

PATERNALISMO: UMA IDEIA VIÁVEL?

PATERNALISM: A VIABLE IDEA?

André Studart Leitão*
Eduardo Rocha Dias**
Taís Vasconcelos Cidrão***

RESUMO: O problema do paternalismo, que começa com a falta de consenso sobre seu próprio significado, e sua aceitação no âmbito estatal pelos estudiosos do Direito (em âmbito nacional e internacional), tem gerado debates acerca da possibilidade de essa filosofia de gestão tolher a liberdade do ser humano em um sistema institucionalizado. O Estado pode (ou deve) tomar as decisões pelos cidadãos, inclusive aquelas que envolvem exclusivamente a esfera privada? Através de pesquisa eminentemente bibliográfica, propõe-se neste artigo que a atuação interventiva do Estado não seja pautada em modelos extremistas adeptos de visões excessivamente paternalistas ou deliberadamente libertárias. O melhor caminho é o do meio e consiste numa solução intermediária de intervenção equilibrada, tal como sugerido por Cass Sunstein e Richard Thaler, chamada “paternalismo libertário”. O Brasil, como um país tradicionalmente paternalista, sofre os reflexos dessa escolha de *modus operandi*, pois não prepara seus cidadãos para seguirem suas próprias escolhas, o que contribui sobremaneira para o fortalecimento da dominação e da dependência massificada.

Palavras-chave: Paternalismo. *Nudge*. Cass Sunstein.

273

ABSTRACT: The problem of paternalism, which begins with the lack of consensus on its own meaning and its acceptance at the state level by law scholars (nationally and internationally), has generated debates about the possibility of this managerial philosophy diminishing the freedom of the human being within a Institutionalized system. That is, the state can (or should) make decisions for citizens, even if these decisions also involve the private sphere of the individual? Through an eminently bibliographical research, it is proposed here that one should not necessarily use a paternalistic or libertarian view, but a middle term created by Cass Sunstein and Richard Thaler called "libertarian paternalism". Brazil, as a deliberately paternalistic country, suffers the reflexes of choosing this *modus operandi*, not preparing its citizens to make their own choices, thus contributing to a mass dependency.

Keywords: Paternalism. *Nudge*. Cass Sunstein.

Recebido: 12.06.2017
Aprovado: 15.07.2017

* Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Procurador Federal. Professor no Centro Universitário Christus. *E-mail:* <andrestudart@hotmail.com>.

** Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Procurador Federal. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza. *E-mail:* <eduardordias@hotmail.com>.

*** Mestranda em Direito pelo Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS). Aluna de especialização em Direito e Processo Constitucionais pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Graduada em Direito pela UNIFOR. *E-mail:* <taisvcidrao@hotmail.com>.

1 INTRODUÇÃO

O Estado brasileiro exige que as pessoas contribuam com impostos e, em troca, oferece políticas públicas deficientes que, na grande maioria das vezes, não se prestam para a consecução dos fins estatais. O Estado também impõe que motociclistas sejam obrigados a usar capacetes, e que motoristas de carros e caminhões utilizem o cinto de segurança. Ele também obriga os trabalhadores a contribuírem para a Previdência Social, forçando-os a ceder parte considerável dos seus salários para subsidiar um sistema previdenciário inseguro e de sustentabilidade questionável.

Esses exemplos de regras, políticas e ações podem ser citados por diferentes razões e justificados por várias considerações. Quando são justificadas apenas sob o argumento de que a pessoa afetada estaria em melhor situação ou menos prejudicada em consequência de determinada regra ou política, tem-se um exemplo de paternalismo. As diferentes manifestações de paternalismo surgem em muitas áreas da vida pessoal e da vida pública do indivíduo e, como tais, tornam-se um domínio da ética aplicada.

Isso leva à seguinte indagação: o Estado dispõe de poder legítimo para operar tanto coercitivamente como em termos de incentivos em vários aspectos da vida privada do indivíduo? Ou se deve criticar a atuação estatal em virtude do véu da autonomia do indivíduo? Como se deve pensar nessa autonomia e em seus limites?

Este artigo examina, através de pesquisa eminentemente bibliográfica e descritiva, alguns aspectos conceituais referentes à abordagem genérica do paternalismo e contrasta, sucintamente, com a visão libertária, especialmente a de Robert Nozick. Em sequência, discutem-se questões normativas relativas à saúde, e avaliam-se, também, a legitimidade e pertinência do paternalismo no Estado brasileiro, tornando a pesquisa pura, portanto, quanto aos resultados obtidos.

Do ponto de vista pragmático, utilizou-se o sistema de saúde brasileiro como referencial de estudo, por se tratar de uma das facetas mais importantes dos direitos sociais, como reflexo do pensamento paternalista pátrio, fazendo-se, ao final, uma crítica ao “Estado-babá” e ao modo como ele consegue desconstituir um cidadão independente.

2 PATERNALISMO: IMPLICAÇÕES E DESDOBRAMENTOS

Neste primeiro momento, é importante esclarecer alguns pressupostos teóricos básicos que serão utilizados durante o trabalho. O primeiro conceito, e o mais importante, é o de paternalismo, o qual, por sua vez, está intrinsecamente vinculado à

concepção de liberdade. Isso se deve à convenção de limitar a esfera de liberdade individual para garantir outros valores fundamentais para o próprio indivíduo e também para os “outros sociais”. Mas o que vem a ser a liberdade?

Pode-se avaliá-la sob dois aspectos já muito difundidos no Direito: as liberdades negativas e as liberdades positivas. As primeiras dizem respeito à liberdade do cidadão em face de restrições e interferências externas. O Estado é visto, muitas vezes, como uma ameaça à liberdade, porquanto, através da lei e da força, ele estabelece limites ao campo da licitude. Sob esse viés, existem muitas formas de os indivíduos serem *unfree*, mesmo quando ausentes quaisquer obstáculos físicos.

A segunda modalidade de liberdade, de caráter positivo, possui correlação estreita com a concepção kantiana de filosofia moral, em especial com a ideia de autonomia particular. Essa teoria preconiza a ideia de que um agente somente é inteiramente autônomo se ele atuar de acordo com a sua própria razão, preferências, gostos e características, que fazem parte do seu ser autêntico, mas que não são impostos a ele. Não obstante, a liberdade positiva não envolve o direito de fazer o que quiser a qualquer momento. A autonomia, nesse caso, deve ser entendida juntamente com o ideal do imperativo, que obedece às restrições da moralidade. “Autonomia é, pois, o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional” (KANT, 2007, p. 79).

Nesse caso, qual é o papel do Estado? Pode (ou deve) ele cercear a liberdade individual ao mesmo tempo em que aprova leis que previnem terceiros de prejudicarem essa mesma liberdade individual? John Stuart Mill (1991, p. 14) justifica essa intervenção na liberdade através do princípio do dano (*harmprinciple*). O direito de governar as relações entre a sociedade e o indivíduo com o intuito de viabilizar a própria vida em sociedade (individual ou coletivamente), seja através da força física ou através de uma coerção moral, implica a autoproteção. Isso quer dizer que a autoproteção é condição suficiente e necessária para a interferência na liberdade de ação de qualquer um dos indivíduos.

Em outras palavras, a única justificativa legítima para a distorção da esfera da liberdade de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, é evitar danos a outros. Mill ainda assevera que a proteção física e moral do próprio indivíduo não é garantia suficiente para interferir na esfera privada. Isso porque alguém não pode ser obrigado a fazer ou tolerar alguma coisa simplesmente porque, supostamente, será

melhor para ele fazê-lo, ou até mesmo porque ele será mais feliz em decorrência dessa ação ou tolerância. (MILL, 1991, p. 14).

Muito embora essas razões sejam ótimas para persuadir ou até suplicar, não o são para obrigá-lo legitimamente. Para justificar a ação estatal se faz necessário, portanto, analisar uma determinada conduta calculada em função da produção de malefícios a outrem. “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” (MILL, 1991, p. 14).

John Stuart Mill, assim como Jeremy Bentham, concentram suas estratégias em aumentar o número de utilidades das pessoas. Se esse fosse o foco, e se se entendesse o termo utilidade de uma determinada maneira, poder-se-ia atrair uma concepção antipaternalista de Estado ou simplesmente libertária (alvo de sérios desafios empíricos).

Diferentemente de Mill, Aristides N. Hatzis, professor da Universidade de Atenas, entende a filosofia do paternalismo legal - “*legal paternalism*” - como a possibilidade de o Estado, quando necessário, legislar ações autorrelacionadas, para evitar que os indivíduos ocasionem danos físicos e emocionais severos *a si mesmos* (HATZIS, 2009, p. 212). Percebe-se, claramente, que esse conceito de paternalismo não converge com a ideia de Stuart Mill do princípio do dano, uma vez que permite que as liberdades individuais sejam restringidas tendo em vista a própria proteção do indivíduo ator (e não de outros).

É notória a complexidade do tema haja vista a discrepância entre as suas concepções filosóficas. Mas há um ponto comum: pessoas nascem em diferentes circunstâncias, algumas delas em situações de isolamento e/ou privações em termos de nutrição, abrigo, educação etc. Percebe-se que, pois, que o Estado, de fato, tem um papel normalizador importante no que diz respeito à cooperação com o seus nacionais para o desenvolvimento de suas capacidades para ações autônomas.

Como salienta Hatzis (2009, p. 212), o conceito de paternalismo legal não pode ser confundido com o moralismo jurídico. O moralismo é a possibilidade de uma lei poder legitimamente ser usada para proibir certos comportamentos que porventura conflitem com julgamentos morais coletivos da sociedade (ainda que esses comportamentos não causem danos psicológicos ou físicos a outros). Nesse sentido, a liberdade poderá ser restringida pelo poder coercitivo do Estado para impor a moralidade coletiva.

Podem-se extrair algumas considerações a partir dessa diferenciação. Enquanto no paternalismo o motivo é sempre altruísta, e seu objetivo primordial é evitar o dano, proibindo uma conduta, sob a suposição de que o indivíduo mudará de ideia e reconhecerá que a outra opção é a melhor para ele, o moralismo legal sempre desconsidera a autonomia individual, vedando determinado comportamento considerado coletivamente “imoral”. Dessa forma, o moralismo considera irrelevante qualquer dano ou benefício decorrente das ações.

É tentador trabalhar com a ideia de que o Estado age paternalisticamente quando substitui as escolhas das pessoas, fundamentando que essas escolhas não promoverão seu próprio bem-estar¹. Mas, afinal de contas, o que é bem-estar? Segundo o modelo paternalista, o Estado, no final das contas, decide até mesmo o que é a própria felicidade, em que pese tratar-se de uma concepção deveras subjetiva. Há também uma distinção entre paternalismo-meio e paternalismo-fim. Ao agir paternalisticamente, o Estado pode, inclusive, aceitar os fins propostos pelas pessoas, mas conclui que suas escolhas não irão atingir aquele determinado fim. (SUNSTEIN, 2013, p. 22-30).

É fato que o ambiente social influencia as escolhas feitas pelos indivíduos (MIGUEL, 2015, p. 607-608), e que essa “arquitetura de escolha” é inevitável, já que não se consegue dissociar do ambiente (SUNSTEIN, 2013, p. 42). Partindo dessa premissa, quanto de autonomia realmente se tem? A liberdade de escolha é componente indispensável para o bem-estar. Portanto, quando se decide que o Estado está autorizado a fazer certas escolhas em nome dos indivíduos, deve-se levar em conta o efeito nocivo, no bem-estar, de interferir com essa liberdade.

Pensando de modo completamente antagônico aos paternalistas, estão libertaristas (ou libertarianistas), como os economistas Friedrich Von Hayek, Ludwig Von Mises e, mais recentemente, o filósofo norte-americano Robert Nozick. Essa filosofia suscita a ideia da expansão das liberdades individuais, sociais ou econômicas. Para tanto, atividades, antes providas e controladas pelo Estado, passariam a ser manipuladas pelo próprio mercado e pela livre concorrência. Hayek defende a criação de uma “*spontaneous order*” (HAYEK, 1973, p. 41), ou seja, de regras de conduta que surgem de forma espontânea tornando, ele, um defensor de um Estado bastante limitado.

¹ Há, entretanto, um problema inato com essa afirmação: a de que a “substituição” pode ser ambígua. Estaria o Estado tratando o cidadão como incapaz de fazer suas próprias escolhas?

John Locke é considerado como o grande defensor da tradição individualista dos direitos; sua influência sobre os escritos de Robert Nozick é evidente. Contudo, tais autores se contrapõem em um ponto em específico: a questão do Estado. Enquanto Locke descreve um estado de natureza, Nozick defende o Estado guarda-noturno (*minimalState*), responsável exclusivamente pelas funções de proteção contra a força, fraude, roubo e fiscalização de contratos. Nozick defende um modelo de estado no qual as pessoas, com o intuito de repelir futuras agressões, aliam-se (por conveniência) e constituem “associações de proteção mútua” (NOZICK, 1991, p. 27). Trata-se das primeiras dinâmicas sociais que resultaram na criação do Estado (NOZICK, 1991, p. 27-41).

Nozick (2011, p. 41) afirma que as restrições de ordem moral não devem prevalecer, isso porque não há superioridade de certas vidas sobre outras de forma que isso possa resultar em um bem social geral maior. O sacrifício em favor dos outros não consegue se justificar porque existem indivíduos diferentes e que, portanto, nenhum deles deve se sacrificar pelos outros. Esse tipo de filosofia se ocupa de determinadas restrições indiretas específicas, que expressam a própria inviolabilidade dos outros, sem, contudo, restringir a autonomia pessoal do agente. Essas restrições seriam, nesse caso, mínimas, mas eficazes para preservar o Estado. Teorias que ressaltam a importância da maximização do estado final resultaria em uma injunção como “minimize o uso, dessa ou daquela maneira, das pessoas como meios”, diferentemente é uma teoria menos invasiva da liberdade individual, que resultaria em: “Não use as pessoas de tal ou tal maneira” (NOZICK, 2011, p. 39). “As restrições indiretas à ação refletem o princípio kantiano implícito de que os indivíduos são fins e não simplesmente meios [...]. Os indivíduos são invioláveis” (NOZICK, 2011, p. 37).

A teoria de Nozick, portanto, advoga a ideia de que qualquer Estado mais abrangente que o estado mínimo violaria direitos de as pessoas não serem obrigadas a fazer (ou deixar de fazer) certas coisas em nome do bem geral. Dessa forma, as formas coercitivas para se alcançar objetivos são excluídas, permanecendo somente as voluntárias.

A breve consideração acerca do libertarismo ajuda a contrastar com a visão paternalista. A análise dicotômica sobre os modelos de Estado e a falta de consenso sobre qual modelo representaria melhor as diferentes nações dificultam as estratégias governamentais. A ausência de unanimidade nesse sentido deve-se, em grande parte, a dois fatores: 1º) o pluralismo de ideias existentes nas sociedades contemporâneas onde

cada indivíduo dispõe de sua própria capacidade para conjecturar o que é melhor para si; 2º) a velocidade das transformações sociais. Com efeito, além das mudanças decorrentes da própria dinâmica interna dos grupos (novos arranjos sociais), ao longo da história, ocorreram fatores exógenos, como a industrialização, as guerras e a revolução tecnológica, que precipitaram sobremaneira a trajetória evolutiva das relações humanas. No cenário contemporâneo, definitivamente, a sociedade produz e consome o próprio risco, conforme a conhecida fórmula “sociedade de risco”, de Ulrich Beck (LEITÃO; DIAS; DA SILVA, p. 48 e 54).

Portanto, infere-se que a liberdade (positiva), segundo a doutrina paternalista, apresenta-se como justificativa para a intervenção e regulação do Estado. A próxima questão a ser discutida perpassa pela extensão da intervenção dentro do sistema socioeconômico.

3 O PATERNALISMO LIBERTÁRIO DE CASS SUNSTEIN E RICHARD THALER

Cass Sunstein(2013)baseiam-se em uma divisão clássica entre paternalismo “*soft*” e “*hard*”. Paternalismo *soft* (ou suave) traduz a ideia de que o Estado deve proibir o que um indivíduo não teria feito se anteviesse as consequências de sua ação. Por outro lado, o paternalismo *hard* (ou duro) preconiza que o Estado deve proibir o que é ruim para o indivíduo, mesmo que ele não mudasse de ideia depois do ato (HATZIS, 2009, p. 212).

Em seu artigo “*Libertarian paternalism is nota noxymoron*” publicado em 2003, Sunstein e Thaler consolidaram o termo *libertarian paternalism* (paternalismo libertário). Apesar de uma terminologia, *a priori*, contraditória, os autores modelam uma argumentação que desestabiliza a sabedoria convencional. Claro que, para tanto, é preciso trabalhar com generalizações dos dois modelos apresentados.

A ideia, em princípio, é formalizar um paternalismo, libertário em espírito, que se mostre palatável mesmo para aqueles que estão firmemente comprometidos com a liberdade de escolha dos indivíduos, seja por razões de preservação da autonomia ou de bem-estar.

Em verdade, o paternalismo libertário nada mais é do que um tipo de paternalismo fraco (*soft*) e não intrusivo, na medida em que as escolhas individuais, em nenhum momento, são bloqueadas ou vedadas. Para alcançar esse objetivo, a forma

mais cautelosa consiste em impor custos triviais àqueles que porventura se afastem do modelo sugerido pelo planejador. Segundo os autores, essa teoria não é considerada a menos paternalista, já que os planejadores (ambos públicos e privados) “*are not trying to track people’s anticipated choices, but are self-consciously attempting to move people in directions that will promote their welfare*” (SUNSTEIN; THALER, 2003, p. 4).

Um dos objetivos da teoria é o antipaternalismo dogmático sustentado por vários juristas e economistas mundo afora. O dogmatismo, nesse caso, é criticado por se basear em uma falsa presunção entre dois conceitos. A verdade em que se baseia o argumento de Sunstein e Thaler é a de que o paternalismo não deve ser considerado um termo pejorativo, mas simplesmente descritivo (SUNSTEIN; THALER, 2003, p. 7).

Tal perspectiva é compatível com descobertas recentes da ciência, em especial da genética, da neurologia e da teoria da evolução. Sobre o tema, Yuval Noah Harari pontua que “*Free will exists only in the imaginary stories we humans have invented*” (HARARI, 2015, p. 283). A análise do cérebro quando alguém toma uma decisão, por meio de equipamentos de tomografia, mostra que os processos eletroquímicos que levam a um determinado resultado são decorrentes do acaso ou do determinismo, mas nunca são livres. Isso leva à possibilidade de que eletrodos implantados em determinados pontos do cérebro acarretem mudanças na forma de escolha levando mesmo à manipulação. O autor refere experimentos efetuados pelas forças armadas norte-americanas com um capacete que utiliza estimulação transcraniana direta com o propósito de melhorar o desempenho de soldados tanto em treinamento quanto em combate, aumentando suas habilidades cognitivas (HARARI, 2015, p. 288). Apesar das óbvias restrições éticas, a manipulação de seres humanos com o intuito de eliminar depressão, medo e ansiedade, por exemplo, não é mais uma ficção. A teoria de evolução também contribui para minar a crença liberal do livre arbítrio, pois a sobrevivência daqueles membros da espécie humana que tomaram decisões acertadas no passado (quanto à escolha do local de moradia, de parceiros para reprodução ou de alimentos) levaram a que seus genes fossem transferidos às gerações futuras. Um indivíduo que “livremente” escolhesse comer uma fruta venenosa ou acasalar com um parceiro menos apto ou morreria ou não geraria descendentes.

O acúmulo de informações nas sociedades contemporâneas torna muitas vezes impossível a ponderação adequada e a tomada de uma decisão consciente e livre, a qual acaba influenciada por arquiteturas de escolha desenvolvidas por outras pessoas e organizações.

Uma vez que se entenda que certas decisões organizacionais são inevitáveis, alguma medida de paternalismo não pode ser evitada. Por essa razão, algumas alternativas oferecidas ao sistema paternalista não são tão atraentes. Transfigura então a antiga questão sobre “whether to be paternalistic or not, and turn to the more constructive question of how to choose among the possible choice-influencing options” (SUNSTEIN; THALER, 2003, p. 8).

Há quem discorde da teoria adotando uma posição inteiramente paternalista (REBONATO, 2014) ou libertária, como Gregory Mitchell (2005, p. 40), ao enquadrar o paternalismo libertário não como um “libertar” dos indivíduos, mas como capitalização das tendências irracionais para mover os cidadãos na direção que o planejador considera melhor. “Sunstein and Thaler framing their argument to take advantage of the cognitive limitations of the libertarian to lead him to believe that libertarian paternalism really is good for him” (MITCHELL, 2005, p. 42).

A (grande) questão consiste em saber se o planejador deve ir além do “inevitável” e, ainda assim, conservar-se libertário. Os autores apresentam (SUNSTEIN; THALER, 2003, p. 25) uma preocupação genuína acerca da saúde: sabe-se que muitas pessoas enfrentam problemas de autocontrole, e esses problemas levam a problemas reais de saúde, grandes e/ou pequenos. Uma vez que os custos do autocontrole foram incorporados na análise, percebe-se que alguns “consumidores” preferiram o arranjo sugerido pelo planejador, ajudando a resolver problemas de racionalidade e autocontrole limitados. Não se trata de adivinhar o que as pessoas escolheriam *ex ante*, mas permitir que essas pessoas se aproximem das direções postas pelos planejadores.

Sunstein (2013, p. 3) alega que economistas comportamentais já enfatizaram que dentro de contextos importantes as pessoas erram, por serem míopes e/ou impulsivas, dando peso indevido para o curto prazo (seja fumando, mandando mensagens de texto enquanto dirigem etc.). Desse modo, características importantes de um produto ou de uma atividade podem carecer de relevância nessas situações. Pessoas podem ignorá-las possivelmente para seu prazer a curto prazo e também em seu detrimento. “They can be unrealistically optimistic and for that reason make unfortunate and even dangerous choices” (SUNSTEIN, 2013, p. 4)

A verdade é que a sociedade, o mercado e o próprio Estado, enquanto criações artificiais humanas, são absolutamente falíveis. Por isso, existem boas razões para justificar respostas regulatórias, ainda que nenhum prejuízo efetivo tenha sido causado a terceiros (chame-se isso de contrato social). As dificuldades associadas ao autocontrole

são especialmente problemáticas quando o resultado é um pequeno ganho a curto prazo à custa de uma enorme perda a longo prazo. Existe, então, uma estreita ligação entre a “miopia”, entendida como o foco excessivo no curto prazo, e as consequências de um autocontrole limitado.

Os enigmáticos erros nos julgamentos e do autocontrole que conspurcam o “eu” futuro são chamados por alguns economistas comportamentais de problemas de internalidades. Evidentemente, abordagens estatais regulatórias ajudariam a diminuir os problemas de internalidades. Seria, por exemplo, o caso de um modelo paternalista libertário que, apesar de ordenara divulgação de avisos em embalagens de cigarros para promoção do autocontrole, permite sua respectiva comercialização. Será que deveria?

O Superior Tribunal de Justiça, órgão jurisdicional pátrio competente para uniformizar o direito infraconstitucional, já enfrentou o assunto nos autos do Resp. 1199000 RJ 2010/0112513-9. Ao negar provimento ao recurso especial, decidiu que o objetivo das restrições à propaganda de produtos fumíferos é essencialmente proteger as gerações presentes e futuras das consequências devastadoras provocadas pelo consumo e/ou pela exposição à fumaça do tabaco “a fim de reduzir de maneira contínua e substancial a prevalência do consumo e a exposição à fumaça do tabaco” (BRASIL, 2011, online), *verbis*:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁCTICA ENTRE OS ACÓRDÃOS RECORRIDO E PARADIGMAS. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. RESTRIÇÃO À PROPAGANDA DE TABACO. TUTELA ANTECIPADA. REVOGAÇÃO. LEGALIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1. Inexiste divergência jurisprudencial entre acórdãos que se ressentem de similitude fáctica, por excluído o dissídio de teses jurídicas. 2. A circunstância das imagens, nos maços de cigarros, se revelarem impactantes, fortes, repulsivas, provocadoras de aversão, em nada ofende a Constituição e a Lei, fortes, quanto à matéria, no dever de alertar e advertir a população consumidora ou só potencialmente consumidora de tabaco quanto aos seus malefícios, e de apresentar mecanismos de defesa da população contra a propaganda e o incentivo do e ao fumo. 3. Recurso especial improvido.

Na verdade, o próprio mercado talvez funcionasse como um agente regulador invisível, caso inovasse em estratégias de antecipação para atender às demandas mercadológicas. É bastante plausível o pensamento de que a diminuição dos defeitos das internalidades pelo mercado provoquem ganhos de bem-estar (SUNSTEIN, 2013, p. 15). Nesse caso, estar-se-ia adotando uma posição libertária.

A aceção paternalista defendida por Sunstein e Thaler apresenta abordagens flexíveis que têm a vantagem de manter a liberdade de escolha e respeitar a heterogeneidade, que é especialmente importante quando se puderão fato de que pessoas podem trocar o presente pelo futuro de várias maneiras e incontáveis vezes.

Muitas pessoas têm plena convicção de que elas são menos suscetíveis a infortúnios, desde acidentes de carro a consequências adversas à saúde. Um estudo feito por Paul Slovic (1998) descobriu que, muito embora fumantes, ainda que estejam cientes e acreditem em dados estatísticos acerca da população fumante, eles ainda confiam que seu risco pessoal é menor que a média. É o “otimismo irrealista” (SUNSTEIN, 2013, p. 19).

As pessoas querem escolher por si mesmas. Quando o Estado impõe-lhes o dever de contribuir para a previdência, de usar o cinto de segurança e de não utilizar o telefone celular enquanto dirigem, isso pode tornar as pessoas menos felizes, frustradas e irritadas pelo simples fato de que isso resulta na eliminação de escolhas. Ou seja, a perda de bem-estar imediato (a curto prazo), consequência da eliminação de escolhas, pode ser grande e deve ser levada em consideração.

4 POR QUE NUDGES SÃO INTERESSANTES?

Para o paternalismo libertário, a indução sem a supressão das opções de escolha acontece por meio de sutis “*nudges*” (em uma tradução mais livre, um “empurrãozinho”), direcionando o indivíduo para as melhores decisões (segundo o Estado). É por esse motivo que paternalistas têm conferido ao Estado o epíteto de “Estado-babá” (CABRAL, 2016, p. 10), traduzindo a ideia de que os indivíduos são incapazes. Nesse caso, poder-se-ia considerar o Estado, não como uma babá, mas tão somente como uma mão amiga?

Nudge também pode ser considerado como a atividade paternalista libertária do arquiteto da decisão. É uma intervenção sutil logicamente situada entre o paternalismo *hard* e o libertário. Para ser um *nudge*, a intervenção precisa ser simples e fácil de se evitar, afinal de contas, *nudges* não são ordens (SUNSTEIN, 2008, p. 6).

Para efeitos de alteração substancial no comportamento individual, a criação de *nudges* dependerá da criatividade do planejador quando da instituição de políticas públicas. Conforme já salientado, um bom exemplo de *nudge* consiste na impressão de

fotos que alertam para as consequências do uso irrestrito do cigarro, sem qualquer interferência ou limitação quanto à comercialização do produto.

Indaga-se, entretanto, se o próprio *nudge* não configura uma manifestação paternalista. Vale dizer, essa influência, de alguma forma, tolhe a autonomia e a autodeterminação individual (e consequentemente a própria liberdade), por criar uma propensão ao indivíduo de agir de determinada maneira? Afinal, conquanto não se sintam dessa forma, as pessoas não estariam totalmente livres para fazer suas escolhas.

Um caso simples: um fumante, ao se deparar com um maço de cigarros posto à venda, resolve desistir da ação depois de visualizar as imagens no verso da embalagem, não obstante o desejo de fumar um cigarro naquela hora. Ora, o *nudge* foi o responsável pelo ressentimento, causando uma restrição da liberdade negativa do indivíduo. Pode o *nudge* ser considerado uma forma de manipulação? “*Because it violates dignity? Because it violates autonomy? Because it violates a conception of liberty?*” (DWORKIN, 2017, online). Através do *nudge*, estar-se-ia influenciando o próprio processo cognitivo das pessoas?

Para paternalistas, o que impede as pessoas de fazerem boas decisões é uma falha cognitiva do indivíduo, deficiência que demanda uma intervenção externa. No exemplo citado, tentou-se superar essa limitação através da utilização de imagens fortes, sem prejuízo de outras medidas alternativas que poderiam ser tomadas em seu lugar.

Cass Sunstein e Richard Thaler (2003, p. 5; 2008, p. 10) defendem a posição de que não é possível não afetar as escolhas das pessoas. Ou seja, não há como tomar uma decisão sem ser influenciado pela arquitetura da decisão do meio social. É, portanto, necessário um *quantum* de paternalismo (SUNSTEIN; THALER, 2003, p. 7).

À vista disso, devem as pessoas ser protegidas de si mesmas? Nesses moldes, existe o problema do conhecimento. Segundo esse argumento, os indivíduos, e somente eles, possuem o melhor arcabouço de impressões e condições para tomarem suas próprias decisões. Contudo, esse cenário pode ser uma faca de dois gumes. Ter um grande número de opções, apesar de atraente, pode ser um encargo imenso, na medida em que existe, no processo de escolha, um esgotamento razoável de energia (CABRAL, 2016, p. 10).

5 BRASIL: PATERNALISTA DEMAIS PARA SER VERDADE?

Um país como o Brasil, considerado paternalista quando comparado com os Estados Unidos, tem, ao longo de sua história constitucional, aprovado medidas consideradas civilizatórias, vistas, pela grande maioria da população, como verdadeiras conquistas no âmbito dos direitos sociais.

A infeliz verdade que está por trás desse espetáculo de provisões constitucionais impensadas e até imprudentes pressupõe a inaptidão atávica dos brasileiros para tomar boas decisões. Fala-se em cidadãos que, *v.g.*, não têm condições de manter uma poupança ou de realizar o próprio planejamento financeiro. Por esse motivo, o Estado ampara e assume a responsabilidade.

Mas o suporte oferecido pelo Estado sempre é consequência das más escolhas feitas pela população? Ou, em determinadas situações, ele também pode ser a causa? Para melhor reflexão, vale a pena mencionar o disposto no art. 101 da Lei 8.213/91:

Art. 101. O segurado em gozo de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e o pensionista inválido estão obrigados, sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da Previdência Social, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado, e tratamento dispensado gratuitamente, exceto o cirúrgico e a transfusão de sangue, que são facultativos.

Está bem claro que a manutenção do benefício previdenciário por incapacidade encontra-se completamente desvinculada da realização de procedimento cirúrgico, ainda que ele seja capaz de restabelecer plenamente a capacidade laborativa do indivíduo. Ou seja, a depender do caso concreto, o segurado tem o direito de receber indefinidamente o benefício previdenciário, mesmo quando a incapacidade possa ser revertida através de intervenção cirúrgica simples.

Esse é apenas um dentre outros tantos tratamentos privilegiados que “mimam” o cidadão, mal-acostumado a querer sempre mais do Estado, o qual, muitas vezes, não consegue prover o que promete. Como consequências de promessas vazias do Estado legiferante e executor estão a judicialização da política e o ativismo judicial. Infelizmente, no Brasil, problemas são resolvidos através de outros problemas, e não através de soluções.

Diante do exposto, questiona-se o modelo universal da saúde constante do artigo 196 da Constituição Federal de 1988, *verbis*:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de

outros agravos e ao *acesso universal* e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (grifo nosso).

Será que o Estado deveria prestar-se ao papel de provedor universal/Estado-mãe (seja espontaneamente através de políticas públicas ou forçosamente por decisão judicial), como é hoje? O pensamento paternalista tem contaminado gerações e gerações, que são induzidas a sempre esperar mais do Estado. Em última instância, cria a relação de dependência e de dominação. Quer-se dizer: assim como um pai cria o filho, o Estado precisa, em algum momento, se conscientizar de que o filho precisa fazer suas próprias escolhas e arcar com as consequências.

CONCLUSÃO

Sem chegar a um consenso sobre o conceito de paternalismo e muito menos sobre qual seria a sua medida ideal, percebe-se que a divergência na doutrina tem justificado atuações estatais de ambos os lados. A oposição entre aumento de bem-estar e preservação da liberdade individual, aparentemente irreconciliáveis, hoje, não é mais capaz de lidar com os desdobramentos do tema.

Antes, só se pensava dicotomicamente entre paternalismo e libertarismo, até que Cass Sunstein e Richard Thaler cunharam a expressão paternalismo libertário, até hoje muito criticado pela doutrina, mas que alude a uma alternativa que compreende as falhas comportamentais do mercado, a promessa de arquitetura de escolha e os *nudges*. Simboliza uma verdadeira oportunidade para aprimorar o bem-estar sem, entretanto, oprimir as liberdades.

Em virtude do que foi mencionado acerca da saúde no Brasil, percebe-se uma mentalidade intrínseca que se estende para o paternalismo. Essa visão, por vezes imatura, de fato trata o cidadão como um dependente incapaz frente ao Estado, o que acaba por prejudicar o próprio desenvolvimento do país.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BRASIL, **3ª Turma recursal dos juizados especiais federais de Pernambuco**. Processo nº 0502848-55.2016.4.05.8312, Juiz Federal Relator: Joaquim Lustosa Filho, Data do julgamento: 10 Fev. 2017, Recife, PE.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. p. 292.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Resp: 1199000 RJ 2010/0112513-9, Relator: Ministro Hamilton Carvalhido, Data de Julgamento: 16/11/2010, T1 - Primeira Turma, Data de Publicação: DJe 11 de maio 2011.

CABRAL, Gabriel. **Intuições e instituições**: Novas perspectivas do paternalismo de Estado. 147 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: 11 de Abril de 2016.

DWORKIN, Gerald. **Paternalism**. The Stanford Encyclopedia of Philosophy(Spring 2017 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2017/entries/paternalism/>>. Acesso em: 27.04.2017.

HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus**: a Brief History of Tomorrow. Londres: Harvill Secker, 2015.

HAYEK, Friedrich A. **Law, Legislation And Liberty**. The University of Chicago Press, 1973.

HATZIS, Aristides N. **From soft to hard paternalism and back**: The regulation of surrogate motherhood in Greece. Portuguese Economic Journal, Vol. 49, No. 3, p. 205-220, 2009.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Editora 70, 2007.

LEITÃO, AndreStuart; DIAS, E. R.; SILVA, A. A. B. **Retração, progresso, expansão e retrocesso: o caminho hígido para um sistema de proteção social sustentável**. Revista Opinião Jurídica (Fortaleza), v. 13, p. 47-66, 2015.

MIGUEL, Luis Felipe. **Autonomia, Paternalismo e Dominação na Formação das Preferências**. Revista Opinião Pública, Campinas, Vol. 21, nº 3, p. 601-625, dez/2015.

MILL, John Stuart. **On Liberty**. Oxford World Classics, 1859.

- MITCHELL, Gregory. **Libertarian paternalism is an Oxymoron**. Northwestern University Law Review, Vol. 99, No. 3, p. 1-42, 2005.
- NOZICK, Robert. Anarquia, Estado e Utopia. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.
- SLOVIC, Paul. **Do adolescent smokers know the risks?** Duke Law Journal, Vol. 47, p. 1133–1141, 1998.
- REBONATO, Riccardo. **A critical assessment of libertarian paternalism**. Journal of Consumer Policy. September 2014, Volume 37, No. 3, p. 357–396.
- SUNSTEIN, Cass. **The storrs lectures: behavioral economics and paternalism**. Yale Law Journal, Vol. 122, No. 7, p. 1826-1900, maio/2013. Disponível em: <<http://www.yalelawjournal.org/feature/the-storrs-lectures-behavioral-economics-and-paternalism>>. Acesso em: 25.04.2017.
- SUNSTEIN, Cass. **Choosing not to choose: understanding the value of choice**. New York: Oxford University Press, 2015.
- SUNSTEIN, Cass. **Why nudge?** The politics of libertarian paternalism. New Haven: Yale University Press, 2014.
- SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard. **Libertarian paternalism is not an Oxymoron**. University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper, No. 43, mai, 2003.
- SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard. **Nudge: Improving decisions about health, wealth and happiness**. New Haven: Yale University Press, 2008.