



**AUTONOMIA E
DIREITO À AUTOLESÃO. PARA UMA
CRÍTICA DO PATERNALISMO¹**

AUTONOMY AND RIGHT TO
SELF-INJURY. FOR
CRITIQUE OF PATERNALISM.

Stephan Kirste

Professor Catedrático de Filosofia do Direito da Universidade de Salzburg, Áustria.

INTRODUÇÃO

1. PATERNALISMO

É permitido ao Direito obrigar o ser humano a ser feliz contra sua própria vontade ou autorizar algum tipo semelhante de obrigação? A resposta esclarecida, liberal a esta pergunta é: “não”.² Disso segue-se logicamente, também, que não nos é permitido impedir o outro de que siga voluntariamente em direção à sua infelicidade. Porque a “felicidade” pode consistir na ausência de infelicidade. Mas nem tudo que seja logicamente correto, será também moral e juridicamente correto. Obrigações jurídicas ou julgamentos de valores podem afastar o outro de sua infelicidade, embora elas não exijam que ele seja levado à felicidade. Estas são questões a serem discutidas sob a expressão “paternalismo”.

O paternalismo jurídico é o tratamento dado a uma pessoa em favor de outra,

¹ Conferência proferida nas Faculdades Integradas do Brasil - *UniBrasil*, em Curitiba, em 31 de Maio de 2011. Tradução do alemão por Marcos Augusto Maliska e Felipe Bley Folly.

² Immanuel Kant: “Ninguém pode me obrigar a ser feliz à sua maneira (como ele pensa o bem-estar de outro ser humano), entretanto, a qualquer um é permitido buscar sua felicidade, a que melhor lhe pareça, desde que ele não prejudique a liberdade dos outros, os quais persigam um objetivo semelhante, e que possa existir em conjunto com a liberdade de qualquer indivíduo em uma possível lei geral.” *Kant Gemeinspruch*, p. 145; a respeito disso ver também *Kriste* 2004, p. 33 e seguinte; *Ellscheid* 2010, p. 182 e seguinte.

que interfere em sua autonomia juridicamente protegida.³ Ao lado desta variante “rígida” do paternalismo discute-se, também, uma “fraca”, especialmente no que diz respeito a uma perspectiva ligada à economia comportamental da “behavioural law and economics”. Seu objetivo é promover a autonomia do beneficiário especialmente por meio de medidas para a compensação de déficits de racionalidade.⁴ O problemático a respeito desta concepção é, todavia, o limiar a partir do qual se pode falar de um paternalismo juridicamente relevante. De qualquer forma é bastante imprecisa a influência que será exercida sobre outro em seu favor.⁵

2. AUTONOMIA INDIVIDUAL

O critério para a precisão, crítica ou garantia do paternalismo é a autonomia. De acordo com o quão exigente ou quão formal a concepção de autonomia seja determinada, é que se quantifica a permissividade do relacionamento paternalista: quanto mais repleta de requisitos a concepção de autonomia, mais ampla a possibilidade de justificativa de um paternalismo fraco ou rígido e quanto mais formal, mais limitadas as possibilidades de fundamentação da tutela ou de promoção da autonomia.

A autonomia jurídica individual significa, em que pese a abundância de variações de significados, a autodeterminação da pessoa. Na discussão filosófica são apresentadas outras requisições em relação à autonomia, as quais tornam o seu conceito ainda mais exigente. Estas requisições afetam, por um lado, a racionalidade da autodeterminação e, por outro, a veracidade das decisões.

De acordo com a variante liberal, uma decisão deve somente ser autônoma, se estiver investida de uma medida mínima de racionalidade. Isto concerne tanto às capacidades de quem decide, bem como aos seus conhecimentos. Aquele que não possui sanidade mental, não pode decidir de forma autônoma; tão menos aquele que não dispõe das informações de que necessita para fundamentar sua decisão.

² Immanuel Kant: “Ninguém pode me obrigar a ser feliz à sua maneira (como ele pensa o bem-estar de outro ser humano), entretanto, a qualquer um é permitido buscar sua felicidade, a que melhor lhe pareça, desde que ele não prejudique a liberdade dos outros, os quais persigam um objetivo semelhante, e que possa existir em conjunto com a liberdade de qualquer indivíduo em uma possível lei geral.” *Kant Gemeinspruch*, p. 145; a respeito disso ver também *Kriste* 2004, p. 33 e seguinte; *Ellscheid* 2010, p. 182 e seguinte.

³ A respeito do conceito de Paternalismo Jurídico conferir *Gutmann* 2006, p. 189 e ss.; *Daly* 1989, p. 9 e ss.; *Valdés* 1987, p. 274 e seguinte.

⁴ Conferir a respeito disso *van Aken* 2007, p. 110 e s., que destaca para o Direito, que o déficit de racionalidade ou uma outra anomalia não apresentam por si só uma justificativa de intervenção; *Fateh-Moghadam* 2010.

⁵ Porém para *van Aken* 2007, p. 123 ss. Cada comunicação é, entretanto, interferência e seria estabelecida sob uma justificativa de coerção. “Auxílios na escolha” para decisões racionais, que parcamente causem estímulos ou negligenciem comportamentos autolesivos (*van Aken*, 2007, p. 138), não são meios suaves e, tampouco, são uma intervenção, se comparados a proibições de realizar tais ações. A fronteira será primeiramente alcançada por medidas manipulativas, que devam direcionar a já formada vontade do beneficiário para outra direção ou, em outro sentido, que interfiram na autonomia entendida em seu sentido formal (ver abaixo).

Após a autonomia ligar-se às condições de racionalidade das decisões, a variante comunitarista exigirá, ainda, certo consenso mínimo com seus valores decisórios basilares, devido à vinculação da pessoa às comunidades a que pertence.

Aqui faltará espaço para discutir esta problemática de forma extensiva. Entretanto, podemos concluir dois fatos: *primeiro*, uma verdadeira autonomia é, de fato, impossível sem uma medida mínima de capacidade para autodeterminação. Segundo, aqui não deve ser controvertido o fato de que a autonomia é composta de um componente racional e de um componente volitivo. Se faltarem ao agente informações sobre as razões para seu ato, que lhe parecem relevantes, então sua autonomia efetiva resta prejudicada. Mas para o âmbito jurídico, isso só ocorrerá quando as informações forem a ele negadas, manipuladas ou impostas.

É decisivo que nem a variante liberal, nem a comunitarista adaptem a autonomia às condições de liberdade, ou seja, que estabeleçam medidas externas aos padrões necessários de racionalidade e valores, que não aquelas do próprio agente. A discussão sobre autonomia encontra a questão sobre qual o grau de racionalidade ou com quais valores alguém busca fundamentar suas decisões. A autodeterminação não é somente um direito relacionado com ações (1º nível), mas também no que concerne à forma e medida de informações para a prática destas ações (2º nível).

No âmbito do Direito é correspondente entender autonomia como uma concepção de competência ou atribuição. A partir disso é suficiente que o indivíduo esteja na posição fundamental de tomar decisões autodeterminantes. É, também, decisivo que seja assegurado um espaço livre ao indivíduo enquanto autonomia, que lhe possibilite (e não o obrigue juridicamente) estabelecer altos padrões de racionalidade e rígidas requisições morais sobre sua autonomia, sendo ambos escolhidos por ele próprio. A perfectibilidade do ser humano era uma tarefa do estado de bem-estar social, e não uma preocupação do Estado constitucional liberal. Aperfeiçoar-se é algo que remete somente ao indivíduo em si. A depender do alcance de sua autonomia, deverá o indivíduo justificar-se diante de si próprio e de sua moral ou religião e não diante dos outros.

A proposição das próximas considerações é a de que o paternalismo rígido somente se justifica, juridicamente falando, de forma restritiva. Já as formas do chamado paternalismo “fraco” são, por outro lado, e também sob a ótica jurídica, uma forma do paternalismo “rígido” ou não são nenhuma forma de paternalismo.

⁶ Hollerbach, 1996, p. 7 a respeito da história de língua alemã; Feinberg (1986, p. 62 s.) fala de uma “autonomia de jure”, a qual ele delimita em relação a uma “autonomia de facto” como sendo as condições factuais da liberdade. Como ele afasta esta acentuadamente de um entendimento de autonomia kantiano e fundado na dignidade humana (p. 94 e s.), trata-se de uma má compreensão a respeito de Kant; Ellscheid 2010, p. 186.

⁷ Maclean, 2009, p. 11; Thomasma 2008, p. 21.

⁸ Van Aaken 2007, p. 113: critérios são exigências mínimas para a autonomia, a qual é tratada como axioma.

⁹ Como em Gutmann 2006, p. 227.

¹⁰ Uma teoria anti-paternalista e orientada para a autonomia não deve necessariamente ser “não-perfeccionista”, Gutmann 2006, p. 237.

¹¹ Para isso Grunert 2004, p. 9 e ss.; Gutmann 1999, p. 155 e ss.

FORMAS DE PATERNALISMO

1. PATERNALISMO E ESCLARECIMENTO (INFORMAÇÃO, PREVENÇÃO)

Já que as questões filosóficas e jurídicas estão imbricadas, tomaremos um acompanhante para nossa discussão. O chamaremos de Ulisses. Ele deverá vivenciar algumas aventuras em nosso lugar. Quem é Ulisses? É um adulto, independente. Ele tem sentimentos morais e um forte livre-arbítrio. Ulisses é um aventureiro: ele é esportivo, não teme perigos e arrisca-se para conseguir sucesso. Também gosta de beber e fumar. E sua moto, ele pilota, de preferência, sem capacete.

E Ulisses parte para seu primeiro perigo: uma velha ponte suspensa, que a qualquer momento poderia romper.¹⁴ Nós estamos no início da ponte e sabemos sobre sua precariedade. Ninguém irá duvidar que neste momento estaremos moral e juridicamente obrigados a informá-lo sobre o risco que ele correrá ao acessar a ponte. Pelo fato de informarmos Ulisses, este não será ferido em sua autonomia jurídica. Pela ausência de ação sobre a vontade do outro, isto não será caracterizado como uma relação paternalista.¹⁵ O mesmo vale para advertências sobre o risco à saúde em carteiras de cigarro.¹⁶ Já que a autonomia do indivíduo é aqui considerada, não faz sentido designar essa atitude como um “paternalismo fraco”.¹⁷

Mas se analisássemos de outra maneira e, por exemplo, Ulisses utilizasse seu MP3-Player e não escutasse nossos avisos sobre o perigo e adentrasse na ponte? Poderemos ou deveremos agarrá-lo para lhe avisar sobre o perigo? Então o deteremos

¹² Kant “Metafísica dos Costumes”, p. 517 s.: “De fato, eis uma contradição: tomar como objetivo para mim a *perfeição* de outro indivíduo e obrigar-me a promover tal perfeição. Pois a *perfeição* de um outro indivíduo, de uma pessoa consiste justamente no fato de ele *próprio* estabelecer, de acordo com suas concepções de obrigação, seu objetivo, o que se contradiz com o fato de exigir que eu deva fazer algo (tornar algo obrigatório a mim), que ninguém além dele mesmo poderia fazer”.

¹³ Anders Culver e Gert 1982, p. 143 e ss.

¹⁴ *John Stuart Mill: Sobre a Liberdade*, 5º capítulo. Stuttgart, 1974, p. 132: “se um funcionário público ou outra pessoa observa que um indivíduo quer atravessar uma ponte, que é evidentemente insegura, mas não possui tempo suficiente de alertá-lo do perigo, então pode ele - sem comprometer a liberdade do indivíduo - agarrá-lo e retirá-lo de lá. Pois a liberdade constitui-se em fazer o que se quer, e o indivíduo dessa situação não quer cair na água. Entretanto, se não há certeza, mas somente o perigo da ocorrência do acidente, ninguém além do próprio indivíduo poderá julgar se há razões suficientes para se assumir o risco. De acordo com meu ponto de vista, em uma situação como essa (se o indivíduo não for uma criança ou um deficiente mental, ou se tratar de uma situação de emoção ou de alienação, na qual não se dê o pleno uso de sua razão) só caberia a alguém alertá-lo do risco, mas não o impedir com violência de expor-se a ele.”

¹⁵ Com ênfase para o convencimento, pois o convencido não é abordado em seu conhecimento, mas é, entretanto, manipulado a tal ponto que toma para si, contra sua vontade, uma determinada opinião; Maclean (2009, p. 84, 109) vê isso em relações entre médico e paciente como algo justificável.

¹⁶ Anders van Aaken 2007, p. 113, que observa os avisos de perigo como formas justificadas de paternalismo.

¹⁷ Disso não se dá conta também Fateh-Moghadams, entretanto o trata a partir de outro princípio. De acordo com ele, o paternalismo “fraco” é marcado por duas características: 1. decisões autônomas tomadas por pessoas competentes serão fundamentalmente respeitadas e 2. o paternalismo fraco se orienta pela estruturação das limitações de auto-disposição com o objetivo de garantia da autonomia do indivíduo. - De forma diversa em Gutwald 2010, p. 73 e s.

contra sua vontade para seu próprio benefício. Nós o forçamos, para sua sorte, a receber nosso aviso. Isto é paternalismo. E, certamente, não do tipo “fraco”.¹⁸ Problemático não é o fim das ações que buscam alertar alguém de uma desvantagem, de um risco. Problemático é o meio: o agir contra a vontade do beneficiário. Aqui são juridicamente relevantes especialmente as prescrições que tornam dependente a eficácia da decisão arriscada, da execução de determinados procedimentos, por exemplo, das deliberações.

Questões sobre os requisitos e limites da autonomia jurídica são especial e intensamente discutidos nas relações médico-paciente. A concepção paternalista, na qual o médico era responsável pela boa “saúde” e para a necessária intervenção no corpo do paciente necessitava do consentimento deste, foi nesse meio tempo substituída pela posição central da autodeterminação do paciente sobre seu corpo.¹⁹ O “*informed consent*” submete-se, nesta perspectiva, à coordenação da autonomia do paciente e à do médico.²⁰ Entretanto, sob a expressão “*bounded rationality*” algumas vozes críticas ganharam espaço, as quais veem os pacientes como sobrecarregados nas situações concretas de tratamento e exigem do médico medidas promotoras de autonomia.²¹ O médico deve esclarecer o paciente a respeito de um tratamento de tal forma que este possa tomar uma decisão racional. Ao paciente será imposto um aconselhamento, que certamente melhorará a racionalidade de sua decisão. Este chamado “paternalismo fraco” submete-se, na verdade, à promoção da autonomia em um sentido racional exigente; na verdade, porém, será somente considerada a escolha autônoma sobre a intervenção no corpo. Autonomia diz respeito, também, ao conhecimento. O indivíduo tem fundamentalmente o direito de poder se autodeterminar o que quer saber e o que não quer.

Paternalístico será aqui, então, primeiramente um tratamento de cura contra a vontade expressa do paciente. O médico está obrigado a esclarecer sobre as chances de um tratamento de cura e os riscos de sua suspensão.²² “Esclarecimento de uma autodeterminação” significa, neste sentido: sem suficiente esclarecimento; nenhum efetivo consentimento; e a partir disso nenhum tratamento. A autonomia do paciente coloca, porém, *por segundo*, um limite a esta obrigação, se ela somente pudesse ser satisfeita contra sua vontade: somente o tanto de informação que o paciente queira. A isso corresponde a jurisprudência que diz respeito a uma desistência do paciente à informação para assegurar sua autodeterminação²³ (art. 2, I combinado com art. 1, I da

¹⁸ De outra forma *Enderlein* 1996, p. 17 e s., que parte de um paternalismo “fraco”.

¹⁹ Nyss/Denier/Vandeveldt (2007), Introdução, p. 3 e ss.

²⁰ O consenso serve à prevenção do paternalismo (Maclean 2009, p. 5); se ele for, de fato, imposto ao paciente, então o próprio consenso será paternalista.

²¹ A respeito do conceito de uma racionalidade limitada a partir das relações econômicas, ver van Aken 2007, p. 112 e s.

²² Conferir aqui de forma mais próxima à perspectiva da “*bounded rationality*” e sua crítica sociológica e técnica: Joost 2010, p. 127 e s.

²³ Joost 2010, p. 136. Porém, não se fala de uma completa renúncia a esclarecimentos quando o médico está legalmente obrigado a prestar esclarecimentos ao paciente (§ 8, I, n. 1, b, Lei de Transplantes).

Lei Fundamental Alemã²⁴, privacidade no art. 8 Convenção Europeia de Direitos Humanos, bem como § 16 do Código Civil austríaco). Isto é consequência do “Direito a Não-saber”²⁵. O chamado “paternalismo fraco”, ao fixar-se no ato de tornar possíveis as decisões autônomas a respeito das intervenções cirúrgicas, ignora que há um direito do indivíduo de também poder decidir sobre os pressupostos racionais da própria autonomia. No fundo, o paternalismo “fraco” concretiza somente o critério universal do paternalismo da vantagem por meio de uma específica vantagem, qual seja, a do aperfeiçoamento da decisão autônoma sobre o corpo.

2. PATERNALISMO EM AUTOLESÃO VOLUNTÁRIA

Agora já conhecemos melhor Ulisses. Sabemos que ele age de forma responsável, entretanto também preparado para assumir riscos. Não há, também, nenhum ponto de referência que nos permita afirmar que ele esteja perturbado em sua consciência. E ele segue adiante sobre a ponte. Ele sabia, assim nos gritou, que a ponte poderia ruir. Ele estaria, entretanto, muito atrasado para um encontro com sua namorada Penélope. A ponte não desmoronaria agora e, por fim, valeria a seguinte máxima: “quem não arrisca, não petisca”. Se agora o impedirmos de entrar na ponte, será então paternalismo.

Coloca-se, contudo, a questão se o paternalismo se justificaria. *John Stuart Mill* diria que não. Cada um saberia, por si só, o que é melhor e o que é pior para si²⁶. Tivesse ele se decidido por uma desvantagem, não seria permitido a ninguém retirá-lo da situação sob o argumento de que algo melhor apareceria. Este argumento utilitarista não é completamente convincente. É bastante visível que Ulisses eleva seu risco de sofrer um dano²⁷; aqui também poderia se encontrar um caso de “*Framings*” emocionais, no qual a economia comportamental toma um paternalismo “fraco” por garantido: Ulisses está cego de amor e, também, diante dos perigos, ou seja, os minimiza.²⁸ Deve então, de fato, cada dano à racionalidade poder justificar uma intervenção na autodeterminação? Ulisses sabe talvez que o amor age como uma droga, mas acredita que ele constitui o estímulo da vida e faz o risco valer a pena. Aceita

²⁴ Harmann, Lena: O Direito do Paciente à Renúncia de Esclarecimento. In: NJOZ 2010, 819. Uma “renúncia em branco” é, porém, inadmissível.

²⁵ Isto é “um direito a defesa em relação a determinadas verdadeiras informações, porém não no sentido de possuir o direito de que outros não possam saber algo determinado (...), mas no sentido de possuir um direito, como titular desse próprio direito, de não receber determinadas informações”, *Taupitz*, em: *Escritos em Homenagem a Wiese*, 1998, p. 583 (591). E Harmann 2010, p. 819: “por isso, o direito a saber e o direito a não-saber, respectivamente, direito à informação e renúncia à informação, combinam-se entre si. Ambos são expressão do tratamento autodeterminado do paciente com suas informações no que dizem respeito à sua personalidade”.

²⁶ *John Stuart Mill*: sobre a liberdade; comparar a respeito *Wolf* 2006, p. 55 e ss.; *Wolff* 2010, p. 222 e s.; *Gutmann* 2006, p. 196 e s.

²⁷ Sobre a crítica a uma fundamentação utilitarista do antipaternalismo: *Thomas Guttmann*.

²⁸ Outro exemplo se dá com representações. A decisão será influenciada pela maneira da informação sobre um risco (“a ponte se rompe com 60% de certeza” ou “a ponte se sustenta com 40% de certeza”), *van Aaken* 2007, p. 116.

isso, porque não quer deixar Penélope o esperando e promete a si próprio, no todo, um maior aproveitamento da vida.

Immanuel Kant lhe daria razão e não perceberia uma relação paternalista como justificada: ninguém deve ser forçado à felicidade contra sua própria vontade.²⁹ Pelo contrário a liberdade exterior de um termina na liberdade do outro.³⁰ Assim, se Ulisses age expressamente livre ao entrar na ponte perigosa, então minha liberdade, ou até mesmo minha obrigação de retirá-lo de lá, termina em sua liberdade. Eu devo avisá-lo, pois isso deixa sua liberdade intocada; eu não devo, porém, fazê-lo desistir de sua intenção. Poderia ainda ser dito que o conceito kantiano de liberdade como autonomia no sentido de uma autolegislação cria obrigações do indivíduo diante de si próprio por meio do imperativo categórico. Nós ajudaríamos Ulisses a poder preencher uma obrigação acima mencionada, que se apresenta diante dele próprio. - Sob o ponto de vista moral isso pode ocorrer.³¹ As obrigações diante de si próprio são obrigações virtuosas e não obrigações jurídicas.³² Nós não estamos autorizados em nossa ação jurídica externa a realizar a implementação das obrigações virtuosas de outro.³³

O Tribunal Constitucional Alemão reconheceu isso. Estaria “sob a proteção da Lei Fundamental, em regra, negar ajuda a todo ser humano livre, desde que por meio disso, interesses juridicamente protegidos de outros ou da coletividade não sofram”.³⁴ O Tribunal deduziu este tipo de interesses ligados ao bem comum a partir do princípio do Estado social ou de obrigações de proteção. A partir disso revela-se, entretanto, uma justificativa de intervenção estatal frente a autolesões somente em casos de ação responsável não autônoma, por exemplo, no caso de doentes mentais.³⁵ Tão pouco a polícia “salve” um domador contra a vontade deste de sua performance arriscada, ou detenha um voador de asa delta em seu impulso inicial, ou agarre um escalador e o retire do paredão que escala, ou deva acabar com um hábito excessivo de se beber,³⁶ da mesma forma não deverá ela deter Ulisses para que não acesse a ponte. Aqui também vale o princípio de que os direitos e obrigações de um indivíduo terminam onde se inicia a mera liberdade de autolesão do outro.

²⁹ *Kant* *Gemeinspruch*, p. 145.

³⁰ Sobre o antipaternalismo de Kant: *Kirste* 2006, p. 32 e s.

³¹ Waldron 1986, p. 465: “a maioria dos liberais baseia sua crença na tolerância e nos direitos civis, em parte, na irracionalidade e imoralidade em se forçar alguém a fazer alguma coisa justificando-se que isso é (ou acredita-se ser) moralmente desejável” e para Kant, p. 466 e s.; observar a respeito da problemática dos deveres diante de si próprio, Seelmann 2010, p. 209 e s.

³² Nem tudo o que é moralmente proibido é, também, juridicamente proibido, assim como nem tudo o que é moralmente aceito é, também, juridicamente aceito, Ellscheid 2010, p. 186 e s.

³³ Gutmann, p. 164 e s.; *Ingelfinger* 2004, p. 221: “a morte pela própria mão é, do ponto de vista jurídico-objetivo, uma violação de direito, mas pela ausência de uma relação interpessoal, não se trata de uma injustiça no sentido material.”

³⁴ Tribunal Constitucional Alemão 58, 208 (225) - lei sobre internação involuntária do Estado de Baden-Württemberg.

³⁵ Tribunal Constitucional Alemão 58, 208 (225 s.) - lei sobre internação involuntária do Estado de Baden-Württemberg.

³⁶ Ver a respeito do fundamento e limites de autoexposição a riscos o Tribunal Superior Administrativo da antiga Prússia (ProVG) 39, 390 e ss.: “Embora por meio da ordem apelada seja proibido ao reclamante utilizar a água para seu próprio consumo, ela não é admissível, pois a polícia, de maneira geral, não possui autoridade para proibir a um indivíduo o consumo de comidas e bebidas

3. JUSTIFICAÇÃO DE INTERVENÇÕES PATERNALISTAS POR MEIO DE DECISÕES OBJETIVO-VALORATIVAS: A JUSTIFICAÇÃO COMUNITARISTA DO PATERNALISMO?

Os comunitaristas gostam de justificar o paternalismo pela proteção de valores objetivos, os quais são a base da personalidade ou da liberdade do indivíduo.

Voltemos a Ulisses. Ulisses tem um amigo que sofre de uma doença renal grave. Em razão de gostar de andar de moto sem capacete Ulisses colocou à disposição seu rim caso ele sofra um acidente e não sobreviva. Assim uma vez diagnosticada a sua morte cerebral por um médico, o rim pode ser transferido ao amigo que necessita. O parágrafo terceiro da lei alemã de transplantes permite tal medida. No entanto a saúde do seu amigo está tão ruim que o tratamento de diálise não será eficiente por muito mais tempo. Sem esse tratamento ele corre real perigo de morte. Durante anos ele esperou em vão por uma doação de rim. Em sua família há uma falta de doadores compatíveis. Ulisses está, portanto, disposto a doar um rim a seu amigo imediatamente. O médico rejeitou lamentavelmente a intervenção. O parágrafo 8 da TPG (lei de transplantes) permite a doação de um rim de pessoa viva apenas entre parentes e somente após a participação de uma comissão independente. Se ele (o médico), no entanto, realizar o procedimento poderá ser passível de punição (parágrafo 19 II da Lei de transplantes alemã).³⁷

O Tribunal Constitucional Federal alemão considera os regulamentos como paternalismo justificado.³⁸ Em decisão de Câmara é considerada como uma legítima preocupação de bem estar “preservar o povo de se infligir grandes danos pessoais”. Como essa referida “preocupação de bem estar” é fundamentada o Tribunal deixa completamente em aberto. Não é apresentada justificativa da razão pela qual um adulto, plenamente responsável, deva ser preservado diante de uma ação altruísta que pode levá-lo a uma incapacidade física, mas igualmente salvar outras vidas.³⁹ Tal objetivo é nada menos que o ideal de um “Estado tutelar”, aprovado pelo Tribunal

danosas à sua saúde. ... Na escolha arbitrária de comidas e bebidas para seu próprio consumo, a polícia não pode limitar o indivíduo, mesmo em prol da saúde deste. Riscos, aos quais o próprio indivíduo livremente se expõe ao consumir determinadas comidas ou bebidas, não justificam uma intervenção policial. Pois a tarefa da polícia não é, de forma geral, proteger os indivíduos contra si próprios, e às suas competências não pertence a função de proibir determinadas ações que possam ser danosas aos próprios indivíduos. Ou então, a polícia interferiria na liberdade natural de ação do indivíduo, que conceitualmente também inclui em si a disponibilidade que todos possuem sobre seus corpos e podem, especialmente, determinar quais alimentos querem ingerir; a pura autolesão não é punível. ... Contudo, a polícia tem o poder de impedir uma tentativa de envenenamento, assim como uma tentativa de suicídio ou uma tentativa de automutilação.”

³⁷ Caso analisado pelo Tribunal Constitucional alemão NJW 1999, p. 3399 e seg.

³⁸ Tribunal Constitucional Alemão (decisão de câmara) NJW 1999, p. 3399 e ss. (3401): “Na verdade, necessita de uma justificativa constitucional a ideia de proteção do indivíduo contra si próprio, que serve como base de justificativa para medidas estatais em consideração ao art. 2º, I da Constituição Federal alemã com sua garantia geral de liberdade de ação. Isso não se altera quando se recorre à ideia de bem comum, que seria salvar os indivíduos de causarem um dano maior a si mesmos (conforme decisão do Tribunal Constitucional Alemão 60, 123 [132] = NJW 1982, 2061).” Falta uma referência, pois no julgamento citado sobre jovens transexuais, o ponto de vista decisivo foi o de que para uma escolha ampla como essa, seria exigida uma determinada idade como indício de maturidade da escolha. Aqui se trata, porém, de indivíduos adultos.

³⁹ Neste sentido, criticamente, Gutmann 1999, p. 3388 e seg.; conciliando (justificando o paternalismo fraco) Vossenkuhl 2010, p. 174.

Constitucional preocupado com a saúde do doador.⁴⁰

4. PATERNALISMO JUSTIFICADO EM CASOS DE SUICÍDIO⁴¹

Vamos supor que Ulisses não andou com passos descontraídos sobre a ponte. Em vez disso, entretanto, vemos que ele se aproxima do perigo agudo de colapso da ponte com passos pesados, porque ele quer pôr fim à sua própria vida. Podemos ou devemos dissuadi-lo? Segundo a opinião geral os seus motivos agora são importantes. Quer ele por fim a sua vida e com isso chamar a atenção para a situação desesperadora que se encontra ou quer ele se matar em razão de estar muito doente e estar esperando um longo período de dor excruciante que o leva a refletir profundamente que viver dessa forma não mais vale a pena. Chama-se o primeiro caso também de “apelo ao suicídio”. A tentativa de suicídio é um apelo à sociedade para acabar, do ponto de vista da pessoa em causa, com a injusta recusa de apoio e, finalmente, assumir sua responsabilidade. Ulisses, portanto, apontaria o seu desamparo. Quem está o ajudando, não se posiciona contra a sua vontade. Neste caso a polícia é obrigada a intervir em razão de ameaça à segurança pública.⁴¹

Do contrário o “suicídio equilibrado” (*Bilanzselbstmord*) ou morte voluntária (*Freitod*)⁴². Aqui prevalece a ideia de que a pessoa está preparada para “em liberdade por fim a ela”⁴³. O suicídio se realiza com a plena consciência do atingido. Trata-se, tal como formulado por Berka, do respeito à “auto-determinação da pessoa sobre sua própria vida”⁴⁴. Dissuadir o suicida de sua ação seria agir contra a sua vontade e, por isso, uma medida paternalista. Devido à incerteza sobre os motivos de Ulisses deve-se buscar aqui assim conhecê-los.⁴⁵ De acordo com Immanuel Kant considera-se a conduta do suicida como imoral⁴⁶, porém ela não viola a liberdade de outros e assim não há razão de o suicida ter a sua liberdade restringida.⁴⁷

⁴⁰ Neste sentido, criticamente, Gutmann 1999, p. 3388 e seg.; conciliando (justificando o paternalismo fraco) Vossenkuhl 2010, p. 174.

⁴¹ Na Áustria somente a doação de órgãos após a morte é regulada por lei (§§ 62 a-c da lei federal sobre hospitais e sanatórios). A doação de órgãos por vivos é, por outro lado, vista a partir dos §§ 83 e ss. do código penal austríaco, caso ofenda os bons costumes. Se for este o caso, mede-se de acordo com o tipo e gravidade da intervenção, assim como a partir das sequelas permanentes. Considera-se a retirada de órgãos não-pareados como uma violação dos costumes. Um consentimento em relação a isso não é possível; entretanto, o contrário se dá em relação a órgãos pareados, especialmente em relação a rins. Poderá, porém, existir uma justificativa a partir de um objetivo moralmente validado.

⁴² Württenberger/Heckmann/Riggert Rn 274 com ponderação das circunstâncias psíquica.

⁴³ Dieter Dölling: Suicídio e a Negação de Assistência. In: NJW 1986, p. 1011 e ss. (1014 e s.), permite-se cancelar o direito de dever de auxílio, conforme § 323c do código penal, a partir de uma “consideração de suicídio” por questões de razoabilidade.

⁴⁴ Höffe 2010, p. 8.

⁴⁵ Berka 1999, Rn. 374

⁴⁶ Um pouco além vai o “paternalismo procedimental”, o qual dá aos suicidas em potencial, por meio de uma detenção, a possibilidade de refletir novamente sobre sua decisão, mesmo que ele a tenha expressada de uma maneira evidente, Neumann 2010, p. 262 e s.

⁴⁷ Kant em *Metafísica dos Costumes*, p. 554: “Destruir o sujeito da moralidade em sua própria pessoa, é tanto quanto exterminar a própria moralidade, no tanto que ela exista, do próprio mundo, o qual possui o objetivo em si próprio; conseqüentemente, dispor-se como um mero meio arbitrário de seu objetivo, significa desvalorizar a humanidade em uma pessoa (homo noumenon), à qual o ser humano (homo phaenomenon) estava encarregado de preservar”.

A partir de uma perspectiva comunitarista pode-se argumentar que o valor da vida é mitigado quando se permite o suicídio. Logo, em seguida, terapias caras para reduzir as inibições com claras restrições econômicas seriam canceladas. Esse perigo pode existir objetivamente, mas o valor da vida imporia desta forma ao indivíduo o dever de permanecer vivo. Não se justifica o dever do indivíduo de continuar vivendo para servir ao valor da vida. O direito subjetivo à vida contém também uma decisão valorativa objetiva sobre a vida. O sentido desta dimensão objetiva dos direitos fundamentais não é de diminuir a dimensão defensiva dos direitos fundamentais, mas de fortalecê-la. Isto também se aplica à justificação de um dever de proteção.⁴⁸ O caso normal de dever de proteção é aquele no qual pela ação do Estado a esfera de liberdade de dois diferentes sujeitos de direitos fundamentais deve ser definida e protegida. Na ação paternalista do Estado, o titular do benefício e o portador de um dever de não agir são a mesma pessoa. Trata-se da delimitação da dimensão valorativa e dos direitos fundamentais, do mesmo titular. Isso cria a estranha situação na qual a ação paternalista é medida jusobjetivamente (*objektivrechtlich*) em termos de proibição de ação (*Untermassverbot*) ao mesmo tempo, no entanto, e em face da mesma pessoa devido a sua intervenção na autodeterminação sobre a proibição de ação (*Übermassverbot*).⁴⁹

A jurisprudência tem se ocupado nos últimos anos mais com a questão do quão longe vai a autodeterminação de uma pessoa em relação aos meios que prolongam a vida do que com o tema do suicídio deliberado propriamente. Suponha-se, então, que Ulisses está moribundo e encontra-se em um Hospital. Ele já havia manifestado que não gostaria de ser mantido vivo por aparelhos. Reconhecido está que tal alimentação artificial através de um tubo representa uma ingerência na autonomia do paciente. A vontade do paciente pode ser levada em conta, permitindo a eutanásia passiva, ou seja, por omissão de cuidados que leva à morte.⁵⁰ Telegonus, filho de Ulisses, poderia remover os tubos que mantém seu pai vivo?⁵¹ Crucial aqui é que o paciente não é apenas o portador do valor objetivo da vida, há uma clara diferença em contraste, se é de um terceiro que provém o incentivo ou a intervenção diretamente. Isso vai além da questão da autodeterminação do paciente sobre a vida. No contexto da renúncia ao tratamento não faz nenhuma diferença se a vontade do paciente de não evitar o processo que o levará à morte será atendida pela falta de abastamento ou pela

⁴⁸ De outra maneira, entretanto, a Corte Europeia de Direitos Humanos. Na decisão *Pretty* (NJW 2002, p. 2851 e ss.), negou-se a fundamentação a um direito a uma morte autodeterminada de acordo com o art. 2º da Convenção Europeia de Direitos Humanos e considerou-se como justificável uma intervenção na autonomia de acordo com o art. 8º, I da mesma Convenção. A corte considerou a regra do art. 2º da Convenção uma concepção paternalista de proteção à vida, sem considerar o fundamento de um direito subjetivo sobre a autodeterminação da vida, que em sua dimensão negativa também inclui um direito a uma autodeterminada morte. Sem dúvida, as regulações estatais a respeito da eutanásia são justificáveis por meio do art. 8º da Convenção.

⁴⁹ A respeito do controle da extensão em relação a deveres de proteção, ver Callies § 44, nota n. 6.

⁵⁰ A respeito das formas de eutanásia, também Merkel 2010, p. 292 e s.

⁵¹ A assistência juridicamente regulada é a questão, entretanto, por meio de uma alteração realizada no Código Civil alemão. Na ponderação entre um direito à autodeterminação do paciente e o valor de uma vida, “decidiu o legislador da terceira lei de alteração do direito de assistência, após vastos aconselhamentos e oitivas sob o envolvimento de um grande número variado de pareceres e opiniões, que a expressão da vontade, concreta ou alegada, de um paciente com capacidade de consentimento a respeito de seus desejos de tratamento, seria vinculativa, independentemente do tipo ou estágio de sua doença, tanto a seu mantenedor quanto a seu médico do tratamento (§ 1901, a, III Código Civil alemão”, como decide a Superior Tribunal de Justiça alemã (NJW 2010, 2963, 2965 e s.).

remoção ativa dos tubos.⁵² No entanto, a Corte Europeia de Direitos Humanos defende o entendimento, até então⁵³, com fundamento no disposto no art. 2º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que o direito à vida não possui dimensão negativa. Esta é uma clara interpretação paternalista do dispositivo.

5. JUSTIFICAÇÃO DO PATERNALISMO POR MEIO DOS DEVERES, ESPECIALMENTE DOS DEVERES FUNDAMENTAIS

Os pesos de uma justificação do paternalismo poderiam ser removidos se alguém, que prejudica a si mesmo, não consegue cumprir uma obrigação. Uma ação em benefício de uma pessoa pode ser justificada em nome de seus deveres fundamentais? As Constituições modernas são cautelosas com a promulgação de deveres fundamentais devido ao risco da subordinação total do indivíduo ao interesse coletivo.⁵⁴ No entanto, deixa-se desenvolver uma justificativa sobre o relacionamento comunitário da pessoa.⁵⁵ Um papel sempre cumpriu o dever de educar dos pais, conforme art. 6 II da Lei Fundamental alemã e art. 2.1. do protocolo adicional à Convenção Europeia de Direitos Humanos – o Direito à Educação. Uma das primeiras decisões do Tribunal Constitucional alemão baseou-se na seguinte situação: Um casal foi membro de uma Comunidade Evangélica. Quando do nascimento do quarto filho, a mulher perdeu tanto sangue que o médico, chamado com urgência, recomendou a transferência dela para um hospital. O casal recusou a transferência referindo-se a Jacó, cap. 5, versículo 14: “Se alguém entre vós está doente devem-se chamar os presbíteros da comunidade para que sobre ele orem, unguindo-o com óleo em nome do Senhor”. Um presbítero foi chamado. A mulher morreu. O marido foi condenado por não ter prestado assistência. O Tribunal Constitucional Federal detectou uma violação à liberdade religiosa, conforme art. 4 I da Lei Fundamental alemã, art. 14 do Código Penal alemão e art. 9 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.⁵⁶ O tribunal reconheceu que os deveres conjugais são também limitados pela auto-determinação, se isso puder levar à morte.

⁵² Assim também o Superior Tribunal de Justiça alemã (NJW 2963, p. 2967): “se um paciente pode exigir a interrupção de um tratamento, deve isso valer, da mesma forma, também para a finalização de um não (mais) quisto tratamento, mesmo que com essa interrupção seja substituída por outras medidas de tratamento ou por meio de um agir ativo”.

⁵³ Ver a respeito Frankfurter Allgemeine Zeitung, 23.11.2010, p. 5.

⁵⁴ Randelshofer § 37, nota n. 13. Eles não excluem de forma absoluta os deveres fundamentais.

⁵⁵ Assim a forma da imagem de humanidade da Constituição Federal alemã: “a imagem de humanidade da Constituição Federal alemã não é a de um indivíduo soberano isolado; a Lei Fundamental considera muito mais a tensão do indivíduo–comunidade no sentido de pertencimento e ligação da pessoa à comunidade, sem com isso atacar seu valor individual. Isso se mostra especialmente a partir de um panorama dos artigos 1º, 2º, 12, 14, 15, 19 e 20 da Constituição Federal. O que significa, entretanto: o indivíduo deve aceitar aquelas limitações de sua liberdade de tratamento, que o legislador entenda como cuidado e promoção da vida social em conjunto, dentro dos limites de dada circunstância e que seja aceitável, desde que a autonomia da pessoa permaneça garantida”, *Decisões do Tribunal Constitucional Alemão 4, 7 e ss. (15) – Investimento em assistência*. Notável é, entretanto, que o Tribunal fala aqui de limitações à liberdade – ou seja, de dever de omissão – e não de dever de ação do indivíduo.

⁵⁶ *Decisões do Tribunal Constitucional Alemão 32, p. 98 e ss. (110 e s.) – Curador pela fé*. Aqui também Hillgruber 1992, p. 91 e ss., o qual destaca, que é autodeterminação da esposa, a qual o tribunal reconhece como limite do dever de ajuda, conforme § 323, c, Código Penal (antigo § 330, c, Código Penal).

Não há como se defender constitucionalmente o dever dos pais de se manterem vivos. A "obrigação legal de continuar a viver" é uma clara violação da dignidade da pessoa. Os deveres conjugais cessam com a morte livremente aceita.

6. A JUSTIFICAÇÃO DO PATERNALISMO PELA VONTADE DE LONGO PRAZO DOS BENEFICIÁRIOS

Ulisses não seria Ulisses se ele não fosse capaz de ver as suas próprias fraquezas e se adaptar a elas. Seu consumo de álcool o tem preocupado já há muito tempo. Especialmente nas rodadas de *Doppelkopf* (jogos de cartas) compartilhadas com seus autênticos ascéticos amigos ele é tomado pela frustração da falta de virtude e dos jogos perdidos com muita cerveja. Ele, por isso, combina com seus amigos que a partir de agora nas noites de jogos eles irão afastá-lo da bebida. Seus amigos o apoiam e impedem o consumo de álcool, embora ele com insistência peça a concessão para tomar ao menos um copo de cerveja.⁵⁷

Os amigos evitam que Ulisses provoque um dano a si mesmo, ainda que ele queira participar dos jogos de *Doppelkopf*. O paternalismo dos amigos é justificado pelo fato de Ulisses antecipar, em sua vontade de longo prazo, a situação de ameaça e para esse caso ter regulado que a sua vontade atual não possui nenhuma importância.

Mas por que deveria a vontade de longo prazo prevalecer em relação à atual de curto prazo? Com a sua vontade de longo prazo Ulisses utilizou de sua autonomia como competência para criar para si mesmo em suas decisões um alto padrão de racionalidade. Ele próprio escolheu para si mesmo se deixar levar apenas por decisões autônomas racionais fundamentadas. Porque ele sabe que em situações de vício essas decisões racionais não estão presentes é que ele pediu aos amigos que nesses casos o ajudem. Os amigos prestam apoio ao mantê-lo longe do álcool; porque em termos dos critérios de racionalidade definidos Ulysses não se encontra em posição de autonomia na situação do jogo de cartas. Quem pede ajuda deve ser ajudado; não se trata de paternalismo. Se fosse apenas autonomia como competência, na situação de jogo, os amigos, uma vez não quererem ser paternalistas, seriam obrigados a observar a opinião diferente de Ulisses e deixá-lo se servir de bebida. Ulisses assim faz uso da possibilidade de definir para si próprio, no livre espaço da autonomia como competência, de standards mais elevados de autonomia.

Se uma pessoa pode permitir, em razão de sua vontade de longo prazo, ações de outros contra a sua mudança temporária de opinião, então ela pode igualmente proibir, também em razão de sua vontade de longo prazo, a ação de outros, se ela, em situação futura, não seja mais capaz de expressar a sua vontade. Isso deve ser observado. Essa constelação invertida toma por base as disposições do paciente.

As disposições do paciente eram controversas na doutrina. O problema do paternalismo é aqui especialmente difícil, porque a autodeterminação do paciente não se expressa e não pode se expressar no momento. Especialmente no caso da incapacidade de ainda poder se expressar, o paciente contudo tem redigido a disposição. A realização da vontade deve também ainda ser garantida em tais situações. Além da questão da possibilidade de expressar a vontade tem-se ainda também o problema de se saber se a vontade expressa anteriormente ainda persiste ou alterou-se. O paciente pode também aceitar conscientemente esse risco, se para ele o

⁵⁷ Aqui também a decisão do Tribunal Constitucional Alemão 90, 145 - consumo de haxixe.

perigo de mudar de opinião sobre um novo tratamento, que ainda está ligada à vontade originária, parecer baixo em comparação ao sofrimento do novo tratamento. As disposições do paciente são consideradas questões éticas. Elas prevalecem, como atos de livre autodeterminação, também na delimitação da liberdade e do dever do médico; além disso, o reconhecimento legal como decisões autônomas (artigo 2 I da Lei Fundamental alemã).

CONCLUSÃO

O paternalismo é a ação em favor de outro contra a sua autonomia. A autonomia legal do outro requer apenas a sua capacidade de autodeterminação, nenhuma completa justificação racional. Quem quer, a nível da razão, o melhor para o outro, pode a ele explicar, convencê-lo ou adverti-lo. Essas não são ações paternalistas, porque observam a autonomia do outro e simplesmente argumentam. A fronteira do paternalismo é ultrapassada, se o conselho, o qual deve advertir o destinatário da autolesão, for obrigatório. Ele só poderia ser justificado se o assessor satisfizer com isso o seu próprio compromisso, que é superior à autodeterminação do beneficiário. O paternalismo pode também ser justificado quando a pessoa não está apenas prejudicando a si mesmo, mas ao mesmo tempo, com o dano, violando uma obrigação (fundamental). Aqui, o comportamento favorável do terceiro é contra a vontade do beneficiário ao mesmo tempo que garantia do cumprimento da obrigação. Justificada, então, a ação em favor de outro contra a sua vontade temporária ulterior se ele próprio encontrou, para o caso, uma mudança temporária de opinião, da impossibilidade de sua formação ou expressão de uma decisão. Quem, então, impõe a opinião de longo prazo em situação de risco concreto, não está sendo paternalista.

A vontade do indivíduo está protegida no núcleo da Constituição como autodeterminação (Art. 2 I da Lei Fundamental alemã, em combinação com Art. 1 I também da Lei Fundamental (Art. 8 da Convenção Europeia de Direitos Humanos), como constelação caso, mas também pela liberdade religiosa (Art. 4º da Lei Fundamental alemã; Art. 14 do Código Penal alemão; Art. 9 da Convenção Europeia de Direitos Humanos), a dimensão negativa do direito fundamental à vida e à integridade física (artigo 2 II da Lei Fundamental) e outros. Como ação paternalista por parte das autoridades estatais que representa uma violação desses direitos fundamentais, subsiste a questão de sua constitucionalidade. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais está enraizada na dimensão subjetiva.⁵⁸ Por conseguinte, não é possível dirigir o valor da vida contra a vontade do indivíduo de não querer continuar vivendo. Assim como as obrigações em geral, os deveres fundamentais podem também ser justificados em face da ação paternalista rara isolada. Em qualquer caso, o âmbito da justificação do paternalismo é examinada cuidadosamente por deveres fundamentais. Dado que os deveres de proteção do Estado possuem suas raízes nos direitos fundamentais como direitos subjetivos, e como o autorisco é um direito fundamental de uso, seria o indivíduo protegido pelo dever de proteção estatal perante o uso do direito fundamental. Mas isso seria uma contradição óbvia.

Não é dado a Ulisses o direito, o qual expressa uma autonomia e uma racionalidade limitadas e com isso diversas formas de paternalismo justificado? Não é esse o caso: Ulisses decide por si só sobre os limites de sua autodeterminação: Ele se

⁵⁸

Decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão 7, p. 198 e seg. Caso Lüth

protege de si mesmo. Ele se defende também contra o paternalismo "fraco", porque ele quer decidir autonomamente sobre sua autonomia e não quer depender de critérios que o obriga com padrões de racionalidade. Ulisses é assim símbolo do antipaternalismo, não do paternalismo.

Recebido em 18/03/2013
Aprovado em 27/09/2013