

DIREITO À SAÚDE E O PROBLEMA FILOSÓFICO DO PATERNALISMO NA BIOÉTICA

RIGHT TO HEALTH AND THE PHILOSOPHICAL PROBLEM OF PATERNALISM IN BIOETHICS

*João Maurício Adeodato**

RESUMO

O objeto aqui é situar o direito à saúde diante dos conceitos de direitos subjetivos, direitos humanos e direitos fundamentais, no contexto de uma sociedade carregada de conflitos éticos como a contemporânea, para depois colocar o problema das limitações do direito à saúde e o problema das atitudes paternalistas da sociedade e do Estado diante do indivíduo. O foco principal não é então o direito à saúde, mas sim o poder de um ser humano decidir como o outro deve agir versus o problema da autodeterminação, para muitos a nota distintiva de nossa humanidade.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Direito à saúde Autodeterminação. Paternalismo.

ABSTRACT

This paper aims at analyzing the right to health before the concepts of subjective rights, human rights and fundamental rights, within the context of contemporary society, which has been much burdened with ethical conflicts, and then face the problem of the limits of the

* Professor titular da Faculdade de Direito do Recife; livre-docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; pesquisador 1-A do CNPq. Currículo completo: <http://lattes.cnpq.br/8269423647045727>. Contato: jmadeodato@globocom.com

right to health and the problem of paternalistic measures of the State concerning the individual. So the main focus is not really the right to health, but the conflict between the power of deciding how a person should act and the right to self determination, which is considered by many to be the distinctive character of our humanity.

Keywords: Fundamental rights. Right to health. Self-determination. Paternalism.

PULVERIZAÇÃO ÉTICA E SOBRECARGA DO DIREITO: ÊNFASE NO LITÍGIO E NO PROCESSO

O objeto aqui é situar o direito à saúde diante dos conceitos de direitos subjetivos, direitos humanos e direitos fundamentais, no contexto de uma sociedade carregada de conflitos éticos como a contemporânea, para depois colocar o problema das limitações do direito à saúde e o problema das atitudes paternalistas da sociedade e do Estado diante do indivíduo. O foco principal não é então o direito à saúde, mas sim o poder de um ser humano decidir como o outro deve agir *versus* o problema da **autodeterminação**, para muitos a nota distintiva de nossa humanidade.

Para começar, um contexto social precisa ser mencionado. Aí a primeira tese de base aponta o fenômeno da sobrecarga do direito pela **pulverização ética**, com a qual o direito estatal não se tem mostrado capaz de lidar. As outras ordens éticas – pois o direito é uma delas – tornam-se mais e mais individualizadas e nessa pulverização só resta ele como “mínimo ético”, pois moral, religião e etiqueta, por exemplo, não mais funcionam como amortecedores para os conflitos sociais, os quais são todos jurisdicizados. É assim que o aumento de complexidade, interna (controlada pelo Leviatã) e externa (provocada pela globalização), dificulta a compatibilização das expectativas humanas em relação ao futuro, as quais se tornam fragmentadas e individualizadas. Não que as demais esferas éticas deixem de existir, mas essa pulverização de seus conteúdos retira-as da luz pública.

Além dessa **sobrecarga do direito** dogmaticamente organizado dentro do sistema social, observa-se outra dentro do próprio direito, qual seja, a **sobrecarga da decisão concreta**, fazendo com que au-

mentem as tarefas e a importância do Judiciário, em detrimento do Legislativo, pois o direito torna-se mais e mais casuístico e as regras gerais se enfraquecem. O Judiciário tampouco está preparado para essa segunda sobrecarga e crescem os procedimentos alternativos de solução de conflitos, como conciliação, mediação e arbitragem.

Então as regras para todos passam a ser unicamente as jurídicas e, mais ainda, decididas somente no caso concreto. Ao mesmo tempo em que isso é pouco para constituir os laços éticos dos indivíduos de uma comunidade, é muito para que a forma de organização do direito dogmático estatal controle todos os conflitos.

A solução oferecida pela modernidade democrática para o dilema das divergências éticas na sociedade complexa é que o direito passa a decidi-las, em primeiro lugar, de acordo com as inclinações da maioria, pois justo não é este ou aquele padrão de conduta, como permitir ou proibir a eutanásia, o comércio de armas ou de sexo, mas sim aquilo que a maioria decide como justo; em segundo lugar, e por isso mesmo, o direito assume um conteúdo ético essencialmente mutável, pois sempre será possível que novas majorias decidam por opções éticas divergentes em relação às anteriores.

Em sociedades menos complexas, as demais ordens éticas amortecem os conflitos sociais, fazendo com que só cheguem ao direito os mais graves, aqueles que demandam soluções coercitivas. Em outras palavras, a complexidade crescente pulveriza os conteúdos éticos porque cada indivíduo tem sua religião, sua moral, sua etiqueta, sua visão política, sua orientação sexual etc. e o direito constitui o único ambiente ético comum, justamente por ser obrigatório, coercitivo: dele ninguém escapa.

Em relação ao controle das diferenças éticas, há também um problema linguístico: numa sociedade altamente diferenciada, os signos significantes tendem a se distanciar cada vez mais dos signos significados. No direito, isso quer dizer que os textos normativos são compreendidos diferentemente pelos diversos indivíduos e grupos, pois cada um reage a seu modo diante de expressões como “litigância de má fé”, “interesse público”, “reação moderada” e demais termos abundantes na legislação. Isso torna a lei menos funcional no trato com os conflitos e daí sobrecarrega os envolvidos na decisão e ressalta o

papel da vontade e dos interesses concretos, em prejuízo de uma “racionalidade” pretensamente geral e independente. Ao mesmo tempo fica mais difícil prever como será a decisão concreta, tornando mais e mais obsoletas as concepções hermenêuticas exegéticas, literais ou filológicas, tal como mostra a evolução da hermenêutica jurídica.

A observação demonstra que o direito dogmático e a democracia tradicionais não se mostram mais tão eficientes em sua função social e perdem também em consistência teórica. A crise se manifesta em várias direções, como na possibilidade de partidos não democráticos participarem do jogo político democrático, acenando com o fim da democracia, ou no alto índice de abstinência dos votantes.¹

Essa crise faz com que a tese positivista de separação autopoietica do direito passe a ser contestada em várias frentes. Com efeito, filósofos e juristas contemporâneos contrários ao positivismo, como Ronald Dworkin e Robert Alexy, buscam investigar e descobrir regras acima do poder constituinte, por exemplo, a de que todos são “ontologicamente” iguais e por isso têm o direito de participar igualmente do discurso racional, vale dizer, justo.² Esses conteúdos racionais teriam caráter intrínseco a todo ser humano e proviriam de valores universais. Por isso haveria direitos acima do poder constituinte originário, logo, superiores a qualquer eventual governo. Exemplos desses conteúdos éticos seriam o banimento da tortura, do racismo, do sexismo, o direito de todos à saúde, independentemente do fato notório de muitas regras positivas de diversos sistemas jurídicos antes e hoje permitirem tais procedimentos.

DIREITO OBJETIVO E DIREITO SUBJETIVO

Diante desse contexto, a saúde passa a ser problematizada como um “direito” do qual os cidadãos são sujeitos ativos (pretensão) e o Estado é o sujeito passivo (dever), aquele a quem cabe garanti-la.

A palavra “direito”, em sentido de algo de que se dispõe, algo que se “tem”, é associada a uma faculdade de fazer, aí incluídas as possibilidades de deixar de fazer e de impedir alguém de determinada conduta. Isso é o que tradicionalmente se chama de **direito subjetivo**, no sentido literal de direito “do sujeito”, a *facultas agendi* do direito romano. Não qualquer faculdade, porém só aquelas que encontram

proteção nas regras de direito, nas “normas de agir” (*norma agendi*). Já no século XIX, afirmava-se ser o conceito de direito subjetivo o mais discutido; ao lado do conceito de norma, tornou-se o mais importante da teoria geral do direito moderna.³

Na tradição que vem pelo menos da Grécia antiga, uma das forças do jusnaturalismo, genericamente considerado, estava exatamente na ideia de que há certos direitos que **não dependem de reconhecimento** por qualquer instância de poder que seja. Nesse sentido, a metáfora sobre direitos “naturais”, entendendo-se como “natureza” as forças acima da vontade humana e mesmo independentes de sua existência. Desde pelo menos a *Antígona*, essa é uma ideia milenar que ainda hoje mantém um forte apelo.

Quando já adiantada a modernidade, aparecendo as primeiras ideias positivistas, a filosofia do direito debate-se entre duas grandes vertentes. A da tradição jusnaturalista: o ser humano tem certos direitos subjetivos pelo simples fato de ser humano, cabendo ao ordenamento jurídico objetivo reconhecê-los, e a do positivismo emergente: o ser humano tem apenas os direitos subjetivos que o ordenamento jurídico objetivo lhe concede.

Isso pode ser detectado nas diferentes formas de **contratualismo** imaginadas por Rousseau e Hobbes, a seguir tomados como paradigmas.

O contrato social, para Rousseau, é estabelecido entre o cidadão e o Estado, consistindo de direitos e deveres recíprocos. Isso significa que o Estado pode exigir deveres do cidadão, mas este também pode exigir deveres do Estado. Logo, se o cidadão conserva seus direitos subjetivos para contratar, ele os traz da vida natural para a vida social, limitando os poderes do Estado:

Vê-se, por essa fórmula, que o ato de associação compreende um compromisso recíproco entre o público e os particulares, e que cada indivíduo, contratando, por assim dizer, consigo mesmo, se compromete numa dupla relação: como membro do soberano em relação aos particulares, e como membro do Estado em relação ao soberano.⁴

O contrato constitutivo das sociedades humanas é assim bilateral e sinalagmático.

Em Hobbes, noutra direção, o contrato é entre os cidadãos e o Estado é resultado, não parte dele. Nesse contrato os indivíduos abdicam de todos os seus direitos originários, desde que os demais cidadãos façam o mesmo. O Estado não tem qualquer dever com o cidadão, já que todos os “direitos naturais”, no sentido bem literal do homem livre no estado de natureza, são transferidos ao Estado, o qual passa a ter direitos de vida e morte sobre o sujeito.

Logo, o ser humano entra na vida social sem quaisquer direitos, contentando-se com aqueles que o Leviatã lhe houver por bem conferir.⁵ Só em dois casos tem direito de resistir e pode rebelar-se: se o Estado quer matá-lo, pois o direito natural à vida é o mais fundamental, ou se o Estado não mais consegue manter a ordem do pacto social e proteger-lhe a vida dos ataques dos demais cidadãos.

Tem-se, então, em Rousseau, mais fiel à tradição jusnaturalista, a prevalência do direito subjetivo e em Hobbes, a do direito objetivo. O dilema, claro para os juristas posteriores, é que, de um lado, o direito subjetivo se basearia em uma instância transcendente, de difícil detecção e controle jurídico-político, tal como a “Vontade Geral”, as diretrizes da razão ou a vontade de Deus, como no caso dos jusnaturalismos; de outro, o sujeito fica à mercê do Estado, esmagado por sua onipotência, e o direito se esvazia de todo conteúdo ético válido em si mesmo, tal como nos positivismos.

O direito à saúde e seus corolários (qualidade de vida, opção por distanásia, testamento vital etc.) inserem-se nesse debate, sem dúvida.

DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO DIREITOS SUBJETIVOS CONSTITUCIONAIS

Com a positivação e a constitucionalização do direito moderno, a visão filosófica do positivismo prevaleceu, isto é, os direitos subjetivos precisam ser protegidos pelo direito objetivo, caso contrário não são direitos, mas sim meros ideais de determinados indivíduos ou grupos. Os direitos constitucionais fundamentais, tais como liberdade, igualdade ou saúde, que vieram fazer parte da tradição histórica dos direitos humanos no Ocidente, são considerados direitos subjetivos porque dogmaticamente aceitos nos procedimentos jurídicos fixados pelo direito objetivo.

Mas o conceito de **direitos humanos** permanece como herdeiro da tradição jusnaturalista, pretendendo validade acima do direito positivo. No plano do mundo interconectado em rede e da globalização internacional, a ênfase é a dicotomia entre direitos fundamentais positivados (constitucionalizados) nacionalmente e direitos humanos superiores, supostamente válidos em si mesmos, acima das constituições dos Estados nacionais e, por isso, válidos internacionalmente.

O problema é que a retórica dos direitos humanos globalizados, ao mesmo tempo em que exige a proibição de armas nucleares, da tortura ou do genocídio, pode também ser usada em benefício dos Estados mais bem sucedidos economicamente e revelar um eurocentrismo ou norte-americanismo ético arrogante, quando não mero oportunismo em prol de estratégias de dominação econômica. Em outras palavras, o dilema é se a ética do capitalismo democrático, circunstancialmente mais poderoso hoje, pode impor seus padrões; e porque as regras que valem para os invadidos não valem para os invasores.

Hans Kelsen, escrevendo na primeira metade do século XX e pensando em termos dos ordenamentos jurídicos nacionais, por exemplo, tenta escapar da tirania da maioria. Ao lado da filosofia positivista, evidentemente relativista e cética a respeito de uma certeza ética, outro pressuposto desse autor é um governo da maioria que considere necessárias a existência e a proteção das minorias. Essa função protetora é desempenhada precisamente pelos assim chamados direitos fundamentais, direitos de liberdade, direitos humanos ou direitos do cidadão, expressões que Kelsen não diferencia em sua polêmica com Carl Schmitt.⁶ Mas claro que têm que estar positivados, só assim são direitos subjetivos sob a perspectiva positivista.

Na filosofia do direito, surge a ideia de que os direitos humanos se distinguem como espécies de direitos subjetivos a partir de seu **conteúdo**, pretendendo daí validade internacional, e não pelo critério formal dos primeiros positivistas de serem positivados em leis e constituições. Tende-se assim a diferenciar e ampliar o conceito tradicional de direitos humanos, estendendo-o a outras formas de direitos, em sucessivas “gerações” ou “dimensões”.

O constitucionalismo liberal do século XVIII é o primeiro movimento constitucionalista e o Estado Liberal é a primeira forma de Estado

de Direito do Ocidente. Seus pilares são o individualismo, a legalidade exegética iluminista e a separação de poderes. Seus direitos fundamentais são os de primeira geração ou dimensão, os direitos **individuais**. A “mão invisível” do mercado e o otimismo do progresso espontâneo, ingênuo aos olhos contemporâneos, marcaram essa perspectiva.

A pobreza e a exploração, ignoradas pela perspectiva individualista, chamam a necessidade de uma maior intervenção do Estado para garantir a sobrevivência dos mais fracos. Surge a retórica do Estado social, que protege os direitos fundamentais **sociais**, de segunda geração. As constituições passam a ser mais amplas, detalhando em seus textos listas de direitos, tais como a Mexicana de 1917 e a Alemã de 1919, pois o *laissez-faire* do liberalismo não colocava freios sobre as atividades exploratórias ou mesmo predatórias dos mais fortes e se mostrava ineficiente. A Primeira Grande Guerra e as desgraças que trouxe também cooperaram para diminuir os entusiasmos da antropologia otimista do individualismo possessivo capitalista.

A terceira geração é a dos direitos chamados **difusos**. Não são mais apenas direitos de indivíduos ou de grupos, como nas dimensões anteriores, mas pertencem a toda a comunidade, são coletivos, meta ou transindividuais, pretendendo validade inclusive transnacional, pois seriam oponíveis entre os Estados. O direito à integridade do meio ambiente é um exemplo característico; a propriedade particular, por exemplo, subordina-se ao todo e não só o direito deixa de ser absoluto, como vai além do conceito de sua função social: precisa levar em conta o meio ambiente e sua inter-relação com as demais propriedades privadas.

Os direitos de quarta dimensão incluem o direito à própria democracia, o “direito a ter direitos” (Hannah Arendt), aí compreendidos o direito à informação e o direito de participação política; mas envolvem também os biodireitos, questões recentes levantadas a partir de novas técnicas científicas, como clonagem, transgênicos, eutanásia etc. Já se fala em diferenciação no sentido de uma quinta dimensão, mas a doutrina constitucional ainda está a construir esses critérios.⁷

Essa síntese apertada tem como objetivo, repita-se, mostrar a busca pelo **conteúdo material** dos direitos fundamentais, no âmbito do Estado democrático de direito, sopesando uma realidade em que o que vale é o procedimento, os ritos formais do sistema jurídico positivo.

DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O debate revela uma confusão semântica por trás dessa hermenêutica mais e mais extensiva em torno da retórica dos direitos fundamentais. A palavra “direitos”, como dito, está aqui usada em sentido subjetivo, *facultas agendi*, pressupondo a necessidade positivista de os direitos subjetivos serem garantidos pelo direito objetivo. Dogmaticamente, recorde-se, o Estado e a sociedade seriam os sujeitos passivos desses direitos subjetivos, obrigando-se o Estado não apenas a garanti-los diante dos demais indivíduos, mas, sobretudo, a respeitá-los ele próprio, abstendo-se seus órgãos de qualquer lesão ou ameaça de lesão a eles.

Em uma classificação dogmática e formal, a partir da simples organização do texto constitucional brasileiro, o gênero “direitos fundamentais” abrange os direitos individuais (art. 5º); coletivos (também no art. 5º); sociais (os “direitos” propriamente ditos estão nos arts. 6º a 11 e se limitam aos direitos do trabalhador, pois a “ordem social” está no título VIII, arts. 193 s.); de nacionalidade (art. 12); e políticos (arts. 14 a 17).

Discute-se a inserção dos chamados direitos difusos, indisponíveis – os de terceira dimensão –, alegadamente **constitucionais quanto à matéria**, mas que a Constituição brasileira não coloca expressamente (formalmente) entre os direitos fundamentais. Por esse critério literal, também se observa que, pelo texto do § 1º do art. 5º, parece que a Constituição não inclui sequer os direitos sociais e políticos, posteriores ao art. 5º, entre os direitos fundamentais propriamente ditos, pois só aqueles listados no art. 5º (individuais e coletivos) seriam “fundamentais” e garantidos por normas de “aplicação imediata”.

A pretendida ampliação do conceito de direitos fundamentais por seu conteúdo enfrenta dificuldades para implantar-se e isso se expressa por meio do debate em torno da “busca da efetividade” ou por neologismos como “necessidade de eficacialização”. Os reclamos de doutrinadores e políticos brasileiros não se dirigem apenas a uma maior extensão semântica, mas também reconhecem que não há correspondência no plano fático, social.⁸

Afora isso, há uma extensão nos significados dos próprios direitos tradicionalmente reconhecidos como fundamentais. Nos direitos individuais, por exemplo, o direito à vida passa a significar não apenas o direito à própria existência como também a uma existência digna, com integridade física e moral (art. 5º, V e X). O direito à igualdade, que consiste juridicamente na isonomia, a igualdade formal, isto é, de igual tratamento perante a lei (*caput* do art. 5º), perpassa todos os ramos do direito positivo e amplia-se para conteúdos semanticamente mais amplos, “sem distinção de qualquer natureza”.

Os **direitos sociais** são apresentados como “tutelares”. Numa distinção teleológica, diferem dos coletivos, como reunião e associação, por destinarem-se a proteger os mais fracos, chamados “hipossuficientes” pela doutrina. Pode-se dizer que existe algum consenso quanto à inserção dos direitos à seguridade social, subdivididos em direito à saúde, à previdência social e à assistência social (art. 203), como direitos sociais. Mais uma vez nota-se a extensão hermenêutica na distinção entre previdência, que envolve direitos como aposentadoria, auxílio-desemprego, auxílio-doença, auxílio-maternidade etc., cujos titulares específicos são contribuintes, e assistência, que “será prestada a quem dela necessitar”, independentemente de contribuição.

Mas o direito à saúde parece ser unanimemente colocado como fundamental. Isso aumenta a importância do tema do paternalismo ou, como dizem os franceses, o problema do Estado-babá.

UNIVERSALIZAÇÃO ÉTICA, PATERNALISMO E O EXEMPLO DA TORTURA

Uma das ideias filosóficas mais arraigadas no senso comum parece ser a da concepção causal da natureza, segundo a qual o passado determina o futuro, ideia contra a qual a filosofia retórica se posiciona, exatamente por conceber o mundo real como contingência que é construída a cada momento. Mas descrever do conceito de causa, de toda forma de determinismo e compreender o mundo como contingência leva a um ceticismo, sem dúvida, mas não a um ceticismo niilista, descrente ou indiferente perante os acontecimentos: exatamente pelos acasos, a **responsabilidade ética** passa a ser indispensável no controle dessa contingência, pois a história é o que os seres humanos dela fazem.

Isso porque não é difícil perceber a estreita relação entre a postura paternalista e a **convicção de verdade** na ética, trazida pela tradição religiosa dos monoteísmos, assim como pela tradição jusnaturalista na filosofia do direito. Mais ainda sua maior herdeira, a ciência. Para a tendência majoritária dentre os humanistas, em geral contra o paternalismo, cunhou-se a expressão “individualismo normativo”, ficando “coletivismo normativo” para seus adversários:⁹ Um exemplo clássico é a ordem de Odisseu para que seus marujos tapassem os ouvidos e o amarrassem ao mastro do navio, para que só ele ouvisse, sem o risco de ser tragado, o mavioso canto das sereias.

O iluminismo de Kant é visceralmente contra o paternalismo e baseia seus argumentos nos três princípios *a priori* do estado civil, os quais não são apenas protegidos por leis positivas, mas constituem, em suas palavras, **princípios racionais** da dignidade humana: liberdade (*Freiheit*), igualdade (*Gleichheit*) e autodeterminação (*Selbstständigkeit*, que ele também denomina *sibufficientia*). Kant faz a diferença entre um governo “paternal” (*väterliche Regierung* ou *imperium paternale*), o qual é ilegítimo porque submete os governados como se fossem crianças, que não conseguem distinguir o que é útil ou prejudicial para si mesmas, e um governo “patriótico” (*vaterländische Regierung* ou *imperium patrioticum*), no qual o cidadão (*Staatsbürger*) não é apenas um burguês ou cidadão (*Stadtbürger*), pois desfruta de sua dignidade racional, natural e distintiva.¹⁰

É tempo agora de chamar atenção para o problema da tortura e sua relação com o paternalismo, conceitos diferentes, claro, mas que implicam ambos a questão ética de pretender dominar a vontade alheia. Ainda que se suponha haver hoje um consenso sobre certas convicções, por exemplo, a condenação da tortura no direito penal, os dados empíricos mostram que ela não só foi e é aceita em diversos grupos sociais no passado e no presente, como também, a depender da situação concreta extraordinária, pode-se fazer um recurso aceitável para uma parcela ainda maior da população, em sociedades ditas esclarecidas.

Além disso, se o debate a respeito da melhor escolha ética recai sobre temas mais triviais no dia a dia, como, a eutanásia, a pena de morte ou o procurador de cuidados de saúde, até uma cultura relativamente homogênea quanto à aversão a campos de concentração, pode apresentar alto grau de dissenso.

Mais difícil ainda acomodar divergências quando se pensa numa **universalização de direitos** em escala global, para sociedades tão diversificadas e contraditórias eticamente. Isso sem haver um Estado internacional, forte o suficiente para garantir pelo menos a coercitividade das regras do procedimento de decidir sobre os antagonismos. A experiência mostra que o direito não se pode reduzir a persuasão e adesão.

Portanto, não é difícil associar a controvérsia sobre o que é justo ao debate contemporâneo sobre o **paternalismo** como imposição de uma convicção sobre outra. Na base da discussão está o problema da liberdade. Essa eventualidade de autodeterminação do indivíduo tem dois adversários poderosos: de um lado, a necessidade de controle dos impulsos egoístas atávicos dos seres humanos, de supressão de certas liberdades para garantia de um espaço comum, pois não se pode ser livre para tolher a liberdade dos outros nem tolerar o intolerante; de outro, a já referida ideia de causalidade, segundo a qual determinado antecedente provoca consequências supostamente acima das livres opções.

No Estado Democrático de Direito, as normas jurídicas proibem **incondicionalmente** o emprego da tortura por parte dos órgãos estatais. A simples **ameaça** de tortura é banida como ilegal e rigorosamente combatida. Muitos argumentos foram usados nessa evolução, desde os horrores históricos das ordálias, os “juízos de Deus”, até o simples argumento pragmático de que a tortura não funciona como meio de prova nem garante informação.

Conceitualmente, tortura não se confunde com pena cruel, que constitui tema de outro debate ético. A tortura é um procedimento que busca informações para esclarecer a verdade no processo, enquanto as penas cruéis têm por objetivo o castigo, pressupondo que aquela verdade já foi encontrada.

A questão da tortura se relaciona com o problema da tolerância e da bioética em pelo menos dois sentidos básicos: o literal, de tolerar ou não a dor; e o mais amplo, de não ver limites para coagir a vontade alheia, a violência irresistível que chega a ponto de acabar com o discurso, a linguagem, a retórica. Este último é o que mais interessa aqui. Isso significa discutir o assunto desde uma perspectiva ética: a tortura deve ser usada em algum caso? Há alguma possibilidade de

justificação da tortura? Ela pode ser legalizada, ou seja, o direito pode prever sua aplicação?

A perspectiva sociológica é importante e deve sempre permanecer no horizonte da discussão. Muitos sabem que a tortura é rotineiramente praticada em países subdesenvolvidos como o Brasil, assim como em países economicamente desenvolvidos como os Estados Unidos, baluartes de uma retórica civilizatória, que se arvoram guardiães de uma nova ordem mundial, o que lhes daria o direito de invadir países para impor sua ética de proteção aos direitos humanos. Mas não apenas na Baía de Guantânamo. Internamente, em todo seu território, estabeleceu-se uma importante indústria da prisão, que encarcera quatro vezes mais pessoas do que qualquer outro país – de acordo com dados de 2011 – e de cuja manutenção vivem e lucram milhares de cidadãos.

Externamente, no que concerne ao terrorismo, a justificativa dos funcionários norte-americanos para o emprego da tortura e de outros métodos contrários a seu próprio direito positivo é a tese da legítima defesa prévia, para evitar um mal maior a mais pessoas. Afasta-se do conceito secular de legítima defesa, que implica perigo real e iminente, incompatível com a tortura, pois aí o ser humano já está submetido e não se encontra em condições de atacar ninguém.

Tome-se um exemplo concreto no plano interno do direito dogmático, em que fica mais claro o problema filosófico da tortura, pois se excluem justificativas relacionadas com o terrorismo; trata-se de caso verídico, ocorrido há quase uma década na Alemanha. Em setembro de 2002, o filho de 11 anos de um banqueiro de Frankfurt foi sequestrado. O sequestrador foi preso pela polícia, mas não queria dizer onde prendera o menino. Depois que o chefe de polícia o ameaçou de tortura, apenas o ameaçou, ele revelou o local. Era tarde demais e o menino foi encontrado morto de fome e sede. A promotoria acusou o chefe de polícia com base na legislação alemã em vigor, que proíbe rigorosamente a tortura ou sua simples ameaça. O tribunal recebeu a denúncia e não o absolveu, apesar de ter-lhe aplicado uma pena leve, sob alegação das finalidades éticas da ameaça, apesar de manifestamente ilegal. Mais ainda, em 2011, o condenado recebeu uma indenização do Estado.

Podem-se imaginar casos ainda mais dramáticos, roteiros de filmes, como um indivíduo que é preso e confessa espontaneamente

que colocou uma bomba poderosa em algum lugar da cidade, cuja explosão causará a morte de milhares de inocentes. Pouco importa se seus motivos são políticos ou simples extorsão. Pois bem: justifica-se eticamente torturá-lo? No caso do garoto alemão, segundo pesquisa feita logo depois, na esteira do debate que moveu a nação, dois terços dos alemães eram a favor da atitude da polícia (interessante que a quase totalidade dos profissionais do direito mantinha a opinião contrária, pela proibição absoluta).

A questão, como dito no início, toca num tabu da ética democrática e, sobretudo na Alemanha, invoca ainda a questão nazista, regime que legalizou e aplicou largamente a tortura, justificando-a também por sua eficiência. No Brasil, a ditadura relativamente recente também agrava a discussão, sempre atual devido às sugestões recorrentes de anulação da Lei de Anistia.

Mas, ainda assim, o argumento da eficiência é questionável em diversos casos. Muitas pessoas dirão qualquer coisa sob tortura. Há também o problema da ignorância, pois o torturado pode não ter a informação que se deseja e parecer ao torturador ter uma vontade férrea que precisa de mais tortura para ser dobrada.

A questão põe-se mais claramente, porém, como no caso alemão, se há certeza de que o cativo detém a informação requerida, a qual supostamente possibilitará salvar bens jurídicos tão ou mais importantes do que seu direito a não ser torturado. Daí começam a surgir argumentos que atacam os próprios fundamentos dessa proibição básica no Estado de direito.

Do outro lado da controvérsia, advogando a negação absoluta da tortura, alega-se que o direito não pode ser combatido com o não direito, que à polícia cabe institucionalmente prevenir perigos e proteger a população, não castigar criminosos, que seria questionável função dos sistemas judiciário e penitenciário, e que essa proteção policial deve ser feita de forma moderada e com bom senso.

Muito embora também se arvore poder sobre a vontade de outrem, o paternalismo é um problema ético diferente da tortura, e com ele chega-se à parte conclusiva do presente texto.

EXEMPLOS DE RELAÇÕES PATERNALISTAS E CONCLUSÃO

Diante da responsabilidade ética pela contingência, aparece a questão do **paternalismo na ética**, ou seja, o debate sobre se cabe constranger pessoas para seu próprio bem, se a ordem jurídica positiva deve proteger alguém de perigos quando esse alguém, sendo capaz e adulto, rejeita tal proteção. O paternalismo é, por definição, contrário à autonomia da vontade ou à autodeterminação sem restrições e vários exemplos podem ser apontados: proibição de fumar, obrigatoriedade de usar cintos, cadeiras para crianças nos automóveis e capacetes de segurança, além de alimentação regrada e demais prescrições para o bem da saúde, dentre outras medidas de proteção; o médico que não revela ao paciente os resultados de seus exames, para protegê-lo da tristeza que advirá da informação; regras contra a eutanásia desejada pelo paciente, em casos de muita má qualidade de final de vida; regras para inibir o suicídio; normas para obrigar um paciente adulto e psicologicamente saudável a tratamento médico, diante do fato de que, se houver recusa, haverá a morte e outros exemplos, muitos e atuais.

A expressão origina-se do poder-dever que tem os pais no sentido de proteger seus filhos menores de idade mesmo contra sua vontade, estabelecendo uma relação assimétrica de superioridade e inferioridade. No caso do direito, o paternalismo refere-se, sobretudo, a relações jurídicas e coercitivas entre o Estado e o cidadão, indo além do âmbito meramente moral.

Possibilitar um máximo de informação sobre a situação, do ponto de vista do conhecimento, e apoiar as consequências por qualquer decisão tomada, do ponto de vista ético, seria um caminho antipaternalista sugerido aqui. No caso médico mencionado acima, em outras palavras, um direito que vise estrategicamente a positivar uma ética da tolerância não deve apoiar a falta de informação, mas sim exarar regras para apoiar psicologicamente o doente e fazê-lo suportar a informação indesejada. Em caso de recusa à transfusão de sangue, por exemplo, o paciente deve ser informado de tratamentos alternativos, mesmo que tudo indique que venha a falecer se persistir na recusa (mas o paciente precisa ser adulto e apto a decidir, repita-se). O aparato coercitivo do Estado precisa garantir seu direito de morrer.

Com relação a outros hábitos, como alimentação pouco saudável e ingestão de outras substâncias, em tese prejudiciais ou mesmo fatais para a saúde física e mental, uma ética pluralista defende que o direito deve inibir o paternalismo, ainda que o sistema público de saúde precise investir mais recursos para cuidar dessas pessoas. Uma sociedade que alberga quaisquer doentes, ou pessoas desigualmente bem sucedidas, em todas as acepções, tem que zelar por suas incapacidades e impedimentos: mesmo se as escolhas do paciente cooperarem para sua condição, a sociedade é o meio ambiente responsável.

Argumento em prol do paternalismo é o prejuízo público que uma decisão individual pode provocar – ou certamente provocará. Para ficar no campo da saúde, a perspectiva de o sistema previdenciário estatal, ou mesmo as companhias privadas de saúde, se ver prejudicado por fumantes, praticantes de esportes radicais infelizes em uma manobra ou apreciadores de guloseimas pouco saudáveis. Mas pense-se, também, para exagerar os confrontos éticos, nos consumidores de drogas extremamente nocivas, de um lado, e as pessoas que apenas querem ser absolutamente sedentárias, de outro. Em ambos os casos, há um risco, que é estatisticamente certeza para um grande número de pessoas, de que essas decisões individuais sobre o próprio bem prejudicarão a coletividade, isto é, os recursos do sistema público de saúde. O direito – escolha imposta coercitivamente e que (justificadamente) proíbe atos mais graves como homicídios e torturas – deve obrigar alguém a fazer “o certo” nesses exemplos?

Em algumas teses dos utilitaristas ingleses, que nesse tema são precursores dos pragmatistas, encontra-se a posição ética contrária ao paternalismo. Com efeito, John Stuart Mill escreve sobre a liberdade e as relações entre o direito da comunidade e o direito do indivíduo para defender um só princípio, o único móvel que legitima o direito a compelir alguém a fazer algo contra sua vontade: a autoproteção. O termo “auto”, a própria proteção, não se refere ao indivíduo, porém à **proteção da comunidade**, pois

Que o único objetivo pelo qual o poder pode ser justificadamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, é evitar mal aos outros. Seu próprio bem, seja físico ou moral, não é uma garantia suficiente. Ele não pode ser justificadamente

coagido a fazer ou omitir porque será melhor para ele agir assim, porque será mais feliz, porque, na opinião de outros, agir assim seria sábio ou mesmo correto. Essas são boas razões para dissuadi-lo, argumentar com ele ou persuadi-lo, ou suplicar-lhe, mas não para coagi-lo ou trazer-lhe qualquer mal em caso de agir de outra maneira.¹¹

O paternalismo é também tema de ordem constitucional, pois diz respeito à competência do Estado para intervir no domínio da autonomia privada. Em termos sistemáticos, a questão traz à tona, inicialmente, o problema da razoabilidade e da proporcionalidade das restrições a uma conduta lícita, garantida constitucionalmente como toda conduta não ilícita, já que ninguém está obrigado a praticar ou deixar de praticar qualquer ato a não ser em virtude da lei, pelo menos nas democracias modernas. Esse é o princípio básico da legalidade, no Brasil positivado no art. 5º, II, da Constituição Federal, ou seja, eventuais restrições legais devem ser sempre proteções e nunca impedimentos. Um direito fundamental não pode ser restringido por lei, por conta da supremacia constitucional, mas apenas adequado ao exercício de outro direito fundamental. Só um direito fundamental pode “restringir” outro direito fundamental.¹²

Tal argumento parte da convicção de que a liberdade, como direito fundamental, é corolário da isonomia (“formulação positiva do direito à igualdade”, igualdade perante o ordenamento jurídico) e da “capacidade de o ser humano reger o próprio destino” (autodeterminação). Ora, esses são exatamente os três princípios da razão que fundamentam a dignidade da pessoa humana em Kant. Segundo Hannah Arendt, fumante inveterada que se recusava a “ser escrava da própria saúde”, o ser humano adulto não pode ser educado por outros adultos, como se alguns não tivessem condições de escolher o que é desejável para si. Se as pessoas divergem sobre o bem, que cada um procure o seu e tolere as diferenças. Nessa direção, podem-se distinguir duas ordens de problemas, usando o vício do cigarro simplesmente como um exemplo que pode ser estendido indutivamente.

Em primeiro lugar, as regras jurídicas para proteger o próprio fumante de si mesmo, seja proibindo integralmente o fumo, seja restringindo seu uso, e até que ponto. A questão jurídica seria saber se é constitucional uma lei que reduza a liberdade de fumar. Eram outros

tempos quando a lei ordinária criminalizou a cocaína, depois de ser permitido por décadas seu uso médico e sua venda em farmácias, ou pode-se fazer o mesmo hoje com o tabaco? Da perspectiva das restrições, em segundo lugar, essas regras jurídicas de proteção ao fumante implicam, sobretudo, o dever de obrigar o produtor e o vendedor a informar dos malefícios, mas vão mais longe e também restringem a propaganda ou impõem altas taxas.

Mas é nas regras para proteger o não fumante no convívio com o fumante que o problema jurídico fica mais claro, pois aí existe um espaço comum em que alguns querem ter o direito e o prazer de fazer mal à própria saúde e outros querem distância de fumantes.

As possibilidades de conflitos são infinitas. Por exemplo, se o odor de fumo pode ser mais invasivo do que o de comidas e bebidas, não é difícil imaginar uma situação em que uma iguaria pareça a alguns deliciosa e a outros repugnante, por seu cheiro ou aparência, querendo estes proibir aqueles de dividir o espaço comum de um restaurante. O mesmo vale para a música, os perfumes, as roupas, em suma, toda conduta em interferência intersubjetiva.

Essa forma de colocar a questão guarda estreita relação com o conflito clássico do paternalismo já mencionado; para ficar no exemplo, só considerando os danos que o fumante causa a si mesmo, sem qualquer contato com os não fumantes, os recursos que ele vai demandar por doenças decorrentes do tabagismo onerarão a saúde pública. Não é de forma tão direta quanto o fumante passivo, que adquire doenças como se fumasse, mas trata-se do conflito entre o que se diz o bem de todos e o que se diz o bem do indivíduo, sua liberdade de escolha.

Novamente Mill, apoiando o individualismo antipaternalista:

Para justificar isso [coagir alguém], a conduta que se quer impedir deve ter como objetivo fazer mal a outrem. A única parte da conduta de qualquer pessoa pela qual ela é responsável perante a sociedade é aquela que concerne aos outros. Na parte que concerne meramente a si mesma, sua independência é, de direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre seus próprios corpo e mente, o indivíduo é soberano.¹³

Mas a perspectiva da retórica jurídica mostra como só é possível determinar o sentido das expressões “que concerne aos outros” e “que concerne meramente a si mesma” diante de um caso específico; até se chegar a um conflito concreto no qual se decida sobre os significados dessas palavras, elas permanecem como estruturas vazias, “palavras ocas” (Alf Ross) e não completam a comunicação. Só quando eventos acompanham significantes linguísticos e significado normativo se pode falar em sentido.

Da mesma forma, conceitos como “cuidados paliativos”, por exemplo, sedação apenas para evitar a dor física ou psíquica, “abstenção de tratamento em doentes terminais”, “ordens de não reanimar”, “morte medicamente assistida”, “assistência ao suicídio”. Sem contar que a sociedade complexa assiste hoje a fenômenos antes inimagináveis, tal como o suicídio de pessoas saudáveis que se consideram infelizes e decidem que não vale a pena viver, hoje discutido, por exemplo, na Holanda.

Paternalismo, direito à saúde, tortura, direito à vida, direito à liberdade religiosa concretizam claros conflitos de valores. Mas há muitas outras situações, para as quais agora se desperta, com grandes reflexos na filosofia do direito: a conveniência ou não de cuidados médicos paliativos, quando não há qualquer esperança de cura ou mesmo melhora; o chamado encarniçamento terapêutico, quando o sistema médico se recusa a desistir e persiste no tratamento, ainda que na presença do sofrimento – a chamada distanásia –, e muitas vezes por motivações de interesses financeiros, sem muito respaldo ético; a possibilidade de a pessoa saudável nomear um procurador para decidir sobre seu tratamento quando estiver a morrer no futuro, o testamento vital (em vida), uma *contradictio in terminis* para o direito das sucessões tradicional, segundo o qual o testamento só é fonte de norma jurídica com o falecimento do *de cuius*; tudo isso agravado nos casos de doentes mentais, pessoas sem família ou amigos, pacientes comatosos.

No fundo a solução passa pela prudência da avaliação diante de cada caso. O problema filosófico central é esse, no direito à saúde, pois a ortotanásia nada mais é do que o meio-termo ponderado entre a eutanásia que acaba com a vida e a distanásia, que a prolonga a todo custo.

NOTAS

- 1 O termo é *Politikverdrossenheit*, “Fastio diante da política”, como diz MÜLLER, Friedrich. **Wer ist das Volk?** Die Grundfrage der Demokratie (**Schriften zur Rechtslehre**, Bd. 180), Ralph Christensen (Hrsg.). Berlin: Duncker & Humblot, 1997. p. 110.
- 2 ALEXY, Robert: **Theorie der juristischen Argumentation**: die theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1983. p. 361 s. (*Anhang*).
- 3 RÖHL, Klaus F. **Allgemeine Rechtslehre**: ein Lehrbuch. Köln / Berlin / Bonn / München: Carl Heymanns Verlag, 2., neu bearbeitete Auflage, 2001. p. 328.
- 4 ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social ou princípios do direito político**. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1983. cap. VII, p. 34. (Coleção Os Pensadores).
- 5 HOBBS, Thomas. **Leviathan** or Matter, form and power of a state ecclesiastical and civil. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1990, v. 21, p. 39-283, p. 101. (Col. Great Books of the Western World).
- 6 KELSEN, Hans. **Vom Wesen und Wert der Demokratie**. Tübingen: Scientia Verlag Aalen, 1981. p. 53, e **Allgemeine Staatslehre**. Wien: Österreichische Staatsdruckerei, 1993. p. 368-371.
- 7 AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 39.
- 8 Por muitos STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- 9 ANDERHEIDEN, Michael; BÜRKL, Peter; HEINIG, Hans Michael; KIRSTE, Stephan; SEELMANN, Kurt. Einleitung. **Paternalismus und Recht**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006. p. 1.
- 10 KANT, Immanuel. Über den Gemeinspruch: das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, in: KANT, Immanuel. **Schriften zur Anthropologie, Geschichtsphilosophie, Politik und Pädagogik 1**. Werkausgabe in zwölf Bände, hrsg. Wilhelm Weischedel. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1977, Bd. XI, p. 125-172, p. 145-146 e p. 151.
- 11 MILL, John Stuart. **On liberty**. Great Books of the Western World, v. 40. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1993. v. 40, p. 267-323, p. 271: “That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilised community, against his will, is to prevent harm to others. His own good, either physical or moral, is not a sufficient warrant. He cannot be compelled to do or forbear because it will be better for him to do so, because it will make him happier, because, in the opinion of others, to do so would be wise or even right. These are good reasons for remonstrating with him, or reasoning with him, or persuading him, or entreating him, but not for compelling him, or visiting him with any evil in case he do otherwise.”
- 12 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito constitucional** – liberdade de fumar, privacidade, Estado, direitos humanos e outros temas. São Paulo: Manole, 2007. p. 194-195 s.
- 13 MILL, John Stuart. **On liberty**, op. cit., Great Books of the Western World, v. 40. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1993. p. 267-323, p. 271: “To justify that, the conduct from which it is desired to deter him must be calculated to produce evil to someone else. The only part of the conduct of any one, for which he is amenable to society, is that which concerns others. In the part which merely concerns himself, his independence is, of right, absolute. Over himself, over his own body and mind, the individual is sovereign.”

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ALEXY, Robert: **Theorie der juristischen argumentation**: die theorie des rationalen Diskurses als theorie der juristischen Begründung. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1983.

ANDERHEIDEN, Michael et al. **Paternalismus und Recht**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Direito constitucional**: liberdade de fumar, privacidade, Estado, direitos humanos e outros temas. São Paulo: Manole, 2007.

HOBBS, Thomas. **Leviathan or Matter, form and power of a state ecclesiastical and civil**. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1990. Col. Great Books of the Western World.

KANT, Immanuel. Über den Gemeinspruch: das mag in der theorie richtig sein, taugt aber nicht für die praxis. In: KANT, Immanuel. **Schriften zur Anthropologie, Geschichtsphilosophie, Politik und Pädagogik 1**: Werkausgabe in zwölf Bände, hrsg. Wilhelm Weischedel. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1977, Bd. XI.

KELSEN, Hans. **Vom Wesen und Wert der Demokratie**. Tübingen: Scientia Verlag Aalen, 1981, p. 53.

MILL, John Stuart. **On liberty**: great books of the western world. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1993. v. 40.

MILL, John Stuart. **On liberty**. Great Books of the Western World. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1993. v. 40. p. 267-323.

MÜLLER, Friedrich. **Wer ist das Volk?** Die Grundfrage der Demokratie (Schriften zur Rechtslehre, Bd. 180), Ralph Christensen (Hrsg.). Berlin: Duncker & Humblot, 1997.

RÖHL, Klaus F. **Allgemeine Rechtslehre**: ein Lehrbuch. Köln / Berlin / Bonn / München: Carl Heymanns Verlag, 2., neu bearbeitete Auflage, 2001.

ROUSSEUAU, Jean-Jacques. **Do contrato social ou princípios do direito político**. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Coleção Os Pensadores).

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Artigo recebido em: 7-3-2012

Aprovado em: 16-7-2012