

# O paternalismo estadual e a legitimidade da defesa da pessoa contra si própria

Benedita Mac Crorie

O vínculo da cidadania traduz-se na atribuição de direitos e na imposição de deveres aos cidadãos. De facto, dele decorre não apenas a titularidade de um acervo de direitos, mas também a responsabilidade dos cidadãos de zelarem pelo bem comum, o que poderá determinar o estabelecimento, por parte dos poderes públicos, de restrições à liberdade individual, quando o seu exercício contenda com interesses públicos ou de terceiros. É, por isso, consensual que o Estado possa justificadamente limitar o exercício de direitos quando estão em causa interesses públicos ou de terceiros. O mesmo já não se poderá, contudo, dizer quando o fundamento da restrição é a defesa do indivíduo de si mesmo<sup>1</sup>.

Coloca-se, conseqüentemente, a questão de saber até que ponto é legítimo, em Estado de Direito plural, que o Estado limite a liberdade dos cidadãos, protegendo os seus direitos fundamentais contra a sua vontade, quando não se lesam quaisquer bens de terceiros ou da comunidade. Trata-se de ajuizar se o sistema jurídico tem legitimidade para proteger o indivíduo “contra o risco de um mau uso que este possa fazer da sua liberdade”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> NINO, Carlos S., *The Ethics of Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1991, pp. 131 e 132. A distinção entre as situações em que há interesses públicos e de terceiros juridicamente tuteláveis e aquelas em que apenas estão em causa interesses do indivíduo não é simples, na medida em que facilmente se encontram razões de interesse público ou interesses de terceiros para justificar restrições. Parece, no entanto, ser de seguir a perspectiva de Mill, que considera que só se afetam direitos de terceiros quando se verifica um dano. Sobre esta questão ver, mais desenvolvidamente, NETO, Luísa, *O Direito Fundamental à Disposição sobre o Próprio Corpo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 246. Parece-nos ser também esse o sentido do voto de vencido do Conselheiro Vítor Gomes, no Acórdão n.º 423/08, em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080423.html>, no qual defende que o dever de proteção da saúde pública pelo Estado não depende apenas de um “juízo probabilístico geral” sobre a causalidade adequada da conduta de fumar para lesar abstratamente a saúde, mas sim da comprovação de que essa conduta é diretamente responsável pela lesão da integridade física dos fumadores passivos.

<sup>2</sup> SCHUTTER, Olivier de e RINGELHEIM, Julie, “La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règne de l’échange”, in Hugues Dumont – François Ost – Sébastien Van Drooghenbroeck (eds.), *La Responsabilité, Face Cachée des Droits de l’Homme*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 446.

A ideia de defesa da pessoa contra si própria está intimamente ligada com o paternalismo estadual<sup>3</sup>, na medida em que com o termo paternalismo se pretende designar a “privação ou redução da liberdade de escolha do indivíduo operada pelo ordenamento a fim de assegurar uma particular protecção da pessoa ou de uma categoria de pessoas de actos contrários ao seu próprio interesse”<sup>4</sup>. O paternalismo estadual goza de uma característica que o distingue das restantes medidas restritivas do Estado: a “finalidade específica da restrição da liberdade”. Neste caso, o fundamento invocado é a protecção da pessoa contra possíveis “más escolhas” que esta possa fazer e não a defesa de interesses públicos ou de terceiros<sup>5</sup>.

O paternalismo jurídico parte da ideia de que o Estado pode proibir determinados comportamentos, quando tal proibição seja essencial para afastar um dano (físico, psíquico ou económico)<sup>6</sup>. No entanto, nem sempre as medidas paternalistas instituídas visam apenas evitar que a própria pessoa sofra um dano. Poderá ser também um propósito deste tipo de medidas proibir determinadas ações por estas se considerarem “intrinsecamente imorais”<sup>7</sup>.

O paternalismo é, desde logo, suspeito na perspetiva dos direitos fundamentais porque põe em causa o conteúdo de autonomia neles presente, ao permitir que essa autonomia apenas se exerça se se dirigir à promoção do próprio bem<sup>8</sup>. Coloca-se, conseqüentemente, a

---

<sup>3</sup> Quando o Estado age de modo paternalista em relação aos seus cidadãos podemos falar de paternalismo estadual, ou, seguindo a expressão inglesa *legal paternalism*, de paternalismo jurídico. MÖLLER, Kai, *Paternalismus und Persönlichkeitsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2005, p. 11.

<sup>4</sup> COSENTINO, Fabrizio, “Il paternalismo del legislatore nelle norme di limitazione dell’autonomia dei privati”, in *Quadrimestre*, n.º 1, 1993, p. 120.

<sup>5</sup> MÖLLER, Kai, *Paternalismus und Persönlichkeitsrecht*, cit., pp. 11 e 12.

<sup>6</sup> VALDÉS, Ernesto Garzón, “Kann Rechtspaternalismus ethisch gerechtfertigt werden?”, in *Rechtstheorie*, n.º 18, 1987, pp. 273 e 274. Segundo o Autor, é esse o caso da proibição de venda de droga e da inabilitação ou interdição de pessoas portadoras de uma deficiência, alcoólicos ou toxicodependentes, das disposições relativas à obrigatoriedade do uso de capacete ou cinto de segurança, ou que proibem nadar em praias não vigiadas, da proibição de compra livre de certos medicamentos e das leis que proibem determinados jogos de sorte.

<sup>7</sup> Exemplos disso são a proibição da homossexualidade entre adultos, de *sex-shows* ou atividades sexuais sadomasoquistas. Ver VALDÉS, Ernesto Garzón, “Kann Rechtspaternalismus ethisch gerechtfertigt werden?”, cit., pp. 274 e 275. Sobre a proibição de relações homossexuais, ver o caso *Lawrence v. Texas* do Supremo Tribunal Federal americano, que revogou a decisão do caso *Bowers v. Hardwick*, no qual o Tribunal havia considerado não serem inconstitucionais as disposições legislativas de alguns Estados que proibiam a sodomia, por se tratar de uma prática imoral. Sobre a proibição de práticas sadomasoquistas, ver os casos *Laskey, Jaggard e Brown v. Reino Unido* e *KA e AD v. Bélgica*, do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Apesar de no primeiro caso o Tribunal ter considerado que cabe na margem de apreciação dos Estados proibirem este tipo de conduta para a protecção da saúde, nos termos do n.º 2 do art. 8.º da Convenção (admitindo uma protecção da saúde contra a vontade do próprio, sem atender ao facto de não estarem em causa lesões graves e irreversíveis), no segundo reconheceu que o direito de ter relações sexuais, mesmo com violência, está compreendido no direito a dispor sobre o próprio corpo, parte integrante da noção de autonomia individual.

<sup>8</sup> FEINBERG, Joel, *Harm to Self. The Moral Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, New York, Oxford, 1986, p. 58.

questão de determinar se existem tipos de paternalismo jurídico que se podem “eticamente justificáveis”<sup>9</sup>.

Convém, antes do mais, distinguir os casos de verdadeiro paternalismo dos casos de “falso paternalismo”. As situações de “falso paternalismo” dizem respeito a medidas restritivas impostas à prática de determinados atos que não afetam, diretamente, interesses de terceiros, mas que, ainda assim, poderão implicar custos para a coletividade. Em virtude disso, o “falso paternalismo”, ao contrário do verdadeiro paternalismo, que origina o estabelecimento de uma proibição ou de uma imposição legal contra a vontade do destinatário para o seu próprio bem, não visa proteger a pessoa de si própria, antes se baseando “na análise dos custos sociais que decorrem da realização de certos riscos”<sup>10</sup>. Ainda que a liberdade geral de ação compreenda o exercício de atividades perigosas, não pode, no entanto, tendo em conta os possíveis encargos que daí possam advir para a comunidade, afastar-se a intervenção do Estado, mesmo quando não se lesem diretamente direitos de terceiros<sup>11</sup>.

Assim, em Estado social democrático de Direito, “a repercussão dos custos sociais na coletividade por condutas ‘temerárias’ pode justificar a imposição de restrições – limitações, não proibições – desde que assentes em parâmetros de proporcionalidade”<sup>12</sup>.

De todo o modo, convém ressaltar que a determinação das situações em que a repercussão dos custos sociais na coletividade pode justificar a imposição de restrições não é isenta de dificuldades. Para que possam legitimar uma restrição da liberdade, esses custos devem efetivamente decorrer da atuação em causa, ser certos e ter suficiente expressão. É, para além disso, fundamental, na análise da proporcionalidade da medida, considerar o direito que vai ser restringido e a afetação da liberdade que aí vai envolvida. A proteção contra o paternalismo “deverá ser tanto mais intensa quanto mais relevante para a personalidade seja o comportamento em causa”<sup>13</sup>. Finalmente, a medida restritiva deverá sempre ser a

---

<sup>9</sup> Esta é precisamente a pergunta colocada no título do artigo de VALDÉS, Ernesto Garzón, “Kann Rechtspaternalismus ethisch gerechtfertigt werden?”, *cit.*, pp. 273 e segs.

<sup>10</sup> GOMES, Carla Amado, “Risque sanitaire et protection de l’individu contre soi-même. Quelques topiques pour un débat”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 116, 2008, p. 143.

<sup>11</sup> PINTO, Paulo Mota, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, in *Portugal-Brasil Ano 2000 – Tema Direito*, Universidade de Coimbra – Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 202, nota 144.

<sup>12</sup> GOMES, Carla Amado, “Estado Social e concretização de direitos fundamentais na era tecnológica: algumas verdades inconvenientes”, in *Scientia Iuridica*, Tomo LXLL, n.º 315, 2008, pp. 421 e 422.

<sup>13</sup> MÖLLER, Kai, *Paternalismus und Persönlichkeitsrecht*, *cit.*, pp. 186 e 187. Este Autor exemplifica a sua posição afirmando que “é mais relevante o direito de decidir autonomamente em questões que dizem respeito à vida sexual do indivíduo do que o direito de não usar cinto de segurança”. Também DE MARNEFFE, Peter, “Avoiding Paternalism”, in *Philosophy & Public Affairs*, 34, n.º 1, 2006, pp. 69 e 88, defende que “a interferência paternalista em algumas liberdades pode ser justificável”, sendo de distinguir entre liberdades fundamentais e liberdades não fundamentais. Para o Autor, “pode distinguir-se, por exemplo, entre uma lei paternalista que proíbe nadar em praias com correntes perigosas de uma lei paternalista que proíbe o uso terapêutico de marijuana, argumen-

última *ratio*, tendo de “ser precedida (e acompanhada) de tentativas de sensibilização da população para a necessidade de mudar os seus comportamentos de risco”<sup>14</sup>.

Já no que se refere às situações de verdadeiro paternalismo, Kai Möller, seguindo a perspectiva de John Kleinig<sup>15</sup>, defende que há medidas paternalistas que se podem justificar quando se vise salvaguardar a integridade do indivíduo. Para o Autor, “a solução de integridade” que defende não se confunde com as diferentes variantes da teoria dos valores. Na “solução da integridade” são “as concepções do indivíduo que regem a atuação estadual”, uma vez que “a liberdade de escolha é restringida não para a proteção de valores objetivos, mas antes tendo em consideração prioridades subjetivas do próprio indivíduo”<sup>16</sup>. Segundo ele, quando o propósito do legislador é o de assegurar a integridade do sujeito, já não estamos perante uma restrição ilegítima da liberdade jufundamentalmente protegida. O paternalismo deverá ser “tanto mais admissível quanto mais o indivíduo em causa, através das suas decisões, esteja em contradição com a sua própria integridade”<sup>17</sup>.

No entanto, sustenta ainda que o Estado não deverá ter o direito de proteger os cidadãos contra si próprios, argumentando que o faz para preservar a sua integridade, quando lhe bastava adverti-los acerca do carácter perigoso do seu comportamento. Deverá dar-se preferência ao esclarecimento e informação dos indivíduos antes de admitir o recurso à coação estadual. Nesse sentido, não devem ser de aceitar medidas paternalistas quando o esclarecimento seja suficiente para a proteção da integridade individual<sup>18</sup>.

---

tando que o interesse do indivíduo em ter a liberdade de nadar em correntes perigosas é menos importante do que o interesse em utilizar marijuana por razões terapêuticas”.

<sup>14</sup> GOMES, Carla Amado, “Risque sanitaire et protection de l’individu contre soi-même. Quelques topiques pour un débat”, *cit.*, p. 144.

<sup>15</sup> KLEINIG, John, *Paternalism*, Manchester University Press, Manchester, 1983, pp. 67 e segs.

<sup>16</sup> MÖLLER, Kai, *Paternalismus und Persönlichkeitsrecht*, *cit.*, pp. 179-183 e 197-199. Este Autor coloca a questão de saber se, no caso de um indivíduo que gosta de viver e por pura negligência não utiliza o cinto de segurança, pondo em perigo o que lhe é caro contra as suas próprias prioridades, será realmente uma lesão “do direito de conformar o seu destino” obrigá-lo a utilizar um cinto de segurança. Em termos algo semelhantes, SINGER, Reinhard, “Vertragsfreiheit, Grundrechte und Schutz des Menschen vor sich selbst”, *in Juristen Zeitung*, n.º 23, 1995, p. 1140, sustenta que é muito duvidosa a invocação da liberdade para a autodeterminação nos casos da obrigatoriedade do uso de cinto de segurança e de capacete. Para o Autor, o que está aqui em causa “é a incapacidade psicológica de muitos automobilistas ou motociclistas para, de uma forma abstrata, preverem corretamente os perigos da sua atuação, o que legitima a restrição”. VALDÉS, Ernesto Garzón, “Kann Rechtspaternalismus ethisch gerechtfertigt werden?”, *cit.*, p. 284, entende que a pessoa não possui as suas “capacidades básicas” quando considera um determinado bem importante, mas se recusa a tomar as medidas necessárias para a sua concretização (este é o caso da obrigatoriedade de uso de cinto de segurança ou de capacete).

<sup>17</sup> MÖLLER, Kai, *Paternalismus und Persönlichkeitsrecht*, *cit.*, pp. 185 e 187. NINO, Carlos S., *The Ethics of Human Rights*, *cit.*, p. 148, defende que o princípio da autonomia deixa alguma margem para um paternalismo legítimo. O princípio geral que está na base destas considerações pode ser formulado como uma proibição de impor sacrifícios aos indivíduos sem o seu consentimento que não se traduzam em benefícios para eles. Este princípio pode designar-se como “princípio da inviolabilidade da pessoa”.

<sup>18</sup> MÖLLER, Kai, *Paternalismus und Persönlichkeitsrecht*, *cit.*, pp. 190 e 191.

O Autor considera ainda que é de afastar o “paternalismo moral”. Consubstanciam-se em “paternalismo moral aquelas situações em que o Estado intervém impondo modos de comportamento morais no interesse da pessoa em causa, que esta, por possuir diferentes quadros morais, considera ser de afastar.” Neste tipo de questões deve deixar-se ao indivíduo a possibilidade de decidir autonomamente<sup>19</sup>.

Para Kai Möller esta perspetiva conduz a soluções que na prática são insuspeitas, uma vez que não contende com os “projetos centrais” dos cidadãos e, para além disso, não lhes impõe um sistema de valores com o qual não concordam. A contrapartida é, para o Autor, “uma maior proteção das pessoas, a um preço relativamente baixo, ou seja, a utilização de coação nos casos em que o indivíduo, por negligência, age em sentido contrário aos seus próprios valores”<sup>20</sup>.

Por seu lado, Cass R. Sunstein e Richard H. Thaler defendem aquilo que designam por “paternalismo libertário” (*libertarian paternalism*)<sup>21</sup>. Os Autores consideram que o paternalismo não tem de implicar necessariamente limitação da liberdade, tendo desenvolvido mais aprofundadamente esta sua perspetiva numa obra recente, intitulada *Nudge*<sup>22</sup>, na qual consideram legítimo os poderes públicos encorajarem os cidadãos para que façam uma determinada escolha, pela forma como essa escolha lhes é apresentada, desde que não seja proibida nenhuma opção. O debate em torno desta perspetiva tem sido aceso, até porque os Autores conseguiram obter apoio político para implementar este tipo de medidas, tanto nos Estados Unidos da América como no Reino Unido.

Segundo eles, o “paternalismo libertário” é “relativamente fraco e não intrusivo” porque, em bom rigor, não afasta a possibilidade de escolha. No entanto, trata-se de uma forma de

---

<sup>19</sup> MÖLLER, Kai, *Paternalismus und Persönlichkeitsrecht*, cit., pp. 189 e 203. Para o Autor, tendo em consideração “o valor elevado do direito de autodeterminação em questões morais, a proibição do paternalismo estadual nestes casos impõe-se”. Sobre a distinção entre “paternalismo moral” e “paternalismo de bem-estar”, ver também DWORKIN, Gerald, “Paternalism”, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2005, <http://plato.stanford.edu/entries/paternalism> (última visita a 22.03.2012). Nesta ordem de ideias, DWORKIN, Gerald, “Moral Paternalism”, in *Law and Philosophy*, n.º 24, 2005, p. 311, entende que os homossexuais não consideram que a sua orientação sexual seja imoral; “os ateus não julgam que vivem uma vida de pecado” e “quem vê pornografia não considera que esteja a ser corrompido”. ALEMANY, Macario, “El concepto e la justificación del paternalismo”, in *DOXA – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 28, 2005, p. 272, propõe-se restringir o termo paternalismo de modo a que este signifique evitar danos físicos, psíquicos e/ou económicos.

<sup>20</sup> MÖLLER, Kai, *Paternalismus und Persönlichkeitsrecht*, cit., p. 212.

<sup>21</sup> SUNSTEIN, Cass R. e THALER, Richard H., “Libertarian Paternalism”, in *American Economic Review*, Vol. 93, n.º 3, 2003, pp. 175 e segs., e também “Libertarian Paternalism is not an oxymoron”, [http://ssrn.com/abstract\\_id=405940](http://ssrn.com/abstract_id=405940) (última visita a 22.03.2012).

<sup>22</sup> SUNSTEIN, Cass R. e THALER, Richard H., *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, Penguin Books, New York, 2009.

paternalismo, na medida em que os “planificadores públicos e privados” tentam deliberadamente conduzir a ação dos indivíduos de modo a promover o seu bem-estar.

Para esta posição, o respeito pelas escolhas individuais funda-se muitas vezes na ideia de que a opção feita pelo próprio é sempre melhor do que a que seria tomada por terceiros, o que não corresponde necessariamente à verdade<sup>23</sup>. Uma vez que os “planificadores”, ou “arquitetos da escolha” têm muitas vezes de se decidir por determinados “pontos de partida” ou criar “normas subsidiárias”, é legítimo indagar se podem ir “para além do inevitável” quando procedem a essa escolha, com o objetivo de maximizar o bem-estar<sup>24</sup>. Partindo da constatação de que em muitas situações as preferências individuais não têm uma base de sustentação sólida, assumindo as normas subsidiárias ou pontos de partida um papel de relevo, poderá ser de admitir a possibilidade de os poderes públicos procurarem influenciar essas preferências, com o objetivo de promover o bem-estar das pessoas<sup>25</sup>.

Finalmente, defendem que “o paternalismo não pressupõe necessariamente o uso de coação”<sup>26</sup>.

Este novo tipo de paternalismo foi, no entanto, alvo de diversas críticas. Claire A. Hill considera que “o facto de as pessoas cometerem erros e de, por vezes, lhes faltar autocontrolo” não deve servir de justificação para o “anti-anti-paternalismo” (nome que atribui ao paternalismo libertário). Para a Autora, esta posição parece assumir que é possível saber o que os indivíduos realmente desejam, independentemente do que escolhem, o que é um pressuposto indefensável. Ainda que as pessoas, por vezes, cometam erros ou façam coisas

---

<sup>23</sup> Os Autores admitem, no entanto, que nem sempre é essa a razão, sendo que algumas críticas tecidas ao paternalismo assentam na autonomia em si mesma, sustentando-se que as pessoas devem ter liberdade de escolha, ainda que façam opções erradas. Defendem, contudo, que “seria fanatismo tratar a autonomia, enquanto liberdade de escolha, como algo que não pode ser ultrapassado por razões consequencialistas”. Por outro lado, este “argumento da autonomia perde validade pelo facto de muitas vezes as preferências e as escolhas serem feitas em função das soluções pré-dadas”. Para além disso, entendem que o respeito pela autonomia é suficientemente acautelado pelo paternalismo libertário uma vez que há sempre a possibilidade de optar em sentido contrário. Ver SUNSTEIN, Cass R. e THALER, Richard H., “Libertarian Paternalism is not an oxymoron”, *cit.*, pp. 4 e 5, 9, também nota 19, 26 e 27.

<sup>24</sup> SUNSTEIN, Cass R. e THALER, Richard H., “Libertarian Paternalism is not an oxymoron”, *cit.*, pp. 24 e 25. Os Autores dão como exemplo uma cafetaria, na qual a opção por colocar a fruta à frente dos doces poderia condicionar a escolha das pessoas, induzindo-as a uma alimentação mais saudável. Segundo eles esta é uma intervenção bastante suave, até porque não impõe nada a ninguém. Ver também SUNSTEIN, Cass R. e THALER, Richard H., Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness, *cit.*, pp. 1 e segs.

<sup>25</sup> SUNSTEIN, Cass R. e THALER, Richard H., “Libertarian Paternalism is not an oxymoron”, *cit.*, p. 42.

<sup>26</sup> SUNSTEIN, Cass R. e THALER, Richard H., “Libertarian Paternalism is not an oxymoron”, *cit.*, p. 7. De facto, esta perspetiva implica um alargamento do conceito de paternalismo, uma vez que se considera que o paternalismo assenta em dois pressupostos: o primeiro é que este “exclui uma opção ou impõe uma escolha”; o segundo é que “essa escolha se exclui ou se impõe para o bem da própria pessoa”. Nesse sentido, CLARKE, Simon, “Debate: State Paternalism, Neutrality and Perfectionism”, in *The Journal of Political Philosophy*, Vol. 14, n.º 1, 2006, p. 117. Ora o paternalismo libertário não preenche o primeiro destes pressupostos.

num determinado momento de que posteriormente se arrependam, não é possível saber quais as suas reais pretensões, faltando-nos uma base para a legislação paternalista, ainda que libertária. Por mais “conveniente e tentador que seja extrapolar da nossa própria introspeção que os outros querem ou deveriam querer o mesmo que nós, pura e simplesmente não temos acesso aos seus desejos e convicções”<sup>27</sup>.

Também Mario J. Rizzo e Douglas Glen Whitman se opuseram a esta perspectiva, questionando se faz sentido sustentar que quem decide as políticas públicas conhece melhor as “verdadeiras preferências” dos indivíduos do que os próprios<sup>28</sup>.

Os Autores entendem que é de acolher, por princípio, a ideia de aumentar o bem-estar dos cidadãos atendendo às “suas próprias verdadeiras preferências”. No entanto, esse objetivo não se poderá realizar sem que quem decide consiga aceder a informação que não detém e que, a maior parte das vezes, não tem meios de obter. As políticas públicas têm de se escorar nalguma coisa, e quem toma decisões irá recorrer “às suas próprias preferências, às preferências de peritos, ou às (supostas) preferências do público em geral”. Consequentemente, não é possível “implementar as ‘verdadeiras’ preferências das pessoas”, mas sim as que se consideram ser as “corretas” e “o novo paradigma paternalista vai fornecer a cobertura intelectual para que tal aconteça”<sup>29</sup>.

Esta perspectiva tem ainda suscitado críticas no sentido de se considerar que este “moldar” das escolhas dos indivíduos por parte dos poderes públicos pode conduzir a abusos, uma vez que é mais difícil de controlar do que políticas assumidamente coercivas. Entende-se que há aqui uma certa manipulação e um aproveitamento das fraquezas dos indivíduos quando tomam decisões. Ainda que o paternalismo libertário não ponha em causa a possibilidade de escolha, a exploração das fragilidades individuais acaba por interferir com a autonomia, no seu sentido mais profundo. Os meios de persuasão racional devem ser, por isso, os instrumentos preferenciais a utilizar pelos poderes públicos<sup>30</sup>.

Partindo de tudo o que vimos e procurando responder à questão que inicialmente colocámos, que é a de determinar se existem tipos de paternalismo jurídico que se podem eticamente justificar, estamos, antes do mais, de acordo com Kai Möller, Cass R. Sunstein e

---

<sup>27</sup> HILL, Claire A., “Anti-anti-paternalism”, in *NYU Journal of Law & Liberty*, Vol. 2, 2007, <http://ssrn.com/abstract=956153> (última visita a 22.03. 2012), pp. 445 e 448.

<sup>28</sup> RIZZO, Mario J. e WHITMAN, Douglas Glen, “The knowledge problem of new paternalism”, in *Law & Economics Research Paper Series*, Working Paper n.º 08-60, <http://ssrn.com/abstract=1310732> (última visita a 22.03. 2012), p. 22.

<sup>29</sup> RIZZO, Mario J. e WHITMAN, Douglas Glen, “The knowledge problem of new paternalism”, *cit.*, p. 78.

<sup>30</sup> HAUSMAN, Daniel M. e WELCH Brynn, “Debate: to Nudge or Not to Nudge”, in *The Journal of Political Philosophy*, Vol. 18, n.º 1, 2010, pp. 128 e 135.

Richard H. Thaler, na parte em que defendem que as políticas paternalistas devem ser inevitavelmente compatíveis com o respeito pela autonomia, não se devendo admitir o “paternalismo moral”, ou seja, a imposição, por parte dos poderes públicos, de determinados padrões morais alegadamente no interesse da pessoa, independentemente de esta estar ou não de acordo com eles.

Por outro lado, as perspetivas destes Autores concretizam-se em propostas de um paternalismo que não tem como objetivo impor valores aos indivíduos com os quais estes não estão de acordo, mas que visa antes a proteção da sua “integridade”, tendo em consideração as escolhas que fariam se pudessem antecipar as consequências dos seus atos.

No entanto, Cass R. Sunstein e Richard H. Thaler sustentam que o “paternalismo libertário” só se pode justificar se as pessoas puderem, como regra geral, evitar facilmente a opção sugerida. Uma vez que esta perspetiva não pressupõe coação e permite que as pessoas possam optar por outras vias, parece “estar a salvo da objeção paternalista”<sup>31</sup>.

São, apesar disso, pertinentes as críticas que lhe foram feitas no sentido de ela padecer de um “problema cognitivo”<sup>32</sup>: a impossibilidade de saber o que efetivamente a pessoa consideraria melhor para si se conseguisse prever todas as implicações da sua decisão. Por outro lado, também colhe a crítica de esta perspetiva poder envolver a manipulação das fraquezas dos indivíduos quando fazem escolhas, o que tem como consequência alguma perda de autonomia.

Assim, ainda que este tipo de paternalismo não seja totalmente de afastar, é importante acautelar o risco da sua utilização abusiva, o que se poderá fazer, por exemplo, através do recurso à publicidade. Se os poderes públicos informarem os seus cidadãos de que estão a tentar influenciar as suas escolhas, ainda que haja o risco de perda de efetividade, garante-se o respeito da sua autonomia<sup>33</sup>.

Kai Möller vai mais longe, já que entende que para a salvaguarda da integridade do indivíduo se poderão justificar restrições à liberdade. Como tivemos oportunidade de constatar, quando o indivíduo age em sentido contrário ao que são os seus próprios valores, para o Autor poderá ou até deverá haver uma imposição coativa. Esta posição parece-nos excessivamente restritiva, na medida em que sofre do mesmo problema cognitivo da perspetiva anterior e implica efetivamente restrições da liberdade.

---

<sup>31</sup> MERRILL, Roberto e BOURDEAU, Vincent, “Republicanism”, in João Cardoso Rosas (org.), *Manual de Filosofia Política*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 120.

<sup>32</sup> Este é precisamente o título do artigo de RIZZO, Mario J. e WHITMAN, Douglas Glen, “The knowledge problem of new paternalism”, *cit.*

<sup>33</sup> HAUSMAN, Daniel M. e WELCH Brynn, “Debate: to Nudge or Not to Nudge”, in *The Journal of Political Philosophy*, *cit.*, p. 135.

Julgamos, contudo, que serão legítimas medidas estaduais paternalistas quanto estejam em causa as possibilidades de “autodeterminação futura” da pessoa<sup>34</sup>. Sendo a autonomia um valor central na nossa ordem jurídica e cabendo ao Estado criar condições de autonomia, será legítimo exigir “que os indivíduos abandonem a liberdade ou o direito a renunciar permanentemente à autonomia em si mesma”<sup>35</sup>. Assim sendo, o titular do direito não deve poder consentir numa intervenção que lhe retire a possibilidade de se autodeterminar livremente no futuro”<sup>36</sup>.

Por outro lado ainda, “na literatura anglo-saxónica tem-se feito a distinção entre paternalismo forte (*hard paternalism*) e paternalismo fraco (*soft paternalism*)”. Os defensores do “paternalismo forte” sustentam que se pode impor proteção a pessoas capazes que decidiram voluntariamente autocolocar-se em perigo ou lesar-se. Para o “paternalismo fraco” apenas será de admitir uma interferência para a proteção do próprio quando a sua decisão não seja voluntária<sup>37</sup>.

Pensamos que se justifica uma abordagem paternalista quando se trate “de direitos ou interesses de menores, de pessoas incapazes de se autodeterminarem ou que se encontrem numa posição conjuntural de debilidade ou desfavor”<sup>38</sup>. O “paternalismo fraco” (também

---

<sup>34</sup> É também essa a posição de NOVAIS, Jorge Reis, “Renúncia a direitos fundamentais”, in Jorge Miranda (org.), *Perspectivas Constitucionais – Nos 20 Anos da Constituição*, Coimbra Editora, 1996, p. 318. Considerando que o ordenamento pretendeu consagrar a liberdade como uma “situação duradoura”, ver BLECKMANN, Albert, “Probleme des Grundrechtsverzichts”, in *Juristen Zeitung*, n.º 2, 1988, p. 59. DE MARNEFFE, Peter, “Avoiding Paternalism”, *cit.*, p. 81, entende que a autonomia pessoal “implica ter o controlo sobre a própria vida como um todo”. Este será o caso típico de contratos de escravidão. ARCHARD, David, “Freedom not to be free: the case of the slavery contract in J. S. Mill’s On Liberty”, in *The Philosophical Quarterly*, Vol. 40, n.º 160, 1990, pp. 461 e 462, considera que algumas críticas foram feitas a Mill pelo facto de este, ao recusar que a pessoa possa livremente converter-se em escrava, de alguma forma estar a abrir uma brecha no princípio da liberdade e essa alteração representar uma concessão séria ao paternalismo. No entanto, o Autor sustenta que a proibição de contratos de escravidão não é paternalista, na medida em que a sociedade não interfere se tiver sido celebrado um contrato deste tipo. Apenas o fará no momento em que se pretenda fazer valer esse contrato. Assim, “só intervirá quando os termos do contrato sejam violados”, o que só acontecerá se o escravo se recusar a obedecer, pelo que não se tratará já de uma defesa contra si mesmo, mas antes de uma defesa desejada pelo próprio. Considerando também que esta proibição não impede ninguém de viver uma situação de “escravidão de facto”, ver FEINBERG, Joel, *Harm to Self. The Moral Limits of the Criminal Law*, *cit.*, p. 71. BOU-HABIB, Paul, “Compulsory Insurance without Paternalism”, in *Utilitas*, Vol. 18, n.º 3, 2006, p. 261, considera que a condenação da escravização pelo próprio parte de um entendimento da “autonomia enquanto valor intrínseco que temos o dever de preservar”.

<sup>35</sup> BERG, Jessica Wilen, “Understanding waiver”, in *Houston Law Review*, Vol. 40, n.º 281, 2003, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?Abstract\\_id=614522](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?Abstract_id=614522) (última visita a 22.03.2012), pp. 290 e 291.

<sup>36</sup> EPELT, Martina Dorothee, *Grundrechtsverzicht und Humangenetik*, GCA-Verlag, Herdecke, 1999, p. 124; ZIPPELIUS, Reinhold e WÜRTENBERGER, Thomas, *Deutsches Staatsrecht*, 31.ª ed. (da obra fundada por MAUNZ, Theodor), Verlag C. H. Beck, München, 2005, p. 195.

<sup>37</sup> MÖLLER, Kai, *Paternalismus und Persönlichkeitsrecht*, *cit.*, pp. 16 e 17. Ver também FEINBERG, Joel, *Harm to Self. The Moral Limits of the Criminal Law*, *cit.*, pp. 12 e segs., que considera que o paternalismo fraco é compatível com o liberalismo. Sobre esta distinção, ver ainda DWORKIN, Gerald, “Paternalism”, *cit.*

<sup>38</sup> NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 450, nota 785.

designado “paternalismo social”) “deve ter uma base constitucional precisa que identifique as fraquezas das pessoas visadas”<sup>39</sup>. Nestes casos, o Estado está legitimado a tomar determinadas medidas paternalistas que em quaisquer outras circunstâncias lhe estariam vedadas<sup>40</sup>. No entanto, ao estabelecer essas medidas tem, necessariamente, de respeitar as exigências do princípio da proporcionalidade<sup>41</sup>.

Assim, o que determina, para o “paternalismo fraco”, a legitimidade de medidas paternalistas é a existência ou a ausência de verdadeira autodeterminação. Parece-nos, por isso, que será de aceitar também este tipo de paternalismo, que apenas se justifica quando as pessoas em causa não estejam de facto em posição de cuidar de si mesmas.

Não é, no entanto, de excluir que quando seja difícil avaliar a existência ou ausência de autodeterminação e haja uma forte presunção de não-voluntariedade se equacione a possi-

---

<sup>39</sup> GOMES, Carla Amado, “Risque sanitaire et protection de l’individu contre soi-même. Quelques topiques pour un débat”, *cit.*, p. 143. VALDÉS, Ernesto Garzón, “Kann Rechtspaternalismus ethisch gerechtfertigt werden?”, *cit.*, pp. 283-289, estabelece que na vida social se pressupõe que os cidadãos, no que se refere às questões do seu dia-a-dia, dispõem de uma “competência de base”. A ausência dessa competência é uma “condição justificativa de medidas paternalistas”, que visam a supressão de desigualdades que têm como fundamento essa mesma ausência. Assim, segundo ele, se se estiver de acordo com isto, então deve considerar-se que não se justifica uma interferência do Estado “quando alguém que detém competência de base atenta contra a sua integridade física ou a sua própria vida”; “quando alguém que detém competência de base tem consciência do risco de uma lesão certa ou muito provável” que poderá decorrer do gozo de uma determinada atividade; e “quando alguém, que detém competência de base, põe a vida em risco em favor dos outros”. Apenas “quando se defenda uma conceção metafísica-religiosa do valor da vida é que é possível justificar a proibição do suicídio ou de atividades que coloquem a vida em perigo”.

<sup>40</sup> SCHLINK, Bernhard, “Die überforderte Menschenwürde. Welche Gewissheit kann Artikel 1 des Grundgesetzes geben?”, in *Der Spiegel*, n.º 51, 2003, p. 53. No que se refere, por exemplo à posição dos trabalhadores, o TC, no Acórdão n.º 155/04, <http://w3.tribunalconstitucional.pt/acordaos/acordaos04/101-200/15504.htm>, sobre o regime jurídico do contrato individual de trabalho na Administração Pública, estabelece que “as normas sobre direitos fundamentais detêm, no plano das relações de trabalho, uma eficácia de proteção da autonomia dos menos autónomos. Aqui é evidente o desiderato constitucional de ligação da liberdade fática e da liberdade jurídica. A Constituição faz depender a validade dos contratos não apenas do consentimento das partes no caso particular, mas também do facto de que esse consentimento «se haja dado dentro de um marco jurídico-normativo que assegure que a autonomia de um dos indivíduos não está subordinada à do outro» (...)”.

<sup>41</sup> HILLGRUBER, Christian, *Der Schutz des Menschen vor sich selbst*, Verlag Franz Vahlen, München, 1992, pp. 121 e 122. De facto, em relação a menores e pessoas portadoras de uma deficiência não se deve afastar completamente a sua opinião. No que se refere a tratamentos médicos, por exemplo, o n.º 2 do art. 38.º Código Deontológico da Ordem dos Médicos, relativo ao dever de esclarecimento e recusa de tratamento, estabelece que “[n]o caso de crianças ou incapazes, o Médico procurará respeitar, na medida do possível, as opções do doente, de acordo com a capacidade de discernimento que lhes reconheça, atuando sempre em consciência na defesa dos interesses do doente”. É esse também o sentido do art. 6.º da Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina (Convenção de Oviedo) do Conselho da Europa, onde se consagra que “a opinião do menor é tomada em consideração como um fator cada vez mais determinante, em função da sua idade e do seu grau de maturidade” e que, no caso de maiores que careçam de capacidade para consentir “a pessoa em causa deve, na medida do possível, participar no processo de autorização”.

bilidade de pressupor essa ausência<sup>42</sup>. Poderá, pois, haver restrições “graças ao custo associado com a determinação de autonomia caso a caso”<sup>43</sup>.

Para além destas situações, o paternalismo estadual, tal como o definimos, deve ser, então, de afastar, não cabendo ao Estado, em princípio, um dever de proteção contra a vontade do indivíduo (desde que capaz). Tal dever existe apenas em situações extremas ou quando este não esteja em posição de cuidar de si. Excetuando estes casos não é de admitir uma proteção imposta, que restrinja as possibilidades de atuação do visado<sup>44</sup>, já que tal proteção implica uma violação grave “da *presunção de liberdade* que deriva do princípio da dignidade da pessoa humana”<sup>45</sup>.

Nesse sentido, entende-se que a opção por correr determinados riscos se insere no “projeto de vida” do próprio indivíduo, projeto que deve ser escolhido livremente, de acordo com as suas convicções pessoais, porquanto em “sociedades plurais” não é “desejável uma absoluta uniformização dos comportamentos individuais”<sup>46</sup>. Assim, quando o sujeito se coloca em perigo ou mesmo quando provoca uma lesão no seu direito, sendo ele capaz e estan-

---

<sup>42</sup> RADIN, Margaret Jane, “Market Inalienability”, in *Harvard Law Review*, Vol. 100, n.º 8, 1986/1987, pp. 1909 e 1910, entende que algumas restrições impostas à possibilidade de venda de certos bens no mercado decorrem das grandes dificuldades que implica avaliar todas as transações de modo a aferir se o consentimento é verdadeiramente livre. Também FEINBERG, Joel, *Harm to Self. The Moral Limits of the Criminal Law*, cit., pp. 79 e 174 e segs., entende que em certas situações, como será o caso de contratos de escravidão, tendo em consideração “a qualidade incerta da prova e a forte presunção de não voluntariedade, poderá justificar-se que o Estado entenda que a medida menos arriscada seja presumir a não voluntariedade em todos os casos”. Quando “o consentimento para uma dada conduta perigosa é tão raro (...) que dificilmente seria dado a não ser em casos de ignorância, coação, ou de ausência de algumas faculdades, o legislador poderá simplesmente excluí-lo com base no princípio do dano a terceiros” e não por razões paternalistas.

<sup>43</sup> BERG, Jessica Wilen, “Understanding waiver”, cit., p. 325.

<sup>44</sup> FROTSCHER, Werner, “‘Big Brother’ und das deutsche Rundfunkrecht”, in *Schriftenreihe der LPR Hessen*, n.º 12, 2000, p. 43. Considerando que a defesa da pessoa contra a autolesão não está incluída no dever de proteção estadual, ver ISENSEE, Josef, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, in Josef Isensee – Paul Kirchhof (orgs.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Vol. V, 2.ª ed., C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2000, p. 190.

<sup>45</sup> GOMES, Carla Amado, “Estado Social e concretização de direitos fundamentais na era tecnológica: algumas verdades inconvenientes”, cit., p. 423; FELDMAN, Jean-Philippe, “Faut-il protéger l’homme contre lui-même? La dignité, l’individu et la personne humaine”, in *Droits*, n.º 48, 2009, p. 99. DÖRR, Dieter, *Big Brother und die Menschenwürde*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2000, p. 66, considera que o dever de proteção do Estado nunca poderá ir ao ponto de “afetar a liberdade de conformação de vida garantida pela dignidade”. Defendendo, no entanto, que o dever de proteção imposto ao Estado “inclui até mesmo a proteção da pessoa contra si própria”, de tal modo “que o Estado se encontra autorizado e obrigado a intervir em face de atos da pessoa que, mesmo voluntariamente, atentem contra a sua própria dignidade, o que decorre do (...) cunho irrenunciável da dignidade pessoal, ver SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 4.ª ed., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2006, pp. 113 e 114. Para o Autor, a dignidade implica “um dever geral de respeito por parte de todos (...) os integrantes da comunidade para com os demais e, para além disso (...), até mesmo um dever das pessoas para consigo mesmas”.

<sup>46</sup> DE MELO, Helena Pereira, “A Igualdade de Oportunidades para Quem Opta pela “Estrada do Tabaco”, in Rui Nunes – Miguel Ricou – Cristina Nunes (orgs.), *Dependências Individuais e Valores Sociais*, Gráfica de Coimbra, Coimbra, 2004, p. 163.

do em causa um comportamento autodeterminado, trata-se ainda do gozo de liberdade jusfundamentalmente protegida<sup>47</sup>. Numa sociedade democrática e pluralista deve haver “um direito a errar, a tomar más decisões e a correr riscos”, sem o qual “toda a ideia de autodeterminação perderia sentido”<sup>48</sup>.

Não se coaduna, por isso, com a imagem de Homem pressuposta na Constituição uma conceção que, partindo de uma ideia de deveres de protecção do Estado, considera que este tem legitimidade para proteger o indivíduo de si próprio<sup>49</sup>. Não decorre das normas de direitos fundamentais, em princípio, um dever de proteger bens jurídicos contra a vontade do titular do direito, ou seja, contra aquele a quem o direito fundamental atribui o poder de disposição sobre tais bens jurídicos<sup>50</sup>. Assim, deve evitar-se ceder “à tentação de um paternalismo jurídico em que se transfere para a sociedade o encargo de defender os titulares dos direitos contra as suas próprias condutas”<sup>51</sup>.

Na base da protecção da pessoa contra si mesma encontra-se uma conceção de dignidade enquanto princípio que “se exprime pelo reconhecimento da liberdade individual mas que transcende esta última e, conseqüentemente, pode justificar restrições ao exercício das

---

<sup>47</sup> HILLGRUBER, Christian, *Der Schutz des Menschen vor sich selbst*, cit., p. 116. Na intervenção do Deputado DE MAGALHÃES, José, DAR, 1.ª série, n.º 94, cit., p. 3397, este diz expressamente que a consagração do direito ao desenvolvimento da personalidade “implica que ao legislador não cabe proteger os cidadãos contra si próprios e impor-lhes paradigmas unidimensionais de comportamento digno, em nome daquilo a que poderia chamar-se a boa personalidade, o retrato do bom cidadão e da personalidade modelo que caberia ao Estado impor a cada um de nós, subordinando-nos a uma espécie de *standard* humano, cívico ou político”.

<sup>48</sup> FEINBERG, Joel, *Harm to Self. The Moral Limits of the Criminal Law*, cit., p. 62.

<sup>49</sup> Nesse sentido, referindo-se à Constituição alemã, EPELT, Martina Dorothee, *Grundrechtsverzicht und Humangenetik*, cit., pp. 203 e 204; também HILLGRUBER, Christian, *Der Schutz des Menschen vor sich selbst*, cit., p. 147; ISENSEE, Josef, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, cit., p. 203. MÖLLER, Kai, *Paternalismus und Persönlichkeitsrecht*, cit., p. 115, considera que a Constituição não visa “a unidade através da conformidade, mas antes a unidade através do respeito recíproco em pluralidade”. Nessa medida, “não é possível uma protecção da pessoa contra si própria em virtude da dimensão objectiva dos direitos fundamentais”. Em sentido contrário, PATTO, Pedro Vaz, *No Cruzamento do Direito e da Ética*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 200 e 201. Este Autor sustenta que é justificada a defesa da pessoa contra si mesma em casos de “violações objectivas (ainda que consentidas) da sua dignidade”.

<sup>50</sup> SCHWABE, Jürgen, “Der Schutz des Menschen vor sich selbst”, in *Juristen Zeitung*, n.º 2, 1998, p. 70. Em sentido contrário, ver FLAUSS, Jean-François, “L’interdiction de spectacles dégradants et la Convention européenne des droits de l’homme”, in *Revue Française de Droit Administratif*, n.º 8, 1992, p. 1931.

<sup>51</sup> MEDEIROS, Rui e DA SILVA, Jorge Pereira, “Artigo 24.º”, in Jorge Miranda – Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 263. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, “Algumas reflexões sobre os direitos fundamentais, três décadas depois”, in *Anuário Português de Direito Constitucional*, Vol. V, 2006, p. 135, refere precisamente que “nas sociedades de risco (...) sobressai a preocupação intensa (...) com a saúde pública, a segurança alimentar e o ambiente, que tem conduzido a restrições igualmente intensas das liberdades pessoais e económicas da generalidade das pessoas – a luta contra o tabaco, o álcool e a obesidade, a vigilância sanitária aos medicamentos, géneros alimentícios, (...) [etc.] – que, (...) por se revelarem por vezes excessivas ou indiferenciadas, suscitam resistências, sendo entendidas como novas feições ditatoriais do Estado”. Para o Autor, na nota 12, está aqui em causa a restrição da liberdade “não apenas para defesa da sociedade, mas para protecção do próprio titular dos direitos”.

liberdades individuais”<sup>52</sup>. Uma das razões invocadas pelo Estado para obrigar o titular da dignidade a um comportamento conforme à dignidade é o facto de este considerar que sabe, melhor do que o próprio titular, avaliar os seus interesses<sup>53</sup>.

Não estamos, no entanto, de acordo com esta interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana. Deve ser o próprio sujeito a determinar o que é para si mais ou menos digno. Uma “valoração paternalista”, que transfere para o Estado “a decisão última sobre aquilo que as pessoas devem ou não valorar na sua vida”, independentemente da sua vontade, converte os direitos em deveres<sup>54</sup>. Ora não há, nem deve haver, como regra, “direitos obrigatórios” em Estado de Direito<sup>55</sup>.

Num Estado não-paternalista, que se funda na dignidade da pessoa humana e no livre desenvolvimento da personalidade individual, a defesa da pessoa contra si mesma não deve, conseqüentemente, ser considerada fundamento legítimo para a restrição de direitos fundamentais<sup>56</sup>.

---

<sup>52</sup> FELDMAN, Jean-Philippe, “Faut-il protéger l’homme contre lui-même? La dignité, l’individu et la personne humaine”, *cit.*, pp. 88 e 89. Será o caso, por exemplo, de ISENSEE, Josef, “Menschenwürde: die sekuläre Gesellschaft auf der Suche nach dem Absoluten”, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, Vol. 131, 2006, p. 217, que considera que “a dignidade obriga o Homem à proteção de si mesmo”. Sendo para o Autor a dignidade “inalienável e irrenunciável, esta veda ao Homem que este se degrade. Nessa medida, estabelece fronteiras à autonomia privada, em particular no que diz respeito à autodeterminação nos limites da vida”. LEITE DE CAMPOS, Diogo, “A relação da pessoa consigo mesma”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 143, entende que “o que cada um faz em relação a si interessa radicalmente aos outros”, sendo que “não se deve fazer a si mesmo o que não se deve fazer aos outros”.

<sup>53</sup> FISCHER, Kai, *Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1997, p. 192.

<sup>54</sup> NETO, Luísa, “O Direito Fundamental à Disposição sobre o Próprio Corpo”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano I, 2004, p. 226.

<sup>55</sup> NOVAIS, Jorge Reis, “Renúncia a direitos fundamentais”, *cit.*, pp. 286 e 287. Embora sejam de admitir exceções, como é o caso dos direitos-deveres.

<sup>56</sup> OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, “Inconstitucionalidade do Artigo 6.º da Lei sobre a Colheita e Transplante de Órgãos e Tecidos de Origem Humana”, in *Scientia Iuridica*, n.ºs 286/288, 2000, pp. 260 e 261. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, pp. 299 e 300, considera que “neste domínio é de exigir ao legislador uma especial fundamentação social do desvalor atribuído às atividades restringidas” uma vez que estas restrições contendem com o livre desenvolvimento da personalidade. MAGALHÃES, Sandra Marques, “O valor do corpo humano. Considerações sobre os atos de disposição do próprio corpo e os transplantes de órgãos intervivos”, in Diogo Leite Campos (coord.), *Estudos sobre o Direito das Pessoas*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 208, reconhece também que não é fácil justificar a proibição de atos individuais que não afetem terceiros se tivermos em conta “o pluralismo, a tolerância e a não-discriminação hoje preconizados”. FELDMAN, Jean-Philippe, “Faut-il protéger l’homme contre lui-même? La dignité, l’individu et la personne humaine”, in *Droits*, n.º 48, 2009, p. 104, considera que não pode haver proteção da pessoa contra si própria “porque o homem é livre e, conseqüentemente, responsável”. Entendendo ainda que a proteção da pessoa contra si própria em si mesma considerada não pode legitimar uma restrição da liberdade, ver HILLGRUBER, Christian, *Der Schutz des Menschen vor sich selbst*, *cit.*, pp. 120 e 121.