

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
HERMENÊUTICA, CONSTITUIÇÃO E CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS

RICARDO ZAMORA

**LIMITES DO PODER DE POLÍCIA FRENTE AO DIREITO À LIBERDADE
INSCRITO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988.**

São Leopoldo

2011

RICARDO ZAMORA

**LIMITES DO PODER DE POLÍCIA FRENTE AO DIREITO À LIBERDADE
INSCRITO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988.**

Dissertação de Mestrado apresentada como requisito para obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado em Direito, Área de Concentração em Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

Orientador: Profa. Dra. Fernanda Frizzo Bragato

São Leopoldo

2011

FICHA CATALOGRÁFICA

Z251 Zamora, Ricardo

Limites do poder de polícia frente ao direito à liberdade inscrito na
Constituição Brasileira de 1988 / Ricardo Zamora. – São Leopoldo,
UNISINOS, 2011.

121 f.

Orientador: Profa. Dra. Fernanda Frizzo Bragato.

Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos.
Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo, BR-RS, 2011.

1. Direito. 2. Hermenêutica. 3. Constituição. 4. Filosofia política.
5. Liberalismo político. 6. Princípio do dano – Justiça. 7. Poder de polícia
– Limite. 8. Hábito saudável. I. Universidade do Vale do Rio dos Sinos.
Programa de Pós-Graduação em Direito. II. Bragato, Fernanda Frizzo.
III. Título.

CDU 342.4

Bibliotecária: Ana Lucia Wagner – CRB10/1396

TERMO DE APROVAÇÃO

Ricardo Zamora, autor da Dissertação intitulada “Limites do poder de polícia frente ao direito à liberdade inscrito na Constituição brasileira de 1988” e apresentada como requisito final para obtenção do certificado de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado em Direito, Área de Concentração em Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, submeteu seu trabalho à banca avaliadora na data abaixo e foi aprovado.

Porto Alegre, ____ de _____ de ____.

DEDICATÓRIA

Este trabalho é dedicado ao amigo Sérgio Weigert, que inspirou uma geração de conterrâneos para o estudo da filosofia e o debate político.

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, Maria Julia, pelo apoio de todas as horas e, sobretudo, pela força do exemplo, sempre decisivos no rumo de meus estudos.

Aos meus familiares e amigos pela compreensão, afinal era deles o tempo de estudo dispensado a este trabalho.

Ao meu ex-orientador Wladimir Barreto Lisboa, pelo incentivo e alguns conselhos que se revelaram realmente muito sábios.

À minha orientadora Fernanda Frizzo Bragato, por ter aceitado o desafio e pela orientação paciente e altamente qualificada.

Uma busca pela significação da proibição acarreta inevitavelmente uma busca pela significação da liberdade.

Michel Fize

RESUMO

A partir de um caso ocorrido no ano de 2006, em um estabelecimento comercial denominado Bar Tuim, no centro da cidade de Porto Alegre, Estado do Rio Grande do Sul, Brasil, em que frequentadores entraram em disputa física com agentes da Prefeitura Municipal em torno da interpretação do alcance de uma lei de polícia administrativa, esta dissertação apresenta critérios para definição de limites do poder de polícia frente ao direito à liberdade individual inscrito na Constituição Federal. O caso concreto conduz a uma hipótese de fato, qual seja, a de que há um novo paradigma existencial na sociedade contemporânea, que se denominou paradigma existencial dos hábitos saudáveis, caracterizado como uma supervalorização dos cuidados com a saúde como modo de vida. O pressuposto deste trabalho é justamente o de que esse novo paradigma existencial vem pondo em marcha sucessivas e crescentes proibições no terreno atinente aos hábitos individuais, tendentes a limitar a liberdade individual das pessoas. O novo paradigma existencial é examinado à luz de várias teorias que procuram explicar a realidade contemporânea. Para definir critérios aptos a delinear limites ao instituto do poder de polícia, recorre-se à disciplina da filosofia política para, a partir de conceitos próprios desta, aportar elementos de conteúdo para construir critérios para a definição de limites. Esses elementos de conteúdo são elencados a partir da escola do liberalismo político europeu do século XIX, do liberalismo político contemporâneo e da filosofia política norte-americana. Partindo dessa hipótese de fato, procuraremos estabelecer critérios para a definição de limites à ação do Estado no que se refere a proibições relativas aos hábitos individuais. A presente dissertação é também uma contribuição à crítica a determinados aspectos do modo de vida contemporâneo, no que se refere à supervalorização dos hábitos saudáveis.

Palavras-chaves: poder de polícia, limites, constituição, hábitos saudáveis, filosofia política, liberalismo político

ABSTRACT

After an event held in the year of 2006, at Bar Tuim, a business premise, located at downtown of Porto Alegre, Estado do Rio Grande do Sul, Brazil, in which customers disagreed with Porto Alegre Council employees about the interpretation of an administrative police law scope, this paper presents some criterion for the definition of the police power boundaries in what refers to the right of personal freedom in Brazil Federal constitution. The present case leads us to the hypothesis that there is a new existential paradigm in the contemporary society which refers to healthy habits and is characterized as an overvaluation of health care as a way of life. This work assumption is exactly that this new existential paradigm is raising successive and growing prohibitions in the field of individual habits, which might limitate our individual freedom. We analyzed this new existential paradigm using many theories which intend to explain the contemporary reality. In order to define some criteria useful for drawing the boundaries of the police power institute, we have appealed to the discipline of political philosophy so that we can through its concepts access some elements important to develop criteria for defining these boundaries. These content elements can be seen in the political liberalism from the European school of the nineteenth century, in the contemporary political liberalism, and in the North American political philosophy. Through this hypothesis we intend to establish some criteria in the definition of boundaries to the State's actions in what refers to prohibitions related to individual habits. This paper also intends to be a contribution to the critic raised to several aspects in our contemporary way of live, as the overvaluation of healthy habits.

Keywords: police power, boundaries, constitution, healthy habits, political philosophy, political liberalism

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O PODER DE POLÍCIA	25
1.1 Características do poder de polícia	30
1.2 A formação histórica do Instituto.....	32
1.3 A crise do conceito de poder de polícia	35
1.4 Limites do poder de polícia	40
1.5 A definição dos limites como uma questão de filosofia política.....	46
2 UM FENÔMENO EMPIRICAMENTE CONSTATÁVEL	50
2.1 A sociedade disciplinar de Foucault.....	53
2.2 O Higienismo	62
2.3 Beneficência, autonomia e paternalismo	66
2.4 Panoptismo, Higienismo e Paternalismo	71
3 O CONCEITO LIBERDADE	73
3.1 Liberdade dos antigos e liberdade dos modernos	75
3.2 O liberalismo político clássico.....	81
3.3 Stuart Mill – Liberdade, Estado e maiorias	83
3.4 Humboldt – Liberdade e pluralismo	88
3.5 O legado do liberalismo clássico	90
3.6 Dworkin – O liberalismo da igualdade	94

3.7 A leitura moral da constituição	94
3.8 O liberalismo da igualdade	97
3.9 A liberdade como conceito de combate.....	99
CONCLUSÃO.....	101
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	116

INTRODUÇÃO

O grande e predominante princípio, para o qual todo argumento desenvolvido nessas páginas converge diretamente, é a absoluta e essencial importância do desenvolvimento humano em sua mais rica diversidade.
Wilhelm von Humboldt

I

Sabe-se que, na primeira edição de seu célebre ensaio intitulado *Sobre a Liberdade*, John Stuart Mill, talvez o mais importante teórico do liberalismo político clássico, fez constar em epígrafe a frase reproduzida acima, de Wilhelm von Humboldt¹, outro expoente dessa mesma escola. Fizemo-la constar por razões simbólicas, já que é de símbolos que se faz a política, mas, também, eventualmente, a filosofia e os debates acadêmicos. É que é preciso deixar assente, desde logo, o que a presente dissertação não é. Ela não é, por qualquer modo, uma defesa do tabagismo, do alcoolismo ou de quaisquer outros hábitos prejudiciais à saúde.

Antes, trata-se da tentativa de estabelecer uma crítica ao que adiante caracterizaremos como o paradigma existencial dos hábitos saudáveis, que é uma das características das atitudes popularmente chamadas de politicamente corretas. A hipótese deste trabalho é justamente a de que este novo paradigma existencial, característico das sociedades ocidentais contemporâneas, vem pondo em marcha sucessivas e crescentes proibições no terreno atinente aos hábitos individuais, tendentes a limitar a liberdade individual das pessoas. A partir dessa hipótese de fato, procuraremos estabelecer critérios para a definição de limites à ação do Estado no que se refere a proibições relativas aos hábitos individuais.

Esta hipótese de fato – a de que há um novo paradigma existencial dos hábitos saudáveis – funciona, na presente dissertação, como um ponto de partida empiricamente constatável, do qual não nos ocuparemos em demonstrar. Trata-se de uma evidência. Nunca

¹ HUMBOLT, Wilhelm von. *Os limites da ação do Estado*. Introdução do Editor da edição americana. Rio de Janeiro: Topbooks Editora, 2004, p. 55.

antes, como hoje, a sociedade valorizou os hábitos de vida saudáveis, o que tende a gerar a proscricção do seu contrário: os hábitos de vida não saudáveis. Como consequência – este é o ponto, o novo paradigma gera uma dinâmica marcadamente restritiva da diversidade existencial, uma uniformização dos hábitos individuais ou uma exacerbação disso.

O substrato teórico desse fenômeno buscaremos em três fontes, coincidentes neste caso, mas bastante diversas entre si: o Higienismo Médico do século XIX, que serviu de base para a modernização do Brasil e que impôs uma nova ordem urbana ao país no final do período colonial²; a Sociedade Disciplinar, ou Panoptismo, de Michel Foucault, conceito pela primeira vez apresentado num ciclo de palestras proferido no Brasil e intitulado *A verdade e as formas jurídicas*,³ no qual Foucault sustenta que a sociedade contemporânea se caracteriza mais pela preocupação com o controle das ações e virtualidades dos indivíduos do que com a punição de suas infrações; e o Paternalismo,⁴ conceito da área da ética médica, que admite a beneficiência, a promoção da saúde do paciente, mesmo contra as escolhas autônomas que esse indivíduo possa vir a ter.

A busca por limites procurará respostas nas reflexões do liberalismo político clássico – daí a referência a Mill, Humboldt e outros expoentes da filosofia política do século XIX – e nas suas reflexões sobre a liberdade como repositório da autonomia e da diversidade humanas. Destaca-se John Stuart Mill, o mais proeminente teórico dessa escola, que teorizou sobre a necessidade, para o bem do desenvolvimento das potencialidades humanas, de se preconizar um espaço de autonomia individual, nos assuntos atinentes às escolhas de modos de vida, imune à ação não apenas do Estado, mas imune, também, à ação da sociedade, da opinião das maiorias.

Além de expoentes clássicos do pensamento liberal, a presente dissertação valer-se-á também de autores atuais que refletiram sobre esta temática, tais como: Norberto Bobbio e Ronald Dworkin. Bobbio é com certeza o autor contemporâneo que mais insistiu quanto ao fato de que o programa do liberalismo político possui valor universal e permanente e de que seus postulados são incontornáveis para qualquer projeto humanista de sociedade⁵. Dworkin, por seu turno, possui relevância por defender uma visão peculiar do liberalismo, sustentando

² COSTA, Jurandir Freire. *Ordem médica e norma familiar*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1983.

³ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003. p. 86.

⁴ BEAUCHAMP, Tom L. e CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

⁵ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia – Uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 109.

que a sua moralidade constitutiva não é a liberdade, mas a igualdade, querendo com isso significar que o dever primeiro do Estado é tratar os indivíduos com igual consideração, mantendo neutralidade quanto a o que é uma boa vida.⁶

A reflexão partirá de um caso concreto: o caso do Bar Tuim, um incidente ocorrido no ano de 2006, no centro da cidade de Porto Alegre, Estado do Rio Grande do Sul, Brasil, quando populares frequentadores desse estabelecimento reagiram à execução de uma sanção estatal, que, com base na legislação de polícia administrativa, pretendia punir um bar que se autoproclamava exclusivo para fumantes.

Dois são os sentidos da escolha desse caso concreto. O primeiro é que há uma confrontação em torno de uma interpretação da Lei. Os populares envolvidos sustentavam um determinado entendimento sobre os limites de proibição que aquela norma poderia ensejar, e o Estado sustentava outro: um típico caso de sedição ou desobediência civil⁷. O segundo sentido é que o caso funciona como uma situação-limite ou uma situação que suscita o debate sobre limites.

II

No dia 13 de julho de 2006, foi promulgada a Lei Complementar nº 555, aprovada pela Câmara Municipal de Vereadores, “que proíbe, no Município de Porto Alegre, o uso de produtos fumígenos em recintos coletivos e em recintos de trabalho coletivo, exceto para as áreas destinadas exclusivamente a esse fim, desde que devidamente isoladas e com arejamento conveniente”.

A Lei representou um marco na questão da proibição do cigarro em ambientes públicos na cidade de Porto Alegre. Até então, vigorava uma mera separação física, em ambientes que poderiam, inclusive, ser contínuos, entre fumantes e não fumantes. A nova regulamentação de polícia administrativa consagrou, como regra, a proibição de fumar, excetuando-se as áreas exclusivas, denominadas *fumódromos*.

⁶ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 306.

⁷ THOREAU, Henry David. *Desobediência civil*. Porto Alegre: L&PM, 1997.

Houve grande repercussão na cidade. O debate maior centrou-se no caso dos bares e restaurantes, seja porque a proibição em repartições públicas e no comércio em geral era mais antiga e, ao que se sabe, vinha sendo observada, seja porque o hábito de fumar está mais fortemente associado ao consumo de bebidas alcoólicas. De qualquer sorte, o fato é que houve grande repercussão nessa área. Como a penalidade pecuniária recaía apenas sobre o responsável pelo estabelecimento – o comerciante –, limitando-se a penalização ao fumante à mera advertência verbal, passou-se a discutir a justiça desse dispositivo, tido como excessivamente rigoroso com o comerciante e brando com o fumante, o infrator propriamente dito.

A Secretaria Municipal de Indústria e Comércio (SMIC) estabeleceu um período inicial para esclarecer os destinatários da norma, limitando-se, nesse período, a notificar os estabelecimentos para que tomassem providências para o seu cumprimento, que eram a afixação de placas informando a proibição e, para os que desejassem, a construção de “áreas destinadas ao atendimento de fumantes”. Para os estabelecimentos que não possuíssem as áreas exclusivas, a proibição era total.

Com o início das autuações, o debate intensificou-se. As rádios, os jornais e os programas de debates noturnos das televisões discutiram amplamente o assunto. Além, é claro, das pesquisas e enquetes, que alimentavam a polêmica.

Como quer que seja, o fato é que esse assunto fervia na manhã do dia 20 de julho do ano de 2006, no nº 333 da Rua General Câmara, mais conhecida pelo antigo nome de *Rua da Ladeira*, endereço do tradicional Bar Chopp Tuim, estabelecimento com mais de 60 anos, 35 dos quais naquele local. O Tuim é um típico *boteco*, como muitos outros nos centros das cidades, que servem tira-gostos regados a chopp. Por evidente, ali também grassa o consumo generalizado de tabaco. Como o estabelecimento é muito pequeno, não comportando área exclusiva, o cigarro teria de ser totalmente banido.

Após algum debate entre os proprietários e os frequentadores mais assíduos, os presentes resolveram afixar uma placa de bom tamanho na porta do estabelecimento, com os seguintes dizeres: *Bar Exclusivo para Fumantes*. A iniciativa de afixação da placa, tida, não sem uma certa razão, como provocativa, despertou a reação enérgica das autoridades.

Seguiu-se que a fiscalização da Secretaria Municipal de Indústria e Comércio foi ao local e retirou a placa. Estava instalado o tumulto. Indignação de frequentadores, a Brigada

Militar foi chamada e compareceu ao local. Nesse ínterim, a placa foi retomada dos fiscais pelos frequentadores, que insistiam em recolocá-la no lugar. Após ainda algum tumulto, houve a emissão do auto de infração e multa de R\$ 414,38 (quatrocentos e quatorze reais e trinta e oito centavos). Com a retirada dos fiscais e da Brigada Militar, a situação voltou à normalidade. E a placa foi recolocada.

Note-se que os sediciosos do bar Tuim tinham perfeita consciência de sua ação política e uma intuição jurídica muito clara sobre os limites das proibições numa sociedade livre. Consta que, no tumulto e mesmo nas entrevistas que se seguiram, a alegação era a de atentado à liberdade individual: se a lei visava proteger a sociedade em geral, a saúde pública, o direito dos não fumantes, não poderia, em última análise, proibir a existência de um estabelecimento exclusivo para adultos que desejassem dedicar-se ao hábito de fumar.

III

A Lei Complementar nº 555, de 13 de julho de 2006, é uma norma jurídica de polícia administrativa, que, como tal, se destina a regular o exercício da liberdade e os usos da propriedade com vistas a harmonizá-los com os interesses gerais da sociedade, expressos na ordem pública. A natureza do poder de polícia reproduz, neste sentido, de maneira paradigmática, a própria função do direito segundo a concepção do Estado liberal, que nada mais é do que instrumento de limitação da liberdade e da propriedade com o objetivo de viabilizar o convívio entre os indivíduos na sociedade. Desde os contratualistas, pelo menos, que fundaram a concepção moderna do dever de obediência⁸, o sentido teleológico do Estado é justamente permitir o convívio comum das liberdades, mediante sua limitação e sua sujeição à ordem jurídica.

Deve-se a Kant, tido como o primeiro e mais importante filósofo do liberalismo político⁹, a invenção da ideia de que o Direito é um sistema fundado na compatibilidade das liberdades. Na sua obra *Doutrina do Direito*, enuncia o seu princípio universal de Direito,

⁸ BERLIN, Isaiah. *Idéias políticas na era romântica* – ascensão e influência no pensamento moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 72.

⁹ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

segundo o qual “é justa toda a ação que por si, ou por sua máxima, não constitui um obstáculo à conformidade da liberdade do arbítrio de todos com a liberdade de cada um segundo leis universais”.¹⁰

A presente dissertação recorrerá à lição dos clássicos do liberalismo político, em busca de elementos de conteúdo que permitam estabelecer os limites das normas de polícia ou, por outra, verificar até que ponto as normas de polícia podem proibir condutas. Conforme se verá a seguir, a doutrina contemporânea do Direito Administrativo é toda voltada para a crítica da ideia de que haveria um “poder” autônomo de polícia, supralegal, à disposição das autoridades, para ser usado ao seu bel prazer. Esses críticos acentuam a estrita vinculação do instituto do poder de polícia à Lei e à Constituição. Bem, o problema de que nos ocuparemos é outro. Posto que o instituto cinge-se à Lei, até que ponto pode a Lei, mantendo-se constitucional, proibir condutas numa sociedade livre?

IV

O limite das proibições, que podem ser veiculadas pelas normas jurídicas de polícia administrativa, tal como a Lei Complementar nº 555, deve ser buscado no *caput* do Art. 5º da Constituição Federal, que expressa a garantia constitucional da inviolabilidade do direito à liberdade¹¹. É esta garantia o elemento que deve oferecer respostas sobre a questão dos limites das proibições.

O problema que se apresenta é que o dispositivo constitucional do Art. 5º, que garante a inviolabilidade do direito à liberdade, é uma cláusula geral, vale dizer, uma proposição jurídica com conteúdo aberto, que admite diversas acepções. Fora do âmbito da ciência (ou da filosofia) jurídica, mais propriamente no terreno da filosofia política, também são variadas as significações possíveis do conceito de liberdade. Frente a uma situação em que impera a polissemia, o objetivo deste trabalho é uma tentativa de oferecer elementos para a definição

¹⁰ KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*. São Paulo: Ícone, 1993. p. 46.

¹¹ “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, **garantindo-se** aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País **a inviolabilidade do direito** à vida, **à liberdade**, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.” CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 04 (grifos nossos).

de um conteúdo mínimo para o conceito contemporâneo de liberdade, capaz de moldar limites para as normas de polícia.

É frequente nos debates sobre hermenêutica jurídica a ideia de que há uma dissociação entre os conceitos de texto e norma. O texto seria apenas um registro de entrada do trabalho interpretativo, sendo a função desse último, justamente, buscar a definição da norma jurídica constante do texto, normalmente relacionado com um chamado “caso concreto”. Essa abordagem, obviamente, supera toda a simplificação da ideia de que o texto, em si, carregue o seu significado e, mais importante ainda, de que haja um determinado significado e apenas um significado, “colado” ao texto. Para usar uma frase feliz de Streck, “o texto não existe em uma espécie de ‘textitude’ metafísica”¹².

Não será objeto desta dissertação, no entanto, o exame dos diversos projetos que se apresentam para solucionar o problema da dissociação entre texto e norma, tais como a referida Hermenêutica Filosófica de Lênio Streck ou a Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller. Antes, procederemos de modo analítico, partindo da evidência de que o texto *liberdade* do Art. 5º da Constituição não encerra sua norma, devendo esta ser construída a partir do estabelecimento de determinados valores, relacionados a uma determinada moralidade política.

Nesse sentido, nossa análise aproxima-se mais da proposta de Dworkin, que propugna o que denomina de a leitura moral da Constituição. No livro *O direito da liberdade – A leitura moral da Constituição norte-americana*, mais especificamente na introdução, denominada *A leitura moral e a premissa majoritária*, Dworkin sustenta que os dispositivos da Constituição americana mais abstratos devem ser interpretados como fazendo referência a princípios morais de decência e justiça. Além disso, propugna pela análise histórica e pela sua conhecida exigência de integridade constitucional. Para ele, a Declaração de Direitos determina que o Estado deve tratar todas as pessoas sujeitas ao seu domínio como dotadas do mesmo status moral e político; deve tratar todas as pessoas com a mesma consideração (*equal concern*); e deve respeitar as liberdades individuais que forem indispensáveis para esses fins, entre as

¹² STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas – Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 169. Ver, também, Friedrich Müller: “[A] norma jurídica não está já contida no código legal. Este contém apenas formas preliminares, os textos das normas. Estes, por sua vez, se diferenciam sistematicamente da norma jurídica, a ser primeiramente produzida, i.é., ‘trazida para fora’ em cada processo individual de decisão jurídica”. MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 129.

quais (mas não somente) as liberdades mais especificamente declaradas no documento, como a liberdade de expressão e a liberdade de religião.¹³

Mesmo considerando as abissais diferenças entre o regime constitucional americano e o brasileiro, a proposta dworkiana pode auxiliar enormemente na tarefa deste trabalho, principalmente, por meio da ideia de que um conceito abstrato como é o de liberdade, deve ter seu conteúdo interpretado a partir da afirmação de uma determinada moralidade política. Essa moralidade tem uma história e guarda uma relação de integridade com a tradição constitucional do país, de modo que os juízos, nesse sentido, se não são deduzidos da simples interpretação jurídica, também não são meramente arbitrários.

V

O fundamento teórico deste trabalho estará assentado na perspectiva dos valores do Iluminismo e em sua vocação pluralista herdada da antropologia liberal, para o qual a diversidade das formas de vida é esteticamente enriquecedora e eticamente valiosa, desde que as práticas dos indivíduos não violem princípios universais de justiça¹⁴.

O programa do liberalismo político clássico sempre teve em vista a diversidade dos modos de vida, o dissenso de pontos de vista, tidos como elementos enriquecedores da vida humana. Deve-se a Humboldt a noção de que o Homem tende ao desenvolvimento completo e harmonioso de todas as suas potencialidades, mas, para isso, necessita de liberdade e o que chama de “uma variedade de situações”. “A liberdade constitui a primeira e indispensável condição que um semelhante desenvolvimento pressupõe; no entanto, existe além disso uma outra condição essencial – intimamente conectada com a liberdade, é bem verdade -, uma variedade de situações.”¹⁵

¹³ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade* – A leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 11.

¹⁴ ROUANET, Sergio Paulo. *Mal estar na modernidade: ensaios. Iluminismo ou barbárie, a crise da civilização moderna*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. p. 34.

¹⁵ HUMBOLDT, Wilhelm von. *Os limites da ação do Estado*. Introdução do Editor da edição americana. Rio de Janeiro: Topbooks Editora, 2004. p. 143.

A dita variedade de situações reduz-se em um ambiente de regulações estatais excessivas, no que se refere ao modo de vida, gerando uma uniformidade que, normalmente, leva à restrição do desenvolvimento das potencialidades humanas.

VI

O conceito de liberdade individual ou, mais genericamente falando, de liberdade não é um conceito especificamente jurídico. Antes, as disciplinas jurídicas, a ciência e a filosofia jurídicas, tomam-no de uma outra disciplina que é a filosofia política. Desde sempre, essa disciplina ocupou-se dos temas relativos ao dever de obediência e à legitimidade do poder. Por que devemos obedecer a outrem, ao Estado, ao soberano? A quem e por qual motivo devemos obedecer. “Trata-se aqui do problema bem conhecido da natureza e da função do dever de obediência política.”¹⁶ Os temas da filosofia política, nessa acepção, significam uma reflexão em última análise sobre a legitimidade do poder.

Ao discutirmos o conteúdo contemporâneo do conceito de liberdade, vale dizer, ao discutirmos até onde, a partir de que matérias, com base em que razões o Estado pode proibir condutas, estaremos obviamente saindo da seara propriamente da ciência ou da filosofia jurídicas e estaremos adentrando numa outra disciplina, aquela que, no dizer de Berlin¹⁷, discute o problema da obediência. Trata-se, assim, de saber até onde pode o Estado limitar a liberdade individual, considerando-se que a Constituição Federal garante a inviolabilidade desse direito.

O conceito de liberdade possui uma infinidade de sentidos. Mais do que isso, seus sentidos possíveis foram diversos no curso do processo histórico. Por meio de uma paráfrase de Constant,¹⁸ pode-se dizer que a liberdade dos antigos não é a mesma liberdade dos modernos. Ademais, mesmo na era moderna, esse conceito sofreu profundas transformações

¹⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política – A filosofia política e a lição dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 68.

¹⁷ “(...) no coração da filosofia política propriamente dita está o problema da obediência, e que é no mínimo conveniente ver as questões tradicionais do assunto em termos desse problema.” BERLIN, Isaiah. *Idéias políticas na era romântica – ascensão e influência no pensamento moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 79.

¹⁸ CONSTANT, Benjamin. Da Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos. *Revista de Filosofia Política*. Porto Alegre: L&PM, 1985.

em sua concepção, desde uma visão da liberdade como adequação à vontade divina, à natureza humana ou aos ditames da razão, até o conceito contemporâneo.

Visto, assim, como um problema de filosofia política, o conteúdo do conceito ou a norma que o texto “liberdade” encerra deve admitir a possibilidade de um pluralismo de proposições. Esse pluralismo de proposições decorre da natureza da esfera pública nas sociedades e nos Estados liberal-democráticos contemporâneos¹⁹, que põe em debate as diversas concepções de mundo (antropologias filosóficas), o que vem a ser (ou deveria ser) o conteúdo do debate político. Desse modo, visões de mundo conservadoras, liberais, positivistas no sentido filosófico e totalitárias implicam em posições diversas sobre o conteúdo da norma contida no texto “liberdade”.

A questão que exsurge da situação acima descrita é a seguinte: diante dessa pluralidade de proposições, haveria um conteúdo mínimo, digamos invariável, do conceito de liberdade? O objetivo deste trabalho é responder a essa questão.

VII

Realizaremos uma divisão em três capítulos. No primeiro capítulo, apresentaremos uma análise do instituto jurídico administrativo do poder de polícia. Ao modo da doutrina administrativista, que combina análises com a citação de doutrinadores, apresentaremos um conceito do instituto, uma análise histórica de sua formação e configurações atuais, além da compilação de suas características principais. Dois autores se destacam nesse ponto: Celso Antônio Bandeira de Mello e Ruy Cirne Lima. O primeiro ressalta-se pela completude das formulações, em cuja definição do instituto do poder de polícia praticamente todos os administrativistas se baseiam; o segundo, pelo modo de abordagem, em que o destaque para a precedência dos direitos individuais sobre as prerrogativas de polícia e a estrita vinculação à Lei são como antecipações, em décadas, das críticas hoje usuais às características do instituto do poder de polícia. A relevância da abordagem de Cirne Lima deve-se a este ineditismo, mormente se se tiver em conta que a sua obra, *Princípios de Direito Administrativo*, agora

¹⁹ TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. São Paulo: Edições Loyola, 2000. p. 275.

reeditada²⁰, foi na verdade escrita na década de 50, o que só faz aumentar a importância do sentido democrático e liberal de sua abordagem.

Examinaremos as formulações de Gordillo²¹ e Sundfeld²² e a ideia comum de que o conceito de poder de polícia encontra-se historicamente superado, devendo ser substituído por outras formulações. A contribuição da crítica desses autores, conforme se verá no capítulo primeiro, é fundamental em termos políticos, mormente em países como o Brasil, de escassa tradição democrática e em cujo registro de vários períodos históricos os direitos humanos foram sistematicamente desrespeitados. A perspectiva desses autores é aquela denominada *ex parte populi* por uma clássica díade proposta por Bobbio²³; quer dizer, a perspectiva dos direitos individuais como anteriores e superiores às prerrogativas do Estado (*ex parte principii*).

A despeito dessas contribuições, no entanto, procuraremos demonstrar que suas proposições produzem tão somente mudanças terminológicas quanto ao instituto e que os problemas teóricos e práticos encerrados pela função do Poder de Polícia seguem sendo os mesmos que sempre foram.

VIII

O segundo capítulo demonstrará a existência do novo paradigma existencial dos hábitos saudáveis. Já que este é uma evidência empiricamente constatável, este trabalho procurará elementos da formação desse novo paradigma em várias teorias que se ocuparam em ressaltar determinados elementos da realidade social. Em especial, tratar-se-á do Higienismo Médico, movimento introduzido no Brasil no século XIX, que preconiza a disseminação dos hábitos saudáveis como forma de controle social. Esse movimento, que já

²⁰ LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

²¹ GORDILLO, Agustín A. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Macchi-Lopes, 2000.

²² SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.

²³ BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade* – para uma teoria geral da política. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 63.

experimentou diversos períodos de larga influência no Brasil²⁴, parece estar também na base do consenso que se faz hoje em torno do ideal de vida saudável.

Uma das características desses períodos de influência do higienismo é o prestigiamento do saber médico.²⁵ Esse fato está indubitavelmente presente nas circunstâncias atuais, em que médicos são alçados quase à condição de celebridades, publicam livros (por sinal, sobre hábitos saudáveis) que figuram nas listas de mais vendidos, possuem quadros em programas de televisão, entre outros fenômenos.

Outro aspecto que será preciso examinar é que o higienismo posiciona-se e vê a si mesmo como uma espécie de ortopedia moral. Visto que tem como pressuposto uma antropologia filosófica²⁶ claramente positivista, concebe os hábitos de vida saudáveis como procedimentos cujo objetivo e alcance extrapolam, em muito, a mera saúde física, respondendo não apenas pela higidez psicológica (o *mens sana in corpore sano*), mas, inclusive, pelas qualidades (ou defeitos) morais.

Ainda, no plano sociológico, examinaremos o conceito de Sociedade Disciplinar, ou Panoptismo, formulado por Michel Foucault. O interesse em Foucault deve-se ao fato de que este descreve determinadas características da sociedade contemporânea, concluindo que uma das mais importantes é a preocupação com o controle dos indivíduos, a uniformização de condutas, o controle das ações e virtualidades dos indivíduos.

O termo panoptismo é uma invenção de um outro liberal importante, Jeremy Bentham, e oferece uma imagem interessante da ideia de controle com a qual Foucault trabalha. *Panopticon* era um edifício em forma de anel, no meio do qual havia uma torre. O anel se dividia em celas que podiam ser vistas da torre. Em cada cela, havia, conforme a natureza da instituição, uma criança aprendendo, um prisioneiro, um operário, todos vigiados pela torre. Para Foucault, o *panopticon* é a utopia da sociedade que atualmente conhecemos²⁷.

No segundo capítulo, por fim, examinaremos o conceito, tomado da disciplina da ética biomédica, do Paternalismo. Este se relaciona a uma atitude, no trato dos pacientes, que

²⁴ GÓIS JUNIOR, Edivaldo e LOVISOLO, Hugo Rodolfo. Descontinuidades e continuidades do movimento higienista no Brasil do século XX. *Revista Brasileira da Ciência do Esporte*, v. 25, n. I, p. 41-54, set. 2003.

²⁵ COSTA, Jurandir Freire. *Ordem médica e norma familiar*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1983. p. 147.

²⁶ Para uma descrição do conflito entre uma antropologia filosófica de cunho positivista e outra liberal, ver: BERLIN, Isaiah. *Idéias políticas na era romântica – ascensão e influência no pensamento moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p.63 e ss.

²⁷ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003. p. 86.

concede a promoção da saúde destes, mesmo contra as suas escolhas autônomas. Este parece ser o caso, de alguma forma, das legislações que serão examinadas.

IX

O terceiro e último capítulo será dedicado a demonstrar que os direitos liberdades presentes em nosso ordenamento jurídico possuem um conteúdo mínimo, imutável, que consta em democracias liberais, como o Brasil, e que não pode ser suprimido por eventuais maiorias através da legislação ordinária. Em outras palavras, voltando ao caso do Bar Tuim, a legislação votada na Câmara Municipal de Porto Alegre, embora não tenha tratado desse tema específico, não pode (ria) proibir um bar exclusivo para fumantes, porque essa atitude seria atentatória ao conteúdo mínimo do conceito contemporâneo de liberdade.

Para demonstrar tal entendimento, apresentaremos elementos de conteúdo propostos por diversos autores liberais. Como sabido, o liberalismo político clássico foi aquela escola que floresceu na Europa do século XIX, na França e Inglaterra, principalmente, e que tematizou aqueles que depois foram caracterizados como os direitos fundamentais de primeira geração. Dentro da tradição pluralista²⁸ do liberalismo desse período histórico, trabalharemos principalmente Benjamin Constant, Stuart Mill e Wilhelm von Humboldt.

O critério para seleção dos autores está relacionado com a contribuição específica que tiveram na moldagem de um dos paradigmas teóricos desta dissertação, que é a questão dos limites da ação do Estado naquilo que se refere especificamente aos hábitos individuais, o modo de vida. Autores outros, como Montesquieu, por exemplo, tematizaram as instituições estatais numa perspectiva estrutural, analisando e prescrevendo formas de controle e limitação do poder do Estado, de modo a enfraquecê-lo, fragmentá-lo. Nesse caso, a liberdade individual é um resultado-reflexo, e não o objeto de apreciação propriamente temática. O Estado é limitado por sua estrutura interna, e não pela consideração de que determinadas matérias estejam imunes à sua ação.

²⁸ A observação de Bobbio quanto à natureza plural do liberalismo político é acompanhada também por Celso Lafer, para quem: “Esses autores, se tem afinidades, caracterizam-se também por apreciáveis diferenças. Por isso, pode-se dizer que a doutrina liberal é, desde suas origens, uma doutrina pluralista, com vários clássicos”. LAFER, Celso. *Ensaio Liberais*. São Paulo: Siciliano, 1991. p. 63.

Diferente é o liberalismo dos autores anteriormente citados, cujo objeto de análise são os domínios e em cujo campo é desejável que o Estado se abstenha de adentrar, equivalendo à definição do conteúdo específico das chamadas liberdades individuais.

Ao lado dos clássicos, como enunciado acima, trabalharemos autores contemporâneos como Bobbio e Dworkin.

X

Em um famoso ensaio sobre a filosofia da história em Tolstói, Isaiah Berlin²⁹ propôs uma divisão em dois tipos de pensadores e escritores, segundo suas inclinações intelectuais, que denominou ouriços e raposas. Através de um verso de Arquiloco, que diz: “A raposa conhece muitas coisas, mas o ouriço conhece uma grande”, Berlin dividiu os intelectuais entre aqueles que relacionam tudo a uma única visão central, um único sistema, que tem coerência e articulação, em função do qual compreendem e explicam os fenômenos, que são os ouriços; e aqueles que perseguem vários fins, muitas vezes não relacionados e até contraditórios, que não se guiam por um princípio geral, mas investigam em várias direções, valem-se de variados princípios e sistemas, que são as raposas. Os ouriços, diz, formulam de maneira centrípeta; as raposas, de maneira centrífuga.

A dicotomia proposta por Berlin, como apontou Lafer,³⁰ igualmente a toda dicotomia, apresenta sempre o risco da simplificação. Pode, no entanto, ser um ponto de partida interessante para pensar diferenças e simetrias. Não por acaso, o conhecimento é pródigo na formulação dessas díades, tais como: ser/dever ser, público/privado, Estado/sociedade, direito positivo/direito natural e assim por diante.

Dessa maneira, autores que propõem sistemas filosóficos, tais como Comte, Hegel ou Marx, tendem à perspectiva dos pensadores ouriço. E, ao contrário, autores que se valem de várias teorias e sistemas, que buscam a contribuição de pensadores de variadas inflexões, assumem a perspectiva dos autores raposa.

²⁹ BERLIN, Isaiah. Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios. In: BERLIN, Isaiah. *O ouriço e a raposa – um ensaio sobre a visão da história em Tolstói*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 447.

³⁰ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos – Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 13.

Por temperamento e afinidades intelectuais, este autor gostaria de posicionar a presente dissertação entre as formulações tributárias do pensamento dos intelectuais raposas. Não fosse por outro motivo, as experiências totalitárias do século XX já seriam suficientes para sugerir uma certa cautela em relação às filosofias sistêmicas, de inegável filiação aos pensadores ouriço.

Este trabalho é uma tentativa de estabelecer uma crítica às posturas denominadas politicamente corretas, no aspecto referente aos hábitos individuais. Para lograr êxito na tentativa, procuramos a contribuição de várias disciplinas, com destaque para a filosofia política, e vários autores com orientações as mais variadas. Se o resultado foi obtido, não nos cabe dizer. Quanto à diversidade de fontes, no entanto, deixamos registrado ser esta uma escolha consciente do autor.

1 O PODER DE POLÍCIA

*Fazendo polícia,
o Estado atua sobre realidades humanas*
Ruy Cirne Lima

O poder de polícia é uma função da Administração Pública, que se destina a regular o exercício da liberdade e os usos da propriedade com vistas a harmonizá-los com os interesses gerais da sociedade, expressos na ordem pública.

O ordenamento jurídico confere a todas as pessoas, aos nacionais e aos estrangeiros residentes no país, uma série de direitos, sendo alguns deles relacionados à fruição da liberdade e ao exercício do direito de propriedade. No que se refere ao Direito Administrativo, o exercício de tais direitos regula-se sob a denominação de poder de polícia, também chamado, em algumas circunstâncias, de polícia administrativa.

De um modo geral, os diversos autores do direito administrativo brasileiro,³¹ muito embora ressaltem aspectos diferentes do instituto e revelem preocupações variadas, apresentam certa uniformidade na conceituação do poder de polícia. Mesmo tomando-se autores pátrios de momentos históricos variados, tais como Cirne Lima e Cretella Junior, que obraram em período anterior à Constituição de 88, e autores atuais, como Juarez Freitas e Bandeira de Mello, vê-se, como no apanhado a seguir, esta uniformidade, tanto conceitual quanto no que se refere à enumeração dos elementos constitutivos da função do poder de polícia.

³¹ O universo denominado abrange *Direito Administrativo* de Diógenes Gasparini, *Direito Administrativo* de Maria Sylvania Zanella di Pietro, *Curso de Direito Administrativo* de Lúcia Valle Figueiredo, *Princípios de Direito Administrativo* de Ruy Cirne Lima, *Curso de Direito Administrativo* de Celso Antônio Bandeira de Mello, *Estudos de Direito Administrativo* de Juarez Freitas, *Curso de Direito Administrativo* de José Cretella Junior.

Celso Antônio Bandeira de Mello, sempre minudente em suas formulações, numa definição completa, conceitua este como:

A atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (“non facere”) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo.³²

Ruy Cirne Lima, no seu clássico *Princípios de Direito Administrativo*, perguntando qual a melhor conceituação do poder de polícia, apresenta uma definição contrastante com o conceito de justiça:

A nosso ver a melhor conceituação consistirá simplesmente em significar-se que a polícia é a contraparte da justiça. A justiça opera, no campo das relações sociais, a realização concreta da regra jurídica, aplicando-a, cogente e terminativamente, a cada caso sujeito. À polícia, ao revés, incumbe criar as condições gerais indispensáveis, para que os indivíduos, em ordem e harmonia, logrem conduzir, através do convívio cotidiano o desenvolvimento de suas relações sociais, independentemente de coação em cada caso concreto.³³

Juarez Freitas, de sua parte, assim define:

(...) poder de polícia como sendo qualquer restrição ou limitação coercitiva e privativamente imposta pelo Estado à esfera de atuação privada, colimando viabilizar, ordenadamente, o convívio de múltiplos exercícios de iniciativas particulares, não raro antagônicas entre si. É bem de ver, tem-se como pressuposto que o Estado exerce tal poder apenas com o escopo de harmonizar, mediante intervenção limitativa, o interesse individual com o interesse público.³⁴

José Cretella Junior, em definição mais antiga, formula da seguinte maneira o conceito:

³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 837.

³³ LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 304.

³⁴ FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 55.

O poder de polícia informa todo sistema de proteção que funciona, em nossos dias, nos Estados de direito. Devendo satisfazer a tríplice objetivo, qual seja, o de assegurar a tranquilidade, a segurança e a salubridade públicas, caracteriza-se pela competência para impor medidas que visem a este desideratum, podendo ser entendido como a faculdade discricionária da Administração de limitar, dentro da lei, as liberdades individuais em prol do interesse coletivo.³⁵

No caso do direito brasileiro, vige uma conceituação legal do instituto. O inciso II do artigo 145 da Constituição Federal menciona-o como fato gerador das taxas, cuja instituição pode ser de todos os entes federados; e sua definição legal é dada pelo artigo 78 do Código Tributário Nacional, que, também, tendo em vista a necessidade de definir o fato gerador das taxas, assim o conceitua:

Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.³⁶

Trata-se, pois, de um instituto com pelo menos três elementos centrais, que lhe conformam o conceito, quais sejam: primeiro, a circunstância de ser imposto coativamente pela Administração Pública e apenas por ela; segundo, ser uma limitação ao exercício da liberdade individual e aos usos da propriedade; e, terceiro, objetivar a proteção da coletividade, da vida em sociedade, dos direitos dos demais cidadãos.

Celso Antônio Bandeira de Mello,³⁷ citando formulação de Renato Alessi, adverte de início que não se pode confundir liberdade e propriedade com *direito de liberdade* e *direito de propriedade*. Isso porque não há e não pode haver limitação administrativa ao direito de propriedade e ao direito de liberdade, porque não pode haver em si direito abusivo que deva ser limitado, pois a limitação e a harmonia com os demais direitos integram o próprio perfil

³⁵ CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 601. A questão relativa à discricionariedade do instituto assumiu nos dias atuais um caráter extremamente controverso, como se verá nos títulos subsequentes.

³⁶ CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 17.

³⁷ CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 818.

do direito. Nesse sentido, as limitações administrativas que o poder de polícia impõe incidem sobre a liberdade e a propriedade, e não sobre o direito a elas.

Diz o autor:

De todo modo, entretanto, descaberia falar em limitação a direitos, pois os atos restritivos, legais ou administrativos, nada mais significam senão a formulação jurídica do âmbito do Direito. Exatamente por isso, é ilegal a ação da Administração que, a pretexto de exercer o poder de polícia, se interna na esfera legitimamente protegida da liberdade e da propriedade.³⁸

A questão suscitada é funcionalmente importante desde uma perspectiva liberal e democrática, pois, se o direito à liberdade já está harmonicamente condensado com os demais direitos, a lei de polícia administrativa deve apenas identificar seus contornos, não podendo inovar para limitá-los. E qualquer ação ou iniciativa legislativa nesse sentido incorreria no vício da inconstitucionalidade. A limitação *da liberdade*, por seu turno, opera no intuito de definir a configuração jurídica do direito, podendo, portanto, haver limitação a esta, mas não ao Direito.

Apesar da importância política da formulação de Celso Antônio, reproduzida por quase todos os administrativistas antes referidos, deve-se dizer que é formulação tributária de uma metafísica positivista; eis que um dos princípios centrais do Positivismo Jurídico é que o ordenamento jurídico é uma totalidade coerente (harmônica) e completa. Como sabemos, trata-se literalmente de uma ficção jurídica, pois, se algo se pode dizer sobre o ordenamento, é que ele não é harmônico e tampouco completo.³⁹

A natureza do poder de polícia reproduz, de maneira paradigmática, o próprio sentido do direito e do Estado, que nada mais são do que instrumentos de limitação da liberdade e da propriedade com vistas a viabilizar o convívio entre os indivíduos na sociedade. Desde os

³⁸ CRETILLA JUNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 820.

³⁹ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico – Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995. p. 132, 197/207.

contratualistas, pelo menos, que fundaram a concepção moderna do dever de obediência,⁴⁰ o sentido teleológico do Estado é justamente permitir o convívio comum das liberdades, mediante sua limitação e sua sujeição à ordem jurídica. É o sentido político do conceito de Estado civil que retira a humanidade do estado de natureza e viabiliza a harmonia e a paz social, mediante a limitação de parcelas da liberdade de cada membro da sociedade.

Maria Sylvia Zanella di Pietro chama atenção para esse último aspecto, transpondo-o para o Direito Administrativo, aduzindo que é própria do regime jurídico-administrativo a existência de prerrogativas e de sujeições. Diz ela:

(...) as primeiras concedidas à Administração, para oferecer-lhe meios para assegurar o exercício de suas atividades, e as segundas como limites opostos à atuação administrativa em benefício dos direitos dos cidadãos. Praticamente, todo o direito administrativo cuida de temas em que se colocam em tensão dois aspectos opostos: a **autoridade** da Administração Pública e a **liberdade** individual.⁴¹

Importa distinguir o poder de polícia da polícia administrativa. O primeiro conceito, geralmente, compreende tanto a função legislativa, as leis votadas no parlamento com o objetivo de regular o exercício da liberdade e os usos da propriedade, quanto a função administrativa, em que a Administração deve, com base nas leis, praticar atos de regulação da liberdade e da fruição da propriedade. O segundo conceito, mais estrito, abrange apenas as ações executivas, praticadas pelo Poder Executivo.

É novamente Celso Antônio quem define esse último sentido:

A expressão “poder de polícia” pode ser tomada em sentido mais restrito, relacionando-se unicamente com as intervenções, quer gerais e abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas (tais as autorizações, as licenças, as injunções), do Poder Executivo destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais.⁴²

⁴⁰ BERLIN, Isaiah. *Idéias políticas na era romântica – ascensão e influência no pensamento moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 72.

⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 107, grifos da autora.

⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 822.

O conceito de poder de polícia pode ser resumido em dois elementos nucleares: nas limitações à liberdade e à propriedade, de um lado; e no objetivo de harmonizar o exercício comum das liberdades e da propriedade por parte de todos os titulares de direitos fundamentais (todas as pessoas), de outro. Assim, a questão central torna-se a busca desse ponto de equilíbrio, no qual se pode legitimamente limitar liberdade e propriedade com vistas à harmonização.

1.1 Características do poder de polícia

A caracterização que nos parece a mais singela e, ao mesmo tempo, a mais abrangente e consentânea com a própria definição legal do instituto, aquela do artigo 78 do Código Tributário Nacional, é a proposta por Diogenes Gasparini. Para o autor, o poder de polícia seria caracterizado por quatro elementos, quais sejam: I – ser editado pela Administração Pública, ou por quem lhe faça as vezes; II – estar fundamentada num vínculo geral; III – ter em vista o interesse público e social, e IV – incidir sobre a liberdade ou sobre a propriedade.⁴³ O vínculo geral, também chamado de supremacia geral,⁴⁴ a que se refere a segunda característica, intenta abranger a todas as pessoas indistintamente, decorrendo da generalidade da Lei. Pode ser compreendido o vínculo geral em oposição ao vínculo especial, sendo este último aquele que liga os administrados ao Poder Público em razão de alguma peculiaridade, como a circunstância de ser concessionário de serviço público, servidor público, contratado da Administração ou outras atribuições do tipo.

A caracterização proposta por Cirne Lima,⁴⁵ igualmente de quatro elementos, enumera: I – ser imposto pelo Poder Público; II – ser imposto coercitivamente; III – destinar-se a assegurar o concorrente exercício das liberdades e a fruição da propriedade; e IV – estar proibido de colocar seu poder de coação a serviço de um outro ramo da Administração. É notável, na formulação desse autor, conforme se verá a seguir mais detidamente, o aspecto central que assume a questão da preservação dos direitos de liberdade e propriedade. Aqui, o exercício concorrente da liberdade de todos e a proibição de que o poder de polícia seja posto

⁴³ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 109.

⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 824.

⁴⁵ MELLO, Op. Cit., p. 306.

a serviço de outros fins⁴⁶ (objetivos fiscais, por exemplo), como elementos característicos do instituto, demonstram o caráter de excepcionalidade e subordinação, em última análise, dos direitos de liberdade e propriedade.

Maria Sylvia⁴⁷ propõe três elementos característicos: I – a discricionariedade; II – a autoexecutoriedade e; III – a coercibilidade. Quanto aos dois últimos elementos, autoexecutoriedade e coercibilidade, parecem-nos hábeis a integrar o rol das características distintivas do instituto, vale dizer, características sem as quais não se pode falar da presença do poder de polícia. Quanto ao primeiro elemento, no entanto, a discricionariedade, não se pode dizer o mesmo. Isso porque tanto o ato de polícia administrativa pode ser discricionário quanto pode ser vinculado, pelo menos, até ser plenamente vinculado.

Veja-se, a esse respeito, a lição de Celso Antonio:

No caso específico da polícia administrativa é fácil demonstrá-lo. Basta considerar que, enquanto as autorizações, atos típicos da polícia administrativa, são expedidas no uso de competência exercitável discricionariamente, as licenças, igualmente expressões típicas dela, são atos vinculados, consoante pacífico entendimento da doutrina. Basta a consideração de tal fato para se perceber que é inexato o afirmar-se que o poder de polícia é discricionário. Pode-se, com propriedade, asseverar, isto sim, que a polícia administrativa se expressa ora através de atos no exercício de competência discricionária, ora através de atos vinculados.⁴⁸

Para uma síntese conclusiva, colhendo a contribuição dos autores, diria-se que o poder de polícia é caracterizado por ser uma imposição do Poder Público, baseada num vínculo geral, incidente sobre a liberdade e a propriedade, para harmonizar o exercício de ambas aos interesses gerais da sociedade, expressos na ordem pública. São, também, características do poder de polícia: a coercibilidade, a autoexecutoriedade e, em Cirne Lima, a vedação que sirva a objetivos de outro ramo da Administração.

⁴⁶ “A quarta característica da atividade de polícia consiste na afirmação apósita, de autoria de Fritz Fleiner, segundo a qual ‘está proibido à polícia, na medida em que é função da Administração interior, de colocar seu poder de coação ao serviço de outro ramo da Administração. Não lhe compete, por exemplo, ajudar a atingir fins puramente fiscais.’” LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 308.

⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 112.

⁴⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 836.

A seguir, veremos a história do instituto a fim de concluir com um exame de seu aspecto central, consubstanciado na questão dos limites que devem ser impostos ao seu exercício.

1.2 A formação histórica do Instituto

A palavra *polícia* tem origem na palavra grega *politeia*, que significava todas as atividades que o indivíduo exercia dentro das cidades-estado (*polis*). Para José Cretella Junior,

a palavra portuguesa policia, representada nas várias línguas românicas e anglo-germânicas, origina-se do grego politeia através da forma latina politia, aliás de raro emprego...Ligada etimologicamente ao vocábulo política, pois ambas vem do grego pólis (=cidade, Estado), indicou entre os antigos helênicos, a constituição do Estado, o bom ordenamento.⁴⁹

É de se ressaltar que a origem do instituto guarda uma relação intrínseca com a vida em sociedade, com a vida na cidade, característica que se mantém até nossos dias; pois é o Poder de Polícia que regula o exercício da liberdade e da propriedade com o objetivo de harmonizar o convívio na urbe, na *polis*.

Com o advento do feudalismo e primórdios da secularização, surge a figura do príncipe, detentor do *jus politiae*, que designava os assuntos relativos à boa ordem na sociedade em contraposição aos assuntos da ordem moral e religiosa, cuja competência pertencia ao clero. Desse *jus politiae*, ficavam excluídas apenas a atividade financeira e a administração militar.⁵⁰

Segundo a lição de Maria Sylvia:

⁴⁹ CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 577.

⁵⁰ CRETELLA JUNIOR, Op. Cit., p. 578.

Posteriormente, em fins do século XV, o *jus politiae* volta a designar, na Alemanha, toda a atividade do Estado, compreendendo poderes amplos de que dispunha o príncipe, de ingerência na vida privada dos cidadãos, incluindo sua vida religiosa e espiritual, sempre sob o pretexto de alcançar a segurança e o bem estar coletivo. No entanto, logo se estabeleceu uma distinção entre a polícia e a justiça; a primeira compreendia normas baixadas pelo príncipe, relativas à Administração, e eram aplicadas sem possibilidade de apelo dos indivíduos aos Tribunais; a segunda compreendia normas que ficavam fora da ação do príncipe e que eram aplicadas pelos juízes.⁵¹

O *jus politiae*, como direito de polícia do príncipe, insuscetível de controle judicial, vai desaparecendo a partir do século XVI, com o advento do constitucionalismo moderno. Como sabido, na modernidade, os aspectos centrais da conformação do Estado passam a ser a limitação do poder de Estado e a sua subordinação ao ordenamento jurídico.

Há, no entanto, na França do século XVIII, uma figura jurídica bastante curiosa, que expressa resquícios do absolutismo. Trata-se das *lettres-de-cachet*, instituição examinada por Foucault⁵² em obra que apresentaremos no capítulo seguinte. Esse instrumento não era uma lei ou um decreto, tampouco uma sentença judicial, mas uma ordem do rei dirigida a uma pessoa, individualmente, obrigando-a a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa. Era, portanto, um instrumento do Poder Executivo destinado a obrigar alguém a fazer algo.

Descreve Foucault:

Podia-se exilar alguém pela *lettre-de-cachet*, privá-lo de alguma função, prendê-lo, etc. Ela era um dos grandes instrumentos de poder da monarquia absoluta. As *lettres-de-cachet* foram bastante estudadas na França e se tornou comum classificá-las como algo temível, instrumento de

⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 108.

⁵² FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003. p. 95.

arbitrariedade real abatendo-se sobre alguém como um raio, podendo prendê-lo para sempre.⁵³

A descrição do autor, todavia, aponta para características bastante peculiares das *lettres-de-cachet*. Segundo Foucault, eram raras as circunstâncias em que tais instrumentos eram usados por iniciativa própria do rei e aplicados em casos de interesse direto do Estado. Na maior parte das situações, eram pedidos de pessoas com influência na corte e que visavam atingir alguma pessoa que causava perturbação a uma pessoa, a uma família ou a uma comunidade. Eram esposas que traíam, filhos que perturbavam, padres que descontentavam sua paróquia, desordeiros que incomodavam alguma comunidade, e assim por diante. As *lettres-de-cachet* eram, portanto, uma forma de regulamentar a moralidade cotidiana da vida social, uma maneira dos grupos – sociais, familiares, religiosos – assegurarem seu próprio policiamento e sua própria ordem.⁵⁴

A partir do século XIX, assume proeminência a escola do liberalismo político, cuja preocupação central é justamente a definição de um espaço de liberdade individual que fosse imune à ação do Estado. Nesse sentido,

(...) tudo o que significasse uma interferência nessa liberdade deveria ter um caráter excepcional. A regra era o livre exercício dos direitos individuais amplamente assegurados nas Declarações Universais de Direitos, depois transpostos para as Constituições; atuação estatal constituía exceção, só podendo limitar o exercício dos direitos individuais para assegurar a ordem pública. A polícia administrativa era essencialmente uma polícia de segurança.⁵⁵

Com o advento do Estado Social, no início do século XX, e do Estado Democrático de Direito, no segundo pós-guerra, o poder de polícia havia de incorporar outros elementos. Ao lado do *non facere* próprio do Estado liberal, surgem as funções promocional e

⁵³ FOUCAULT, Op. Cit., p. 96.

⁵⁴ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003. p. 97.

⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 108.

transformadora,⁵⁶ o que certamente alteraria o sentido dos institutos, não apenas do Direito Administrativo, mas do Direito em geral.

Como o poder de polícia é um instituto que limita a fruição da liberdade e da propriedade, o advento das novas formas de Estado, superadoras do Estado liberal, torna mais complexa a definição do conceito, sendo tarefa do jurista ajustar o *non facere* de acordo com os tempos atuais.

1.3 A crise do conceito de poder de polícia

Há certa uniformidade na doutrina do direito administrativo em considerar como totalmente inadequada a expressão *poder de polícia*. Para os autores,⁵⁷ a denominação não seria apropriada para os dias atuais, em que vigem o Estado Democrático de Direito, os direitos e as garantias individuais, e a sujeição do Estado à Lei e ao Direito. O poder de polícia seria tributário do Estado de polícia e do *jus politiae* da época medieval. No Estado contemporâneo, não haveria de se falar em poder de polícia.

Em substituição, sugere-se⁵⁸ o conceito de *limitações administrativas à liberdade e à propriedade*. A nova denominação não traria os inconvenientes da vida pregressa do poder de polícia e teria a vantagem de explicitar na denominação a própria natureza do instituto.

⁵⁶ “Assim, se no paradigma liberal o Direito tinha a função meramente ordenadora, estando na legislação o ponto de tensão nas relações Estado-Sociedade, no Estado Social sua função passa a ser promovedora, estando apontadas as baterias para o Poder Executivo, pela exata razão da necessidade de realização das políticas do welfare state. Já no Estado Democrático de Direito, fórmula constitucionalizada nos textos magnos das principais democracias, a função do Direito passa a ser transformadora, onde o pólo de tensão, em determinadas situações previstas nos textos constitucionais, passa a ser o Poder Judiciário ou os Tribunais Constitucionais.” STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*– Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002. p. 145.

⁵⁷ “Trata-se de designativo manifestamente infeliz”, em MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 821. “Trouxemos a contexto a expressão ‘poder de polícia’ apenas porque em vários autores o tema é estudado sob esta rubrica”, em FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 313. “(...) a expressão poder de polícia deveria ser excluída da seara do Direito”, em VITTA, Heraldo Garcia. *Poder de Polícia*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 18. “Expressão assaz ambígua”, em FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 55.

⁵⁸ MELLO, Op. Cit., p. 821.

É preciso destacar, no entanto, para um exame mais detalhado, duas formulações que, pela contundência e profundidade com que sustentam a superação do conceito, apresentam argumentos novos, que precisam ser examinados com vagar. Referimo-nos às formulações de Gordillo⁵⁹ e Sunfeld⁶⁰. O primeiro, jurista argentino, que vasta influência exerce na doutrina do Direito Administrativo brasileiro, dedica um capítulo inteiro do seu *Tratado de Derecho Administrativo*, denominado por este, sintomaticamente, de *Defensa del usuario y del administrado*, para sustentar a completa superação histórica do conceito. O segundo, inspirado, em larga medida, pela crítica demolidora do primeiro, propõe um conceito novo para o instituto: o de Direito Administrativo Ordenador, justamente o nome de uma de suas obras. Segue-se um exame de ambas as formulações.

Sob uma crítica bastante detalhada, Agustín Gordillo sustenta a completa superação e inadequação ao regime constitucional contemporâneo do conceito de Poder de Polícia. Um tanto esquematicamente, diríamos, a crítica do autor apresenta três argumentos centrais para fundamentar sua posição. A primeira é uma crítica semântica, com implicações políticas e ideológicas; a segunda sustenta que o conceito tradicional do instituto tem por referência o estado liberal e centra-se no sentido negativo (*non facere*) da ação estatal, sendo inadequado para as funções estatais contemporâneas, de feição promocional; e o terceiro sustenta que a ideia de um poder metajurídico, de que a Administração supostamente seria titular, independentemente de comandos normativos específicos, tem sido fonte de abusos e ilegalidades.

Para o autor, a designação centrada na expressão “poder” é inadequada por duas razões. Primeiramente, porque não existe um poder autônomo “de polícia”. Os poderes são aqueles clássicos da divisão montesquiana, Executivo, Legislativo e Judiciário, cada qual realizando, predominantemente, suas funções. O que se denomina impropriamente de poder é, na verdade, parte de funções que são exercidas predominantemente (mas não apenas) pelo Executivo. Essa designação tende a reforçar a ideia de um “poder” supralegal, ou extralegal, posto à disposição do Estado, autônomo em relação às leis.

A segunda razão é que a designação põe em relevo a prerrogativa estatal em detrimento dos direitos individuais da cidadania. Para lembrar uma díade muito utilizada por

⁵⁹ GORDILLO, Agustín A. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Macchi-Lopes, 2000.

⁶⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.

Bobbio,⁶¹ a designação ressalta a perspectiva *ex parte principii*, obscurecendo aquela que deveria ser a mais importante, a perspectiva *ex parte populi*. Há, portanto, uma inversão de princípios: aquilo que é o fundamental acaba sendo tratado como secundário, e aquilo que é secundário, tratado como fundamental.

Em um país signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos, diz o autor, que incluiu tais convenções em seu direito nacional: “não podem seus juristas partir do poder de Estado como noção fundante de um sistema. Devem partir das liberdades públicas e direitos individuais, gostem ou não: é o direito positivo vigente”.⁶²

A segunda ordem de críticas de Gordillo diz respeito ao fato de que as características do instituto correspondem a um tipo de Estado que não mais existe, o Estado liberal. Da adequação a esse tipo de Estado, decorrem duas características tidas como fundantes do instituto, que, segundo Gordillo, são inadequadas porque não mais existem, quais sejam: (1) a ênfase na abstenção (*non facere*); e (2) a limitação do instituto à tutela da segurança, salubridade e moralidade. Com isso, fica de fora um aspecto que se tornou chave nas etapas subsequentes do Estado: a promoção do bem comum.

Veja-se o que diz o jurista argentino a esse respeito:

Nessa velha noção liberal se caracterizava o poder de polícia que competia ao Estado, como a faculdade de impor limitações e restrições aos direitos individuais, com a finalidade de salvaguardar somente a segurança, salubridade e moralidade públicas contra os ataques e perigos que pudessem afetá-la. É típico desta concepção que somente se justifica a limitação dos direitos dos indivíduos nesses três casos (segurança, salubridade e moralidade); que inclusive estes três casos legitimam a intervenção estatal somente na medida em que esta tenha por finalidade evitar ataques ou danos à comunidade; ou seja, que a ação estatal deve ser tão somente negativa; estabelecer proibições e restrições, mas não obrigações positivas a cargo dos cidadãos ou do Estado mesmo.⁶³

⁶¹ BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade* – para uma teoria geral da política. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 63. No exato sentido do empregado aqui, ver, também: LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos* – Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 125.

⁶² GORDILLO, Agustín A. *Tratado de Derecho Administrativo* (tradução livre). Buenos Aires: Ediciones Macchi-Lopes, 2000. p. 2/3.

⁶³ GORDILLO, Agustín A. *Tratado de Derecho Administrativo* (tradução livre). Buenos Aires: Ediciones Macchi-Lopes, 2000. p. 6/7.

Segue-se uma lista de matérias que seriam contemporaneamente tuteladas pelo poder de polícia ou por seu instituto sucedâneo, destinadas a demonstrar a superação da tríade segurança, salubridade e moralidade. Algumas dessas matérias, no entanto, são tradicionalmente abarcadas pelo instituto, tais como: a tranquilidade pública, a confiança pública (pesos e medidas, propaganda enganosa), a estética pública, o decoro público, a diversão e o entretenimento e o trânsito. Ao lado destas, refere temas realmente novos, e para os quais o conceito do instituto, de fato, não oferece resposta adequada, tais como: a defesa do consumidor e o tema da proteção da infância.⁶⁴

Por fim, Gordillo confronta-se – e o faz ao longo de todo o capítulo – com a ideia de que haja um poder de polícia como uma espécie de domínio eminente, independente de previsão legal específica, hábil a restringir a liberdade e a propriedade. Tal noção seria tributária de um passado autoritário, que deitou raízes profundas na América Latina e que explica a manutenção do conceito, a despeito de todos os inconvenientes.

A crítica de Sundfeld,⁶⁵ largamente inspirada em Gordillo, centra-se também na ideia de que poder de polícia induz a concluir-se que existe um poder supralegal da Administração, apto a limitar os direitos individuais, mesmo ante a inexistência de lei.

Vejamos o que diz o autor, citando a doutrina alemã:

Reconhecer à Administração um poder de polícia parece significar algo além da mera descrição da função de aplicar as leis reguladoras dos direitos, único sentido que a expressão poderia ter no Estado de Direito. Poder de polícia parece ser mais do que isso. Um trecho de Otto Mayer o demonstra: ‘O Poder de Polícia consiste na ação da autoridade para fazer cumprir o dever que se supõe geral, de na perturbar de modo algum a boa ordem da coisa pública’.⁶⁶

Para o autor, a formulação de Otto Mayer (1846-1924)⁶⁷, importante jurista alemão do início do século XX, demonstra o quão arraigada está a ideia de que há um dever jurídico dos particulares de respeitarem a boa ordem da coisa pública, independentemente de especificação

⁶⁴ A ideia de que o conceito de Poder de Polícia é silente quanto a essas novas matérias é abordada com mais pertinência por Sundfeld e será referida a seguir.

⁶⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁶⁶ SUNDFELD, Op. Cit., p. 11.

⁶⁷ MAYER, Otto *apud* SUNDFELD, Op. Cit., p. 11.

legal e de que a Administração dispõe de instrumentos para fazê-lo valer e, ainda mais grave, dispõe de autonomia para definir o seu conteúdo.

A abordagem mais fecunda de Sundfeld, no entanto, é a que reclama uma nova teoria geral para o instituto em vista do surgimento de novos ramos, com importância crescente e não considerados nas teorias precedentes do poder de polícia, tais como: os direitos econômico, urbanístico, ambiental, agrário, sanitário. Esses ramos do direito, em muitas situações, embora relacionados à ação governamental sobre a vida privada, não encontram lugar numa teoria sobre o instituto de polícia.

Veja-se o que diz o autor:

Quando se observa o surgimento de novos ramos, como os direitos econômicos, urbanístico, ambiental, agrário, sanitário, todos ligados, embora não exclusivamente, ao estudo da ação governamental sobre a vida privada, nota-se que a ciência do direito administrativo não tem sabido oferecer uma teoria geral apta a ser aplicada a cada um deles.⁶⁸

As críticas de Gordillo e Sundfeld possuem um inestimável valor, tanto jurídico como político. Mormente em países de modernidade tardia, onde as tarefas da chamada revolução burguesa não foram cumpridas e onde os períodos de democracia plena rivalizam, em termos temporais, com períodos de obscurantismo e ditaduras, a luta contra uma suposta prerrogativa supralegal, de polícia, será sempre meritória. Para lembra Friedrich Müller, trata-se de uma crítica “de combate”⁶⁹, ou seja, de uma questão democrática e republicana de enorme relevância, que encerra toda uma luta pela democratização desses países de tradição autoritária.

É preciso estabelecer, no entanto, a despeito dessas enormes virtudes, algumas críticas às proposições de ambos os autores. Inicialmente, é preciso lembrar de que a doutrina contemporânea do Direito Administrativo não alberga a concepção do instituto como um poder supralegal, genérico e indeterminado. Os capítulos precedentes bem o demonstram; o exercício da função expressa no instituto do poder de polícia haverá de ser sempre

⁶⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 15.

⁶⁹ “O Estado constitucional aqui referido foi conquistado no combate contra uma história marcada pela ausência do Estado de Direito e pela falta de democracia; e esse combate continua.” MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 70.

determinado pela lei. De um modo geral, toda a doutrina perfila-se junto à crítica de Gordillo, reiterando sempre a necessidade da estrita vinculação legal. A questão, inclusive, objeto da presente dissertação, é justamente a de se saber até que limites a lei pode avançar na delimitação da liberdade.

Por outro lado, a mudança de denominação do instituto, embora possa apresentar vantagens políticas e no terreno simbólico, não altera os problemas teóricos e práticos que decorrem de sua aplicação. A mudança para as denominações de *limitações administrativas à liberdade e à propriedade* ou *direito administrativo ordenador* não elimina os problemas que se verificam sob a denominação anterior.

Gordillo desdenha da discussão sobre os limites, sustentando ser um contrassenso estabelecer um poder que limita para, ato contínuo, estabelecer os limites dos limites. Ocorre que esse problema não desaparece em nenhuma hipótese. Mesmo que a função administrativa do Poder de Polícia seja executada com base em previsão legal específica, mesmo tomando-se por princípio os direitos fundamentais, mesmo que os deveres não sejam mais apenas negativos, mas impliquem em prestações positivas por parte dos cidadãos ou do Estado, ainda assim, haverá um instituto cuja função não deixará de ser a de limitar a liberdade e os usos da propriedade.

A reivindicação de Gordillo, aliás, pela existência de prévia definição legal coloca de maneira ainda mais destacada o debate sobre os limites, porque, nesse tema, estará plasmada a questão da constitucionalidade ou não do comando legal de polícia. Dessa maneira, esta será sempre uma discussão fundamental em se tratando desse instituto. E eis o que será examinado a seguir.

1.4 Limites do poder de polícia

O ponto central da análise do instituto do poder de polícia é justamente a questão relativa aos seus limites. Como este é um instituto que limita a liberdade e os usos da propriedade com vistas a harmonizar o seu exercício de acordo com os interesses gerais da

coletividade, a questão torna-se definir uma região de fronteira entre a liberdade individual e o interesse social.

Cretella Junior apresenta o problema de forma clara:

A coexistência da liberdade individual com o poder de polícia repousa na harmonia entre a necessidade de respeitar essa liberdade e a de assegurar a ordem social. O requisito de conveniência ou de interesse público é, assim, pressuposto necessário à restrição dos direitos individuais... a ação policial não pode ferir as liberdades públicas, ou seja, as faculdades de autodeterminação, individuais ou coletivas, declaradas, reconhecidas e garantidas pelo Estado, mediante as quais os respectivos titulares escolhem modos de agir, dentro dos limites traçados pelo poder público.⁷⁰

Nessa busca por limites, deve-se, desde logo, descartar situações incontroversas: aquelas em que a supremacia do interesse público é evidente, em que a garantia da ordem social referida por Cretella é clara, como em casos em que a ação individual afeta diretamente a coletividade, como no caso da chamada Lei Seca, que proíbe a ingestão de bebidas alcoólicas por quem vai dirigir automóveis, diante da tragédia dos acidentes envolvendo motoristas embriagados no nosso país. Ou, ainda, nos casos em que os agentes da vigilância sanitária realizam entrada forçada nas residências para descoberta e combate dos focos do *aedes aegypti*, mosquito responsável pela epidemia de dengue que assola o país⁷¹. Nesses casos, há uma evidente presença do interesse público e uma, não menos evidente, presença da supremacia desse interesse. A sujeição da liberdade individual aos interesses maiores da coletividade (saúde, integridade física, vida), portanto, é indiscutível.

Há situações, no entanto, bem mais sutis, em que não se pode identificar o interesse público, senão reflexamente, em que o poder de polícia visa não à proteção da sociedade como um todo, como nos casos citados acima, mas à defesa da saúde do indivíduo contra suas próprias tendências e ações. Onde não há lesão ou ameaça de lesão aos interesses da coletividade é que reside justamente a zona de fronteira entre poder de polícia e liberdade individual.

⁷⁰ CRETILLA JUNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 601.

⁷¹ SUNDFELD, Carlos Ari. Vigilância Epidemiológica e Direitos Constitucionais. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, vol. 3, n. 2, julho de 2002, p. 90.

A primeira questão relativa aos limites do instituto a ser analisada, sempre que o poder de polícia for efetivamente posto em prática através de algum ato administrativo, é a observância daqueles aspectos formais de todo ato administrativo, que dizem respeito à competência, à forma, à finalidade, aos motivos e ao objeto. Desses aspectos, deve-se ressaltar a limitação relativa ao objeto; ou seja, sempre que a lei lhe confere várias alternativas, a autoridade deve escolher aquela menos gravosa e que seja apenas necessária e tão somente para atingir o objetivo perseguido, que é o interesse público.

Maria Sylvia descreve melhor essa primeira limitação:

Quanto ao objeto, ou seja, quanto ao meio de ação, a autoridade sofre limitações, mesmo quando a lei lhe dê várias alternativas possíveis. Tem aqui aplicação um princípio de direito administrativo, a saber, o da proporcionalidade dos meios aos fins; isto equivale a dizer que o poder de polícia não deve ir além do necessário para a satisfação do interesse público que visa proteger; a sua finalidade não é destruir os direitos individuais, mas, ao contrário, assegurar o seu exercício, condicionando-o ao bem estar social; só poderá reduzi-los quando em conflito com interesses maiores da coletividade e na medida estritamente necessária à consecução dos fins estatais.⁷²

A doutrina do Direito Administrativo, conforme tivemos a oportunidade de examinar em detalhe nos títulos precedentes, é uníssona no sentido de que o exercício da função administrativa, denominada Poder de Polícia, deve submeter-se aos ditames da Lei. Mas, posto isso, a questão torna-se, justamente, saber quais limites podem ser fixados validamente pela Lei. A questão da prévia definição legal, embora requisito fundamental do Estado de Direito, possui natureza formal, uma vez que não esclarece qual o conteúdo material dessa Lei.

Ruy Cirne Lima, em seu clássico *Princípios de Direito Administrativo*, expõe o problema de maneira adequada. Denomina o capítulo dedicado ao estudo do poder de polícia, que chama apenas *a polícia*, de “A Limitação dos Direitos” e principia por examinar, detalhadamente, os direitos individuais fundamentais, pondo em relevo a precedência destes diante do poder regulatório do Estado. Acentua que os direitos individuais vinculam o Poder

⁷² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 115.

Público e constituem fundamento, em caso de sua violação, para a afirmação de um direito subjetivo público do indivíduo frente ao poder do Estado.⁷³

Ao se questionar sobre a natureza e o alcance das limitações que pode o Poder Público impor ao exercício dos direitos individuais, responde o autor:

(...) são as que resultam da intervenção da Administração Pública, reclamada pelas próprias contingências do tempo, do espaço e do convívio em sociedade, para tornar possível o exercício dos direitos individuais concorrentemente assegurados a todos os nacionais e a todos os estrangeiros residentes no país.⁷⁴

Aqui, reside o ponto central definidor do alcance das limitações que pode legitimamente impor o instituto, segundo a definição de Cirne Lima: trata-se da garantia do exercício, por todas as pessoas, de seus direitos individuais.

É importante destacar um aspecto que será examinado com mais vagar no último capítulo deste trabalho, que é a circunstância de que a definição de Cirne Lima é tributária da tradição kantiana. Como sabido, deve-se a Kant, tido como o primeiro e mais importante filósofo do liberalismo político,⁷⁵ a noção contemporânea de que o ordenamento jurídico é um sistema baseado na compatibilidade das liberdades. Na sua obra *Doutrina do Direito*, o seu princípio universal de Direito preconiza que “é justa toda a ação que por si, ou por sua máxima, não constitui um obstáculo à conformidade da liberdade do arbítrio de todos com a liberdade de cada um segundo leis universais”.⁷⁶

Juarez Freitas segue a mesma perspectiva kantiana. Ao pôr em relevo a precedência dos direitos individuais frente ao poder do Estado, fixa os limites do poder de polícia na fruição comum de todas as liberdades por todas as pessoas, nos seguintes termos:

⁷³ “Os direitos fundamentais vinculam o Poder Público e são, na eventualidade de sua violação, fundamentos de direitos subjetivos dos indivíduos contra o Poder Público com base nas liberdades, nos direitos e garantias decorrentes dos direitos constitucionais.” LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 298.

⁷⁴ LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 304.

⁷⁵ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

⁷⁶ KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*. São Paulo: Ícone, 1993. p. 46.

Com efeito, sobretudo neste final de século, em que se busca um reequilíbrio a partir da superação bem articulada de paradigmas, forçoso é realçar, no conceito de polícia administrativa, a vocação teleológica de salvaguarda da coexistência das liberdades. Esta é, em nosso entender, a tônica, e este o critério último à base do qual se pode qualificar de oportuno ou inconveniente o seu exercício.⁷⁷

Tornar possíveis o exercício dos direitos individuais concorrentemente assegurados a todos e a salvaguarda da coexistência das liberdades é um critério/solução satisfatório para determinar os limites do poder de polícia ou os limites para ação da Administração, a título de polícia administrativa, apenas na perspectiva do Estado liberal. Pois, nessa perspectiva, a coexistência das liberdades é, justamente, a função primordial do Estado; o que implica, obviamente, em uma determinada noção de interesse público.

A questão que deve ser enfrentada é a definição de limites para a ação de polícia na perspectiva do Estado Democrático de Direito, que há muito deixou de ser meramente limitador, sendo promocional, prestacional e transformador.⁷⁸ No enfrentamento dessa questão, deve-se buscar a articulação adequada entre o direito de liberdade (direito fundamental próprio do Estado liberal) e os direitos sociais das formas subsequentes de Estado, de modo a preservar ambos na maior medida possível.

É preciso atentar para a complexidade da articulação entre as duas perspectivas abordadas acima. A questão é que o Estado de feição liberal reivindica, centralmente, a limitação dos poderes, o que implica uma clara demarcação de fronteiras entre Estado e sociedade. O Estado social e o Estado democrático de direito, numa perspectiva inversa – este é o ponto, requerem a ampliação de poderes, a ampliação de prerrogativas e de funções. A combinação dessas perspectivas, de modo a garantir a vigência de ambas na ordem jurídica, é o problema central que será discutido adiante.

⁷⁷ KANT, Op. Cit., p. 61.

⁷⁸ Questão similar a esta foi abordada na tese de doutoramento da prof^a Maria Sylvia Zanella Di Pietro, intitulada *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, na qual a autora sustenta que o conceito de discricionariedade administrativa possui conteúdos diversos dependendo do tipo de Estado que se tome por referência. Assim, no Estado liberal o conceito de discricionariedade administrativa possui um determinado conteúdo, necessariamente diferente daquele do Estado social e diferente daquele do Estado Democrático de Direito. *Mutatis Mutandis*, esta é uma das questões de que se trata na presente dissertação: discutir o conteúdo específico dos conceitos de liberdade e de poder de polícia no Estado contemporâneo. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2001.

O problema, portanto, é o de se saber em que medida a fruição dos direitos próprios do Estado democrático de direito pode alterar a fruição dos direitos próprios do Estado liberal, no que se refere ao tema-objeto da presente dissertação. É que a questão sobre a licitude ou não da existência de bares exclusivos para fumantes, ante uma legislação de polícia administrativa restritiva e vista numa perspectiva do Estado liberal, afigura-se como problema de simples solução, a partir do critério proposto por Cirne Lima e Juarez Freitas, que tem por referência o exercício simultâneo das liberdades individuais concomitantes.

O problema, no entanto, possui uma nova complexidade na perspectiva do Estado contemporâneo. Pode-se objetar, por exemplo, que o direito à saúde, que “é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”, nos termos do artigo 196 da Constituição Federal, implica uma nova feição ao poder de polícia, que autorizaria a proibição nesse caso. Ou, ainda, que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no artigo 225 da Constituição, obraria no mesmo sentido.

É frequente em debates dessa natureza, que opõem hábitos individuais prejudiciais à saúde (fumo, álcool, drogas), de um lado, e “direito” do Estado de proibi-los, de outro, o argumento de que tais hábitos devem ser proibidos porque, ao prejudicarem a saúde causando doenças, impactam o sistema de saúde e prejudicam a coletividade. O problema desse argumento é que ele pode ser projetado *ad infinitum* e, nesse caso, seria legal a proibição do consumo de toda e qualquer substância prejudicial à saúde. Nesse sentido, poderíamos proibir o consumo de carne vermelha, de bebidas alcoólicas em qualquer circunstância, de refrigerantes, de alimentos fritos, de toda uma infinidade de alimentos industrializados que oferecem riscos à saúde; poderíamos interditar os obesos e proibir-lhes o consumo acima de um certo número de calorias diárias; poderíamos, uma vez que, inclusive, o poder de polícia contemporâneo não se limita a proibições, impor a prática de exercícios físicos, posto que o sedentarismo é fonte de doenças; e assim sucessivamente numa espécie de totalitarismo dos hábitos saudáveis.

Essas questões evidenciam que o problema da definição dos limites do poder de polícia na sociedade contemporânea não pode ser resolvido tomando-se unicamente como referência a ciência jurídica. O tema requer uma abordagem que leve em consideração a perspectiva histórica do instituto e sua interpretação jurídica, mas, a essas abordagens,

devemos adicionar as reflexões aportadas pela filosofia política, que é a disciplina que discute as razões do dever de obediência ou as melhores razões para o dever de obediência.

O problema que se apresenta é que o dispositivo constitucional do artigo 5º, que garante a inviolabilidade do direito à liberdade – e que funciona, no presente trabalho, como o critério de conteúdo para a fixação dos limites –, é uma cláusula geral, ou seja, uma proposição jurídica cujo conteúdo admite diversas acepções. Por outro lado, os critérios de definição dos limites que integram o próprio conceito do instituto, tais como: “conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo”⁷⁹, “harmonizar... o interesse individual com o interesse público”⁸⁰, entre outras formulações de mesmo sentido, também são conceitos indeterminados.

Desse modo, os critérios ordinários de interpretação jurídica são incapazes de oferecer uma resposta adequada para o problema da fixação dos limites do poder de polícia, o que requer, portanto, o recurso a outras disciplinas, como a filosofia política.

1.5 A definição dos limites como uma questão de filosofia política

Por ocasião da introdução, nas universidades italianas, na década de 70, da disciplina de filosofia política, processou-se um debate aprofundado acerca das diversas possíveis acepções desse conceito. Coube ao professor Norberto Bobbio,⁸¹ num seminário ocorrido na cidade de Bari, em 1970, denominado *Tradição e novidade da filosofia política*, a apresentação de uma classificação de quatro conceitos principais da disciplina filosofia política.

Pode-se compreender o conceito de filosofia política “como descrição, projeção, teorização da ótima república ou, se quisermos, como a construção de um modelo ideal de Estado”.⁸² Tal acepção do conceito parte da enunciação de determinados valores que seriam

⁷⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁸⁰ FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 55.

⁸¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política – A filosofia política e a lição dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 67 e ss.

⁸² BOBBIO, Op.Cit, p. 67.

fundantes de uma sociedade mais ou menos perfeita, em tudo diferente da sociedade efetivamente existente. Exemplos dessa forma de conceber o conceito seriam a obra *Utopia*, de Thomas Morus, as obras dos socialistas utópicos e certos aspectos do próprio marxismo. A importância desta acepção seria o fato de que funciona como um paradigma reflexivo para a crítica das instituições.

A segunda forma de se compreender o conceito é considerá-lo como a causa última do dever de obediência. Por que devemos obedecer a outrem, ao Estado, ao soberano? A quem e por qual motivo devemos obedecer? “Trata-se aqui do problema bem conhecido da natureza e da função do dever de obediência política.”⁸³ A filosofia política, nessa acepção, significa uma reflexão em última análise sobre a legitimidade do poder. Nessa linha de compreensão, devem-se incluir todos os contratualistas, os liberais e o utilitarismo de Bentham.

O terceiro modo de compreender a filosofia política é como determinação do conceito geral de “política”, como domínio específico da ação humana, distinta tanto da ética como da moral, da economia, do direito e da religião. Essa acepção de filosofia política tem como exemplo mais eloquente a clássica obra de Maquiavel, *O Príncipe*. Escrito no século XVI, este livro marca historicamente a formação do próprio conceito de política como categoria autônoma.

A quarta acepção para o conceito, segundo a classificação de Bobbio, é a filosofia política como discurso crítico, voltado para as condições de validade da atividade política:

Nessa acepção, pode-se falar de filosofia como metaciência, isto é, do estudo da política em um segundo nível, que não é aquele, direto, da busca científica compreendida como estudo empírico dos comportamentos políticos, mas aquele, indireto, da crítica e legitimação dos procedimentos através dos quais é conduzida a pesquisa no primeiro nível.⁸⁴

Para efeito de elucidação do problema objeto da presente dissertação, tomaremos, em específico, a segunda significação do conceito de filosofia política; já que é esta que suscita os

⁸³ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política – A filosofia política e a lição dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 68.

⁸⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política – A filosofia política e a lição dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 69.

problemas relativos à legitimidade do poder. Ao discutir os limites do poder de polícia, vale dizer, ao discutir até onde, a partir de que matérias e com base em que razões o Estado pode proibir condutas, estaremos obviamente saindo da seara propriamente do Direito Administrativo, ou do Direito de um modo geral, e estaremos adentrando numa outra disciplina, aquela que, no dizer de Berlin,⁸⁵ discute o problema do dever de obediência. Trata-se, assim, de saber até onde pode o Estado limitar a liberdade individual, considerando-se que a Constituição Federal garante a inviolabilidade desse direito.

O trato do tema desde essa perspectiva coloca questões novas para a reflexão. Nesse sentido, a pergunta sobre as causas do dever de obediência poderá nos conduzir a uma reflexão sobre o próprio ser humano, em que medida sua vida deve ser orientada pelo coletivo, em que medida o modo de vida é uma questão que não compete ao coletivo arbitrar, mas diz respeito apenas ao arbítrio individual. Essa última questão, por seu turno, nos conduzirá a outra questão, de natureza antropológico-filosófica, sobre o que é, em última análise, o ser humano.

Por outro lado, o trato da matéria desde uma perspectiva da filosofia política permite estabelecer qual a significação contemporânea do conceito de liberdade inscrito no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal.⁸⁶ Para usar uma dicotomia proposta pela hermenêutica filosófica (sem adentrar nessa matéria, que obviamente não é objeto da presente dissertação, tampouco sem aderir aos seus pressupostos filosóficos), trata-se de buscar qual a norma contida no texto.⁸⁷

O conceito de liberdade possui uma infinidade de sentidos. Mais do que isso, os sentidos possíveis do conceito variaram enormemente no curso do processo histórico. Por

⁸⁵ “(...) no coração da filosofia política propriamente dita está o problema da obediência, e que é no mínimo conveniente ver as questões tradicionais do assunto em termos desse problema.” BERLIN, Isaiah. *Idéias políticas na era romântica* – ascensão e influência no pensamento moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 79.

⁸⁶ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a **inviolabilidade do direito** à vida, à **liberdade** à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.” CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 04 (grifos nossos).

⁸⁷ STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio De janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 163. Sobre a dicotomia texto/norma, ver, também: MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Rio de janeiro: Renovar, 2005. p. 129. Embora adotem a terminologia de que nos servimos aqui, ambos os autores partem de posições diferentes para abordar a dissociação entre texto e norma. Streck, como sabido, parte da hermenêutica filosófica de Heidegger e Gadamer e do conceito de diferença ontológica entre texto e norma. Müller parte da Teoria Estruturante do Direito. O que há de comum em ambas as abordagens é a crítica ao positivismo jurídico.

meio de uma paráfrase a Constant,⁸⁸ pode-se dizer que a liberdade dos antigos não é a mesma liberdade dos modernos. Ademais, mesmo na era moderna, esse conceito sofreu profundas transformações em sua concepção, desde uma visão da liberdade como adequação à vontade divina, à uma lei de natureza ou aos ditames da razão, até o conceito contemporâneo, como autonomia e como ausência de impedimentos.

No próximo capítulo, procuraremos pôr em evidência a constatação de que o mundo contemporâneo tende a uma supervalorização dos hábitos saudáveis, com a fundação de um novo paradigma existencial: o paradigma dos hábitos saudáveis. A partir da ascensão desse novo paradigma na vida contemporânea, que funciona como uma espécie de modo de vida socialmente ideal, procuraremos articular três abordagens dos mecanismos de controle social presentes na sociedade atual: a abordagem do *higienismo*, o conceito de *sociedade disciplinar* de Michel Foucault e o conceito de *paternalismo* utilizado nos debates propostos pela disciplina da ética biomédica. Procuraremos demonstrar que a sociedade contemporânea vem admitindo sucessivas e crescentes limitações à liberdade individual em nome desse novo paradigma da vida saudável. E que essa realidade social encerra um conjunto de riscos de uniformização e padronização de modos de vida, prejudiciais à diversidade existencial.

No capítulo final, desenvolveremos uma apresentação do pensamento liberal e sustentaremos que os valores do liberalismo político clássico e contemporâneo possuem atualidade histórica em face da realidade social atual, em que vige esse novo paradigma existencial, que empresta legitimidade a iniciativas de limitação da liberdade individual em nome da preservação dos hábitos saudáveis. Partindo do pressuposto de que essa nova realidade gera uma dinâmica tendencialmente atentatória à liberdade no terreno dos hábitos individuais, procuraremos oferecer subsídios de conteúdo para a definição dos limites que devem ser impostos a essas limitações.

⁸⁸ CONSTANT, Benjamin. Da Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos. *Revista de Filosofia Política*, Porto Alegre, L&PM, 1985.

2 UM FENÔMENO EMPIRICAMENTE CONSTATÁVEL

e perguntamos se os apelos da mídia às fórmulas frenéticas de cuidar do corpo, hoje, não seriam a nova roupagem de um higienismo e eugenismo pós-moderno?

Carmen Lúcia Soares⁸⁹

A presente dissertação parte de uma evidência, cuja constatação empírica supõe-se possível. Trata-se da evidência de que há um fenômeno na sociedade civil contemporânea, ao qual chamamos de paradigma existencial dos hábitos saudáveis, que se caracteriza por um modo de vida marcado pela valorização – ou supervalorização, se assim se preferir – dos hábitos saudáveis, tais como: cuidados com a alimentação, prática esportiva, cuidados com o corpo, controle da alimentação, controle de peso e dos índices que medem a saúde do indivíduo.

As extraordinárias mudanças pelas quais o mundo contemporâneo vem passando, mudanças de paradigmas, mudanças tecnológicas, comportamentais, com múltiplas repercussões em todas as esferas da existência, têm acentuado, indiscutivelmente, esse novo paradigma existencial. Presentemente, manter hábitos de vida saudáveis é condição de existência da qual não se pode fugir.

Parece haver uma gama de fatores a alimentar esse espírito de época. O avanço extraordinário da medicina nas últimas décadas, que produziu o aumento da longevidade da população; o diagnóstico científico de inúmeras doenças ligadas ao sedentarismo, a hábitos alimentares inadequados, ao consumo de bebidas alcoólicas e à prática do tabagismo; o gigantesco desenvolvimento de equipamentos e técnicas de controle e prevenção de doenças; o tratamento avançado de enfermidades antes tidas como incuráveis, dentre outros elementos, aumentaram a longevidade da população e diminuíram muito a ocorrência de mortes por

⁸⁹ SOARES, Carmen Lúcia. *Educação Física, raízes européias e Brasil*. Campinas: Autores Associados, 2001. p. 137.

doença. Esses resultados, no entanto, por se basearem na prevenção e no diagnóstico precoce, passaram a estimular formas de consciência e certo consenso social quanto a um tipo de modo de vida orientado para os cuidados com a saúde.

Alguma relevância haverá, certamente, entre os fatores que explicam esse novo paradigma, a moral hedonista contemporânea, que determina a supervalorização da aparência, de um modo de vida referenciado no padrão ditado pelo ideal de juventude, pela obsolescência quase instantânea do passado e pelo consumo desenfreado⁹⁰. O ideal de vida saudável parece estar ligado, assim, a uma espécie de culto à imagem e à aparência, que domina o modo de vida contemporâneo e é incentivado e reproduzido pelos meios de comunicação.

No plano das constatações empíricas, ainda, o fenômeno evidencia-se pela proliferação de academias de ginástica, de clínicas de saúde, de medicina estética e de clínicas de emagrecimento. Também, deve-se considerar o tratamento da questão da saúde nos veículos de comunicação de massa: a proliferação de programas de televisão, revistas, de cadernos especiais nos jornais versando sobre cuidados com a saúde. De um modo geral, é perceptível, no mesmo sentido, que há toda uma indústria voltada para esse segmento como um nicho de mercado com importância crescente, através da venda de equipamentos de ginástica, roupas e materiais para a prática esportiva, alimentação específica, restaurantes e lojas, e assim por diante.

Parte-se, também, da evidência de que esse aspecto do modo de vida contemporâneo exerce forte influência na produção legislativa. É perceptível a emergência de legislações de polícia administrativa francamente restritivas à prática do tabagismo, ao consumo de bebidas alcoólicas e, mais recentemente, ao consumo de alimentos nocivos à saúde. Nos últimos anos, os principais estados brasileiros passaram a adotar legislações fortemente restritivas ao fumo. São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul, pelo menos, adotaram

⁹⁰ “Pode-se caracterizar empiricamente a ‘sociedade de consumo’ por diferentes traços: elevação do nível de vida, abundância das mercadorias e dos serviços, culto dos objetos e dos lazeres, moral hedonista e materialista, etc. Mas, estruturalmente, é a generalização do processo de moda que a define propriamente. A sociedade centrada na expansão das necessidades é, antes de tudo, aquela que reordena a produção e o consumo de massa sob a lei da obsolescência, da sedução e da diversificação, aquela que faz passar o econômico para a órbita da forma da moda”. LIPOVETSKY, Gilles. *O império do efêmero – A moda e seu destino nas sociedades modernas*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 159.

legislações nesse sentido.⁹¹ Diversos países também o fizeram: Argentina, Paraguai e Espanha, que por possuírem, tradicionalmente, altos índices de fumantes, adotaram legislações restritivas. A cidade de Nova Iorque adotou, no ano de 2011, uma restrição ainda mais forte ao tabagismo: passou a proibir o cigarro em parques e praias.⁹² O consumo de bebidas alcoólicas vem sofrendo também grandes restrições. No estado do Rio Grande do Sul, vige a proibição da venda de bebidas alcoólicas em estádios de futebol⁹³. No mesmo sentido, de maneira inédita, no ano de 2008, entrou em vigor, na cidade de Nova Iorque, a proibição do uso de gordura *trans* no preparo de alimentos servidos nos estabelecimentos de atendimento ao público da cidade.

Se essa hipótese tiver alguma validade, ou seja, se a valorização contemporânea de um modo de vida saudável, como consenso social, estiver pondo em marcha uma nova ordem de restrições no plano das liberdades individuais e, mais do que isso, se estivermos na iminência de ultrapassar a fronteira do que os clássicos denominam de *neminem laedere* – vale dizer, o princípio de que o único objetivo pelo qual se pode legitimamente exercer um poder sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra a sua vontade, é o de evitar danos aos outros – o que parece estar sendo sugerido pelo imbróglio do Bar Chopp Tuim, então, o presente trabalho terá justificadas a sua relevância e a sua atualidade. Isso porque, se considerarmos admissível a ultrapassagem dessa fronteira, veremos a proliferação de normas jurídicas que terão em vista não a proteção da sociedade em geral, mas a proteção do indivíduo contra si mesmo, o que significará um enorme retrocesso no plano dos direitos liberdades.

A existência do que chamamos de paradigma existencial dos hábitos saudáveis, no entanto, não será objeto de demonstração no âmbito deste trabalho. Como dito, trata-se de uma evidência empiricamente constatável, bastante clara para qualquer observador mediano, sendo despiciendo ocupar-se em demonstrar a sua existência. Além do mais, caso fosse necessária essa demonstração, tal não seria tarefa das disciplinas aqui tratadas.

⁹¹ São Paulo: Lei n° 13.541, de 07 de maio de 2009; Minas Gerais: Lei n° 18.552, de 05 de dezembro de 2009; Rio de Janeiro: Lei n° 5.517, de 17 de agosto de 2009. Rio Grande do Sul: Lei n°13.275, de 05 de novembro de 2009.

⁹² “Nova York proíbe fumo em parques e praias (AFP) – 23/05/2011.” Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/afp/2011/05/23/nova-york-proibe-fumar-em-parques-e-praias.jhtm>>.

⁹³ Lei 12.916, de 1° de abril de 2008, do Estado do Rio Grande do Sul.

Também, não serão objeto de exame da presente dissertação as causas sociais, psicológicas ou comportamentais que explicam ou determinam esse fenômeno, posto que seriam investigações tendentes a conduzir a presente pesquisa para searas muito distantes.

Todavia, a despeito do corte epistemológico acima enunciado, trataremos, no presente capítulo, de apresentar algumas teorias que se ocuparam de ressaltar determinados elementos da realidade social e que podem ter contribuído para a formação de consensos sociais característicos do novo paradigma. Ou, no mínimo, são elementos que ajudam a explicá-lo, ou, ainda, a compreender seus diferentes aspectos.

Conforme já enunciado alhures, apresentaremos sucintamente três conceitos ou análises, versando sobre temas diversos, mas que podem auxiliar na compreensão do novo paradigma existencial: o Panoptismo, também chamado Sociedade Disciplinar, de Michel Foucault, que sustenta que a sociedade contemporânea se caracteriza pela disciplina, ou seja, pela preocupação mais com o controle das ações e virtualidades dos indivíduos do que propriamente com a punição de suas infrações; a crítica ao Higienismo Médico do século XIX, conforme se desenvolveu no Brasil⁹⁴; e a crítica ao Paternalismo⁹⁵, objeto de reflexão da área da ética biomédica.

Ficará demonstrado que esses três conceitos, embora bastante díspares e referidos a temas diversos, vinculam-se entre si quando vistos na perspectiva do problema desta dissertação.

2.1 A sociedade disciplinar de Foucault

Em meados do ano de 1973, na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, o sociólogo francês Michel Foucault proferiu um ciclo de cinco conferências sob o título genérico, e um tanto inusitado então para as reflexões do autor, de *A verdade e as formas*

⁹⁴ COSTA, Jurandir Freire. *Ordem médica e norma familiar*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1983.

⁹⁵ BEAUCHAMP, Tom L. e CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

jurídicas.⁹⁶ A importância desse evento e do livro que se seguiu, publicado com o mesmo nome, é que ele antecipa algumas das formulações centrais da obra mais notável de Foucault – *Vigiar e Punir* – publicada apenas dois anos depois dessa visita ao Brasil. Marca, também, uma crítica à epistemologia moderna e significa uma contribuição importante e original do autor para o pensamento jurídico.

O ponto de partida de Foucault é a teoria do sujeito, de Descartes e Kant – como denomina, que parte da pressuposição de que há um sujeito do conhecimento, o velho sujeito da relação sujeito-objeto, que é, na filosofia tradicional de então, um sujeito dado definitivamente, a-historicamente, numa posição hipostasiada e alheia em relação à realidade social e ao curso da história.

Diz ele:

Há dois ou três séculos, a filosofia ocidental postulava, explícita ou implicitamente, o sujeito como fundamento, como núcleo central de todo conhecimento, como aquilo em que e a partir de que a liberdade se revelava e a verdade podia explodir ... Atualmente, quando se faz história – história das idéias, do conhecimento ou simplesmente história – atemo-nos a esse sujeito de conhecimento, a este sujeito da representação, como ponto de origem a partir do qual o conhecimento é possível e a verdade aparece.⁹⁷

Foucault tem em vista, também, uma crítica ao marxismo, que denominou, segundo ele mesmo, um tanto ironicamente, de marxismo acadêmico, e à visão segundo a qual o sujeito do conhecimento e as próprias formas de conhecimento são dados prévios e definitivamente e as condições econômicas (infraestrutura) não fazem mais do que depositar-se nesse sujeito definitivamente dado.⁹⁸ Aqui, a crítica do autor não apresenta grande novidade sobre as limitações do determinismo marxista e a concepção segundo a qual as ideias são meros reflexos na consciência das determinações da infraestrutura da sociedade. O esquema teórico do marxismo, em função dessa abordagem, revelou-se, ao longo do tempo,

⁹⁶ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003.

⁹⁷ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003. p. 10.

⁹⁸ FOUCAULT, Op. Cit. p. 8.

inclusive, incapaz de maiores contribuições à teoria do direito, visto que este – o direito – nada mais seria do que o reflexo superestrutural da base econômica da sociedade.⁹⁹

Em resposta a esse problema identificado na epistemologia cartesiana e no determinismo marxista, o autor sugere uma linha investigatória interessante: a hipótese de que as práticas sociais podem engendrar domínios de saber, por meio dos quais surgem novos objetos, novos conceitos, novas técnicas e, também, novos sujeitos de conhecimento. Nesse sentido, o sujeito de conhecimento não é dado de uma vez por todas, mas construído historicamente a partir das práticas sociais as mais variadas. Assim, o curso da história, bem como as práticas sociais, criam formas de conhecimento, modos de conhecimento, de maneira que o sujeito de conhecimento não seja algo dado e fora de todas as suas circunstâncias sociais.

Diz ele:

Seria interessante tentar ver como se dá, através da história, a constituição de um sujeito que não é dado definitivamente, que não é aquilo a partir do que a verdade se dá na história, mas de um sujeito que se constitui no interior mesmo da história, e que é a cada instante fundado e refundado pela história. É na direção desta crítica radical do sujeito humano pela história que devemos nos dirigir.¹⁰⁰

Entre as práticas sociais capazes de produzir tais modificações nos sujeitos de conhecimento, Foucault destaca como das mais importantes – eis uma primeira aproximação com a matéria do nosso interesse – as práticas jurídicas ou, mais especificamente, as práticas judiciárias. Essas práticas, que definem entre os homens os danos e as responsabilidades, a maneira como podem ser julgados pelos erros cometidos, a definição da reparação de alguns desses erros e a punição de outros, parecem-lhe uma das mais importantes formas pelas quais a sociedade definiu tipos de subjetividade, formas de saber e, por consequência, relações entre

⁹⁹ Para uma leitura exaustiva dessa crítica ao marxismo, ver: BOBBIO, Norberto. *Nem com Marx, nem contra Marx*. São Paulo: Editora Unesp, 2006. Nessa obra, que sintetiza a posição do autor sobre a contribuição do marxismo, Bobbio sustenta que essa escola filosófica não tem uma teoria do direito, mas apenas uma crítica ideológica sobre a função do direito numa sociedade de classes. Entendendo-o como um fenômeno superestrutural, mero reflexo da base econômica da sociedade, o direito teria apenas por função legitimar a dominação de classe.

¹⁰⁰ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003. p. 10.

o homem e a verdade. Daí, veja-se o título do ciclo de conferências: *a verdade e as formas jurídicas*.

Foucault realiza, na segunda e na terceira conferências, uma detalhada reconstituição histórica da evolução da questão da prova no Direito, desde a Grécia antiga até o início da idade moderna, passando pelo Direito germânico da alta idade média. Seu objetivo é pôr em relevo a importância histórica do inquérito como procedimento para obtenção da verdade. Para tanto, destaca que, até o surgimento do inquérito, em meados do século XII, o sistema legal da prova judiciária não tinha por objetivo descobrir propriamente a verdade¹⁰¹, mas estabelecer quem era o mais forte, que, por decorrência, deveria ganhar o processo.

A partir de uma ampla reconstituição histórica, o autor examina o surgimento do inquérito como resultado de uma mudança de inflexão nos procedimentos judiciais, através da qual estes passam a ter por objeto a busca da verdade. O surgimento do inquérito – este é o ponto que interessa a Foucault – universaliza uma nova forma de conhecimento e obtenção da verdade, que passa a ter influência em outros domínios do conhecimento.

Afirma:

A partir dos séculos XIV e XV aparecem tipos de inquérito que procuram estabelecer a verdade a partir de um certo número de testemunhos cuidadosamente recolhidos em domínios como o da Geografia, da Astronomia, do conhecimento dos climas, etc... Todos os grandes inquéritos que dominaram o fim da Idade Média são, no fundo, a explosão e a dispersão dessa primeira forma, desta matriz que nasceu no século XII. Até mesmo domínios como o da Medicina, da Botânica, da Zoologia, a partir dos séculos XVI e XVII, são irradiações desse processo. Todo o grande movimento cultural que, depois do século XII, começa a preparar o Renascimento, pode ser definido em grande parte como o desenvolvimento, o florescimento do inquérito como forma geral de saber.¹⁰²

Após essa reconstituição histórica do surgimento do inquérito como forma de conhecimento, que decorre do desenvolvimento e da estatização da justiça penal na Idade

¹⁰¹ “No sistema da prova judiciária feudal trata-se não da pesquisa da verdade, mas de uma espécie de jogo de estrutura binária. O indivíduo aceita a prova ou renuncia a ela. Se renuncia, se não quer tentar a prova, perde o processo de antemão. Havendo a prova, vence ou fracassa. Não há outra possibilidade. A forma binária é a primeira característica da prova.” FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003. p. 61.

¹⁰² FOUCAULT, Michel. Op.cit. p. 75.

Média, Foucault, nas suas duas últimas conferências, ocupa-se da exposição de um fenómeno que interessa mais diretamente ao presente trabalho. Trata-se da teoria segundo a qual a sociedade contemporânea caracteriza-se como o que chama pelo nome de *sociedade disciplinar*, conforme apresentaremos a seguir. Essa formulação apresentada no Brasil antecipa vários aspectos da obra que será publicada apenas dois anos mais tarde, *Vigiar e Punir*¹⁰³, e que se transformou, senão na mais importante, pelo menos na sua mais conhecida obra.

Foucault situa o surgimento da sociedade disciplinar entre o final do século XVIII e o início do século XIX, quando dos processos de reforma dos sistemas judiciários e penais nos diversos países da Europa. Reformadores, como Bentham e Beccaria, propõem uma reelaboração teórica da lei penal: um processo de laicização do conceito de crime, que perde o carácter relacionado a faltas morais ou religiosas; assim, o crime é uma infração à lei civil, que é posta pela sociedade através do Poder Legislativo. O sentido de boa lei deixa de ser aquele adequado à lei natural, religiosa ou moral e passa a ser aquele vinculado à noção de utilidade. Supõe que “uma lei penal deve simplesmente representar o que é útil para a sociedade. A lei define como repreensível o que é nocivo à sociedade, definindo assim negativamente o que é útil”.¹⁰⁴

O programa dos reformadores preconizou uma tipologia das penas que não se concretizou na prática do sistema judiciário e penal. Deportação, trabalho forçado, vergonha, escândalo público e pena de talião não chegaram a ser praticadas em larga escala. A pena que se tornou universal, “uma pena bem curiosa de que Beccaria havia falado ligeiramente”,¹⁰⁵ foi a pena de prisão. Esta, a despeito de não ter sido prevista, foi a pena que resultou do processo de reforma.

Nesse momento e nesse cenário de mudanças das instituições jurídicas e penais, é que Foucault localiza o surgimento da *sociedade disciplinar*, que é essencialmente uma sociedade de controle das ações dos indivíduos ou, mais do que isso, de controle daquilo que os indivíduos estão na iminência de fazer ou que podem vir a fazer.

Afirma o autor que:

¹⁰³ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

¹⁰⁴ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003. p. 81.

¹⁰⁵ FOUCAULT, Op. cit., p. 84.

A penalidade no século XIX, de maneira cada vez mais insistente, tem em vista menos a defesa geral da sociedade que o controle e a reforma psicológica e moral das atitudes e do comportamento dos indivíduos... Toda a penalidade do século XIX passa a ser um controle, não tanto sobre se o que fizeram os indivíduos está em conformidade ou não com a lei, mas ao nível do que podem fazer do que são capazes de fazer, do que estão sujeitos a fazer, do que estão na iminência de fazer.¹⁰⁶

O deslocamento do foco da penalidade, que passa do crime já realizado para o controle da ação que pode vir a ocorrer, acarreta, segundo Foucault, um outro fenômeno, que é o deslocamento do papel punitivo, da titularidade da punição, que deixa de ser primordialmente o Poder Judiciário e passa a ser a polícia, as instituições psiquiátricas, médicas, pedagógicas. Esse deslocamento ocorre porque a função principal da ação estatal passa a ser a reforma moral, comportamental dos indivíduos, e, para essas funções, as instituições de vigilância e controle são as mais adequadas, e não o Poder Judiciário.

Aqui, é necessário um primeiro exercício de vinculação das teorias e dos institutos que estão sendo tratados. O conceito de sociedade disciplinar de Foucault possui relação direta com o conceito de higienismo médico, que será examinado adiante neste capítulo. Vale dizer, o poder regulatório das práticas médicas, sob a concepção do higienismo, corresponde exatamente a este deslocamento do sentido da punição para aquele de correção das virtualidades. A autoridade da prescrição médica corresponde exatamente a estas instituições de controle e vigilância¹⁰⁷ de que trata Foucault. A segunda consideração é que o conceito de sociedade disciplinar também possui relação direta com o conceito de poder de polícia, que é justamente a função do Estado, cujo papel seria harmonizar o convívio social através da limitação, do controle, da liberdade dos indivíduos. O sentido de controle prévio, de limitação, de regramento das ações futuras e eventuais não deixa dúvida sobre a vinculação direta desses conceitos.

Foucault erige um símbolo para o conceito de sociedade disciplinar. Para ele, o início do século XIX marca uma nova era, a idade da ortopedia social, a idade do controle social, e o seu símbolo mais completo é uma instituição, inventada por Jeremy Bentham – de quem

¹⁰⁶ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003. p. 85.

¹⁰⁷ Não por acaso determinadas formas que assume o Poder de Polícia na área da regulação médica são denominadas vigilância sanitária.

falaremos mais detidamente no capítulo seguinte –, instituição esta denominada de *Panopticon*.

O *Panopticon* era uma proposta de instituição, entre muitas formuladas por Bentham; uma forma de arquitetura que permitia um tipo de controle total sobre os indivíduos. Consistia em um edifício em forma de anel, no meio do qual havia um pátio com uma torre no centro. O anel se dividia em celas que podiam ser vistas da torre. Das celas, por sua vez, não era possível enxergar o controlador que estava na torre¹⁰⁸. Em cada cela, havia, conforme a natureza da instituição, uma criança apreendendo, um prisioneiro, um operário, um louco internado e assim sucessivamente, todos vigiados desde a torre por um controlador do Estado.

Para Foucault, o *panopticon* é a utopia da sociedade que atualmente conhecemos. Diz ele:

O Panopticon é a utopia de uma sociedade e de um tipo de poder que é, no fundo, a sociedade que atualmente conhecemos – utopia que efetivamente se realizou. Este tipo de poder pode perfeitamente receber o nome de panoptismo. Vivemos em uma sociedade onde reina o panoptismo.¹⁰⁹

Sob o ponto de vista epistemológico, que foi o ponto de partida de Foucault, a sociedade disciplinar inaugura outro modo de conhecimento. No modelo antes examinado, aquele denominado de inquérito, que viveu a partir do século XII, tratava-se de saber o que tinha acontecido, o que ocorreu, quem fez o quê. Era, portanto, uma recomposição dos fatos pretéritos através de testemunhos das pessoas que os haviam presenciado. Na sociedade disciplinar, ocorrerá, segundo Foucault, algo totalmente diferente: não se trata mais de reconstituir um fato acontecido, mas, antes, de alguém que se deve vigiar sem interrupção e totalmente. Uma vigilância permanente exercida por quem detém o poder sobre aquele indivíduo. O objetivo agora não é descobrir se algo ocorreu ou não ocorreu. O objetivo é

¹⁰⁸ “O panóptico é uma máquina de dissociar o par ver-ser visto: no anel periférico, se é totalmente visto, sem nunca ver; na torre central, vê-se tudo, sem nunca ser visto.” FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Rio de Janeiro: Vozes, 2009. p. 191.

¹⁰⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Rio de Janeiro: Vozes, 2009. p. 87.

verificar se o indivíduo se conduz ou não como deve, se se comporta adequadamente ou não, se cumpre ou não as regras, se progride ou não.¹¹⁰

Foucault situa o surgimento da sociedade disciplinar em fins do século XVIII, início do século XIX, em decorrência de mudanças no sistema produtivo. Ele não usa esta expressão – quem sabe para não dar razão aos marxistas acadêmicos –, mas se trata pura e simplesmente do surgimento da mercadoria, própria do sistema capitalista. O surgimento da sociedade disciplinar, portanto, é uma decorrência do capitalismo nascente. Estamos em plena Revolução Industrial, na época da explosão dos grandes aglomerados urbanos, da formação de amplas camadas populares vindas do campo com a derrocada do sistema feudal. É, portanto, o período do surgimento de uma ampla sociedade de massas, em grandes concentrações urbanas.

Sustenta, ainda, que o que explica o fenômeno é a mudança no tipo de riqueza: “o que está na origem do processo que procurei analisar é a materialidade da riqueza”.¹¹¹ A riqueza no período precedente, a sociedade feudal, era formada pela fortuna de terras, espécies monetárias e, eventualmente, letras de câmbio. A riqueza que emerge da Revolução Industrial é essencialmente formada por mercadorias (estoques, máquinas, oficinas, escritórios, matérias-primas, mercadorias em sentido estrito). Dessa maneira, obviamente, impera a necessidade de se estabelecer um controle dessa imensa massa recém-chegada às grandes cidades, a fim de garantir um funcionamento eficiente da nascente sociedade capitalista.

Esse cenário coloca várias outras questões laterais ao problema da preservação das relações capitalistas, tais como: o problema da ordenação urbana, da circulação urbana, a questão dos costumes, da prostituição, do consumo de álcool e de drogas, a proliferação de doenças, o tratamento para os desempregados, o combate aos pequenos furtos, entre outros temas.

Foucault descreve muito bem tal situação:

¹¹⁰ FOUCAULT, Op. cit., p. 88.

¹¹¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Rio de Janeiro: Vozes, 2009. p. 100.

É por um lado a grande explosão demográfica do século XVIII: aumento da população flutuante (fixar é um dos primeiros objetivos da disciplina; é um processo de antinomadismo); mudança de escala quantitativa dos grupos que importa controlar ou manipular... O outro aspecto da conjuntura é o crescimento do aparelho de produção, cada vez mais extenso e complexo, cada vez mais custoso também e cuja rentabilidade urge fazer crescer.¹¹²

Assim, parece evidente a necessidade de o Estado criar mecanismos de controle social aptos a realizar a ordenação, a disciplina, dessa nascente sociedade de massas. E tais mecanismos não podem esperar a prática do delito, a apuração de sua autoria, o julgamento, a sentença e o cumprimento da pena. A nova realidade de uma sociedade de massas do nascente capitalismo requer, portanto, um Estado capaz de ordenar, de controlar e de prever as condutas.

À guisa de conclusão preliminar, devem-se frisar dois aspectos que a apresentação do conceito de *sociedade disciplinar* de Foucault aporta ao presente trabalho. O primeiro aspecto é que as funções que caracterizam a dita sociedade são fundamentalmente exercidas através de normas de polícia administrativa. Tomemos a lista do parágrafo precedente e veremos que todas as funções que incumbe regular são, até hoje, funções do poder de polícia. Trata-se justamente de regulações que dizem respeito ao convívio em sociedade, um convívio marcadamente urbano e que, também, são regulações que têm em vista limitar a liberdade.

A crítica, portanto, ao sentido totalitário que a definição de *sociedade disciplinar* encerra, na célebre formulação do Foucault de *Vigiar e Punir*, deve informar a abordagem da questão dos limites das funções de polícia. Se o ideal da sociedade panóptica é aquela do controle total, se a sociedade contemporânea se caracteriza por tender ao controle, então, a reflexão sobre os seus limites se reveste da maior importância/relevância política. Trata-se de formular, no âmbito de uma sociedade democrática e liberal contemporânea, algo como limites do panoptismo, limites da disciplina, limites da vigilância e do controle.

O segundo aspecto que cumpre ressaltar é que as funções de vigilância e controle, que caracterizam a dita sociedade disciplinar, quanto ao período de surgimento e às características principais, possuem estrita vinculação com o sentido do movimento de ideias, que será examinado a seguir: o higienismo.

¹¹² FOUCAULT, Op. Cit., p. 206.

2.2 O Higienismo

Em meados do século XIX, surge no Brasil um novo movimento, um novo ideal, cuja preocupação central é a saúde da população. O pressuposto fundamental desse novo movimento é que a população é um bem, um recurso do país, e que cumpre a este educá-la e desenvolvê-la com base em hábitos de vida saudáveis. O novo movimento, que se tornou conhecido como higienismo, preconiza, assim, um conjunto de valores, de ideias-força, destinados a inspirar políticas públicas e modos de vida privados, voltados para a promoção da saúde através da prática de hábitos saudáveis.

Jurandir Freire Costa reproduz a seguir uma definição dessa época:

[C]iência médica que nos dá os preceitos e as regras necessárias tanto à aquisição como à conservação da saúde e se referem a exercícios, banhos, sono, paixões, trabalhos intelectuais, etc...; enfim, ensina a evitar as coisas nocivas e a fazer bom uso das coisas úteis.¹¹³

O novo movimento, introduzido por intermédio da medicina sanitária, baseava-se na ideia de que a promoção e a manutenção da saúde física estavam relacionadas à adoção de hábitos adequados, tais como: a prática de exercícios físicos regulares, a adoção de hábitos alimentares, a prática do asseio pessoal¹¹⁴, o sono adequado, o convívio em ambientes arejados, entre outros elementos relacionados a atitudes físicas, cuja prática é de responsabilidade do indivíduo.

Na base de tais formulações, está o desenvolvimento de novos métodos e de novas concepções sobre o conceito de doença, como a variação quantitativa de índices do estado

¹¹³ COSTA, Jurandir Freire. *Ordem médica e norma familiar*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1983. p. 115. Trata-se da citação de uma definição de: EBOLI, Thomaz. *Dissertação sobre a higiene, os prejuízos que causam uma má amamentação*. 1880. Tese (Faculdade de Medicina), Rio de Janeiro, 1880.

¹¹⁴ GÓIS JUNIOR, Edivaldo e LOVISOLO, Hugo Rodolfo. Descontinuidades e continuidades do movimento higienista no Brasil do século XX. *Revista Brasileira da Ciência do Esporte*, v. 25, n. I, p. 48, set. 2003. Os autores citam a Revista Educação Physica, edição de 1942: “O asseio nos preserva das indisposições das doenças, ele é para o corpo o que a decência é para os costumes... o banho saudável por excelência é o frio, de chuveiro, precedido de uma boa ensabagem tomada pela manhã”.

normal e o estabelecimento de índices antropométricos que passam a estabelecer parâmetros de normalidade física. Canguilhem anota a adesão de Comte à ideia de que há uma relação direta entre a patologia e a fisiologia e de que as doenças consistem basicamente “no excesso ou falta de excitação dos diversos tecidos abaixo ou acima do grau que constitui o estado normal”.¹¹⁵

Nesse sentido, os índices antropométricos do indivíduo (índice de massa corporal, peso, pressão sanguínea, colesterol, etc.) estabelecem, a partir da definição do que sejam índices de normalidade, critérios objetivos de definição do conceito de salubridade. A partir daí, as *práticas* cotidianas dos indivíduos passam a assumir um papel decisivo na obtenção desses índices objetivos como condição de possibilidade de prevenção de enfermidades e promoção de uma vida saudável.

Tal como vimos no item anterior, quando do exame da sociedade panóptica, também, o higienismo responde a necessidades sociais do período histórico em que se desenvolve. O tempo da Pós-Revolução Industrial e seus efeitos deletérios na vida das amplas massas assalariadas resultaram na necessidade de ordenar o caos urbano; de enfrentar a disseminação de doenças infectocontagiosas, que acompanharam o crescimento das grandes aglomerações urbanas; de prevenir a disseminação da pequena criminalidade, etc. Concomitantemente à introdução desse conceito no Brasil, naquele período, havia ainda necessidades adicionais, pois se tratava de um país colonial, cujas necessidades de modernização e mudança de hábitos eram ainda maiores.

Com efeito, o ideário higiênico extrapolou em muito o sentido meramente relacionado aos cuidados físicos com o corpo. Este é apenas o seu ponto de partida. A ele, adicionaram-se os sentidos de saúde psíquica e – muito importante – de retidão moral. Há, na verdade, uma espécie de *continuum* entre os conceitos de saúde física, saúde mental (o conhecido adágio *mens sana in corpore sano*) e saúde (sic) moral. E esse *continuum* era percorrido com a mediação do conceito de educação: educação para a saúde física, mental e moral. O indivíduo doente poderia sê-lo por qualquer uma das três causas ou por uma conjugação delas. A devassidão moral conduzia à doença física e, da mesma forma, esta poderia percorrer o caminho contrário.

Jurandir Freire Costa descreve o processo:

¹¹⁵ CANGUILHEM, Geroges. *O normal e o patológico*. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1982. p. 28.

A higiene, inicialmente, excitou a atenção dos indivíduos para com suas próprias particularidades físicas e morais com o propósito explícito de combater a doença. A teoria da inter-relação entre o físico e o moral permitia essa oscilação do olhar médico do corpo ao sentimento. Toda lesão física repercutia sobre a emoção e vice-versa. A noção de “paixão” estabelecia o vínculo material e teórico entre os dois fenômenos e legitimava a extensão da ação médica ao comportamento e às emoções. As manifestações emocionais costumavam provocar desequilíbrio orgânico, ameaçando a saúde.¹¹⁶

Adiante, veremos que a extrapolação do sentido e das prescrições da higiene para as ações e manifestações existenciais no plano da moral responde a necessidades e interesses claramente identificáveis. Por ora, no entanto, basta acentuar nesse fenômeno aquilo que tem de arbitrário e cientificamente questionável para os padrões atuais. E identificar, também, que a formulação não é “neutra” politicamente, mas corresponde a uma determinada filosofia política, ou, antes, a uma determinada antropologia filosófica, conforme será visto no capítulo seguinte.

A introdução do higienismo no Brasil encontrou terreno fértil nas necessidades decorrentes da modernização do país. Desde a chegada da família real ao Brasil (1808), no início do século, o país não parou de crescer. Com isso, a necessidade de modernização e o rompimento dos hábitos e modos de vida da colônia impuseram ao Estado a realização de medidas para enfrentar essa nova realidade. Nesse cenário, a higiene desempenhou papel fundamental.

A tarefa dos higienistas era justamente a de converter o modo de vida das populações a essa nova ordem urbana: ordem estranha ao antigo modo de viver colonial, que, a todo o momento, a repelia e procurava deter seu progresso.¹¹⁷ O modo de ação era a prescrição de um novo modo de vida, novos hábitos, novos modos de relações afetivas, novas relações familiares, novas construções, nova ordenação urbana e assim sucessivamente. A partir do conceito de saúde, buscava-se totalizar um verdadeiro programa político de modernização das cidades, das relações sociais e, inclusive, das relações afetivas privadas, visando moldar um novo modo de vida.

O sentido evidente desse movimento – que se conecta diretamente com a sociedade disciplinar de Foucault – é o controle social. A nova realidade social, as exigências do

¹¹⁶ COSTA, Jurandir Freire. *Ordem médica e norma familiar*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1983. p. 142.

¹¹⁷ COSTA, Op. Cit., p. 36.

desenvolvimento do capitalismo, as exigências da formação de uma ampla sociedade de massas e o crescimento de grandes concentrações urbanas passam a requerer novas formas de controle social aptas a dar conta dessa nova complexidade. No caso do Brasil do século XIX, inclusive, a essas necessidades acrescentavam-se outras, pois que se tratava de modernizar uma sociedade colonial muito pouco desenvolvida.

De qualquer sorte, o sentido político do movimento era, claramente, o estabelecimento do controle social. Era o saber médico – com todo o prestígio do conhecimento médico-científico – a serviço das necessidades do jovem Estado brasileiro.

Discute-se a duração do movimento higienista. Góis Junior e Lovisolo¹¹⁸ sustentam que, diferentemente de outras posições, que defendem que o movimento teria findado nas décadas de 30 e 40 do século XX, ele permanece presente até nossos dias. Mediante mudanças de inflexões, ressignificações, o higienismo estaria presente no *boom* da medicina sanitária a partir da década de 80 do século XX no Brasil, no chamado *Health Movement*, ocorrido nos EUA, e, inclusive, em manifestações sociais contemporâneas, conforme a feliz formulação de Soares¹¹⁹ que citamos em epígrafe a este capítulo.

O debate acerca da periodização do movimento e a questão de se este ainda permanece operante interessam diretamente a reflexão desta dissertação. Isso porque há elementos na realidade contemporânea que apontam para a constatação de que determinadas características do higienismo permanecem plenamente operantes. O prestigiamento do saber médico¹²⁰, por exemplo, é uma das características marcantes da introdução do higienismo no Brasil, que, a toda evidência, permanece operante. Já anotamos antes que é perceptível na realidade contemporânea o enorme prestígio de que goza o saber médico.

O tratamento dado a esse tema pelos meios de comunicação de massa atesta esse fato. Há uma proliferação de *mídias* que tratam dos temas relacionados aos cuidados com a saúde, tais como: cadernos especiais nos jornais de grande circulação, revistas dedicadas ao tema, programas de televisão, livros, etc. Não bastasse essa constatação, temos ainda o fenômeno

¹¹⁸ GÓIS JUNIOR, Edivaldo e LOVISOLO, Hugo Rodolfo. Descontinuidades e continuidades do movimento higienista no Brasil do século XX. *Revista Brasileira da Ciência do Esporte*, v. 25, n. I, p. 41-54, set. 2003.

¹¹⁹ “E perguntamos se os apelos da mídia às fórmulas frenéticas de cuidar do corpo, hoje, não seriam a nova roupagem de um higienismo e eugenismo pós-moderno?” SOARES, Carmen Lúcia. *Educação Física, raízes européias e Brasil*. Campinas: Autores Associados, 2001. p. 137.

¹²⁰ COSTA, Jurandir Freire. *Ordem médica e norma familiar*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1983. p. 147.

dos médicos *best-sellers*, que publicam livros que figuram nas listas de mais vendidos (pílulas de vida saudável) e apresentam quadros em programas de televisão.

Ademais, todas as características centrais do movimento podem ser percebidas na realidade social contemporânea: na valorização dos exercícios físicos cotidianos, nos cuidados com a alimentação, com a aparência, com os riscos da exposição ao sol, entre outros valores.

Vistas, ainda que de maneira panorâmica, as características principais do higienismo, passemos à apresentação do último conceito a ser examinado neste capítulo. Trata-se do conceito de paternalismo, tal como formulado no âmbito dos debates da disciplina da ética biomédica.

2.3 Beneficência, autonomia e paternalismo

Há um longo debate na disciplina da ética biomédica versando sobre os conceitos de beneficência, autonomia e paternalismo. São conceitos que se relacionam, sendo os dois primeiros potencialmente excludentes entre si, e o terceiro pode significar uma opção pelo primeiro em prejuízo do segundo. Por considerar que a polêmica, objeto desta dissertação, vista na perspectiva da ética biomédica, representa uma opção da legislação ou da ação estatal por uma postura claramente paternalista, apresentaremos a seguir, em linhas bem gerais, os termos desse debate.

De um modo geral, o conceito de beneficência pode ser assim definido: aquela ação cujo objetivo é o de causar o bem de outra pessoa. No seu significado corrente, beneficência significa a prática de atos de compaixão, bondade e caridade.¹²¹ Ser beneficente é ajudar alguém, é promover o bem de outra pessoa, promover seu bem estar, sua qualidade de vida, é praticar ações que façam o bem e evitem o mal.

¹²¹ BEAUCHAMP, Tom L. e CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 282.

Segundo Clotet,¹²² ao citar os moralistas britânicos dos séculos XVIII e XIX, existe no homem, de forma prioritária, um senso natural de benevolência, ou seja, de procura e realização do bem dos outros, do mesmo modo que temos a tendência e a propensão de cuidar de nossa própria vida, saúde e bens. Ainda, segundo o autor, essa formulação é, na verdade, uma crítica à teoria de Hobbes, segundo a qual o Homem, no seu estado de natureza, é essencialmente um ser egoísta e cuja única preocupação é a autopreservação.

Deve-se distinguir, para efeitos analíticos, o conceito de beneficência do conceito de não maleficência. O segundo conceito é mais amplo que o primeiro. Não maleficência é a ação negativa de não causar mal aos outros. A beneficência, por seu turno, é mais específica e requer atitudes positivas de promoção, de ação, no sentido de promover o bem alheio.

Beauchamp e Childress assim o definem:

Na linguagem comum, a palavra “beneficência” significa atos de compaixão, bondade e caridade. Algumas vezes, o altruísmo, o amor e a humanidade são considerados também formas de beneficência. Entenderemos a ação beneficente num sentido ainda mais amplo, de modo que inclua todas as formas de ação que tenham o propósito de beneficiar outras pessoas. A beneficência refere-se a ação realizada em benefício de outros.¹²³

O dever de beneficência, para as áreas médicas, decorre de um princípio baseado na tradição hipocrática que reza o seguinte: “usarei o tratamento para o bem dos enfermos, segundo minha capacidade e juízo, mas nunca para fazer o mal e a injustiça”.¹²⁴

Nos debates sobre ética biomédica e, até mesmo, sobre ética em geral, o conceito de beneficência é muito importante porque dele decorre a discussão sobre os deveres éticos da sua prática. Parece muito claro o dever ético de não maleficência, de não praticar o mal contra os outros, expresso na clássica locução latina do *neminem laedere*. O dever positivo, no entanto, de praticar o bem, porque envolve algo mais do que um *non facere*, implica um debate muito mais complexo para se saber até onde vão os deveres éticos/morais de

¹²² CLOTET, Joaquim. *Bioética – Uma aproximação*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006. p. 60.

¹²³ BEAUCHAMP, Tom L. e CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 282.

¹²⁴ Juramento de Hippocrates, citado por: CLOTET, Joaquim. *Bioética – Uma aproximação*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006. p. 63.

beneficência, até onde o indivíduo tem o dever de praticar o bem para os outros; inclusive, em vista do risco que, muitas vezes, essa prática implica.

Outra distinção importante para os nossos propósitos é aquela entre beneficência geral e beneficência específica. A geral é aquela em que todas as pessoas devem ser benéficas para com todas as pessoas. É o dever de praticar o bem que todos os indivíduos têm em relação à humanidade em geral, às pessoas em geral. “A beneficência específica se direciona a indivíduos ou grupos específicos, tais como as crianças, os amigos e os pacientes.”¹²⁵ A beneficência específica é também aquela devida por pessoas determinadas ou grupos determinados, como médicos, policiais ou bombeiros, por exemplo. Para esses grupos ou pessoas, evidentemente, há deveres éticos especiais, que não existem para as pessoas em geral. Os grupos de profissionais, como estes citados, têm o dever ético de enfrentar situações de risco ou exposição que as pessoas em geral não possuem.

Discutem-se situações-limite em que o dever de beneficência específica entra em choque com o direito à autonomia ou à autodeterminação das pessoas. São aqueles casos clássicos em que o dever de beneficência prescreve determinadas ações em relação ao indivíduo, e esse mesmo indivíduo reivindica o seu direito (autônomo) de decidir se vai se submeter àquelas ações ou não. É o caso clássico do sujeito portador de alguma enfermidade, para a qual o diagnóstico médico recomenda um tratamento altamente doloroso e invasivo, e cuja eficácia é percentualmente pequena (tomemos um caso fácil). Nessa situação, coloca-se o direito à autonomia do indivíduo em decidir se quer se submeter a esse tratamento ou não.

A questão tornou-se clássica nos debates éticos. E, aqui, como em outros temas, conforme examinaremos no capítulo seguinte, a tendência é a de opor, por razões filosóficas, partidários da autonomia versus partidários da beneficência.

Beauchamp e Childress ilustram bem a polêmica:

¹²⁵ BEAUCHAMP, Tom L. e CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 285.

A questão de se o respeito à autonomia dos pacientes deveria ter prioridade sobre a beneficência profissional tornou-se um problema central na ética biomédica. Para os defensores dos direitos de autonomia dos pacientes, as obrigações do médico referentes à revelação da informação ao paciente, à busca do consentimento, à confidencialidade e à privacidade são estabelecidas principalmente (e talvez exclusivamente) pelo princípio do respeito à autonomia. Outros, por outro lado, fundamentam essas obrigações na beneficência obrigatória atribuída ao profissional. A principal obrigação do médico é a de agir pelo benefício médico do paciente, e não de promover a decisão autônoma.¹²⁶

O conflito entre beneficência e autonomia resolve-se, contemporaneamente, em favor da autonomia. As pessoas, desde que adultas e no uso normal de suas faculdades mentais, não podem ser obrigadas a se submeter a tratamentos de qualquer tipo contra a sua vontade. Trata-se do direito à autonomia, que é uma conquista da civilização ocidental desde pelo menos o século XIX, conforme trataremos de maneira mais detalhada no capítulo seguinte, quando examinarmos alguns temas de filosofia política.

Freitas e Prado apresentam esta posição:

O paternalismo não é aceitável em uma visão ética moderna, segundo a qual a autonomia é uma conquista e um direito. O paternalismo pode ser legitimado quando existem razões para supor uma falta ou diminuição do exercício da autonomia em determinadas situações. É aceitável como condição de exceção, e não como regra, em uma sociedade laica e pluralista, quando for evidente uma diminuição da competência do sujeito para seu exercício.¹²⁷

Importa distinguir, ainda, que o conceito de paternalismo não é uma exclusividade da área médica.¹²⁸ Muito pelo contrário, sua acepção usual, provavelmente, está ligada ao conceito de paternalismo governamental, no sentido mais marcadamente político. Mas, nesse último caso, a ação de caráter paternal refere-se mais àquela ação estatal em benefício da

¹²⁶ BEAUCHAMP, Tom L. e CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 296.

¹²⁷ FREITAS, Alessandra Ferreira de e PRADO, Mauro Machado do. Princípios bioéticos norteadores do atendimento odontológico a pacientes portadores de necessidades especiais: autonomia x beneficência. *Bioética* – estudos e reflexões, Londrina, n. 4, edições CEFIL, p. 311, 2003.

¹²⁸ CLOTET, Joaquim. *Bioética* – Uma aproximação. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006, p. 69.

população, que não conta com a participação popular, própria da tradição do populismo, do que com o sentido que nos interessa no âmbito deste trabalho.

Matteucci, no verbete *Paternalismo* do Dicionário de Política, descreve este sentido tradicional:

Na linguagem vulgar, Paternalismo indica uma política social orientada ao bem-estar dos cidadãos e do povo, mas que exclui a sua direta participação: é uma política autoritária e benévola, uma atividade assistencial em favor do povo, exercida desde o alto, com métodos meramente administrativos. Para expressar tal política, nos referimos então, usando de uma analogia, à atitude benevolente do pai para com seus filhos ‘menores’.

¹²⁹

O sentido de paternalismo da ética biomédica, muito embora possa ter pontos de contato com o sentido político – como a circunstância de possuir um viés autoritário, por exemplo –, é um tanto distinto. No sentido político, o paternalismo é a prática da beneficência contra a participação; no sentido biomédico, é a prática da beneficência contra a autonomia. No primeiro caso, sacrifica-se a liberdade positiva, no segundo, a liberdade negativa, para usar uma dicotomia que será analisada mais adiante.

Os conceitos de beneficência, autonomia e paternalismo interessam ao presente trabalho porque podem ser facilmente transpostos para o universo de problemas de que estamos tratando. A norma de polícia atentatória à liberdade individual, ao proibir a prática de condutas lícitas, porém nocivas à saúde, mesmo quando essa prática não causa prejuízo aos outros, apenas ao usuário, incorre numa atitude paternalista. Impõe-se uma beneficência pela via da proibição absoluta da conduta nociva, o que fere o direito de autonomia.

¹²⁹ BOBBIO, Norberto e MATTEUCCI, Nicola. *Dicionário de Política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. p. 908.

2.4 Panoptismo, Higienismo e Paternalismo

Este capítulo tratou de questões distintas. Pela ordem, uma teoria sobre a realidade contemporânea, um movimento de ideias com impacto nas políticas de saúde do Estado e alguns conceitos da disciplina da ética biomédica. São temas bastante distintos, mas que, na abordagem do problema desta dissertação, apresentam-se claramente relacionados.

A evidência empírica de que há um fenômeno na sociedade civil contemporânea, que denominamos paradigma existencial dos hábitos saudáveis, torna-se mais inteligível se vista a partir dos temas que foram tratados. Isso porque esses temas chamam a atenção para aspectos da realidade social que reforçam o novo paradigma, seja adicionando elementos de conteúdo, seja através da forma de controle das ações dos indivíduos.

A supervalorização dos hábitos saudáveis, como um paradigma existencial amplamente disseminado, apresenta-se claramente como uma reiteração, ou uma exacerbação, do ideário do higienismo tal como apresentado aqui. O objetivo de uma vida saudável, da prática de hábitos saudáveis, o objetivo da saúde física como condição da saúde mental e da higidez moral, numa espécie de *continuum* entre esses três patamares; o controle médico sobre todos os domínios da existência e do modo de vida; a vida saudável como uma questão moral, entre outros valores, tornam evidente que o higienismo introduzido no Brasil no século XIX transmutou-se, modificou-se em alguns aspectos, mas manteve suas características essenciais. Mais do que isso, o ideário do higienismo empresta sua autoridade – autoridade esta que se vale do caráter científico do saber médico – para reforçar e reiterar, sob o ponto de vista do conteúdo, o paradigma existencial dos hábitos saudáveis.

Se o higienismo empresta seu conteúdo para o novo paradigma, o que parece ter ficado bastante evidente, a sociedade disciplinar auxilia na compreensão de sua forma, do seu *modus operandi*. É a sociedade do controle, da vigilância, do exame permanente, postos a serviço da pretensão de moldar e de uniformizar os hábitos das pessoas, com vistas à obtenção de modos de vida saudáveis. Há uma inter-relação aqui entre forma e conteúdo. Veja-se que o conteúdo, por dizer respeito a questões essencialmente individuais, questões do modo de vida das pessoas, penetra profundamente em temas relativos às escolhas existenciais e, ao fazê-lo,

age pelos métodos de controle da sociedade disciplinar, que se caracteriza justamente por penetrar na intimidade dos indivíduos.

Como dito antes, a teoria de Foucault, que pretende ser meramente descritiva do funcionamento da sociedade contemporânea, encerra, no entanto, uma crítica radical a essa mesma sociedade e alerta para o potencial de controle total das vidas humanas que as instituições da denominada sociedade panóptica carregam. Nesse sentido, a determinação de limites para os mecanismos de controle, os quais, numa sociedade democrática, se consubstanciam na definição de limites para o poder regulatório das leis, é algo decisivo para a preservação dos direitos liberdades.

A crítica ao paternalismo, ao ressaltar a supremacia da autonomia sobre a beneficência, oferece elementos relevantes para as definições do problema que estamos tratando. Conforme será examinado a seguir, o conceito de autonomia possui grande importância na história da filosofia, especificamente na configuração do conteúdo contemporâneo do conceito de liberdade. Esse conceito, entretanto, deve estar relacionado a uma teoria forte dos direitos liberdades, e este é o tema do próximo capítulo.

3 O CONCEITO LIBERDADE

*Liberdade, essa palavra que o
sonho humano alimenta que não há ninguém que
explique e ninguém que não entenda.*

Cecília Meireles

O ideal de liberdade é, seguramente, um dos mais antigos e mais inteligíveis dos ideais humanos. Perguntemos a um cidadão qualquer se este identifica o significado da palavra liberdade, e sua resposta, fatalmente, será positiva. Esse hipotético cidadão, provavelmente, dirá algo como ausência de impedimentos, impedimentos de outros indivíduos à ação livre das pessoas.

De um modo geral, para o senso comum, contemporaneamente, a ideia de liberdade está ligada à ação desimpedida. As pessoas têm inclinações, desejos, modos de vida, impulsos, vontades, e qualquer ação de outra pessoa, ou pessoas, e, principalmente, do Estado, que impeça a realização dessas ações é compreendida por toda a gente como ausência de liberdade.

O ideal de liberdade, por outro lado, dada a sua natureza social – só há sentido em ser livre na vida em sociedade –, está relacionado na história da humanidade a um sem número de lutas políticas, lutas contra a opressão do Estado, de sistemas políticos ou de tiranos. Nessa senda, a liberdade é sempre a liberdade contra a opressão.

A inteligibilidade do conceito de liberdade, no entanto, não possui a mesma clareza que, *prima facie*, parece ter numa visão superficial. Prova disso são os infindáveis debates que se fazem sobre o sentido desse termo. Isaiah Berlin, um dos mais notáveis historiadores de idéias do século XX, é pródigo em anotar as diversas acepções que esse conceito adquiriu no curso da história. Principia por observar que o conceito, sendo uma questão genuinamente política, diz respeito às finalidades humanas, aos objetivos da vida e que, como tal, não pode ser reduzido a um debate meramente técnico. Diz ele:

quando há consenso sobre os fins, as únicas questões que restam se referem aos meios, e essas não são políticas, mas técnicas, isto é, passíveis de serem resolvidas por especialistas ou máquinas, como discussões entre engenheiros ou médicos.¹³⁰

Como este é um conceito que está relacionado aos fins da sociedade, seu conteúdo é um tema da filosofia política, ou melhor, da política no sentido mais elevado do termo. Este diz respeito a uma visão ampla sobre o ser humano, o sentido da existência, o papel e as funções do Estado, o grau de autonomia que devem ter os indivíduos frente ao Estado e à própria sociedade, entre outras questões relevantes. Desse modo, o debate sobre o que sejam propriamente, nos dias de hoje, o ideal, o valor ou o conceito de liberdade não é uma questão que possa ser resolvida nos planos da ciência ou da técnica, sendo, portanto, uma questão de natureza filosófica.

Com efeito, dada a natureza da questão, o debate acerca do seu conteúdo tende a opor duas visões antropológico-filosóficas distintas ou antagônicas, quais sejam, positivismo filosófico e liberalismo. É novamente Berlin, naquela que é tida como a sua mais importante obra¹³¹, quem apresenta o conflito de ideias entre estas duas correntes: de um lado os positivistas, segundo os quais

o método científico pode resolver todas as questões, tanto dos fins como dos meios. A pesquisa paciente e desinteressada pode estabelecer quais são as necessidades fundamentais de todos os homens como tais... é possível desenvolver um plano harmonioso de existência que dará fim, para sempre, a toda injustiça, miséria, conflito e frustração de qualquer tipo.

De outro lado, diz ele,

¹³⁰ BERLIN, Isaiah. Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios. In: BERLIN, Isaiah. *Dois conceitos de liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 226.

¹³¹ BERLIN, Isaiah. *Idéias políticas na era romântica – ascensão e influência no pensamento moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 64. Esta obra, mais conhecida como P.I.R.A, sigla do título em inglês *Political Ideas in the Romantic Age*, representa o trabalho de fundação do autor, espécie de *Grundrisse* de Berlin, e foi elaborado originalmente para um ciclo de palestras proferido pelo autor, no ano de 1952, no Bryn Mawr College, no estado da Pensilvânia, EUA. Trata-se de uma análise detalhada das ideias políticas no período compreendido entre o final do século XVIII e início do século XIX.

o protesto kantiano liberal contra tratar os seres humanos como crianças ou ovelhas dóceis, ainda que seja para promover a sua felicidade e paz; o direito de se desviar do caminho apropriado, mesmo que conduza ao pecado, ao sofrimento e à punição; o caráter sagrado do ato de escolha por parte do ser humano individual, e a noção de liberdade como um fim em si mesmo.

A discussão, portanto, sobre o conteúdo do conceito de liberdade trata, em última análise, de uma questão de antropologia filosófica, ou seja, discute o que é o homem, o que ele pode e o que deve ser.¹³² As diferenças de proposições acerca do conceito de liberdade, que vêm a redundar justamente na questão dos limites da ação do Estado, refletem essa visão sobre o ser humano e são o ponto de partida de toda a discussão.

3.1 Liberdade dos antigos e liberdade dos modernos

É amplamente conhecida a distinção proposta por Benjamin Constant¹³³ entre o que denominou a *liberdade dos antigos* contraposta à *liberdade dos modernos*. Para os antigos, segundo Constant, a liberdade consistia fundamentalmente na participação política, na possibilidade de interferir nos assuntos da *polis*, como autodeterminação e como liberdade de ação na esfera pública. Já, para os modernos, a liberdade seria a existência de um espaço de ação e determinação que não poderia ser invadido por outras pessoas, principalmente, pelo Estado. Como espaço privado, imune à ingerência de outrem, entende-se a liberdade negativa¹³⁴. A negatividade aqui não possui sentido valorativo, sendo compreendida como não impedimento e não coerção. Nesse sentido, o indivíduo livre é aquele que faz o que deseja, sem impedimentos, ou que não faz aquilo que não deseja, sem coerções. Trata-se, assim, de negatividade lógica, como não existência de poder, e não axiológica.

¹³² STEIN, Ernildo. *Antropologia Filosófica: questões epistemológicas*. Ijuí: Editora Unijuí, 2010. p. 40 . Ver, também: RABUSKE, Edvino A. *Antropologia Filosófica*. Porto Alegre: Escola Superior de Teologia, 1981. p. 14.

¹³³ CONSTANT, Benjamin. Da Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos. *Revista de Filosofia Política*, Porto Alegre, p. 9, L&PM, 1985.

¹³⁴ BIRD, Colin. *Introdução à filosofia política*. São Paulo: Madras, 2011. p. 191. “Em uma interpretação negativa, a liberdade consiste fundamentalmente em ausência de algo mais – formas de restrição, interferência e impedimentos à ação possível. Sou livre, portanto, por essa análise, na medida em que oportunidades para a ação estão disponíveis, e não impedidas por restrições e obstáculos.”

A distinção de Constant, que se tornou clássica na filosofia política, parte das diferenças entre as sociedades antiga e moderna. A primeira, formada por pequenas cidades-estado que viviam em guerra permanente e cujo tempo livre dos cidadãos era viabilizado pelo trabalho escravo, era baseada na democracia direta. A participação nos assuntos da *polis* era prerrogativa exclusiva dos cidadãos livres; daí, a definição da liberdade antiga. As sociedades modernas, por seu turno, formam Estados infinitamente maiores e mais complexos, baseadas no trabalho assalariado da mão de obra livre. Nessas sociedades, os indivíduos encontram-se voltados para o desenvolvimento de suas atividades produtivas, o comércio, a indústria, a agricultura, sendo a participação nos assuntos públicos episódica e eventual, resumindo-se, grosso modo, ao momento da escolha dos representantes. Para esses indivíduos, a demanda de liberdade possui uma natureza, de fato, completamente diferente, que é a demanda por um espaço de autonomia imune à ação do Estado.

Constant pôs, em outra obra, a definição de liberdade em termos mais metafóricos: “[e]ssa liberdade, de fato, é o objetivo de toda associação humana. Ela se apóia na moral pública e privada; sobre ela repousam os cálculos da indústria, sem ela não há para os homens nem paz, nem dignidade, nem felicidade”.¹³⁵

Para Michelangelo Bovero,

aquelas que hoje recebem o nome de liberdades individuais fundamentais são sobretudo liberdades negativas, garantidas pelas constituições modernas contra a invasão do poder. Em todas as constituições civis, ao poder político é, por assim dizer, “vetado vetar” certos comportamentos, ou melhor, é proibido estabelecer impedimentos ou impor coerções em certas matérias, em certas esferas do agir que coincidem com o âmbito das liberdades individuais fundamentais.¹³⁶

As reflexões sobre o conceito de liberdade negativa, núcleo central da *liberdade dos modernos*, suscitaram e ainda suscitam inúmeros debates. Renaut¹³⁷ sustenta que o aspecto

¹³⁵ CONSTANT, Benjamin. *Escritos de política – Da liberdade individual*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 153.

¹³⁶ BOVERO, Michelangelo. *Contra o Governo dos Piores – uma gramática da democracia*. Rio de Janeiro: Campus, 2002, p. 77.

¹³⁷ RENAUT, Alain. *História da Filosofia Política – Nascimento da modernidade*. vol. 2. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 16.

mais importante dessa distinção é que ela determina uma lógica binária no que se refere à sujeição à *polis*, do tipo sujeição/independência. Diz ele:

[j]á evocamos a maneira como Benjamim Constant opunha em 1819 a “liberdade dos Antigos” e a “liberdade dos Modernos”, como a independência do indivíduo relativamente ao “corpo coletivo” se opõe à sua sujeição à cidade.

Esse autor aponta, no entanto, para o risco de simplificação que tal oposição binária encerra, sugerindo outra com três termos, em que a inclusão da *autonomia* é o valor-chave para compreensão da distinção entre o antigo e o moderno. Diz ele:

se este é o caso, teríamos que invocar, para pensar a história da cultura ocidental e para inscrever nela a história da filosofia política, não uma lógica com dois termos (sujeição antiga, por um lado, independência moderna, por outro), mas muito mais uma lógica com três termos (sujeição, autonomia, independência) da qual nos seria preciso compreender que os dois últimos são, cada um à sua maneira, modernos.

De fato, o valor da autonomia, que remonta a Kant¹³⁸, possui importância central entre os valores fundantes da modernidade. O *sapere aude* kantiano, que expressa a autonomia de pensamento (ousa servir-te de tua razão), é talvez o ponto de partida da tradição do liberalismo iluminista¹³⁹, porque é nele que reside o entendimento de que a livre expressão das ideias (liberdade de pensamento, liberdade de expressão e liberdade de imprensa) é o

¹³⁸ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. p. 62-63.

¹³⁹ ROUANET, Sergio Paulo. *Mal estar na modernidade: ensaios*. Iluminismo ou barbárie, a crise da civilização moderna. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. p. 37: “A autonomia intelectual é o ideal mais irrenunciável do Iluminismo. Ele o recebeu da Ilustração, através dos filósofos do século XVIII e sobretudo através de Kant, que formulou para seu tempo e o nosso o grande objetivo da maioria cultural, da recusa de todas as tutelas, e o resumiu na palavra de ordem que está inscrita no pórtico da cidade iluminista: *sapere aude*, ‘ousa servir-te de tua razão’. Aprendeu a transformá-lo em prática política corrente com o liberalismo, que institucionalizou nas sociedades democráticas modernas a liberdade de expressão e de criação cultural e difundiu nas escolas e universidades a ética do livre exame, que a Reforma luterana legou à Ilustração e esta transmitiu a seus herdeiros”.

caminho mais fecundo para a descoberta da verdade. Essa formulação tornou-se corrente na maioria dos autores liberais.

A ideia de autonomia, por outro lado, como integrante da liberdade moderna, é, ao mesmo tempo, também, o ponto de chegada de um longo debate na filosofia política sobre o conteúdo do conceito liberdade. No período inicial da modernidade, esse conceito possuía um conteúdo praticamente inverso daquele que possui hoje. Ser livre era adequar-se à lei de Deus ou a uma lei de natureza (se não, vejamos).

Está fora de questão a maneira como os antigos concebiam o homem: não como uma individualidade, mas como parte integrante de uma totalidade orgânica. As noções de indivíduo, tais como as conhecemos, são noções relativamente novas na história da humanidade.¹⁴⁰ A Antiguidade e a Idade Média conheciam sociedades orgânicas, nas quais o todo precede às partes, e a sociedade precedia e abarcava os seus indivíduos, os quais não possuíam um estatuto próprio de individualidade. A individualidade (ou subjetividade) é uma criação moderna.

Na mesma senda, também, o conceito de liberdade trilhou um longo caminho até que pudesse assumir os contornos que hoje possui, como ausência de impedimentos, como autonomia. A tradição platônica, estoica e cristã, fonte de inspiração dos filósofos dos séculos XVII e XVIII, concebia a liberdade como adaptação a um padrão ou propósito presente no universo, cuja descoberta deveria ser feita pelos indivíduos por meio do conhecimento da natureza humana.¹⁴¹ Na versão cristã, esse padrão e esse propósito se encontram na vontade e nos desígnios de Deus; nas demais versões, devem ser auscultados na vontade da natureza.

Para essa concepção, o universo era formado por um todo harmônico, que possuía um sentido. Segundo Berlin,¹⁴² para estes

¹⁴⁰ O professor Norberto Bobbio apresenta três elementos que caracterizam a filosofia social da idade moderna, que foram centrais para a dissolução da concepção orgânica e para a formação da concepção individualista típica da modernidade. São eles: (1) o contratualismo do seiscentos e do setecentos, que parte da hipótese de que antes da sociedade civil existia o estado de natureza, no qual os homens nasciam livres e iguais; (2) o nascimento da economia política (mercado capitalista) e (3) a filosofia utilitarista de Bentham. BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia* – Uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 22.

¹⁴¹ BERLIN, Isaiah. *Idéias políticas na era romântica* – ascensão e influência no pensamento moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 152. “O famoso argumento estóico de que compreender e adaptar-se à natureza é a liberdade mais verdadeira baseia-se na premissa de que a natureza ou o cosmo possui um padrão e um propósito; de que os seres humanos possuem uma luz ou razão interior, isto é, aquilo que neles procura a perfeição por meio da integração tão completa quanto possível a esse padrão e propósito cósmico.”

¹⁴² BERLIN, Isaiah. *Idéias políticas na era romântica* – ascensão e influência no pensamento moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 157.

[o] universo é um sistema harmonioso de entidades ligadas entre si por laços que não podem ser de outra maneira, um plano lógico traduzido em termos concretos, uma ordem racional e compreendê-lo significa compreender a nós mesmos, nossos verdadeiros desejos e aquilo que unicamente os satisfará verdadeiramente.

Nessa linha de formulações, o funcionamento do universo, ou a natureza, possuía um sentido, uma ordem racional, era harmonioso e tinha uma finalidade, que era propriamente a razão da existência humana. Assim, a liberdade tinha um conteúdo praticamente inverso daquele que possui hoje, porque ser livre era adaptar-se aos desígnios da natureza; ou seja, liberdade era sinônimo do que hoje tomamos como o seu contrário: necessidade. Isso porque aquilo que possui um desígnio necessariamente tem de ser de uma determinada maneira, não sendo, portanto, livre, mas necessário.

Outra consequência importante dessa concepção repousa no fato de que os planos do ser e do dever ser eram idênticos; ou melhor, o plano do dever ser era deduzido do plano do ser. A moralidade, portanto, era uma dedução da realidade, e não uma construção humana, porque as leis como generalizações sobre fatos da natureza, do mundo físico e as leis como regras de conduta eram idênticas ou, no mínimo, possuíam a mesma fonte. Dessa forma, a política e a moral não eram disciplinas prescritivas, mas descritivas.

Deve-se a Rousseau¹⁴³ o início da ruptura com a concepção dominante no período inicial da Ilustração, antecipando, de alguma forma,¹⁴⁴ e abrindo caminho para o florescimento do liberalismo político no século XIX. Segundo Berlin: “a liberdade, ao menos nos seus primeiros escritos, é o que sempre foi para todos os liberais, todos aqueles que a

¹⁴³ BERLIN, Isaiah. *Idéias políticas na era romântica – ascensão e influência no pensamento moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 164: “Bastará para nossos fins considerarmos o papel desempenhado nessa evolução pela mais central de todas as grandes influências sobre o desenvolvimento do pensamento e sentimento no século XVIII – a de Rousseau. Pois o pensamento de Rousseau é a verdadeira ponte entre o velho e o novo. Ele deixou o pensamento moral e político numa condição profundamente diferente daquela em que a encontrou. E o conceito central, cuja natureza Rousseau transformou, foi o da liberdade humana.”

¹⁴⁴ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Brasília; Editora Universidade de Brasília, 1995. p. 48: “No mesmo capítulo VIII Rousseau oferece a mesma rigorosa definição de liberdade como autonomia. Ele diz: ‘a liberdade consiste na obediência à lei que prescrevemos a nós mesmos’. Esta definição é importante porque antecipa, sob certos aspectos, o pensamento de Kant, o qual é considerado o filósofo da autonomia moral, porque considera a liberdade moral de fato não como falta de leis, mas como obediência à lei fundamental da própria razão, e portanto como autonomia”.

defenderam ou lutaram por ela – ausência de restrições, remoção de obstáculos, resistência a forças de opressão.”¹⁴⁵

No entanto, a verdadeira mudança ocorrida nas concepções sobre a liberdade, aquela que inaugura a concepção contemporânea do conceito, é, conforme enunciado acima, a noção de autonomia formulada por Emanuel Kant, tido, com justa razão, como o filósofo precursor (ou fundador) do liberalismo político. Para Kant, o determinismo presente no mundo físico não ocorre no plano da moral. Neste, deve prevalecer a liberdade como autonomia, única lei a reger o mundo da moralidade dos indivíduos.

Diz Kant:

A autonomia da vontade é a constituição da vontade, pela qual ela é para si mesma uma lei – independentemente de como forem constituídos os objetos do querer. O princípio da autonomia é, pois, não escolher de outro modo mas sim deste: que as máximas da escolha, no próprio querer, sejam ao mesmo tempo incluídas como lei universal.¹⁴⁶

O conceito de autonomia kantiano opera uma separação decisiva entre os planos do ser e do dever ser. O primeiro realiza-se no mundo da natureza e obedece a uma relação de causalidade; o segundo realiza-se no mundo moral, lugar por excelência dos indivíduos, onde impera a liberdade. A vontade humana age sem ser determinada por causas estranhas, obedecendo apenas à lei moral, que apenas a vontade impõe livremente a si mesma. Assim, “o conceito da liberdade constitui a chave explicativa da autonomia da vontade”.¹⁴⁷

William Edmundson¹⁴⁸ lembra que Kant inaugura a noção de que as ações morais não são e não podem ser determinadas pelas leis do mundo físico, mas apenas pelas leis que criamos para nós mesmos através da razão. Opera-se uma distinção entre lei moral e lei de natureza que a liberdade dos *philosophes* não concebia e define-se a lei moral não a partir de seu conteúdo, mas da sua forma, que é a forma de um imperativo categórico.

¹⁴⁵ BERLIN, Isaiah. *Idéias políticas na era romântica – ascensão e influência no pensamento moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 168.

¹⁴⁶ KANT, Emanuel. *Fundamentação à metafísica dos costumes*. Rio de Janeiro: Ediouro, [s.d.]. p. 92.

¹⁴⁷ KANT, Op. Cit., p. 101.

¹⁴⁸ EDMUNDSON, William. *Uma introdução aos direitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

Diz Edmundson:

Segundo Kant, nossos direitos e deveres são estabelecidos por leis que criamos para nós mesmos enquanto seres racionais, e não por leis físicas ou psicológicas aplicáveis a nós enquanto criaturas determinadas por forças físicas, apetites, disposições de ânimo e percepções sensoriais. Em outras palavras, a própria razão deve ser prática – caso contrário, a moralidade, que pressupõe a liberdade, seria uma ilusão. É nosso conhecimento da lei moral que, de fato, demonstra que a liberdade é real para nós. Mas que leis são essas e como são conhecidas? A resposta de Kant é que elas são conhecidas não por seu conteúdo, mas por sua forma, que é a de um imperativo categórico: age de tal maneira que a máxima de tua vontade possa ser, ao mesmo tempo, uma lei universal.

O conceito de autonomia e o imperativo categórico abrem uma nova perspectiva ao pensamento político. A lei moral não se fundamenta mais em um *conteúdo*, um objetivo, como a felicidade, a salvação da alma ou outro objetivo qualquer, mas em uma *forma*. A dita forma – este é o ponto - prescreve um critério que pressupõe a mais radical igualdade e dignidade entre as pessoas: age de tal forma que tua ação possa ser uma regra de conduta universal. Quer dizer, as ações individuais devem ser de tal modo justas que possam ser aplicadas à universalidade das pessoas, as quais – eis o que está implícito, são radicalmente iguais. Daí, a segunda formulação kantiana do *imperativo*: “trata todos os seres humanos sempre como fins em si mesmos e nunca como meios”.

3.2 O liberalismo político clássico

A nova perspectiva aberta pelo pensamento de Kant estabelece as condições para o surgimento do liberalismo político clássico. Essa escola, que floresceu na Europa no século XIX, conta, além de Constant e Kant, acima examinados, com uma miríade de autores. Entre eles, estão: Locke, Humboldt, Tocqueville, John Stuart Mill, apenas para citar alguns dos

mais notáveis numa tradição pluralista¹⁴⁹ com múltiplos autores. O aspecto central da doutrina do liberalismo político – aspecto que talvez possa ser o elemento de unificação de todos esses autores – é a defesa da existência de um espaço de determinação dos indivíduos que não pode ser invadido por ninguém, principalmente pelo Estado.

Esse elemento central, que é a existência desse espaço intangível, reflete a contribuição universal e, quiçá, insuperável do liberalismo político para a civilização contemporânea. Isso porque, embora tenha surgido por causas e circunstâncias políticas e históricas determinadas, que é basicamente a luta contra a monarquia absolutista, os seus valores fundamentais expressam a luta contra o abuso de poder, e há nesse desiderato um caráter universal e permanente na história da humanidade.¹⁵⁰

A hipótese central da presente dissertação é justamente de que a contribuição do liberalismo político clássico, naquilo que é o seu núcleo central, representa um patrimônio que não pode ser desfeito (abandonado) por nenhuma das formas jurídicas posteriores que o Estado assumiu ou que venha a assumir, sem que isso represente um retrocesso enorme nas formas de associação humanas.

As experiências totalitárias do século XX, seja aquela perpetrada pelo nazismo, seja aquela vivida nos regimes inaugurados com a Revolução Bolchevique de 1917, tendo esses últimos atravessado praticamente todo o século, são exemplos cabais de o que ocorre quando o núcleo central dos valores do liberalismo político é abandonado. No caso desses exemplos, o individualismo liberal foi suprimido em nome de uma suposta forma superior de democracia, que prometia redimir a humanidade de todos os seus males. Apenas o homem burguês e suas veleidades seriam extintos. O que de fato ocorreu foi a supressão não apenas

¹⁴⁹ A ideia de que o liberalismo possui uma tradição pluralista de autores que possuem uma mesma temática e uma mesma linha de preocupações, sem possuírem uma mesma formulação, pode ser lida em Bobbio e Lafer: “Esses autores, se tem afinidades, caracterizam-se também por apreciáveis diferenças. Por isso, pode-se dizer que a doutrina liberal é, desde suas origens, uma doutrina pluralista, com vários clássicos”. LAFER, Celso. *Ensaio Liberais*. São Paulo: Siciliano, 1991. p. 63. “Porém, diferentemente do socialismo, que há mais de um século vem se identificando na maior parte de sua história com a obra de um único pensador, (...) o liberalismo é um movimento de idéias que passa através de diversos autores diferentes entre si (...).” BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia – Uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 114.

¹⁵⁰ “Todas as vezes que volto a refletir sobre o curso da história nos últimos séculos, fico cada vez mais convencido de que a doutrina liberal, embora historicamente condicionada, expressou uma exigência permanente (certamente passível de aperfeiçoamento em sua realização prática, mas que não deve ser negligenciada e muito menos desprezada em seu valor normativo): essa exigência, para dizer de modo mais simples, é aquela da luta contra os abusos do poder. E é permanente, como toda exigência por libertação, seja porque todo poder tende a abusar, seja porque na estrutura formal assumida pelo Estado de direito, elaboração extrema da concepção liberal do Estado, há algumas bases para reprimir qualquer atentado às garantias da liberdade individual (...).” BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política – A filosofia política e a lição dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 277-278.

da liberdade, mas de toda e qualquer democracia. Ocorreu a substituição da sociedade civil pelo Estado, a formação de regimes ditatoriais e, no caso do nazismo, o genocídio como política de Estado.

Assim a demanda por um espaço de autonomia individual, ausente de regulação estatal, no qual os indivíduos possam fazer suas escolhas de modo de vida, praticar suas crenças religiosas, associar-se para quaisquer fins lícitos, expressar suas opiniões, ir e vir e adotar o estilo de vida que melhor lhes aprouver é a questão central da doutrina do liberalismo político. E a preservação de um conteúdo determinado desses valores, quando em choque com outros valores (liberdade individual versus polícia sanitária, como é o caso em exame nesta dissertação), é condição para manter a liberdade e a democracia nas sociedades contemporâneas.

Em busca de identificar mais detalhadamente as características, os valores e a natureza do programa político do liberalismo, apresentaremos a seguir um resumo nuclear das formulações de dois autores importantes dessa tradição: John Stuart Mill e Wilhelm von Humboldt. Após, para pensar o problema à luz de formulações contemporâneas, examinaremos as proposições do liberalismo segundo Ronald Dworkin.

3.3 Stuart Mill – Liberdade, Estado e maiorias

O filósofo inglês John Stuart Mill (1806-1873) é, segundo muitos autores¹⁵¹, um dos mais importantes, senão o mais importante, dos expoentes do liberalismo político clássico do século XIX. Sua mais conhecida obra, *Sobre a liberdade (On liberty)*, original, publicada em 1859, quando o autor já gozava de certo prestígio por suas obras sobre lógica e economia

¹⁵¹ Ver: BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia* – Uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 107-128; BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1988. p. 55; EDMUNDSON, William. *Uma introdução aos direitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 90; LAFER, Celso. *Ensaio Liberais*. São Paulo: Siciliano, 1991. p.61; GIANNOTTI, José Arthur. *Stuart Mill vida e obra*. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 74; DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 399; BERLIN, Isaiah. *Idéias políticas na era romântica* – ascensão e influência no pensamento moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 222.

política e mesmo como expoente e continuador do *utilitarismo*¹⁵², é considerada um clássico da filosofia política.

Stuart Mill é filho de outro intelectual inglês importante, James Mill. Seu pai, um dos fundadores, junto com Jeremy Bentham, do *utilitarismo*, escola também chamada de radicalismo filosófico, educou-o, desde a mais tenra infância, para o estudo da filosofia, da história clássica, da química, da física e da matemática. Consta¹⁵³ que antes dos cinco anos já sabia ler em grego e aos sete já estudava filosofia clássica. Aos 14 anos, viajou para uma temporada na casa de Samuel Bentham, irmão de Jeremy Bentham, onde iniciou o estudo do *utilitarismo*, escola à qual aderiu e da qual tornou-se continuador.

Sobre a liberdade, de 1859, é uma obra da fase madura de Stuart Mill, que já passava dos cinquenta anos e havia publicado duas obras importantes, *Sistema da lógica dedutiva e indutiva*: exposição dos princípios da prova e dos métodos de investigação científica, em 1843, que trata de problemas epistemológicos e demonstra a preocupação da busca de um método científico para a investigação de questões morais, e *Princípios da economia política*, em 1848, que revelou o interesse do autor pelo tema nascente da economia.¹⁵⁴

O núcleo central do pensamento moral de Stuart Mill, revelado por sua concepção sobre a liberdade, é aquele que passou a ser conhecido pelo princípio do dano; ou seja, o princípio segundo o qual a única razão que pode legitimar a obrigação de se impor determinado comportamento a qualquer pessoa é o objetivo de se evitar danos aos outros, à comunidade em geral ou a outras pessoas em particular.

Bobbio¹⁵⁵ anota, assim, com muita propriedade, que o princípio de justiça a que se vincula Mill é o *neminem laedere*. Como sabido, o *neminem laedere*, que significa justamente não ofender ninguém, integra os *praecepta iuris* dos juristas romanos, formando, junto com *honeste vivere* e com *suum cuique tribuere*, que significam, respectivamente, viver

¹⁵² Escola filosófica fundada por Jeremy Bentham (1748-1832) e baseada na ideia de que o fundamento da moral e do direito encontra-se num princípio geral de utilidade, que vem a ser o objetivo de maximizar o prazer e minimizar a dor em cada situação determinada. “Preconiza a busca de uma lei geral capaz de servir à fundação de uma ciência sintética dos fenômenos da vida moral e social. Esse princípio unificador, na visão de Bentham, é o princípio de utilidade, que tem como imperativo a busca da maior felicidade possível para o maior número de pessoas.” BARRETO, Vicente de Paulo (coord.) *Dicionário de Filosofia do direito*. Editoras Unisinos e Renovar, 2006. p. 94

¹⁵³ GIANNOTTI, José Arthur. *Stuart Mill vida e obra*. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 71.

¹⁵⁴ LAFER, Celso. *Ensaios Liberais*. São Paulo: Siciliano, 1991. p. 63.

¹⁵⁵ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia – Uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 111.

honestamente e dar a cada um aquilo que lhe pertence, os três princípios jurídicos fundamentais enunciados por Ulpiano.

Pois, é esse exatamente o conceito ou o pressuposto central da teoria de Mill, apresentada em *Sobre a liberdade*. Ainda no primeiro parágrafo de seu capítulo introdutório, enuncia o problema: “a natureza e os limites do poder que pode ser exercido legitimamente pela sociedade sobre o indivíduo”.¹⁵⁶ O fato de o autor se referir à sociedade, e não ao Estado, como exercente do poder é característico de sua formulação, como se observará adiante. Por ora, basta ressaltar a importância dos conceitos: natureza, limites e legitimidade do poder, elementos centrais da equação milliana.

Diz o autor:

O objetivo deste ensaio é afirmar um princípio básico muito simples, o modo correto para ordenar de forma absoluta as relações da sociedade para com o indivíduo... Este princípio diz que o único objetivo pelo qual a humanidade pode, de forma individual ou coletiva, interferir com a liberdade de ação de qualquer de seus membros, é a proteção dela própria. E que o único propósito pelo qual o poder pode ser constantemente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade, contra a vontade deste, é o de prevenir danos para os outros membros.¹⁵⁷

Na mesma senda, sustenta que a busca do bem do próprio indivíduo não é causa suficiente para obrigar as pessoas a agirem desta ou daquela forma. As pessoas não podem ser compelidas a fazer ou deixar de fazer algo porque acredita-se que assim seria melhor ou mais correto para elas. A sociedade, os outros, podem criticar as condutas tidas como equivocadas, podem instar, aconselhar e tentar persuadir, mas não sancionar ou obrigar, através da força do Estado, que o indivíduo aja ou deixe de agir de uma determinada forma se tais ações não interferirem na vida dos outros indivíduos, da sociedade em suma.

Tal concepção, muito embora possa parecer óbvia para mentes de temperamento liberal nos dias de hoje, representou uma verdadeira revolução copernicana para a filosofia política da Europa do século XIX, comparável, talvez, à distinção kantiana entre ações

¹⁵⁶ MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. São Paulo: Escala, 2006. p. 37.

¹⁵⁷ MILL, Op. Cit., p. 49.

internas e ações externas, que abriu caminho para a abolição dos crimes de consciência¹⁵⁸. Na sequência da distinção de Constant, que fixara a ideia de um âmbito de ação imune à esfera do Estado, Mill propugna que este está relacionado àquelas ações que dizem respeito apenas à vida do próprio indivíduo.

É evidente que o *neminem laedere* não pode ser tomado como o único critério de justiça a regular o funcionamento de uma sociedade. É novamente Bobbio quem assinala que

o próprio Mill disso se dá conta quando, retomando o tema no final do ensaio, sustenta que a conduta que o governo pode impor é, em primeiro lugar (atente-se, “em primeiro lugar”), a que consiste em “não prejudicar os outros”, para logo acrescentar que, em segundo lugar, o governo deve impor a cada um a exigência de sustentar a própria parte (a ser determinada à base de princípios equitativos) de esforços e sacrifícios necessários para defender a sociedade e os seus membros de danos e moléstias.¹⁵⁹

O que importa ressaltar é que o chamado princípio do dano, como critério de fixação do âmbito de liberdade, não é o único critério a ser considerado, mas um critério incontornável, vale dizer, as ações que se refiram exclusivamente à vida dos indivíduos não devem ser objeto de regulação estatal. O problema parece ser, mormente em uma sociedade de massas, com uma rica e diversificada sociedade civil, com meios de comunicação altamente complexos, em que os hábitos individuais são altamente induzidos e sua generalização gera fenômenos sociais, definir que ações dizem respeito apenas e tão somente à vida dos indivíduos. Mas este, pelo menos por enquanto, é um problema externo ao princípio do dano.

Outro aspecto relevante da contribuição milliana reside no fato de que sua crítica não repousa apenas sobre o problema da liberdade individual frente ao poder do Estado. Ao

¹⁵⁸ WEFFORT, Francisco C. (org.) *Os clássicos da política*. São Paulo: Ática, 2006. p. 51. “O binômio interioridade/exterioridade, próprio do jusnaturalismo e da ilustração, implica, no plano político, a delimitação do poder público e a afirmação vigorosa do indivíduo face a ele. Trata-se de eliminar do pensamento jurídico a exigência de conformidade interna às leis do Estado, e de definir a esfera inviolável da consciência individual.”

¹⁵⁹ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia – Uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 112.

procurar definir os contornos da esfera de ação livre dos indivíduos, intenta abarcar, a um só tempo, o Estado e a sociedade, as “opiniões e sentimentos prevalecentes”.¹⁶⁰

Para Stuart Mill:

a proteção, portanto, contra a tirania do magistrado não é suficiente; há também necessidade de proteção contra a tirania da opinião e sentimentos prevalecentes; contra a tendência da sociedade em impor, por outros meios que não as penalidades civis, suas próprias idéias e práticas como normas de conduta sobre aqueles que delas divergem, em travar o desenvolvimento, e, se possível em evitar a formação de qualquer individualidade que não esteja em harmonia com seus métodos, e em obrigar que todos os tipos de caráter ajustem-se a seu próprio modelo.¹⁶¹

A preocupação do autor com a ameaça à liberdade, que poderia representar a tirania da maioria contra o indivíduo,¹⁶² “quando a sociedade é ela mesma a sociedade-tirana, coletivamente, sobre os indivíduos que a compõem”,¹⁶³ é seguramente outro aspecto que empresta atualidade à sua obra. A sociedade contemporânea, que tende a uniformizar condutas e modos de vida, precisa atentar, também, para os limites de ação da opinião pública. O alerta de Mill possui um sentido contramajoritário e põe em xeque certas pretensões legiferantes tendentes a impor hábitos individuais, que, a rigor, devem ser intangíveis às maiorias, porque referidas a um aspecto da existência reservado às escolhas do indivíduo.

Importa lembrar que as proposições do autor não estão baseadas numa doutrina específica sobre o que seja o bem viver ou em determinadas formulações de conteúdo sobre organização social. Mill era, tal como seu preceptor, Jeremy Bentham, um utilitarista; logo, suas proposições consideravam o chamado cálculo felicífico (a maior felicidade do maior número de pessoas), circunstância que emprestava uma determinada racionalidade às

¹⁶⁰ MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. São Paulo: Escala, 2006. p. 42.

¹⁶¹ MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. São Paulo: Escala, 2006. p. 42.

¹⁶² EDMUNDSON, William. *Uma introdução aos direitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 91. Ver, também: BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1988. p. 55.

¹⁶³ MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. São Paulo: Escala, 2006. p. 23

formulações. Era um empirista¹⁶⁴, de modo que suas proposições estavam orientadas não por uma moralidade prescritiva, baseada em modelos ideais anteriores à experiência, mas pela busca das melhores condições para o desenvolvimento do ser humano, desde uma perspectiva prática. Além disso, os utilitaristas eram, sobretudo, reformadores sociais, o que tendia a acentuar o caráter progressista de suas formulações.

Por fim, o pluralismo da concepção de liberdade de Mill situa-o no cerne da tradição do liberalismo político do século XIX, segundo o qual a variedade de modos de vida é enriquecedora e valiosa, pois, para concluir com Lafer, “como não existe resposta à questão de como se deve viver, o sonho de liberdade requer a possibilidade de escolhas”.¹⁶⁵

Mas o problema do pluralismo e da diversidade existencial é objeto do exame do autor que vem a seguir.

3.4 Humboldt – Liberdade e pluralismo

Diferentemente de todos os demais expoentes do liberalismo político do século XIX, que ou eram franceses ou eram ingleses¹⁶⁶, Wilhelm von Humboldt (1767-1835) era alemão. Até hoje pouco citado entre os liberais clássicos, talvez seja conhecido do grande público como autor de uma única frase, usada por Stuart Mill como epígrafe do seu ensaio *Sobre a liberdade* e reveladora da grande preocupação do autor alemão: “O grande princípio guia para o qual convergem diretamente todos os argumentos elaborados nestas páginas é o da absoluta e essencial importância do desenvolvimento humano na sua mais rica diversidade”.¹⁶⁷

Ministro da Educação e fundador da Universidade de Berlim, filósofo e linguista, contemporâneo e amigo de Goethe e Schiller, sua contribuição à tradição liberal deve-se à sua obra *Os limites da ação do Estado*. Publicado integralmente apenas postumamente, o livro,

¹⁶⁴ GIANNOTTI, José Arthur. *Stuart Mill vida e obra*. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p.74.

¹⁶⁵ LAFER, Celso. *Ensaio Liberais*. São Paulo: Siciliano, 1991. p. 73.

¹⁶⁶ Celso Lafer, na introdução a uma edição de *Sobre a liberdade* de Stuart Mill, citando Larry Sidentop, fala de duas tradições do liberalismo político clássico, uma inglesa e outra francesa, com temáticas e modos de abordagem próprios. LAFER, Celso. *Ensaio Liberais*. São Paulo: Siciliano, 1991. p. 63.

¹⁶⁷ HUMBOLT, Wilhelm von. *Os limites da ação do Estado*. Introdução do Editor da edição americana. Rio de Janeiro: Topbooks Editora, 2004. p. 55.

como dito, de forma bastante didática, nas primeiras linhas da introdução, objetivava “descobrir para qual finalidade as instituições do Estado devem estar relacionadas e quais os limites que devem ser estabelecidos para suas atividades”.¹⁶⁸

É ressaltada, na obra desse pensador alemão, a crença no indivíduo, nas possibilidades infinitas do ser humano, em sua capacidade de superação e realização, o que faz de Humboldt um expoente do iluminismo alemão. Para ele, no entanto, a liberdade era o elemento central e imprescindível para que pudesse florescer o desenvolvimento das potencialidades dos indivíduos. A diversidade existencial, obtida pela liberdade e por outro elemento, que Humboldt denominava “*variedade de situações*”, era o pressuposto para que os indivíduos pudessem realizar plenamente as suas potencialidades.

Diz o autor alemão:

A liberdade constitui a primeira e indispensável condição que um semelhante desenvolvimento pressupõe; no entanto, existe além disso uma outra condição essencial – intimamente conectada com a liberdade, é bem verdade -, uma variedade de situações. Até mesmo o mais livre e independente dos homens será obstruído em sua formação se colocado numa situação monótona. Mas, tal como é evidente, por outro lado, existem tipos de opressão que, sem que sejam colocadas restrições sobre o próprio homem, produzem uma impressão peculiar de suas próprias circunstâncias circundantes; essas duas condições, a saber, liberdade e variedade de situações, podem ser vistas, num certo sentido, como uma única.¹⁶⁹

A dita *variedade de situações* reduz-se a um ambiente de regulações estatais excessivas, no que respeita ao modo de vida, gerando uma uniformidade, que tende a restringir o desenvolvimento das potencialidades humanas. Nesse sentido, Humboldt tematiza a questão do pluralismo, que é um dos valores fundamentais do liberalismo político, afirmando que, conforme Rouanet,

as aspirações e necessidades universais do homem são expressas e simbolizadas de modo diverso segundo as diferentes formas de vida, e essa

¹⁶⁸ HUMBOLDT, Wilhelm von, Op. Cit, p. 131.

¹⁶⁹ HUMBOLDT, Wilhelm von. *Os limites da ação do Estado*. Rio de Janeiro: Topbooks Editora, 2004. p. 143.

variedade, além de esteticamente enriquecedora, é eticamente valiosa, desde que as práticas particulares não violem princípios universais de justiça.¹⁷⁰

Para Humboldt, bem como para Stuart Mill, a individualidade é um fim, e não um meio (Kant), e aquilo que caracteriza a natureza humana é a diversidade, e não a uniformidade, de modo que a defesa da experiência de diferentes maneiras de viver é um bem que, em última análise, propicia o desenvolvimento humano, preocupação desses autores.¹⁷¹

3.5 O legado do liberalismo clássico

Após uma exposição sumária dos elementos de conteúdo das proposições de Stuart Mill e Humboldt, passaremos a examiná-las à luz dos questionamentos postos pela presente dissertação.

Resumidamente, observamos que Mill apresentou, através do princípio do dano, um critério para definir o âmbito da liberdade negativa moderna, que é o critério do *neminem laedere*; vale repetir, o critério segundo o qual a ação heterônoma do Estado somente pode entrar em ação se for para preservar os outros ou para prevenir que estes sofram danos. O segundo contributo de Mill que trouxemos a lume, que é a importante crítica do risco da tirania das maiorias, não adiciona um novo critério, apenas amplia o âmbito de aplicação do princípio do dano. Assim, esse critério, pelo qual o único motivo justificável para que se interfira na vida privada de qualquer pessoa é evitar ou prevenir que esta sofra danos, se aplica, também, para além da esfera do Estado, à chamada opinião pública. Importante considerá-la, pois a formação de opiniões majoritárias em assuntos de natureza privada pode ser a antessala para a edição de leis invasivas da liberdade individual. Deve-se considerar,

¹⁷⁰ ROUANET, Sergio Paulo. *Mal-estar na modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. p. 34.

¹⁷¹ LAFER, Celso. *Ensaio Liberais*. São Paulo: Siciliano, 1991. p. 70.

porém, que, embora importante e, até mesmo, central na teoria de Mill, esta não é um critério, mas um âmbito de aplicação do mesmo.¹⁷²

A contribuição de Humboldt, por seu turno, apesar de sua pretensão em definir as finalidades e os limites da ação do Estado, é, na verdade, um alerta quanto aos riscos da unificação de condutas e modos de vida, um alerta tanto mais importante no mundo contemporâneo, em que os meios de comunicação de massa e, sobretudo, as novas mídias tendem, principalmente no século XIX, a uniformizar e massificar hábitos e modos de vida.

No seu conjunto, a contribuição desses dois autores pode ser considerada a quintessência do liberalismo político do século XIX, a qual se denomina liberalismo temático, pois suas preocupações se centram nos *temas*, os quais o Estado deve se abster de reger. Em outra linha de preocupações, rivalizando em importância, está aquele tipo de reflexão liberal preocupada não com os temas, mas com maneiras de limitá-lo estruturalmente, como é o caso emblemático do esquema teórico de Montesquieu.

Nesse sentido, supõe-se que o princípio do dano, o *neminem laedere*, é, feitas todas essas considerações, o núcleo central do pensamento filosófico político do liberalismo, que foi aqui examinado. Trata-se daquele núcleo irrenunciável, que não pode ser suprimido por formas posteriores do ordenamento estatal. Assim, nos ocuparemos, a seguir, em sustentar que, a despeito de dificuldades teóricas e práticas que possam ser apresentadas na sua aplicação, o princípio do dano deve ser sempre, em última análise, de aplicação obrigatória, incontornável, posto que integra aquele núcleo universal e permanente¹⁷³ da contribuição do liberalismo político clássico.

Conforme articulado acima, a expressão latina *neminem laedere*, que significa justamente não ofender ninguém, integra os *praecepta iuris* dos juristas romanos, formando, junto com *honeste vivere* e com *suum cuique tribuere*, os três princípios de justiça de Ulpiano.

A despeito das raízes clássicas desse conceito, é certo que nossa noção contemporânea de liberdade e, portanto, o sentido atual do *neminem laedere*, expressão incorporada pelo liberalismo político, é bem diferente daquela reinante na tradição da antiguidade. Isaiah

¹⁷² Sobre a distinção entre um princípio e o âmbito de sua aplicação, ver: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 401.

¹⁷³ Ver nota 150.

Berlin, na antologia de ensaios *Estudos sobre a humanidade*,¹⁷⁴ insiste quanto ao fato de que não há qualquer discussão que aborde a liberdade individual como ideal político no mundo antigo e, inclusive, a própria noção de privacidade é anterior à Renascença ou à Reforma.

Prima facie não parece haver maiores dificuldades para aplicação do princípio do dano ou do *neminem laedere*. Na cultura contemporânea, expressa-se na ideia de que, em matéria de escolha de modos de vida, o indivíduo deve ser soberano. Nos temas que dizem respeito apenas ao indivíduo, parece haver certo consenso em relação ao fato de que não cabe aos outros, ou ao Estado, envolver-se.

Os problemas que surgem são externos ao princípio do dano: em uma sociedade de massas, com uma rica e diversificada sociedade civil, com meios de comunicação que atingem e envolvem largas parcelas da população, em que os hábitos individuais são altamente induzidos e cuja generalização de tais hábitos gera fenômenos sociais, definir as ações que dizem respeito apenas à vida dos indivíduos não é uma tarefa simples. Na sequência desse problema externo, surge outro: à medida que os hábitos individuais são altamente induzidos, atitudes que seriam meramente pessoais, em outras circunstâncias, se transformam em fenômenos massivos.

É usual nesse debate que aborda a questão dos hábitos individuais, sobretudo no que se refere ao tabagismo e ao consumo de bebidas alcoólicas, o argumento de que tais práticas, por serem nocivas à saúde, impactam o sistema público de saúde, e, logo, estas não podem ser consideradas tão somente sob a perspectiva da liberdade individual, havendo um interesse público reflexo a sobrepujar o interesse individual. Nesse caso, haveria um interesse público em coibir tais práticas, dada sua influência na sociedade.

Esse argumento, se considerado efetivamente, levaria a uma espécie de totalitarismo da vida saudável. Isso porque não apenas o tabagismo e o consumo de bebidas alcoólicas fazem mal à saúde. Também, o sedentarismo, a obesidade, a alimentação inadequada, entre outras condições e hábitos, o fazem. Dessa forma, ao se considerar o impacto no sistema de saúde, o Estado estaria autorizado a invadir a vida privada das pessoas para impor hábitos saudáveis ou, pela via do Poder de Polícia, proibir práticas sociais tendencialmente nocivas à saúde.

¹⁷⁴ BERLIN, Isaiah. Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios. In: BERLIN, Isaiah. *Dois conceitos de liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

O argumento do impacto à saúde pública – cuja função no debate é a de opor um critério de interesse público capaz de afastar o interesse privado – efetivamente, se aplicado às normas de polícia administrativa, geraria situações que, para os padrões atuais do modo de vida urbana, soariam absurdas. Dado o impacto na saúde pública da obesidade, por exemplo, as normas de polícia administrativa poderiam proibir restaurantes de servir determinados tipos de alimento a gordos ou não o fazer após determinado horário, visto que é sabido que o número de infartos pode aumentar exponencialmente. Os restaurantes poderiam ser proibidos de vender bebidas alcoólicas aos chamados “bêbados contumazes”, porque estes, seguramente, ampliam as estatísticas de morte por infarto ou falência do fígado. No limite, os restaurantes poderiam ser proibidos pura e simplesmente de comercializar alimentos que não fossem totalmente saudáveis; assim, estariam proibidas a carne vermelha e as frituras – o pastel e a batata frita, por exemplo –, e os carboidratos seriam limitados em quantidade por habitante e assim por diante. Verifica-se claramente que a transposição do critério do *neminem laedere* para proibir condutas com base no argumento do impacto nos sistemas públicos de saúde possui um potencial arrasador em termos de liberdade individual.

É importante frisar que não é objeto de discussão aqui a possibilidade de o Estado induzir condutas à população através de campanhas de conscientização, de estimular determinadas práticas e outros meios que visam instar o comportamento dos indivíduos. O sentido promocional do direito aplicado ao debate proposto neste trabalho implicaria em outro tipo de discussão, com outros critérios e categorias¹⁷⁵. O objeto em análise é a *proibição* de condutas, é a ação coercitiva do Estado sobre *ações* que não possam ser incluídas no critério do *neminem laedere*. A seguir, examinaremos a contribuição de outro autor, este contemporâneo, para a definição de limites à ação do Poder de Polícia.

¹⁷⁵ A proposta de um direito com função promocional do professor Norberto Bobbio foi introduzida no Brasil na apresentação, feita pelo professor Tercio Sampaio Ferraz Junior, do livro de Bobbio, intitulado *Teoria do Ordenamento Jurídico*, publicado no Brasil em 1989. A obra de Bobbio que veicula essa proposição foi publicada no Brasil muito recentemente e chama-se *Da estrutura à função – Novos estudos de teoria do direito*. Nela, o autor sustenta, em síntese, que a ênfase da teoria do direito nas normas de sentido negativo corresponde à “imagem simplista do Estado como organismo que estabelece as regras do jogo e institui um arbítrio” (p. 01) e que as modificações posteriores ao Estado liberal requerem uma teoria do direito com foco nas ações promocionais do Estado, havendo um deslocamento de funções, antes caracteristicamente repressivas, para funções promocionais. Ver BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função – Novos estudos de teoria do direito*. São Paulo: Manole, 2007.

3.6 Dworkin – O liberalismo da igualdade

Ronaldo Dworkin é um filósofo americano contemporâneo, professor de Direito e Filosofia na *New York University* e na *University College* de Londres, e um dos mais influentes debatedores de questões jurídicas e filosófico-políticas da atualidade.

A contribuição de Dworkin é dupla para as definições que esta dissertação persegue. A primeira contribuição que examinaremos é a relativa à interpretação da Constituição. No nosso problema, o Poder de Polícia encontra limites, ou deve encontrá-los, na inviolabilidade do direito à liberdade. Se a liberdade é uma cláusula geral, o problema torna-se a definição do conteúdo contemporâneo do preceito liberdade. Aí, reside a primeira contribuição do autor, na proposta interpretativa que denomina *leitura moral* da Constituição.

A segunda contribuição versa sobre o conceito de liberalismo do professor Ronald Dworkin. Numa abordagem original e ousada, ele sustenta que a moralidade constitutiva do liberalismo não é a liberdade como quer a tradição do liberalismo político, mas a igualdade. Uma tal inversão de perspectiva, como se verá, é extremamente fecunda para se pensarem questões do modo de vida e o tratamento dado a estas questões pelo Estado.

3.7 A leitura moral da constituição

No livro *O direito da liberdade – A leitura moral da Constituição norte-americana*, mais especificamente na sua introdução (já que o livro em si é uma coletânea de ensaios), denominada *a leitura moral e a premissa majoritária*, Dworkin apresenta um modo de interpretar a Constituição americana. Mesmo considerando as enormes diferenças existentes entre o sistema constitucional sobre o qual o autor reflete e o sistema brasileiro, dado que a proposta refere-se à interpretação dos princípios constitucionais mais abstratos, o sistema dworkiano parece apto a aportar contribuições ao problema objeto desta dissertação.

A maioria das constituições contemporâneas, diz ele, expõe os direitos do indivíduo perante o governo numa linguagem extremamente ampla e abstrata. Nesse sentido, “a leitura moral propõe que todos nós – juízes, advogados e cidadãos – interpretemos e apliquemos esses dispositivos abstratos considerando que eles fazem referência a princípios morais de decência e justiça”.¹⁷⁶

Realmente, sob a perspectiva proposta por Dworkin, reflete-se sobre como interpretar dispositivos extremamente abstratos, como liberdade, dignidade da pessoa humana ou igualdade. Para além da falência dos métodos propostos pelo positivismo jurídico, deve-se reconhecer que mesmo esses métodos não seriam capazes de dar conta da tarefa de explicitar o conteúdo dos preceitos acima enumerados. Conforme dito, aliás, no início deste capítulo, ideais, como a liberdade, dizem respeito às finalidades humanas; logo, estes não podem ser tratados como questões de natureza técnica, sendo, antes, questões de natureza filosófica ou de filosofia moral, conforme o autor.

Diz ele:

Creio que os princípios estabelecidos na Declaração de Direitos, tomados em seu conjunto, comprometem os Estados Unidos com os seguintes ideais políticos e jurídicos: o Estado deve tratar todas as pessoas sujeitas ao seu domínio como dotadas do mesmo status moral e político; deve tentar, de boa-fé, tratar a todas com a mesma consideração (equal concern); e deve respeitar todas e quaisquer liberdades individuais que forem indispensáveis para esses fins, entre as quais (mas não somente) as liberdades mais especificamente declaradas no documento, como a liberdade de expressão e a liberdade de religião.¹⁷⁷

Afora o aspecto da centralidade que tem no esquema teórico de Dworkin o princípio da igualdade, o qual será examinado no tópico seguinte, as afirmações sobre os compromissos da Constituição americana poderiam, *mutatis mutandis*, servir perfeitamente para a Constituição brasileira.

¹⁷⁶ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade – A leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 2.

¹⁷⁷ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade – A leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 11.

Para afastar a ideia de que a proposição de uma leitura moral encerra um subjetivismo, que estaria implicado na adoção dos padrões morais dos intérpretes, Dworkin sustenta dois critérios para fundamentar a leitura moral: um critério histórico e outro, de integridade. O critério histórico leva em conta o que os legisladores disseram, e não o que teriam pretendido dizer na visão dos pósteros: “[s]omos governados pelo que nossos legisladores disseram – pelos princípios que declararam – e não por quaisquer informações acerca como eles mesmos teriam interpretado esses princípios ou os teriam aplicado em casos concretos”.¹⁷⁸

Além do critério histórico, o autor apresenta o critério da integridade. Diz ele:

Em segundo lugar, mas na mesma ordem de importância, a interpretação constitucional sob a leitura moral é disciplinada pela exigência de integridade constitucional... Os juízes não podem dizer que a Constituição expressa suas próprias convicções. Não podem pensar que os dispositivos morais abstratos expressam um juízo moral particular qualquer, por mais que esse juízo lhes pareça correto, a menos que tal juízo seja coerente, em princípio, como o desenho estrutural da Constituição como um todo e também com a linha de interpretação constitucional predominantemente seguida por outros juízes no passado.¹⁷⁹

A contribuição de Dworkin para o deslinde do problema desta dissertação é, em primeiro lugar, o reconhecimento de que os princípios constitucionais ou aqueles preceitos mais abstratos da Constituição devem ter seu conteúdo interpretado a partir da afirmação de uma determinada moralidade política, não podendo ser deduzidos da simples interpretação jurídica e sendo necessária a afirmação de conteúdos de filosofia política. Em segundo lugar, está a ideia de integridade, ou seja, a noção de que tais conteúdos guardam coerência com a história constitucional do país.

¹⁷⁸ DWORKIN, Op. Cit., p.15.

¹⁷⁹ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade – A leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.15.

3.8 O liberalismo da igualdade

A relevância, teórica e prática das proposições de Dworkin sobre o liberalismo residem na inversão de perspectiva sobre o valor-chave do conteúdo do programa político dos liberais. Dworkin sustenta que o aspecto central, chamado pelo autor de *a moralidade constitutiva* do liberalismo, não é a liberdade, mas a igualdade. Trata-se de uma mudança de perspectiva inusitada, que inverte os valores da equação de um longo debate filosófico-político, que atravessou, aliás, todo o século XX e, no interior do qual, os liberais sempre militaram pela liberdade.

Para não iniciados na filosofia política norte-americana, não deixa de ser surpreendente a leitura das proposições. Trata-se da parte três do seu livro *Uma questão de princípio*,¹⁸⁰ formada por quatro ensaios que resumem a concepção de liberalismo do autor. O termo liberal da formulação de Dworkin, com efeito, não é aquele da tradição do liberalismo europeu¹⁸¹, mas decorre do embate na política norte-americana entre liberais e conservadores, distribuídos, respectivamente, nos partidos Democrata e Republicano.

O liberalismo baseado na igualdade preconizado por Dworkin, a par do inusitado, no entanto, apresenta soluções interessantes para velhos problemas sobre os quais o liberalismo se bate. A questão da não imposição de modos de vida, que, classicamente, é tratada a partir do conceito de liberdade negativa, conforme examinado acima, é apresentada como decorrência do princípio da igualdade. Nessa perspectiva, da igualdade, o Estado deve tratar todas as pessoas como tendo *igual* valor, o que significa que deve ser neutro a respeito do que seja uma boa vida.

A primeira teoria da igualdade supõe que as decisões políticas devem ser, tanto quanto possível, independentes de qualquer concepção particular sobre o que é viver bem ou o que dá

¹⁸⁰ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

¹⁸¹ Albert Casalmiglia, na apresentação à edição espanhola de *Los Derechos en Serio*, de Dworkin, Barcelona, Editora Ariel, 1984, apresenta uma observação nesse sentido quanto à filosofia do direito deste autor: “Na Europa continental, a obra de Dworkin não é muito conhecida. Recentemente foi traduzido ao italiano este mesmo livro, e alguns autores lhe tem dedicado atenção. Uma das razões por que as teses de Dworkin não tem merecido atenção aqui se deve ao fato de que o autor americano prescindiu do desenvolvimento da filosofia jurídica européia continental. Genaro Carrió – um de seus críticos mais relevantes de língua castelhana – se surpreende de que na obra de Dworkin (que constitui um importante ataque ao positivismo) não mereçam atenção os autores mais representativos das doutrinas positivistas de nossos tempos, como Bobbio ou Ross”.

valor à vida. Como os cidadãos de uma sociedade divergem em suas concepções, o governo não os trata como iguais ao preferir uma concepção em detrimento de outra, seja porque as autoridades acreditam que uma é intrinsecamente superior, seja porque uma é sustentada pelo grupo mais numeroso ou mais poderoso.¹⁸²

O programa político do liberalismo da igualdade, assim, preconiza que o Estado não deve impor a moralidade privada por que isso implicaria tratar as pessoas desigualmente. Se o Estado decide impor a moralidade dos abstêmios, os estará tratando com privilégio, em relação aos demais grupos sociais, e assim por diante: o liberalismo baseado na igualdade justifica o tradicional princípio liberal de que o governo não deve impor a moralidade privada.¹⁸³

A importância da contribuição de Dworkin para os propósitos desta dissertação é evidente. Ao sustentar que a moralidade constitutiva do liberalismo é uma teoria da igualdade que exige a neutralidade oficial entre teorias sobre o que é valioso na vida, esse pensador apresenta outro critério para o debate acerca dos limites do Poder de Polícia. E, independentemente de quais sejam estes, as leis de polícia não podem expressar uma opção do Estado por um determinado tipo de vida, por um determinado modo de vida, porque romperia a imparcialidade decorrente do princípio da igualdade.

É claro que a questão proposta suscita outra, que nos levaria de volta ao conceito de liberdade negativa: quais temas devem ser tratados com neutralidade pelo Estado? Quais são os assuntos que requerem neutralidade oficial? Tal discussão repõe o tema de qual esfera (temática, conduta, hábito, critério normativo) deve ser intangível para o Estado, que, em última análise, é tópico do liberalismo político, a questão da liberdade negativa.

Vista em outro sentido, a proposta dworkiana implicaria restrições, inclusive, a ações promocionais, campanhas de conscientização, tema este abordado anteriormente. Vejamos. Para o liberalismo da liberdade, nas questões do modo de vida, nada obsta que o Estado atue propositivamente, desde que não proíba condutas nas matérias relativas ao modo de vida, dentro da esfera de liberdade negativa de cada indivíduo. Para o liberalismo da igualdade de

¹⁸² DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.p. 286.

¹⁸³ DWORKIN, Op. Cit., p. 306.

Dworkin, no entanto, o Estado deve ser neutro nessas temáticas, de modo que, sendo neutro, não poderia sequer atuar em ações promocionais.

3.9 A liberdade como conceito de combate

Este capítulo procurou apresentar: um histórico do conceito liberdade; os sentidos que adquiriu ao longo da formação dos conceitos próprios da modernidade; os precursores do seu sentido contemporâneo; sua evolução ao longo dos séculos XVIII e XIX; o papel de pensadores como Rousseau, Kant, Bentham, John Stuart Mill, Humboldt e, contemporaneamente, Dworkin; a circunstância de que o debate diz respeito aos fins, e não aos meios, sendo, portanto, uma questão de filosofia política; e o apontamento, em última análise, para questões de antropologia filosófica.

A abertura da discussão para temas amplos teve por objetivo demonstrar, seguindo declaradamente a defesa de Bobbio¹⁸⁴, que há um conteúdo imutável que o liberalismo político do século XIX legou às sucessivas gerações de direitos e que se universalizou e, ao fazê-lo, tornou-se incontornável para os Estados democráticos de direito e suas legislações. Esse conteúdo imutável possui seu núcleo racional no conceito de liberdade negativa, na proposição liberal de Mill ou no conceito de neutralidade decorrente do princípio da igualdade de Dworkin.

É recorrente o debate sobre a relação entre as sucessivas gerações de direitos. Lafer¹⁸⁵ aponta com propriedade para a complexidade do problema, anotando o paradoxo de que os direitos da chamada primeira geração almejam limitar os poderes do Estado, já os direitos de

¹⁸⁴ Ver nota 150.

¹⁸⁵ “Na perspectiva ex parte Populi, que é a da liberdade, uma das contradições, na prática, da tutela, resulta do fato de os direitos de primeira geração almejarem limitar os poderes do Estado, demarcando com nitidez a fronteira entre Estado e sociedade, e os direitos de segunda geração exigirem a ampliação dos poderes do Estado. É por essa razão que são distintas as técnicas jurídicas que ensejam a fruição, ex parte Populi, dos direitos de primeira e de segunda geração. No primeiro caso a iniciativa cabe aos indivíduos e o papel do Estado é de polícia administrativa por parte do Executivo, de controle pelo Judiciário das lesões individuais, tudo em conformidade com as leis elaboradas pelo Legislativo, nos termos e nos limites estabelecidos pela Constituição. No segundo caso o atendimento dos direitos depende do Estado, requerendo que o Direito desempenhe uma função de promoção dos indivíduos na sociedade através da ampliação dos serviços públicos.” LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos – Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 129.

segunda geração, por sua vez, requerem a ampliação desses mesmos poderes. Essa articulação, no entanto, não é objeto desta dissertação, bastando para os propósitos dela a demonstração de que os direitos liberdades, em especial aqueles relativos ao modo de vida, possuem um núcleo de disposições que são incontornáveis para as gerações subsequentes de direitos.

Esta conclusão – a de que há um núcleo irrenunciável e incontornável de direitos da chamada primeira geração, de direitos liberdades, vinculados em especial às questões relativas ao modo de vida – não é uma proposição que decorre do ordenamento jurídico. Não é, portanto, uma conclusão *stricto sensu* jurídica, mas uma afirmação de natureza política, no sentido mais elevado dessa expressão. Diz respeito a temas relacionados com os fins da sociedade e do Estado, e o posicionamento que se tem a respeito desses temas revela, em última análise, as diversas visões de mundo em disputa nas sociedades democráticas contemporâneas.

A afirmação, portanto, sobre a existência desse núcleo irrenunciável é, para utilizar uma formulação muito importante de Friedrich Müller¹⁸⁶, um conceito de combate, vale dizer, implica um posicionamento político sobre os valores fundamentais da democracia contemporânea. Tal posicionamento, para voltar à leitura moral de Dworkin, implica na assunção de uma determinada moralidade política, conforme nos ocupamos de desenvolver no presente capítulo.

¹⁸⁶ Friedrich Müller, na sua obra intitulada *Quem é o povo?* A questão fundamental da democracia, apresenta seis acepções, ou seis sentidos possíveis, para o conceito de povo. O sexto sentido possível enumerado é justamente o conceito de povo como “conceito de combate”. Diz ele: “O estado constitucional aqui referido foi conquistado no combate contra uma história marcada pela ausência do Estado de Direito e pela falta de democracia; e esse combate continua”. MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* A questão fundamental da democracia. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. Seu conceito *mutatis mutandis* poderia ser transposto para o problema desta dissertação.

CONCLUSÃO

*Uma busca pela significação da proibição
acarreta inevitavelmente uma busca pela significação
da liberdade*

Michel Fize

I

Há uma certa caracterização sobre o que sejam contemporaneamente sociedades livres, a partir do critério de funcionamento ou não de sociedades civis autônomas em relação ao Estado. De acordo com tal caracterização, seriam sociedades livres, ou de democracia liberal, aquelas em que houvesse em funcionamento “uma rede de associações autônomas, independentes do Estado, que reúne cidadãos em torno de questões de preocupação comum e cuja simples existência ou ação podem ter efeito sobre as políticas públicas”.¹⁸⁷ São sindicatos, associações de moradores, organizações não governamentais, clubes sociais, entre outras instituições, que formam a também conhecida opinião pública.

Tal caracterização se estabelece muito numa dialética negativa em relação às sociedades do leste europeu do século XX, porque nestas a supressão das liberdades se deu como um processo de eliminação da sociedade civil como ente autônomo. A ideia subjacente era a de que o partido revolucionário, além de dirigir o Estado, deveria imiscuir-se em todos os domínios da existência dos indivíduos, numa espécie de controle total sobre a vida social.

Com o declínio de tais experiências políticas, a questão passou a ser o ressurgimento dessa espécie de esfera não estatal, cuja existência passou a ser tomada então como sinônimo de democracia e liberdade.¹⁸⁸

A importância teórica, prática e, sobretudo, política do conceito de sociedade civil, no entanto, não decorre apenas dessa questão. Desde o advento da modernidade, que ocorre num lento processo de declínio da sociedade feudal e de formação das sociedades ocidentais

¹⁸⁷ TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. São Paulo: Edições Loyola, 2000. p. 221.

¹⁸⁸ GELLNER, Ernest. *Condições da liberdade – a Sociedade Civil e seus rivais*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1996. p. 52 e ss.

contemporâneas, desenvolve-se uma teia extremamente complexa de instituições sociais, que vai muito além de meras instituições de cidadãos e abrange outros tipos de associação, como os partidos políticos, os órgãos de imprensa, as escolas, universidades, igrejas e, inclusive, as próprias instituições do mercado.

É aí, na sociedade civil tal como se apresenta nos dias atuais, nessa trama complexa de instituições, que se formam os chamados consensos sociais que inspiram o comportamento da sociedade e redundam nas políticas que vão ser desenvolvidas na esfera do Estado, seja através da produção legislativa, seja através da ação governamental direta. É aí que valores, ideias e modos de vida se plasmam e formam os consensos sociais; é aí que se formou o novo paradigma existencial dos hábitos saudáveis, cuja existência evidente ressaltou-se em páginas precedentes.

II

O presente trabalho pôs em evidência um conjunto variado de características da realidade contemporânea, formado por hábitos de comportamento, práticas disseminadas socialmente, ações dos meios de comunicação de massa, iniciativas mercadológicas, discursos e ações em geral que apontam para a formação de um consenso social em torno da ideia-força de um modo de vida orientado para a prática de hábitos saudáveis, aquilo que denominamos de paradigma existencial da vida saudável.

Dado que a existência desse consenso social no mundo contemporâneo é um fato autoevidente e que uma dúzia de exemplos pode demonstrar, foi-se em busca de teorias capazes de lançar luz sobre a ação do novo paradigma, seja para auxiliar a compreendê-lo na sua dinâmica de funcionamento e evolução, seja para captar os riscos de sua ação.

Chegamos assim à *sociedade disciplinar* de Michel Foucault. É a sociedade do controle total, da vigilância, do controle do risco do comportamento desviante, imprevisto, dissoluto, em que o *exame* é uma forma de conhecimento, que implica na observação constante dos indivíduos, no controle de suas ações, ou, antes ainda, no controle de suas eventuais futuras ações, suas virtualidades. Não se trata de o que foi feito, mas de o que se

pode vir a fazer. Trata-se do rompimento do par ver/ser visto da arquitetura panóptica de Bentham, a fundação da era do controle total.

O deslocamento do foco da penalidade, que acompanha a formação da sociedade disciplinar e que se move do crime já realizado para o controle da ação que pode vir a ocorrer, gera outro fenômeno relevante para o âmbito das preocupações desta dissertação. Trata-se do deslocamento do papel punitivo, da titularidade da punição, que deixa de ser primordialmente o Poder Judiciário e passa a ser a polícia, as instituições psiquiátricas, médicas, pedagógicas. Esse deslocamento ocorre porque a função principal da ação estatal passa a ser a reforma moral, comportamental dos indivíduos, e, para essas funções, as instituições de vigilância e de controle são as mais adequadas, e não o Poder Judiciário.

Embora Foucault tenha preocupações descritivas – ou seja, tenha em vista descrever como *é* a sociedade atual –, o conceito de sociedade disciplinar é uma crítica contundente ao sentido totalitário que as instituições sociais contemporâneas encerram como risco, como possibilidade. As necessidades de controle social que a realidade contemporânea requer – em se tratando de sociedades de massas, as necessidades de previsibilidade das condutas sociais, que são as causas da dinâmica de formação de dita sociedade – trazem consigo o risco do controle obsessivo, desmedido, opressivo.

A ação de um poder de polícia que extrapola o princípio do *neminem laedere* ultrapassa o seu próprio conceito jurídico administrativo como função estatal que tem por objetivo viabilizar o exercício comum das liberdades e passa a proibir condutas com o objetivo de moldar vidas privadas, sem que tais vidas estejam na iminência de ameaçar o convívio social ou o direito dos outros, põe em xeque os valores da democracia liberal contemporânea, valores estes garantidos constitucionalmente.

Este é o sentido da apresentação do conceito de *sociedade disciplinar* de Foucault: alertar para a circunstância de que pode estar havendo uma extrapolação das normas de controle social como uma espécie de descontrole panóptico.

III

A presente dissertação demonstrou que o novo paradigma existencial dos hábitos saudáveis vale-se do ideário do discurso do movimento higienista. Na linha sugerida por Góis Junior e Lovisolo,¹⁸⁹ ficou evidenciado que as ideias-força constitutivas dos valores centrais do higienismo, aquele introduzido no Brasil do século XIX, são rigorosamente as mesmas do discurso médico da atualidade. Talvez possa haver, no máximo, algumas mudanças de inflexão, discursivas e em termos de características práticas. As necessidades de controle social mudaram em dois séculos, o que seguramente explica mudanças de ênfase num ou noutro aspecto.

É possível que, no passado, a ação indutora do Estado na introdução de práticas higiênicas tivesse uma importância maior do que tem hoje. Tratava-se, antes, de um país recém-saído da condição de colônia e, hoje, de um país relativamente modernizado. Pode-se perceber, aliás, nessa linha de observações, que o discurso higiênico, hoje, possui uma legitimidade social infinitamente maior do que no passado. Atualmente, não se trata mais de educar a população para a prática esportiva, porque isso é um hábito social amplamente disseminado. Essa mudança de inflexão explica, inclusive, a maior legitimidade social do discurso higiênico nos dias atuais.

Com efeito, o sentido de ortopedia moral que o ideário higienista encerra – aquele do *continuum* entre saúde física, saúde mental e correção moral – envolve riscos importantes de desenvolvimento de um discurso, socialmente legitimado, que preconize a imposição de um modo de vida presidido pela ideia de hábitos saudáveis. Não há dúvida de que, na base da onda proibicionista atual, quanto ao cigarro e às bebidas alcoólicas, há uma enorme legitimidade social. A questão é que está implícita no ideário higiênico – este é o ponto – uma visão particular sobre o ser humano, uma visão antropológico-filosófica e uma visão sobre o que é a felicidade. Uma vida saudável seria o caminho para a felicidade individual e social.

Ao se trazer a lume os valores do discurso higienista, teve-se por objetivo demonstrar que há nas políticas restritivas atuais a adesão a uma determinada visão sobre o que é o bem da vida, e, a partir da leitura de Dworkin e Mill, sabemos que o Estado deve ser neutro quanto a o que é uma vida boa, sobre o que é o bem da vida.

¹⁸⁹ GÓIS JUNIOR, Edivaldo e LOVISOLO, Hugo Rodolfo. Descontinuidades e continuidades do movimento higienista no Brasil do século XX. *Revista Brasileira da Ciência do Esporte*, v. 25, n. I, p. 41-54, set. 2003.

IV

A questão que a presente dissertação procurou sustentar é que, a despeito de consensos sociais que se possam formar, a despeito de eventuais maiorias sociais, o desenvolvimento do processo histórico forjou determinados valores, determinados princípios – que Dworkin denominou, na antes citada *leitura moral* da Constituição, de princípios morais – expressos em normas constitucionais programáticas. E estes não podem ser suprimidos ou, simplesmente, não observados por quaisquer formas posteriores que o Estado venha a assumir, sob pena de que tais inobservâncias representem um enorme retrocesso nas formas de associação humanas que o atual patamar civilizatório nos legou.

A existência desses valores e princípios positivados constitucionalmente possui um sentido claramente contramajoritário; ou seja, são garantias que não podem ser suprimidas por maiorias sociais, que possam eventualmente estar expressas na produção legislativa ou na própria ação do Poder Executivo. Há um conhecido debate entre os defensores do sentido contramajoritário do constitucionalismo e os defensores do procedimentalismo constitucional.¹⁹⁰ Para os segundos, a existência de princípios e valores de sentido contramajoritário, intangíveis à legislação ordinária, seria atentatório à democracia como regime que se orienta pelo respeito à vontade da maioria.

A contraposição entre constitucionalismo e democracia padece, todavia, de um perigoso reducionismo. E por vários motivos. O primeiro deles é que o próprio conceito de Constituição, como diploma fundante de uma sociedade, que encarna e preserva os valores dessa mesma sociedade, traz em si um sentido contramajoritário intrínseco, expresso inclusive nas exigências extraordinárias, de quórum e rito para reforma das constituições rígidas. A existência, portanto, de uma norma situada hierarquicamente no ápice do sistema carrega intrinsecamente a ideia de contramajoritarismo. Não fosse assim, não haveria a supremacia da Constituição.

¹⁹⁰ STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas – Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 19. Ver, também: DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade – A leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

A tensão ente constitucionalismo e democracia, no que se refere aos direitos liberdades, por outro lado, decorre da singela razão de que liberalismo e democracia são conceitos diversos e possuem objetivos diversos e potencialmente contrapostos.¹⁹¹ O liberalismo político tem em vista o Estado limitado, ou antes, a limitação de seus poderes, seja através da clássica divisão montesquiana de funções, seja através da fixação do âmbito das liberdades negativas, que impõe limitações materiais à ação estatal. A democracia, por seu turno, tem em vista outro objeto: o estabelecimento da vontade da maioria na definição dos rumos da sociedade; vontade esta que tende a impor-se sobre os mais variados domínios.

A ideia, no entanto, de que a tensão entre constitucionalismo e democracia resolve-se na submissão de um dos termos ao outro nada mais é do que uma visão simplista. É própria do conceito de democracia constitucional – contraposto ao conceito de democracia majoritária – a ideia de que, em certas matérias e em certas circunstâncias, a vontade da maioria *não* deve predominar.¹⁹² A maioria não deve ser sempre a juíza suprema de quando o seu próprio poder deve ser limitado para que se protejam os direitos individuais, por exemplo. Assim, a tensão entre democracia e constitucionalismo (ou liberalismo) não se resolve por uma opção entre um deles, mas pela combinação dialética de ambos e por um equilíbrio que preserve democracia e liberdade.

V

As contribuições de Dworkin para as conclusões desta dissertação devem-se à aplicação do liberalismo baseado na igualdade para o trato de questões relacionadas ao modo de vida e à concepção segundo a qual a interpretação daqueles dispositivos constitucionais mais abstratos requer a afirmação de uma determinada moralidade política.

O liberalismo baseado na igualdade¹⁹³ serve aos propósitos deste trabalho porque erige um critério para a solução de problemas relativos à invasão pelo Estado da esfera juridicamente protegida da liberdade individual, nos temas atinentes a escolhas de modo de vida. O Estado deve tratar todos os cidadãos como tendo igual dignidade; esta é a aplicação

¹⁹¹ Ver BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1988. p. 07.

¹⁹² Ver DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade – A leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 25.

¹⁹³ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

concreta do princípio. Isso significa que deve ser neutro no que se refere ao mérito de o que seja uma boa vida, uma vida valiosa. As escolhas quanto ao modo de vida que as pessoas fazem devem ser tratadas indiferentemente pelo Estado, que não pode adentrar nessa esfera porque tal atitude implicaria no trato desigual entre os cidadãos. Dessa maneira, o Estado estaria tratando desigualmente os cidadãos se preferisse um modo de vida a outro.

Assim, o liberalismo baseado na igualdade justifica o tradicional princípio liberal de que o governo não pode impor aos cidadãos a sua própria moralidade privada.

A concepção de que a interpretação daqueles dispositivos constitucionais mais abstratos requer a afirmação de uma determinada moralidade política é seguramente bastante controversa. O senso comum jurídico prefere, talvez por comodidade, pensar que o conteúdo dos comandos legais se encontra plenamente significado no texto da constituição e das leis, reproduzindo a ficção jurídica positivista¹⁹⁴ de que o ordenamento jurídico é um todo harmônico e coerente.

Demonstrou-se, no entanto, que o conteúdo específico dos comandos constitucionais que encarnam valores e princípios – como é seguramente o caso da locução liberdade inserido no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal – não pode ser interpretado sem a afirmação de uma determinada moralidade política. O conteúdo dessa moralidade política, segundo a proposição deste trabalho, são o princípio da igualdade e o conceito de liberdade negativa.

VI

O pressuposto fundamental para o deslinde do problema objeto desta dissertação baseou-se na contribuição das formulações de Norberto Bobbio. A ideia central, presente no conjunto de suas obras, é a de que os valores do liberalismo político do século XIX e o seu conceito de liberdade possuem atualidade histórica; ou seja, mantêm-se como valores a ser observados pelas legislações e pelos governos, a despeito de todas as mudanças que o Estado experimentou.

Mesmo que seja evidente que o Estado liberal é insuficiente e inadequado para dar conta da complexidade das necessidades da sociedade contemporânea, é preciso reconhecer

¹⁹⁴ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico* – Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

que esse modelo aportou determinados valores que se universalizaram, projetaram princípios e ideias-força válidos até hoje.

Ao se refletir sobre o curso da história nos últimos séculos, fica claro que a doutrina do liberalismo, embora surgida em circunstâncias históricas muito específicas, expressou uma exigência política permanente (certamente passível de aperfeiçoamento em sua realização prática, mas que não deve ser negligenciada e muito menos desprezada em seu valor normativo). Essa exigência, para dizer de modo mais simples, é aquela da luta contra os abusos do poder. E é permanente, como toda exigência por libertação, seja porque todo poder tende a abusar, seja porque na estrutura formal assumida pelo Estado de direito, elaboração extrema da concepção liberal do Estado, há algumas bases para reprimir qualquer atentado às garantias da liberdade individual.¹⁹⁵

VII

A contribuição de Humboldt trazida a lume deve-se menos à adição de critérios ou modos de fixação de limites à ação do Estado, muito embora o título de sua obra possa indicar o contrário. A contribuição do filósofo alemão é relevante muito mais como um alerta contra a uniformização de modos de vida, a padronização de condutas e ações individuais. Trata-se aqui mais da defesa de uma ética dos valores do que de uma ética normativa, para usar outra dicotomia de Bobbio.¹⁹⁶ Ou seja, a preocupação de Humboldt é que a organização social propicie condições tais ao indivíduo que este possa desenvolver plenamente as suas capacidades.

O autor alemão, nesse mister, representa uma das vertentes, ou características, mais importantes da tradição do liberalismo, qual seja, a ideia do pluralismo existencial. O liberalismo político afirma que as aspirações, os ideais e as necessidades dos indivíduos são expressos de forma diversa conforme os diferentes modos de vida que as pessoas escolhem para viver, e essa pluralidade existencial é valiosa eticamente, sendo o único critério limitador o de que essas práticas de vida não violem princípios universais de justiça.

¹⁹⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política: a filosofia política e a lição dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

¹⁹⁶ BOBBIO, Norberto. *Elogio da serenidade – e outros escritos morais*. São Paulo: Editora UNESP, 2002.

A contribuição de Humboldt para os propósitos deste trabalho, portanto, possui um sentido conteudístico, ou seja, traz o elemento do pluralismo e alerta para o risco da uniformização de condutas e modos de vida. Uniformização esta que é tanto mais perigosa nestes tempos em que os meios de comunicação de massa possuem, muito mais do que no passado, recursos para induzir comportamentos e estilos de vida.

Para lembrar Hannah Arendt, a condição humana da pluralidade corresponde ao fato de que homens, e não o Homem, vivem na terra e habitam o mundo.¹⁹⁷

VIII

O núcleo central de toda a argumentação da presente dissertação poderia ser resumido no critério do *neminem laedere*, no também chamado princípio do dano. Esse princípio ou critério é aquele segundo o qual o único motivo pelo qual se pode obrigar alguém a fazer ou a deixar de fazer algo, contra ou independentemente de sua vontade, é o objetivo de evitar danos aos outros. Trata-se de um princípio universal de justiça que esteve na base do programa político do liberalismo do século XIX.

A célebre formulação de Benjamin Constant, que se tornou clássica na filosofia política e sustentou que a chave da liberdade moderna encontra-se na existência de um espaço de determinação pessoal, que não pode ser invadido por ninguém, dentro do qual o indivíduo é soberano para tomar suas próprias decisões, fazer ou deixar de fazer o que bem lhe aprouver, definiu a existência desse espaço intangível dentro do qual não é permitido a ninguém intrometer-se.

A contribuição de Stuart Mill nesse sentido foi, justamente, na senda de Constant, de sustentar que o âmbito intangível dessa liberdade individual moderna é aquele que diz respeito apenas à vida pessoal, individual. Afirmar, pela negativa, que o único motivo pelo qual se pode obrigar um indivíduo livre a fazer ou deixar de fazer algo é o objetivo de não causar mal aos outros corresponde à afirmação, positiva, de que, naquelas ações que digam respeito apenas à vida individual do agente, não é dado a ninguém interferir.

¹⁹⁷ ARENDT, Hannah. *A condição Humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

Esse é o núcleo irredutível da liberdade individual moderna: aquele que corresponde à ideia de que nos temas que se refiram a escolhas pessoais, modos de vida, projetos, estilos, costumes, não é dado a ninguém intrometer-se. Esta está na base de uma série de direitos, como o hoje tão discutido direito à livre expressão da sexualidade: aquilo que seres humanos adultos praticam consensualmente entre si é uma questão pessoal, individual. E está na base também da ideia – que hoje parece estar em risco – de que as pessoas são soberanas para escolher o tipo de vida que melhor lhes aprouver no terreno atinente aos hábitos individuais, sejam eles saudáveis ou não saudáveis.

A segunda contribuição de Stuart Mill diz respeito ao âmbito de aplicação do princípio do dano. Para ele, a definição desses espaços de determinação pessoal deve servir de limite não apenas à ação do Estado, não apenas aos limites da lei, mas também – e diríamos hoje, principalmente – à ação da sociedade. Aí, reside um aspecto importante que empresta atualidade à obra de Mill.

Dissemos acima que um critério usual para definir sociedades livres era a existência de sociedades civis autônomas em relação ao Estado e que a função principal de ditas sociedades civis era justamente a formação de consensos sociais aptos a influenciar as ações do Estado. Então, o risco atual repousa justamente na possibilidade de consensos sociais atentatórios à liberdade individual pela via da exacerbação das proibições no terreno atinente aos hábitos individuais. Daí, a atualidade e a importância desse último aspecto da contribuição de Mill.

IX

Intrínseco ao conceito de poder de polícia, está o de *neminem laedere*. Lembremo-nos de que o poder de polícia é a função do Estado, que consiste em limitar a liberdade e os usos da propriedade com o objetivo de viabilizar o convívio social, ou, na versão marcadamente liberal de Cirne Lima, com o objetivo de “tornar possível o exercício dos direitos individuais concorrentemente assegurados a todos”.¹⁹⁸

¹⁹⁸ LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 304.

Sendo assim, a despeito da mudança de inflexão sugerida por Gordillo¹⁹⁹, na qual o poder de polícia não teria mais apenas uma função negativa, é inegável que o seu sentido principal é viabilizar o convívio social, o convívio na urbe, e, nesse desiderato, é central a ideia de uma espécie de *neminem laedere* imposto a todas as pessoas. Para que todos possam viver em harmonia, é preciso que seja universalizada a prática, por todos e cada um, de não causar danos aos outros.

Por outro lado, o *neminem laedere* funciona também como um critério de limite; ou seja, ações individuais que, por nenhuma forma, causem danos aos outros, não podem ser proibidas. Justamente pela centralidade que o princípio ocupa na relação com o instituto do poder de polícia, uma vez que a teleologia deste é justamente viabilizar o exercício concomitante das liberdades, as ações individuais que não interfiram na liberdade, ou nos direitos, dos demais cidadãos não podem ser proibidas validamente, sob pena de se estar extrapolando o próprio conceito da função do poder de polícia.

A conclusão, portanto, é que o *neminem laedere*, ou princípio do dano, é elemento que deve necessariamente estar presente para que a norma de polícia administrativa possa ser validamente aplicada para proibir condutas. A proibição baseada tão somente no fato de que a conduta é prejudicial ao próprio agente representa uma invasão à esfera de liberdade juridicamente protegida dos indivíduos.

X

O conceito contemporâneo de liberdade como autonomia suscitou importantes questões para efeito de se aquilatar qual exatamente é o âmbito da liberdade individual frente ao instituto do poder de polícia.

A ideia de que uma sociedade livre é aquela em que há em funcionamento uma sociedade civil autônoma em relação ao Estado, conforme descrito acima, corresponde mais propriamente ao conceito de liberdade positiva, para voltar a uma dicotomia já examinada. Ou seja, a existência de sociedades civis autônomas garante a existência de liberdades públicas,

¹⁹⁹ GORDILLO, Agustín A. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Macchi-Lopes, 2000.

tais como: o direito de opinião, de associação, de reunião, de petição perante os poderes constituídos e assim sucessivamente.

O conceito de liberdade positiva, ou o critério da existência de sociedades civis autônomas, possui importância decisiva para caracterizar as sociedades de democracia liberal. Normalmente, aliás, conforme se observa no curso do processo histórico, a existência da democracia política e de liberdades públicas é condição necessária para a garantia das liberdades individuais. Mas disso não se segue que da existência das primeiras decorra necessariamente as segundas. Trata-se, conforme se viu, de tipos diferentes de liberdade.

O conceito de liberdade individual, de liberdade como autonomia, é aquele da liberdade negativa, da existência de um âmbito, de um espaço de determinação pessoal que não pode ser invadido por outras pessoas e, principalmente, não pode ser invadido pelo Estado. É o âmbito da vida pessoal, das escolhas de modo de vida, em que o indivíduo é o senhor soberano de todas as escolhas.

Pode parecer exagerado à primeira vista – até porque há relativamente pouca reflexão sobre esse tema, na mesma proporção em que há muita reflexão sobre o conceito de liberdade positiva –, mas, nos assuntos relativos à vida pessoal, os indivíduos, desde que adultos e no uso de suas capacidades mentais, têm o direito de escolher a vida que melhor lhes aprouver, e ninguém pode interferir nisso. Os indivíduos, se quiserem, podem escolher mesmo uma vida dissoluta, promíscua, devassa; podem escolher abusar do consumo de álcool e tabaco. Podem escolher o ócio ao trabalho, a ignorância ao estudo; podem, enfim, conduzir-se como bem entenderem. E não pode o Estado, ou a sociedade, impor uma moralidade para a vida privada das pessoas.

Conforme visto, o Estado pode, pelo menos sob a perspectiva do conceito de liberdade negativa, adotar uma atitude promocional nesses assuntos; induzir, exortar, promover, patrocinar condutas, com vistas a reduzir a incidência de doenças relacionadas e melhorar o perfil de salubridade das populações, entre outros objetivos de interesse público. Mas tais ações não podem incluir a proibição de condutas, a imposição coativa de condutas. Pode-se, evidentemente, proibir determinadas condutas, tidas como muito nocivas socialmente, através da legislação penal, mas aí estaremos fora do objeto das reflexões desta dissertação, que é apenas a proibição de condutas através do instituto jurídico administrativo do poder de polícia.

XI

Os limites do poder de polícia em face do direito à liberdade, garantido pelo artigo 5º da Constituição Federal, devem ser vistos através de duas perspectivas, sendo que ambas convergirão para o mesmo critério, que serve como um princípio geral para aferir a constitucionalidade das normas de polícia administrativa. Trata-se, é claro, de uma constitucionalidade examinada apenas quanto ao critério de compatibilidade ou não com a questão da liberdade individual. Trata-se do princípio do dano, ou o critério do *neminem laedere*.

A primeira perspectiva é a jurídico-administrativa, que decorre da interpretação direta da dogmática do próprio instituto do poder de polícia, do seu sentido teleológico, que é o de viabilizar o convívio comum das liberdades. Nesse sentido, as proibições de polícia encontram limites, que chamaríamos internos ao próprio conceito, consubstanciados no *neminem laedere*, de modo que somente se podem proibir condutas para evitar causar danos aos outros. Quando o dano da conduta se refere apenas ao agente – e desde que este agente seja adulto e imputável e desde que a conduta seja lícita –, as normas de polícia administrativa não poderão proibi-la.

A segunda perspectiva é externa ao instituto do poder de polícia e está relacionada ao conteúdo do conceito liberdade da Constituição Federal. Aqui, chega-se ao princípio do dano pela afirmação de um conteúdo específico para a locução liberdade, que é dado pela ideia dworkiana de que a interpretação dos dispositivos mais abstratos da Constituição requer a afirmação de uma determinada moralidade política; pela ideia concomitante de que esta moralidade política, no caso concreto, é o conceito de liberdade individual moderno, tal como desenvolvido na perspectiva do liberalismo político do século XIX. Desse modo, o conceito de liberdade negativa corresponde ao âmbito de ação individual intangível ao Estado e é dado pelas ações que dizem respeito apenas à vida individual do agente. Com isso, por um caminho inverso, chega-se também ao princípio do *neminem laedere*, vale dizer, ainda uma vez, o princípio segundo o qual o Estado só pode obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer algo contra a sua vontade com o objetivo de evitar danos aos outros.

XII

O caso do Bar Tuim serviu de ponto de partida para as reflexões desta dissertação pelo seu sentido paradigmático. O fato em si é uma exacerbação de ânimos, envolvendo autoridades públicas municipais, detentoras de competência para o exercício da função do poder de polícia, de um lado, e cidadãos frequentadores de um estabelecimento de lazer, ou simplesmente um bar, de outro. O sabor da situação está no fato de que se estabeleceu uma disputa real e concreta em torno justamente dos limites das proibições de uma legislação de polícia administrativa.

Trata-se de um fato raro e peculiar. As pessoas, normalmente, atribuem a tarefa de interpretar as leis, ou o alcance das leis, às autoridades públicas, aos advogados, aos juízes e aos promotores. Aqui, não, os populares fizeram sua interpretação jurídica e puseram em prática uma solução jurídica consentânea com essa interpretação, julgando-se, com essa ação, livres da proibição estatal. Tal situação inusitada não pode deixar de sensibilizar aqueles cuja atividade principal é pensar e aplicar o direito.

O caso do Bar Tuim, por outro lado, possui importância pelo sentido de exacerbação, de extrapolação, dos limites de um instituto jurídico. A valer a interpretação dos agentes municipais, a legislação de polícia poderia proibir a existência de clubes de apreciadores de cachimbo, ou de charuto, poderia, enfim, proibir a associação de pessoas para a prática de hábitos lícitos, embora prejudiciais à saúde.

O objetivo maior desta dissertação – além, é claro, da apresentação de definições que auxiliem a reflexão jurídica – é o de contribuir para a crítica de um aspecto do modo de vida contemporâneo caracterizado pela supervalorização de um modo de vida específico, um modo de vida voltado para a prática de hábitos saudáveis. Buscou-se demonstrar que a exacerbação desse novo paradigma existencial carrega em si um risco autoritário, de imposição de modos de vida; risco esse tendente a reduzir a pluralidade existencial presente na sociedade através da uniformização de apenas um tipo de vida e de limitados valores.

Como antídoto a essa situação, apresentou-se um conjunto de teorias de filosofia política, cujo ponto de unidade entre si é, justamente, a busca de justificações teóricas para a diversidade, para a pluralidade, para a riqueza da vida, para a singularidade de cada existência em particular. No fundo, o que se buscou sustentar é que a felicidade não está em um específico modo de vida, ou em valores particulares deste ou daquele grupo. Em última análise, de fato, ninguém sabe o que é e onde está a felicidade e, para concluir com uma frase

dita antes, “como não existe resposta à questão de como se deve viver, o sonho de liberdade requer a possibilidade de escolhas”.²⁰⁰

²⁰⁰ LAFER, Celso. *Ensaio Liberais*. São Paulo: Siciliano, 1991. p. 73.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDT, Hannah. *A condição Humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

BARRETO, Vicente de Paulo (coord.) *Dicionário de Filosofia do direito*. Editoras Unisinos e Renovar, 2006.

BEAUCHAMP, Tom L. e CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

BERLIN, Isaiah. *Idéias políticas na era romântica – ascensão e influência no pensamento moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

BERLIN, Isaiah. Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios. In: BERLIN, Isaiah. *Dois conceitos de liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

BIRD, Colin. *Introdução à filosofia política*. São Paulo: Madras, 2011.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função – Novos estudos de teoria do direito*. São Paulo: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BOBBIO, Norberto. *Elogio da serenidade – e outros escritos morais*. São Paulo: Editora UNESP, 2002.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade – para uma teoria geral da política*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1988.

BOBBIO, Norberto. *Nem com Marx, nem contra Marx*. São Paulo: Editora Unesp, 2006.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia – Uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico* – Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política* – A filosofia política e a lição dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BOBBIO, Norberto e MATTEUCCI, Nicola. *Dicionário de Política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BOVERO, Michelangelo. *Contra o Governo dos Piores* – uma gramática da democracia. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

CANGUILHEM, Gerorges. *O normal e o patológico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1982.

CLOTET, Joaquim. *Bioética* – Uma aproximação. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.

CONSTANT, Benjamin. Da Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos. *Revista de Filosofia Política*, Porto Alegre, L&PM, 1985.

CONSTANT, Benjamin. *Escritos de política* – Da liberdade individual. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. São Paulo: Saraiva, 2008.

COSTA, Jurandir Freire. *Ordem médica e norma familiar*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1983.

CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade – A leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EDMUNDSON, William. *Uma introdução aos direitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

FIZE, Michel. *As proibições – fundamentos da liberdade*. São Paulo: Edições Loyola, 2009.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

FREITAS, Alessandra Ferreira de e PRADO, Mauro Machado do. Princípios bioéticos norteadores do atendimento odontológico a pacientes portadores de necessidades especiais: autonomia x beneficência. *Bioética – estudos e reflexões*, Londrina, n. 4, edições CEFIL, p. 311, 2003.

FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

GARRAFA, Volnei; GIRALDI, Nelson; PROTA, Leonardo e SIQUEIRA, José Eduardo de. Organizadores. *Bioética: estudos e reflexões 4 – v. 1*. Londrina: Edições CEFIL, 2003.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GELLNER, Ernest. *Condições da liberdade – a Sociedade Civil e seus rivais*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1996.

GIANNOTTI, José Arthur. *Stuart Mill vida e obra*. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

GÓIS JUNIOR, Edivaldo e LOVISOLO, Hugo Rodolfo. Descontinuidades e continuidades do movimento higienista no Brasil do século XX. *Revista Brasileira da Ciência do Esporte*, v. 25, n. I, p. 41-54, set. 2003.

GORDILLO, Agustín A. *Tratado de Derecho Administrativo* (tradução livre). Buenos Aires: Ediciones Macchi-Lopes, 2000.

HUMBOLT, Wilhelm von. *Os limites da ação do Estado*. Introdução do Editor da edição americana. Rio de Janeiro: Topbooks Editora, 2004.

KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*. São Paulo: Ícone, 1993.

KANT, Emanuel. *Fundamentação à metafísica dos costumes*. Rio de Janeiro: Ediouro, [s.d.]. p. 92.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos – Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

LAFER, Celso. *Ensaio Liberais*. São Paulo: Siciliano, 1991.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

LIPOVETSKY, Gilles. *O império do efêmero – A moda e seu destino nas sociedades modernas*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. São Paulo: Escala, 2006.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

RABUSKE, Edvino A. *Antropologia Filosófica*. Porto Alegre: Escola Superior de Teologia, 1981.

RENAUT, Alain. *História da Filosofia Política – Nascimentos da modernidade*. vol. 2. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

ROUANET, Sergio Paulo. *Mal-estar na modernidade: ensaios. Iluminismo ou barbárie, a crise da civilização moderna*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SOARES, Carmen Lúcia. *Educação Física, raízes européias e Brasil*. Campinas: Autores Associados, 2001.

STEIN, Ernildo. *Antropologia Filosófica: questões epistemológicas*. Ijuí: Editora Unijuí, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas – Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. Vigilância Epidemiológica e Direitos Constitucionais. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, vol. 3, n. 2, julho de 2002, p. 90.

TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

THOREAU, Henry David. *Desobediência civil*. Porto Alegre: L&PM, 1997.

VITTA, Heraldo Garcia. *Poder de Polícia*. São Paulo: Malheiros, 2010.

WEFFORT, Francisco C. (org.) *Os clássicos da política*. São Paulo: Ática, 2006.