou certos "truísmos" como prefere, que denomina de "o conteúdo mínimo do Direito Natural".

A validade do Direito dela não depende, inexistindo relação de necessidade, mas as estruturas básicas de convivência, cooperação e observação da lei recomendam sua inserção no ordenamento jurídico; sendo tais estes truísmos: a vulnerabilidade humana que limita a violência tendo em vista o desejo humano universal de sobreviver; a igualdade aproximada, eis que a eventual superioridade física ou intelectual de indivíduo nunca o permitirá, salvo por um período muito curto, dominar outros sem cooperação, o compromisso para uma estruturação mínima da vida social; o altruísmo limitado pela tensão com o egoísmo humano que impõe ao indivíduo a via média e que forma a base do Direito e da Moral; recursos limitados, a necessidade de proteger a propriedade, não necessairamente individual, para que se produzam os bens básicos imprescindíveis à sobrevivência da sociedade; e, por fim, como a compreensão e força de vontade são limitadas alguns membros da comunidades, ao buscar seus próprios interesses sem se sujeitar às obrigações sociais, exigem algum sistema de punição[234].

De todo modo, a despeito da visão hartiana acerca das relações entre Direito e Moral, o consentimento do ofendido é a pedra de toque dos ataques antiliberais a Mill e a Hart, sendo

---

[233] Quanto à relação entre Direito e Moral, Hart afirma que: "A forma geral do argumento consiste simplesmente em dizer que, sem um tal conteúdo, o direito e a moral não podiam apoiar o desenvolvimento do propósito mínimo da sobrevivência que os homens têm, ao associar-se uns com os outros. Na ausência deste conteúdo os homens, tais como são, não teriam uma razão para obedecerem voluntariamente a quaisquer regras; e, sem um mínimo de cooperação dada voluntariamente por aqueles que consideram ser seu interesse submeter-se às regras, e mantê-las, seria impossível a coerção dos outros que não se conformassem voluntariamente com tais regras" (v. HART, H.L.A . O Conceito de Direito. 5ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 209-210)

[234] Ibid. p. 209-216

este o elemento que demonstraria ser o sistema milliano inviável na prática, pois não seria possível excluir a imposição da moralidade positiva dos objetivos da lei penal e manter íntegro o consentimento do ofendido. Segundo estes, um único princípio justifica a pouca relevância dada pelo ordenamento ao consentimento do ofendido, a saber, o princípio que estabelece como função da lei a implementação da moral. Retirar a função de implementar a moral significa não somente afastar o obstáculo ideológico que impede o consentimento do ofendido de ganhar relevância no sistema penal como significa desnaturar todo o sistema levando-o à implosão.

Hart não vê como adequada esta representação da estrutura do ordenamento jurídico-criminal[235]. Não há um único princípio estruturante da lei criminal, mas múltiplas justificativas, o que permitiria ao crítico retirar a legitimidade de alguns de seus institutos sem destruí-la por inteiro.

> As normas que excluem o consentimento da vítima como argumento de defesa, em homicídio ou lesões corporais, podem ser entendidas como uma amostra de paternalismo**,** com o objetivo de proteger, reciprocamente, os indivíduos, uns contra os outros. Mill protestou, com veemência, contra uma política paternalista, que se vale da lei para proteger até uma vítima consenciente da lesão corporal, quase tanto quanto protestou contra as leis usadas vagamente, visando proteger a moral positiva; isso não quer significar, todavia, que as duas orientações políticas se equivalem. O próprio Mill estava consciente da diferença entre elas: condenando qualquer interferência com a liberdade individual, salvo para prevenir danos a terceiros, menciona tipos *separados* de espaços, imprecisos, concedidos ao uso da força. Busca escandir, distinguindo "porque seria melhor para ele" e "porque poderia fazê-lo mais feliz" de "porque, na opinião dos outros, seria correto"[236]

O paternalismo, ao contrário do que entendem os antiliberais, não seria problemático, pois abundam exemplos de crimes cuja justificativa é menos a imoralidade da conduta do que a proteção indivíduo contra si mesmo, como o proibição de venda de entorpecentes. Se é paternalista a justificativa para tal cerceamento da liberdade individual, nada impede que esta seja estendida à vedação do consentimento da vítima como causa excludente da ilicitude em certos crimes e, por isso, "[e]m nenhum caso, estamos obrigados a concordar com Lorde Devlin de que a "função" da lei seja "impor um princípio moral, e nada mais""[237].

Hart não deixa de reconhecer a severa crítica de Mill, no capítulo V de *On Liberty,* contra o que ele, Hart, chama de paternalismo. Entende, porém, que a crítica milliana soa

---

[235] Ademais, para Hart, como expoente do positivismo jurídico, "não é em sentido algum uma verdade necessária que as leis reproduzam ou satisfaçam certas exigências da moral, embora de facto o tenham frequentemente feito" (v. HART, H.L.A . O Conceito de Direito. 5ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 202).
[236] HART, H.L.A. Direito, Liberdade, Moralidade. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor,1987. p. 56.
[237] Ibid. p. 57.

datada aos ouvidos contemporâneos, o que "decorre, em parte, de um declínio geral na crença de que os indivíduos sabem o que é melhor para seus próprios interesses, bem assim na crescente conscientização de que uma extensa gama de fatores é a responsável pelo decréscimo da importância atribuída a um consentimento ou a uma opção, aparentemente livres"[238].

As escolhas individuais são feitas, em regra, por força de impulsos, internos ou externos, variados, cambiáveis e transitórios. O homem imaginado por Mill, que age racionalmente e não é vítima de seus impulsos e desejos - e, por isso, não precisa ser tutelado, não parece adequar-se mais à realidade contemporânea. É na distinção entre paternalismo e imposição da lei moral que Hart vê a diferença a justificar certas coerções e não outras.

Da perspectiva hartiana, é erro crasso entender que a lei penal é modo de coibir "as formas mais grosseiras de imoralidade"[239]. Não se duvida, por exemplo, que o argumento a fundamentar tal afirmação é o de que a moralidade exerce o papel de protagonista na dosimetria da pena ao indicar na pena efetivamente cominada o grau de iniquidade moral do apenado. Porém, há que se diferenciar a avaliação da vida pregressa dos acusados: uma coisa é apenar mais gravemente quem ultrapassou os limites de crueldade esperados para o caso, o que parece conter um quê moral, outra é levar em consideração questões de *status* social. O ponto aqui é que tipo de circunstâncias influenciam na dosimetria da pena. Hart entende que, de fato, a maldade do agente exerce papel importante na mitigação ou agravamento da pena[240], mas será mesmo que o objeto dessa influência não será evitar outros atos perigosos à sociedade do que a perseguição de formas expressivas de imoralidade?, pergunta-se.

Em princípio, Hart não se insurge contra as considerações acerca da conduta moral dos apenados quando da dosimetria da pena, o que tenta realçar é o erro lógico[241] (*non sequitur*) de quem entende que a influência da conduta moral no Direito Penal *implica* ser o Direito Penal instrumento de prevenção e punição da imoralidade. Da mera influência pontual passa-se à justificativa da criminalização das condutas imorais independentemente de causarem danos a terceiros.

Parece haver uma confusão por parte de Devlin entre os objetivos e o modo de operação do sistema criminal. Pode-se afirmar sem contradição que os objetivos deste são a prevenção e punição de danos a terceiros, livres portanto da pecha de mera extensão da moralidade positiva, e que a operação de suas regras, como nos casos da dosimetria da pena e

---

[238] Ibid. p. 57.
[239] HART, H.L.A. Direito, Liberdade, Moralidade. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor,1987. p. 59.
[240]Ibid. p. 60.
[241]Ibid. p. 61.

da quantificação em abstrato das penas para os diversos crimes, devem seguir padrões de eqüidade e, assim, são necessariamente morais. A eqüidade das regras, e suas considerações morais, não está diretamente ligada necessariamente ao fato de a instituição possuir um objetivo moral que a justifique. A preocupação com a culpabilidade do indíviduo surge de modo imediato da equidade das regras da lei criminal e não de seu objetivo maior, que é a prevenção e punição daqueles que causam danos ou ofendem os interesses legítimos alheios[242]

Há, portanto, um salto indevido quando a resposta positiva à pergunta "O*quantum* da punição pode ser influenciada pela imoralidade?" - ou ainda à pergunta "Podemos diferenciar a intensidade com que punimos diferentes condutas?" – é estendida, de modo *necessário*, à resposta da pergunta "Que condutas podem ser tipificadas criminalmente de modo justificado?". Hart esclarece que "os que admitem que possamos tentar compaginar a severidade da punição à gravidade moral das infrações não estão, desse modo, comprometidos com o ponto de vista de que a simples punição por imoralidade se justifique"[243]. É a causação do dano o fundamento do Direito Penal não a imposição da moralidade, que embrenha-se no sistema não pela via direta, essencial, pretendida por Devlin, mas de forma mediata e secundária, na dosimetria da pena ou no estabelecimento de diferentes penas para os diversos crimes tipificados.

Mesmo em crimes em que aparentemente a moralidade positiva é fundamento criminalizador, como no caso da bigamia, Hart ressalta que o motivo da punição não é a

---

[242]Nesse sentido, v. FEINBERG, Joel. Some Unswept Debris From The Hart-Devlin Debate. *Synthese*. v. 72, n. 2. p. 249-275. August 1987. Para Feinberg, a resposta liberal pode ser no sentido de que o objetivo da lei criminal é não-moral e, sem contradição, afirmar que está vinculada a regras morais de equidade na aplicação de suas regras. Feinberg, porém, vai além ao afirmar que o princípio do dano é um princípio moral. O que se quer evitar são os danos e ofensas ilegítimos (imorais): "aqueles que são não consentidos, sofridos involuntariamente, nem justificados ou desculpáveis. A lei criminal, para ele [John Stuart Mill], tem que servir a um propósito profundamente moral, a saber a proteção dos direitos morais dos indivíduos". Disto não se segue que todas considerações morais são parte do objetivo justificante da lei criminal. Ainda que moral o objetivo da lei criminal não pode ser a moralidade enquanto tal. Feinberg alega que além de danoso o ato deve "causar injustiça", quebrar a equidade em relação a alguém, do contrário criminalizaríamos algo danoso mas que conta com o consentimento total do agente e, de nenhum modo, causa-lhe injustiça e não há como considerá-lo vítima. Assim pode-se considerar o ato moralmente errado, mas não legitimamente passível de criminalização. O objetivo da lei criminal não é, embora totalmente moral, a proteção da moralidade, e sim a proteção dos *direitos morais***.** Feinberg denomina de *free-floating evils* as condutas que ainda que possam ser consideradas como imorais não causam injustiça a alguém, como o incesto entre adultos ou a procura por clientes para prostitutas. Assim a lei criminal de viés liberal não pode ser acusada de não se preocupar com a moralidade alheia, como afirma Devlin. Portanto, concedendo algo a Devlin, a moralidade integra sim a questão da culpabilidade individual e da fixação de diferentes penas para diferentes crimes, mas a moralidade que importa para a culpabilidade é moralidade consubstanciada na ameaça de dano e ameaça de violação dos direitos. Não é preciso se opor a concepção moralista de que o procedimento criminal é um procedimento estigmatizador do criminoso, apenas deve-se perguntar que condutas devem justificadamente empurrá-lo para dentro deste procedimento.
Para Feinberg, não há dúvidas, por fim, de que a lei impõe a moral. A questão é qual moralidade é apropriadamente imposta.

[243] HART, H.L.A. Direito, Liberdade, Moralidade. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor,1987. p. 61.

imoralidade, eis que não se punem as relações sexuais fora do casamento ou a pantomima que se assemelhe a casamento, mas danos concretos a institutos protegidos pelo Direito. Ademais, com apoio em Mill, pode mesmo se dizer que o fundamento da punição é a violação de um compromisso *determinável* não a conduta imoral privada de algumas pessoas.

Não é qualquer dano que atrairá o princípio milliano e distendê-lo a ponto de fazer com que abrace um tal concepção de dano a ponto de alcançar a imoralidade privada é levá-lo à ruptura e à completa inutilidade, restando apenas um arremedo que contraria a idéia de defesa da liberdade individual. Não se pode estender o princípio do dano de modo a deturpá-lo, pois "a única liberdade que pode coexistir com essa extensão do princípio utilitário é a liberdade de fazer aquelas coisas que ninguém reprova com seriedade"[244]. Liberdade inútil se não contém a possibilidade, por mínima que seja, de se fazer algo que possa incomodar, perturbar os demais, desde que não existam outros bons e razoáveis motivos para restringi-la[245].

2.3.2 A imoralidade como causa da desintegração social

Mas cabe analisar as críticas que o princípio do dano recebe a partir da perspectiva de que a moralidade positiva deve não somente ser protegida como imposta pela lei. De acordo com Hart, há duas teses a considerar. A tese da moderação defende que a moral compartilhada é a essência de uma sociedade e elemento distintivo de um mero ajuntamento de pessoas[246]. A existência de uma sociedade depende tanto de uma moral compartilhada quanto de um governo legítimo, por isso as condutas dos indivíduos devem ser analisadas a partir do prisma da lei moral, sendo as conseqüências efetivas de seus atos irrelevantes quando da imposição da pena. A ruptura da lei moral implica na pena. A teoria do rigor extremo, por sua vez, a criminalização da conduta imoral é um valor em si mesmo. A primeira preocupa-se com a manutenção da coesão social, enquanto a segunda vai além e quer "reabilitar" o indivíduo imoral não escondendo seus anseios perfeccionistas ao se utilizar do instrumental jurídico para aperfeiçoar moralmente o indivíduo desviante.

---

[244] HART, H.L.A. Direito, Liberdade, Moralidade. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor,1987. p. 69.

[245] Como exemplo de restrição legítima está a de vedação ao ultraje religioso, que defende a liberdade religiosa alheia. Além disso, não parece difícil distinguir tal restrição legítima da restrição qu-e busca meramente impor aos demais certas afetações e sensibilidades (v. Ibid. p. 68-69).

[246] Crítica já presente em *Política* de Aristóteles quando este critica um adversário (Lycophron) por entender que a sociedade é a mera união dos interesses individuais.

Defensores da tese moderada como Devlin, porém, ao dizer que a prática de atos tidos por imorais incita à desintegração social[247], porquanto afrouxaria os laços morais que unem uma determinadda sociedade[248], titubeiam entre afirmar a existência de fatos[249] que comprovem ser a imoralidade uma ameaça e afirmar ser esta tão-somente uma presunção *a priori*. Hesitação inexistente quanto à moralidade constituir-se numa unidade tal que qualquer desvio, mínimo que seja, implica o desvio do todo.

> Não resta dúvida (por ser um dos mais antigos critérios da teoria política) que a sociedade não poderia existir sem uma moral que a refletisse, suplementando a proscrição legal de condutas lesivas aos demais. Mas não há, de novo, uma maneira inequívoca de comprovar ou refutar a teoria quanto à circunstância de quem quer que se desvie da moral sexual convencional se revela, em outros pontos, hostil à sociedade[250].

Outro erro dos defensores da tese moderada, aponta Hart, encontra-se em derivar de uma premissa razoável ("a sociedade precisa compartilhar alguma moralidade"), a conclusão de que a sociedade é *idêntica* à moralidade que reflete e, portanto, mudanças na estrutura moral da sociedade poderiam significar sua destruição. Ademais, há ambiguidade de Devlin na defesa da imposição da moralidade ao pender entre as teses moderada e extrema. Se se considera a imoralidade como um atentado fático, aferível empiricamente, então sua tese é de que a moralidade é algo distinto da sociedade e, com certa base utilitarista, entende que é bom preservá-la em nome da sociedade evitando assim sua destruição. Às vezes, entendendo que a

---

[247]HART, H.L.A. Social Solidarity and the Enforcement of Morality.*In:* HART, H.L.A. Essays in Jurisprudence and Philosophy. Nova Iorque: Clarendon University Press, 1983. P. 248-262. p. 249."Esta tese [a da desintegração social] é associada fortemente com uma concepção relativista da moralidade: de acordo com ela, morality pode variar de sociedade para sociedade, e, para merecer a implementação pela lei criminal, a moralidade não precisa ter conteúdo racional ou qualquer outro específico. Não é importante a qualidade da moralidade mas é sua força coercitiva que importa". Ou, como diz claramente o próprio Devlin, "o que é importante não é a qualidade do credo mas a força da crença nele. O inimigo da sociedade não é o erro mas a indiferença" (v. DEVLIN, Patrick. The Enforcement of Morals. Indianapolis: Liberty Fund, 2009.p. 114) (tradução nossa).

[248] V. nota nº.: 22 acima.

[249] Hart ironiza Devlin dizendo que sua proposição é tão digna de respeito quanto à afirmação do Imperador Justiniano de que a homossexualidade causava terremotos (v. HART, H.L.A. Direito, Liberdade, Moralidade. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor,1987. p. 72). Em outro texto, Hart afirma que sem provas empíricas Devlin teriam de aceitar que as afirmações de necessidade de uma moralidade comum não eram fatos, mas "tautologias disfarçadas" (v. HART, Social Solidarity and the Enforcement of Morality, p. 250). Vale dizer que para Hart duas modalidades de provas poderiam provar a correção da "tese da desintegração": (i) a evidência histórica de uma mudança maligna na moralidade levou uma sociedade concreta a se desintegrar, estabelecendo assim um nexo de causalidade; ou (ii) evidências extraídas da psicologia social (v. HART, H.L.A. Social Solidarity and the Enforcement of Morality. *In:* HART, H.L.A. Essays in Jurisprudence and Philosophy. Nova Iorque: Clarendon University Press, 1983. P. 248-262. p. 260-261).

[250] Id. Direito, Liberdade, Moralidade. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor,1987. p. 72.

imoralidade é danosa à sociedade de modo *a priori*[251], identificando sociedade e moralidade, a correção legal de imoralidade é boa em si porque a preserva em seus próprios termos.

A atribuição de valor absoluto à conformidade, como fazem os defensores da tese extremada, afasta-se do que se entende por moralidade configurando verdadeiro tabu[252]. A moderação sexual é valiosa quando voluntária e quando se insere como elemento em uma vida feliz[253]. Constranger alguém, mediante a possibilidade de coerção, implica manter uma aparência de moralidade sob o manto do conformismo receoso. Então, pergunta-se Hart, qual o valor da punição quando o crime não produz danos a terceiros? A pena, enquanto justifica-se moralmente como retribuição a mal moral, é em si mesmo um mal (a restrição da liberdade). Mas se não há agredido e agressor, como isto pode se dar? Nesse sentido,

> [O]nde não existe vítima, mas apenas transgressão de uma regra moral, a idéia de que a punição seja exigível, como a própria compensação pela conduta imoral, não merece guarida. A retribuição, na hipótese, parece descansar sobre a implausível alegação de que, em termos de moralidade, dois pretos fazem um branco: o mal do sofrimento, acrescentado ao mal da imoralidade como sua punição, possibilita uma boa moral[254].

Hart destaca que Mill e Stephen discordavam profundamente em suas concepções acerca da natureza humana e, em Stephen, no que é seguido não tão claramente por Devlin, sua concepção conferia-lhe espaço para legitimar a repugnância e ressentimento em relação ao criminoso não somente validando a vingança contra ele como entendendo-a como um sentimento social saudável[255], como justifica no trecho abaixo transcrito.

> A punição de crimes comuns, de formas grosseiras de força e fraude, é sem dúvida ambígua. Ele pode ser justificada no princípio da autoproteção [individual, como defende Mill], e assim separada de qualquer questão acerca de seu caráter moral. Não é, contudo, difícil mostrar que esses atos têm, de fato, sido proibidos e sujeitados à punição não somente porque são perigosos à sociedade, e então devem ser prevenidos, mas também para gratificar sentimento de ódio – chame-o de vingança, resentimento ou do que quiser – cuja contemplação de tais condutas excita

---

[251] Hart afirma que entender assim é justificado porque Devlin não traz nenhuma comprovação empírica de imoralidade, mesmo quando privada, ataca os alicerces da sociedade (v. Ibid. p. 76)

[252] Segundo Dicionário Houaiss: "Interdição cultural e/ou religiosa quanto a determinado uso, comportamento, gesto ou quanto à linguagem". Em Freud, "tabu" ganha significado mais restrito afastando-se da moralidade como indica Hart: "As restrições do tabu são distintas das proibições religiosas ou morais. Não se baseiam em nenhuma ordem divina, mas pode-se dizer que se impõem por sua própria conta. Diferem das proibições morais por não se enquadrarem em nenhum sistema que declare de maneira bem geral que certas abstinências devem ser observadas e apresente motivos para esta necessidade. As proibições dos tabu não têm fundamento e são de origem desconhecida. Embora sejam ininteligíveis para *nós*, para aqueles que por elas são dominados são aceitas como coisa natural" (FREUD, Sigmund. Totem e Tabu e outros trabalhos (1913-1914). Rio de Janeiro: Imago, 1996. p. 37)

[253]HART, H.L.A. Direito, Liberdade, Moralidade. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor,1987. p. 79.

[254] Ibid. p. 80-81.

[255] Ibid. p. 81-82.

> em mentes saudavelmente constituídas. Se isso pode ser mostrado, seguir-se-á que a lei criminal está na natureza da persecução das formas mais grosseiras de vício, e uma afirmação enfática do princípio que o sentimento de ódio e o desejo de vingança supramencionado são importantes elementos da natureza humana que devem em tais casos serem satisfeitos regularmente de modo público e jurídico.[256] (tradução nossa)

Concepções como as de Devlin e Stephen pressupõem em sua análise do princípio do dano uma sociedade marcada pela unidade em que as práticas individuais que a ameacem, para serem consideradas como ameaças efetivas – do contrário os riscos à liberdade seriam imensos, devem possuem alguma marca distintiva, um sinal infamante, um estigma. Estigma expressado socialmente pelos sentimentos de "intolerância, indignação e repugnância"[257].

Mas por que acreditar que a repugnância é um índex confiável para determinar quais atividades podem causar o esgarçamento do tecido social? Se por um lado a miscigenação ou a presença de deficientes físicos já possuíram a capacidade de causar repugnância às pessoas, e tal disseminação em nada contribuiu para a destruição dos laços sociais; mas, por outro, condutas nitidamente destrutivas e que claramente esgarçam o tecido social, como o racismo ou o sexismo, ou ainda a corrupção da coisa pública, não causam o tipo de repugnância defendido por Devlin, seu argumento parece perder força.

> [N]ão é fácil dizer exatamente como se pensa ser a comunidade ameaçada pela conduta que inspira a repugnância. Devlin afirma que há forte correlação entre o que o "homem razoável" entende repugnante e um tipo de "devassidão" tão extrema que a revelar a incapacidade para servir como cidadão. Mas essa afirmação não é apoiada por argumentos, tampouco parece se sustentar em provas. Judeus, mulheres, pessoas em casamentos interraciais, homossexuais: todos esses tem sido e são cidadãos perfeitamente responsáveis e ainda assim têm sido mais frequentemente alvos da repugnância de pessoas que são corruptas, ganaciosas ou egocêntricas. E, porém, os corruptos, gananciosos e egocêntricos provavelmente impõe uma ameaça significativa ao tecido social de qualquer sociedade democrática[258]. (tradução nossa)

---

[256] STEPHEN, James Fitzjames. Liberty, Equality, Fraternity, and Three Brief Essays.Chicago: Chicago University Press, 1991. p. 152.

[257] Dworkin afirma que ao estabelecer a "intolerância, indignação e repugnância" como estigmas limitadores da atuação estatal o argumento de Devlin ganha um quê de prestidigitação intelectual. Isto porque a "intolerância, indignação e repugnância" podem ser resumidas num sentimento de reprovação pública, ainda que duradouro, e num primeiro momento servem de limitação à ação estatal, mas no momento em que atingidas, e seus termos são vagos o suficientes para que o sejam logo, a coação não encontra mais limites. Basta a existência da indignação pública para que a coação venha a ser exercida e a única proteção que Devlin estabelece para o indivíduo, pela via dos estigmas sociais, é contra a histeria pura e simples. Se por força do arranjo social a repugnância for um sentimento genuinamente nutrido pela sociedade, o princípio da máxima liberdade de Devlin não mais se sustentará e a mera desaprovação pública emerge solitária como princípio limitador da liberdade (v. DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 380).

[258] NUSSBAUM, Martha C. Hiding from Humanity: Disgust, Shame, and the Law. Princeton: Princeton University Press, 2004. p. 147-148.

Para Hart, o antiliberalismo de Devlin tem um quê nefelibata ao evadir-se da realidade da sociedade contemporânea e entender as concepções morais como convergentes a um único padrão estabelecido e homogêneo. A concepção da moralidade como uma "teia inconsútil" não pode ser verdade, segundo Hart. O contrário, aliás, parece mais plausível ao entender que apermissividade em certas esferas da moralidade, como a sexual por exemplo, tornaria mais fácil aos homens submeter-se às restrições contra a violência necessária à vida social.

Além disso, a escala alcançada pela sociedade modernas permite inferir que o pluralismo moral leva não ao esgarçamento do tecido social mas à adequação das diferentes cosmovisões em única sociedade mutuamente tolerante[259].

> Apesar desse quadro ilusório de uma sociedade apenas imaginada, Stephen [no que que é seguido de perto por Devlin] escreve como se a função punitiva fosse não somente retributiva, mas denunciatória; não quer apenas gratificar os sentimentos de ódio ou de vindita, estando, antes, na teoria, voltada para expressar, de maneira enfática, a condenação moral do delinqüente e "ratificar" a moralidade por ele violada[260].

O resultado da exposição ao opróbrio de quem conduz sua vida pessoal sem causar prejuízo a outro, mas que, por diversas razões, tem suas escolhas tachadas de imorais, é apenas e tão-somente o sofrimento humano.

Não há argumentos razoáveis ou provas empíricas de que a imposição da moralidade, via coerção e punições legais, produzam o efeito esperado e sejam instrumentos eficazes de preservação da moralidade social existente[261]. O que resta é apenas "um efetivo esforço [valioso em si mesmo] de verter gota a gota no espírito do delinqüente, e de outros, o sentimento de respeito ao código moral violado"[262].

Se há, por outro lado, um verdadeiro elemento solvente da moralidade social, este é sem dúvida alguma a possibilidade de expressar-se livremente acerca dos padrões morais, e nem mesmo os críticos antiliberais de Mill parecem dispostos a defender sua supressão pela lei.

---

[259]HART, H.L.A. Social Solidarity and the Enforcement of Morality.*In:* HART, H.L.A. Essays in Jurisprudence and Philosophy. Nova Iorque: Clarendon University Press, 1983. P. 248-262. p. 262.
[260] HART, H.L.A. Direito, Liberdade, Moralidade. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor,1987. p. 83.
[261] Ibid. p. 85: "A despeito da proeminência dos que, legalmente, a advogam, essa justificação da punição, sobretudo quando aplicada a uma conduta que não causa prejuízo aos outros, parece repousar sobre um estranho amálgama de idéias; simboliza um valor que é perseguido à custa do sofrer humano, a nua expressão da condenação moral, e trata a inflição de sofrimento como o modo unicamente apropriado ou "convincente" de expressão".
[262] Ibid. p. 86.

2.3.3 Conservadorismo moral e democracia

A preservação da moralidade social como um valor pode ser entendida de diversos modos e Hart tenta distingui-la a fim de que se possa, pelo esclarecimento, compreender melhor a posição daqueles que atacam o princípio milliano da liberdade. É preciso investigar se há alguma validade no argumento de que a moralidade deve ser preservada ainda que à custa do sofrimento alheio. Nesse sentido é preciso distinguir três proposições.

A primeira é a de que a moralidade social baseia-se em valores universais como a liberdade e segurança individual, devendo a sociedade ser preservada por garantir tais valores; a divergência então longe de ser prejudicial pode, em verdade, consubstanciar-se em benefício[263].

A segunda noção de que a moralidade é um valor pressupõe a idéia de valores formais, isto é, valores que independem de um conteúdo específico mas são essenciais a formação, manutenção e progresso de qualquer sociedade; são valores como a conformação e adaptação pessoal às pretensões alheias ou a aplicação imparcial de regras gerais que permitem aos indivíduos respeitar os desejos do outro.

Uma certa "atitude moral", como diz Hart, "tem sobrevivido, frequentemente, às críticas, transgressões e também ao afrouxamento das instituições morais específicas. O uso da punição legal para congelar no imobilismo a moralidade dominante[...]não contribui para a sobrevivência das atividades espirituais e dos valores morais da moralidade social, em absoluto, podendo até prejudicá-los"[264].

A terceira, que Hart denomina de "moral conservadora", é afirmação de que toda regra de moralidade social deve ser preservada, inclusive pela coerção legal[265]. O problema é

---

[263] Ibid. p. 88.

[264] HART, H.L.A. Direito, Liberdade, Moralidade. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor,1987. p. 90.

[265] Este seria o argumento, segundo Dworkin, de que a sociedade tem o "direito de seguir suas próprias luzes", e que denomina de "tese da conservação" cujos pressupostos seriam: (i) o ambiente em que vivemos é influenciado pelas condutas de terceiros, ainda que privadas; (ii) cabe ao legislador manifestar-se quanto às questões morais, seja para defender instituições ameaçadas seja investigar a imoralidade da ameaça; (iii) em casos limítrofes, como o do homossexualismo, sabe-se que algo é imoral pelo consenso, não pela ciência ou pela fé religiosa, devendo o legislador confiar na fé moral de seus membros. O argumento devliniano funciona se retirada a complexidade que as práticas morais de fato possuem e, segundo Dworkin, está errada por não entender o que "significa desaprovar com base em princípios morais". Captar corretamente o que quer dizer que a lei penal é fruto da moralidade significa entender que a argumentação moral comum quando trata da questão discriminatória distingue-se em duas posições: a merecedora de respeito e a não merecedora de respeito. Aquele que espera seja seu argumento respeitado ocupa o que Dworkin denomina de "posição moral" e deve expor alguma justificativa para sua posição, ainda que desnecessário estabelecer o princípio ou teoria moral que o move. Quando se deixa de votar em um candidato devido à sua homossexualidade, cabe ao eleitor, se quer sua posição seja tida como moral, indicar a característica da homossexualidade que a torne uma prática imoral e,

que os defensores dessa tese, como Devlin e Stephen, equiparam a força deste com "sistemas teológicos ou a doutrina do Direito Natural"[266], embora, aos contrário destes, não tenham indicado a fonte desse valor conferido a todas e a cada uma das regras. Nesta proposição nada pode ser objeto de crítica porque nada foi argumentado em seu favor, salvo a tautologia em que a moralidade deve ser preservada porque ela deve ser preservada.

Tal moralismo distingue-se claramente da defesa da moral positiva que se encontra, por exemplo, em Burke e em Hegel. Elaborada contra críticos racionalistas e utilitaristas, não tornou a moral positiva em um dogma, há em cada um deles uma razão para sua defesa, enquanto Burke deitou-se sobre a idéia de "sabedoria do tempo" e de providência que levariam a sociedade a um lento desenvolvimento e, ao contrário de um ideal distante das circunstâncias da vida cotidiana, acomodaria melhor os desejos de ordem dos homens; em Hegel, por razões metafísicas distintas, as estruturas de determinada sociedade são expressões do "espírito absoluto" que se revela no mundo, o que no estágio de amadurecimento da "idéia" é sempre algo a se conferir valor[267]. A despeito de se aceitar ou não as idéias de Burke e Hegel, para Hart, há neles estofo teórico suficiente para a crítica e reflexão, diferentemente do mero moralismo conservador em que o único edifício construído é o do dogma.

Para além da coerção, os críticos de Mill ignoraram, ou pelo menos não lhe deram especial relevância, que não há em *On Liberty*a defesa da indiferença moral, mas um ataque à inutilidade e malignidade da repressão moral pela via opressiva da lei. O único recurso legítimo à mudança de costumes e da conduta individual era apenas pela exortação à palavra.

Para Mill, há claramente outros caminhos pelas quais a preservação de uma concepção moral deve trilhar antes do uso da força estatal. Em todos apela-se à razão e à força do exemplo que se dirigem diretamente ao julgamento do indivíduo em sua capacidade.

---

portanto, impeça o candidato de ser tido como uma boa alternativa eleitoral. Entretanto, o argumento que se queira respeitável não pode se utilizar elementos que as convenções sociais excluem *a priori* do debate, como os de natureza meramente preconceituosa ("homossexuais são seres inferiores"); de igual modo as reações emotivas ("homossexuais me enojam") porque não são fruto da razão e, por isso, não demonstram uma convicção moral senão uma fobia ou obsessão; ou razões faticamente falsas ou tão implausíveis a ponto de desafiar padrões mínimos de prova ("práticas homossexuais são danosas à saúde"); ou ainda o apelo à autoridade moral de outros ("todos sabem que a moralidade é pecado"), eis que as razões não precisam ser originais mas devem partir de um processo de julgamento individual. Devlin, por outro lado, afirma que a solução de um problema moral pelos legisladores deve fundar-se em alguma "posição moral consensual" de determinada comunidade a fim de que se respeite o princípio democrático. Não é relevante saber se tal posição é correta ou não, mas para que seja considerada uma convicção moral basta apenas e tão-somente que a aversão à prática seja expressa de modo honesto e desapaixonado. Para Dworkin, porém, se para a moral popular os preconceitos ou aversões pessoais não podem justificar a coerção moral também não será possível que o consenso em torno de preconceitos e aversões tornem-se seu fundamento último. Conclusão válida mesmo diante das exigências da democracia cabendo ao legislador confrontar o consenso e suas razões (v. DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 380-389)

[266] HART, op. cit. p. 90.

[267] V., por exemplo, HEGEL, G.W.F. Filosofia do Direito. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2010.

O argumento e a persuasão racionais ganham notável especial relevo num ambiente democrático. Ambiente em que está sempre presente o risco, quando a liberdade deixa de ser um valor fundante do pacto social, da absolutização do bem simbolizado pela democracia transformando aquilo que é bom em falsamente perfeito.

Subjaz à justa concessão de poder às maiorias o risco de um movimento em direção à imposição a todos dos desejos e aversões daqueles de quem emana o poder. Sempre é possível ver na admoestação de Mill motivações de índole aristocrática[268] em defesa da individualidade, da diversidade e, clara e essencialmente, opostas ao que Hart denomina de populismo moral, que é "a concepção de que a maioria tem o direito de determinar como todos devem viver"[269].

Entretanto, como afirma Hart, seria um equívoco interpretar a democracia nos termos delineados pelo populismo moral de Devlin, que entende a crítica racional como uma tentativa de uma elite pedante e presunçosa de substituir a vontade democrática que não compreende. Equívoco que decorre da confusão entre o princípio de que o exercício legítimo do poder emana das maiorias e a sacralização da expressão de vontade das maiorias a ponto de tornar-lhe inalcançável às críticas e concedendo-lhe senão a sujeição[270].

A aceitação de que é legítimo o exercício do poder pelo povo não lhe concede o dom da infalibilidade e, a partir desta premissa, não imuniza a moralidade positiva à crítica. Por isso, a confiança de Hart, seguindo os passos de Mill, na democracia é confiança cautelosa que tem em vista os riscos ao indivíduo se não houver princípios mediadores entre a sua liberdade e uma vontade popular cambiável e falível por natureza[271].

Mesmo a autopreservação social parece insuficiente para restringir a liberdade individual diante da incerteza de que a imposição da moralidade positiva configure-se necessariamente um alicerce fundamental sem o qual tudo o mais fenecerá. Assim, toda imposição da moralidade, vigente ou não, carece de justificação quando um princípio razoável a qualquer espírito aberto ao bem é o de que a miséria humana e a restrição da liberdade são males morais a serem evitados.

---

[268] Nesse sentido, v. KAHAN, Alan S. Aristocratic Liberalism: The social and Political Thought of Jacob Burckhardt, John Stuart Mill, and Alexis de Tocqueville. Oxford: Oxford University Press, 1992.
[269] HART, H.L.A. Direito, Liberdade, Moralidade. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor,1987. p. 94-95.
[270] HART, H.L.A. Direito, Liberdade, Moralidade. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor,1987. p. 96.
[271]HART, H.L.A. Law, Liberty and Morality.Oxford: Oxford. University Press, 2006.p. 81."Quaisquer outros argumentos que possam existir para a imposição da moralidade, ninguém deveria pensar – mesmo quando a moralidade popular é apoiada por uma "maioria esmagadora" ou marcada pela "intolerância, indignação e repulsa" disseminadas – que a lealdade aos princípios democráticos requeira-lhe admitir que a sua imposição sobre uma minoria é justificada" (tradução nossa)

3 O COLAPSO DO PRINCÍPIO DO DANO?

No capítulo anterior viu-se como Hart precisou adequar o princípio do dano às contingências de uma crescente desconfiança no discernimento do indivíduo para escolher e lidar com seus próprios interesses. Diversos fatores de ordem psicológica, econômica ou cultural afetam as escolhas do indíviduo de modo a fortalecer o ceticismo quanto às condutas ditas livres, razão pela qual Hart apelou, de modo pioneiro, ao conceito de paternalismo[272].

A tentativa hartiana de preservar o princípio do dano afastando-o do combate a intervenções paternalistas iniciou não só um longo e frutífero debate acerca de sua definição, limites e justificação[273], como tentativas de separá-lo de um perfeccionismo moral.

Pode-se afirmar que em razão do debate iniciado por Hart há conceitos de paternalismo jurídico e perfeccionismo já bem assentados entre os estudiosos. Nesse sentido, enquanto paternalismo jurídico é a limitação da liberdade de indivíduos adultos por meio de atos normativos que tem por objetivo evitar condutas autodestrutivas ou direcioná-los ao próprio bem[274e275]; perfeccionismo, por sua vez, defendendo não haver diferença entre as esferas pública e privada da moral, por sua vez, é a idéia "segundo a qual é uma missão legítima do Estado fazer com que os indivíduos aceitem e materializem ideais válidos de virtude pessoal"[276].

Apesar dos ganhos conceituais, ao tentar concentrar o foco de atenção no "danos a terceiros" deixando de lado o "o dano a si mesmo" do princípio milliano, Hart abriu o flanco

---

[272] V. nota de rodapé nº.: 211.

[273] Notadamente no cenário norte-americano no qual o professor de Harvard Cass Sunstein atualmente desenvolve seu conceito de "paternalismo libertário", a partir do qual caberia ao Estado guiar o cidadão diante das escolhas corretas, mas lhe permitiria vias de escape da intervenção paternalista caso assim o deseje (v. SUNSTEIN, Cass R. e THALER, Richard H.. Nudge: Improving decisions about Health, Wealth and Happiness. New Haven: Yale University Press, 2008). Há também repercussões importantes no cenário espanhol, cuja obra de referência para pesquisa certamente é *El Paternalismo Jurídico* de Macario Alemany (Madri: Iustel, 2006)

[274] O conceito de paternalismo jurídico baseia-se no conceito de paternalismo assim como concebido por Gerald Dworkin. Para Gerald Dworkin, aliás, tal conceito seria melhor explicitado se posto do seguinte modo: (a) X age com o objetivo de evitar algum dano ou promover algum benefício para Y; (b) X age de modo contrário, ou indiferente, às atuais preferências, desejos ou valores de Y; e (c) o ato normativo praticado por X implica em uma limitação da autonomia ou liberdade de Y. X, no caso específico de sua versão jurídica, é o ente competente à edição de atos normativos: o Estado (v. DWORKIN, Gerald. *Paternalism.In* The Cambridge Dictionary of Philosophy.2nd Edition. Nova Iorque: Cambridge University Press, 1999. P. 649)

[275] Paternalismo poderia ser diferenciado de diversas formas, mas princilpalmente quanto ao grau de respeito à vontade do agente em paternalismo débil (*weak*) e severo (*hard*). Débil porque a intervenção serviria apenas à confirmação da voluntariedade da conduta ou a impediria somente quando certamente involuntária; e severo porque a norma desconsidera a vontade do indivíduo afetado e entende equivocadas suas preferências e desejos, no que se confundiria com o perfeccionismo. (v. BUCKLEY, F.H. Fair Governance.Paternalism and Perfectionism. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009. P. 15).

[276] NINO, Carlos Santiago. Ética y Derechos Humanos: Un ensayo de fundamentación. Barcelona: Editorial Ariel, 1989. P. 413.

para que toda conduta que se desviasse de um ideal econômico, físico ou psíquico fosse causa de um dano e aceito pelo princípio do dano já despido de suas objeções antipaternalistas[277].

Em sociedades que adotaram em algum grau o Estado de Bem-Estar Social, e que por isso arcam com os custos resultantes das condutas tidas como desviantes, os limites conferidos ao princípio do dano podem ter sido de tal modo esgarçados a ponto de nada significar. Se, por um lado, a imposição do uso de cinto de segurança, de contribuição para previdência social, a proibição de suicídio assistido, do uso de drogas leves ou restrições cada vez mais rigorosas ao consumo de tabaco tornam-se plenamente justificadas do ponto de vista liberal[278]; por outro, quaisquer grupos de pressão que consigam caracterizar de modo mais eficaz determinada conduta como danosa terão seus objetivos justificados.

Nesse sentido, o princípio do dano estaria à mercê do discurso demagógico e deixaria de ser um princípio mediador entre a liberdade individual e a sociedade de massas, como era a intenção de Mill[279]. Buscando aprimorá-lo Hart talvez tenha fragilizado o princípio do dano de tal modo a permitir não somente a retirada de seu caráter antipaternalista como de seu caráter antiperfeccionista. O que será visto neste capítulo ao enfrentar-se a utilização do princípio do dano pelo liberal-perfeccionismo de Joseph Raz.

3.1 Uma alternativa: a teoria rawlsiana dos bens primários

O paternalismo jurídico é necessariamente problemático para aqueles que prezam em algum grau a autonomia pessoal porque pressupõe a incapacidade do agente para decidir por si próprio como satisfazer seus desejos, ou seja, duvida-se seriamente da competência do indivíduo para tomar decisões racionais[280]. Se há motivos razoáveis para a dúvida, então estaria justificada a intervenção.

---

[277] Em favor de Hart pode ser dito que Mill não seria contrário a uma versão de paternalismo débil, como defendem dois de seus intérpretes: Ten e Feinberg (v. TEN, Chin Liew. Mill on liberty. Oxford: Clarendon Press, 1980, p. 113; e FEINBERG, Joel. Filosofia Social. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974, p. 77)

[278] Aqui, mais uma vez, liberal deve ser entendido em seu sentido mais amplo como progressista, alguém que requer proteção às liberdades civis e expansão dos direitos sociais, e não no sentido propriamente adotado no Brasil que, em geral, identifica um adepto do liberalismo puramente econômico.

[279] Nesse sentido é o artigo cujo título inspirou o título deste capítulo: HARCOURT, Bernard. The Collapse of the Harm Principle Redux. *Public Law and Legal Theory Working Papers of The University of Chicago Law School*. August 2013. 28 p. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2311329>. Acesso em 25 jan. 2014.

[280] Para uma discussão detalhada dos problemas acerca do paternalismo, sua definição e aplicação concreta na medicina (área em que certamente tais questões se revelam em sua máxima dramaticidade), ver GERT, Bernard; CULVER, Charles M.; e CLOUSER, K. Danner. Bioethics: A Return to Fundamentals. Nova Iorque: Oxford University Press, 1997.

Ocorre que esse entendimento talvez seja preferível em relações - como, por exemplo, as relações médico/paciente - nas quais se possa aferir de modo imediato e preciso a capacidade ou incapacidade do agente para decidir de modo plenamente voluntário. As normas jurídicas, entrentanto, devido a seu caráter geral e impessoal constituem-se em instrumento impreciso e, portanto, hostil às sutilezas necessárias para aferir a correta capacidade do indivíduo. Exigir do Direito o que ele não pode oferecer (a percepção das especificidades individuais frentes as infinitas circunstâncias da vida) implicaria em uma vasta máquina burocrática alimentada por não menos vasta legislação regulamentar.

A solução mais razoável à busca da preservação de uma certa eficácia da Administração Pública no combate às decisões irracionais talvez possa estar então na concentração nos bens que se busca preservar. Rawls em *Uma Teoria da Justiça* caminha por esta trilha – e enfraquece a utilidade do princípio do dano pela força de seu conhecido impacto - ao optar pela teoria do bens primários na justificação do paternalismo e recusa ao perfeccionismo.

Opção que integra a obra rawlsiana cujo objetivo é o de encontrar e justificar um modelo ideal de estrutura básica da sociedade[281] pela adoção unânime de princípios básicos de justiça. O procedimento ao qual Rawls apelou para construir seu modelo ideal de sociedade tem início no conceito de "posição original":

> Na justiça como eqüidade, a situação original de igualdade corresponde ao estado de natureza da teoria tradicional do contrato social. Entre as caracterísitcas essenciais dessa situação está o fato de que ninguém conhece seu lugar na sociedade, na sua classe ou seu *status* social; e ninguém conhece sua sorte na distribuição dos recursos e das habilidade naturais, sua inteligência, força e coisas do gênero. Presumirei até mesmo que as partes não conhecem suas concepções do bem nem suas propensões psicológicas especiais. Os princípios de justiça são escolhidos por trás de um véu de ignorância. Isso garante que ninguém seja favorecido ou desfavorecido na escolha dos princípios pelo resultado do acaso natural ou pela contingência de circunstâncias sociais. Já que todos estão em situação semelhante e ninguém pode propor princípios que favoreçam sua própria situação, os princípios de justiça são resultantes de um acordo ou pacto justo. Dadas as circunstâncias da posição original, a simetria das relação de todos para com todos os demais, essa situação inicial é eqüitativa entre os indivíduos tidos como pessoas morais, isto é, como seres racionais com objetivos próprios e capacitados, presumirei, para ter um senso de justiça. A posição original é, pode-se dizer, o *status quo* apropriado e, assim, os consensos fundamentais alcançados nela são eqüitativos. Isso explica a adequação da expressão "justiça como eqüidade": ela expressa a idéia de que os princípios da justiça são definidos por acordo em uma situação inicial que é eqüitativa. A expressão não significa que os conceitos de justiça e eqüidade sejam idênticos [...][282].

[281]"Para nós, o objeto principal da justiça é a estrutura básica da sociedade, ou, mais precisamente, o modo como as principais instituições sociais distribuem os direitos e os deveres fundamentais e determinam a divisão das vantagens decorrentes da cooperação social. [...] A estrutura básica é o principal objeto da justiça porque suas consequências são profundas e estão presentes desde o início" (v. RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 8)

[282] RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 15.

Rawls evidencia em diversas passagens que um dos objetivos de seu livro é afastar uma concepção ideal de justiça de vernizes utilitaristas, primeiro por seus resultados mais comuns serem antiliberais, em segundo porque não entende como racional[283] a escolha de princípios que pressupõem como benéfica uma desigualdade na distribuição de bens, desde que uma maioria seja beneficiada[284].

Porém, a caracteristíca mais marcante do utilitarismo, aquela pela qual deve ser de todo afastado é a sua cegueira à distinção entre as pessoas. De acordo com Rawls, o utilitarismo chega a suas conclusões ao apelar às escolhas de um único observador imparcial[285] que pela empatia torna-se solidário aos demais. Este observador imparcial é alçado à posição de legislador ideal a quem compete a distribuição dos bens na sociedade, assim a "decisão correta é, em essência, uma questão de administração eficiente"[286]. Por isso, torna-se decisivo na teoria rawlsiana a idéia de justiça como equidade na qual os princípios são decididos em um acordo original por pessoas desejosas tão-somente em promover seus interesses em situação de plena igualdade[287].

Tentando distinguir-se ainda de teorias teleológicas como o próprio utilitarismo ao estabelecer a prioridade da ideia de justo, Rawls entende que sua conceituação deve observar certas restrições formais. A primeira delas é que os princípios a informar o conceito de justo devem ser gerais[288], isto é, não devem fazer referência a questões contingentes, indivíduos ou associações. Outras duas limitações são a universalidade, pois se todos somos pessoas morais todos devemos poder aceitar os princípios, e a publicidade[289] devida à natureza contratual.

Não sendo possível apelar a uma concepção de bem[290], que conferiria à sua teoria o temido caráter teleológico, cabem ainda dois outros princípios: a imposição de uma ordem às

---

[283] A teoria de Rawls é baseada na idéia de escolha racional: "Esse conceito [do véu da ignorância] não deve causar nenhuma dificuldade se tivermos em mente que seu propósito é expressar restrições a argumentos" (Ibid. p. 13)

[284] Ibid. p. 17.

[285] Mill adota a visão criticada por Rawls quando apela a idéia de "juízes competentes" para definir a hierarquia existentes entre prazeres superiores e inferiores (v. Capítulo desta dissertação no item 3 "O *télos* social: a felicidade")

[286] RAWLS, op. cit. p. 33.

[287] Ibid. p. 144.

[288] Ibid. p. 160.

[289] Ibid. p. 161.

[290] Utilizamos aqui a "concepção de bem" delimitada por Colomer: "O que devemos entender por "concepções de bem" ou de "vida boa" das pessoas, no sentido relevante para o confronto entre liberais perfeccionistas e antiperfeccionistas? De maneira geral e aproximada, essas idéias apelam a modelos ou ideais de vida pessoal, isto é, a conjuntos mais ou menos coerentes ou estruturados de juízos sobre o valor ou mérito de uma forma de vida, é dizer, sobre em que medida essa vida e seus componentes – os fins que busca realizar, as atividades que empreende ou que emprega, as relações e compromissos que estabelece – são intrinsecamente valiosos ou desenvolvem as potencialidades superiores ou distintivamente humanas do indivíduo que a vive" (cf.

reivindicações conflitantes e os princípios de justiça são o recurso final de razão prática[291]. Ou, como resume o próprio Rawls, "a concepção do justo é um conjunto de princípios, gerais na forma e universais na aplicação, que deve ser publicamente reconhecido como última instância de apelação para a ordenação das reivindicações conflitantes de pessoas morais"[292].

Aqueles que participam da posição original não tem qualquer noção de suas capacidades psicológicas ou físicas, tampouco suas concepções gerais de bem ou sua classe social. O único interesse que podem razoavelmente inferir é sua preferência pela maior disponibilidade de bens primários[293], inclusive quanto às decisões que se deve tomar em nome de terceiros.

Nesse sentido, Rawls cita expressamente as razões de Mill presentes em *On Liberty* para valorizar a liberdade, mas afirma que mesmo estas sendo convincentes falham quanto à tentativa de justificar liberdades iguais para todos porque ao fim e ao cabo a liberdade sempre deve ceder frente às finalidades estabelecidas pela teoria moral ou política.

> Sempre que uma sociedade decide maximizar a soma dos valores intrínsecos ou o saldo líquido de satisfação dos interesses, corre o risco de descobrir que a negação da liberdade para alguns se justifica em nome desse objetivo único. As liberdades da cidadania igual ficam inseguras quando fundamentadas em princípios teleológicos[294]

A visão contratualista, na perspectiva rawlsiana, teria mais confiança na liberdade igual do que aquela partilhada por utilitaristas e perfeccionistas por lhe retirar qualquer função instrumental[295] e ser fruto do reconhecimento consciente do indivíduo de sua fundamentalidade num ambiente cooperativo. Aliás, a liberdade igual, enquanto primeiro princípio de justiça, tem prioridade - e somente a liberdade pode justificar sua restrição. Nesse sentido, as partes na posição original buscarão proteger-se de suas eventuais incompetências para promover seus interesses concedendo a outros a possibilidade de agir em seu benefício, mesmo contra a sua vontade[296].

COLOMER, José Luis. *Autonomía y gobierno:* Sobre la posibilidade de un perfeccionismo liberal. Alicante, Espanha: Ingra, 1989. 105 p. Disponível em http://publicaciones.ua.es/filespubli/pdf/02148678RD23519750.pdf. Acesso em: 12 fev. 2014. p. 13-14) (tradução nossa)

[291] RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 163.

[292] Ibid. p. 164.

[293] "A suposição da racionalidade mutuamente desinteressada resume-se, portanto, no seguinte: as pessoas que se encontram na posição original tentam reconhecer princípios que promovam seu sistema de objetivos da melhor forma possível. Para isso, tentam garantir para si mesmas o mais alto índice de bens primários sociais, já que isso lhes possibilita promover sua concepção do bem da maneira mais eficaz, seja qual for essa concepção" (v. Ibid. p. 175)

[294] Ibid. p. 259.

[295] "A concepção definida por esses princípios não é a de maximizar o que quer que seja, exceto no sentido vago de, no fim das contas, melhor atender às exigências da justiça" (Ibid. p. 260)

[296] RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 308-309.

É neste ponto que Rawls entende ser necessário abordar especificamente o problema do paternalismo ou da intervenção beneficente contra a vontade do agente que age mal e descarta o princípio do dano como elemento mediador de uma sociedade liberal.

> Assim, os princípios do paternalismo são os que as partes reconheceriam na posição original, no intuito de se protegerem contra as fraquezas e enfermidades de sua razão e vontade na sociedade. [...] As decisões paternalistas se orientam pelo conhecimento dos próprios interesses e preferências manifestos do indivíduo, desde que não sejam irracionais ou, na ausência desse conhecimento, pela teoria dos bens primários[297].

Rawls busca a justificativa para a intervenção paternalista em uma contexto político no qual é impossível saber os verdadeiros anseios do indivíduos, mas, por outro lado, é sempre possível indicar a melhor conduta a partir de um correto entendimento do que é razoável. Conduta esta com a qual o próprio agente consentiria se estivesse em pleno gozo de seus faculdades mentais[298]. O consentimento presumido ou tácito é indicado pela impossibilidade de o indivíduo levar uma boa vida sem disponibilidade dos bens que ora descarta.

A teoria rawlsiana apoia-se então em um teoria da decisão racional para a qual todos devem convergir, sob pena de justificação da intervenção paternalista. A questão, portanto, não mais se restringe a esperar que o agente deixe de agir contra seus próprios interesses pelo uso da razão, como queria Mill. O contratualismo rawlsiano justifica a intervenção paternalista porque o agente, enquanto dotado de racionalidade, não pode contrariar certos padrões de conduta tidos como racionais. O princípio do dano não tem lugar em *Uma Teoria da Justiça* porque as partes na posição original não aceitariam a possibilidade de estar em uma posição desfavorável como o princípio do dano permite e a intervenção paternalista, não.

> [A] intervenção paternalista deve justificar-se pela evidente deficiência ou ausência da razão e da vontade; e deve orientar-se pelos princípios da justiça e pelo que se sabe dos objetivos e das preferências mais permanentes do indivíduo; ou pela teoria dos bens primários. Essas limitações impostas à aplicação e à orientação de medidas

---

[297] Ibid. p. 309.

[298] "Quando pouco ou nada sabemos sobre uma pessoa, agimos por ela como agiríamos em relação a nós mesmos, do ponto de vista da posição original. Tentamos obter para ela aquelas coisas que é de presumir que ela queira, seja lá o que mais ela possa querer. Devemos saber demonstrar que, após desenvolver ou recuperar suas capacidades racionais, o indivíduo em questão aceitará nossa decisão em seu nome e concordará que fizemos por ele o melhor" (v. Ibid. p. 309). Nesse sentido caminha também Ernesto Garzón Valdés, que no artigo "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?" em que defende a racionalidade de um "consentimento hipotético" do agente que tem sua liberdade restringida, mas acrescenta que a ideia de "competência" seja um conceito mais específico para esclarecer os motivos pelos quais o agente, por lhe faltar determinada competência, rechaça a medida paternalista (cf. GARZÓN VALDÉS, Ernesto. ¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico? *Doxa*. Alicante, 1988, n. 05. p. 155-173. Disponível em <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10872>. Acesso em: 22 set. 2013. p. 165)

> paternalistas derivam das suposições da posição original. As partes querem garantir a própria integridade pessoal, bem como suas crenças e seus objetivos últimos, quaisquer que sejam[299].

Sendo uma proteção benéfica implementada pelo Estado contra os desvios individuais de certos padrões estabelecidos de racionalidade, deve-se retirar a carga pejorativa natural às intervenções paternalistas[300]. No entanto, enquanto o paternalismo encontra justificativas na teoria rawlsiana, o perfeccionismo deve ser veementemente afastado[301].

Não há em *Uma Teoria da Justiça* espaço para aqueles que estão na posição original apelem a uma única visão forte de bem, assim como levem-na à implementação pelo poder de império do Estado. Na posição original a escolha de um parâmetro de perfeição é contraintuitivo porque "anulam as fortes reivindicações de liberdade"[302], afinal nenhuma das partes sabe, ou tem como saber, se seus a proteção de seus interesses foi alcançado pelo ideal de excelência estabelecido para aquela sociedade.

> Esse caso [perfeccionismo] é completamente diferente de aceitar um índice de bens primários como base de comparações interpessoais. Esse índice tem, de todo modo, um papel secundário, e os bens primários são coisas que os homens geralmente querem a fim de atingir seus objetivos, quaisquer que sejam eles. Querer esses bens não distingue uma pessoa das outras. Mas é claro que aceitá-los para fins de criação de um índice não define um padrão de excelência[303].

É a maximização da liberdade e a sua importância para a teoria rawlsiana que determinam seu viés antiperfeccionista. Mais uma vez, são restrições cognitivas presentes na posição original que tornam o perfeccionismo, ou para Rawls o princípio da perfeição, racionalmente inaceitável[304]. Interessante notar que o antiperfeccionismo rawlsiano parece diretamente ligado à idéia de bem suportada por sua teoria, idéia preterida pelo conceito de

---

[299] RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 310.
[300] Ibid. p. 310.
[301] Para Rawls, há duas variações do que denomina de princípio da perfeição: "[N]a primeira, é o princípio único de uma teoria teleológica que leva a sociedade a organizar as instituições e definir os deveres e as obrigações dos indivíduos de modo a maximizar a perfeição das realizações humanas na arte, na ciência e na cultura. [...] A segunda variação, que se encontra em Aristóteles, entre outros, tem argumentos muito mais fortes. Nessa doutrina mais moderada, aceita-se o princípio da perfeição apenas como um dentre vários outros padrões que há em um teoria intuicionista. Deve-se equilibrar esse princípio com os outros por intuição. A neduda en que essa visão é perfeccionista depende, portanto, do peso dado às exigências da excelência e da cultura" (Ibid. p. 404-405)
[302] Ibid. p. 405.
[303] Ibid. p. 407-408.
[304] "Para chegarmos à ética do perfeccionismo, teríamos de atribuir às partes a aceitação prévia de algum dever natural, digamos, o dever de educar seres humanos que tenham determinado estilo e graça estética, e promover a busca de conhecimento e o cultivo das artes. Mas essa suposição alteraria drasticamente a interpretação da posição original" (v. Ibid. p. 408).

justo mas ainda assim presente, pois, como afirma Rawls, "na justiça como equidade o conceito de direito justo antecede o de bem"[305].

Antecede mas não afasta porque não há como prescindir da noção bem por força das suposições motivacionais feitas em nome das partes ocupantes da posição original, eis que cada uma das partes deve estar imbuída de uma decisão pessoal de buscar o projeto de vida que possa se justificar racionalmente[306]. No entanto, para que não supere a noção de justo o conceito de bem deve estar presente apenas e tão-somente para garantir a aceitação dos bens primários[307] e estabelecer quem são os membros mais desfavorecidos da sociedade.

Permite-se pela noção de bem alcançar os princípios de justiça dele resultantes. Rawls, portanto, restringe sua concepção de bem ao que denomina de teoria fraca[308], que pode ser definida pela decisão pessoal acerca do projeto de vida que lhe pareça mais racional e, por isso, serve de base racional à escolha dos princípios na posição original.

A adoção rawlsiana da noção de bens primários, resultante de sua teoria da racionalidade individual, permiti-lhe superar a fragilidade utilitarista na distinção justa entre os indivíduos. Em condições de liberdade e igualdade, o suporte mínimo da cidadania exige uma correta definição e distribuição de bens primários.

Garantir a posse destes bens a cada integrante da sociedade é a base comum, e portanto aceita por todos, a partir da qual se pode divergir acerca das infinitas acepções fortes de bem, ou, como prefere Rawls, de "doutrinas abrangentes"[309]. A divergência é possível porque já há em comum um fundamento para a comparação e distinção entre as pessoas, ou como afirma Rawls

> Ainda que pluralismo signifique a impossibilidade de acordo sobre uma concepção exaustiva do bem fundamentada numa doutrina abrangente, algumas idéias do bem são indispensáveis a qualquer descrição da justiça, política ou não; e podem ser livremente utilizadas na justiça como equidade desde que sejam compatíveis com ela enquanto concepções políticas (§43). A concepção parcial do bem estabelecida pela interpretação dos bens primários é uma dessas idéias[310]

Rawls preparou assim a negação de toda ação estatal em direção à maximização da felicidade, como pretende o utilitarismo, assim como de toda aquela que se pretenda veículo da consecução de padrões de excelência humana. Ultrapassar os limites estabelecidos pelo

---

[305] RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 490.
[306] Ibid. p. 490.
[307] "Indivíduos racionais, seja o que for que queiram além disso, desejam certas coisas como pré-requisitos para realizarem seus planos de vida" (Ibid. p. 491)
[308] Ibid. p. 490.
[309] Ibid. p. 86.
[310] Id. A Justiça como Equidade: uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 86-87.

conceito de bens primários, ou seja, daquilo que se possa racionalmente inferir que *todos* desejam independentemente de suas cosmovisões, significaria postar o Estado em favor de *uma* determinada concepção de mundo.

É justamente este sectarismo que *Uma Teoria da Justiça,* e posteriormente *O Liberalismo Político,* procura afastar ao contrapor-lhe uma espécie de liberalismo livre de qualquer noção forte de bem. Se a introdução de alguma noção de bem parece ser inescapável, esta restringe-se apenas e tão-somente à ideia de benefícios racionais que possam ser objeto de um consenso sobreposto[311].

Rawls não especifica quais são os bens primários que devem ser partilhados, mas indica cinco categorias nas quais podem se classificados. Não surpreende que disposto a fundar uma ordem liberal os direitos e liberdades fundamentais sejam sua primeira categoria; enquanto a liberdade de escolha e pluralidade de oportunidades a segunda.

Há espaço para a distribuição de poderes em uma sociedade democrática em que a possibilidade de exercício do poder esteja ao menos franqueada aos cidadãos como algo básico; assim como a distribuição adequada de renda e riqueza. Ressaltando não se tratar de uma lista taxativa, Rawls entende como integrante dos bens básicos a serem partilhados por todos os cidadãos o que denomina de "bases sociais do autorrespeito"[312], o "tempo para lazer" e "libertação da dor física"[313].

A definição de bens primários e a justificação do paternalismo tem para Rawls duas consequências de vital importância para sua teoria: (i) a reformulação dos princípios de justiça a partir da definição de bens primários e de paternalismo[314] e (ii) a justificação de sua ideia de neutralidade[315].

---

[311] RAWLS, John. O Liberalismo Político. São Paulo: Editora Ática, 2000 (2ª Edição). p. 226-227. "Consenso sopreposto" é a idéia "de um acordo a partir do qual doutrinas distintas incluso opostas podem afirmar as bases públicas compartilhadas dos arranjos públicos" (v. VALLESPÍN, Fernando. El Neocontractualismo: John Rawls. *In:* CAMPS, Victoria (Ed.). Historia de la Ética. Volume 3: La Ética Contemporánea. Barcelona: Editorial Crítica, 1989. P. 577-600. p. 597). Tal conceito para Rawls é inescapável de sociedades democráticas nas qual não se pode apoiar em uma determinada concepção, doutrinas abrangentes nos moldes de Kant e Mill, tampouco na convergência de interesses como em Hobbes. Não há escapatória para uma sociedade democrática se não aceitar sua natureza liberal (v. Ibid. p. 597)

[312] RAWLS, op. cit. p. 228.

[313] RAWLS, op. cit. p. 229.

[314] Id. Uma Teoria da Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2008 (3ª Edição), p. 310-311: "Levando-se em conta a discussão anterior [acerca dos princípios do paternalismo e dos bens primários], podemos reformular o primeiro princípio de justiça e acoplá-lo à regra de prioridade apropriada. Creio que as alterações e acréscimos sejam auto-explicativos. Os princípios agora se expressam assim:

Primeiro princípio

Toda pessoa deve ter um direito igual ao sistema total mais abrangente de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdade para todos.

Regra de prioridade

Os princípios de justiça devem ser classificados em ordem lexical e, portanto, a liberdade só pode ser restringida em nome da liberdade. Existem dois casos: (a) uma liberdade menos extensa deve reforçar o

A ideia de justiça como equidade deve ser aceita como neutra não porque apele a um procedimento isento de valores morais, tanto que valoriza o pluralismo[316]. Sua concepção pressupõe, ao contrário, uma neutralidade de objetivos, no qual o consenso sobreposto por ser atingido conjuntamente com a neutralidade de objetivos, isto é, de forma que as "instituições básicas e políticas públicas não sejam planejadas para favorecer qualquer doutrina abrangente específica", não devendo se preocupar, porque impossível na prática, se esta neutralidade acaba por influir negativa ou positivamente sobre algumas doutrinas abrangentes[317][318].

O único bem aceito por Rawls, portanto, é aquele que possa ser aceito politicamente, mas que ao mesmo tempo esteja livre de qualquer caráter metafísico. A intervenção estatal destinada a fomentar a tolerância religiosa ou de gênero não o transforma em um Estado perfeccionista porque não é uma concepção de bem forte que o justifica, mas a idéia de pluralismo e de prioridade do justo em relação ao bem.

Os objetivos de tolerância e pluralismo de Mill são agora alcançados em termos mais justos do que o foram pelo princípio do dano, assim entende Rawls, porque não é mais necessário que alguns sejam prejudicados ao decidirem de modo equivocado o rumo de suas vidas.

Rawls não tem a mesma condescendência com doutrinas abrangentes. Para ele, não há injustiça se algumas formas de doutrinas abrangentes perecerão em um regime informado pela justiça como equidade. "Nenhuma sociedade pode acomodar em si todos os modos de vida"[319]. A injustiça somente ser revelaria se apenas e tão-somente formas individualistas tivessem curso garantido em uma sociedade liberal, o que Rawls afasta ainda que, com algum pesar por representar uma imposição, entenda que as concepções individualistas devem

---

sistema local de liberdades partilhados por todos, e (b) uma liberdade menor deve ser considerada aceitável por aqueles cidadãos com a liberdade menor"

[315] Ainda que Rawls não goste do termo: "Mas não considero o termo *neutralidade* muito feliz; algumas de suas conotações são extremamente enganosas, outras apontam para princípios inteiramente impraticáveis. Por isso, não o empreguei nestas conferências. Contudo, depois de tomar as devidas precauções e usá-lo apenas como uma peça de cenário, por assim dizer, podemo mostrar como a prioridade do justo se relaciona com as duas idéias do bem mencionadas acima" (Id. O Liberalismo Político. São Paulo: Editora Ática, 2000 (2ª Edição). p. 238-239)

[316] RAWLS, John. O Liberalismo Político. São Paulo: Editora Ática, 2000 (2ª Edição). p. 240.

[317] Ibid. p. 241.

[318] Vale pontuar que Rawls cuida para que sua doutrina não seja refratária de virtudes políticas, tampouco de sua capacidade de valorizar como superiores determinados modos de moralidade: "Embora o liberalismo político procure um terreno comum e seja neutro quanto ao objetivo, é importante enfatizar que, apesar disso, pode afirmar a superioridade de certas formas de caráter moral e encorajar certas virtudes morais. Assim sendo, a justiça como equidade inclui uma definição de certas virtudes políticas – as virtudes da cooperação social eqüitativa, tais como as virtudes da civilidade e da tolerância, da razoabilidade e do senso de justiça (IV: 5-7). O ponto crucial é que admitir essas virtudes no âmbito de uma concepção política não leva ao Estado perfeccionista de uma doutrina abrangente" (Ibid. p. 242)

[319] Ibid. p. 245.

necessariamente – através da intervenção estatal - estar acessíveis e disponíveis para aqueles que optem por modos de vida não-individualistas[320].

A ideia de bem, com o aspecto comunitário que ela parece exigir, uma vez aceita, deve adentrar no cenário constitucional apenas em seu caráter político, o que significa dizer que que o bem deve ser conformado à justiça como concepção política.

3.2 O inusitado retorno do Princípio do Dano: sua reabilitação por uma doutrina perfeccionista

Embora possam ser elencados outros fatores[321], parece razoável afirmar que o sucesso de *Uma Teoria da Justiça* obscureceu a tentativa de o princípio do dano ser o princípio liberal mediador por excelência entre a liberdade individual e a vontade popular em uma sociedade democrática. Todos os limites à intervenção estatal na autonomia pessoal passariam a ser regidos pelas decisões alcançadas por integrantes da posição original a partir da qual a liberdade seria maximizada.

Eventuais restrições deveriam ter em vista uma noção de bens primários aceitos racionalmente por todos e, mais importante, deveriam ter em vista apenas e tão-somente um incremento desta mesma liberdade, de modo que a teoria rawlsiana tem por característica principal seu viés antiperfeccionista ao alijar de sua teoria política quaisquer doutrinas abrangentes de natureza filosófica ou teológica.

A despeito de seu sucesso, Rawls não escapou de críticas. Embora existam inúmeras outras, inclusive que receberam mais atenção da parte daqueles que se dedicaram à análise dos temas propostos por Rawls, optou-se especificamente por aquela empreendida por Joseph Raz em *A Moralidade da Liberdade* porque é nesta obra que se busca ressignificar o princípio

---

[320] Ibid. p. 247-248: "Os liberalismos de Kant e Mill podem levar a exigências destinadas a promover os valores da autonomia e da individualidade, como ideais que devem governar grande parte da vida, quando não sua totalidade. Mas o liberalismo político tem um objetivo diferente e requer muito menos. Exigirá que a educação das crianças inclua coisas como o conhecimento de seus direitos constitucionais e civis, de forma a poderem saber, por exemplo que a liberdade de consciência existe em uma sociedade e que a apostasia não é um crime legal – tudo isso para assegurar que sua participação contínua, quando atingirem a maioridade, não venha a se basear simplesmente na ignorância de seus direitos básicos ou no temor de sofrer punição por ofensas inexistentes".

[321] Para alguns, o conceito de "dano" se mostrou receptivo ao abuso e, consequentemente, à inutilidade. Com o bom uso da retórica, situações desfavoráveis viraram "dano". De um princípio limitador o princípio do dano passou a permitir restrições a liberdade individual sem qualquer mediação. Nesse sentido, v. HARCOURT, Bernard. The Collapse of the Harm Principle Redux. *Public Law and Legal Theory Working Papers of The University of Chicago Law School.* August 2013. 28 p. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2311329>. Acesso em 25 jan. 2014.
. Disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/public_law_and_legal_theory/. Acesso em 13 de dezembro de 2013. O título deste artigo inspirou a pergunta que está na epígrafe deste capítulo.

do dano de John Stuart Mill e conferir-lhe novamente algum protagonismo na filosofia política contemporânea. Curiosonotar, porém, que a obra pela qual o princípio do dano volta à cena o faz ao inverter o seu pólo. Se em Mill e em Hart sua concepção era claramente antiperfeccionista[322], em Raz o princípio do dano é, por sua vez, um dos pilares de justificação do que se costuma denominar de liberal-perfeccionismo[323].

Ou seja, na história do princípio milliano este retorna à arena da filosofia política não só destituído de seus matizes antiperfeccionistas e antipaternalistas como tornar-se elemento justificador de uma proposta de perfeccionismo político, no qual o ideal de neutralidade seja substituído de modo a conferir a possibilidade de fixação de ideais à sociedade sem que, entretanto, fiquem prejudicadas as esferas de liberdade.

3.2.1 Neutralidade: conceito desnessário ao Estado liberal

Em *A Moralidade da Liberdade* Raz tenta empreender uma defesa da moralidade política do liberalismo, isto é, uma defesa da existência de princípios morais específicos da ação política[324], ou ainda, como prefere Raz, "[e]ste é um livro de ética que se concentra em determinados temas morais em razão de suas implicações políticas"[325]. Diversamente do que entende tenha sido feito por Rawls e Dworkin quanto conferiram à liberdade valor meramente instrumental[326], para Raz a liberdade tem um valor intrínseco que de modo algum dependeria de um caráter individualista[327].

---

[322] Como já visto, em relação ao antipaternalismo há diferenças nas posições de Hart e Mill.

[323] Embora tente a conciliação de filosofias tradicionalmente opostas, Raz pode sem nenhum problema se integrar às fileiras liberais, pois, como afirma Robert P. George: "o que distingue teorias políticas liberais de teorias não liberais, que contudo valorizam a liberdade individual e adotam o pluralismo, é a idéia liberal que há normas morais estritas (e não limites meramente prudenciais) que excluem por princípio o paternalismo moral e o uso da coerção para prevenir o dano de ordem moral. A teoria de Raz, ainda que consideravelmente menos libertária ou individualista que as teorias de Dworkin, Rawls ou Richards, contudo qualifica-se como uma teoria "liberal" de moralidade política. Enquanto Raz trata ideais morais (sólidos) como razões legítimas para a ação política (inclusive governamental), ele exclui *por princípio* a proibição legal de imoralidades "sem vítimas" como insuficientemente respeitosas do valor da autonomia". (v. GEORGE, Robert P. Making Men Moral: Civil liberties and Public Morality. Oxford: Clarendon Press, 2002. P. 167)

[324] RAZ, Joseph. A Moralidade da Liberdade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 3.

[325] Ibid. p. 4

[326] Como visto, Rawls acusa utilitaristas e perfeccionistas do mesmo erro que sua teoria teria corrigido: a utilização da liberdade para fins instrumentais. Independentemente de quem de fato instrumentaliza a liberdade, parece possível ver a questão como uma questão de perspectiva. Para perfeccionistas como Raz, Rawls instrumentaliza a liberdade ao colocá-la como meio de realização de seus desejos; enquanto para liberais igualitários como Rawls, é Raz que a instrumentaliza ao colocá-la a serviço de uma ideia forte de bem. Ambos parecem estar certos, de acordo com sua sua perspectiva.

[327] RAZ, op. cit. p. 16.

Assim como em *On Liberty*, a doutrina da liberdade raziana está relacionada à doutrina da autoridade e consiste em princípios que forçam as autoridades a observar e proteger a liberdade dos indivíduos a eles subordinados. No entanto, o embate de Raz é justamente contra a idéia de que a imposição aos governos de uma cegueira a ideais morais e concepções de bem, carecendo o Estado de qualquer autoridade moral, signifique necessariamente a doutrina por excelência da liberdade política. Para Raz, o liberalismo não precisa caracterizar-se como antiperfeccionista para levar a efeito a proteção da autonomia pessoal e, portanto, os ideais de vida boa podem retornar à legítima esfera de atuação estatal[328].

Nesse sentido, a doutrina da neutralidade[329], encampada por autores liberais, é a consequência lógica de uma doutrina de controle da ação governamental que advoga a equidistância do Estado de ideais de justiça válidos ou inválidos[330]; por isso, caso o perfeccionismo moderado de Raz queira florescer, a neutralidade estatal da maneira como concebida pelo ideário liberal precisa ser refutada.

Uma vez mantida a ilusão liberal do Estado neutro, como querem os antiperfeccionistas, concepções inaceitáveis de como guiar a vida pessoal não podem ser preteridas ou desvalorizadas diante de outras aceitáveis e isso porque"[e]m nível intuitivo, o antiperfeccionismo reage a uma desconfiança muito difundida de poder concentrado e de burocracias"[331]. Necessário entender o que é a neutralidade e suas interpretações mais aceitas, justamente para afastá-la do cenário político, eis que a neutralidade é a expressão do princípio antiperfeccionista e afima não ser da alçada do Estado o aperfeiçoamento das vidas individuais devendo manter-se equidistante diante das escolhas individuais, independentemente de seu valor ou desvalor[332].

> Os princípios de controle restringem a busca dos objetivos bons ou valiosos, excluem a ação por razões vigorosas e corretas para a ação, ou encarregam o governo de preservar um estado de coisas o qual é objeto de boas razões para ser mudado. [...] A doutrina da neutralidade política é uma doutrina de controle uma vez que ela advoga a neutralidade entre ideais válidos e inválidos do que é justo[333]

---

[328] RAZ, Joseph. A Moralidade da Liberdade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 101.

[329] Em política e em Direito Internacional, áreas de onde parece ter sido retirado pela filosofia política, o termo "neutralidade" designa a condição jurídica dos Estados que permanecem alheios a um conflito bélico, o que se caracteriza pelo "dever de se absterem de todo comportamento capaz de proporcionar vantagem ou prejuízo para qualquer uma das partes antagônicas, comportamentos tais que possam influenciar na evolução e no resultado das hostilidades". (v. BOBBIO, Norberto et al. Dicionário de Política. Brasília: Editora UNB, 1998. 11ª Edição. Neutralidade, p. 822.)

[330] RAZ, op. cit. p. 101.

[331] Ibid. p. 102. Difusão, aliás, que seria muito bem vista por Mill, como visto no Capítulo I.

[332] Ibid. p. 101.

[333] Ibid. p. 101.

O que Raz propõe é uma moderação à rejeição antiperfeccionista da ação estatal destinada a realizar certos valores. Por moderação, deve-se entender que Raz não pretende estabelecer uma única doutrina abrangente que permita hierarquizar todos os valores em uma sociedade, como pretendiam as formas clássicas de perfeccionismo, mas apenas estabelecer, em um cenário histórica e culturalmente delimitado, a possibilidade de comparar e valorar formas de vida em contexto de pluralismo razoável[334]. Da perspectiva raziana é antiperfeccionistmo é a "restrição mais radical"[335] à busca do bem. Radicalismo que pode ser afastado se houver a interposição de instrumentos mediadores entre a ação estatal e a liberdade individual.

O que Raz entende difícil de ser mantido é a idéia de neutralidade assim como as doutrinas liberais a tem defendido, e por isso tenta diferenciar os princípios – que denomina de princípios da extensão de escopo - que a informam podendo a neutralidade referir-se às oportunidades de implementação de seu ideal de bem ou, além da neutralidade de oportunidades, referir-se a neutralidade à probabilidade de adoção de uma e não outra concepção de bem[336].

Na primeira versão, a neutralidade permite levar a efeito sua noção de bem na vida pessoal e comunitária, desde que sem o uso de meios políticos; enquanto na segunda a exclusão dos ideais não é mandatória na esfera política. No entanto, ainda quanto a esta segunda acepção de neutralidade, os ideais podem ser buscados desde que inseridos em uma estrutura constitucional em que se permitam oportunidades iguais de realização de sua concepção de bem[337]. Raz entende que é esta segunda visão que domina o debate da neutralidade e deve servir de objeto à sua crítica.

Antes de avançar, é preciso compreender que a noção neutralidade é inútil na prática política se não se considera sua efetivação, que pode se dar de três maneiras[338]: considerando-se (i) ilegítima qualquer ação política que se justifica pela promoção de um ideal de bem; considerando-se (ii) ilegítima qualquer ação política que levada a efeito possa favorecer uma

---

[334] COLOMER, José Luis. Autonomía y gobierno. Sobre la posibilidade de un perfeccionismo liberal. Doxa 24. Cuardernos de Filosofía del Derecho. Disponível em <http://publicaciones.ua.es/filespubli/pdf/02148678RD23519750.pdf>. Acesso em 12 de fevereiro de 2014. p. 22-23.

[335] RAZ, Joseph. A Moralidade da Liberdade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 102.

[336] Ibid. p. 103.

[337] Raz ressalta, porém, o efeitos da neutralidade: "A constituição é neutra. Mas o direito não o é necessariamente, e muitas pessoas nascidas hoje encontrarão suas oportunidades na busca de diferentes concepções do que é bom afetadas pelo direito, como resultado de atividades da nossa geração e da anterior à nossa" (v. Ibid. p. 103.)

[338] Ibid. p. 105.

determinada concepção de bem, salvo se houver medidas compensatórias; e, por fim, (iii) a ação estatal é legítima apenas e tão-somente quando destina-se a assegurar a todos as mesmas habilidades para possam escolher por si mesmos entre os diversos ideais de bem.

Raz afirma que a primeira, defendida por Nozick[339], é certamente antiperfeccionista, mas não é neutra. Isto porque para ser neutra a ação não pode meramente se preocupar com sua justificativa racional, deve haver atenção a seus efeitos manifestos. Raz menciona o exemplo do vendedor de armas letais que estabelece relações comerciais exclusivamente com um dos combatentes.

Eventual alegação de neutralidade não se sustentará ainda que o lucro tenha sido sua única razão para a venda e não a vitória do comprador. O adjetivo neutro somente se acopla a ações cujas razões e efeitos possam ser tidos como equidistantes. Excluído o primeiro princípio, para Raz[340] os outros dois seriam princípios de neutralidade: o terceiro seria princípio de neutralidade política compreensiva, enquanto o 2º seria princípio de neutralidade política estreita.

Voltando-se novamente à teoria rawlsiana,*Uma Teoria da Justiça* tem o objetivo de demonstrar que os integrantes da posição original sob o véu da ignorância optarão por princípios políticos neutros. Neutros no sentido do terceiro princípio estabelecido por Raz, isto é, de neutralidade política compreensiva cujo objetivo é possibilitar a distribuição equânime de bens primários e a todos a busca individual por seu ideal de bem.

Raz afirma que a posição original rawlsiana não somente pressupõe uma teoria acerca do bem – como o próprio Rawls aceita e, em contrapartida, responde que seria uma teoria *fraca* do bem – como aceita apenas uma determinada e específica teoria de caráter fortemente liberal e individualista. Esta escolha, no entender de Raz, exclui, de modo não muito claro mas veemente, formas não individualistas de sociedade e não poderia ser entendida como politicamente neutra tampouco igualitária.

O problema não está na possibilidade de que uma concepção de sociedade liberal possa suportar formas comunitárias de bem – ou mais especificamente, que dependam de estruturas sociais e de modos de coordenação coletivas específicas. Ela definitivamente pode e Rawls ressalta isto. A questão é que a opção prioritária de formas individualistas de expressão dos interesses além de afastar-se de pretensões neutralistas, e o que é mais grave do ponto de vista raziano, tornam extremamente difíceis e custosas as formas não individualistas.

---

[339] Ibid. p. 106.
[340] RAZ, Joseph. A Moralidade da Liberdade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 107.

Especificamente quanto aos bens primários, Raz afirma, "[e]les servem a concepções individualistas de maneira razoável, mas "eles são menos úteis na implantação" de concepções não individualistas"[341].Diante da teoria rawlsiana projetos não individualistas tornam-se de difícil satisfação exigindo esforços e gastos vultosos para satisfazê-los. Isto é tão grave para Raz a ponto de entender haver verdadeira discriminação contra ideais comunitários[342].

Raz pondera que a neutralidade pode ser razoavelmente entendida como um ideal do que no máximo uma teoria pode se aproximar, e ela será melhor quanto mais dela se aproxime. Assim, a neutralidade seria uma questão de grau e eventuais imprecisões da teoria rawlsiana não são motivos para afastá-la de modo definitivo.

No entanto, Raz entende que mesmo a aproximação é impossível porque a moralidade, sendo construída de modo intersubjetivo e assim dependente das formas sociais, alcança todas as esferas não sendo possível limitá-la a uma noção fraca de bem – espécie de moralidade autorreferente - necessária a afirmação do princípio da neutralidade em Rawls[343].

Independente da extensão da neutralidade, compreensiva ou estreita, utilizar-se de tal conceito somente faz sentido em um ambiente de conflito porque, como afirma Raz, "[n]eutralidade é neutralidade entre terceiros em relação a alguma questão relativamente à qual o sucesso de um implica a derrota do outro"[344]. Na esfera política espera-se que o Estado permaneça neutro em relação ao conflito entre concepções de bem partilhadas por seus cidadãos, e devido a tudo o que pode ser envolvido em uma concepção de bem parece a Raz impossível ao Estado manter-se neutro porque eventual omissão de ajuda nesta busca implica na quebra de neutralidade. No entanto, Raz ressalva que se as obrigações do Estado para com seus cidadãos for ampla o suficiente, criando condições de oportunidades semelhantes, como o faz Rawls, então há um princípio de neutralidade defensável[345].

Ocorre que Rawls supõe que na posição original parâmetros perfeccionistas não serão adotados porque contrariam a racionalidade sob o véu da ignorância e, por isso, se

---

[341] Ibid. p. 110.

[342] "As concepções não individualistas estão provavelmente entre as predileções dispendiosas, uma vez que sua realização depende da cooperação de outros, e eles precisarão de algum convencimento para chegar perto do ponto de vista do agente. De modo alternativo, será preciso uma grande quantidade de recursos para resgatar o consentimento deles na direção do ponto de vista do referido agente" (cf. RAZ, Joseph. A Moralidade da Liberdade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 110)

[343] Nesse sentido NINO, Carlos Santiago. Ética e Direitos Humanos. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2011, p. 179.

[344] RAZ, op. cit. p. 112.

[345] Ibid. p. 114.

direcionam necessariamente à neutralidade quanto aos ideais de bem[346]. Quaisquer adesões prévias a doutrinas abrangentes, ou quaisquer outras que possam suscitar controvérsia, devem ser descartadas em nome da unanimidade exigida pelo projeto rawlsiano[347].

Porém, para Raz, Rawls ultrapassa os limites de sua argumentação ao afirmar que as partes da posição original "nem mesmo aceitarão uma doutrina de justiça que inclua um processo acordado para se determinar qual princípio perfeccionista que deveria ser implantado no Estado"[348]. Raz, porém, acredita que se a partes na posição original soubessem que possuem ideais morais poderiam deliberar sobre a busca de ideais que possam ser *racionalmente* aceitos.

Evidente que Raz está atento para controvérsias milenares acerca dos métodos de avaliação de ideais de bem. O que, por outro lado, defende é a possibilidade de opção por um método para que permita escolher entre princípios perfeccionistas. Especificamente em relação a Rawls, autor para o qual a controvérsia, mormente quanto a questões morais e religiosas, tem caráter desagregador, Raz entende que mesmo que se conceda à justiça a prioridade desejada por Rawls[349] as conclusões que dela retira não encontram apoio em seus argumentos. E isto por três razões: (i) como está culturalmente delimitada (a teoria de Rawls busca justificar-se em democracias liberais ocidentais[350]), há elementos comuns entre os diversos ideais de bem que não precisam ser descartados na posição original; (ii) pode-se concordar quanto aos critérios de avaliação do que é o bem; e, mais importante, (iii) Rawls é cego à possibilidade de uma constituição *boa* ainda que imperfeita diante da inalcançabilidade da constituição perfeita ou ideal. Por isso, afirma Raz

---

[346] Como afirmam Mulhall e Swift: "Onde Rawls pensa que a comunidade que é publicamente justificável para seus cidadãos é de tal valor que pode conferir razões a eles para ignorar, quando estes veem à política, argumentos oriundos de suas conceitos de bem, Raz defende que o que importa é que pessoas vivam vidas valiosas, e que é apropriado que nós usemos a política para ajudá-los a obtê-las" (v. MULHALL, Stephen e SWIFT, Adam. Liberals & Communitarians. Oxford: Blackwell Publishing Ltd., 1996. 2nd Edition.p. 347) (tradução nossa).

[347] RAZ, Joseph. A Moralidade da Liberdade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.p. 115.

[348] Ibid. 116.

[349] Vale ressaltar que para Raz *não* há diferença relevante entre os conceitos de justo e de bem. Para Raz, "sim é possível e didaticamente conveniente ("em um nível superficial") diferenciar entre os dois segmentos da moral, tal diferença não se dá em "um nível fundamental" que permita "dividir os princípios de ação de alguém nos que se referem aos próprios fins pessoais e os que concernem a outros, de modo que sejam mutuamente independentes", já que ambos "procedem de um núcleo moral comum"" (cf. COLOMER, José Luis. Autonomía y gobierno. Sobre la posibilidade de un perfeccionismo liberal. P. 15. Disponível em: http://publicaciones.ua.es/filespubli/pdf/02148678RD23519750.pdf. Acesso: 12 de fevereiro de 2014)

[350] O objeto de Rawls é muito claro, como afirma Vallespín: "Não em vão se trata de uma teoria [a de Rawls] desenhada para um tipo de objeto específico: a estrutura básica da sociedade, as instituições sociais, políticas e econômicas de uma democracia constitucional moderna" (cf. VALLESPÍN, Fernando. El Neocontractualismo: John Rawls. *In* Camps, Victoria (Ed.). Historia de la Ética. Volume 3: La Ética Contemporánea. Barcelona: Editorial Crítica, 1989. P. 577-600)

> [N]ão qualquer razão pela qual a doutrina de justiça, refletida verdadeiramente pelos entendimentos constitucionais de um Estado, não possa ser atingida como resultado do fato de as pessoas imaginarem que seus diferentes ideais do que é bom, embora cada um deles levando a uma diferente doutrina de justiça, não podem ser implantados em virtude da discordância, muito difundida na sociedade, quanto a seu valor. Então, como uma segunda melhor razão, cada um concordará com uma doutrina de justiça com a qual todos ou praticamente todos os membros da sociedade poderiam concordar (como sendo uma segunda melhor razão), se eles discutirem racionalmente, cada um a partir da sua concepção diferente do que é justo, desde que eles se unam para classificar a necessidade de uma concepção pública de justi;ca muito elevada em sua ordem de prioridades[351].

O processo de raciocínio de uma doutrina de justiça assim imaginada será diferente da de Rawls porque os diferentes pontos de partida podem servir à discussão e podem permitir que, nada há a impedir, cheguem a conclusões unânimes a despeito da diversidade dos pontos de partida em função da vontade de um compromisso social.

Compromisso que por sua própria natureza leva a uma doutrina boa, ainda que imperfeita (*second best*)[352], e que, segundo Raz, deveria ser aceita por Rawls, eis que cada uma das partes está sujeita à sua própria concepção de bem enquanto a negociação se desenvolve. Ainda que alguns entendam a posição do outro como imoral, o resultado sairá e será bom se todos tiverem em vista a necessidade do acordo comum como "objetivo dominante"[353].

Os compromissos serão ajustados de acordo com a persuasão moral e partilhados por todos que dele participarem, o que, reconhece Raz, não livra este procedimento da possibilidade de resultados perniciosos. Sua intenção não é defendê-los, mas mostrar que embora seja um procedimento que aceite princípios perfeccionistas não é excluído pelos argumentos de Rawls contra o perfeccionismo, tampouco é contraintuitivo como defendem os liberais[354].

Mas Rawls, como reconhece Raz, não é adversário tão fácil. O construtivismo ético kantiano[355]teria permitido a Rawls escapar da crítica acima ao derivar somente da razão os princípios da atuação moral nunca das circunstâncias sociais ou de classe. Se derivassem das circunstâncias, seriam consideradas heterônomas e, por isso, o véu da ignorância é coerente com sua intenção.

---

[351] RAZ, op. cit. p. 118.
[352] RAZ, Joseph. A Moralidade da Liberdade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 119.
[353]Ibid. p. 119.
[354]Ibid. p. 119.
[355] Segundo Vallespín, o construtivismo ético kantiano, "[e]m síntese, consiste em especificar uma determinada concepção de pessoa e intentar dela derivar os princípios de justiça através de um processo de 'construção'" (VALLESPÍN, Fernando. El Neocontractualismo: John Rawls. *In* Camps, Victoria (Ed.). Historia de la Ética. Volume 3: La Ética Contemporánea. Barcelona: Editorial Crítica, 1989.p. 584) (tradução nossa)

Raz ressalta alguns pontos pertinentes entre o discernimento kantiano/ rawlsiano: (i) a moralidade é expressão da racionalidade de uma pessoa, o que depende de uma certa antropologia filosófica, assim a escolha dos princípios na posição original depende de uma particular concepção de pessoa (se encontra profundamente arraigada em nossa cultura, mas ainda assim é uma visão particular de pessoa); (ii) não há espaço para a escolha radical, ou seja, aquela *não* baseada em razões (fé ou crença); (iii) a concepção de pessoa em Rawls não leva à unanimidade dos entendimentos morais[356]. Em sua posição original, o construtivismo ético kantiano serve bem a Rawls porque as convicções morais daqueles que a integram, segundo Raz, em verdade, ainda não foram construídas.

> Os partícipes da posição original não têm qualquer conhecimento sobre suas convicções morais, porque ainda não têm quaisquer convicções morais e porque, indenpendentemente das convicções morais que eles devessem ter, estas dependeriam do resultado de suas deliberações na posição original e não podem afetá-la. Desta forma, estendendo-se o discernimento "Kantiano" além da moralidade política para a moralidade como um todo, explica-se a eliminação das convicções morais e ideais do que é justo por detrás do véu da ignorância[357].

Raz afirma, porém, que a neutralidade política ainda precisa de novas suposições para justificar-se e o ponto parece ser o de que se a moralidade é autodeterminada não há como o Estado fazer as vezes de guia. Cabe-lhe apenas dar azo à expressão moral natural a cada indivíduo[358]. A idéia de serem os princípios de justiça aprovados por unanimidade é intuitivamente aceitável, mas não possui fundamento ou necessidade. Como visto, o compromisso diante diante dos ideais pode levar à concordância diante de ideais de bem; por isso, Raz em sequência entende que, embora tenha atingido resultados parecidos com os de Rawls, nada em suas considerações pressupõe a neutralidade. Para ele integra a tarefa do Estado fomentar formas valiosas de vida e impedir formas repugnantes; assim em sua teoria a idéia de bens primários não pode subsistir.

---

[356] RAZ, op. cit. p. 121.

[357] RAZ, Joseph. A Moralidade da Liberdade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.p. 121.

[358]Ibid. p. 122: "A ideia intuitiva atrás do argumento parece ser a seguinte: visto que a moralidade é uma expressão da natureza racional de alguém, ela é essencialmente autodeterminada. Em função da determinação social do conceito de uma pessoa, bem como da ausência de unanimidade no resultado da deliberação moral, o único caminho apropriado parece ser o que endosse as concordâncias constitucionais neutras entre as concepções do que é justo, a fim de permitir que todos os indivíduos desenvolvam e sigam suas próprias concepções do que é bom. As concordâncias constitucionais deveriam ser neutras entre si, a partir do momento em que nenhuma concepção do que é bom, que expressa a natureza racional da pessoa que a defende, se apresenta como sendo melhor do que qualquer outra. O papel do Estado é o de permitir que todas as pessoas expressem sua natureza e sigam sua própria concepção autonomamente concebida do que é bom e seu plano de vida".

Raz continua a empreender suas distinções em busca da justificação para a ação moral[359] do Estado e distingue entre neutralidade e exclusão dos ideais. Enquanto o princípio da neutralidade impõe ao Estado imparcialidade quanto à concepções de bem rivais, o princípio da exclusão dos ideiais impede a ação do Estado, mas a impede de um modo peculiar.

Os defensores da exclusão dos ideais não descartam a ação estatal motivada moralmente, tanto assim que entendem legítima a proibição e punição de homicídios. A relação entre moral e direito é dividida de modo que o Direito não interfira naquilo que se considera bom, mas que possa vir a promover os objetivos traçados pelas pessoas (não sendo possível avaliar seu mérito moral), assim "os governos devem fundamentar suas medidas em considerações sobre quais ações são certas ou erradas, mas não pela razão que algumas ações conduzem ao que é bom e outras não"[360]. A isto Raz chama de bem-estar político (*political wellfarism*)[361].

É a idéia de bem-estar politico que nutre a concepção liberal de Estado no qual se satisfaçam suas necessidades, mas de modo algum procedam à tentativa de torná-los melhores. As teorias denominadas por Raz "teorias de bem-estar político" partilham a admissão da "eficácia de alguns princípios relativos a ideais, mas que limitam seu poder às ações não políticas"[362].

Raz afirma que aqueles que veem a satisfação das vontades como algo intrinsecamente bom, e a concedem ao Estado o poder de levá-los a efeito, não podem obviamente afastar-se da anuência de que o Estado então pode agir em função de certos ideais. Resta-lhes apenas a possibilidade de afirmar que alguns são certos e outros errados, mas não a vedação de entrada dos ideais na política.

> Haverá fundamentos para se acreditar que não é certo perseguir politicamente quaisquer bens intrínsecos, além da satisfação de vontades? Sucede que, a partir da conclusão do capítulo anterior, a doutrina do bem-estar entre político não é neutra entre os ideais do que é bom, já que favorece claramente o bem-estar moral acima de todos os outros entendimentos[363].

---

[359] Vale lembrar o sentido de moral para Raz: "Neste livro o termo "moral" é usado, a não ser que seja indicado contrário, em um sentido bem amplo, no qual ele chega a equivaler aproximadamente a "avaliatório" ("*evaluative"*)". (cf. Ibid. p. 125)
[360] RAZ, Joseph. A Moralidade da Liberdade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 126.
[361]Ibid. p. 126.
[362]Ibid. p. 128.
[363]Ibid. p. 130.

Para Raz, "[a]s pessoas buscam atingir objetivos e alimentam desejos por razões"[364]; é a razão então que deve ser entendida como condição necessária, ainda que insuficiente, para entender os desejos. Nesse sentido, se os desejos tem a razão como uma condição (assim alguém não mais vai querer determinado objeto se a razão do desejo se mostrar falsa), o bem-estar moral, no qual é um bem satisfazer os desejos, não tem esse bem como intrinsicamente valioso, mas apenas e tão-somente em vista do objeto desejado[365]. Assim, a razão para ajudar as pessoas a satisfazer seus desejos é a realização de um bem para elas, e, portanto, a satisfação dos desejos não é um bem em si mesmo[366].

Há a oposição também ao projeto perfeccionista na base do "viva e deixe viver" - argumento que defende que a vida pessoal, e assim a moralidade e a imoralidade, os erros e os acertos , de cada indivíduo não são da conta do Estado (a quem restaria apenas ajudar as pessoas a promover aquilo que elas entendem como melhor para elas próprias).

Para Raz, a fragilidade deste argumento está na impossibilidade de se encontrar justificativa legítima para satisfazer falsos desejos das pessoas. Não é racional conceder a alguém o direito de levar uma vida em falsidades. Portanto, a idéia de *laissez-fairez* nesta seara não condiz com a idéia de bem-estar político discutida acima.

3.2.2 Coação: o busílis

Enfrentar o debate sobre coação e suas condições de legitimidade é obviamente fundamental a Raz. Segundo ele, "coação" é a tentativa de impedir que um agente pratique determinada ação potencial ou concretamente danosa a terceiros[367], cuja justificação é cogente devido à restrição das opções disponíveis ao agente. Coação e autonomia estão interligadas de modo que seus conceitos não somente se tangenciam como se afetam mutuamente, mas autonomia não deve ser interpretada como a completa ausência de coação, como se pode inferir a partir de um imaginário liberal.

> A autonomia só é possível dentro de uma estrutura de constrangimentos. Uma pessoa completamente autônoma é uma impossibilidade. O ideal do existencialista perfeito sem qualquer natureza biológica e social fixa que cria a si mesmo enquanto caminha é um sonho incoerente. Uma personalidade autônoma pode tão somente se

[364]Ibid. p. 130.
[365]Ibid. p. 132.
[366]Ibid. p. 133.
[367]RAZ, Joseph. A Moralidade da Liberdade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 138.

> desenvolver e prosperar contra um passado de repressões biológicas e sociais que estabelece algumas das suas necessidades humanas[368].

Se o interesse do liberal é estabelecer as possibilidades de uma vida autônoma, não há escapatória possível senão o controle das ações estatais e o próprio uso da coação[369]. Sendo a autonomia total impossível, torna-se a vida autônoma uma tentativa concreta de aproximação deste ideal no qual gradações e imperfeições são aceitas como próprias a uma vida concreta real.

É, portanto, imprescindível revelar que imperfeições – ou limitações da autonomia – são insultuosas devido a seus objetivos que reduzem o indivíduo à condição de infantilidade ou exageradamente restritivas da liberdade em seus efeitos. Raz, porém, minimiza o que foi considerado de fundamental importância para outros liberais, como Mill, porque concede espaço às circunstâncias nas quais a coação é perpetrada. Atendidos os graus comumente aceitos de valorização da liberdade num determinado Estado, e havendo livre participação democrática, Raz entende como menor, ou até irrelevante, o insulto caracterizado pela coação à autonomia individual, notadamente quando se entende que a coação é levada a efeito *em favor* da autonomia[370].

Não há, ao menos da perspectiva raziana, razão relevante para que deixemos de tratar moralmente pessoas e afastemos o Estado desta mesma exigência[371], notadamente se no mundo de relações concretas a todo tempo as autoridades estão impondo suas visões a quem delas discorda[372].

Para as inferências de Raz, é necessário, como ele próprio reconhece, que o ceticismo moral seja desconsiderado sob pena de todo o edíficio por ele construído desmoronar como um castelo de cartas[373]. Outro pressuposto é o de que o antiperfeccionismo

---

[368]Ibid. p. 144.
[369]Ibid. p. 145.
[370] RAZ, Joseph. A Moralidade da Liberdade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.p. 145. Vale notar que o fato de as sociedades democráticas terem construído seus modos de vida baseadas na escolha individual, e, portanto, na autonomia pessoal. O valor em si da autonomia não pode ser escolhido. Não há como um cidadão de uma democracia constitucional dispor de sua autonomia. Paradoxalmente ou não, o valor da autonomia é uma imposição (cf. VIEIRA, Mónica. Joseph Raz: O liberalismo perfeccionista. *In* ESPADA, João Carlos e ROSAS, João Cardoso (Orgs.). Pensamento Político Contemporâneo: Uma Introdução. Lisboa: Bertrand Editora, 2004. p. 209-227).
[371] RAZ, op. cit. p. 146.
[372] Raz cita o exemplo da autoridade que imbuída de algum ideal de justo toma decisões que podem ser impostas e o são mesmo se equivocadas [no caso brasileiro prevalece a ideia de presunção de boa-fé das autoridades administrativas].
[373] RAZ, op. cit. p. 148. Fica claro que o "liberalismo de Raz não é baseado em qualquer posição meta-ética subjetivista ou cética [...], seu perfeccionismo segue em parte de sua visão que algumas formas de vida são objetivamente melhores do que outras e não podemos saber quais são quais. [...] Porque nós podemos saber algumas formas de vida que são valiosas e outras que não o são, e porque as pessoas podem derivar seu bem-estar somente a partir do que é valioso, nós não temos motivos para ignorar tal conhecimento mesmo em nossos

é desnecessário como obstáculoà implementação da moral de uns sobre os outros. O perfeccionismo defendido por Raz não se apóia na implementação da moral baseada nos sentimentos de repugnância de uma maioria social, como visto por exemplo em Devlin, e sim no fortalecimento de instituições por meio dos quais os valores – apreendidos *racionalmente* - se expressam e são transmitidos.

Entender que um determinado modo de vida é mais valioso não significa o uso imediato da força, há diversos outros modos de escolha moral já existentes em qualquer sociedade que independem de coação no sentido estrito do termo, como exemplifica Raz.

> [N]em toda a ação perfeccionista é uma imposição coercitiva de um estilo de vida. Muito disto poderia encorajar e facilitar a ação de um tipo desejado, ou desencorajar modos de comportamento indesejáveis. O ato de conferir honra a artistas dramáticos, musicais e criativos, doar ou emprestar valores para pessoas que iniciam a formação dos centros comunitários, cobrar impostos de um tipo de atividade de lazer, por exemplo, a caça, mais fortemente que outros, tudo isso representa os casos em que a ação política, na busca de concepções do que é bom, não corresponde à imagem popular ameaçadora de aprisionar pessoas que seguem sua religião, expressam seus pontos de vista em público, deixam seus cabelos crescerem ou consomem drogas inofensivas[374]

É a valorização de certas opções e a livre adoção destas que tornam uma vida autônoma. Devendo ser ressalvado que não é a mera possibilidade de escolha que a torna valiosa, mas escolha adequada diante de opções moralmente aceitáveis. Certas opções como ser arquiteto ou casar-se dependem das condições sociais existentes. É possível desenhar prédios ou coabitar com alguém, o que, porém, não equivale a ser ser arquiteto e estar casado. O exercício de uma profissão e a existência de uma relação matrimonial dependem dos modos pelos quais a sociedade construiu aquilo que entende ser valioso e que podem assim ser chamados, como Raz o faz, de bens coletivos[375]. Bens que se originam das relações comunitárias não estão sob o controle intencional de qualquer de seus membros, salvo por aqueles que decidem dele se beneficiar, e formam, Raz enfatiza, bens intrinsecamente valiosos[376] que lhe permitem concluir que "o ideal da autonomia pessoal é incompatível com

---

acordos políticos com os outros. Enquanto a caracterização de MacIntyre da cultura liberal moderna como essencialmente emotivista pode estar justificada, o tipo de liberalismo de Raz é firmemente baseado no repúdio a tal visão" (v. MULHALL, Stephen e SWIFT, Adam. Liberals & Communitarians. Oxford: Blackwell Publishing Ltd., 1996. 2nd Edition. p. 346)

[374] RAZ, op. cit. p. 149.

[375] RAZ, Joseph. A Moralidade da Liberdade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 192

[376] "As visões normalmente aceitas sobre os humanos como animais essencialmente sociais, e visões igualmente comuns sobre as quais as opções são louváveis na vida (pois a condição para que uma vida seja autônoma é que as opções valiosas incluam um leque adequado de oportunidades valiosas) permitem a conclusão de que muitos bens coletivos são intrinsecamente bons" (Ibid. p. 192)

o individualismo moral”[377]. Há, portanto, um claro e evidente esforço de vincular a possibilidade de realização dos valores na vida pessoal aos valores construídos em uma determinada comunidade, às suas “formas sociais”[378].

Raz afasta-se assim da concepção de que a proteção da liberdade reduz-se a uma doutrina para limitar a ação estatal[379]. Compartilha a idéia de que “autonomia é um ideal de autocriação”[380] , mas não quer enfrentar a questão da natureza da Moralidade como Kant o fez. Raz tem como desafios os problemas de um ideal moral de poder optar pelos rumos da própria vida de modo que “o ideal da autonomia pessoal não deve ser identificado com o ideal de se dar unidade à vida de alguém. O bem-estar de uma pessoa autônoma consiste em buscas bem-sucedidas de objetivos e relacionamentos escolhidos por ela própria”[381].

Há diferenças entre o conceito de liberdade e autonomia. Embora a coação seja um mal a ser evitado porque restringe nossa liberdade, pode não sê-lo se a finalidade é a preservação da autonomia como na hipótese de impedir alguém de atirar-se na frente de um carro. A diferença entre os conceitos de autonomia e liberdade também pode ser percebida diante dos distintos efeitos quando um mal é imposto ao indivíduo. Ser obrigado a entregar os bens pessoais diante de grave ameaça retira a autonomia do agente retirando-lhe as opções adequadas, mas não retira sua liberdade. Para Raz, a autonomia é a possibilidade de escolher entre alternativas boas, ou, de modo mais direto, “o ideal da autonomia requer somente a viabilidade de opções moralmente aceitáveis”[382].

3.2.3 O princípio do dano como elemento de contenção perfeccionista

Por paradoxal que seja Raz entende que seu princípio do dano baseado na autonomia, um princípio declaradamente perfeccionista, ampara-se e é melhor entendido quando se

---

[377]Ibid. p. 192

[378] V. COLOMER, José Luis. Autonomía y gobierno. Sobre la posibilidade de un perfeccionismo liberal. Doxa 24. Cuardernos de Filosofía del Derecho. Disponível em <http://publicaciones.ua.es/filespubli/pdf/02148678RD23519750.pdf>. Acesso em 12 de fevereiro de 2014. p. 27-28.

[379] RAZ, op. cit. p. 345.

[380] RAZ, op. cit. p. 346.

[381] RAZ, op. cit. p. 347.

[382] RAZ, Joseph. A Moralidade da Liberdade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 356-357. Note-se que Raz apoia seu perfeccionismo na noção de que os valores são incomensuráveis, o que lhe permitiria justificar sua adesão ao ideal liberal de pluralismo de valores. Não está ao alcance desta dissertação especificar como Raz associa perfeccionismo e incomensurabilidade de valores, pois isto implica o acréscimo de complexidade sem ganhos para a discussão acerca do princípio do dano. De qualquer modo, à guisa de provocação para aprofundamento na obra raziana, pode-se afirmar que de sua perspectiva os valores “A e B são incomensuráveis se não for verdadeiro que um seja melhor do que o outro, nem que ambos tenham o mesmo valor” (v. Ibid. p. 301)

recorre ao princípio do dano tal como formulado por John Stuart Mill, por seu turno um princípio manifesta e intencionalmente antiperfeccionista, como visto nos capítulos anteriores.

Obviamente, Raz precisa afastar-se do entendimento comum acerca do princípio do dano conferido por liberais individualistas[383]. A partir do pressuposto de que a autonomia é um ideal moral há um dever pessoal de tornar-se autônomo e possibilitar a todos que façam o mesmo. Se por um lado impor a autonomia é contraditório, por outro é possível, segundo Raz, "assegurar condições de fundo que possibilitem a pessoa a ser autônoma"[384]. Não basta abster-se da coação ou da manipulação dos interesses e desejos alheios, dever é estabelecer as condições adequadas de escolha. Como visto, o conceito de autonomia raziano por vezes refere-se a uma capacidade necessária ao indivíduo para que tenha uma vida boa, capacidade que se expressa em aspectos físicos e psicológicos, mas também na possibilidade real de fazer escolhas racionais, elementos característicos da liberdade positiva.

Não há, reconhece Raz, como tornar o debate acerca dos elementos da autonomia e da liberdade positiva menos vago porqueexpressa elementos que não podem ser medidos ou comparados ou, como prefere Raz, "não há nenhuma imprecisão, mas um reflexo das incomensurabilidades que abundam da vida"[385].

Evitar a coerção, o que é característico da liberdade negativa, ganha relevânca apenas e tão-somente se é útil à autonomia e à liberdade positiva[386]. A léguas de distância está Raz de pretender afirmar não haver limites à sua concepção perfeccionista de autonomia. Ao contrário, a autonomia exige que opções adequadas estejam disponíveis, não exige, porém, que opções certas e definidas estejam presentes. Fatores como a compaixão ou o valor cultural podem fazer com que certas opções sejam preservadas, mas a autonomia em si não as exige, salvo em casos especiais[387].

---

[383] "Um outro conhecido argumento liberal para liberdade é baseado no princípio do dano (*harm principle*). Esse princípio, formulado inicialmente por J.S. Mill, encontrou um defensor poderoso nos nossos tempos em H.L.A. Hart. Esse princípio reza que o único propósito pelo qual o Direito deve lançar mão do seu poder coercitivo é para prevenir o dano. Eu devo indicar que o princípio da liberdade baseado na autonomia é mais bem compreendido quando se recorre à base moral do princípio do dano. Esse princípio explica por que liberais, por vezes, pretendem usar a coerção para prevenir a ocorrência de um dano, assim como por que eles rejeitam o recurso à coerção para outros fins. Visto assim, o princípio ajuda a estimar a relativa seriedade dos vários danos, bem como responder aos críticos potenciais do princípio do dano, que defendem que ele reflete a ideologia do estado mínimo. Ao mesmo tempo, deve-se admitir que a interpretação a ser dada aqui ao princípio do dano é diferente daquela dispensada pelos liberais individualistas" (v. Ibid. p. 376)

[384]Ibid. p. 381

[385] RAZ, Joseph. A Moralidade da Liberdade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 383.

[386]Ibid. p. 384.

[387] Raz lembra de compromissos já adotados com certos modos de vida – profissional, cultural – em extinção e que talvez devam ser preservados em nomes da autonomia pessoal, eis que estas foram modos de vida e integram o ideal de vida boa e autônoma

Também não alcança a autonomia, como já visto, o que é moralmente ruim ou repugnante[388]. É autônomo aquele que faz escolhas ruins, mas o *valor* da autonomia é dado pelo direcionamento ao bem.

> Isso ["fornecer, preservar ou proteger escolhas ruins não habilita ninguém a gozar de automia valiosa"] pode soar muito rigoroso e paternalista. Isto invoca imagens do Estado bancando o *big brother*, forçando ou manipulando pessoas a fazerem aquilo que ele considera bom para elas, contra a sua vontade. Nada poderia estar mais longe da verdade. Primeiramente, alguém precisa de lembranças constantes do fato de que o Estado *considerar* qualquer coisa como valiosa ou não valiosa não é razão para nada. Apenas ser valioso ou não valioso é um razão. Se é provável que o governo não vai julgar estes assuntos corretamente, então ele não tem autoridade para os julgar de modo algum. Em segundo lugar, a doutrina da liberdade baseada na autonomia baseia-se primariamente na importância da autonomia e do pluralismo de valor. Autonomia significa que uma vida boa decorre de uma criação livre. O pluralismo de valor significa que há uma multiplicidade de opções valiosas para escolher e condições favoráveis à escolha. A doutrina da liberdade resultante fornece e protege essas opções e condições. Entretanto, o princípio da autonomia é compatível com a coação legal da moralidade?[389]

Para que a resposta ao trecho acima seja um sonoro "Não!" e permita a Raz ressaltar seu quê liberal é preciso então dar contornos mais precisos ao modo como pretende reabilitar o princípio do dano. Evidentemente tais contornos devem ser amplos o suficiente para abarcar danos cometidos, inclusive, contra o próprio agente quando em risco as possibilidades de uma vida autônoma. O

princípio do dano volta ser um mediador construído em favor da liberdade mas agora inserido em um doutrina distinta daquela que motivou sua articulação inicial. De acordo com Raz, o princípio milliano mantém seu vigor para impedir a imposição da moral baseada em meros sentimentos de repugnância ou simplória imposição da moral socialmente estabelecida, ou seja, continua a prestar seus serviços contra o moralismo legal e em favor de um ideal racional de liberdade e autonomia pessoal.

A autonomia e o princípio do dano tem em comum a ideia de que qualquer ato que impeça alguém de ter opções adequadas, sejam em oportunidades ou habilidades, ou fruste sua busca por projetos e compromissos, está a lhe inflingir um dano. Raz reinterpreta o princípio do dano de modo a entender que causar dano a outrem significa deixar "a pessoa em pior situação do que ela estava, ou deveria estar, em um modo que afeta seu bem-estar futuro"[390].

---

[388] Raz, op. cit. p. 385.
[389]Ibid. p. 385-386.
[390]RAZ, Joseph. A Moralidade da Liberdade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 387.

À falta de conteúdo do princípio do dano, apontada por seus críticos como falha tão grave a ponto de torná-lo inútil, Raz preenche-o com a noção de bem-estar individual[391]. A própria ideia de causar dano é plena de sentido normativo cujo sentido específico somente pode ser aferido a partir da teoria moral na qual se insere, pois, como afirma Raz, "[s]em uma tal conexão com a teoria moral, o princípio do dano é um princípio formal carente de conteúdo concreto específico e que não leva a nenhuma conclusão plausível"[392].

A reinterpretação de Raz do princípio do dano procura não somente restabelecê-lo como princípio liberal por excelência como livrá-los de fragilidades que teriam afetado a importância. A primeira das objeções que Raz entende ser necessária afastar é a de que o princípio do dano não permitiria a redistribuição de renda, como a provisão de serviços públicos como saúde e educação, pela via tributária; e a segunda de que a evitação do dano é necessária porque é moralmente correta, constituindo o princípio do dano ele próprio uma tentativa de imposição da moralidade[393]. A segunda objeção não se oferece como problema para Raz porque, como já visto, defende que a promoção da moralidade é, sim, função estatal[394], portanto, a questão não é sobre a imposição da moralidade, e sim qual moralidade pode ser imposta e o modo pela qual a moralidade pode ser imposta.

O que subjaz à pretensão raziana é a mudança topográfica do princípio do dano. Se em Mill, o princípio era um mediador entre a liberdade individual e a soberania popular funcionando como verdadeira barreira à intervenção estatal e social nas escolhas do agente; em Raz o princípio do dano torna-se o princípio *conformativo*para a intervenção estatal legítima, isto é, a mediação passa a ser feita a partir de considerações de autonomia pessoal e o princípio do dano passa a se referir apenas e tão-somente ao *modo* pelo qual a interferência pode ser feita.

Entende Raz permanecer assim o núcleo individual livre da coação como pretendido por Mill com uma alteração fundamental de perspectiva: se antes nenhuma intervenção em benefício do agente era possível, exceto nos casos de danos a terceiros; diante da ressignificação do princípio empreendida por Raz, a norma jurídica de caráter paternalista ou perfeccionista é possível desde que não se utilize da coerção. O objetivo do princípio não mais atinge razões paternalistas e perfeccionistas para a intervenção, excluindo sua

---

[391]Ibid. p. 387.
[392]Ibid. p. 387-388.
[393]Ibid. p. 388: Raz então elabora a pergunta que os críticos do princípio do dano se fazem: "Se assim é, por que interromper a prevenção do dano? Por que não impingir o resto da moralidade?"
[394]Ibid. p. 388.

legitimidade justificadora; estas para Raz encontram-se plenamente justificadas. É a coerção o único elemento a permanecer alijado da equação em respeito à autonomia pessoal[395].

Assim, a partir do princípio da automia a coerção nunca será moral e politicamente legítima se não houver lesão[396]. Ocorre que o sentido de lesão também ganha novo significado diante da ideia de a atuação do Estado não mais se restringir à proteção da autonomia mas também a seu fomento. Deixar de empreender tentativas razoáveis de tornar os integrantes de uma determinada comunidade seres autônomos é, na perspectiva raziana, uma forma de lesá-los[397]. Negar o que devemos ao outro é uma forma de lesão constituindo-se um equívoco a noção de dano como a de uma ação que leva a alguém a uma situação pior do que a original. Segundo Raz, lesar alguém pode ser entendido também como deixá-lo na mesma situação em que se encontra, de acordo com os parâmetros de vida autônoma racionalmente estipulados. Assim, a omissão diante do dever de melhorar a situação de alguém é dano.

O entendimento raziano acerca do que constitui "dano" ultrapassa a ideia comum que pressupõe um prejuízo causado de modo direto e relevante a alguém. Diante do dever moral do Estado em prover condições adequadas de autonomia, Raz amplia a noção de dano para atingir classes de pessoas, não mais indivíduos determinados. "Um governo que tem um dever moral de aumentar as pensões dos idosos lesa os pensionistas se não conseguir fazê-lo, embora ele não lese nenhum pensionista em particular"[398].

Deste modo, Raz acredita que o princípio do dano pode, se vinculado aos deveres baseados na autonomia, superar a objeção à redistribuição de renda pela via tributária. O dever do Estado de cobrar impostos é apenas um resultado lógico de seu dever de fomentar a autonomia individual, razão pela qual precisa de recursos e, por isso, a restrição natural à coerção tributária se justifica por não configurar dano[399]. Embora em diferentes perspectivas, o princípio do dano em Raz preserva a base milliana ao manter o conceito de dano como um prejuízo a um interesse legítimo, sendo que a legitimidade dos interesses é conferida por

---

[395] "Isso significa que os governos deveriam promover a qualidade moral da vida daqueles cujas vidas e ações poderiam ser afetadas por eles. Essa concessão importa na rejeição do princípio do dano? Importa, de acordo com a concepção comum que diz respeito ao objetivo e à função do princípio como sendo uma restrição à liberdade dos governos de impingir moralidade. Eu gostaria de propor um entendimento diferente disso, de acordo com o qual é o princípio sobre o meio próprio de impingir moralidade. Em outras palavras, eu sugeriria que o princípio é derivado de uma moralidade que diz respeito à autonomia pessoal como um ingrediente essencial da vida boa, e observa o princípio da autonomia, que impõe deveres às pessoas para garantir todas as condições de autonomia, como um dos mais importantes princípios morais" (v. RAZ, Joseph. A Moralidade da Liberdade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 388)

[396] Ibid. p. 388.

[397] Ibid. p. 388.

[398] Ibid. p. 389.

[399] Raz afirma que nem todos os tributos podem ser justificados pelo princípio da autonomia, mas se não o podem não devem ser cobrados (v. RAZ, Joseph. A Moralidade da Liberdade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 390)

aqueles atos e efeitos que possam ser tidos como direcionados à preservação e ao fomento da autonomia individual.

O liberalismo raziano se consuma e, de acordo com o próprio, a incompatibilidade com um princípio de origem marcadamente perfeccionista desfaz-se se o objetivo liberal de proteção contra a coerção ilegítima se mantém de pé. Como ressalta, os "[o]bjetivos perfeccionistas precisam ser atingidos sem o uso da coerção. Um governo que subsidia certas atividades, recompensa sua busca e anuncia a sua disponibilidade encoraja essas atividades sem usar coerção"[400].

A perspectiva raziana equilibra-se entre o desejo liberal de não impor determinados modos de vida a quem não os deseja e a não hesitação perfeccionista diante daquilo que se entende serem as formas mais elevadas de vida; e o princípio do dano ganha relevância para evitar que o ideal moral de retirar formas repugnantes do quadro de escolhas de um indivíduo não se transforme pela utilização da coerção em fonte de dominação, e portanto de perda da autonomia.

A coerção é instrumento bruto, impreciso e superficial diante dos dramas e desejos humanos e o veículo próprio da coerção, a lei, devido às suas necessárias características de impessoalidade e generalidade, age de tal forma que "não há modos práticos de assegurar que a coerção vai restringir as escolhas da vítima de opções repugnantes, mas não vai interferir nas suas outras escolhas"[401].

A coerção em si não é o objeto de repulsa da teoria raziana; a recusa ocorre porque diante de todas as circunstâncias que a cercam é incapaz de se constituir em objeto sofisticado o suficiente para atingir apenas as opções moralmente repugnantes. Restringi-la às condutas lesivas, como o faz adequadamente o princípio do dano, é garantia coerente contra esta sua característica obtusa.

A crítica mais evidente a ser produzida a partir do entendimento do princípio do dano, um instrumento de liberdade que buscou em seu desenvolvimento histórico-intelectual criar limites à intervenção estatal, é a de que a tentativa raziana de acoplá-lo à sua teoria produz resultados decepcionantes. Na hipótese de o Estado entender que a coerção afeta apenas e tão-somente a condutas consideradas repugnantes, então a teoria raziana não retiraria a legitimidade da intervenção.

Embora se pretenda uma noção racional, de modo que meras alegações não bastam sem fundamento em argumentos coerentes, Raz aceita que sua visão está de fato atrelada a

---

[400]Ibid. p. 390.
[401]Ibid. p. 391.

questões circunstanciais, isto é, à inexistência por ora de instrumentos coercitivos que afetem apenas e tão-somente a conduta repugnante. Haveria, porém, um ganho ao aproximar-se da realidade dos fatos distanciando-se da abstração filósofica e permitindo que a experiência concreta – a partir de certos pressupostos da razão – possa ditar os limites, avanços e retrocessos da intervenção destinada a livrar o agentes de suas próprias escolhas repugnantes. O perfeccionismo de Raz busca, ingenuamente ou não, aproximar-se mais da realidade do que teorias antiperfeccionistas de aceitação do mundo como tal.

O princípio do dano a partir da perspectiva raziana *conforma* a intervenção estatal não a ponto de impedir justificações perfeccionistas ou paternalistas, e sim para guiá-lo no *modo* correto de fazê-lo.

> Considerando-se que as pessoas deveriam levar vidas autônomas, o Estado não pode forçá-las a ser morais. Tudo que ele pode fazer é fornecer condições de autonomia. O uso da coerção invade a autonomia e, assim, prejudica o propósito de promovê-la, a não ser que isso seja feito para promover autonomia, evitando-se o dano[402].

O princípio do dano tem importância na defesa da liberdade, mas se tomado em sua medida correta. O princípio merece papel de destaque por seu valor permanente, mas seu lugar no palco das liberdades não é no papel de protagonista, e sim no de coadjuvante. Trazê-lo ao papel principal "negligencia outros aspectos da doutrina da liberdade", pois "encoraja uma crença falsa que liberdade política é liberdade de coerção, nada mais, nada menos. Ela cega-nos para as razões válidas por trás da nossa preocupação quanto ao uso da coerção, isto é, que, frequentemente, embora nem sempre, esta é sujeita ao uso excessivo, e que coerção política infringe a autonomia do coagido"[403]

Raz entende que sua visão do princípio do dano[404] vai além da visão dominante de condição necessária à coerção legítima, pois o dano deve avaliado de acordo com sua importância e diante de sua natureza. O parâmetro a balizar sua correta aplicação será sempre

---

[402] RAZ, Joseph. A Moralidade da Liberdade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 392.
[403]Ibid. p. 393.
[404] As mudanças que Raz empreende no princípio do dano são mais radicais do que Raz deixa vislumbrar. Segundo Robert P. George: "[e]m suas mãos [de Raz], este princípio [do dano] não divide a açãp humana em categorias em "autorreferentes" e "heterorreferentes"; nem identifica a esfera de moralidade ou imoralidade puramente privada. Onde, em favor da autonomia, Raz proibiria os governos de usar a coerção para desencorajar ou prevenir o vício, ele não manteria que estes vícios não são da conta do governo. Menos ainda ele supõe que os governos devem tolerar certos vícios porque eles caem dentro de um direito geral de privacidade ou constituem direitos humanos ou liberdades civis. Ele acredita que os governos podem avançar no combate ao vício, mas eles tem de restringir-se a meios que não são coercitivos" (v. GEORGE, Robert P.. Making Men Moral: Civil liberties and Public Morality. Oxford: Clarendon Press, 2002. P. 171)

a autonomia pessoal de maneira a evitar o uso da coerção para evitar ofensas[405], com algumas exceções circunstanciais[406]. Ao final e ao cabo, Raz não só defende uma cultura pública de valorização de certos gostos e objetivos, o que não seria contrário ao princípio do dano, como ironiza a preocupação liberal com o paternalismo e sua luta inglória contra coações irrelevantes como, por exemplo, a imposição do uso do cinto de segurança.

A crítica que Raz direciona aos liberais contemporâneos é a de que a preocupação com a liberdade parece não ter alcançado intervenções às quais os liberais recorrem profusamente e que podem ser classificadas de "paternalismo indireto"[407] (restrições sanitárias e publicitárias, por exemplo), que não usam de coerção contra seus protegidos, mas limitam enormemente suas opções.

As intervenções paternalistas parecem variar dentro de um espectro tão amplo a alcançar desde a imposição ao uso de cinto de segurança até a vedação de suicídio assistido o que torna, para Raz, a reflexão acerca do paternalismo uma bizantinice. Isto porque as restrições à intervenção perfeccionista estariam limitadas àquelas que efetivamente criassem as condições de autonomia pessoal desde que o uso da coerção esteja legitimada a partir dos pressupostos do princípio do dano.

Existem múltiplas formas de vida com virtudes incompatíveis cuja natureza moral leva à doutrina da liberdade, que, como vista acima, valoriza a idéia de liberdade positiva, a participação do Estado nos ideais de autonomia pessoal e restringe os meios pelos quais é possível levar a efeito os ideais de vida boa.

Raz compartilha a idéia de que a responsabilidade individual é contrária ao paternalismo, afastando-se, porém, do que entende ser sua visão mais simplória. Afinal, respeitar um indivíduo é respeitar seu bem-estar. A rejeição do individualismo moral embora aproxime Raz do que comumente se entende por comunitarismo, não o faria aproximar-se dos perigos de um Estado centralizado, porque o ideal que o move é o da autonomia individual,

---

[405] Para o significado de "ofensa" como estado emocional que pode vir a ser ou não considerado dano, v. nota de rodapé nº 98.

[406] "Considerações baseadas na autonomia não admitem a extensão do princípio do dano além do seu próprio escopo para legitimar o uso da coerção para evitar ofensa. A coerção pode ser usada para evitar casos extremos em que ofensas ou feridas severas aps sentimentos alheios interferem ou diminuem a habilidade da pessoa para levar uma vida autônoma normal na comunidade. Mas uma ofensa como essa deve ser restringida e controlada por outros meios que não invadam a liberdade" (v. RAZ, Joseph. A Moralidade da Liberdade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 393-394).

[407] A classificação em paternalismo direto e indireto remete à relação entre o indivíduo protegido e aquele que sofre a coação legal, se ambos se identificam, como no caso do indivíduo que é forçado a usar cinto de segurança, tratar-se-á de paternalismo direto**.** No entanto, se para proteger o indivíduo é necessário coagir um terceiro além do sujeito beneficiado, a prática seria exemplo de paternalismo indireto, como no caso da punição a quem auxilia o suicida ou da punição ao traficante de drogas (v. FEINBERG, Joel. Harm to Self: The moral limits of Criminal Law. Volume III.Nova Iorque: Oxford University Press, 1986 P. 9-10).

tampouco de mudanças radicais da estrutura política porque "[o] papel do governo", como ressalta Raz, "é extensivo e importante, mas limitado a manter condições estruturais tendentes ao pluralismo e à autonomia"[408].

É natural que a percepção de corrupção no Estado leve a tentativas de limitação dos poderes estatais. Mas não há como livrar a política de suas tensões naturais e dos perigos que rondam qualquer tentativa de compromisso entre seres imperfeitos; compromissos que devem ter um ideal de liberdade e igualdade a guiá-los, mas, ao mesmo tempo, resultam sempre em uma liberdade e igualdade imperfeitas para todos.

O princípio do dano integra as tentativas da razão de mitigar os efeitos deletérios de uma liberdade assim atingida, e seus sucessos e fracassos já fazem parte da história das idéias jurídico-políticas independentemente de seu futuro.

[408] RAZ, Joseph. A Moralidade da Liberdade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 398.

4 CONCLUSÃO

> Negligenciar o campo do pensamento político pelo fato de seu tema básico – instável e pleno de arestas – não se enquadrar em conceitos fixos, em modelos abstratos e de não poder ser manobrado por delicados instrumentos adaptáveis à análise lingüística ou lógica – para exigir uma unidade de método em filosofia e rejeitar qualquer outra coisa que tal método não possa solucionar – é simplesmente entregar-se a crenças políticas primárias e desprovidas de críticas.
>
> Isaiah Berlin[409]

No primeiro capítulo analisou-se a elaboração do princípio do dano como parte do projeto liberal em que se avança na construção do Estado moderno da limitação do Estado pelo Direito para a limitação do próprio Direito. A ideia motriz é a de que o indivíduo, considerado em si mesmo, precisa de um espaço de liberdade para exercício e florescimento de suas faculdades racionais; espaço onde, segundo John Stuart Mill, uma vez livre do costume, do hábito e da interferência do Estado, poderá, de maneira original e espontânea, experimentar e criar as mais diversas formas de vida.

O princípio do dano é nesse sentido herdeiro do ideário iluministano embate da razão contra a autoridade quando empreende um processo de racionalização do arbítrio estatal diante das liberdades individuais. Se a norma jurídica nas democracias deriva da vontade de maiorias ocasionais, que impõem aos demais suas opiniões como se fossem certezas absolutas, necessário erigir então um princípio normativo que permitaavaliar a legitimidade e a ilegitimidade da coerção estatal. Livre de coerção externa, seja do Estado ou da opinião pública, o indivíduo poderia conhecer a verdade na discussão de ideias, florescer em sua diversidade e, se apelar à razão, associar-se à busca pelo bem comum.

Ora, se a liberdade é o veículo do bem, a única coerção legítima é a que se destina, única e exclusivamente, à autoproteção do indivíduo. O princípio do dano permite afirmar que a coerção somente pode ser moralmente aceita se, e somente se, for destinada contra a causação de dano a terceiros. O que significa dizer que a coerção é moralmente legítima e politicamente aceitável quando afeta diretamente interesse relevante de outro indivíduo, ou seja, quando viola uma obrigação determinada ou determinável instituída pela sociedade ou

---

[409]BERLIN, Isaiah. Dois Conceitos de Liberdade. *In:* BERLIN, Isaiah. Quatro ensaios sobre a Liberdade. Brasília: Editora Universidadade de Brasília, 1981. Coleção Pensamento Político nº.: 39. p. 134.

pelo indivíduo. Não pode haver apelo para justificação da coerção a motivações meramente emotivas, tampouco que recorram ao próprio bem-estar do indivíduo ou sua conduta virtuosa.

No segundo capítulo, o contexto das ideias se altera. Diante do morticínio produzido por duas guerras mundiais, parece não haver mais espaço para a crença no progresso como um caminho inexorável para a humanidade, nem para a confiança no indivíduo como o senhor de seu destino. Nesse cenário, H.L.A. Hart refuta críticas moralistas contra movimentos de emancipação e libertação que tentam livrar do jugo da sanção criminal condutas inofensivas como a prática de atos homossexuais entre adultos do jugo da sanção criminal.

Foi ao princípio do dano que Hart apelou para reputar como moralmente ilegítimos tipos penais cujo fundamento era apenas e tão-somente a repugnância pelo que era estranho ou diferente e o único resultado a miséria e a dor. Diante do ceticismo reinante, Hart, porém, recuou quando vislumbrou em sua plenitude as consequências libertárias do princípio do dano e entendeu dever afastar-se de seu antipaternalismo radical para justificar, por exemplo, como fruto de proteção paternalista justificada, a irrelevância conferida pelo Direito Penal ao consentimento do ofendido como causa de exclusão da ilicitude.

Se o apelo ao paternalismo distingue Hart de Mill, a defesa da razão os aproxima para cerrarem fileiras contra os sentimentos e a opinião, frágeis e cambiáveis por natureza, como justificativa ao uso do poder coercitivo da lei. Não é relação em si entre moral e direito o que deve ser evitada (eis que Hart, como se sabe, defende a existência de um "conteúdo mínimo do Direito Natural" no direito positivo), é a sobreposição moralista sobre o direito que sufoca formas plurais de existência, mesmo quando sua coexistência, em um ambiente de tolerância, já se provou possível pela sociedade contemporânea.

No terceiro e último capítulo, a elaboração de princípios mediadores da liberdade que permitem a justificação da coerção de natureza paternalista e afastam a de natureza perfeccionista, como Hart tentou fazê-lo com o princípio do dano, encontra novos parâmetros na filosofia política a partir do êxito de *Uma Teoria da Justiça*. Sem apelar a padrões de perfeição, Rawls entende que a teoria dos bens primários lhe permite estabelecer padrões razoáveis de racionalidade a partir dos quais as condutas individuais podem ser avaliadas e, eventualmente, reconduzidas pela coerção legítima aceita por todos na posição original. A recondução à conduta racional é claramente paternalista, mas nunca perfeccionista. O paternalismo é elemento que possibilita reestabelecer os indivíduos em suas posições de igualdade de modo a lhes permitir a autorrealização de suas próprias concepções de bem.

Ao liberal-igualitarismo de Rawls opôs-se o liberal-perfeccionismo de Joseph Raz que recorre ao princípio do dano para encontrar critérios de legitimidade para coerção. O

empreendimento raziano tenta demonstrar que a concepção de Estado nas democracias liberais não precisa adotar parâmetros de neutralidade, tampouco se afastar de concepções de bem para preservação da autonomia individual, desde que esta, a autonomia, seja o seu norte. Em termos mais diretos, para Raz o indivíduo integrante das sociedades liberais do ocidente tem de ser autônomo e, por isso, pode ser direcionado para que faça escolhas entendidas como socialmente valiosas e recuse aquelas entendidas socialmente como repugnantes. O critério normativo de Raz, sua noção de bem não é conferida *a priori*, e sim fruto da apreensão racional das relações interssubjetivas e das formas sociais encontradas em sociedades democráticas.

A fim de evitar os riscos do uso da coerção a partir de sua concepção perfeccionista de política e de direito, Raz retorna ao princípio do dano como critério avaliador da coerção e sua legitimidade. Retira, porém, do princípio o que lhe havia sobrado dos elementos conferidos por Mill, e ainda remanescentes da reelaboração hartiana, para instrumentalizá-lo à consecução dos objetivos de autonomia pessoal e liberdade positiva.

Alegações do caráter paternalista ou perfeccionista perdem completamente a importância, inclusive o conceito de "dano" – para desvincular-se de qualquer ligação com o individualismo moral do qual se originou - recebe novo significado para deixar de ser o dano direto e relevante referente a um determinado indivíduo para atingir uma classe de pessoas. De todo modo, o perfeccionismo de Raz não clama pela imposição da moral pela via da coerção e entende que a adoção do princípio do dano o mantem como um típico representante liberal. Se, por um lado, o Estado pode avançar diante daquilo que se entende imoral ou repugnante, por outro, os meios e modos utilizados não podem ser caracterizados pela força.

Em breve síntese, estas foram as formulações que se entendeu mais importantes do princípio do dano e que ora permitem algumas conclusões.

1. Para servir à proteção da liberdade negativa, Mill elaborou uma distinção entre atos (autorreferentes e heterorreferentes), interesses (diretos e indiretos) e motivações para intervenção (racionais, paternalistas, perfeccionistas e emotivas) que são sólidas e coerentes com seu intento de classificar a coerção como legítima ou ilegítima.
2. O princípio da utilidade tido por Mill como o fundamento último não somente do princípio do dano como de todas as questões éticas revela, porém, uma incompatibilidade fatal ao projeto proposto em *On Liberty*.Isto porquehá incompatibilidade lógica entre a liberdade absoluta defendida por Mill e o princípio ético teleológico ao qual sua filosofia se

vincula, o que, salvo pela presença do elemento que será visto no próximo item, proíbe a inferência de que o desenvolvimento das habilidades pessoais, o apreço pelos mais diversos valores, levará necessariamente ao bem-estar coletivo.

3. O que subjaz ao projeto liberal milliano e permite-lhe associar o princípio do dano ao princípio da utilidade é a idéia de inexorabilidade do progresso humano. Sem as restrições e amarras do costume, do hábito e da intervenção estatal, liberdade negativa em seu sentido mais puro, o indivíduo direcionar-se-ia à perfeição de sua natureza porque Mill expressamente o entende como um "um ser de progresso"[410].

A afirmação cuja veracidade Mill não se preocupa em demonstrar justifica a afirmação de Wolff, vista no primeiro capítulo, de que toda estrutura montada por Mill para defesa da liberdade está apoiada em profissão de fé. Ou, na analogia de Gray, a racionalidade Mill presente em seu apreço pela liberdade é da mesma espécie existente na "aposta de Pascal"[411].

4. No combate ao moralismo legal defendido por Devlin, Hart consegue demonstrar a irracionalidade da criminalização de condutas inofensivas, mas a um custo alto para o princípio do dano. Incapaz de partilhar a fé professada por Mill na perfectibilidade do indivíduo livre, Hart mitigou o princípio do dano para justificar intervenções de caráter paternalista e justificar a irrelevância dada pelo ordenamento ao consentimento do ofendido como causa excludente de ilicitude. Devlin tem razão neste ponto específico ao ressaltar que, para além da incongruência com o liberalismo milliano, Hart é incoerente com sua própria concepção individualista do direito.

5. Para escapar dos resultados de uma *reductio ad absurdum* do princípio do dano, Hart apela ao conceito de paternalismo para justificar a irrelevância do consentimento do ofendido e assim evitar a influência moralista da sociedade no Direito. Mas se de paternalismo se trata, isto é, de uma proteção contra a incapacidade temporária do indivíduo adulto e consciente em decidir por si próprio, caberia à Hart permitir uma via de escape para a decisão individual acerca da atitude danosa contra seus próprios interesses. Se não o faz, confere caráter absoluto ao ceticismo quanto à capacidade individual de decisão e não há mais razão suficiente a impedir o controle das decisões morais. O que inicialmente era uma concessão ao paternalismo tornou-se uma brecha para o perfeccionismo.

Nesse sentido, Mill estava alerta para a fragilização da confiança na capacidade do racional do indivíduo e as consequências fatais para o princípio do dano: "A liberdade,

---

[410] MILL, John Stuart. A liberdade.São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 19.
[411] GRAY,John. Mill on liberty: a defence. 2nd Edition. Nova Iorque: Routledge, 1996, p. 146.

enquanto princípio, não tem aplicação a qualquer estado de coisas anterior a uma altura em que a humanidade se tenha tornado capaz de se desenvolver através de uma discussão livre e equitativa"[412]

6. Ao utilizar-se do princípio do dano, para ajustá-lo às necessidades de uma concepção perfeccionista de ética, política e direito, Raz priva a noção de "dano a terceiros" das distinções presentes na concepção milliana, e remanescentes na versão de Hart. Não há mais atos autorreferentes e heterorreferentes ou interesses direta ou indiretamente afetados.

Ao contrário, como é um dever pessoal cuidar para os demais integrantes da comunidade sejam autônomos, deixar de fazê-lo é forma de causar danos a terceiros. Além disso, "dano" não mais restringe-se à noção de prejuízo como a ação ou omissão que deixa alguém em situação *pior* do que a estava e passa a abranger a ação ou omissão que deixa alguém na *mesma* situação em que se encontra. "Dano" escapa, inclusive, da relação entre dois indivíduos para alcançar classes de indivíduos.

7. Em Raz, "dano" é sempre avaliado perante o prejuízo causado à autonomia pessoal, mas termos como "prejuízo" e "autonomia", por sua relação com as formas sociais e ideais de bem, são de tal forma ampliados que o princípio do dano torna-se um instrumento obtuso incapaz de proteger a liberdade individual porque quaisquer tentativas um pouco mais sofisticadas de limitação da liberdade passam no teste do princípio do dano tal como Raz o concebe. Rawls resume bem o problema quando afirma que "[a]s liberdades da cidadania igual ficam inseguras quando fundamentadas em princípios teleológicos"[413].

8. A conversão progressiva do princípio do dano de elemento integrante de uma concepção de liberdade negativa para positiva se consuma em Raz. Em Mill, a ausência de coerção externa é o objetivo que, em Hart, já recebe influxo positivos com a abertura a considerações paternalistas; e, por fim, despe-se o princípio do dano na teoria raziana de suas características originais para inserir-se completamente numa concepção de liberdade positiva.

Consideradas a pergunta motriz desta dissertação, a hipótese aventada e as conclusões acima expostas, entende-se possível chegar a conclusão de que o princípio do dano mostrou-se frágil, e por isso ineficaz, em sua tentativa de delimitar um espaço de liberdade individual imune ao direito.

O que não significa necessariamente o fracasso filosófico-político do empreendimento liberal iniciado por Mill, eis que a tentativa de estabelecer um princípio

---

[412]MILL, John Stuart. Sobre a Liberdade. Lisboa: Edições 70, 2006. p. 41.
[413] RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 259.

teórico ao alcance do direito construiu uma ideário que permitiu surgirem conceitos como os de paternalismo e perfeccionismo jurídicos, e a consequente necessidade de aprimorar as justificativas para restrições desde as mais irrelevantes, como a imposição ao uso do cinto de segurança, às mais controversas, como a proibição do uso de drogas ou da eutanásia. O tema também confere oportunidades de reflexão acerca do que constitui o bem jurídico penal sem o recurso a uma teoria dos direitos.

Diante dos limites estreitos deste trabalho não foi possível avançar sobre estas áreas, mas, espera-se, que pelo menos alguns caminhos interessantes tenham sido apontados.

REFERÊNCIAS

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

ALEXANDER, Larry. The Legal Enforcement of Morality. In: FREY, R.G.; WELLMAN, Cristopher Heath (Eds.). *A Companion to Applied Ethics*. Oxford: Blackwell, 2003. p. 128-141.

AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2010. v. 4.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

BARRETTO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____ (Org.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2006.

_____; BRAGATTO, Fernanda Frizzo. *Leituras de Filosofia do Direito*. Curitiba: Juruá, 2013.

BERLIN, Isaiah. Dois Conceitos de Liberdade. In: _____. *Quatro ensaios sobre a Liberdade*. Brasília: Universidadade de Brasília, 1981. p. 133-175. (Coleção Pensamento Político, nº. 39).

_____. Dois Conceitos de Liberdade: o Romântico e o Liberal. In: _____. *Ideias Políticas na Era Romântica*: Ascensão e Influência no Pensamento Moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 216-269.

_____. Introdução. In: Mill, John Stuart. *A liberdade; Utilitarismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 7-54.

_____. John Stuart Mill and the ends of life. In: HARDY, Henry (ed.). *Liberty*. Oxford: Oxford University, 2002. p. 218-251.

_____. Two concepts of liberty. In: HARDY, Henry (ed.). *Liberty*. Oxford: Oxford University, 2002. p. 166-217.

BOBBIO, Norbeto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 11. ed. Brasília: Editora UNB, 2003.

BUCKLEY, F.H. *Fair Governance*: Paternalism and Perfectionism. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009.

CHEVALIER, Jean; GHEERBRANT, Alain. *Dicionário de Símbolos*. 24. ed. Rio de Janeiro: José Olympo, 2009.

CLAYES, Gregory. *Mill and Paternalism*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2013.

COLOMER, José Luis. *Autonomía y gobierno:* Sobre la posibilidade de un perfeccionismo liberal. Alicante, Espanha: Ingra, 1989. 105 p. Disponível em: <http://publicaciones.ua.es/filespubli/pdf/02148678RD23519750.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2014.

CUNNINGHAM, Frank. *Teorias da Democracia*: Uma Introdução Crítica. Porto Alegre: Artmed, 2009.

DEVLIN, Patrick. *The Enforcement of Morals*. Indianapolis: Liberty Fund, 2009.

DOUGLAS, Jack D. Cooperative Paternalism versus Conflictful Paternalism. In: SARTORIUS, Rolf (Ed.). *Paternalism*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1987. p. 171-200.

DWORKIN, Gerald. Paternalism. In*:* SARTORIUS, Rolf (Ed.). *Paternalism*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1987. p. 19-34.

_____. Paternalism. In: AUDI, Robert (Ed.). *The Cambridge Dictionary of Philosophy*. 2nd ed. Nova Iorque: Cambridge University Press, 1999. p. 649.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. Lord Devlin and The Enforcement of Morals. *Yale Law Journal*, [S.l.], v. 75, n. 6, p. 986-1005, May 1966. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3611>. Acesso em: 14 abr. 2013.

FEINBERG, Joel. Legal Paternalism. In*:* SARTORIUS, Rolf (Ed.). *Paternalism*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1987. p. 3-18.

_____. *Filosofia Social*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974.

_____. *Harm to Self*: The moral limits of Criminal Law. Nova Iorque: Oxford University Press, 1986. v. 3.

_____. *Offense to Others*: The Moral Limits of the Criminal Law. Nova Iorque: Oxford University Press, 1985. v. 2.

_____. Some Unswept Debris From The Hart-Devlin Debate. *Synthese*, [S.l.], v. 72, n. 2. p. 249-275, August 1987.

FRANKENA, William K. *Ética*. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981.

FREUD, Sigmund. *Mal Estar na Civilização, novas conferências introdutórias à psicanálise e outros textos (1930-1936)*. São Paulo: Companhia da Letras, 2010.

_____. *Totem e Tabu e outros trabalhos (1913-1914)*. Rio de Janeiro: Imago, 1996

GALVÃO, Pedro. Introdução à edição portuguesa de Utilitarismo de Mill. In: MILL, John Stuart. *Utilitarismo*. Porto: Porto Editora, 2005. p. 9-38.

GARNER, Bryan (Ed.). *Black's Law Dicionary*. 7th ed. Saint Paul: West Group, 2000.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. ¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico? *Doxa*, Alicante, 1988, n. 5, p. 155-173. Disponível em: <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10872>. Acesso em: 22 set. 2013.

GEORGE, Robert P. *Making Men Moral*: Civil Liberties and Public Morality. Oxford: Clarendon Press, 2002.

GERT, Bernard; CULVER, Charles M.; CLOUSER, K. Danner. *Bioethics*: A Return to Fundamentals. Nova Iorque: Oxford University Press, 1997.

GRAY, John. *Isaiah Berlin*. Rio de Janeiro: Difel, 2000. (Coleção Mestres do Pensamento).

_____. *Mill on liberty*: a defence. 2nd ed. Nova Iorque: Routledge, 1996

_____. Mill's Conception of Happiness and The Theory of Individuality. In: _____; G.W. Smith (Eds.). *J.S. Mill On Liberty in Focus.* Nova Iorque: Routledge, 1991. p. 190-211.

GUISÁN, Esperanza. El Utilitarismo. *In:* CAMPS, Victoria (Ed.). *Historia de la Ética*: La Ética Moderna. Barcelona: Editorial Crítica, 2009. p. 475-476. v. 2

HAKSAR, Vinit. *Equality, Liberty, and Perfectionism.* Nova Iorque: Oxford University Press, 1979.

HARCOURT, Bernard. *The Collapse of the Harm Principle Redux*: On same-sex marriage, The Supreme Court's Opinion in U.S. v. Windsor, John Stuart Mill's essay on Liberty (1859), and H.L.A. Hart's Modern Harm Principle. *Public Law and Legal Theory Working Papers of The University of Chicago Law School.* Chicago. August 16, 2013. 28 p. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2311329>. Acesso em 25 jan. 2014.

HART, H.L.A. *O Conceito de Direito.* 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

_____. *Direito, Liberdade, Moralidade.* Porto Alegre: Sergio Fabris Editor,1987.

_____. *Law, Liberty and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

_____. Social Solidarity and the Enforcement of Morality. In: _____. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Nova Iorque: Clarendon University Press, 1983. p. 248-262.

HEGEL, G.W.F. *Filosofia do Direito*. São Leopoldo, RS: Ed. Unisinos, 2010.

HIMMELFARB, Gertrude. *On Liberty & Liberalism*: The Case of John Stuart Mill. San Francisco: ICS Press, 1990

HODGES, Andrew. *Alan Turing*: The Enigma. Princeton: Princeton University Press, 2012

HURKA, Thomas. *Perfectionism.* Nova Iorque: Oxford University Press. 1993.

KAHAN, Alan S. *Aristocratic Liberalism*: The social and Political Thought of Jacob Burckhardt, John Stuart Mill, and Alexis de Tocqueville. Oxford: Oxford University Press, 1992

KANT, Immanuel. On the relationship of theory to practice in political right (against Hobbes). *In:* _____. *Political Writings*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. P. 73-86. (Cambridge Texts in History of Political Thought).

LIMA Vaz, Henrique C. *Antropologia Filosófica*. São Paulo: Loyola, 1991. v. 1.

MARCUSE, Herbert. Represssive Tolerance. *In:*WOLFF, Robert Paul; MOORE Jr, Barrington; e MARCUSE, Herbert. *A Critique of Pure Tolerance*. Boston: Beacon Press, 1965. p. 81-117.

MERQUIOR, José Guilherme. *As Idéias e as Formas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1981.

MILL, John Stuart. Considerations on Representative Government. *In:* ROBSON, J.M. (ed.). *Collected Works of John Stuart Mill*.. J.M. Robson (Ed.). Toronto: Toronto University Press, 1977. v. XIX.

_____. *On Liberty.*Alan Ryan (Ed.). Nova Iorque: Penguin Books, 2006

_____. *Sobre a liberdade.* Tradução Pedro Madeira. Lisboa: Edições 70, 2006.

_____. *A Liberdade, Utilitarismo*. Tradução Eunice Ostrensky . São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito*: Dos Gregos ao Pós-Modernismo. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MULGAN, Tim. *Utilitarismo*. Petrópolis: Vozes, 2012.

MULHALL, Stephen e SWIFT, Adam. *Liberals & Communitarians*. 2nd ed. Oxford: Blackwell Publishing, 1996.

NINO, Carlos Santiago. *Ética e Direitos Humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2011.

_____. *Ética y Derechos Humanos*: Un ensayo de fundamentación. Barcelona: Editorial Ariel, 1989.

NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

NUSSBAUM, Martha C. *Hiding from Humanity*: Disgust, Shame, and the Law. Princeton: Princeton University Press, 2004.

PARRY, Geraint. Individuality, politics and the critique of paternalism in John Locke. *Political Studies.* v. 12, n. 2. p. 163-177. June 1964.

POSNER, Richard A. Foreword to Liberty, Equality, Fraternity de James Fitzjames Stephen (1874). Chicago: The University of Chicago Press, 1991.

QUONG, Jonathan. Public Reason. *In* ZALTA, Edward N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em <http://plato.stanford.edu/archives/sum2013/entries/public-reason/>. Acesso em 15 dez. 2013.

RAWLS, John. *A Justiça como Equidade*: uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Conferências sobre a História da Filosofia Política*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

_____. *O Liberalismo Político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

_____. *Uma Teoria da Justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RAZ, Joseph. *A Moralidade da Liberdade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

_____. Autonomy, Toleration, and The Harm principle. *In* Mendus, Susan (ed.) *Justifying Toleration*: Conceptual and Historical perspectives. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 155-175.

_____. *Ethics in the Public Domain*: Essays in the Morality of Law and Politcs. Nova Iorque: Claredon .Press, 1996.

_____. Liberty and Trust. *In*: GEORGE, Robert P. (Ed.). *Natural Law, Liberalism and Morality*. Oxford: Clarendon Press, 1996. p. 113-129.

REES, J.C. A re-reading of Mill on liberty. *Political Studies*. v. 8, n. 2. p. 113-129. June 1960.

REEVES, Richard. *John Stuart Mill*: Victorian Firebrand. Londres: Atlantic Books, 2007.

RYAN, Alan. *The Philosophy of John Stuart Mill*. Londres: Macmillan, 1970

SADURSKI, Wojciech. *Moral Pluralism and Legal Neutrality*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1990

SCANLON, Thomas. *What We Owe To Each Other*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1998.

SHAPIRO, Ian. *Os fundamentos morais da política*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SKORUPSKI, John. *Why read Mill Today?* Nova Iorque: Routledge, 2006.

STANTON-IFE, John. The Limits of Law. ZALTA, Edward N.(ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*.Disponível em: <http://plato.stanford.edu/archives/win2008/entries/law-limits/>. Acesso em 02 out. 2013.

STEPHEN, James Fitzjames. *Liberty, Equality, Fraternity* (1874). Indianapolis: Liberty Fund, 1993. Disponível em: <http://oll.libertyfund.org/titles/stephen-liberty-equality-fraternity-lf-ed>. Acesso em 05 jan. 2014

STEPHEN, James Fitzjames. The Doctrine of Liberty in Its Application to Morals.*In:* DWORKIN, Gerald (ed.). *Mill's On Liberty*. Critical Essays. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 1997.

STEVENSON, Leslie e HABERMAN, David L. *Dez Teorias da Natureza Humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. *Nudge*: Improving decisions about Health, Wealth and Happiness. New Haven: Yale University Press, 2008.

TAYLOR, Charles. What's Wrong with Negative Liberty. *In:* RYAN, Alan (ed.). *The Idea of Freedom*: Essays in Honour of Isaiah Berlin. Oxford: Oxford University Press, 1979. p. 175-193.

TEN, Chin Liew. *Mill on liberty*. Oxford: Clarendon Press, 1980.

VALLESPÍN, Fernando. El Neocontractualismo: John Rawls. *In:*CAMPS, Victoria (Ed.). *Historia de la Ética*: La Ética Contemporánea. Barcelona: Editorial Crítica, 1989. p. 577-600. v. 3.

VIEIRA, Mónica. Joseph Raz: O liberalismo perfeccionista. *In:* ESPADA, João Carlos e ROSAS, João Cardoso (Orgs.). *Pensamento Político Contemporâneo*: Uma Introdução. Lisboa: Bertrand Editora, 2004. p. 209-227.

WARNER, Stuart D. Introdução a Liberty, Equality, Fraternity de James Fitzjames Stephen. Indianapolis: Liberty Fund, 1993. Disponível em: <http://oll.libertyfund.org/?option=com_staticxt&staticfile=show.php%3Ftitle=572>. Acesso em: 15 fev. 2013.

WOLFENDEN, John et al. *The Wolfenden Report.Report of the Committee on Homosexual Offenses and Prostitution*. Nova Iorque: Stein and Day Publishers, 1963.

WOLFF, Jonathan. *An Introduction to Political Philosophy*. London: Oxford University Press, 1996.

WOLFF, Robert Paul. *The Poverty of Liberalism*. Boston: Beacon Press, 1968.