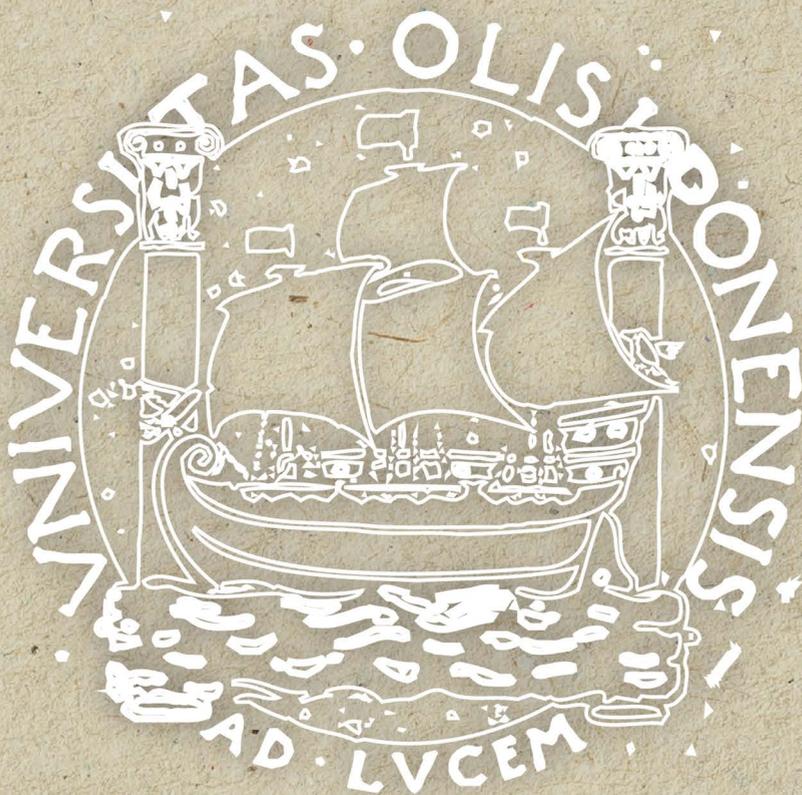


REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



Número Temático: Vulnerabilidade(s) e Direito

ANO LXII

2021

NÚMERO 1 | TOMO 2

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade Semestral
Vol. LXII (2021) 1

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)
Marco Antonio Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Pedro Infante Mota
Catarina Monteiro Pires
Rui Tavares Lanceiro
Francisco Rodrigues Rocha

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Agosto, 2021

TOMO 1

- **M. Januário da Costa Gomes**
11-17 Editorial

ESTUDOS DE ABERTURA

- **António Menezes Cordeiro**
21-58 Vulnerabilidades e Direito civil
Vulnerabilities and Civil Law
- **Christian Baldus**
59-69 Metáforas e procedimentos: Vulnerabilidade no direito romano?
Metaphern und Verfahren: Vulnerabilität im römischen Recht?
- **José Tolentino de Mendonça**
71-76 Sobre o Uso do Termo Vulnerabilidade
On the Use of the Word Vulnerability

ESTUDOS DOUTRINAIS

- **A. Dywyná Djabulá**
79-112 A Dinâmica do Direito Internacional do Mar em Resposta à Crescente Vulnerabilidade da Biodiversidade Marinha
The Dynamics of International Sea Law in Response to the Increasing Vulnerability of Marine Biodiversity
- **Alfredo Calderale**
113-143 Vulnerabilità e immigrazione nei sistemi giuridici italiano e brasiliano
Vulnerability and immigration in the Italian and Brazilian legal systems
- **Aquilino Paulo Antunes**
145-168 Covid-19 e medicamentos: Vulnerabilidade, escassez e desalinamento de incentivos
Covid-19 and drugs: Vulnerability, scarcity and misalignment of incentives
- **Cláudio Brandão**
169-183 O gènesis do conceito substancial de Direitos Humanos: a proteção do vulnerável na Escolástica Tardia Ibérica
Genesis of the substantial concept of Human Rights: protection of the vulnerable person in Late Iberian Scholastic
- **Eduardo Vera-Cruz Pinto**
185-208 Direito Vulnerável: o combate jurídico pelo Estado Republicano, Democrático e Social de Direito na Europa pós-pandémica
Vulnerable Law: The Legal Combat for the Republican, Democratic and Social State of Law in the post-pandemic Europe

-
- 209-230 **Elsa Dias Oliveira**
Algumas considerações sobre a proteção do consumidor no mercado digital no âmbito do Direito da União Europeia
Some considerations about the consumer protection in the digital market on the scope of the European Union Law
-
- 231-258 **Fernando Loureiro Bastos**
A subida do nível do mar e a vulnerabilidade do território terrestre dos Estados costeiros
Sea level rise and the vulnerability of the land territory of coastal states
-
- 259-281 **Filipa Lira de Almeida**
Do envelhecimento à vulnerabilidade
From ageing to vulnerability
-
- 283-304 **Francisco de Abreu Duarte | Rui Tavares Lanceiro**
Vulnerability and the Algorithmic Public Administration: administrative principles for a public administration of the future
Vulnerabilidade e Administração Pública Algorítmica: princípios administrativos para uma Administração Pública de futuro
-
- 305-339 **Hugo Ramos Alves**
Vulnerabilidade e assimetria contratual
Vulnerability and contractual asymmetry
-
- 341-374 **Isabel Graes**
Uma “solução” setecentista para a vulnerabilidade social: a Intendência Geral da Polícia
A “solution” to the social vulnerability in the 18th century: The General Police Intendency
-
- 375-404 **Jean-Louis Halpérin**
La protection du contractant vulnérable en droit français du Code Napoléon à aujourd’hui
A proteção do contraente vulnerável em Direito francês do Código Napoleão aos dias de hoje
-
- 405-489 **João de Oliveira Galdes**
Sobre a determinação da morte e a extração de órgãos: a reforma de 2013
On the Determination of Death and Organ Harvesting: the 2013 Reform
-
- 491-515 **Jones Figueirêdo Alves**
Os pobres como sujeitos de desigualdades sociais e sua proteção reconstrutiva no pós-pandemia
The poor as subject to social inequalities and their reconstructive protection in the Post-Pandemic
-
- 517-552 **Jorge Cesa Ferreira da Silva**
A vulnerabilidade no Direito Contratual
Vulnerability in Contract Law
-
- 553-564 **José Luís Bonifácio Ramos**
Problemática Animal: Vulnerabilidades e Desafios
Animal Issues: Vulnerabilities and Challenges

-
- Júlio Manuel Vieira Gomes**
565-602 O trabalho temporário: um triângulo perigoso no Direito do Trabalho (ou a vulnerabilidade acrescida dos trabalhadores temporários)
The temporary agency work: a dangerous triangle in Labour Law (or the increased vulnerability of temporary agency workers)

TOMO 2

-
- Mafalda Carmona**
603-635 “Para o nosso próprio bem” – o caso do tabaco
“For our own good” – the tobacco matter
-
- Marco Antonio Marques da Silva**
637-654 Vulnerabilidade e Mulher Vítima de Violência: Aperfeiçoamento dos Mecanismos de Combate no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e no Direito Brasileiro
Vulnerability and Woman Victim of Violence: The improvement of the Fighting Mechanisms in the Inter-American Human Rights System and Brazilian Law
-
- Margarida Paz**
655-679 A proteção das pessoas vulneráveis, em especial as pessoas idosas, nas relações de consumo
The protection of vulnerable people, especially the elderly, in consumer relations
-
- Margarida Seixas**
681-703 Intervenção do Estado em meados do século XIX: uma tutela para os trabalhadores por conta de outrem
State intervention in the mid-19th century: a protection for salaried workers
-
- Maria Clara Sottomayor**
705-732 Vulnerabilidade e discriminação
Vulnerability and discrimination
-
- Maria Margarida Silva Pereira**
733-769 O estigma do adultério no Livro das Sucessões e a conseqüente vulnerabilidade (quase sempre feminina) dos inocentes. A propósito do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de março de 2019
The adultery's stigma in the Book of Succession Law and the consequent vulnerability (nearly always feminine) of the innocents. With regard to the Portuguese Supreme Court of Justice Judgement of May 28, 2019
-
- Míriam Afonso Brigas**
771-791 A vulnerabilidade como pedra angular da formação cultural do Direito da Família – Primeiras reflexões
Vulnerability as the cornerstone of the cultural development of Family Law – First reflections

-
- Nuno Manuel Pinto Oliveira**
793-837 Em tema de renegociação – a vulnerabilidade dos equilíbrios contratuais no infinito jogo dos acasos
On renegotiation – the vulnerability of contractual balance against the background of an infinite game of chance
-
- Pedro Infante Mota**
839-870 De venerável a vulnerável: *trumping* o Órgão de Recurso da OMC
From venerable to vulnerable: trumping the WTO Appellate Body
-
- Sandra Passinhas**
871-898 A proteção do consumidor no mercado em linha
Consumers' protection in digital markets
-
- Sérgio Miguel José Correia**
899-941 Maus-tratos Parentais – Considerações sobre a Vitimação e a Vulnerabilização da Criança no Contexto Parental-Filial
Parental Maltreatment – Considerations on Child Victimization and Vulnerability within the Parental-Filial Context
-
- Silvio Romero Beltrão | Maria Carla Moutinho Nery**
943-962 O movimento de tutela dos vulneráveis na atual crise económica: a proteção dos interesses dos consumidores e o princípio da conservação da empresa diante da necessidade de proteção das empresas aéreas
The vulnerable protection movement in the current economic crisis: the protection of consumers interests and the principle of conservation of the company in face of the protection of airline companies
-
- Valentina Vincenza Cuocci**
963-990 Vulnerabilità, dati personali e *mitigation measures*. Oltre la protezione dei minori
Vulnerability, personal data and mitigation measures. Beyond the protection of children

JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA

-
- Maria Fernanda Palma**
993-1002 O mito da liberdade das pessoas exploradas sexualmente na Jurisprudência do Tribunal Constitucional e a utilização concetualista e retórica do critério do bem jurídico
The myth of the freedom of sexually exploited people in the Constitutional Court's Jurisprudence and the conceptual and rhetorical use of the criterion of the legal good
-
- Pedro Caridade de Freitas**
1003-1022 Comentário à decisão da Câmara Grande do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – caso *Vavříčka e Outros versus República Checa* (Proc. 47621/13 e 5), 8 de Abril de 2021
Commentary on the decision of the Grand Chamber of the European Court of Human Rights – Vavříčka and Others v. Czech Republic case (Proc. 47621/13 and 5), 8th April 2021

-
- Rui Guerra da Fonseca**
1023-1045 Vacinação infantil compulsória – o Ac. TEDH *Vavříčka & Outros c. República Checa*,
queixas n.ºs 47621/13 e outros, 08/04/2021
Compulsory childhood vaccination – ECHR Case of Vavříčka and Others v. the Czech Republic, appl.
47621/13 and others, 08/04/2021

VIDA CIENTÍFICA DA FACULDADE

-
- António Pedro Barbas Homem**
1047-1052 Doutoramentos e centros de investigação
Doctoral degrees and research centers
-
- Christian Baldus**
1053-1065 Arguição da tese de doutoramento do Mestre Francisco Rodrigues Rocha sobre “Da
contribuição por sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Século I a.C. ao
primeiro quartel do IV d.C.”
*Soutenance de la thèse de doctorat du Maître Francisco Rodrigues Rocha sur “Da contribuição por
sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Século I a.C. ao primeiro quartel do IV d.C.”*
-
- José A. A. Duarte Nogueira**
1067-1078 *Da contribuição por sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Do Século I a. C.*
ao primeiro quartel do IV d. C. (Francisco Barros Rodrigues Rocha). Arguição nas provas
de Doutoramento (Lisboa, 5 de Março de 2021)
The contribution by sacrifice on the sea in the Roman legal experience between the 1st century
BC. and the first quarter of 4th century AD, by *Francisco Barros Rodrigues Rocha. Argument in
the Doctoral exams (Lisbon, March 5, 2021)*

LIVROS & ARTIGOS

-
- Antonio do Passo Cabral**
1081-1083 Recensão à obra *A prova em processo civil: ensaio sobre o direito probatório*, de Miguel
Teixeira de Sousa
-
- Dário Moura Vicente**
1085-1090 Recensão à obra *Conflict of Laws and the Internet*, de Pedro de Miguel Asensio
-
- Maria Chiara Locchi**
1091-1101 Recensão à obra *Sistemas constitucionais comparados*, de Lucio Pegoraro e Angelo Rinella

“Para o nosso próprio bem” – o caso do tabaco

“*For our own good*” – *the tobacco matter*

Mafalda Carmona*

“the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others. His own good, either physical or moral, is not a sufficient warrant.”

J. Stuart Mill, *On Liberty*

“As the new publication makes clear, it is not just Big Tobacco anymore. Public health must also contend with Big Food, Big Soda, and Big Alcohol. All of these industries fear regulation, and protect themselves by using the same tactics. [...] They include front groups, lobbies [...] gifts, grants [...]. They include arguments that place the responsibility for harm to health on individuals, and portray government actions as interference in personal liberties and free choice.”

M. Chan, Diretora da Organização Mundial da Saúde, 2013¹

Resumo: Numa altura em que, ante uma verdadeira pandemia, justificadas preocupações com a Saúde Pública têm ditado restrições várias à Liberdade, importa refletir sobre a colocação do Direito ao serviço da prossecução do “nosso próprio bem”. Tem sido precisamente no campo da Saúde Pública, e já antes da pandemia, que tem renascido hodiernamente o paternalismo, de que constitui exemplo mais bem sucedido a luta contra o tabagismo. As questões a colocar não são de menor importância: para além da sua recondução à temática dos direitos fundamentais,

Abstract: At a time when, in the face of a real pandemic, justified concerns about Public Health have dictated several restrictions on Freedom, it is important to reflect on the placing of the Law at the service of the pursuit of “our own good”. It has been precisely in the field of Public Health, and even before the pandemic, that paternalism has been reborn today, of which the fight against smoking is the most successful example. The questions to be asked are not of minor importance: in addition to the return to the theme of fundamental rights, which has

* Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogada.

¹ *Opening address at the 8th Global Conference on Health Promotion 10 June 2013*, disponível em <https://doi.org/10.1093/heapro/dau037>.

que tem faltado, a imposição de medidas “para o nosso próprio bem” suscita a velha questão da (in)compatibilidade entre o paternalismo do Estado e a dignidade da pessoa, vista como liberdade de escolha do seu próprio plano de vida. Há, contudo, quem pretenda ter conciliado liberdade e paternalismo através de um “novo movimento”, o “paternalismo liberal”. É sobre esta pretensão que incide o presente texto.

Palavras-chave: Saúde Pública; liberdade; paternalismo; paternalismo liberal; *nudges*.

been lacking, the imposition of measures “for our own good” raises the old question of (in) compatibility between the paternalism of the State and the dignity of the person, seen as the freedom to choose his own life plan. However, there are those who claim to have reconciled freedom and paternalism through a “new movement”, “liberarian paternalism”. It is on this pretension that the present text focuses.

Keywords: Public Health; freedom; paternalism; libertarian paternalism; *nudges*.

Sumário: 1. O problema do tabaco no conflito entre liberdade e saúde pública; 2. O que o “paternalismo liberal” afirma ser; 3. O que o “paternalismo liberal” realmente é; 4. Reflexão final – “para o nosso próprio bem”?

1. O problema do tabaco no conflito entre liberdade e saúde pública

1.1. Em tema de “Vulnerabilidade e o Direito” – tema especialmente pertinente, dado o contexto que vivemos, em que a “Saúde Pública” está na ordem do dia –, oferece-se oportuno ensaiar uma breve reflexão sobre a relação entre liberdade e saúde pública. O problema não é de agora; mas é agora, quando mais propensos estamos – e possivelmente estaremos, mesmo quando a pandemia chegar ao fim – a aceitar restrições em nome da Saúde Pública, que mais premente se torna realizar a referida reflexão. É que, como refere S. Huster, em nenhum outro campo tem sido tão posto em causa o pressuposto liberal da autonomia do indivíduo como na Saúde Pública (e isto, ainda antes da pandemia)².

1.2. Com efeito, se olharmos para o conceito de saúde adotado, logo em 1946, pela Constituição da Organização Mundial da Saúde, a conclusão inevitável é a de que dificilmente estaremos, em algum momento da nossa vida, em estado saudável: saúde é “o estado completo de bem-estar físico, mental e social e não meramente a ausência de doença ou enfermidade”. A esta *amplitude do conceito*

² S. HUSTER, *Selbstbestimmung, Gerechtigkeit und Gesundheit – Normative Aspekte von Public Health*, Nomos, Baden-Baden, 2015, pp. 50-1.

de saúde corresponde a *amplitude da área de atuação* da própria Organização Mundial da Saúde, ou não tivesse esta como seu objetivo o alcançar do nível “mais elevado possível de saúde” por todas as pessoas³.

Numa altura em que as grandes epidemias (de doenças contagiosas) pareciam coisa do passado, o foco da atenção da Organização Mundial da Saúde deslocou-se para a *medicina preventiva* e para as causas evitáveis de doença e de morte prematura. É uma viragem significativa: em lugar de doenças contagiosas, em que facilmente se descobre um propósito de “proteção do outro”, a preocupação da Organização Mundial da Saúde passou a incidir sobre os comportamentos vários dos indivíduos que se podem dizer relativos ao seu “estilo de vida”⁴. De entre eles, constituiu e constitui alvo preferencial o consumo de tabaco, embora outros comportamentos ou estados, como a obesidade ou o sedentarismo, sejam também objeto de preocupação. Tudo isto, porém (e significativamente), sem largar as vestes do combate às doenças epidémicas – o consumo de tabaco passou a ser considerado, ele próprio e não as suas consequências, como uma *doença*, e a sua presença por esse mundo fora como uma *epidemia*, conceito que deixou de estar restrito às doenças contagiosas⁵. Assim chegamos à Convenção Quadro para o Controlo do Tabaco de 2005, promovida pela Organização Mundial da Saúde e justificada pela “propagação da epidemia do tabagismo”⁶.

1.3. Apesar de os últimos anos – ao menos, na Europa, depois da adoção da Convenção Quadro para o Controlo do Tabaco – terem conhecido uma mudança drástica na regulação do consumo do tabaco, não se pode dizer que estas medidas constituam uma absoluta novidade. O consumo do tabaco já antes tinha suscitado reações de repúdio e não é a primeira vez na história que se aumentam drasticamente

³ Cfr. Preâmbulo e art. 1.º da Constituição da Organização Mundial da Saúde, disponível em <https://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf?ua=1>.

⁴ A. ALEMANN, “Nudging smokers – The Behavioural Turn of Tobacco Risk Regulation”, *European Journal of Risk Regulation*, 2012/3, p. 20.

⁵ A dependência do tabaco foi classificada como *doença* pela primeira vez em 1980, pela Sociedade Americana de Psiquiatria, no DSM-III, e depois pela Organização Mundial da Saúde, relevando, entre outros, os sintomas de *abstinência* – cfr. K. FROHLICH, “Is tobacco use a disease?”, *CMAJ*, 2008, 179(9), pp. 880 ss. Quanto ao conceito de *epidemia*, este abrange, para a Organização Mundial da Saúde, não só casos de doença, como de “comportamentos específicos com repercussões na saúde” – <https://www.who.int/hac/about/definitions/en/>; <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3373038/>. Ainda C. SNOWDON, *Velvet Glove, Iron Fist – a history of anti-smoking*, Little Dice, Michigan, 2009, pp. 164-5.

⁶ Também referida como FCTC (Framework Convention on Tobacco Control); cfr. Decreto n.º 25-A/2005, de 8 de novembro.

impostos ou se proíbe o consumo em locais públicos – no puritano Massachusetts do século XVII, o fumo de tabaco chegou a ser proibido nas ruas⁷. Foi também nos EUA que, no fim do século XIX, primeiros anos do século XX, surgiram movimentos de luta contra o tabaco que, associados a uma dimensão religiosa e pregando o *ideal da abstinência* (do tabaco e, em geral, de todos os vícios), se propunham acabar com o seu consumo, com o mote “*a smokeless America by 1925*”⁸.

Se o reconhecimento do fracasso do Proibicionismo em 1933 temperou os ânimos quanto ao tabaco daquele lado do Oceano, foi na Alemanha que, a partir dessa data, se desenhou o que até agora fora o combate mais sistemático ao tabaco⁹. Nos quadros da ideologia nacional-socialista, em que não havia lugar para o indivíduo mas apenas para o bem da Nação, a saúde (coletiva) ocupava um lugar central, sob o mote “*Gesundheit über Alles*”: como parte de um “corpo coletivo”, cada indivíduo tinha um “dever de ser saudável” (“*Gesundheitpflicht*”), entenda-se, cada indivíduo tinha um dever *para com a sociedade* de ser saudável¹⁰. Foi também esse sentido, coletivizado, de saúde que se impôs ao tradicional sentido da regra deontológica primeira dos médicos, o “não causar dano”: em lugar da relação paciente (individual)/médico, o imperativo de não causar dano reportava-se à saúde coletiva, podendo o indivíduo ser visto, não como doente, mas como causa de dano à saúde do “corpo” do Estado¹¹ – ou, pode mesmo dizer-se, o indivíduo era visto, não como *doente*, mas como *doença*.

Suportada em considerações de “pureza”, e também económicas – dos custos por doença e conseqüente quebra de produtividade aos custos com as despesas

⁷ SNOWDON, *Velvet Glove*, pp. 21 ss., com referência ainda a outros movimentos nos séculos seguintes e a sua ligação ao movimento da “temperança”, bem como à ligação entre os movimentos anti-tabaco americanos dos anos 60 e a Igreja Adventista do Sétimo Dia que, após uma visão da sua líder, estabeleceu a ligação entre uma vida saudável e a ascensão espiritual; promove-se, assim, a adoção do *healthy lifestyle*, sob o mote da temperança (implicando abstinência de certos produtos, como álcool, tabaco e comida não saudável), com o propósito de aumentar a longevidade e, no geral, de elevação do espírito – mais em <https://www.ministrymagazine.org/archive/2017/03/health-message>. Com interesse, ainda J. GUSFIELD, *Symbolic crusade – status politics and the the American Temperance Movement*, Univ. Illinois Press, 1963, em esp. 24 ss.

⁸ SNOWDON, *Velvet Glove*, pp. 6 ss.

⁹ Sendo certo que a ideologia nacional-socialista não se reduz à luta contra o tabagismo, nem esta é exclusiva daquela, bem entendido.

¹⁰ R. PROCTOR, *The Nazi War on Cancer*, Princeton Uni Press, 1999, p. 176; E. SAMAAN, *From a “Race of Masters” to a “Master Race”: 1948 to 1848*, Librapp., pp. 166 ss.

¹¹ Legitimando, no limite, a sua erradicação – SAMAAN, *From a “Race of Masters”*, p. 167, sobre as declarações de Karl Brandt em Nuremberga.

coletivas de saúde¹² –, a luta do III Reich contra o tabaco (pioneira no seu estudo científico, reconheça-se¹³) compreendeu medidas várias, desde a proibição de anúncios à proibição de fumo em locais públicos, passando pela propaganda contra o tabaco, muitas vezes associada a estereótipos de raça e de classe¹⁴; proibiu-se ainda a indicação do baixo teor de nicotina se acompanhado da sugestão de que seria mais seguro aumentar o consumo¹⁵. Claro está, não era só o tabaco; a cruzada pela “vida limpa” promovia o ideal de abstinência de tudo o que pudesse ser considerado prejudicial à pureza e preservação da raça ariana, desde o álcool ao consumo de carne, à cafeína ou à Coca-Cola¹⁶. No *slogan* da época, que sintetizava estas ideias: “*Dein Körper gehört deiner Nation! Dein Körper gehört dem Führer! Du hast die Pflicht, gesund zu bleiben! Ernährung ist keine Privatsache!*”¹⁷.

O desfecho da Guerra pôs fim à política sanitária do III Reich (que desejava, também, a instauração de um mundo livre de tabaco¹⁸) e, tanto quanto sabemos, a interferências nos “estilos de vida” por motivações de saúde no Velho Continente – que seriam, aliás, de difícil aceitação numa Europa saída da Guerra e ciosa da sua liberdade. Mas, do outro lado do Atlântico, o problema do tabaco voltou a estar na ordem do dia, em especial a partir do Relatório do *Surgeon General* de 1971 em que se repescou a expressão “fumo passivo” (cunhada por um cientista alemão em 1936) e se encetou a abordagem do problema pela perspectiva dos direitos dos não-fumadores¹⁹. Pouco tardou até que o objetivo fosse, uma vez mais, o de conseguir a abstinência – a “*smoke-free America by 2020*”²⁰ – e, não obstante o seu contínuo adiar, a meta continua a ser a de conseguir um mundo “livre de tabaco” (agora para 2040)²¹.

¹² PROCTOR, *The Nazi War*, p. 223.

¹³ Reconhecida a importância da “medicina preventiva”, foi na Alemanha nacional-socialista que surgiram os primeiros estudos sobre a natureza aditiva do tabaco e a sua ligação ao cancro, e não na ciência americana e inglesa dos anos 50, como geralmente se pensa – PROCTOR, *The Nazi War*, pp. 173 ss., 217 ss.

¹⁴ PROCTOR, *The Nazi War*, pp. 175 ss., 200 ss.

¹⁵ PROCTOR, *The Nazi War*, p. 204.

¹⁶ PROCTOR, *The Nazi War*, pp. 120 ss e 141 ss.; SNOWDON, *Velvet Glove*, pp. 75 ss.

¹⁷ “*O teu corpo pertence à Nação! O teu corpo pertence ao Führer! Tens o dever de ser saudável! A alimentação não é um assunto privado!*” – PROCTOR, *The Nazi War*, p. 120; SAMAAN, *From a “Race of Masters”*, p. 169; SNOWDON, *Velvet Glove*, pp. 80 ss.

¹⁸ PROCTOR, *The Nazi War*, p. 207.

¹⁹ SNOWDON, *Velvet Glove*, pp. 111 ss. Merecem especial destaque os Relatórios de C. Everest Koop nos anos 80.

²⁰ SNOWDON, *Velvet Glove*, pp. 151 ss.

²¹ No 15.º aniversário da FCTC, o mote adotado foi o *Working towards a tobacco-free world* – <https://www.who.int/fctc/cop/15years/en/>; a meta “tobacco-free world by 2040” é explorada em *The Lancet*, 2015, 385/9972, pp. 915 ss.

1.4. Na sequência da adoção da Convenção Quadro para o Controlo do Tabaco, a generalidade do mundo adotou medidas de combate ao tabaco que, até então, eram apenas apanágio dos EUA. Assim também em Portugal, com a adoção da Lei do Tabaco (Lei n.º 37/2007, de 14 de agosto), alterada em 2015 (Lei n.º 109/2015, de 26 de agosto, que procede também à transposição da Diretiva 2014/40/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014) e em 2017 (Lei n.º 63/2017, de 3 de agosto)²².

Marco da Lei do Tabaco foi a *ampla proibição de fumar em locais “públicos”* (i.e., estabelecimentos privados, embora abertos ao público), tais como hotéis e restaurantes, e bem assim em locais de trabalho, garantindo-se ainda total liberdade à “gerência” de outros locais para estabelecer mais proibições (artigo 4.º). Salienta-se ainda a *proibição de venda em alguns desses locais*, como em todos os estabelecimentos de ensino, incluindo nas Universidades (artigos 4.º, n.º 1, alínea g) e 15.º, n.º 1). Para além destas medidas, a Lei do Tabaco, na sua versão originária, compreendia ainda, entre o mais, outras relativas à composição dos cigarros, com limites máximos de TANMC – Teores de Alcatrão, Nicotina e Monóxido de Carbono (artigo 8.º), medidas relativas à rotulagem de embalagem dos maços de cigarro – incluindo a indicação obrigatória dos Teores de Alcatrão, Nicotina e Monóxido de Carbono (artigo 11.º, n.º 1), a colocação de advertências (artigo 11.º, n.º 2) e (já então) a *proibição de expressões “que sugiram que um determinado produto do tabaco é menos prejudicial do que os outros”* (como “light” ou “suave”; artigo 13.º). Tudo isto a par do dever de o Estado “promover e apoiar a informação e a educação para a saúde” (artigo 20.º) e de disponibilizar consultas de cessação tabágica (artigo 21.º)²³.

A primeira alteração à Lei do Tabaco, introduzida pela Lei n.º 109/2015, de 26 de agosto, procedeu, em parte, à transposição da Diretiva 2014/40/EU; assim, na proibição de aromas em produtos de tabaco (artigo 7.º da Diretiva; artigo 10.º-A da Lei do Tabaco), ou na imposição das “advertências de saúde combinadas” (i.e., com texto e com uma das *imagens* dos Anexo II, artigo 10.º da Diretiva). Destaca-se ainda, a par da proibição da indicação de que um “produto do tabaco é menos nocivo que outros [...] ou que tem propriedades [...] curativas”, a *proibição*

²² Para além do progressivo aumento dos impostos sobre o tabaco (e da sua aplicação, inclusive, a produtos que não contêm tabaco), como promovido, quanto ao tabaco, pela Convenção Quadro para o Controlo do Tabaco (art. 6.º).

²³ Refira-se ainda a proibição de venda a menores (artigo 15.º, n.º 1, alínea c)), de que as unidades de embalagem tenham menos de 20 unidades (artigo 12.º) e de publicidade, promoção e patrocínio (artigos 16.º e ss.). As medidas impostas pela Lei n.º 67/2007 decorrem da Convenção Quadro para o Controlo do Tabaco (em especial, artigos 8.º, 10.º a 13.º).

– que antes era uma *obrigação* – de indicar os Teores de Alcatrão, Nicotina e Monóxido de Carbono nos maços de tabaco; mas isto sem prejuízo de continuarem a existir limites máximos para estes teores (considerandos 10, 12 e 25 e artigo 13.º da Diretiva; artigos 8.º e 13.º, n.º 1, alíneas a) e b) da Lei do Tabaco). A segunda versão da Lei do Tabaco compreendeu ainda a regulação dos “novos produtos do tabaco” e dos cigarros eletrónicos²⁴, ainda que quanto a estes em termos não inteiramente coincidentes com os da Diretiva – a Diretiva trata os cigarros eletrónicos, que não contêm tabaco, como produtos diferentes dos do tabaco (como parece curial), só em parte fazendo aplicar o regime destes, ao passo que a Lei do Tabaco, na versão revista, procede a uma equiparação entre cigarros eletrónicos e cigarros de combustão/produtos do tabaco em diversos aspetos, designadamente quanto à proibição de consumo dos que contenham nicotina em locais “públicos” (Título III, artigos 20.º e ss. da Diretiva; artigos 2.º, alínea p), 4.º, n.º 5 da Lei do Tabaco). No mais, a primeira revisão da Lei do Tabaco aproveitou para dar mais passos na referida proibição de fumar em locais “públicos”, não sendo neste aspeto, importa frisá-lo, uma transposição da Diretiva 2014/40/EU, que “não harmoniza regras sobre ambientes sem fumo de tabaco” (considerando 48). Para além de estender a proibição a casinos e similares (artigo 4.º, n.º 1, alínea l), foram *diminuídas as exceções à proibição de fumar em locais públicos* de forma significativa: entre o mais, tornou-se *proibido disponibilizar espaços para fumadores nos locais de trabalho* (novo n.º 5 do artigo 4.º) e, nos estabelecimentos de bebidas e de restauração, *a zona de fumadores deixou de poder ter “qualquer serviço, designadamente de bar e restauração”*, havendo ainda maior exigência nas condições de ventilação (n.ºs 5 e 1 do artigo 5.º).

Na mais recente alteração, introduzida pela Lei n.º 63/2017, de 3 de agosto, deu-se lugar à regulação dos “novos produtos do tabaco”, incluindo a sua utilização no conceito de “fumar” (artigo 2.º, alínea s), e estendendo-se a estes produtos, entre o mais, as proibições de uso em locais públicos (artigo 4.º, n.º 3). No mais, saliente-se que, dez anos volvidos sobre a sua primeira versão, foram introduzidas na Lei do Tabaco *algumas preocupações com os fumadores*; assim, no caso dos estabelecimentos de saúde e dos estabelecimentos de ensino – mas *apenas para estes* –

²⁴ Os “novos produtos do tabaco” compreendem produtos que contêm tabaco (“as folhas e outras partes naturais [...] da planta do tabaco”) mas, sendo uma novidade recentíssima ao tempo da Diretiva, vêm definidos por negação (não pertencem às outras categorias, nomeadamente às dos cigarros de fumar (com combustão), e pela data da sua introdução do mercado (artigo 2.º, n.ºs 1, 9 e 14); já os cigarros eletrónicos não contêm tabaco mas apenas (e não necessariamente) um líquido com nicotina, o qual é transformado em vapor sem envolver qualquer processo de combustão.

determina-se expressamente que os espaços para fumar no exterior devem garantir “a devida proteção dos elementos climatéricos, bem como da imagem dos profissionais que o utilizam” (artigo 4.º, n.º 3); proibiu-se igualmente “qualquer discriminação dos fumadores no âmbito das relações laborais” (artigo 5.º, n.º 12) e admitiu-se, ainda, a comparticipação em medicamentos para deixar de fumar (artigo 21.º-A). Por fim, mais uma *proibição de fumo* em locais públicos, desta feita em *parques infantis* – que são, note-se, *espaços ao ar livre* e não recintos fechados (artigo 4.º, n.º 1, alínea f)).

1.5. Numa leitura porventura menos atenta, poder-se-ia pensar que a Lei do Tabaco, bem como a própria Convenção Quadro para o Controlo do Tabaco, teriam dois eixos fundamentais, em si irrepreensíveis: um, o da proteção de terceiros em face da exposição involuntária ao fumo do tabaco; outro, o da informação aos próprios fumadores dos malefícios do tabaco. Mas há mais do que isso.

Sem dúvida que existe um dever de informar e antes de mais, aliás, um *direito à informação*; mas será que é esse que está em causa quando, para além da indicação dos malefícios do tabaco, se adicionam imagens intencionalmente chocantes? E como justificar o propósito de informar quando o que se faz é, precisamente, proibir a indicação dos Teores de Alcatrão, Nicotina e Monóxido de Carbono nos cigarros? Procede a justificação da Diretiva, no considerando 25, de que essa indicação “revelou-se enganosa, porque leva os consumidores a acreditar que certos tipos de cigarros são menos nocivos do que outros”? Mas não continuam esses teores a ser relevantes para a nocividade dos cigarros, tanto que se estabelecem valores máximos?

Há, igualmente, um propósito, em si justificado, de proteção de terceiros. Mas é esse que está em causa quando se proíbe o fumo em *todos* os estabelecimentos de restauração (ou, que seja, nas zonas desses estabelecimentos onde há serviços de restauração)? Como se justifica que, mesmo respeitando as (exigentes) condições das zonas de fumadores, estas estejam *proibidas* em locais de trabalho, quando já se garantiu que não há fumo ao lado de não-fumadores? Porque apenas existe (e só desde 2017) uma preocupação com a proteção “das condições climatéricas e da imagem dos profissionais” dos estabelecimentos de saúde e de ensino, e a mesma não existe em relação aos demais trabalhadores (proibidos de ter zonas de fumadores nos locais de trabalho e, portanto, deixados à mercê das condições climatéricas e à degradação da imagem), a quem viaja de avião e, em geral, a qualquer pessoa? E o que justifica que alunos do ensino superior possam fumar nas áreas ao ar livre das Universidades mas esteja nestas proibida a venda de cigarros?

1.6. Sempre se dirá que, não obstante a diversidade de medidas – e outras já foram propostas, desde um “cadastro para pais fumadores”²⁵, ao estabelecimento de distância mínima das entradas dos estabelecimentos onde se possa fumar, à proibição de exposição visual dos produtos de tabaco nos seus pontos de venda (que teriam de ficar, assim, por baixo do balcão) – o certo é que o consumo de tabaco não foi tornado ilícito: não há uma proibição total mas apenas uma proibição de consumo em determinadas circunstâncias.

Mas se é verdade que não se avançou, pura e simplesmente, para a ilegalização do tabaco, não é menos inegável que se vai “apertando o cerco” aos fumadores. Se não estão obrigados a deixar de fumar, a diversidade de medidas a que estão sujeitos – desde o constante lembrete de que fumar faz mal aos vários incómodos que envolve fumar um cigarro nas mais diversas circunstâncias – “motiva-os” a tanto; por outras palavras, não se obriga mas *vai-se levando* as pessoas a deixar de fumar. Nunca o dizendo o legislador, sabe-se que o objetivo, assumido sem pruridos nos círculos anti-tabaco²⁶ – quase como se fossem dois mundos diferentes, o do jurídico e o da saúde, e não estivessem em causa as mesmas medidas –, é de “*desnormalização*” do tabaco²⁷; entenda-se, “*definir implicitamente o ato de fumar como um ato anti-social*”²⁸. Por outras palavras, promove-se a sua *estigmatização*²⁹.

Esta “desnormalização”, *implícita* – por definição, como veremos – nas medidas legais, não constitui um seu efeito colateral, não intencional; pelo contrário. Como lapidarmente refere Alemanno, a abordagem “*permitir mas desencorajar*” encontra o seu suporte no chamado “*paternalismo liberal*”, em que “se deixa os indivíduos fumarem mas não se perde uma oportunidade de os empurrar – “*to nudge*” – para um menor consumo”³⁰.

²⁵ <https://expresso.pt/sociedade/cadastro-para-pais-fumadores=f842594>.

²⁶ ALEMANNO, “Nudging smokers”, p. 4.

²⁷ ALEMANNO, “Nudging smokers”, p. 4.

²⁸ S. GLANTZ, “Achieving a smokefree society”, *Circulation (Am Heart Assoc)*, vol. 74/4, 1987, p. 747, e precisamente a propósito da proibição de fumo em locais públicos. Esta medida, suportada pela “óbvia” necessidade de proteção de terceiros, é frequentemente enaltecida como uma das medidas mais eficazes para levar a que os próprios deixem de fumar, disso não se fazendo segredo – S. HUSTER, *Selbstbestimmung*, p. 24. Ainda SNOWDON, *Velvet Glove*, pp. 164 ss. Veja-se K. VOIGT, “Nudging, shaming and stigmatising to improve population health”, *Int J Health Policy Manag*, 2014, 3(6), pp. 351 ss.

²⁹ ALEMANNO, “Nudging smokers”, p. 4; N. EYAL, “Nudging by shaming, shaming by nudging”, *Int J Health Policy Manag*, 2014, 3(2), pp. 53 ss. Sobre a relação entre “normal” e “estigma”, M. NUSSBAUM, *Hiding from Humanity – Disgust, Shame and the Law*, Princeton Uni Press, 2004, em esp. 217 ss.

³⁰ ALEMANNO, “Nudging smokers”, p. 19. No original, “libertarian paternalism”; mas fora do contexto americano, em que “liberal” tem uma especial conotação política, julgamos preferível a tradução de “libertarian” por “liberal”.

1.7. Exposta a problemática subjacente às medidas de controlo do tabaco, não deixa de ser surpreendente a pouca atenção que tem merecido a questão dos “direitos dos fumadores”³¹. É a esta luz que deve ser encarado o paternalismo, sabendo-se que responder à questão da sua admissibilidade não é questão menor, antes contende com o que se entende por liberdade e, mais amplamente, com a relação entre pessoa e Estado que se pretenda acolher³² – ou, se se quiser, implica responder às questões cruciais de “quem somos, de como queremos viver em sociedade e que sentido têm liberdade e dignidade nesse contexto”³³. Não por acaso o caminho trilhado no mundo ocidental, em especial depois da II Guerra Mundial, foi o de rejeição do paternalismo e concomitante afirmação da dignidade da pessoa, alicerçada na sua liberdade de escolha do plano de vida³⁴.

Contudo, há quem pretenda ter encontrado uma via de conciliação entre paternalismo e liberdade – o referido “paternalismo liberal”. Segundo Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein, os seus criadores, este “novo movimento” – que vimos associado à estratégia de “permitir mas dificultar” e de “desnormalizar” – não tem por que ser rejeitado, distinguindo-se do tradicional paternalismo: se o fim é o da proteção do próprio, o bem que se promove é definido pelos *critérios do próprio* e não de terceiros; e nos meios, não se proíbe *nem sequer se dificulta* que as pessoas prossigam um qualquer fim, antes se *facilitando* que sigam o seu caminho. Vejamos se será mesmo assim.

2. O que o “paternalismo liberal” afirma ser

2.1. No seu livro *Nudge – Improving decisions about Health, Wealth and Happiness*, Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein começam pelo exemplo do refeitório escolar, em que a decisão sobre a colocação de alimentos saudáveis em lugares mais visíveis levou as crianças a tomarem melhores escolhas para a sua saúde³⁵. A este seguem-se

³¹ A. VAN AAKEN, “Constitutional Limits to Paternalistic Nudging: A Proportionality Assessment”, in KEMMERER *et al.* (org.), *Choice Architecture in Democracies – Exploring the Legitimacy of Nudging*, Nomos, Baden-Baden, 2016, pp. 161 ss.

³² S. HUSTER, *Selbstbestimmung*, p. 16, questionando mesmo se não estamos a ir na direção de um Estado Paternalista, talvez até de uma “*Gesundheitsdiktatur*”.

³³ H. HEINIG, “Autonomy vs Technocracy: Libertarian Paternalism Revisited”, in *Choice Architecture*, p. 224.

³⁴ J. MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, IV, 3.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 194-5.

³⁵ R. THALER / C. SUNSTEIN, *Nudge. Improving decisions about Health, Wealth and Happiness*, Yale Univ. Press, New Haven/London, 2008, pp. 1 ss. Sendo esta a obra mais conhecida dos Autores,

variados exemplos de “más decisões” e a explicação, com recurso à psicologia, sobre dois sistemas de “pensamento”: o chamado *sistema 1*, intuitivo e automático (que não se associa ao que comumente se designa por “pensar”, no sentido próprio do termo), e o *sistema 2*, reflexivo e racional³⁶. Prevalecendo o sistema 1, verifica-se que os “Humanos” – ao contrário dos “Econs”, arquétipo dos seres racionais – *erram*: “*Hundreds of studies confirm that human forecasts are flawed and biased. Human decision making is not so great either*”³⁷.

Considerando que “*as pessoas tomam decisões realmente más – decisões que não teriam tomado se tivessem dado toda a atenção, e se tivessem informação completa, competências cognitivas ilimitadas, e total auto-controlo*” –, podem também ser “empurradas” ou “guiadas” para direções que irão *melhorar as suas vidas*³⁸. Quem o faz são os “*arquitetos da escolha*”, responsáveis por organizar o contexto em que as pessoas tomam decisões; fazem-no recorrendo a *nudges* – “*qualquer aspeto da arquitetura de escolhas que altera o comportamento das pessoas numa maneira previsível sem proibir nenhuma opção nem alterando significativamente os seus incentivos económicos*”, salientando ainda Thaler e Sunstein que nunca está em causa uma proibição; aliás, só podem contar como *nudges* as intervenções que sejam “fáceis e baratas” de evitar³⁹.

Para além do exemplo do refeitório escolar – que não há razão para não aplicar aos adultos⁴⁰ –, outros *nudges* incluem técnicas tão variadas quanto a informação, o estabelecimento de *default rules*, desde que com *opt-out* sem custo, ou técnicas várias de *pressão social* – uma das mais eficazes –, como a divulgação de que apenas um número reduzido de jovens fumam ou mensagens na conta da luz através de *emoticons*, sorridentes ou tristes, acompanhada da informação sobre os gastos médios dos vizinhos⁴¹.

2.2. Assente o pressuposto (as pessoas tomam más decisões) e estabelecidos os meios (*nudges*, e não proibições), Thaler e Sunstein dão-nos as boas-vindas ao que consideram ser um “novo movimento”, que reputam capaz de conciliar as vertentes liberal e paternalista: o *libertarian paternalism*⁴².

o essencial do seu “paternalismo liberal” surge já em C. SUNSTEIN / R. THALER, “Libertarian Paternalism Is not an Oxymoron”, *U. Chi. L. Rev.*, vol. 70, n.º 4, 2003, pp. 1159 ss.

³⁶ THALER / SUNSTEIN, *Nudge*, pp. 19 ss.

³⁷ THALER / SUNSTEIN, *Nudge*, pp. 6 ss. (p. 7).

³⁸ THALER / SUNSTEIN, *Nudge*, p. 5.

³⁹ THALER / SUNSTEIN, *Nudge*, p. 3 e 6.

⁴⁰ THALER / SUNSTEIN, *Nudge*, p. 11.

⁴¹ THALER / SUNSTEIN, *Nudge*, pp. 11 ss., 53 ss., 67-9 ss.

⁴² THALER / SUNSTEIN, *Nudge*, p. 5.

De um lado, reconhecem os Autores, trata-se de um *paternalismo*, procurando o bem do próprio e não o bem de terceiros; porém, o que está em causa, preocupam-se os Autores em evidenciar, é “influenciar escolhas de uma forma que deixa quem escolhe em melhor posição, *como julgado pelos próprios*” (“*as judged by themselves*”); aliás, “de acordo com as suas próprias *preferências*, e não as de um qualquer burocrata”⁴³. Aos arquitetos da escolha reconhecem Thaler e Sunstein, *do mesmo passo*, a legitimidade para tentar influenciar o comportamento das pessoas com o propósito de tornar as suas vidas “*mais duradouras, mais saudáveis e melhores*”⁴⁴.

De outro lado, ao contrário do que dizem ser o discurso do paternalismo tradicional, Thaler e Sunstein professam o seu amor à liberdade: as pessoas devem ser livres para escolher, incluindo a opção por “arranjos indesejáveis”; aliás, dizem, o paternalismo liberal quer mesmo “*facilitar* que as pessoas sigam o seu caminho”, criando até espaços de liberdade onde ela não existe⁴⁵. “Se as pessoas quiserem fumar ou comer muitos doces, um paternalista liberal não pretende obrigá-las a fazer o contrário, *nem sequer tornar as coisas mais difíceis para elas*” – apenas “tenta levar as pessoas na direção que tornará as suas vidas melhores”, através dos referidos *nudges*⁴⁶. *Nudges* que são (têm que ser) de impacto mínimo, não impondo, “nas suas formas mais cautelosas”, mais do que “custos triviais”, e que ficam sujeitos a um “princípio de publicidade”⁴⁷. Trata-se ainda de um paternalismo mas, no fundo, apenas de um paternalismo *soft*.

2.3. Aos seus opositores, Thaler e Sunstein respondem considerando que partem de um pressuposto falso e de duas considerações erradas, numa argumentação já antes vertida no texto, sugestivamente intitulado, *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*⁴⁸. O falso pressuposto é o de que as pessoas são ótimas a tomar decisões ou, mesmo que não o sejam, que as suas decisões são sempre melhores do que se fossem outros a tomá-las – um pressuposto evidentemente falso, bastando pensar no problema crescente da obesidade, quando já se sabe que a obesidade leva a inúmeras doenças e a morte prematura; aliás, a *saúde* é o campo preferencial de demonstração da falibilidade das decisões humanas⁴⁹. Quanto às considerações

⁴³ THALER / SUNSTEIN, *Nudge*, p. 5, itálicos originais; p. 10.

⁴⁴ THALER / SUNSTEIN, *Nudge*, pp. 5-6.

⁴⁵ THALER / SUNSTEIN, *Nudge*, p. 5 e p. 237.

⁴⁶ THALER / SUNSTEIN, *Nudge*, p. 5, itálicos nossos, p. 6.

⁴⁷ THALER / SUNSTEIN, *Nudge*, p. 8 e pp. 243 ss.

⁴⁸ SUNSTEIN / THALER, “Libertarian”, pp. 1159 ss.

⁴⁹ THALER / SUNSTEIN, *Nudge*, pp. 6-7; considerando a obesidade, é aliás “*quite fantastic*” dizer que as pessoas tomam decisões certas.

erradas dos seus opositores, são elas as de que é possível evitar influenciar as escolhas das pessoas, quando é *inevitável* que se tenham de escolher pontos de partida, e a de que o paternalismo envolve sempre *coerção*, quando é possível influenciar sem proibir (novamente, o exemplo do refeitório escolar); e como “nenhuma coerção” está em causa, consideram os Autores que este paternalismo deve ser aceitável até para quem sustente a liberdade de escolha⁵⁰.

Refira-se ainda que Thaler e Sunstein rejeitam a alegação de que os *nudges* sejam meios “insidiosos”, que permitam ao Estado “manobrar pessoas”⁵¹, sujeitando os *nudges* ao “princípio da publicidade”: a atuação do Estado deve ser *transparente*, não podendo prosseguir *fins* não declarados⁵². Como se concretizam estas ideias? As mensagens subliminares estão fora de causa, dizem de forma inequívoca os Autores. Em muitas outras situações, os *nudges* não põem em causa o princípio da publicidade – quando se estabelece uma *default rule*, não se faz segredo disso. Tal como é claro o fim prosseguido pelo Estado quando faz um anúncio com um ovo a fritar e uma voz a dizer “This is your brain on drugs” – nas palavras dos Autores, que vale a pena transcrever, “*esta imagem vívida foi criada para despoletar o medo de consumir drogas. O anúncio pode bem ser considerado manipulativo, mas não viola o princípio da publicidade*”⁵³.

2.4. Em obras posteriores de Sunstein, alguns aspetos deste “novo movimento” foram desenvolvidos. Não é o mero reconhecimento do erro humano que pode justificar o paternalismo, admite-se; mas este deixa-se justificar pela sua finalidade: “*habilitar as pessoas a terem vidas melhores*”; o mesmo para a questão da legitimidade: a pergunta “*como pode o Governo interferir legitimamente nas livres escolhas de adultos?*” é desvalorizada por “*confundir as coisas*”, “*desvia(ndo) a atenção do que realmente importa: as vidas das pessoas*”⁵⁴.

“*Vidas melhores*”, insiste-se, segundo os critérios dos próprios (“*by their own lights*”)⁵⁵; mas questionando que as escolhas das pessoas promovam realmente o seu bem-estar, o que está em causa é dar “*às pessoas o que elas realmente querem – mas falham em escolher*”; vendo bem, a autonomia mais não é do que um desejo do sistema 1, enquanto o bem-estar é um desejo do sistema 2, e quando as pessoas

⁵⁰ THALER / SUNSTEIN, *Nudge*, pp. 9-11.

⁵¹ THALER / SUNSTEIN, *Nudge*, p. 244.

⁵² THALER / SUNSTEIN, *Nudge*, pp. 244-5.

⁵³ THALER / SUNSTEIN, *Nudge*, p. 245.

⁵⁴ C. SUNSTEIN, *Why nudge? The Politics of Libertarian Paternalism*, Yale Univ. Press, 2015, p. 87-88.

⁵⁵ SUNSTEIN, *Why nudge?*, pp. 87-88.

falam de autonomia “o que estão a fazer é um julgamento rápido e intuitivo sobre bem-estar”, que é o que *realmente*⁵⁶. Aliás, ficarão mesmo gratas por serem “guiadas” – o caso do tabaco “*pode não ser único. Não é inimaginável que as pessoas ficassem mais felizes em resultado de outros impostos em bens que preferem*”⁵⁷. Resumindo, nas palavras de Sunstein: “a arquitetura de escolhas permite-nos ser livres”⁵⁸.

Sunstein oferece outras considerações sobre o tópico “*as judged by themselves*”: trata-se de uma recusa do “perfeccionismo”, i.e., da crença que alguns têm de que as vidas das pessoas possam ser “objetivamente boas” ou “objetivamente más”, recusando que existam “múltiplas conceções de bom”, como, por exemplo, se a pessoa escolhe viver uma vida “curta e pouco saudável”⁵⁹. Um “arquiteto da escolha” rejeita esta conceção, remetendo para o bom, “segundo os próprios”, reitera Sunstein. Não obstante, as pessoas têm “preferências de primeira ordem” e “preferências de segunda ordem” – querem comer comida deliciosa mas que engorda, mas *podem querer não querer* fazer isso⁶⁰. Acresce, aqui, a consideração dos problemas de “auto-controlo” das pessoas, só valendo o juízo do ex-alcoólico que foi *nudged away* do alcoolismo (não o do alcoólico que quer beber, nem sequer do que quer desistir) como critério válido para o “*as judged by themselves*”⁶¹.

Mais recentemente – já no contexto Covid-19, mas *sem se limitar* aos problemas colocados por uma (verdadeira) pandemia –, Sunstein parece tomar posições mais (abertamente) “musculadas”: em face dos dados comportamentais, os reguladores devem adotar uma presunção de respeito pelas escolhas das pessoas, “*mas apenas quando* essas escolhas sejam o resultado de informação adequada e *suficientemente livres de preconceitos comportamentais*”; mais: ainda que assim seja, os reguladores *não têm que respeitar as escolhas das pessoas* quando estas fazem a sua vida “correr pior” (por ex., “podem morrer prematuramente”, sem ser em troca de qualquer visão *plausível* de bem-estar)⁶². SUNSTEIN, continuando a afirmar que não é um perfeccionista, afirma que, se há “várias vidas boas”, há “vidas objetivamente terríveis” (“dolorosas, brutais ou *curtas*”), segundo qualquer critério razoável⁶³, surgindo

⁵⁶ SUNSTEIN, *Why nudge?*, pp. 106-7, 134-5.

⁵⁷ SUNSTEIN, *Why nudge?*, p. 112.

⁵⁸ SUNSTEIN, *Why nudge?*, p. 131: “choice architecture enables us to be free”.

⁵⁹ SUNSTEIN, “The Ethics of Nudging”, *Yale Journal on Regulation*, 2015, vol. 32, p. 430.

⁶⁰ SUNSTEIN, “The Ethics”, pp. 431-2. Ainda SUNSTEIN, *Behavioral Science and Public Policy*, Cambridge Uni Press, 2020, p. 10.

⁶¹ SUNSTEIN, “The Ethics”, p. 432-3. Só o “querer” de quem já não está nas malhas da adição é que releva para o “*as judged by themselves*”.

⁶² SUNSTEIN, *Behavioral Science*, p. 37.

⁶³ SUNSTEIN, *Behavioral Science*, p. 54 (itálicos nossos em *short*).

uma nova categoria, a das “pessoas razoáveis”⁶⁴. E quanto ao argumento de que cada um é que sabe “como se sente”, SUNSTEIN afirma de forma inequívoca que “os observadores externos podem *saber bem melhor*, em especial se a área requer conhecimento técnico especializado”⁶⁵; as pessoas cometem efetivamente erros, demonstráveis segundo um “juízo razoável”, e o “analista” pode ter informações sobre o que é provável que as pessoas venham a gostar, e que sugere que as previsões das pessoas estão incorretas”⁶⁶. Aliás, adianta-se agora, pode justificar-se *não* informar as pessoas, só devendo estas ser informadas quando tal contribua efetivamente para melhorar as suas vidas⁶⁷.

2.5. Ainda quanto aos meios – os *nudges* –, outras interessantes considerações foram adicionadas nos últimos anos. Desde logo, Sunstein afirma, ainda em ligação com o “*as judged by themselves*”, que o seu paternalismo, para além de *soft*, é *apenas um paternalismo de meios* e não de fins, tal qual um GPS que se limita a indicar quais os caminhos disponíveis sem impor um destino⁶⁸.

Quanto aos custos – e recordando que a defesa do “paternalismo liberal” se socorre da ideia de que os *nudges*, ao contrário dos meios do *hard paternalism*, tendem a impor apenas “custos triviais”, devendo ser “fáceis e baratos” de contornar –, fica claro que apenas estão em causa custos económicos, reconhecendo Sunstein agora explicitamente que os *nudges* também podem impor “custos psíquicos”, como sucede nos avisos gráficos do tabaco, e que esses *custos psíquicos podem ser elevados*⁶⁹.

Mais recentemente, Thaler e Sunstein ofereceram-nos, ao lado dos *nudges*, um novo conceito: os *sludges*. Apresentados por Thaler num contexto crítico, de preocupação com os excessivos encargos administrativos (por exemplo, para obtenção de subsídios ou para inscrição em lista de eleitores)⁷⁰, Sunstein avançou na teorização do conceito: um *sludge* é um “tipo de fricção, maior ou menor, que as pessoas encontram quando querem ir numa ou noutra direção”⁷¹, isto é, que

⁶⁴ SUNSTEIN, *Behavioral Science*, p. 54, 58.

⁶⁵ SUNSTEIN, *Behavioral Science*, p. 42 (itálicos nossos).

⁶⁶ SUNSTEIN, *Behavioral Science*, p. 47.

⁶⁷ C. SUNSTEIN, “Ruining popcorn? The welfare effects of information”, *Journal of Risk and Uncertainty*, 58, 2019, pp. 124 ss.; C. SUNSTEIN, *Too much information?*, The MIT Press, Cambridge/Londres, 2020, pp. 1 ss.

⁶⁸ SUNSTEIN, “*The Ethics*”, pp. 433 ss.

⁶⁹ C. SUNSTEIN, “The Storrs Lectures: Behavioral Economics and Paternalism”, *The Yale Law Journal*, 2013, 122, p. 1860.

⁷⁰ R. THALER, “Nudge, not sludge”, *Science*, 2018, 361/6401, p. 431.

⁷¹ C. SUNSTEIN, “Sludge and Ordeals”, *Duke Law Journal*, 2019, 68, p. 1850.

dificulta como forma de desencorajar um caminho (em vez de facilitar como forma de encorajar), (*mas*) podendo servir para o bem ou para o mal (sendo consumir um “Cinnabon” o exemplo de mal)⁷². Poder-se-ia pensar, dado o contexto crítico em que surgiu o *sludge* (em Thaler) e, não menos importante, a pretensão de que os *nudges* não pretendem dificultar mas antes facilitar, que se seguiria a rejeição por Sunstein do *sludge*; mas não: Sunstein admite que se veja o *sludge* como um tipo de *nudge*⁷³.

Reiterando as exigências de publicidade e de transparência, Sunstein reconhece que alguns *nudges*, “*podem ser invisíveis. Podem ser manipulativos*”⁷⁴. Nem sempre, porém, há um problema de visibilidade e de falta de escrutínio – as imagens de pessoas doentes em maços de cigarros são, aliás, bastante visíveis; outras medidas, como a proposta de Bloomberg de proibir bebidas XXL, não pretendiam ser invisíveis e foram amplamente discutidas. Contudo, para lá das questões da visibilidade e do escrutínio, Sunstein assume que certos *nudges*, ao contrário da informação, não têm como objetivo promover a “*deliberação consciente*”, antes operam “*mais subconscientemente*”, tendo como objetivo o sistema 1⁷⁵; são *nudges* “*that enlist or exploit behavioral biases*”⁷⁶. E se, em relação a certos *nudges* como “avisos com imagens” nos maços de cigarros, Sunstein reconhece que não é descabido acusá-los de serem manipulativos, e que não é absurdo dizer que fazem um esforço para subverter e insultar o poder de decisão das pessoas, a manipulação, ainda assim, é “modesta”⁷⁷ e que estes “apelos emotivos”, apesar de constituírem uma “*forma suave de manipulação*”, constituem meio legítimos, “*especialmente quando está em causa um número significativo de vidas*”⁷⁸.

⁷² SUNSTEIN, *Behavioral Science*, p. 21.

⁷³ SUNSTEIN, “Sludge and Ordeals”, p. 1850 nr. 25; SUNSTEIN, *Too much information*, p. 112, pp. 163-4, nr 10.

⁷⁴ SUNSTEIN, *Why nudge?*, pp. 147 ss.

⁷⁵ SUNSTEIN, *Why nudge?*, pp. 147 ss.

⁷⁶ SUNSTEIN, “The Ethics”, pp. 427 ss.

⁷⁷ SUNSTEIN, “The Ethics”, p. 446.

⁷⁸ SUNSTEIN, “The Ethics”, p. 448. SUNSTEIN aborda agora ainda a questão da dignidade na perspetiva da *humilhação* (“se o antónimo de autonomia é coerção, o antónimo de dignidade é humilhação”). Reconhecendo o problema em abstrato, acaba por o descartar, lembrando que as preocupações atuais são “risivelmente modestas” por comparação com as que levaram ao foco na dignidade na tradição ocidental” (pp. 440-2).

3. O que o “paternalismo liberal” realmente é

3.1. Thaler e Sunstein (e sobretudo Sunstein) são exímios a conseguir dizer, a par e passo, uma coisa e o seu contrário (será *Nudge* um *nudge*?). Porventura numa leitura menos “reflexiva”, o que sobressai é a repetida proclamação do respeito pelos critérios de cada um, em recusa explícita do perfeccionismo, e a promessa de salvaguarda (mesmo defesa) da liberdade, assegurando-se que não há coerção; se dúvidas houver, vem o apelo emotivo às suas boas intenções – do que se trata é de salvar vidas.

Mas importa ver *o que o paternalismo liberal realmente é*: um paternalismo tão paternalista como qualquer outro, que procura o melhor para as pessoas segundo *critérios de outros*, não dos próprios, e que, ao contrário de “facilitar”, tem efetivamente como mote o “*permitir mas dificultar*”, *escudando-se* no facto de não impor proibições.

3.2. Thaler e Sunstein afirmam que se trata de deixar as pessoas melhores, *segundo os seus critérios* (“*as judged by themselves*”), e acrescentam que se trata das suas próprias preferências e “não das de um qualquer burocrata”, rejeitando expressamente o perfeccionismo. *Será mesmo assim*, ou será que Thaler e Sunstein, como quaisquer outros paternalistas, têm uma ideia muito precisa do que “deve ser” a vida dos outros?

Facilmente se demonstra que é a segunda opção. Logo em *Nudge*, no mesmo parágrafo em que se frisa a expressão *as judged by themselves*, de imediato se acrescenta que se trata de tornar as suas vidas “*mais duradouras, mais saudáveis e melhores*”⁷⁹. Debalde procura Sunstein afirmar que não adere ao perfeccionismo, conceção que, descreve Sunstein, rejeita que uma vida “curta e pouco saudável” possa corresponder a uma conceção de bom⁸⁰; é precisamente isso que Sunstein faz: há “vidas objetivamente terríveis”, entre as quais se contam as vidas “curtas”⁸¹. Há, pois, *uma* forma correta de viver, e um *fim* bem estabelecido: adotar comportamentos saudáveis para viver o mais possível⁸².

⁷⁹ THALER / SUNSTEIN, *Nudge*, pp. 5-6.

⁸⁰ SUNSTEIN, “The Ethics”, p. 430.

⁸¹ SUNSTEIN, *Behavioral Science*, p. 54.

⁸² Tampouco convence a afirmação de que se trata apenas de um paternalismo de meios, e não de fins (SUNSTEIN, “The Ethics”, pp. 433 ss.). Aliás, a afirmação é logo acompanhada da ideia de que é discutível a qualificação de um comportamento como meio ou como fim. SUNSTEIN adverte que, se o fim for estabelecido de uma forma muito abstrata (“uma vida boa”), tudo o resto pode ser considerado *meio* e, como tal, sujeito a *nudges*, não sendo isso o que se pretende. Mas também não defende o oposto: que qualquer comportamento (v.g., fumar um cigarro, comer um doce) seja visto como fim, arredando-o da esfera de influência dos *nudges*.

O que sucede, porém, se alguém *quiser* (ou disser que quer) uma vida “curta e pouco saudável”, afirmando que prefere trocar uns quantos anos de velhice por uma vida mais prazerosa, sendo essa a *sua* ideia de “vida boa”, *as judged by himself*? A resposta de Thaler e Sunstein – por entre a contínua afirmação de que respeitam o que as pessoas querem – é a de que as pessoas, apesar de poderem dizer que *querem*, *não querem realmente*: se as pessoas são influenciáveis, não se pode sequer dizer que têm preferências⁸³; se por acaso insistirem que têm preferências, Sunstein acrescenta que há preferências de “primeira ordem” e de “segunda ordem”, e se as pessoas querem algo, podem querer não querer⁸⁴, relevando apenas o que *quererão* depois de terem sido *nudged away* do que “queriam”⁸⁵; os seus desejos de autonomia (por *oposição* a desejos de bem-estar) são, aliás, apenas desejos do sistema 1⁸⁶ – portanto, do “pensamento” irracional. Em suma, respeita-se o que as pessoas querem, mas apenas o que *querem realmente*, e o que querem realmente – que é *o que só podem querer realmente* – é o seu bem-estar, i.e., uma vida longa e saudável.

Se o que as pessoas querem, achando que querem, não corresponde ao que realmente querem – enfim, se as pessoas não sabem o que querem – quem o sabe? Não há de ser um “qualquer burocrata”⁸⁷, mas já poderá ser (ou terá que ser) o “analista”, o “observador externo” com “conhecimento técnico especializado”⁸⁸; aliás, como Thaler e Sunstein logo reconheceram em *Nudge*, o potencial dos *nudges* “*also depends on the ability of the Nudgers to make good guesses about what is best for the Nudgees*”⁸⁹.

3.3. Isto visto, importa frisar que o “novo movimento” de Thaler e Sunstein tem pouco de novo em relação ao tradicional paternalismo; e no que tem de novo, nada traz de melhor.

Com efeito, Thaler e Sunstein mais não fazem do que uma reedição das velhas ideias do paternalismo, seguindo a sua “cartilha”⁹⁰. Assim, há sempre um *Ideal* (de

⁸³ SUNSTEIN / THALER, “Libertarian”, p. 1161-4.

⁸⁴ SUNSTEIN, “The Ethics”, pp. 431-2.

⁸⁵ Recorde-se o exemplo do alcoolismo – SUNSTEIN, “The Ethics”, pp. 432-3.

⁸⁶ SUNSTEIN, *Why nudge?*, pp. 106-7, 134-5.

⁸⁷ THALER / SUNSTEIN, *Nudge*, p. 10, itálicos nossos.

⁸⁸ SUNSTEIN, *Behavioral Science*, p. 42, p. 47.

⁸⁹ THALER / SUNSTEIN, *Nudge*, p. 247.

⁹⁰ Como refere I. BERLIN, “Two concepts of liberty”, in H. HARDY (org.), *Liberty*, Oxford, 2002, p. 168, de há muito que se trava uma luta entre dois sistemas de pensamento, o empirismo pluralista e o monismo racionalista; este caracteriza-se pela perspetiva suprapersonalista (e paternalista) e por um conceito de “liberdade” que a seguir referiremos. THALER e SUNSTEIN inserem-se (sem grande novidade) nesta linha de pensamento.

vocação, por natureza, universal e *não individual*), uma única forma correta de vida – nestes tempos, a *vida longa e saudável*; ao mesmo tempo, há (necessariamente) os que correspondem (ao menos, em teoria) ao Ideal e *os que a este não se elevam*⁹¹ – agora categorizados como “*Econs*” e “*Humans*” – cabendo aos primeiros, que sabem mais, que conhecem a Verdade, “guiar” os segundos – *Nudgers* e *nudgees*. A “base científica” (e também não é novo que se busque apoio na ciência)⁹², que Thaler e Sunstein vão buscar a desenvolvimentos recentes da psicologia, a sua “Behavioral Revolution”⁹³, – e que é apresentada com pretensão de “verdade absoluta”, como não poderia deixar de ser⁹⁴ – pouco tem de revolucionário. Não é de hoje que nos assola a questão de sabermos se *somos realmente livres*⁹⁵, nem é a primeira vez que se chega à conclusão, pasme-se, de que as pessoas erram⁹⁶; e é a Platão, de quem se pode dizer que era “o tipo de homem que quer que os homens se comportem de determinada maneira”⁹⁷, que devemos a visão do homem como ser dividido entre os sentidos e a Razão – agora, o sistema 1 e o sistema 2. Já em Platão, também, a associação entre Razão e liberdade: a ação errada/irracional é

⁹¹ I. BERLIN, “O meu itinerário intelectual”, in H. HARDY (org.), *O poder das ideias*, Relógio d’Água, Lisboa, 2006, p. 39 ; BERLIN, “Two concepts”, pp. 195-8.

⁹² Como nota VAN AAKEN, “Constitucional limits”, p. 12. Recorre-se à invocação frequente de “vários estudos” como suporte das suas teorias (por exemplo, “hundreds of studies” confirmam que as pessoas erram – THALER / SUNSTEIN, *Nudge*, p. 7) e de dados estatísticos (o clássico “a maioria dos fumadores quer deixar de fumar”). Fica-nos a dúvida: se as pessoas mostram tantas deficiências no processo volitivo, se querem sem querer, se as suas “preferências” são desconsideradas... por que são dadas como fundadas quando respondem ao questionário sobre quererem deixar de fumar?

⁹³ SUNSTEIN, *Behavioral Science*, p. 3. HEINIG, “Autonomy”, p. 219, confessando-se continuamente espantado pelo entusiasmo mostrado pelos economistas comportamentais com a “descoberta” de que as pessoas não seguem os modelos da Escolha Racional.

⁹⁴ Na “ideia ingénua de que qualquer questão não comporta senão uma resposta verdadeira” – BERLIN, “O meu itinerário”, p. 39.

⁹⁵ É, pelo menos, desde os estoicos que se coloca essa questão – I. BERLIN, “Introduction”, in *Liberty*, p. 5. Ainda R. DWORKIN, *Justiça para ouriços*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 228, considerando que é “o mais popular problema filosófico”. Com desenvolvimentos, I. DILMAN, *Free will*, Routledge, Londres/Nova Iorque, pp. 11 ss.; T. PINK, *Free will*, Oxford, 2004, pp. 1 ss. Sobre a relação entre o problema do livre-arbítrio e o da relação entre liberdade e autoridade, que contende com a conceção de Estado, M. CARMONA, *Legalidade e culpa na responsabilidade civil da Administração Pública*, dissertação de doutoramento, Lisboa, 2015, pp. 177 ss.

⁹⁶ Apesar da pretensão de verdade absoluta com que apresentam a sua conceção sobre a falibilidade das (pseudo-)decisões humanas e a sua inerente permeabilidade a *nudges*, há várias construções que, mesmo no plano *científico*, suportam o livre-arbítrio, como se pode ver em B. DOYLE, *Free will*, Cambridge, 2011, pp. 92 ss. E há, pelo menos, duas crianças que não se deixaram manipular pela colocação das bolachas em local menos visível.

⁹⁷ C. BRINTON, *Ideas and men*, Prentice-Hall, Nova Iorque, 1950, p. 36.

involuntária, porque se a pessoa *aparentemente* quis, não pode *na verdade ter querido* o errado, porque não há liberdade no errado⁹⁸ – agora, em Thaler e Sunstein, as pessoas que querem o errado, uma “vida curta e pouco saudável”, não o querem realmente porque apenas *se pode querer o certo*, uma “vida longa e saudável”.

É, aliás, tendo presente a conceção de liberdade própria do paternalismo – a *liberdade positiva*, como teorizada por Berlin – que se lança a luz sobre o discurso de Thaler e Sunstein sobre a liberdade, que não poucas vezes parece contraditório; não o é, se lermos a “liberdade” que dizem respeitar como a liberdade que se confunde com a atuação conforme ao Ideal⁹⁹. Donde a apologia que fazem da “liberdade” – como, de resto, se vê noutros paternalismos¹⁰⁰ – e a convicção de que não a perturbam; pelo contrário, obrigar ao comportamento correto (e, por maioria de razão, *levar a ele*) não é coerção, é *libertação*¹⁰¹. O que Sunstein chega a afirmar: “a *arquitetura de escolhas permite-nos ser livres*”¹⁰².

Se, até aqui, nada de novo, não deixa de se notar uma novidade no paternalismo de Thaler e de Sunstein. É que, se em outros paternalismos, ainda se via o homem como ser sensível e ser racional, procurando-se elevá-lo (ainda que coercivamente) à Razão¹⁰³, agora o homem aparece inexoravelmente reduzido à sua dimensão sensível e irracional (o tal “sistema 1”). Não só errar, como deixar-se influenciar, faz parte, inevitavelmente, da natureza humana. Sintomático desta perspetiva é, aliás, a pouca relevância que é dada ao *vício*. A invocação do vício foi argumento corrente para justificar intervenções na liberdade (se há um vício, não está em causa um exercício da liberdade); porém, a referência ao vício está quase ausente

⁹⁸ DILMANN, *Free will*, pp. 44 ss.

⁹⁹ BERLIN, “Two concepts”, pp. 166 ss. Sobre as duas conceções de liberdade e a sua relação com os direitos fundamentais, M. CARMONA, “Liberdade negativa e liberdade positiva”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, II, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 511 ss.

¹⁰⁰ Como refere BERLIN, “Two concepts”, p. 168, é comum a invocação da liberdade, incluindo por quem dela tem uma conceção “positiva”.

¹⁰¹ BERLIN, “Two concepts”, pp. 179-80, 194; I. BERLIN, “Liberty”, in *Liberty*, p. 285.

¹⁰² SUNSTEIN, *Why nudge?*, p. 131. Trata-se de ideia também presente em Platão e depois retomada pela filosofia alemã de feição suprapersonalista (do século XIX): “no dever, o indivíduo liberta-se e alcança a liberdade” – HEGEL, *Princípios de filosofia do direito*, Guimarães editores, Lisboa, 1959, § 149. Nota-se, aliás, o repetir das ideias de outros pensadores da linha da “liberdade positiva”, suprapersonalista, noutros Autores; assim, retomando a ideia de Rousseau de que “*chacun se donnant à tous ne se donne à personne*” (J.J. ROUSSEAU, *Du Contrat Social*, Flammarion, Paris, 2001 (reed.), p. 57), G. KIRCHGÄSSNER, “Justification and possibilities of soft paternalism”, in *Choice Architecture*, p. 232, p. 238-9, defendendo o paternalismo com o argumento de que, em democracia, as decisões não são tomadas por um “planeador central” mas pelas próprias pessoas (diretamente ou por representantes), sendo assim “autovinculações coletivas”.

¹⁰³ BERLIN, “Two concepts”, pp. 178-181.

dos trabalhos de Thaler e Sunstein e assim é pela provável razão de não verem uma diferença significativa entre quem tem um vício e quem não tem: em qualquer caso, as “decisões” são sempre – e serão sempre – decisões do “sistema 1”.

E porque essa é uma condição inultrapassável, é ao sistema 1 – e não ao sistema 2 – que se dirigem os *nudges*¹⁰⁴. Não se procura dotar as pessoas de capacidade de resistência a “influências” (manipulações, diga-se); se são, e não podem deixar de ser influenciáveis, o que importa é conseguir influenciá-las de forma eficiente e, claro está, para o bem¹⁰⁵. Por outras palavras, o paternalismo liberal – ao contrário de outros paternalismos, que colocavam o foco na libertação dos vícios, admitindo que seria *possível* às pessoas atingir um estágio de “Razão” – é o paternalismo que *desiste de elevar o homem à sua dimensão racional*.

3.4. Tanto bastaria, a nosso ver, para rejeitar o paternalismo liberal. Mas não podemos ignorar o outro lado da argumentação, relativo aos *meios*: mesmo vendo em Thaler e Sunstein uma visão muito precisa de “como as pessoas devem ser”, o certo é que *rejeitam a coerção*, afirmando mesmo que *não pretendem sequer dificultar* que as pessoas sigam o seu caminho, mais não fazendo do que impor custos triviais¹⁰⁶; sujeitam, ainda, os *nudges* ao princípio da publicidade, devendo estes ser transparentes nos “motivos e nos métodos”¹⁰⁷. Tanto que o GPS vem referido como o “exemplo canónico”¹⁰⁸ dos *nudges*: estes (diz-se repetidamente), tal como o GPS, não escolhem o destino, antes mostram várias opções, facilitando que se chegue onde se quer¹⁰⁹.

Parte desta alegação vem já prejudicada pelo que se disse no ponto anterior: o paternalismo liberal não é indiferente ao caminho que se escolhe. Mas tampouco se pode pretender que os *nudges* se limitem a mostrar caminhos e que não dificultem as “escolhas” tidas por não aceitáveis (por “não escolhas”), nem que não coloquem problemas de transparência – e, sobretudo, de legitimidade.

¹⁰⁴ Como salienta ALEMANNI, “Nudging smokers”, pp. 16-17, ou VAN AAKEN, “Constitutional Limits”, p. 10.

¹⁰⁵ Salientando que a descoberta da suscetibilidade de influenciar as decisões deveria levar precisamente ao caminho oposto ao dos *nudges*, dedicando-se a garantias contra essa suscetibilidade e não a explorá-la, HEINIG, “Autonomy”, p. 226.

¹⁰⁶ THALER / SUNSTEIN, *Nudge*, pp. 5 ss. e 243 ss.; SUNSTEIN / THALER, “Libertarian Paternalism”, pp. 1162 ss.

¹⁰⁷ THALER / SUNSTEIN, *Nudge*, p. 245.

¹⁰⁸ SUNSTEIN, *Behavioral Science*, p. 4.

¹⁰⁹ Por exemplo, SUNSTEIN, “The Ethics”, pp. 433 ss.

3.5. Pese embora a diversidade dos *nudges*, e sendo várias as suas classificações, podemos, sem preocupação de exaustão¹¹⁰, traçar uma diferença entre eles consoante o tipo de *manipulação* que comportam.

Há, assim, os *nudges* que não são, desde logo, perceptíveis pelos afetados. Disso demonstrativo é o exemplo, tantas vezes invocado, da colocação dos alimentos não saudáveis em locais menos visíveis. Por definição, estes *nudges* não podem obedecer a exigências de publicidade logo nos métodos, sob pena de prejudicarem a sua eficácia¹¹¹.

Há depois outros *nudges* que, como salientam Thaler e Sunstein, são até bastante visíveis, não comportando um problema de transparência – melhor dizendo, não o comportando nos mesmos termos, uma vez que se caracterizam pela sua *perceptibilidade*. Assim, sempre que se mostram imagens das consequências possíveis (reais ou figuradas) de determinados comportamentos – seja, no exemplo que dão, do anúncio em que a legenda de um ovo a fritar é “This is your brain on drugs”¹¹², seja quando, nos avisos sobre os malefícios do tabaco, se adicionam imagens (bastante) expressivas das doenças associadas e do sofrimento causado, ao próprio e aos próximos, pelo tabaco¹¹³, seja quando se continue a “informar” que o tabaco faz mal, quando esse já é um conhecimento profundamente disseminado na sociedade¹¹⁴. Aliás, informar, no paternalismo liberal, nunca é só informar¹¹⁵.

¹¹⁰ A diversidade dificulta uma categorização dos *nudges* (que os próprios Autores, de resto, também não fazem, optando por dar exemplos de *nudges*), não faltando quem duvide que haja uma linha coerente – assim, por exemplo, G. LÜBBE-WOLFE, “Constitutional limits to health-related nudging”, in *Choice Architecture*, p. 251, tendo dúvidas que as alternativas ao uso obrigatório de capacete que THALER e SUNSTEIN propõem (ou uma licença especial ou um autocolante na mota a dizer que é dador de órgãos) sejam ainda *nudges*, segundo os critérios de Thaler e Sunstein. Sunstein, aliás, tem vindo a adicionar novos *nudges*, como salienta M. GOODWIN, “Architecture, Choice Architecture and Dignity”, in *Choice Architecture*, pp. 297-8.

¹¹¹ HEINIG, “Autonomy”, p. 227; ALEMANNNO, “Nudging smokers”, p. 12.

¹¹² THALER / SUNSTEIN, *Nudge*, p. 245: este *nudge* visa “despoletar o medo” mas, se é manipulativo, não desafia o princípio da publicidade.

¹¹³ SUNSTEIN, “The Ethics”, p. 424.

¹¹⁴ Como nota ALEMANNNO, “Nudging smokers”, p. 13, o objetivo não pode ser informar se já antes se informou. O Autor distingue duas fases no controlo do tabaco, a primeira em que se procurou sobretudo informar, em que se partia da ideia de um sujeito autónomo, livre e responsável, capaz de tomar a decisão certa se estivesse bem informado; e aquela em que nos encontramos, em que se desiste de apelar à racionalidade e se opta por colocar “obstáculos físicos e morais” ao consumo de tabaco. De *nudging*, portanto.

¹¹⁵ ALEMANNNO, “Nudging smokers”, p. 12, considerando que “informar” (*proprio sensu*) não faz parte da panóplia dos *nudges*. Ainda VAN AAKEN, “Constitutional Limits”, p. 14; GOODWIN, “Architecture”, pp. 295 ss.

Se os *nudges* se baseiam na irracionalidade das decisões e procuram explorar esse lado, não a decisão racional, a *informação* – entendida, como tradicionalmente, como a partilha de dados feita de forma objetiva e imparcial, i.e., *dirigida a um sujeito racional* – não tem lugar nos *nudges*; pelo contrário, a “informação”, em forma de *nudges*, é dirigida ao sistema 2, *mediated by bias and emotions*¹¹⁶.

Mas não só. Se, em vez de se colocar os alimentos indesejáveis na fila menos visível, for criada uma linha de caixa à parte a eles dedicada em exclusivo, obrigando a que depois da refeição as pessoas se dirijam a essa fila (ou se se limitar o tamanho das bebidas açucaradas, obrigando a que as pessoas peçam várias unidades ou que se desloquem novamente à caixa para pedir outra), torna-se bem *perceptível* que se está a desencorajar o seu consumo¹¹⁷. Do mesmo modo que qualquer fumador *compreende bem* que, quando não há um único restaurante em que possa fumar, ou quando se proíbe que o seu local de trabalho tenha uma zona só para fumadores, nada lhe restando que não seja fumar em desconforto, o que se pretende é *desencorajar* – dificultar, portanto – que continue a ser fumador.

3.6. Importa explorar – pois é todo um capítulo “não escrito” de *Nudge* – como é que os *nudges* procedem exatamente a esse “desencorajamento”, como é que *levam* as pessoas a adotar o comportamento desejado. Algumas pistas são deixadas por Thaler e Sunstein. Assim, reconhecem Thaler e Sunstein que as técnicas de “pressão social” – como mensagens através de um *emoticon* triste na conta da luz, acompanhada da informação de que os vizinhos gastam menos – são umas das técnicas mais eficazes¹¹⁸. E reconheceu depois Sunstein, expressamente, que os *nudges podem* impor “custos psíquicos” elevados, reportando-se a trivialidade dos custos apenas aos custos económicos¹¹⁹. Por outras palavras, um *nudge* pode continuar a ser um *nudge* – e, portanto, beneficiando da recondução a este paternalismo *soft* – se impuser *custos psíquicos elevados*, desde que não imponha custos económicos altos. Nota-se, acrescente-se, o embaraço de Sunstein com o conceito de *sludge*, medida que reconhece que *dificulta* mas que, embora confessando que precisa de trabalhar melhor os conceitos, Sunstein *não exclui* do conceito de *nudge*¹²⁰.

¹¹⁶ O. BAR-GILL, “Information and paternalism”, in *Choice Architecture*, p. 268.

¹¹⁷ A segunda hipótese da cafeteria é apresentada por SUNSTEIN / THALER, “Libertarian Paternalism”, p. 1184; o exemplo das bebidas é uma referência à proposta do *Mayor* de Nova Iorque, Bloomberg, de proibição de refrigerantes em copos XXL (que acabou por sofrer grande contestação e não chegou a ser aprovada).

¹¹⁸ THALER / SUNSTEIN, *Nudge*, pp. 53 ss., pp. 68-9.

¹¹⁹ SUNSTEIN, “The Storrs”, p. 1860.

¹²⁰ SUNSTEIN, “Sludge and Ordeals”, p. 1850, nr. 25; SUNSTEIN, *Too much*, p. 112, pp. 163-4, nr. 10.

O que falta enunciar, quando se refere que alguns *nudges* funcionam porque informam as pessoas, outros porque tornam certas escolhas mais fáceis e outros ainda por força do poder da inércia e da procrastinação¹²¹, é que os *nudges*, a mais das vezes, funcionam *porque* impõem os tais “custos psíquicos” elevados – estes não são um efeito colateral e eventual, são um efeito *intencional e necessário* de vários *nudges*.

E que “custos psíquicos” são esses? “Despoletar o medo”, assumidamente, é um deles (“This is your brain on drugs”). Mas não só. Mais do que o medo da doença e da morte, os *nudges* são exímios a explorar outros sentimentos: *culpa, vergonha e exclusão social*¹²². E, aqui, não teria faltado suporte científico para o *capítulo que falta* na construção do “paternalismo liberal”. Exemplo paradigmático é o da proibição de fumar em determinados locais, obrigando à separação e ao distanciamento dos fumadores, muitas vezes – ou necessariamente, ante o zelo da nossa Lei do Tabaco – sem outra opção que não seja a de sujeição às condições climáticas e, se preciso for, em condições pouco dignas (pense-se nas “salas de fumo” dos aeroportos). O fenómeno encontra-se (e já se encontrava, ao tempo de *Nudge*) bem estudado: a “segregação” envia uma “mensagem poderosa”, reconhecendo oficialmente a natureza *dirty* do seu comportamento e a rejeição pela sociedade, recorrendo-se à lei como “forma de autoridade simbólica”¹²³. Mais: o “mandar os fumadores para a rua”, criando até fisicamente uma barreira entre estes e os não-fumadores, “realiza o simbolismo do pária a ser expulso da comunidade”, fazendo parte de um conjunto de leis que “*implicitamente e simbolicamente* definem o fumador como um pária”^{124/125}. Quando uma norma jurídica obriga a que os

¹²¹ SUNSTEIN, “The Ethics”, p. 417.

¹²² Registe-se que a terminologia muitas vezes utilizada relembra a antiga conotação religiosa da luta contra o tabaco (supra, 1.2.; assim, o discurso sobre resistir à tentação (THALER / SUNSTEIN, *Nudge*, pp. 40 e ss.) ou a conotação dos bens não saudáveis com o pecado (“*sinfull goods*”, como o tabaco e o álcool, ou até um “*sinfull cinnamon bun*” – THALER / SUNSTEIN, *Nudge*, p. 49, p. 73, exemplificativamente).

¹²³ R. KAGAN / J. SKOLNICK, “Banning smoking: compliance without enforcement”, in R. RABIN / S. SUGARMAN, *Smoking policy: law, politics, and culture*, New York, Oxford Uni Press, 1993, pp. 84-5.

¹²⁴ J. GUSFIELD, “The social symbolism of smoking and health”, in *Smoking policy*, pp. 63-5, itálicos nossos. Ainda EYAL, “Nudging by shaming”, pp. 53 ss.

¹²⁵ Curioso que, a propósito do tabaco, as referências de Thaler e Sunstein sejam esparsas, cingindo-se ao caso de anúncios em que “apenas” se diz que uma elevada percentagem de jovens não fuma ou aos avisos gráficos em maços de tabaco, não se dão especial destaque a medidas como a proibição de fumar em determinados espaços e o consequente distanciamento a que sujeita os fumadores. Uma omissão tão mais curiosa quanto, já ao tempo de *Nudge*, medidas como essa eram

pais se afastem dos seus filhos em parques infantis ao ar livre, para irem fumar uns metros ao lado, sempre ao ar livre mas com a vedação do parque de permeio, continuando a ver e a ser visto pelos filhos, o que pretende a lei que não seja culpabilizar, envergonhar e estigmatizar os fumadores?

3.7. A esta luz, torna-se evidente que o fim das normas legais é o da *desnormalização* de comportamentos lícitos, promovendo a lei a censura social, não poucas vezes através do *simbolismo* das proibições e dos sentimentos negativos associados¹²⁶. No plano assumido, o fim é o da proteção de terceiros e a sanção jurídica apenas existe para quem não cumpre a norma. Implicitamente, a medida visa *levar a* que os fumadores deixem de fumar, pelas dificuldades e pelos sentimentos de exclusão social, de *desnormalização*, que acarreta, sujeitando a uma sanção, *prima facie* de natureza social e não jurídica, aqueles que *cumprem* a norma explícita. Nesta medida, estes *nudges* continuam a colocar (logo) um problema de transparência – se não no método, na sua motivação; e não assumindo o legislador a sua verdadeira motivação, deixando o ónus de a identificar aos afetados, prejudica-se o controlo destas medidas¹²⁷. Assumisse o legislador que o propósito da proibição de fumar em parques infantis ao ar livre não é a proteção das crianças da exposição involuntária ao fumo, mas antes deixar bem claro aos filhos que o comportamento dos pais é censurável, consciencializando estes de quão “errado” é o seu comportamento, e a reação poderia ser outra. Não é por acaso que o objetivo da “desnormalização” nunca chega ao texto legislativo. Os *nudgees* sabem, os *nudgers* sabem que os *nudgees* sabem, os *nudgees* sabem que os *nudgers* sabem que os *nudgees* sabem... mas o objetivo que surge na lei é sempre e apenas o da proteção de terceiros – *vide* artigo 4.º da Lei do Tabaco.

comuns nos EUA e a sua eficácia – não na proteção de terceiros, mas na proteção do próprio, por *levar a* que as pessoas deixassem de fumar – amplamente reconhecida como exemplo de sucesso na luta contra o tabaco.

¹²⁶ Simbolismo igualmente presente na proibição de consumo de determinados alimentos em estabelecimentos ligados à saúde – veja-se o Despacho n.º 11391/2017 do Secretário de Estado Adjunto e da Saúde e o afincos com que, como quem expulsa os fariseus do templo, se proíbe a venda de uma longa lista de produtos (“[...] *rissóis, croquetes, empadas [...] palmiers, jesúitas, mil-folhas, bola de Berlim, donuts [...] mortadela, presunto ou bacon [etc...]*”) em instituições do Ministério da Saúde e entidades do SNS. O ganho de saúde imediato não há de ser grande, mas fica bem patente o simbolismo da medida. O mesmo se diga da proibição de venda de cigarros nas Universidades ou de uma eventual proibição de exposição dos produtos nos seus pontos de venda. Estas medidas não impedem que se adquiram os produtos “sinfull”, como diriam THALER e SUNSTEIN, noutros locais (ou no próprio, pedindo o que está “por baixo do balcão”), mas são eficazes a transmitir a mensagem de que os comportamentos, apesar de lícitos, são errados.

¹²⁷ GOODWIN, “Architecture”, pp. 289-90.

Colocam, também, um problema da sua legitimidade. Pretender que os *nudges* são medidas de custos triviais, que não envolvem coerção, significa admitir que é irrelevante, do ponto de vista jurídico, que as normas jurídicas sujeitem pessoas livres, que adotam comportamentos *lícitos*, a sentimentos de medo, culpa, vergonha e/ou exclusão social¹²⁸. Por outras palavras, que é legítimo fazer as pessoas “sentirem-se mal” com as suas escolhas, escolhas que o Estado não torna – *nem pode tornar* – ilícitas mas que considera indesejáveis, tendo apenas como limite a imaginação dos *Nudgers* na descoberta de novas formas de *desnormalizar*.

Pese embora a difícil tangibilidade destes custos psíquicos, e não obstante a *desnormalização* permanecer como objetivo *implícito* do legislador, *não podem estas medidas ficar subtraídas a um teste de conformidade constitucional*¹²⁹.

3.8. Desde logo, não abrindo mão da visão da pessoa como *ser livre e autónomo*. Thaler e Sunstein parecem nem sequer ter compreendido a visão liberal de Mill: “*his own mode of laying out his existence is the best, not because it is the best in itself, but because it is his own mode*”¹³⁰. E desmentem a longa tradição de reconhecimento da liberdade que não se confunde com o certo – a tradição de Aristóteles e do seu “princípio da ação”, reconhecendo, contra Platão, que as ações não deixam de ser voluntárias quando queiram o mal¹³¹; do cristianismo, em que é a justiça, e não a liberdade, que se identifica com a retidão moral¹³²; de Occam e o seu individualismo, rejeitando uma “natureza abstrata de homem”¹³³; de Pico della Mirandola, e da

¹²⁸ Além de que é difícil compreender como se pretende que os *nudges* mantenham a liberdade inalterada, não se deixando enquadrar em formas de coerção, quando ao mesmo tempo se proclama a sua eficácia. Como questiona HEINIG, “Autonomy”, p. 226: se a decisão foi configurada pela arquitetura da escolha, como dizer que ainda é uma decisão livre?

¹²⁹ Como refere VAN AAKEN, “Constitutional Limits”, p. 1, não deixa de ser surpreendente que as únicas questões de colisão de direitos colocadas se reportem aos direitos de empresas (v.g., com o problema do *plain-packaging*) e não aos dos indivíduos, dos *nudges*; ainda J. WOLFF, “«Partner Months» and the Fundamental Rights of Parents”, in *Choice Architecture*, p. 265. Duvidando da pretensa inocuidade dos *nudges* e sujeitando-os a controlo de constitucionalidade, com especial interesse por se tratar de Autora que aceita o “paternalismo liberal” (ou o paternalismo *tout court*), LÜBBE-WOLFF, “Constitutional limits”, pp. 249 ss.

¹³⁰ MILL, *On liberty*, pp. 74-5. Recorde-se THALER / SUNSTEIN, *Nudge*, p. 6: o falso pressuposto é o de que as pessoas são ótimas a tomar decisões ou, mesmo que não o sejam, que as suas decisões são sempre melhores do que se fossem outros a tomá-las.

¹³¹ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómano*, Quetzal, Lisboa, 2009, Liv. III, V, 1114b15-20 e III, III, 1112b25.

¹³² M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, P.U.F., Paris, 2003, p. 126. Ainda P. OTERO, *Instituições políticas e constitucionais*, I, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 96 ss.

¹³³ A. BARBAS HOMEM, *A Lei da Liberdade*, Príncipia, Cascais, p. 29 (itálicos nossos).

identificação de liberdade com dignidade¹³⁴; ou de Constant e o direito de que era mais cioso: o de se enganar¹³⁵. O livre-arbítrio não é uma questão empírica, é uma questão normativa¹³⁶, pressuposto da *responsabilidade* e da própria natureza das normas jurídicas como comandos, comportando a suscetibilidade de *não* serem obedecidas¹³⁷. E a noção liberal de autonomia é *não instrumental* – não tem que se dirigir ao bem-estar coletivo nem sequer ao bem-estar individual, antes protege o que cada um achar que é uma “boa vida”¹³⁸.

Daí resulta que *coisas mezinhas* – onde se pode fumar, o que se pode comer no bar de um hospital, ou alimentar pombos – não o são, antes se deixam enquadrar, num Estado assente na *dignidade da pessoa*, em matéria de *direitos fundamentais*, relevando enquanto manifestação de um *direito ao livre desenvolvimento da personalidade*^{139/140}. E que as medidas que com este direito contendem não escapam à ideia de *coerção*, ao contrário do que pretendem Thaler e Sunstein, e, como tal, têm que se sujeitar às *restrições das restrições* de direitos fundamentais¹⁴¹. É uma perspectiva

¹³⁴ G. PICO DELLA MIRANDOLA, *Discurso sobre a dignidade do homem*, Edições 70, Lisboa, 1998, pp. 57 e 61 ss.

¹³⁵ L. JAUME, *L'individu efficace ou le paradoxe du libéralisme français*, Fayard, Paris, 1997, pp. 68-69; M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'Homme*, P.U.F., Paris, 1983, p. 150.

¹³⁶ HEINIG, *Autonomy vs Technocracy*, p. 225; VAN AAKEN, “Constitutional Limits”, pp. 3-4. Ainda DWORKIN, *Justiça para ouriços*, p. 252, salientando que o problema do livre-arbítrio é um problema ético, não um problema científico (em concreto, da psicologia).

¹³⁷ Assim, R. ZIPPELIUS, *Filosofia do Direito*, Quid Juris, Lisboa, 2010, p. 230, observando que não está apenas em causa um problema de responsabilidade mas algo “mais fulcral” para o Direito; sobre o perigo dos *nudges* para a nossa visão da pessoa como “agente moral”, com o que isso implica na nossa dignidade, GOODWIN, “Architecture”, pp. 301 ss.

¹³⁸ VAN AAKEN, “Constitutional Limits”, p. 7.

¹³⁹ Sobre estas questões, VAN AAKEN, “Constitutional Limits”, pp. 18 ss., invocando a jurisprudência do BVerfG (incluindo o célebre caso dos pombos). Contra, LÜBBE-WOLFF, “Constitutional limits”, p. 248, embora apenas se refira à jurisprudência do BVerfG quanto ao dever imposto às tabaqueiras de colocar avisos nos maços e ao dever de informar.

¹⁴⁰ Dignidade que é a do indivíduo, não a de “um ser ideal e abstracto” (MIRANDA, *Manual*, pp. 200-1); que se apresenta desvinculada “de qualquer *concepção* mundividencial fechada e heterónoma acerca do sentido existencial e ético da vida” (GOMES CANOTILHO / J. MACHADO, “*Reality shows*” e *liberdade de programação*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 45 e 73 ss.; que “não impõe, nem pode impor sem íntima contradição, um figurino determinado de homem” (VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais*, p. 49); que cabe ao indivíduo definir (J. REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 57); J. MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa*, II, Almedina, Coimbra, pp. 309 ss.

¹⁴¹ “*every law is contrary to liberty*” – J. BENTHAM, «Principles of the civil code», in J. BOWRING (org.), *The works of Jeremy Bentham*, II vol., Edimburgo, 1838, 301. VAN AAKEN, “Constitutional Limits”, pp. 19 ss., sobre esta temática, salientando que os direitos fundamentais protegem também

que tem faltado na imposição de medidas contra o tabaco, sendo totalmente ausente o discurso sobre os *direitos dos fumadores* enquanto sujeitos livres (aliás, nem sequer enquanto doentes, só se considerando a *doença*¹⁴²). E, não se reconhecendo direitos do outro lado, fica igualmente ausente o (necessário) imperativo de *conciliação*¹⁴³.

Imperativo que não pode faltar quando se impõem medidas restritivas. Para além da *decência dos meios* – que não podem ser dissimulados, impedindo a *consencialização do comando*, nem podem recorrer à manipulação emocional ou à sanção social¹⁴⁴ –, há que sujeitar as medidas, como sempre, ao princípio da proporcionalidade; assim, quando (e se) exista um propósito de proteção de terceiros contra danos à sua saúde pela exposição involuntária ao *fumo* (e não ao que *apenas se parece* com fumo), as medidas devem limitar-se ao estritamente necessário¹⁴⁵. No mais, e ainda antes do teste de proporcionalidade, as medidas falham logo no teste da legitimidade do fim.

contra “interferências indiretas ou factuais”, incluindo quando “apenas” se promove a informação, como reconhecido pelo BVerfG; ainda WOLFF, “«Partner Months»”, pp. 259-61, adicionando que, se a lei não determina os sentimentos (v.g., de vergonha) que despoleta, não deve ainda assim deixar de contar com a reação que provoca. Ainda A. HILL, “Why Nudges Coerce: Experimental Evidence on the Architecture of Regulation”, *Sci Eng Ethics*, 2018, 24(4), pp. 1279 ss. Também no sentido de que os *nudges* interferem com a liberdade de escolha e com a autodeterminação (e de forma dissimulada), necessitando de ser justificados, S. CASSESE, “Exploring the Legitimacy of Nudges”, in *Choice Architecture*, p. 244.

¹⁴² A qualificação como doença, que legitima a intervenção da Organização Mundial da Saúde, não é seguida – como deveria ser, em coerência – pela consideração dos fumadores como doentes, apenas se vendo a doença e a forma de a erradicar. É que se os fumadores são doentes – padecendo de uma adição, detetável por causar sintomas de abstinência (supra, 1.2.), como justificar impostos punitivos ou medidas que, a par da proteção de terceiros, não se preocupam em minimizar esses sintomas, antes os promovem?

¹⁴³ Sintomático, desde logo, é que se dê “carta branca” à gerência de “locais públicos” para estabelecer quaisquer outras restrições (artigo 4.º da Lei do Tabaco).

¹⁴⁴ Aspeto que tem sido notado é o de as garantias do Estado de Direito estarem pensadas para reagir a comandos expressos, não a meios *soft* (como a manipulação de emoções ou o “*naming and shaming*”), com isso se dificultando o controlo – VAN AAKEN, “Constitutional Limits”, p. 5, pp. 10-1; HILL, “Why Nudges Coerce”, pp. 1279 ss. Realçando ainda que os *nudges* podem comportar uma ofensa ao princípio da legalidade, CASSESE, “Exploring”, pp. 244-5.

¹⁴⁵ A proibição de fumar em locais públicos não foi rejeitada pelo BVerfG com o argumento – exclusivo – de estar em causa a proteção de terceiros; mas, como refere S. HUSTER, *Selbstbestimmung*, p. 23, não é inequívoco que assim seja, quando os não fumadores não estão presentes, são apenas marginalmente afetados ou consentem na exposição ao fumo. Acresce que a preocupação com os riscos incorridos pelos trabalhadores, para ser levada a sério, teria que ser bastante mais abrangente: não há profissões sem risco e até outras atividades ligadas à restauração, como as que envolvem o recurso à combustão de carvão (também fumo, portanto), comportam maior risco de dano e não têm sido objeto da mesma preocupação por parte do legislador.

3.9. Rejeitar o paternalismo do Estado é a outra face de se reconhecer o homem como ser livre, capaz de tomar as suas decisões (e de por elas ser responsabilizado); implica, ao mesmo tempo, colocar o Estado numa posição de instrumentalidade e não de “quem sabe melhor”, instrumentalidade essa que é uma das traves-mestra da *autoridade* como hoje a aceitamos. Por muito que se queira reduzir o paternalismo à Saúde Pública e a “coisas mezinhas” – que não o são –, lembrando Sunstein que maiores ofensas à dignidade já ocorreram, aceitar a visão que Thaler e Sunstein têm das pessoas – como sujeitos que nem sequer sabem o que querem realmente nem são capazes de o vir a saber – é uma ideia perigosa suscetível de conhecer aplicação noutros campos. Como refere Goodwin: “se não se pode confiar em nós para resistir ao *muffin* exposto na pastelaria [...], como se nos pode confiar decisões mais importantes, como determinar qual o próximo governo?”¹⁴⁶

De todo o modo, reduzindo a questão à Saúde Pública, a rejeição do paternalismo vem hoje suportada com argumentos que, não atacando abertamente o pressuposto da autonomia nem assumindo como objetivo a saúde de um qualquer “corpo coletivo”, invocam ainda assim os custos para a coletividade como razão para publicizar as escolhas individuais. De forma crua: se todos pagamos o Serviço Nacional de Saúde (e a Segurança Social), as escolhas de cada um são, afinal, um assunto de todos.

Mas não é aqui que a questão deve ser discutida¹⁴⁷. A existência de um Serviço Nacional de Saúde, ou da Segurança Social, assentam numa lógica de *solidariedade* e não foram pensados como implicando uma “renúncia”, obrigatória e irrevogável, à liberdade de desenvolvimento da personalidade. A base do Estado é a dignidade da pessoa humana, convém lembrá-lo. Tanto que, como é fácil de conceber, a “publicização” das escolhas de vida em função dos custos que implica para a comunidade não se teria que cingir – nem poderia – ao tabaco mas a todas as outras opções que possam implicar um custo de saúde: se e quanto “*as pessoas fumam, bebem e comem ou se alguma vez se levantam do sofá ou da secretária para fazer algum exercício*”

¹⁴⁶ GOODWIN, “Architecture”, pp. 301 e ss.

¹⁴⁷ Como refere S. HUSTER, *Selbstbestimmung*, p. 22, talvez os fumadores – que já pagam elevados impostos sobre o tabaco – não sejam um custo mas uma poupança. A querer colocar-se a questão nestes termos – i.e., a querer reduzir-se uma discussão sobre liberdade e a relação da pessoa com o Estado a uma questão de “contas” –, façam-se então as contas. De forma igualmente crua: quanto custam os tratamentos a doenças causadas pelo tabagismo, quanto é que cada fumador contribui, a mais, para o erário público através dos impostos sobre o tabaco e – custa dizê-lo, mas não somos nós que trazemos a discussão para este patamar – quanto se poupa em reformas pelas mortes prematuras e quanto nos custa, enquanto coletividade, uma “vida longa e (na medida do possível) saudável”? Evidentemente, não é aqui que a questão deve ser discutida.

passa a ser um assunto que diz respeito ao Estado¹⁴⁸. Note-se, aliás, que já se vem ensaiando a aplicação à obesidade da “fórmula” bem sucedida do tabaco: “a obesidade é contagiosa”¹⁴⁹ e há uma “epidemia de obesidade” e até uma “obesidade passiva”¹⁵⁰. Torna-se evidente o perigo da “rampa deslizante” e, com isso, a importância destas questões para sabermos em que tipo de sociedade queremos viver¹⁵¹. A esta luz, a própria ideia de que a Saúde Pública constitua um bem jurídico não pode ser aceite sem mais: é que, fora de situações de verdadeiras epidemias, que envolvam doenças (fisicamente) contagiosas, a saúde, num ordenamento baseado na autonomia, é um bem individual e a “saúde pública”, ou do “povo”, apenas pode ser vista como soma da saúde dos indivíduos – como lembra Huster, “os indivíduos não são parte de um “corpo do povo”, por cuja saúde sejam responsáveis”¹⁵².

4. Reflexão final – “para o nosso próprio bem”?

4.1. Não obstante o exposto, pode continuar a ecoar o apelo de SUNSTEIN: do que se trata é de *salvar vidas*. Estaremos a ser demasiado críticos quando, afinal, só se quer o “nosso próprio bem”?

Já Berlin advertia que a prossecução de um Ideal seria sempre feita à custa dos indivíduos, cada um deles de pouco valor em face de um Valor mais elevado¹⁵³.

¹⁴⁸ LÜBBE-WOLFF, “Constitutional limits”, p. 247, *defendendo* o paternalismo, argumenta precisamente que a sua rejeição implicaria que se (e como, e quanto) “as pessoas fumam, bebem e comem ou se alguma vez se levantam do sofá ou da secretária para fazer algum exercício é algo que não diz respeito ao Estado, desde que o comportamento não cause danos a terceiros”.

¹⁴⁹ THALER / SUNSTEIN, *Nudge*, p. 55 (mas a perda de peso também – p. 157). Ainda SUNSTEIN, *Behavioral Science*, p. 35: “se a nossa rede social for composta por pessoas obesas, é maior a probabilidade de nos tornarmos obesos”. De quem será, então, a responsabilidade?

¹⁵⁰ D. KING, *The future challenge of obesity – Editorial, The Lancet*, 2011, vol. 378, pp. 743-4.

¹⁵¹ VAN AAKEN, “Constitutional Limits”, p. 21-22. Realce-se ainda que este caminho coloca questões difíceis. Por exemplo, se o sedentarismo faz mal, o excesso de exercício físico também. Para uma indicação dos tipos de exercício adequados e da sua duração, consoante a faixa etária, <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/physical-activity>. Garantir que o exercício seja feito – e dada a sua relevância pública, o Estado *teria que* atuar nesse sentido – também pode ser problemático; aproveitar os locais de trabalho, como aliás já sucede noutros países, como na China, poderia ser uma solução... Para uma visão completa, veja-se “WHO Healthy Workplace Framework and Model”, em https://www.who.int/occupational_health/healthy_workplace_framework.pdf.

¹⁵² S. HUSTER, *Selbstbestimmung*, pp. 21 ss. Da mesma forma, como refere o Autor, contabilizar custos indiretos (como faltas ao trabalho por doença) apenas seria admissível no pressuposto de que os cidadãos teriam a obrigação de ser membros da comunidade o mais produtivos possível.

¹⁵³ BERLIN, “Two concepts”, pp. 197 ss., 212 ss. O fervor com que se prossegue o Ideal do “mundo sem tabaco” toca, por vezes, as raízes do inimaginável: em *plena guerra na Síria*, em junho de 2016,

Também aqui a prossecução do Ideal da abstinência, a utopia perfeccionista de conseguir um “mundo livre de tabaco”, continua a vitimar os indivíduos – e não só a sua liberdade como também, pasme-se, a sua *saúde*.

Isso é visível, desde logo, em matéria de informação, o *nudge* geralmente apresentado como não problemático (que nunca o é) mas que agora se admite que possa ser *sonogado* em nome de um “interesse superior”¹⁵⁴, quando seja para “o nosso próprio bem”. Disso exemplo é a *proibição* de indicação dos Teores de Alcatrão, Nicotina e Monóxido de Carbono: se essa informação já foi obrigatória, passou agora a ser proibida, não podendo os fumadores ter acesso à informação sobre os Teores de Alcatrão, Nicotina e Monóxido de Carbono dos cigarros que consomem (nem saber que são “light”). Isto, claro, para nos proteger de compreendermos mal as coisas (como nos é característico...) – essa informação, lê-se na Diretiva, “revelou-se enganosa, porque leva os consumidores a acreditar que certos tipos de cigarros são menos nocivos do que outros” (Diretiva, cons. 25). O problema é que os cigarros com valores mais baixos de Teores de Alcatrão, Nicotina e Monóxido de Carbono são efetivamente *menos nocivos*; tanto que uma das vitórias da luta contra o tabaco foi a imposição de limites máximos, imposição que continua a existir na mesma Diretiva¹⁵⁵.

A questão não é nova; já nos anos 80 a indústria tabaqueira, em resposta às reivindicações da saúde, começou a desenvolver cigarros menos perigosos, diminuindo nomeadamente os seus Teores de Alcatrão, Nicotina e Monóxido de Carbono. Mas logo então se percebeu: se os cigarros se tornarem menos perigosos, haverá menos motivação para deixar de fumar, e mais longe ficará o “mundo livre de tabaco”¹⁵⁶.

Mas, se a questão não é nova, é agora cada vez mais premente. É que fruto dos desenvolvimentos tecnológicos dos últimos anos, conseguiu-se criar novos produtos que atendem a um princípio básico: “os fumadores fumam pela nicotina,

a representante da Organização Mundial da Saúde evidenciou a urgência de controlar o consumo de tabaco e de *shisha*, aproveitando ainda para apelar à introdução do *plain packaging*, “notwithstanding the current crisis in the country”; teve o apoio do Ministro da Saúde sírio, que afirmou claramente que “the current crisis cannot be an excuse for Syrians to endanger their lives” – veja-se a declaração conjunta em <http://www.emro.who.int/syr/syria-events/hoff-stresses-urgency-tobacco-control-syria.html>.

¹⁵⁴ ALEMANNI, “Nudging smokers”, pp. 14 ss.

¹⁵⁵ Como refere ALEMANNI, “Nudging smokers”, pp. 10-11.

¹⁵⁶ SNOWDON, *Velvet Glove*, pp. 121 ss. Sobre a Diretiva, refere ALEMANNI, “Nudging smokers”, pp. 10-11, que o objetivo é convencer os fumadores de que todos os cigarros são igualmente perigosos, por forma a conseguir que desistam.

mas morrem pelo alcatrão”¹⁵⁷. Mantendo a nicotina mas eliminando o elemento da combustão (e as substâncias nocivas associadas, como o alcatrão), os produtos criados – “novos produtos do tabaco” (com tabaco, sem fumo – *heat-not-burn cigarettes*) e cigarros eletrónicos (sem fumo e sem tabaco) – operam uma redução significativa dos danos associados ao tabagismo; no caso dos cigarros eletrónicos, pelo menos, em 95% em relação aos cigarros tradicionais¹⁵⁸.

Porém, enquanto em certos Estados o potencial destes produtos já foi abraçado pelos decisores políticos – o “Serviço Nacional de Saúde” inglês inclui os cigarros eletrónicos nos meios sugeridos de *cessação tabágica*¹⁵⁹ –, a Organização Mundial da Saúde persiste – e, por cá, a Direção-Geral da Saúde – em equiparar os novos produtos aos cigarros tradicionais. Por que razão, perguntar-se-á?

4.2. Num raro momento no discurso da “proteção de terceiros”, a Proposta que deu origem à segunda alteração da Lei do Tabaco – em que os cigarros eletrónicos foram equiparados aos cigarros tradicionais e os seus utilizadores, pese embora o reconhecimento pela lei de que não há fumo, foram considerados “fumadores” (um estranho caso de recaída “por decreto”) – deixou escapar a sua motivação: “O uso [...] de cigarros eletrónicos, com ou sem nicotina, em determinados locais *pode comprometer ou impedir a eficácia da proibição de fumar produtos do tabaco* nesses locais, contribuindo, por outro lado, para *reforçar a aceitabilidade social do ato de fumar* [...]”.

Assim, de uma penada, revelou-se o (verdadeiro) propósito do legislador quando estabelece a proibição de fumar em locais públicos – diminuir a aceitabilidade social do ato de fumar, entenda-se, *desnormalizar*. Fosse o propósito o da proteção de terceiros, não se perceberia como o uso de produtos que *não envolvem fumar* poderia colocar em causa a “eficácia” da proibição de fumar; mas compreendida a “eficácia” como desnormalização, torna-se claro: ao invés de obrigados à separação e distanciamento dos demais, os fumadores poderiam encontrar uma alternativa a *fumar na rua e, pior*, uma alternativa a *deixar de fumar* para conseguir ficar dentro de portas com os demais – com isso *se diminuindo a sua motivação para deixar de fumar* (e, assim, a eficácia da proibição de fumar em locais públicos).

¹⁵⁷ Na frase célebre de M. RUSSELL, em *Low-tar medium-nicotine cigarettes: a new approach to safer smoking*, *Br Med J* 1976 (12/1), p. 1431: “*People smoke for nicotine but they die from the tar*”. Registe-se que a nicotina, em si, não é cancerígena – por isso que existem medicamentos para deixar de fumar à base de nicotina. O princípio é o mesmo; há é novas formas de consumir nicotina eliminando a combustão de tabaco.

¹⁵⁸ Relatório da *Public Health England*, “E-cigarettes: an evidence update”, 2015, em <https://www.gov.uk/government/publications/e-cigarettes-an-evidence-update>.

¹⁵⁹ <https://www.nhs.uk/live-well/quit-smoking/using-e-cigarettes-to-stop-smoking/>.

Ora, é aqui que se vê como esta insistência na motivação para deixar de fumar *não* prossegue, ao contrário do que se poderia pensar, um fim de saúde dos indivíduos mas antes um Ideal de “mundo sem tabaco”, à custa, em sendo preciso, da saúde dos primeiros. É que, ao dispor de meios de consumir nicotina não sujeitos às mesmas proibições, poderia suceder uma de duas: ou os fumadores alternariam entre cigarros eletrônicos e cigarros de combustão, com isso reduzindo os cigarros de combustão, ou deixariam mesmo de utilizar estes. Num caso como noutro, não se eliminaria totalmente os riscos mas haveria ganhos – de até 95% – para a saúde individual.

Não tanto para o Ideal de um mundo sem tabaco – que, pelo meio, teve que evoluir para o mundo livre de nicotina (não medicinal)¹⁶⁰. O Ideal não se compadece, por definição, com soluções *imperfeitas*, que “apenas” reduzem riscos; exige a *abstinência*. Mas tomar a solução perfeita como a única alternativa possível a fumar é fazer um jogo de “tudo ou nada” com as vidas dos indivíduos: quem não consiga, ou não queira, enveredar pela abstinência, apenas tem como alternativa sujeitar-se a *todos* os riscos. É por isso que a esta abordagem da abstinência, que tão bem casa com o Ideal, também é chamada, expressivamente, de abordagem “*quit or die*”¹⁶¹. E é por isso que *o paternalismo nunca é um humanismo*: a realização do Ideal vale sempre mais do que “o nosso próprio bem”.

¹⁶⁰ Registe-se que, no processo de aprovação da última Diretiva sobre os Produtos do Tabaco, a proposta da Comissão Europeia, suportada pela Organização Mundial da Saúde, foi a de classificar os cigarros eletrônicos como medicamentos. O Parlamento recusou, podendo ler-se nos trabalhos preparatórios que um mero procedimento de notificação antes da comercialização “will maintain the availability of this nicotine-containing product which help people stop smoking and is much less harmful than any tobacco products” (proposta do Grupo ALDE, em https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2013-0276-AM-169-170_EN.pdf?redirect). Veja-se agora a posição da Organização Mundial da Saúde: “Nicotine contained in tobacco is highly addictive and tobacco use is a major risk factor [...] e-cigarettes, do not contain tobacco and may or may not contain nicotine, but are harmful to health [...]” – https://www.who.int/health-topics/tobacco#tab=tab_1; ainda o Relatório “Global Nicotine Reduction Strategy”, de 2015, em https://www.who.int/tobacco/publications/prod_regulation/nicotine-reduction/en/.

¹⁶¹ Por exemplo, K. FAGERSTRÖM, “Quit or die: nothing in between?”, *Respiration*, 2002, 69(5), pp. 387 ss., com destaque para a possibilidade de uso de medicamentos com nicotina a longo prazo – um meio possível de redução de risco que, reconheça-se, não tem merecido preocupação por parte da Organização Mundial da Saúde.