

## Paternalismo no direito privado

Jörg Neuner

### Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Neuner, Jörg. 2021. "Paternalismo no direito privado." *Direitos Fundamentais e Justiça* 15 (44): 51–80. <https://doi.org/10.30899/dfj.v15i44.1180>.

### Nutzungsbedingungen / Terms of use:

CC BY-NC-ND 4.0

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:  
**CC-BY-NC-ND 4.0: Creative Commons: Namensnennung - Nicht kommerziell - Keine Bearbeitung**  
Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:  
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>



# PATERNALISMO NO DIREITO PRIVADO\*

**Jörg Neuner**

Catedrático de Direito Civil, Direito Trabalhista e Direito Comercial bem como de Filosofia do Direito na Universidade de Augsburg. *E-mail:* joerg.neuner@jura.uni-augsburg.de

---

**Resumo:** O paternalismo está profundamente arraigado em nosso ordenamento jurídico, em especial no Direito Privado. Ele restringe a autonomia privada de forma “branda”, “dura” e “mista” (junto com outros motivos) e, por isso, levanta constantemente, em diversos contextos, a tradicional questão da legitimidade.

**Palavras-chave:** Paternalismo. Direito Privado. Autonomia. Restrição. Legitimidade.

**Sumário:** **1** Introdução – **2** A intervenção na liberdade – **3** O bem-estar do destinatário – **4** A liberdade de decisão – **5** A proteção do destinatário – **6** Conclusão – Referências

---

## 1 Introdução

Na maioria dos casos, o termo “paternalismo” tem uma conotação negativa, implicando tutela, prepotência e exercício autoritário de influência.<sup>1</sup> Segundo Immanuel Kant, um *imperium paternale* é o maior despotismo que se pode conceber.<sup>2</sup> Também a partir de uma perspectiva utilitarista, John Stuart Mill ressalta, em seu famoso texto *On Liberty*, de 1859, que “a única finalidade para a qual o poder pode ser exercido legitimamente sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra a vontade dele, é para prevenir dano a outros”.<sup>3</sup> Na discussão mais

---

\* O artigo se baseia em uma palestra proferida em 19 de novembro de 2019, em Porto Alegre, na PUCRS.

<sup>1</sup> Veja ROELLECKE, Gerd. Eine Apologie des Sozialstaates. In: ANDERHEIDEN, Michael; BÜRKLI, Peter; HEINIG, Hans Michael et al. (Ed.). *Paternalismus und Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 189; ENDERLEIN, Wolfgang. *Rechtspaternalismus und Vertragsrecht*. München: C. H. Beck, 1996, p. 7; Duden, Online-Wörterbuch, verbete: Paternalismus. Disponível em: <https://www.duden.de/rechtschreibung/Paternalismus>.

<sup>2</sup> KANT, Immanuel. *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*. Akademie-Ausgabe, 1793, vol. VIII, p. 291; quanto ao antipaternalismo no pensamento de Kant, veja GUTMANN, Thomas. Paternalismus - eine Tradition deutschen Rechtsdenkens? *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung (ZRG GA)*, vol. 122, n. 1, p. 150-194, 2005, p. 164 et seq., com mais referências.

<sup>3</sup> MILL, John Stuart. *On Liberty*, London: Longman, Roberts & Green, 1869, l. 9 (também disponível em: <https://www.bartleby.com/130/1.html>. Acesso em: 02 jun. 2021); quanto aos pontos fracos do utilitarismo, veja GUTMANN, Tomas. Paternalismus und Konsequentialismus. In: KÜHLER, Michael; NOSSEK, Alexa (Org.). *Paternalismus und Konsequentialismus*. Münster: Mentis, 2014 (p. 31 et seq., quanto à eficiência do paternalismo do ponto de vista da Economia do Bem-Estar).

recente sobre o paternalismo, existem vozes isoladas que procuram justificar intervenções principalmente sob o ponto de vista da razoabilidade,<sup>4</sup> mas é a atitude fundamentalmente crítica que predomina. O discurso jurídico, principalmente do Direito Público, assume com frequência a terminologia filosófica e adota a crítica ao paternalismo.<sup>5</sup> A aversão ao paternalismo se encontra, contudo, em uma discrepância significativa com o Direito vigente. Isto se aplica particularmente ao Direito Privado, que contém uma série de regulações bem paternalistas de natureza muito diversa, que, a bem dizer, caracterizam o sistema e, em parte, remontam à versão original do Código de Direito Civil [=CDC; BGB, na sigla em alemão], do ano de 1900.<sup>6</sup> Para compreender esse sistema de proteção jurídica é útil iniciar com uma descrição de “paternalismo” como aquela oferecida por Gerald Dworkin na *Stanford Encyclopedia of Philosophy*: “Paternalismo é a interferência de um Estado ou um indivíduo em relação a outra pessoa, contra a vontade desta, e defendida ou motivada pela afirmação de que a pessoa que sofre a interferência ficará em uma situação melhor ou será protegida de dano”.<sup>7</sup>

## 2 A intervenção na liberdade

Analisando-se essa definição do ponto de vista jurídico, percebe-se que a primeira característica, “interferência contra a vontade”, implica uma intervenção contra a vontade da pessoa afetada. Se o Estado restringe a liberdade de seus

<sup>4</sup> Veja, entre outros, DWORKIN, Gerald. Paternalism. *The Monist*, vol. 56, n. 01, p. 64-84, 1972. Disponível em: <https://academic.oup.com/monist/article/56/1/64/987643>. Acesso em: 28 maio 2021; RAWLS, John. A Theory of Justice. Oxford: Oxford University Press, 1999/1971, p. 218 et seq. (edição em alemão: *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, 1988, p. 280 et seq.); em favor de uma intervenção paternalista abrangente do Estado nos moldes de um “paternalismo coercivo”, veja CONLY, Sarah. *Against Autonomy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

<sup>5</sup> Veja apenas KIRSTE, Stephan. Harter und weicher Rechtspaternalismus: Unter besonderer Berücksichtigung der Medizinethik. *JuristenZeitung (JZ)*, vol. 66, n. 17, p. 805-814, 2011, p. 805 et seq.; SCHWABE, Jürgen. Der Schutz des Menschen vor sich selbst. *JuristenZeitung (JZ)*, vol. 53, n. 2, p. 66-75, 1998, p. 70; MERTEN, Detlef. §68 Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. In: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen. *Handbuch der Grundrechte*. Heidelberg: C.F. Müller, 2009, vol. III, §68, nº 53; MURSWIEK, Dietrich; RIXEN, Stephan. In: SACHS, Michael. *Grundgesetz: Kommentar (GG)*. 8. ed. München: C.H.Beck, 2018, Art. 2, nº 209; HILLGRUBER, Christian. *Der Schutz des Menschen vor sich selbst*. München: Vahlen, 1992, p. 119, 147 et seq., 174.

<sup>6</sup> Quanto às concepções de Direito Privado no século XIX, que tampouco tinham uma liberdade irrestrita como ponto de partida, veja HOFER, Sibylle. *Freiheit ohne Grenzen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.

<sup>7</sup> Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/paternalism/>; de modo semelhante, FATEH-MOGHADAM, Bijan. Grenzen des weichen Paternalismus – Blinde Flecken der liberalen Paternalismuskritik. In: FATEH-MOGHADAM, Bijan; SELLMAYER, Stephan; VOSSENKUHL, Wilhelm (Ed.). *Grenzen des Paternalismus*. Stuttgart: Kohlhammer, 2010, p. 22; SCHMOLKE, Klaus Ulrich. *Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, p. 3, 11, com mais referências.

cidadãos dessa maneira, os direitos fundamentais intervêm em sua função de direitos de defesa.

## 2.1 Esfera de proteção

Os direitos fundamentais veiculam uma proteção *objetiva* abrangente contra intervenções indesejadas do Estado.<sup>8</sup> Contanto que nenhum direito fundamental específico, como a liberdade de expressão ou, no caso de intervenções bem acentuadas, a dignidade humana, seja tangido, a liberdade geral de ação consoante o Art. 2, 1 da Lei Fundamental [=LF] serve de direito fundamental substitutivo ou compensatório. O direito geral da personalidade pode ser pertinente sobretudo em sua expressão como direito a não saber.

A esfera de proteção *pessoal* é igualmente abrangente, compreendendo também, em especial, crianças e pessoas com deficiências intelectuais. Muitas vezes, essas pessoas não conseguem formar uma vontade livre, ou seja, não têm condições de avaliar em nível reflexivo os desejos que factualmente orientam sua ação, mas já sua vontade natural e irreflexa é protegida pelo Direito Constitucional.<sup>9</sup> Por isso, a afirmação de que pessoas com incapacidade civil e incapazes de dar seu consentimento não vivenciam o paternalismo por causa de suas deficiências de racionalidade não é convincente.<sup>10</sup> Mesmo a vontade espontânea e irrefletida de uma pessoa doente que sofre de dependência química ou demência de não ser operada ou tratada em hospital<sup>11</sup> deve ser respeitada tanto quanto possível.<sup>12</sup> Se esse querer (*first-order desire*<sup>13</sup>) é desrespeitado, isso

<sup>8</sup> Veja detalhes em KOLBE, Frederike. *Freiheitsschutz vor staatlicher Gesundheitssteuerung*. Baden-Baden: Nomos, 2017, p. 161 et seq.; GERG, Stephan. *Nudging*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, p. 88 et seq., com mais referências.

<sup>9</sup> Veja ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). Beschluss des Ersten Senats vom 26. Juli 2016 - 1 BvL 8/15. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)* [*Decisões do Tribunal Constitucional Federal*]. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, vol. 142, p. 313-353 (ponto 72 sobre medida coerciva adotada pelo médico); LINDNER, Josef Franz; HUBER, Franziska. Widerruf der Patientenverfügung durch den einwilligungsunfähigen Patienten? *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, vol. 70, n. 1-2, p. 6 et seq., 2017, p. 7; FATEH-MOGHADAM, in: Id. et al., op. cit. p. 23, 41.

<sup>10</sup> Essa é, por exemplo, a posição de KIRSTE, JZ, 2011, op. cit. p. 812; mais referências abaixo na nota 17.

<sup>11</sup> Quanto à vontade natural, veja, com mais detalhes, NEUNER, Jörg. Natürlicher und freier Wille. *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)*, vol. 218, n. 1, p. 1-31, 2018, p. 14 et seq.

<sup>12</sup> O que vale é o princípio expresso no Art. 12, 3, da Convenção das Nações Unidas sobre as Pessoas com Deficiência da “supported decision-making” [tomada de decisão com apoio], isto é, “distanciamento da assistência tutelar, rumo à inclusão”; veja mais detalhes em MASUCH, Peter; GMATI, Carina. Zwangsbehandlung nach dem Gesetz zur Regelung der betreuungsrechtlichen Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme und UN-Behindertenrechtskonvention. *Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS)*, vol. 22, n. 14, p. 521 et seq., 2013, p. 524 et seq.

<sup>13</sup> FRANKFURT, Harry G. Freedom of the Will and the Concept of a Person. *The Journal of Philosophy*, vol. 68, n. 1, p. 5-20, 1971, p. 7 et seq.

constitui uma interferência paternalista que pode ser legítima sob pressuposições específicas (p. ex., medidas coercivas adotadas por médicos consoante o §1906a do CDC), mas representa, ainda assim, um ato de heteronomia indesejada. Em consequência, quando se fala de “paternalismo”, as pessoas com deficiência não devem ser excluídas.

## 2.2 Intervenção

Uma intervenção paternalista na liberdade e em um direito fundamental pode ocorrer de diferentes maneiras. No caso de medidas paternalistas “duras” se exerce coerção, que exige do destinatário de normas capaz de tomar decisões um determinado comportamento, p. ex., usar um capacete ao andar de motocicleta ou um cinto ao dirigir um carro. Fala-se da presença de um paternalismo “brando” (orientado para a autonomia) quando uma medida visa meramente fazer com que, através de informações ou alterações nas condições gerais, o destinatário de normas repense suas preferências.<sup>14</sup> Visa-se que, em vez de proibições ou ordens, *nudges* (empurrões ou cutucões) produzam uma mudança de comportamento.<sup>15</sup> Segundo Joel Feinberg, ocorre um paternalismo brando quando o agente aja “involuntariamente” ou quando se precise primeiro esclarecer se ele pode tomar uma decisão por conta própria.<sup>16</sup> Enquanto a voluntariedade não esteja estabelecida, a rigor nem se trata, segundo Feinberg, de um caso de paternalismo.<sup>17</sup> Entretanto, essa inferência é incoerente não só porque exclui pessoas com deficiência intelectual,<sup>18</sup> mas também não apreende corretamente a maior parte das medidas de paternalismo brando.<sup>19</sup> Se a lei prevê, para proteger contra a precipitação, a participação em uma consulta ou o cumprimento de uma forma, há manifestamente uma intervenção na autonomia privada: a pessoa afetada é obrigada a fazer algo que não quer. O mesmo se aplica em casos em que se deve

<sup>14</sup> Cf. PATZIG, Günther. *Gesammelte Schriften*. Göttingen: Wallstein, 1993. Vol. II, p. 78; detalhadamente, DRERUP, Johannes. *Paternalismus, Perfektionismus und die Grenzen der Freiheit*. Paderborn: Schöningh, 2013, p. 151 et seq.

<sup>15</sup> Muitas vezes também se fala de “libertarian paternalism” (THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge*. London: Penguin Books, 2009, p. 5 et seq.) ou de “paternalismo liberal” (EIDENMÜLLER, Horst. *Liberaler Paternalismus*. *JuristenZeitung (JZ)*, vol. 66, n. 17, p. 814-821, 2011, p. 815 et seq.).

<sup>16</sup> FEINBERG, Joel. *Harm to Self*. New York [u.a.]: Oxford Univ. Press, 1986, vol. 3, p. 12.

<sup>17</sup> FEINBERG, *ibid.* (nota 16), p. 14; tem-se a mesma posição em BEAUCHAMP, Tom L. *Paternalism and Biobehavioral Control*. *The Monist*, v. 60, n. 1, p. 62-80, 1977. Disponível em: <https://philpapers.org/rec/BEAPAB>. Acesso em: 28 maio 2021, p. 67, com mais referências.

<sup>18</sup> Veja acima no contexto dos números de chamada das notas 9 et seq.

<sup>19</sup> Esse também é o resultado a que chega MÖLLER, Kai. *Paternalismus und Persönlichkeitsrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2005, p. 17.



fazer uma opção do tipo *opt-out (default-nudge)*, como, p. ex., no caso da “presunção de consentimento” para a doação de órgãos pós-morte na Áustria (§§5 ss. da Lei de Transplante de Órgãos [OTPG na sigla em alemão]). No caso de informações impostas se viola o direito de não saber tão logo a “esfera mais estreita da personalidade” esteja afetada.<sup>20</sup> Também o paternalismo *indireto* pode implicar uma violação de um direito fundamental, p. ex., a proibição de assistência médica para o suicídio, cujo efeito prejudica o paciente,<sup>21</sup> ou a proibição de um produto que vise proteger compradores em potencial contra uma ação que causaria dano a eles mesmos.<sup>22</sup>

Se o autor da intervenção parte *equivocadamente* do pressuposto de que está agindo segundo a vontade da pessoa afetada – se, p. ex., impede um estrangeiro (que desconhece a língua) de atravessar uma ponte que corre perigo de desmoronamento pressupondo erroneamente que este não iria querer atravessar a ponte se estivesse ciente do perigo – ocorre uma gestão *ilegítima* de negócios alheios sem mandato. Mesmo tal equívoco inevitável em nada muda o comportamento paternalista, pois o ato de impedir a pessoa de atravessar a ponte ocorre exatamente contra a vontade dela.<sup>23</sup> Por isso, segundo a doutrina dominante, o interveniente também não tem direito à restituição de possíveis dispêndios.<sup>24</sup> Entretanto, também se excluem direitos de indenização por parte da pessoa afetada pelo impedimento na medida em que o interveniente não incorra em culpa.<sup>25</sup>

<sup>20</sup> Mais detalhadamente, NEUNER, Jörg. Das Recht auf Uninformiertheit – Zum privatrechtlichen Schutz der negativen Informationsfreiheit. *Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft (ZfPW)*, vol. 01, n. 3, p. 257 et seq., 2015, p. 263 et seq.

<sup>21</sup> Veja mais detalhes em LINDNER, Josef Franz. Verfassungswidrigkeit des – kategorischen – Verbots ärztlicher Suizidassistenz. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, vol. 66, n. 3, p. 136 et seq., 2013, p. 137.

<sup>22</sup> MÖLLER, op. cit. (nota 19), p. 15 et seq.; quanto à natureza paternalista, veja também KLEINIG, John. *Paternalism*. Totowa, N.J.: Rowman & Allanheld, 1984, p. 11; FATEH-MOGHADAM, in: Id. et al., op. cit.; (nota 7), p. 23 et seq.

<sup>23</sup> KIRSTE, JZ, 2011, op cit., p. 808, considera a intervenção, ainda assim, justificada, pois serve ao esclarecimento do dever de prestar ajuda (§323c do StGB [Código de Direito Penal]); veja também já antes Mill, op. cit. (nota 3), V. 5.

<sup>24</sup> Só em casos isolados se aprova um reembolso de custos ao prestador putativo de auxílio, especialmente quando a impressão de que havia uma situação de emergência tenha sido causado de modo objetável; veja mais detalhes em DORNIS, Tim W. In: ERMAN, Walter. *Erman Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*. 15. ed. Otto Schmidt, 2017, §683, nº 8, com muitas referências.

<sup>25</sup> Quanto ao controvertido favorecimento no caso de imprudência leve segundo o §680 do CDC, veja THOLE, Christoph. §680 Geschäftsführung zur Gefahrenabwehr. In: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan et al. (Org.). *Beck-Online.Grosskommentar (BeckOGK). Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*. München: C.H.Beck, 2019, §680, nº 9 et seq.

### 3 O bem-estar do destinatário

De acordo com o segundo pressuposto da definição de paternalismo proposta por Dworkin, a interferência precisa perseguir o objetivo “de que a pessoa que sofre a interferência fique em uma situação melhor ou seja protegida de dano”. Essa intenção de aumentar o bem-estar do destinatário ou ao menos protegê-lo contra danos é perseguida por incontáveis preceitos. Pode-se pensar na obrigação de usar cinto de segurança ao andar de carro, nas vacinas obrigatórias ou na proibição do comércio com órgãos. Em tais casos, porém, muitas vezes a intenção de proteger “o ser humano contra si mesmo” não é o único objetivo. A ela podem se somar finalidades não paternalistas, de modo que se trata de todo um feixe de motivos, o que se chama de *paternalismo misto*. Ora, se uma das várias finalidades consiste em evitar danos para *outras pessoas*, intervenções já podem estar justificadas pelo *harm principle* que desfruta de consentimento geral.<sup>26</sup> Portanto, o problema de se e até que ponto o legislador pode perseguir objetivos paternalistas só se coloca quando interesses de terceiros ou do bem-estar geral não consigam legitimar uma norma.

#### 3.1 Interesses de terceiros

No caso dos interesses de terceiros que se busca proteger trata-se, via de regra, da proteção da saúde.<sup>27</sup> Pode-se destacar como exemplo as proibições de fumar em restaurantes ou meios de transporte público, que se podem interpretar paternalisticamente, mas que visam principalmente proteger os não fumantes da inalação da fumaça do tabaco.<sup>28</sup> De igual modo, uma tentativa de suicídio em trilhos de trem já deve ser impedida para evitar pressões psíquicas graves sobre o condutor da locomotiva.<sup>29</sup> Na opinião do Tribunal Constitucional Federal [=TCF; BVerfG, na sigla em alemão], a obrigatoriedade do uso de cinto em carros de passeio também visa proteger outros passageiros contra colisões,<sup>30</sup> e a obrigatoriedade

---

<sup>26</sup> Veja acima no texto o número de chamada da nota 3.

<sup>27</sup> Mais raramente do patrimônio, como, p. ex., no caso do combate às drogas, o qual também visaria diminuir a criminalidade associada à compra delas; cf. SCHWABE, JZ, 1998, op. cit., p. 70; as restrições do consumo de álcool em espaço público também visariam prevenir a criminalidade; veja (expressando dúvida) KOLBE, op. cit. (nota 8), p. 64, com mais referências.

<sup>28</sup> ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). Urteil des Ersten Senats vom 30. Juli 2008 – 1 BvR 3262/07. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)* [*Decisões do Tribunal Constitucional Federal*], Tübingen: Mohr Siebeck, 2009, vol. 121, p. 349 et seq.

<sup>29</sup> Cf. SCHWABE, JZ, 1998, op cit., p. 71.

<sup>30</sup> ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, vol. 40, n. 4, p. 180 et seq., 1987.

do uso de capacete em motocicletas visa fazer com que a pessoa acidentada permaneça consciente e, com isso, evite danos de terceiros.<sup>31</sup> Por fim, mencione-se ainda o §218a do Código de Direito Penal [=CDP; StGB, na sigla em alemão], segundo o qual só um médico pode proceder a uma interrupção da gravidez, para, por um lado, minimizar os riscos para a saúde da mulher grávida e, por outro, no que diz respeito ao embrião, garantir que os pressupostos da indicação de aborto, especialmente os prazos, sejam respeitados.<sup>32</sup>

### 3.2 Interesses do bem comum

Além de interesses de terceiros, interesses do bem comum também podem legitimar uma intervenção, sem que se precise abordar mais de perto o tema do paternalismo. Diferentemente dos interesses de terceiros, os interesses do bem comum são assuntos suprapessoais, coletivos.

#### a) Saúde pública e meio ambiente

Se a “saúde pública” a que muitas vezes se recorre para justificar medidas restritivas da liberdade representa um bem universal da sociedade é uma questão polêmica.<sup>33</sup> Com razão, não se poderá atribuir à “saúde pública” um teor normativo que vá além do conjunto dos interesses individuais. Mas também nesta acepção restritiva a “saúde pública” pode legitimar intervenções. Pode-se pensar, por exemplo, em uma obrigatoriedade de vacinação geral ou em medidas que visem a segurança no trânsito rodoviário, que pretendem beneficiar a população em seu conjunto. Em outros casos, como, por exemplo, na proibição da maconha, a remissão à “saúde pública” é menos plausível e oculta aspectos paternalistas, econômicos ou outros.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). 26.01.1982 – 1 BvR 1295/80. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)* [Decisões do Tribunal Constitucional Federal]. Tübingen: Mohr Siebeck, 1982, vol. 59, p. 279; veja também ALEMANHA. Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) [Tribunal Administrativo Federal]. BVerwG, 04.07.2019 – 3 C 24/17: Motorradhelmpflicht für Turbanträger. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, vol. 72, n. 47, p. 3466 et seq., 2019 (ponto 19 et seq.); postura crítica em KOLBE, op. cit. (nota 8), p. 363 et seq., com mais referências.

<sup>32</sup> Cf. GROPP, Walter. §218a. In: JOECKS, Wolfgang; MIEBACH, Klaus. *Münchener Kommentar zum StGB (MüKo StGB)*. 3. ed. München: C.H. Beck, 2017, nº 22; quanto à discussão sobre se se pode proibir a uma mulher grávida comportamentos que, embora não visem matar o embrião, possam acarretar, como o consumo de drogas ou a prática de esportes perigosos, danos graves à saúde, veja COESTER, Michael. §1666. In: STAUDINGER, Ansgar; KAISER, Dagmar. *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (STAUDINGER BGB)*. Berlin: Otto Schmidt/De Gruyter, 2016, nº 25 et seq., com mais referências.

<sup>33</sup> Detalhadamente, KOLBE, op. cit. (nota 8), p. 364 et seq.

<sup>34</sup> Com referência à “população – principalmente à juventude”, porém, ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). Beschluss des Zweiten Senats vom 09. März 1994 – 2 BvL 43/92. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)* [Decisões do Tribunal Constitucional Federal]. Tübingen: Mohr Siebeck, 1994, vol. 90, p. 184.



Muitas vezes regulações paternalistas também são vinculadas à proteção do meio ambiente, que, por sua vez, pode afetar mais incidentalmente a saúde da população. Isto se aplica, por exemplo, a um limite de velocidade em estradas, que visa proteger o motorista, outros usuários das vias públicas e, além disso, o meio ambiente.

b) Sistemas de seguridade e condições concorrenciais

Caso se fizessem normas detalhadas sobre o estilo de vida pessoal para o indivíduo no interesse da coletividade, restaria pouco da liberdade. Por isso, basicamente, como diz Kant, cada pessoa pode “buscar sua felicidade pelo caminho que parece bom a ela mesma”.<sup>35</sup> Ainda assim, o Estado Social também exige solidariedade. Dele faz parte, além da carga tributária, a inclusão no sistema de seguridade social com seus diversos seguros obrigatórios, em especial os planos de saúde. Para garantir um sistema de seguros que corresponda à necessidade e seja eficiente existem seguros obrigatórios em que o valor da contribuição ou taxa e a extensão dos serviços são fixados com exatidão.<sup>36</sup> Por outro lado, entretanto, essa participação obrigatória só pode ser justificada se todos os membros criarem um mínimo de espírito comunitário e, por sua vez, não colocarem em perigo a funcionalidade do sistema causando custos excessivos. Por isso, é plausível que, no caso de comportamentos particularmente arriscados para a saúde, encontrem-se soluções compensatórias em forma de contribuições especiais ou participação nos custos. Contudo, tais medidas tocam com limites, de modo que o Estado Social continua sendo demandado em termos financeiros, mas, por outro lado, também pode tomar providências preventivas adequadas.<sup>37</sup> O exemplo perfeito é a obrigação de usar cinto de segurança no carro, que diminui bem significativamente o perigo de sofrer ferimentos e os custos subsequentes a eles associados, sem acarretar maiores restrições da liberdade.<sup>38</sup>

Além da conservação dos sistemas de seguridade social, condições concorrenciais justas também fazem parte do interesse do bem comum. Assim, desde

<sup>35</sup> KANT, op. cit. (nota 2), p. 290.

<sup>36</sup> Veja mais detalhes em ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) [Decisões do Tribunal Constitucional Federal]*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, vol. 103, p. 221 et seq.; HEINIG, Hans Michael. Paternalismus im Sozialrecht. In: ANDERHEIDEN, Michael; BÜRKLI, Peter; HEINIG, Hans Michael et al. (Ed.). *Paternalismus und Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 172 et seq.

<sup>37</sup> Cf. BVerfGE, 59, op. cit. p. 275 et seq. (p. 279 sobre a obrigação de usar capacete); SCHWABE, JZ, 1998, op. cit., p. 72 et seq.; HEINIG, in: ANDERHEIDEN et al., op. cit. p. 176; outra opinião em HILLGRUBER, op. cit. (nota 5), p. 101 et seq., 160 et seq.

<sup>38</sup> Cf. ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, vol. 40, n. 4, p. 180 et seq., 1987; contraexemplo: dever de manter um estilo de vida saudável para poupar custos de tratamento; veja apenas BEUL, Madeleine. Nudging: Das Konzept eines liberal paternalismo. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)*, vol. 102, n. 1, p. 39 et seq., 2019, p. 50.

dezembro de 2015 está em vigor a lei antidoping, cuja finalidade, nas palavras do §2, consiste em “proteger a saúde das esportistas e dos esportistas, assegurar a equidade e igualdade de oportunidades em competições esportivas e, assim, contribuir para a manutenção da integridade do esporte”. Com um conjunto semelhante de motivos também se poderia justificar, por exemplo, uma proibição do neuromelhoramento no caso de exames ou outros testes.

c) Asseguração da paz externa e interna

O objetivo da asseguração da paz externa e interna também pode se acrescentar cumulativamente a finalidades paternalistas. O §109, alínea 1 do CDP tem uma função paternalista, quando muito, periférica. Segundo essa norma, “comete um delito quem torna a si mesmo ou a outrem inapto para a prestação do serviço militar por meio de mutilação”. O interesse geral a ser protegido neste caso é a funcionalidade da defesa do país.

Para a asseguração da paz interna, principalmente a proteção contra a exclusão tem uma importância central. Intervenções em favor de certos grupos, em especial de minorias, ou de classes inteiras podem ser necessárias. A proteção que se requer para *grupos específicos* pode ser demonstrada no caso de eventos públicos como o “arremesso de anões”, em que anões são utilizados como projéteis para divertir o público. Tanto na França quanto na Alemanha, tribunais proibiram paternalisticamente esses espetáculos invocando a proteção da dignidade humana,<sup>39</sup> mas isso é pouco convincente no caso de uma participação voluntária. A moral pública também é um ponto de referência intrincado, que é difícil de apurar e abre as portas para a tutela ideológica. Entretanto, a proibição da “competição de arremesso de anões” pode ser justificada com a proteção do grupo representado. Se um membro desse grupo é instrumentalizado como projétil em função de sua deficiência física, isso estigmatiza e menospreza todo o coletivo de pessoas anãs.<sup>40</sup> Independentemente de seu atribuir dignidade pessoal

<sup>39</sup> CONSEIL D'ETAT. La Semaine Juridique, édition générale 17/18, 1996 II No. 22, 630; NEUSTADT. VG (Verwaltungsgericht). VG Neustadt, 21.05.1992 – 7 L 1271/92: Untersagung einer Veranstaltung (“Zwergenweitwurf”). *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, vol. 12, n. 1, p. 98 et seq., 1993; veja sobre isso também a decisão do UN. HUMAN RIGHTS COMMITTEE. Communication No 854/1999; também RÄDLER, Peter. Die Unverfügbarkeit der Menschenwürde in Deutschland und Frankreich. *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)*, vol. 50, n. 3, p. 109-116, 1997; BIERI, Peter. *Eine Art zu leben*. München: Hanser, 2013, p. 24 et seq., 109 et seq.

<sup>40</sup> Questão já tematizada (com referência ao §228 StGB) em NIEDERMAIR, Harald. *Körperverletzung mit Einwilligung und die Guten Sitten*. München: Beck, 1999, p. 144 et seq.; quanto a ofensas coletivas, veja ALEMANHA. Bundesgerichtshof (BGH). BGH, 18.09.1979 – VI ZR 140/78 – Verfolgungsschicksal – Ehrverletzungen durch Äußerungen auf einem Plakat; Deklaration der Ermordung von Juden als Schwindel; Unterlassung diskriminierender Äußerungen. *BGH Zivilsachen (BGHZ)* [*Decisões do Tribunal Superior Federal Alemão em Matéria Civil*], vol. 75, p. 160-167 (pessoas de descendência judaica); ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). BVerfG, 17.05.2016 – 1 BvR 2150/14: Voraussetzungen einer Kollektivbeleidigung – “ACAB”. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, vol. 69, n. 36, p. 2643 et seq., 2016.

ao grupo como tal ou não,<sup>41</sup> por causa desse comportamento objetivamente discriminador se humilham todos os membros do grupo em função de sua deficiência física e eles são tornados objetos de escárnio por parte da sociedade. O mesmo se aplica à exibição racista de pessoas de cor em feiras, algo que ainda era usual na primeira metade do século passado.<sup>42</sup> Mesmo que a pessoa afetada consentisse soberanamente com sua humilhação, todas as outras pessoas de cor sofrem discriminação por causa disso. Parece duvidoso que também se possa ou deva proibir, como ocorre em numerosos ordenamentos jurídicos estrangeiros, a prestação voluntária de serviços sexuais por parte de mulheres no interesse do grupo ou do bem comum. Em todo caso, a argumentação que recorre a finalidades externas é mais transparente e pertinente do que a invocação da dignidade humana.

Uma sociedade precisa, além da proteção de grupos específicos, também tomar providências para que *classes* economicamente desfavorecidas não sejam excluídas e alheadas. Hegel já sabia que “Quando um grande número de indivíduos desce além do mínimo de subsistência que por si mesmo se mostra como o que é normalmente necessário a um membro de uma sociedade [...] assiste-se então à formação de uma *plebe* [...]”.<sup>43</sup> Por isso, e também por razões relativas à teoria da democracia,<sup>44</sup> contrapor-se à exclusão social faz parte das tarefas primordiais do Estado.<sup>45</sup> Esse objetivo de pacificação pode ser ilustrado de maneira muito plástica a partir do exemplo da controvertida proibição do comércio de órgãos (segundo os §§17 s. da Lei sobre Transplantes [TPG, na sigla em alemão]).<sup>46</sup> Na literatura são muitas vezes heróis como Ulisses ou cidadãos esclarecidos que não conseguem compreender por que são impedidos pela autoridade de alienar partes de seu corpo. Entretanto, esses são atores puramente fictícios e também narrativas

<sup>41</sup> Com posição negativa, a doutrina dominante: HÖFLING, Wolfram. Art. 1. In: SACHS, Michael. *Grundgesetz (GG) Kommentar*. 8. ed. München: C. H. Beck, 2018, nº 66; JARASS, Hans D.; PIEROTH, Bodo. Art. 1. In: *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG)*. 15. ed. München: C. H. Beck, 2018, nº 7, com mais referências.

<sup>42</sup> “Antigamente eles exibiam negros como canibais na feira. Estes estavam presos a uma corrente e sentados em uma gaiola, e os proprietários da exibição usavam roupas brancas de marinheiro, como se tivessem viajado pelo mar e trazido os negros junto consigo. Os negros tinham conchas penduradas em si e um anel que lhes atravessava o nariz, e berravam alto em sua gaiola quando o exibidor puxava a corrente” (MÜNCHNER STADTMUSEUM (Catálogo), 1975, p. 22; cit. ap. NAGEL, Stefan. *Schaubuden*. German: Frankfurt am Main Universitätsbibliothek Johann Christian Senckenberg, 2008, p. 146.

<sup>43</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. In: *Werke*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986, vol. 7, §244 [*Princípios da filosofia do direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1977, §244].

<sup>44</sup> Veja já em HELLER, Hermann. In: Id. *Gesammelte Schriften*. Leiden: A.W. Sijthoff, 1971, vol. II, p. 427 et seq.

<sup>45</sup> Veja já em STEIN, Lorenz von. *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage*, reimpr. München: Drei-Masken-Verl., 1972, p. 36 et seq.

<sup>46</sup> Outras proibições de comercialização estão contidas em, entre outros, Art. 3, 2, c, da Carta dos Direitos Fundamentais; Art. 13, 1 da Diretiva 2010/53/UE; Art. 12, 1 da Diretiva 2004/23/CE.

enganosas que distorcem o olhar voltado para a realidade social: ninguém chega a pensar em vender partes de seu corpo a menos que seja movido por grande pobreza e miséria. Os doadores de órgãos típicos não são heróis nem teóricos da liberdade, e sim pessoas sem propriedades e sem perspectivas que commodificam órgãos de seu corpo por pura necessidade. Na maioria dos casos, essas pessoas, sobretudo nos países do chamado “Terceiro Mundo”, nem mesmo têm condições de travar a necessária conversa de esclarecimento médico, não têm acesso a atendimento médico suficiente e, menos ainda, a vantagens financeiras substanciais.<sup>47</sup> Contudo, todas essas circunstâncias – incluindo a doutrina kantiana dos deveres<sup>48</sup> – não são decisivas, visto que um mercado de órgãos, como quer que fosse organizado, seria incompatível com o bem comum.<sup>49</sup> Este último está direcionado a uma situação pacificada, a um mínimo de integração social, e não à resistência, que não se pode evitar a longo prazo se uma determinada parte da sociedade funciona como uma espécie de banco de órgãos para outras.<sup>50</sup> O que está em pauta, portanto, não é a apologia de uma moral social ou mesmo a defesa de valores humanitários,<sup>51</sup> e sim simplesmente a segurança interna, que está em

<sup>47</sup> INSTITUTE OF MEDICINE. *Organ Donation: Opportunities for Action*. Washington, DC: The National Academies Press, 2006. Disponível em: <https://www.nap.edu/read/11643/chapter/11#274>. Acesso em: 01 jun. 2021: “Goyal e colegas (JN: JAMA 2002, 288, p. 1589 ss.) realizaram um levantamento transversal de 305 indivíduos em Chennai, na Índia, que tinham vendido um de seus rins. Noventa e seis por cento dos respondentes afirmaram que pagar dívidas era sua motivação, mas a venda de um rim não produziu qualquer benefício econômico de longo prazo entre as pessoas entrevistadas. Os resultados do estudo mostraram uma redução de 1/3 na renda familiar, e a maioria dos participantes ainda tinham dívidas e viviam abaixo da linha de pobreza na época do levantamento (em média, seis anos depois de terem vendido seu rim). Oitenta e seis por cento relataram uma deterioração em seu estado de saúde após a nefrectomia”.

<sup>48</sup> KANT, Immanuel. *Vorlesung zur Moralphilosophie*. Berlin: De Gruyter, 2004, Ausgabe Stark, p. 180: “O ser humano não está autorizado a vender seus membros em troca de dinheiro [...]. Caso ele faça isso, transforma-se em uma coisa, e então todo mundo pode lidar com ele segundo lhe aprouver, porque ele jogou sua pessoa fora”.

<sup>49</sup> Por exemplo, uma compra de órgãos por parte de órgãos estatais ou planos de saúde com subsequente alocação de órgãos segundo critérios objetivos, porque também neste caso a obtenção de órgãos ocorre de modo inteiramente unilateral em detrimento das pessoas economicamente mais fracas; mesma posição em SCHNEIDER, Ingrid. Die Nicht-Kommerzialisierung des Organtransfers als Gebt einer Global Public Policy. In: TAUPITZ, Jochen (Ed.). *Kommerzialisierung des menschlichen Körpers*. Berlin: Springer, 2007, p. 118; outra opinião em BEAUCHAMP, T. L. Methods and principles in biomedical ethics. *J Med Ethics*. vol. 29, n. 29, p. 269-274, 2003, p. 274. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1733784/pdf/v029p00269.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2021.

<sup>50</sup> É significativo que dentre o círculo de fornecedores em potencial também não se levantem exigências de autonomia: “Em nenhuma parte do mundo pessoas se organizaram coletivamente para lutar por seu direito à venda de órgãos. São sempre os corpos dos outros em relação aos quais se levantam reivindicações por meio do construto da autonomia e dos direitos de acesso – o próprio corpo fica poupado” (SCHNEIDER, op. cit. (49), p. 120).

<sup>51</sup> A isso se restringe a argumentação de ACH, Johann S.; ANDERHEIDEN, Michael; QUANTE, Michael. *Ethik der Organtransplantation*. Erlangen: Fischer, 2000, p. 195 et seq.



perigo quando, pela comercialização de órgãos *não regeneráveis* do corpo,<sup>52</sup> se atinge um nível de escalação que aumenta a desigualdade social acrescentando-lhe uma nova dimensão. Por isso, a proibição do comércio de órgãos não se encontra muito longe do *harm principle*, porque procura, preventivamente, evitar resistência e tumultos sociais.<sup>53</sup> A diferença para com a constelação excepcional da autoescravização mencionada por Mill e que ele não queria admitir por causa da liberdade<sup>54</sup> também não é muito grande. Tal justificação, em última análise paternalista, torna-se supérflua quando se reconhece que a pacificação e o bem comum constituem uma unidade.<sup>55</sup>

Como resumo intermediário, pode-se registrar que, como praticamente não há comportamentos que não tanjam a esfera de outras pessoas ou da sociedade,<sup>56</sup> intervenções na liberdade muitas vezes já podem ser legitimadas em função de interesses de terceiros ou do bem comum, sem necessidade de fundamentações paternalistas. Mas muita coisa também não pode ser legitimada porque, em cada caso, o princípio da proporcionalidade preserva a liberdade e constitui uma barreira. Em especial o recurso geral à moral pública, à *ordre public*, à compatibilidade social ou a outros interesses inespecíficos encerra a tentação e o perigo de que finalidades paternalistas sejam ocultadas e liberdades jusconstitucionalmente garantidas sejam reduzidas.<sup>57</sup> Por isso, o paternalismo jurídico também não pode ser descartado, junto com von Jhering, como mero problema aparente.<sup>58</sup>

<sup>52</sup> Em caso extremo, mediante a alienação do coração em prol de melhores oportunidades de desenvolvimento dos filhos e filhas.

<sup>53</sup> Posição restritiva em MILL, op. cit. (nota, 3), V. 3: “Em primeiro lugar, não se deve supor, de modo algum, porque o dano, ou a probabilidade de dano, no interesse de outros, é a única coisa que pode justificar a interferência da sociedade, que, por conseguinte, ela sempre justifique efetivamente tal interferência”.

<sup>54</sup> Ibid., V. 11; veja, quanto a isso, também no texto a passagem abaixo onde se encontra o número de chamada da nota 74.

<sup>55</sup> Veja sobre a questão do interesse público, fazendo referência ao exemplo da autoescravização, também FEINBERG, op. cit. (nota 16), p. 80 et seq.; MÖLLER, op. cit. (nota 19), p. 124, n. 60.

<sup>56</sup> Quanto à discussão sobre se pode haver comportamento puramente autorreferencial (“self-regarding conduct”), veja em detalhes SAUNDERS, Ben. Reformulating Mill’s Harm Principle. *Mind*, vol. 125, n. 500, p. 1005-1032, 2016. Disponível em: <https://academic.oup.com/mind/article/125/500/1005/2277465>. Acesso em: 01 jun. 2021, p. 1007 et seq., com referências extensas; a partir da perspectiva do Direito Constitucional, ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos-Verl.-Ges., 1985, p. 328.

<sup>57</sup> Quanto a modelos comunitaristas, veja GUTMANN, Thomas. Zur philosophischen Kritik des Rechtspaternalismus. In: SCHROTH, Ulrich et al. (Ed.). *Patientenautonomie am Beispiel der Lebendorganspende*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2006, p. 192 et seq.; MÖLLER, op. cit. (nota 19), p. 18 et seq.

<sup>58</sup> JHERING, Rudolph von. *Der Zweck im Recht*. Leipzig: Breitkopf & Härtel, 1877, vol. I, p. 531: “Não conheço nenhum exemplo de uma proposição jurídica que tivesse a finalidade de obrigar o indivíduo à sua felicidade, contra sua vontade e em seu próprio interesse; quando isso parece ser o caso, acontece sempre no interesse da sociedade. O asseguramento do bem-estar do indivíduo não é um fim em si mesmo, e sim apenas meio para o fim do asseguramento do bem-estar da sociedade; para a sociedade não importa a defesa contra o efeito desfavorável primário sobre o sujeito, e sim o efeito secundário sobre ela própria”; postura crítica em GUTMANN, Thomas. *Paternalismus - eine Tradition deutschen*



## 4 A liberdade de decisão

Da mesma maneira, a tentativa de explicar regulações paternalistas com déficits de autodeterminação esbarra em limites. Como ponto de partida deve-se conceder que a liberdade de ação e a da vontade, por si só, ainda não garantem uma decisão autônoma. Mesmo que o sujeito da decisão possa fazer o que quiser e, em princípio, também possa dominar o que quiser, fatores exógenos e endógenos podem influenciar consideravelmente a definição concreta da decisão.

### 4.1 Restrições exógenas

A proteção legislativa contra restrições exógenas da vontade que ocorrem como um engano astuto ou uma ameaça ilegal por parte de terceiros não produz paternalismo. Neste caso já intervém o *harm principle* (não obstante a liberdade de contestação). Também se poderá supor isso em casos nos quais fatores externos e internos restrinjam, em conjunto, a autodeterminação. O arquétipo dessa perturbação dupla é constituído pelo tipo ou suporte fático da agiotagem (§138 do CDC), que requer, por parte da esfera de quem é vítima de agiotagem, uma inexperiência, raciocínio insuficiente ou uma situação de aperto que o agiota, por sua vez, explora.<sup>59</sup> Pode haver uma situação semelhante quando do emprego dos Termos e Condições Gerais, na assunção de fiança, caso o credor tire proveito de uma situação particular de pressão familiar de maneira injusta, no caso de contratos antenupciais em que a parceira grávida é obrigada a aceitar antes do casamento regulações que a onerem unilateralmente, ou no caso de “negócios feitos na porta de casa” em que o vendedor se aproveita da superioridade situacional. Em todos esses casos, providências tomadas pelo Estado dificilmente devem ser designadas como paternalismo, já que em cada caso terceiros exercem uma influência injusta.

### 4.2 Restrições endógenas

Outra deve ser a avaliação de restrições endógenas da formação da vontade de que o contraente não se aproveita nem tenta obter vantagens indevidas. Esses

---

Rechtsdenkens? *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung (ZRG GA)*, vol. 122, n. 1, p. 150-194, 2005, p. 184 et seq., com mais referências.

<sup>59</sup> Veja também SINGER, Reinhard. Das Sozialmodell des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Wandel. In: GRUNDMANN, Stefan et al. *Festschrift 200 Jahre Jur. Fak. HU Berlin*. Berlin: de Gruyter, 2010, p. 998 et seq.

déficits que dizem respeito à própria pessoa não são fenômenos excepcionais, e sim condições gerais características das decisões humanas. Sobretudo a mais recente linha de pesquisa chamada *Behavioral Law and Economics* mostra que o modelo comportamental do *homo oeconomicus* que toma decisões de modo puramente racional é equivocado e que, pelo contrário, o comportamento decisório humano apresenta uma racionalidade limitada.<sup>60</sup> Devido a suas limitações cognitivas, as pessoas recorrem especialmente a técnicas de simplificação, às chamadas heurísticas.<sup>61</sup> Elas se orientam, por exemplo, quando da avaliação de um assunto (como a definição do valor do preço de uma compra ou doação) por informações já disponíveis em seu entorno, mas por vezes sem qualquer significância (trata-se da chamada heurística de ancoragem) ou se baseiam em suas emoções, ou seja, formam sua opinião de acordo com as sensações positivas ou negativas desencadeadas por uma alternativa de decisão (trata-se da chamada heurística afetiva). Outro padrão de comportamento é o efeito de posse, segundo o qual as pessoas (por causa da aversão à perda) muitas vezes exigem um preço maior pela venda de um objeto do que estariam dispostas a pagar pela compra do mesmo. A isso se acrescenta a circunstância de que as pessoas se deixam influenciar fortemente por seu meio social, não controlam suficientemente a si mesmas e são marcadas por um excesso de otimismo. Às vezes, também pode ocorrer que o sujeito da decisão simplesmente careça de informações importantes para formar sua vontade de maneira esclarecida.

Esse rápido panorama de possíveis déficits de racionalidade e esclarecimento reproduz exclusivamente conhecimentos empíricos.<sup>62</sup> Inferências normativas ficam por conta do legislador, que, no marco de sua margem de ação, pode decidir se e até que ponto intervirá no caso de restrições endógenas.<sup>63</sup> O instrumentário protetivo se estende de meros deveres de prestar informações, passando por exigências formais e direitos de revogação, até normas coercivas. A ação do legislador é limitada principalmente pelo princípio da proporcionalidade, de modo

<sup>60</sup> Além da racionalidade limitada (*bounded rationality*), são destacadas como desvios do modelo de comportamento tradicional a força de vontade limitada (*bounded willpower*) e o autointeresse limitado (*bounded self-interest*); veja JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. A Behavioral Approach to Law and Economics. *Stanford Law Review*, vol. 50, n. 5, p. 1471-1550, 1998. Disponível em: <https://gpde.direito.ufmg.br/wp-content/uploads/2019/03/A-Behavioral-Approach-to-Law-and-Economics.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2021, p. 1476 et seq.

<sup>61</sup> Veja mais detalhes em THALER; SUNSTEIN, op. cit. (nota 15), p. 24 et seq.; GERG, op. cit. (nota 8), p. 14 et seq.

<sup>62</sup> Cf. EIDENMÜLLER, JZ, 2011, op. cit., p. 819 et seq.; AAKEN, Anne van. Begrenzte Rationalität und Paternalismusgefahr: Das Prinzip des schonendsten Paternalismus. In: ANDERHEIDEN, Michael; BÜRKLI, Peter; HEINIG, Hans Michael et al. (ed.). *Paternalismus und Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 110.

<sup>63</sup> Quanto à ponderação da intensidade da intervenção, do potencial de dano e dos efeitos de aprendizado, veja FATEH-MOGHADAM, in: Id. et al., op. cit. (nota 7), p. 41; KOLBE, op. cit. (nota 8), p. 340 et seq.

que o respectivo instrumentário protetivo precisa ser apropriado para o fim que visa alcançar. Não é proveitoso, por exemplo, um excesso de deveres de prestar informações, e não só porque uma *information overload* [sobrecarga de informações] afeta negativamente o processo de formação da vontade, mas também porque a pessoa que presta o esclarecimento reage com aversão ao risco por causa de normas jurídicas demasiado rigorosas e detalhadas, o que, no caso da responsabilidade médica, pode acarretar o fenômeno contraindicado da “medicina defensiva”.<sup>64</sup> Além disso, o instrumentário protetivo precisa ser adequado e necessário. Por isso, deve-se escolher o meio de intervenção mais brando em cada caso, ou seja, tanto quanto possível, apenas subsídios para fazer escolhas (deveres de prestar informações, etc.) em lugar de proibições rigorosas de escolha.<sup>65</sup>

O Direito Privado vigente se caracteriza por conter, além de determinações paternalistas brandas, numerosas prescrições proibitivas que visam aumentar o bem-estar do destinatário das normas.<sup>66</sup> Em face de ressalvas fundamentais ao paternalismo duro, procura-se explicar essas regulações amplamente aceitas com uma competência insuficiente para a autodeterminação<sup>67</sup> ou se inferem tipologicamente, a partir da gravidade das consequências adversas, déficits no processo de formação da vontade (falta de “voluntariedade”).<sup>68</sup> Entretanto, tais tentativas de explicação parecem especulativas e se assentam em suposições, sem demonstrar déficits relevantes de autonomia no caso específico e concreto. Embora o legislador precise proceder mediante tipificações, mesmo em negócios jurídicos complexos e aparentemente desfavoráveis não se podem generalizar deficiências de autodeterminação e aduzi-las como regra para fundamentar proibições rigorosas de escolha. O paradigma do Direito Constitucional e do Direito Privado é o cidadão livre e responsável. *De lege data* se supõe, justamente pelo contrário, a plena capacidade de ação em termos juscontratuais e a pessoa que alegar incapacidade civil ou de dar consentimento ou uma perturbação passageira de

<sup>64</sup> Veja LINDNER, Josef Franz. Prolegomena zu einer Theorie des Medizinrechts. *JuristenZeitung (JZ)*, vol. 74, n. 13, p. 639-648, 2019, p. 644, com mais referências.

<sup>65</sup> Cf. apenas AAKEN, Anne van *in*: ANDERHEIDEN *et al.*, op. cit. p. 133 et seq.; SCHMOLKE, op. cit. (nota 7), p. 69 et seq.

<sup>66</sup> Veja mais detalhes abaixo no contexto dos números de chamada das notas 87 et seq., 97 et seq.

<sup>67</sup> Cf. SINGER, Reinhard. Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz des Menschen vor sich selbst. *JuristenZeitung (JZ)*, vol. 50, n. 23, p. 1133-1141, 1995, p. 1139 et seq.; KITZ, Volker. *Dauerschuld im Kauf*. Baden-Baden: Nomos, 2005, p. 142 et seq.; veja ceticismo geral em relação ao paradigma da autodeterminação em LINDNER, Josef Franz. Fremdbestimmung durch Selbstbestimmung Die «Entscheidungsalternative» als Grundrechtsproblem. *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)*, vol. 140, n. 4, p. 542-570, 2015.

<sup>68</sup> FEINBERG, op. cit. (nota 16), p. 89 et seq., 117 et seq.; posição crítica em SCHMOLKE, op. cit. (nota 7), p. 27 (quase indistinguível do paternalismo duro); GUTMANN, *in*: SCHROTH *et al.*, op. cit. (nota 57), p. 227.

sua atividade mental precisa prová-las.<sup>69</sup> Na consequência adicional, portanto, as intervenções deveriam ser tematizadas, em termos metodologicamente abertos, como paternalismo duro, distante da liberdade, o que não exclui que se levem em conta déficits de autodeterminação como elemento adicional de justificação. Contudo, uma argumentação monocausal que, no caso de negócios jurídicos fortemente onerosos, conteste generalizadamente a competência para assumir o compromisso é demasiado redutora.

Isso também se aplica a tentativas de justificar o paternalismo com a ausência de racionalidade.<sup>70</sup> Nem a solicitação dworkiana de um *rational consent*, isto é, de um assentimento que a pessoa enunciaria caso fosse racional ou razoável<sup>71</sup> nem o critério rawlsiano de uma falha ou ausência evidente da razão<sup>72</sup> são razões suficientes para uma intervenção.<sup>73</sup> Em ambos os casos se pressupõem déficits intelectuais para passar por cima da vontade da pessoa em questão e da máxima *stat pro ratione voluntas* [esteja a vontade em vez da razão] do Direito Privado. Do não conformismo se infere a irracionalidade sem revelar as razões genuínas da intervenção.

## 5 A proteção do destinatário

Os pais da crítica do paternalismo já perceberam e indicaram a autoescravização como barreira extrema da autonomia privada. Enquanto Mill considerava nulo um contrato sobre a autoescravização voluntária, porque a liberdade não teria o alcance de destruí-la,<sup>74</sup> Kant acentuava que “por meio de um contrato ninguém

<sup>69</sup> ALEMANHA. Bundesgerichtshof (BGH). BGH, Urt. v. 20.11.2013, Az.: XII ZR 19/11. Einwand der Geschäftsunfähigkeit des Schuldners eines Anspruchs aus §816 Abs. 1 S. 1 BGB bei Verfügung über fremdes Geld. BGH Zivilsachen (BGHZ) [*Decisões do Tribunal Superior Federal Alemão em Matéria Civil*], vol. 198, p. 381-388, ponto 24; DRESDEN. OLG [Oberlandesgericht/Tribunal de Justiça Estadual] OLG Dresden, 07.06.2018 – 4 U 307/18: Aufklärungspflichten bei der Einnahme von Benzodiazepinen (m. Anm. Achterfeld). *Medizinrecht (MedR)*, vol. 37, n. 2, p. 150 et seq., 2019, p. 151; GSELL, Beate. Die Beweislast für den Inhalt der vertraglichen Einigung. *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)*, vol. 203, n. 1, p. 119-141, 2003, p. 122.

<sup>70</sup> Posição crítica também em GUTMANN, *in*: SCHROTH et al., op. cit. (nota 57), p. 233 et seq.; MÖLLER, op. cit. (nota 19), p. 177 et seq.

<sup>71</sup> DWORKIN, Gerald. Paternalism. *The Monist*, vol. 56, n. 01, p. 64-84, 1972, p. 78. Disponível em: <https://academic.oup.com/monist/article/56/1/64/987643>. Acesso em: 28 maio 2021.

<sup>72</sup> RAWLS, op. cit. (nota 4), p. 219: “A intervenção paternalista precisa ser justificada por uma evidente falha ou ausência de razão e vontade”.

<sup>73</sup> Posição crítica também em KLEINIG, op. cit. (nota 22), p. 63 et seq.; GUTMANN, *in*: SCHROTH et al., op. cit. (nota 57), p. 231 et seq.

<sup>74</sup> MILL, op. cit. (nota 3), V. 11: “Ter permissão para alienar sua liberdade não é liberdade”; quanto à interpretação diversificada desta passagem, veja DRERUP, op. cit. (nota 14), p. 250 et seq., com mais referências.



[pode] se vincular a uma dependência tal que deixe de ser uma pessoa”.<sup>75</sup> Essas duas abordagens distintas de justificação já mostram, ainda que restritas ao caso extremo da servidão, dois padrões essenciais de argumentação para justificar intervenções paternalistas: a liberdade e o *ser-pessoa*.

## 5.1 O princípio da liberdade

Na literatura existem numerosas tentativas de fundamentar uma proteção do ser humano contra si mesmo em termos imanentes à liberdade. Segundo a explicação mais trivial, de orientação mais conceitual do que teleológica, a liberdade não serve para abrir mão dela. Proibir que uma pessoa mate a si mesma não seria, por conseguinte, uma restrição da liberdade, embora a vontade do suicida racional ou premeditado seja obviamente contrariada. Mais sutil parece ser a ideia da “maximização da liberdade”, que visa justificar intervenções com a proteção de “liberdades futuras”.<sup>76</sup> Segundo ela, o critério de avaliação não é apenas a restrição atual da liberdade, e a liberdade é considerada quantificável, de modo que, em uma visão de conjunto que abarque a vida toda, devem-se levar em conta possíveis opções futuras de ação.<sup>77</sup> Isto, contudo, dificilmente poderá ser compatibilizado com a ideia de liberdade porque ela justamente deixa que a própria pessoa afetada decida sobre seu futuro, pondere e exclua opções de ação.<sup>78</sup> Da mesma forma cabe ao indivíduo determinar suas preferências de curto e longo prazo, de modo que não convém ponderar as duas uma em relação à outra, a partir de um ponto de vista externo, sob o aspecto da proteção da integridade (*personal*

<sup>75</sup> KANT, Immanuel. *Die Metaphysik der Sitten*, 1797, Akademie-Ausgabe, vol. VI, p. 330; veja também CASSIRER, Ernst. *The Myth of the State*. New Haven: Yale Univ. Press, 1946, p. 175; exposição abrangente do conceito kantiano de pessoa como “categoria da liberdade” em MOHR, Georg. *In: STURMA, Dieter. Person: Philosophiegeschichte – Theoretische Philosophie – Praktische Philosophie*. Paderborn: Mentis, 2001, p. 110 et seq.

<sup>76</sup> ENDERLEIN, op. cit. (nota 1), p. 52 et seq.

<sup>77</sup> REGAN, Donald H. Paternalism, freedom, identity, and commitment. *In: SARTORIUS, Rolf. Paternalism*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1983, p. 117: “A pessoa que quiser vender a si mesma para se tornar escrava e não tiver permissão de fazer isso é menos livre em relação a seu desejo atual, mas a longo prazo será mais livre de modo geral. [...] O que fizemos, com efeito, foi substituir o princípio deontológico de que a liberdade de um agente não deve sofrer interferência por um princípio teleológico de que a liberdade total do agente deveria ser maximizada ao longo do tempo”.

<sup>78</sup> Posição crítica também em WOLF, Jean-Claude. Die liberale Paternalismuskritik von John Stuart Mill. *In: ANDERHEIDEN, Michael; BÜRKLI, Peter; HEINIG, Hans Michael et al. (Ed.). Paternalismus und Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006 (p. 60: “O paternalismo pode se manifestar como fanatismo em relação à saúde, fanatismo em relação à educação, fanatismo em relação à higiene, fanatismo em relação à segurança ou como *furor therapeuticus*”); veja MÖLLER, op. cit. (nota 19), p. 123 et seq.; SCHMOLKE, op. cit. (nota 7), p. 27 et seq., 61 et seq.



*integrity*).<sup>79</sup> Por fim, tampouco a distinção entre a identidade pessoal presente e a futura (*multiple-selves theory*)<sup>80</sup> consegue legitimar restrições da liberdade. É a liberdade presente da pessoa que deve moldar o futuro e incluir também mudanças de identidade.<sup>81</sup> Em consonância com isso, no Direito Civil também se atribui a uma declaração da vontade o sentido de algo definitivo, sem que o declarante possa invocar uma mudança de seus desejos ou sua constituição (apenas a circunstâncias modificadas, conforme o §313, 1 do CDC).<sup>82</sup> Portanto, todas as tentativas de relativizar a liberdade conceitualmente ou de limitá-la imanentemente não representam um avanço. Continuam valendo, isto sim, as palavras finais de Hölderlin em sua ode “Curso da vida”: “E compreenda [sc. o ser humano] a liberdade de partir para onde queira”.<sup>83</sup>

## 5.2 O princípio do social

O “coração” da dignidade humana é a autonomia.<sup>84</sup> Mas ela não é o único elemento constituinte. Como o expressa a ratificação dos “direitos humanos invioláveis e inalienáveis” contida no Art. 1º, 1 da LF, a dignidade humana não pode ser reduzida à autonomia. O ser humano tem uma identidade, um futuro e um entorno. Esses fatores também marcam o ser-pessoa, fazendo parte da *conditio humana*, e é tarefa do Estado Social também proteger de modo igualmente abrangente a dignidade humana “intangível” segundo o Art. 1º, 1 da LF.<sup>85</sup> A proteção necessária é de natureza “social” porque restringe a liberdade do portador de direitos em casos limítrofes. Portanto, não se reinterpreta a “liberdade” por causa dos resultados

<sup>79</sup> Essa é, porém, a posição de KLEINIG, op. cit. (nota 22), p. 67 et seq. (p. 68): “Onde nossa conduta ou nossas opções colocarem em risco nossos projetos mais permanentes, estáveis e centrais, e onde o que se expressa nessa conduta ou nessas opções manifeste aspectos de nossa personalidade que não ocupam uma posição elevada em nossa constelação de desejos, disposições, etc., a interferência benevolente não constituirá violação da integridade”; veja uma crítica acertada em SCHMOLKE, op. cit. (nota 7), p. 28 et seq., 62 et seq., com mais referências.

<sup>80</sup> Veja principalmente PARFIT, Derek. *Reasons and Persons*. Oxford: Clarendon Press, 1984, p. 321: “A autonomia não inclui o direito de impor a si mesmo, sem boas razões, grande dano. Deveríamos impedir qualquer pessoa de fazer à sua identidade pessoal futura aquilo que seria errado fazer a outras pessoas”.

<sup>81</sup> Cf. HOGREBE, Ludwig. *Bindungsgrenzen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2018, p. 35 et seq., com mais referências.

<sup>82</sup> Mais detalhadamente, NEUNER, Jörg. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: C.H.Beck, 2020, §30, nº 6.

<sup>83</sup> HÖLDERLIN, Friedrich. *Sämtliche Werke*. Stuttgarter Ausgabe, 1951, vol. II, p. 2.

<sup>84</sup> STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. München: C. H. Beck, 1988, vol. III/1, p. 31.

<sup>85</sup> Quanto à inalienabilidade da dignidade, veja também SCHABER, Peter. Achtung vor Personen. *Zeitschrift für philosophische Forschung (ZPhF)*, v. 61, n. 4, p. 423-438, 2007, p. 432 et seq.; SCHMOLKE, op. cit. (nota 7), p. 59 et seq., p. 86 et seq.; postura crítica quanto a essa abordagem de fundamentação em MOSER, Elias. *Unveräußerliche Rechte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2020, p. 164 et seq., com mais referências.

desejados; deve-se, isto sim, nomear abertamente toda intervenção como tal, assim como acontece no caso de restrições não paternalistas da liberdade. Sempre se visa compatibilizar, em termos metodologicamente transparentes, a liberdade, e em especial a autonomia privada, com princípios opostos. Por conseguinte, no caso de restrições paternalistas seria melhor falar da existência de colisões de princípios em lugar de “paradoxos”. Além da proteção no caso de restrições endógenas da formação da vontade, são substancialmente três os princípios que podem legitimar o paternalismo (duro):

a) Proteção contra perda de identidade

Segundo a chamada “fórmula do objeto” cunhada (entre outros) principalmente por Günter Dürig e assimilada pelo TCF,<sup>86</sup> o ser humano não deve ser “rebaixado à condição de objeto, de mero meio, de entidade substituível”.<sup>87</sup> Significativamente, já se encontra uma afirmação semelhante em von Savigny: “Se esse domínio fosse absoluto, o conceito de liberdade e personalidade seria suspenso na outra pessoa; não exerceríamos domínio sobre uma pessoa, mas sobre uma coisa, e nosso direito seria posse de um ser humano, como o é de fato a relação com os escravos no Império Romano”.<sup>88</sup> Na consequência adicional, o CDC distingue claramente entre sujeitos de direito (§§1 ss.) e objetos de direito (§§90 ss.), e se reconhece que não é possível abrir mão da própria capacidade jurídica através de um “contrato de escravidão” voluntário nem por um “voto de pobreza”.<sup>89</sup> Igualmente indisponíveis

<sup>86</sup> ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). Beschluss des Zweiten Senats vom 20. Juni 2012 – 2 BvR 1048/11. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)* [Decisões do Tribunal Constitucional Federal]. Tübingen: Mohr Siebeck, vol. 131, p. 286 et seq.; ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). Beschluss des Ersten Senats vom 20. Oktober 1992 – 1 BvR 698/89. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)* [Decisões do Tribunal Constitucional Federal]. Tübingen: Mohr Siebeck, 1993, vol. 87, p. 228; ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). 16.07.1969 – 1 BvL 19/63. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)* [Decisões do Tribunal Constitucional Federal]. Tübingen: Mohr Siebeck, 1970, vol. 27, p. 6, com mais referências.

<sup>87</sup> DÜRIG, Günter. Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)*, vol. 81, p. 117-156, 1956, p. 127; DÜRIG, Günter. Art. 1, 1. In: MAUNZ, Theodor; DÜRIG, Günter. *Grundgesetz-Kommentar*. München: C. H. Beck, 1958, nº 28; detalhes em HONG, Mathias. *Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, p. 417 et seq., p. 672 et seq.

<sup>88</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen Römischen Rechts*. Berlin: Veit, 1840, vol. I, p. 338 et seq.; veja também HEGEL, op. cit. (Fn. 43), §66: “São, portanto, inalienáveis e imprescritíveis [...] os bens [...] que constituem a minha própria pessoa e a essência universal da minha consciência de mim, como sejam a minha personalidade em geral, a liberdade universal do meu querer, a minha moralidade objetiva, a minha religião”.

<sup>89</sup> Cf. apenas BORK, Reinhard. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016, nº 154; WEITNAUER, Hermann. Die unverzichtbare Handlungsfreiheit. In: BÖKELMANN, Erhard; WEBER, Friedrich; HENCKEL, Wolfram et al. *Festschrift für Weber*. Berlin: de Gruyter, 1975, p. 434; em termos de direito comparado, veja o Art. 27 do Código de Direito Civil da Suíça: “Ninguém pode renunciar total ou parcialmente à capacidade jurídica e de ação. Ninguém pode se alienar de sua liberdade ou se limitar, em seu uso, a um grau que viole o direito ou a moral”. Do mesmo modo se reconhece no nível do Direito Público a inalienabilidade do direito de voto; veja apenas KLEIN, Hans H. Art. 38. In: MAUNZ, Theodor; DÜRIG, Günter. *Grundgesetz-Kommentar* (GG). 2019, nº 138, com mais referências.

são o nome civil<sup>90</sup> e a filiação religiosa.<sup>91</sup> Além disso, proíbe-se expressamente o comércio de órgãos e tecidos (§17 da Lei sobre Transplantes em associação com o §134 do CDC),<sup>92</sup> e também aquele contrato de garantia de crédito de uma libra de sua própria carne que Antônio fez com Shylock no “Mercador de Veneza” de Shakespeare seria nulo ao menos de acordo com o §138 do CDC. Além disso, servem à proteção da identidade diversas normas do Direito das Obrigações que vedam que uma pessoa se entregue completamente ao arbítrio de outra. Delas faz parte o §276, 3 do CDC, segundo o qual a responsabilidade por dolo não pode ser remitida antecipadamente (complementado pela inadmissibilidade de um acordo de prescrição a ela referente segundo o §202, 1 do CDC). A responsabilidade por deficiências ocultas de forma astuta é igualmente indispensável (§§444, 536d, 639d do CDC).

A proteção da identidade é limitada a elementos existenciais mínimos. Casos duvidosos e limítrofes, como a proibição de doação de órgãos por doadores vivos a não parentes segundo o §8 da Lei sobre Transplantes,<sup>93</sup> em princípio não colocam em xeque essa restrita área central de direitos e interesses jurídicos indisponíveis. Além disso, o que na maioria das vezes se sobrepõe à proteção paternalista da identidade é o interesse do bem comum, que não tolera exclusão social em forma de ausência ou privação de direitos e de nome ou qualquer outra renúncia completa à personalidade.<sup>94</sup> Aqui já estão em primeiro plano os fins da pacificação e do asseguramento da democracia, de modo que em muitos casos uma argumentação paternalista se torna supérflua. A isso se acrescenta a circunstância de que, para preservar a liberdade, deve-se preferir a proibições estritas, na medida do possível, meios mais brandos em forma da revogabilidade ou da proteção ou garantia de execução, como, por exemplo, quando da assunção

<sup>90</sup> KLINGBEIL, Stefan. Der Begriff der Rechtsperson. *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)*, vol. 217, n. 6, p. 848-885, 2017, p. 869; SÄCKER, Franz Jürgen. §12. In: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut et al. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (MünchKommBGB)*. 8. ed., 2018, n.º 76, com mais referências.

<sup>91</sup> CANARIS, AcP, vol. 184, n. 3, 1984, op cit., p. 234; WENDTLAND, Holger. §138. In: HAU, Wolfgang; POSECK, Roman. *Beck'scher Online-Kommentar (BeckOK) BGB*. München: C. H. Beck, 2019, n.º 20.1.

<sup>92</sup> Quanto a isso (com vistas ao bem comum), veja já acima no contexto dos números de chamada das notas 46 et seq.

<sup>93</sup> Considerada constitucional pela ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). BVerfG, 11. 8. 1999 – 1 BvR 2181–98 u.a.: Organentnahme bei lebenden Personen (Transplantationsgesetz). *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, vol. 52, n. 46, p. 3399 et seq., 1999; confirmada basicamente por ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). BVerfG, 21.12.2011 – 1 BvR 2007/10: Gesetzliches Sonnenstudio-Verbot für Minderjährige. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, vol. 65, n. 15, 1062 et seq. 2012, ponto 21; posição crítica em GUTMANN, Thomas. Gesetzgeberischer Paternalismus ohne Grenzen? Zum Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zur Lebendspende von Organen. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, vol. 52, n. 46, p. 3387 et seq., 1999; KIRSTE, JZ, p. 805 et seq., 2011, op cit., p. 811.

<sup>94</sup> Veja acima no contexto dos números de chamada das notas 43 et seq.

contratual de uma atividade particularmente perigosa.<sup>95</sup> No caso de um contrato de prostituição, só o acordo de remuneração (unilateral) é vinculante de antemão (cf. §1 da Lei sobre Prostituição).<sup>96</sup>

b) Proteção contra a falta de perspectivas

Além da proteção da identidade que compreende a esfera central da dignidade humana que está *a priori* subtraída a disposições juscontratuais, também há necessidade de uma proteção contra vinculações irreversíveis voltada para o futuro.<sup>97</sup> Embora a necessidade de estabelecer limites para vinculações seja amplamente reconhecida, esses limites não podem ser fundamentados em termos iminentes à liberdade. Liberdade significa poder vincular-se assim como se quer. Caso não se possa fazer isso, a liberdade é restringida, mas não protegida. Quem quiser se vincular eternamente é restringido em sua autonomia através de limites de vinculação por não poder fazer justamente aquilo que gostaria. E não pode fazer isso porque a perspectiva de uma mudança das condições de vida não deve se perder inteiramente.<sup>98</sup> O que se protege, portanto, é a *esperança*, e não a liberdade. O significado e a dimensão existenciais do princípio esperança já se expressa de modo marcante na famosa inscrição colocada acima do portão do inferno na “Divina Comédia” de Dante: “Deixai toda esperança, vós que entraís!”.<sup>99</sup> Ernst Bloch descreve a desesperança de maneira não menos incisiva como “o mais insuportável em sentido temporal e objetivo, o absolutamente mais intolerável para as necessidades humanas”.<sup>100</sup> Coerentemente, já na Declaração de Independência dos EUA de 1776 se define a “busca da felicidade” como direito inalienável, e também o TCF segue essa percepção ao considerar o núcleo da dignidade humana tangido “se um condenado na prisão tem de abandonar, independentemente de seu desenvolvimento pessoal, toda e qualquer esperança

<sup>95</sup> Veja mais detalhes em CANARIS, Claus-Wilhelm. Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts. *Juristische Schulung (JuS)*, 1989, p. 164 et seq.; Id. Grundrechte und Privatrecht. *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)*, vol. 184, n. 3, 1984, p. 232 et seq.

<sup>96</sup> Veja também expressamente em ALEMANHA. Deutscher Bundestag. Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der rechtlichen und sozialen Situation der Prostituierten. *Bundestags-Drucksache*, 14/5958, 08. 05. 2011, p. 4; ALEMANHA. Deutscher Bundestag. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (13. Ausschuss). *Bundestags-Drucksache*, 14/7174, 17.10.2001, p. 6.

<sup>97</sup> Quanto a isso, veja já NEUNER, Jörg. *Privatrecht und Sozialstaat*. München: Beck, 1999, p. 104 et seq., p. 264 et seq.

<sup>98</sup> Cf. SINGER, Reinhard. Das Sozialmodell des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Wandel. In: GRUNDMANN, Stefan. *Festschrift 200 Jahre Jur. Fak. HU Berlin*. Berlin: de Gruyter, 2010, p. 992; TIEDEMANN, Paul. *Menschenwürde als Rechtsbegriff*, 3. ed. Berlin: BWV, Berliner Wiss.-Verl., 2012, p. 365 et seq.

<sup>99</sup> Na tradução para o alemão de ALIGHIERI, Dante. *Die göttliche Komödie*, 2. ed. 1945, Karl Vossler (tradutor), p. 36; quanto à inscrição, veja já MENER, Anton. *Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, 4. ed. Tübingen: H. Laupp'schen Buchhandlung, 1908, p. 226 et seq.

<sup>100</sup> BLOCH, Ernst. *Das Prinzip Hoffnung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1959, p. 3.



de recuperar sua liberdade”.<sup>101</sup> Portanto, é tarefa do legislador proteger contra a falta de perspectivas que estabelece limites extremos à liberdade com relação ao futuro.

O Direito Privado contém diversas disposições que implementam o princípio esperança e estão voltadas para possíveis mudanças do *status quo*. Assim, uma relação de serviço ou trabalho assumida para a vida toda pode ser rescindida o mais tardar após transcorridos cinco anos (§624 do CDC, §5, 4 da Lei sobre Trabalho em Regime de Tempo Parcial e Tempo Limitado [TzBfG na sigla em alemão]). Um testamento vital, um testamento e uma procuração geral permanecem revogáveis mesmo quando o declarante exclui explicitamente *pro futura* um *actus contrarius* (§§1901a, 1, 3; 2253, 2302, 138 do CDC). Como exemplo adicional destaque-se ainda só o §311b, 2 do CDC, que declara nulo um contrato em que uma parte se comprometa a transferir para outrem seu patrimônio futuro.

#### c) Proteção de esferas de vida existenciais

Além de seu componente referente ao sujeito e ao tempo, o paternalismo jurídico tem ainda, por assim dizer, também uma dimensão espacial, que compreende as esferas de vida existenciais, particularmente o local de trabalho e a residência. Pode-se tentar fundamentar as normas legais de proteção indispensáveis nessas esferas apenas com situações de desequilíbrio. A imagem do empregador ou locador em posição superior pode ser tipologicamente consistente, mas permanece deficiente no tocante à fundamentação. Afinal, o trabalho não é um mero fator de produção da economia que, em termos ideais, um *homo oeconomicus* consegue avaliar. Ele é, muito antes, como Peter Badura o formulou certa vez, “um cenário ineludível de autorrealização humana”.<sup>102</sup> De modo comparável ao local de trabalho, também a residência não encarna uma coisa qualquer que seja economicamente intercambiável, e sim o centro espacial da vida humana. O lar

<sup>101</sup> ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). BVerfG, 04.05.2018 – 2 BvR 632/18: Erfolglose Verfassungsbeschwerde eines Gefährdeters gegen Ausweisung nach Tunesien. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, vol. 37, n. 18, 2018, p. 1390 et seq., ponto 52; ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). 28.06.1983 – 2 BvR 539, 612/80. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) [Decisões do Tribunal Constitucional Federal]*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1984, vol. 64, p. 272; ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). 21.06.1977 – 1 BvL 14/76. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) [Decisões do Tribunal Constitucional Federal]*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1978, vol. 45, p. 245; concordando, EUROPA. EGMR [Tribunal Europeu de Direitos Humanos] 09.07.2013 – 66069/09, 130/10, 3896/10: Lebenslange Freiheitsstrafe (VINTER et al. Reino Unido). *Neue Juristische Online-Zeitschrift (NJOZ)*, vol. 14, n. 41, p. 1582 et seq., 2014, ponto 109 et seq.; quanto à libertação de escravos, a *manumissio*, no Império Romano, veja HATTENHAUER, Hans. *Europäische Rechtsgeschichte*. 4. ed. Heidelberg: Müller, 2004, nº 263: “Uma escravidão absolutamente irremediável destrói a si mesma e ao Estado”.

<sup>102</sup> BADURA, Peter. Grundfreiheiten der Arbeit. Zur Frage einer Kodifikation “sozialer Grundrechte”. In: BLUMENWITZ, Dieter; RANDELZHOFFER, Albrecht; BERBER, Friedrich. *Festschrift für Friedrich Berber zum 75. Geburtstag*. München: C.H. Beck, 1973, p. 12; concordando, HÄBERLE, Peter. *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*. 2. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1998, p. 870 (“categoria existencial básica”).



em que a pessoa se sente em casa, a escola ou o local de trabalho situados nas proximidades, a vizinhança e os custos transacionais associados a uma mudança mostram a substitutibilidade limitada e a necessidade de regulações legais com caráter coercivo. Embora os direitos de proteção de locatários e empregados também possam ser parcialmente explicados, devido à situação subjacente de dívida de longo prazo, com déficits de autodeterminação e interesses do bem comum, a isso se acrescenta a dependência existencial, que contribui para legitimar intervenções paternalistas. Portanto, é significativamente, mais uma vez, uma gama de razões que exige, em uma visão de conjunto, *ius cogens*.

## 6 Conclusão

O paternalismo é um elemento marcante, e também inquebrantável com base em deveres jusconstitucionais de proteção, do ordenamento do Direito Privado. Todos os pactos de direitos humanos europeus e internacionais documentam essa sua função complementar à dos direitos de liberdade. O termo “paternalismo” também é – independentemente de sua metáfora de conotação paterna (*patria potestas*, “father knows best”) e de possíveis termos alternativos (maternalismo, parentalismo)<sup>103</sup> – necessário para identificar intervenções na liberdade que visem proteger o ser humano “contra si mesmo”. Ele tem, com isso, ao mesmo tempo uma função protetora da liberdade porque intervenções precisam ser nomeadas abertamente e fundamentadas como determinação alheia. É justamente essa transparência que se perde quando se transforma o paternalismo em tabu e, tenta, em vez disso, derivar restrições da autodeterminação de modo sincretista a partir do conceito de liberdade ou justificá-las com argumentos aparentes como a “proibição de comportamento autocontraditório”. Mas, de qualquer modo, a crítica do paternalismo é, na maioria das vezes, apenas a ponta do *iceberg*. Via de regra se encontra atrás dela uma proposta substancialmente mais forte: assim, o especialista em Direito Público com postura crítica nos explica que interesses do bem comum só podem ser levados em consideração de maneira muito restritiva, o especialista em Direito Civil, que o Direito Privado de modo bem geral não se presta para a redistribuição, e o especialista em Direito Tributário fecha o círculo definindo o princípio da bipartição como limite extremo da oneração.

---

<sup>103</sup> DRERUP, op. cit. (nota 14), p. 22 et seq.

---

## Paternalism in Private Law

**Abstract:** Paternalism is deeply rooted in our legal system, especially in private law. It restricts private autonomy in “soft”, “hard” and “mixed” ways (along with other motives) and therefore constantly raises, in various contexts, the traditional question of legitimacy.

**Keywords:** Paternalism. Private law. Autonomy. Restriction. Legitimacy.

**Contents:** **1** Introduction – **2** Intervention in freedom – **3** The welfare of the addressee – **4** The freedom of decision – **5** The protection of the addressee – **6** Conclusion – References

---

## Referências

AAKEN, Anne van. Begrenzte Rationalität und Paternalismusgefahr: das Prinzip des schonendsten Paternalismus *In*: ANDERHEIDEN, Michael; BÜRKLI, Peter; HEINIG, Hans Michael *et al.* (Ed.). *Paternalismus und Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 109-144.

ACH, Johann S.; ANDERHEIDEN, Michael; QUANTE, Michael. *Ethik der Organtransplantation*. Erlangen: Fischer, 2000.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof (BGH). BGH, 18.09.1979 – VI ZR 140/78 – Verfolgungsschicksal – Ehrverletzungen durch Äußerungen auf einem Plakat; Deklaration der Ermordung von Juden als Schwindel; Unterlassung diskriminierender Äußerungen. *BGH Zivilsachen (BGHZ)* [*Decisões do Tribunal Superior Federal Alemão em Matéria Civil*], vol. 75, p. 160-167.

ALEMANHA. Bundesgerichtshof (BGH). BGH, Urt. v. 20.11.2013, Az.: XII ZR 19/11. Einwand der Geschäftsunfähigkeit des Schuldners eines Anspruchs aus §816 Abs. 1 S. 1 BGB bei Verfügung über fremdes Geld. *BGH Zivilsachen (BGHZ)* [*Decisões do Tribunal Superior Federal Alemão em Matéria Civil*], vol. 198, p. 381-388.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). 16.07.1969 – 1 BvL 19/63. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)* [*Decisões do Tribunal Constitucional Federal*]. Tübingen: Mohr Siebeck, 1970, vol. 27, p. 1 et seq.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). 21.06.1977 – 1 BvL 14/76. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)* [*Decisões do Tribunal Constitucional Federal*]. Tübingen: Mohr Siebeck, 1978, vol. 45, p. 187 et seq.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). 26.01.1982 – 1 BvR 1295/80. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)* [*Decisões do Tribunal Constitucional Federal*]. Tübingen: Mohr Siebeck, 1982, vol. 59, 275 et seq.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). 28.06.1983 – 2 BvR 539, 612/80. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)* [*Decisões do Tribunal Constitucional Federal*]. Tübingen: Mohr Siebeck, 1984, vol. 64, p. 261 et seq.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). Beschluss des Ersten Senats vom 26. Juli 2016 – 1 BvL 8/15. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)* [*Decisões do Tribunal Constitucional Federal*]. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, vol. 142, p. 313-353.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). Beschluss des Ersten Senats vom 20. Oktober 1992 – 1 BvR 698/89. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)* [*Decisões do Tribunal Constitucional Federal*]. Tübingen: Mohr Siebeck, 1993, vol. 87, p. 209-233.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). Beschluss des Zweiten Senats vom 09. März 1994 – 2 BvL 43/92. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)* [Decisões do Tribunal Constitucional Federal]. Tübingen: Mohr Siebeck, 1994, vol. 90, p. 145-226.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). Beschluss des Zweiten Senats vom 20. Juni 2012 – 2 BvR 1048/11. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)* [Decisões do Tribunal Constitucional Federal]. Tübingen: Mohr Siebeck, vol. 131, p. 268-316.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). BVerfG, 11. 8. 1999 – 1 BvR 2181–98 u.a.: Organentnahme bei lebenden Personen (Transplantationsgesetz). *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, vol. 52, n. 46, p. 3399 et seq., 1999.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). BVerfG, 04.05.2018 – 2 BvR 632/18: Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde eines Gefährdeters gegen Ausweisung nach Tunesien. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, vol. 37, n. 18, 2018, p. 1390 et seq.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). BVerfG, 17.05.2016 – 1 BvR 2150/14: Voraussetzungen einer Kollektivbeleidigung – “ACAB”. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, vol. 69, n. 36, p. 2643 et seq., 2016.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). BVerfG, 21.12.2011 – 1 BvR 2007/10: Gesetzliches Sonnenstudio-Verbot für Minderjährige. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, vol. 65, n. 15, 1062 et seq. 2012.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)* [Decisões do Tribunal Constitucional Federal]. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, vol. 103, p. 97 et seq.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, vol. 40, n. 4, p. 180 et seq. 1987.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht (BVerfG). Urteil des Ersten Senats vom 30. Juli 2008 – 1 BvR 3262/07. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)* [Decisões do Tribunal Constitucional Federal]. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009, vol. 121, p. 317-388.

ALEMANHA. Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) [Tribunal Administrativo Federal]. BVerwG, 04.07.2019 – 3 C 24/17: Motorradhelmpflicht für Turbanträger. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, vol. 72, n. 47, p. 3466 et seq., 2019.

ALEMANHA. Deutscher Bundestag. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (13. Ausschuss). *Bundestags-Drucksache*, 14/7174, 17.10.2001.

ALEMANHA. Deutscher Bundestag. Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der rechtlichen und sozialen Situation der Prostituierten. *Bundestags-Drucksache*, 14/5958, 08.05.2011.

ALEX, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos-Verl.-Ges., 1985.

ALIGHIERI, Dante. *Die göttliche Komödie*. 2. ed. Tradução: Karl Vossler. 1945.

BADURA, Peter. Grundfreiheiten der Arbeit. Zur Frage einer Kodifikation “sozialer Grundrechte”. In: BLUMENWITZ, Dieter; RANDELZHOFFER, Albrecht; BERBER, Friedrich. *Festschrift für Friedrich Berber zum 75. Geburtstag*. München: C.H. Beck, 1973, p. 11-46.

BEAUCHAMP, T. L. Methods and principles in biomedical ethics. *J Med Ethics*. vol. 29, n. 29, p. 269-274, 2003. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1733784/pdf/v029p00269.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2021.

BEAUCHAMP, Tom L. Paternalism and Biobehavioral Control. *The Monist*, v. 60, n. 1, p. 62-80, 1977. Disponível em: <https://philpapers.org/rec/BEAPAB>. Acesso em: 28 maio 2021.

- BEUL, Madeleine. Nudging: Das Konzept eines liberal paternalismo. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)*, vol. 102, n. 1, p. 39 et seq., 2019.
- BIERI, Peter. *Eine Art zu leben*. München: Hanser, 2013.
- BLOCH, Ernst. *Das Prinzip Hoffnung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1959.
- BORK, Reinhard. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. Grundrechte und Privatrecht. *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)*, vol. 184, n. 3, 1984, p. 201-246.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts. *Juristische Schulung (JuS)*, 1989, p. 161-172.
- CASSIRER, Ernst. *The Myth of the State*. New Haven: Yale Univ. Press, 1946.
- COESTER, Michael. §1666. In: STAUDINGER, Ansgar; KAISER, Dagmar. *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (STAUDINGER BGB)*. Berlin: Otto Schmidt/De Gruyter, 2016.
- CONLY, Sarah. *Against Autonomy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- CONSEIL D'ETAT. La Semaine Juridique, édition générale 17/18, 1996 II No. 22, 630.
- DORNIS, Tim W. In: ERMAN, Walter. *Erman Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*. 15. ed. Otto Schmidt, 2017, §683.
- DRERUP, Johannes. *Paternalismus, Perfektionismus und die Grenzen der Freiheit*. Paderborn: Schöningh, 2013.
- DRESDEN. OLG [Oberlandesgericht/Tribunal de Justiça Estadual] OLG Dresden, 07.06.2018 – 4 U 307/18: Aufklärungspflichten bei der Einnahme von Benzodiazepinen (m. Anm. Achterfeld). *Medizinrecht (MedR)*, vol. 37, n. 2, p. 150 et seq., 2019.
- DÜRIG, Günter. Art. 1, 1. In: MAUNZ, Theodor; DÜRIG, Günter. *Grundgesetz-Kommentar*. München: C. H. Beck, 1958.
- DÜRIG, Günter. Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)*, vol. 81, p. 117-156, 1956.
- DWORKIN, Gerald. Paternalism. *The Monist*, vol. 56, n. 01, p. 64-84, 1972. Disponível em: <https://academic.oup.com/monist/article/56/1/64/987643>. Acesso em: 28 maio 2021.
- EIDENMÜLLER, Horst. Liberaler Paternalismus. *JuristenZeitung (JZ)*, vol. 66, n. 17, p. 814-821, 2011.
- ENDERLEIN, Wolfgang. *Rechtspaternalismus und Vertragsrecht*. München: C. H. Beck, 1996.
- EUROPA. EGMR [Tribunal Europeu de Direitos Humanos] 09.07.2013 – 66069/09, 130/10, 3896/10: Lebenslange Freiheitsstrafe (Vinter et al. Reino Unido). *Neue Juristische Online-Zeitschrift (NJOZ)*, vol. 14, n. 41, p. 1582 et seq., 2014.
- FATEH-MOGHADAM, Bijan. Grenzen des weichen Paternalismus – Blinde Flecken der liberalen Paternalismuskritik. In: FATEH-MOGHADAM, Bijan; SELLMAIER, Stephan; VOSSENKUHL, Wilhelm (ed.). *Grenzen des Paternalismus*. Stuttgart: Kohlhammer, 2010, p. 21-47.
- FEINBERG, Joel. *Harm to Self*. New York [u.a.]: Oxford Univ. Press, 1986, vol. 3.
- FRANKFURT, Harry G. Freedom of the Will and the Concept of a Person. *The Journal of Philosophy*, vol. 68, n. 1, p. 5-20, 1971.
- GERG, Stephan. *Nudging*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019.



GROPP, Walter. §218a. In: JOECKS, Wolfgang; MIEBACH, Klaus. *Münchener Kommentar zum StGB (MüKo StGB)*. 3. ed. München: C.H. Beck, 2017.

GSELL, Beate. Die Beweislast für den Inhalt der vertraglichen Einigung. *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)*, vol. 203, n. 1, p. 119-141, 2003.

GUTMANN, Thomas. Gesetzgeberischer Paternalismus ohne Grenzen? Zum Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zur Lebendspende von Organen. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, vol. 52, n. 46, p. 3387 et seq., 1999.

GUTMANN, Thomas. Paternalismus – eine Tradition deutschen Rechtsdenkens? *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung (ZRG GA)*, vol. 122, n. 1, p. 150-194, 2005.

GUTMANN, Thomas. Zur philosophischen Kritik des Rechtspaternalismus. In: SCHROTH, Ulrich et al. (ed.). *Patientenautonomie am Beispiel der Lebendorganspende*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2006, p. 189-278.

GUTMANN, Tomas. Paternalismus und Konsequentialismus. In: KÜHLER, Michael; NOSSEK, Alexa (Org.). *Paternalismus und Konsequentialismus*. Münster: Mentis, 2014, p. 27-66.

HÄBERLE, Peter. *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*. 2. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1998.

HATTENHAUER, Hans. *Europäische Rechtsgeschichte*. 4. ed. Heidelberg: Müller, 2004.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Grundlinien der Philosophie des Rechts. In: *Werke*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986, vol. 7 [*Princípios da filosofia do direito*. Tradução: Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1977].

HEINIG, Hans Michael. Paternalismus im Sozialrecht. In: ANDERHEIDEN, Michael; BÜRKL, Peter; HEINIG, Hans Michael et al. (Ed.). *Paternalismus und Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 157 et seq.

HELLER, Hermann. In: Id. *Gesammelte Schriften*. Leiden: A.W. Sijthoff, 1971, vol. II, p. 421 et seq.

HILLGRUBER, Christian. *Der Schutz des Menschen vor sich selbst*. München: Vahlen, 1992.

HOFER, Sibylle. *Freiheit ohne Grenzen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.

HÖFLING, Wolfram. Art. 1. In: SACHS, Michael. *Grundgesetz (GG) Kommentar*. 8. ed. München: C. H. Beck, 2018, nº 66.

HOGREBE, Ludwig. *Bindungsgrenzen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2018.

HÖLDERLIN, Friedrich. *Sämtliche Werke*. Stuttgarter Ausgabe, 1951, vol. II.

HONG, Mathias. *Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019.

INSTITUTE OF MEDICINE. *Organ Donation: Opportunities for Action*. Washington, DC: The National Academies Press, 2006. Disponível em: <https://www.nap.edu/read/11643/chapter/11#274>. Acesso em: 01 jun. 2021.

JARASS, Hans D.; PIEROTH, Bodo. Art. 1. In: *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG)*. 15. ed. München: C. H. Beck, 2018, nº 7.

JHERING, Rudolph von. *Der Zweck im Recht*. Leipzig: Breitkopf & Härtel, 1877, vol. I.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. A Behavioral Approach to Law and Economics. *Stanford Law Review*, vol. 50, n. 5, p. 1471-1550, 1998. Disponível em: <https://gpde.direito.ufmg.br/wp-content/uploads/2019/03/A-Behavioral-Approach-to-Law-and-Economics.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2021.

KANT, Immanuel. *Die Metaphysik der Sitten*, 1797, Akademie-Ausgabe, vol. VI.

KANT, Immanuel. *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*. Akademie-Ausgabe, 1793, vol. VIII, p. 273 et seq.



- KANT, Immanuel. *Vorlesung zur Moralphilosophie*. Berlin: De Gruyter, 2004, Ausgabe Stark.
- KIRSTE, Stephan. Harter und weicher Rechtspaternalismus: Unter besonderer Berücksichtigung der Medizinethik. *JuristenZeitung (JZ)*, vol. 66, n. 17, p. 805-814, 2011.
- KITZ, Volker. *Dauerschuld im Kauf*. Baden-Baden: Nomos, 2005.
- KLEIN, Hans H. Art. 38. In: MAUNZ, Theodor; DÜRIG, Günter. *Grundgesetz-Kommentar (GG)*. 2019.
- KLEINIG, John. *Paternalism*. Totowa, N.J.: Rowman & Allanheld, 1984.
- KLINGBEIL, Stefan. Der Begriff der Rechtsperson. *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)*, vol. 217, n. 6, p. 848-885, 2017.
- KOLBE, Frederike. *Freiheitsschutz vor staatlicher Gesundheitssteuerung*. Baden-Baden: Nomos, 2017.
- LINDNER, Josef Franz. Fremdbestimmung durch Selbstbestimmung Die «Entscheidungsalternative» als Grundrechtsproblem. *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)*, vol. 140, n. 4, p. 542-570, 2015.
- LINDNER, Josef Franz. Prolegomena zu einer Theorie des Medizinrechts. *JuristenZeitung (JZ)*, vol. 74, n. 13, p. 639-648, 2019.
- LINDNER, Josef Franz. Verfassungswidrigkeit des – kategorischen – Verbots ärztlicher Suizidassistenz. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, vol. 66, n. 3, p. 136 et seq., 2013.
- LINDNER, Josef Franz; HUBER, Franziska. Widerruf der Patientenverfügung durch den einwilligungsunfähigen Patienten? *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, vol. 70, n. 1-2, p. 6 et seq., 2017.
- MASUCH, Peter; GMATI, Carina. Zwangsbehandlung nach dem Gesetz zur Regelung der betreuungsrechtlichen Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme und UN-Behindertenrechtskonvention. *Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS)*, vol. 22, n. 14, p. 521 et seq., 2013.
- MENGER, Anton. *Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*. 4. ed. Tübingen: H. Laupp'schen Buchhandlung, 1908.
- MERTEN, Detlef. §68 Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. In: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen. *Handbuch der Grundrechte*. Heidelberg: C.F. Müller, 2009, vol. III, p. 517-568.
- MILL, John Stuart. *On Liberty*, London: Longman, Roberts & Green, 1869.
- MOHR, Georg. In: STURMA, Dieter. *Person: Philosophiegeschichte – Theoretische Philosophie – Praktische Philosophie*. Paderborn: Mentis, 2001, p. 103 et seq.
- MÖLLER, Kai. *Paternalismus und Persönlichkeitsrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2005.
- MOSER, Elias. *Unveräußerliche Rechte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2020.
- MÜNCHNER STADTMUSEUM (Catálogo), 1975.
- MURSWIEK, Dietrich; RIXEN, Stephan. In: SACHS, Michael. *Grundgesetz: Kommentar (GG)*. 8. ed. München: C.H.Beck, 2018, Art. 2.
- NAGEL, Stefan. *Schaubuden*. German: Frankfurt am Main Universitätsbibliothek Johann Christian Senckenberg, 2008.
- NEUNER, Jörg. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: C.H.Beck, 2020.
- NEUNER, Jörg. Das Recht auf Uninformiertheit – Zum privatrechtlichen Schutz der negativen Informationsfreiheit. *Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft (ZfPW)*, vol. 01, n. 3, p. 257 et seq., 2015.
- NEUNER, Jörg. Natürlicher und freier Wille. *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)*, vol. 218, n. 1, p. 1-31, 2018.

- NEUNER, Jörg. *Privatrecht und Sozialstaat*. München: Beck, 1999.
- NEUSTADT. VG (Verwaltungsgericht). VG Neustadt, 21.05.1992 – 7 L 1271/92: Untersagung einer Veranstaltung (“Zwergenweitwurf”). *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, vol. 12, n. 1, p. 98 et seq., 1993.
- NIEDERMAIR, Harald. *Körperverletzung mit Einwilligung und die Guten Sitten*. München: Beck, 1999.
- PARFIT, Derek. *Reasons and Persons*. Oxford: Clarendon Press, 1984, p. 199 et seq.
- PATZIG, Günther. *Gesammelte Schriften*. Göttingen: Wallstein, 1993. Vol. II.
- RÄDLER, Peter. Die Unverfügbarkeit der Menschenwürde in Deutschland und Frankreich. *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)*, vol. 50, n. 3, p. 109-116, 1997.
- RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 1999/1971.
- RAWLS, John. *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, 1988.
- REGAN, Donald H. Paternalism, freedom, identity, and commitment. In: SARTORIUS, Rolf. *Paternalism*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1983, p. 113 et seq.
- ROELLECKE, Gerd. Eine Apologie des Sozialstaates. In: ANDERHEIDEN, Michael; BÜRKL, Peter; HEINIG, Hans Michael et al. (Ed.). *Paternalismus und Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 189-206.
- SÄCKER, Franz Jürgen. §12. In: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut et al. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (MünchKommBGB)*. 8. ed. 2018.
- SAUNDERS, Ben. Reformulating Mill’s Harm Principle. *Mind*, vol. 125, n. 500, p. 1005-1032, 2016. Disponível em: <https://academic.oup.com/mind/article/125/500/1005/2277465>. Acesso em: 01 jun. 2021.
- SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen Römischen Rechts*. Berlin: Veit, 1840, vol. I.
- SCHABER, Peter. Achtung vor Personen. *Zeitschrift für philosophische Forschung (ZPhF)*, v. 61, n. 4, p. 423-438, 2007.
- SCHMOLKE, Klaus Ulrich. *Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.
- SCHNEIDER, Ingrid. Die Nicht-Kommerzialisierung des Organtransfers als Gebot einer Global Public Policy. In: TAUPITZ, Jochen (Ed.). *Kommerzialisierung des menschlichen Körpers*. Berlin: Springer, 2007, p. 109-127.
- SCHWABE, Jürgen. Der Schutz des Menschen vor sich selbst. *JuristenZeitung (JZ)*, vol. 53, n. 2, p. 66-75, 1998.
- SINGER, Reinhard. Das Sozialmodell des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Wandel. In: GRUNDMANN, Stefan et al. *Festschrift 200 Jahre Jur. Fak. HU Berlin*. Berlin: De Gruyter, 2010, p. 981-1014.
- SINGER, Reinhard. Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz des Menschen vor sich selbst. *JuristenZeitung (JZ)*, vol. 50, n. 23, p. 1133-1141, 1995.
- STEIN, Lorenz von. *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage*, reimpr. München: Drei-Masken-Verl., 1972.
- STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. München: C. H. Beck, 1988, vol. III/1.
- THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge*. London: Penguin Books, 2009.
- THOLE, Christoph. §680 Geschäftsführung zur Gefahrenabwehr. In: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan et al. (Org.). *Beck-Online.Grosskommentar (BeckOGK). Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*. München: C.H.Beck, 2019.

TIEDEMANN, Paul. *Menschenwürde als Rechtsbegriff*. 3. ed. Berlin: BWV, Berliner Wiss.-Verl., 2012.

UN. HUMAN RIGHTS COMMITTEE. Communication N° 854/1999.

WEITNAUER, Hermann. Die unverzichtbare Handlungsfreiheit. In: BÖKELMANN, Erhard; WEBER, Friedrich; HENCKEL, Wolfram *et al.* *Festschrift für Weber*. Berlin: De Gruyter, 1975, p. 429-440.

WENDTLAND, Holger. §138. In: HAU, Wolfgang; POSECK, Roman. *Beck'scher Online-Kommentar (BeckOK) BGB*. München: C. H. Beck, 2019.

WOLF, Jean-Claude. Die liberale Paternalismuskritik von John Stuart Mill. In: ANDERHEIDEN, Michael; BÜRKLI, Peter; HEINIG, Hans Michael *et al.* (Ed.). *Paternalismus und Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 55-68.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

NEUNER, Jörg. Paternalismo no Direito Privado. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 15, n. 44, p. 51-80, jan./jun. 2021.

---

Recebido em: 03.06.2021

Aprovado em: 04.06.2021

Cota convite